

LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES COMO MEDIDAS DE EFECTOS EQUIVALENTES A UNA EXPROPIACIÓN

Andrés E. Hobaica

Estudiante de Derecho

Resumen: El ejercicio de cláusulas exorbitantes en la ejecución de un contrato administrativo puede resultar en perjuicios patrimoniales al contratista. De acuerdo al Derecho Internacional de Protección de Inversiones, se pudiese considerar que el perjuicio económico ocasionado al contratista privado como consecuencia del ejercicio de estas cláusulas como una medida de efectos equivalentes a una expropiación.

Palabras clave: Palabras clave: contrato administrativo, cláusulas exorbitantes, expropiaciones, Derecho Internacional de Protección de Inversiones

Abstract: The application of "exorbitant clauses" during the performance of an "administrative contract" may derive in financial damages to the private contracting party. Therefore, when the exercise of these powers by the Public Administration results in damages to the rights held by the private contracting party, these actions, under International Investment Law, can be considered as a measure tantamount to expropriation.

Key words: administrative contracts, exorbitant clauses, expropriation, International Investment Law.

Recibido: 2 de diciembre de 2015 Aceptado: 4 de enero de 2016

SUMARIO

- Introducción: las cláusulas exorbitantes y propiedad privada
- I. El contrato administrativo: nociones básicas y evolución histórica
 - II. La expropiación forzosa
 - III. El ejercicio las cláusulas exorbitantes como medida de efectos equivalentes a una expropiación
 - IV. A modo de conclusión: sobre la buena administración y el contrato administrativo

INTRODUCCIÓN:

LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES Y PROPIEDAD PRIVADA

El Derecho administrativo fue concebido como la rama del Derecho (público) encargada de regular el funcionamiento de la Administración Pública. Siendo el Derecho una institución creada en garantía de la libertad (y demás derechos fundamentales de los ciudadanos), el Derecho administrativo vendría a regular a la Administración Pública de manera que su actividad no interfiera, o que la interferencia sea lo menos lesiva, con los derechos de sus administrados, superando así a las viejas doctrinas estatistas del Derecho administrativo (especialmente francés), en las cuales la actividad administrativa desplegada era predominantemente de limitación, enfocada en las prerrogativas y potestades exorbitantes del Derecho común (*i.e.*, teoría del acto administrativo), siendo el centro del Derecho administrativo el poder. Tras el fracaso del comunismo en la Unión Soviética, la caída del muro de Berlín, se fueron superando estas concepciones estatistas de la actividad administrativa y hubo un auge de nuevas técnicas de satisfacción del interés general (*i.e.*, actividad administrativa prestacional). Cada vez la actividad administrativa se fue desligando de su carácter coactivo y unilateral, a favor de una concepción mucho más liberal, es decir, menos coactiva y con tendencias de bilateralidad, centrada ahora en los derechos de los particulares.

Así como la actividad administrativa de policía, o de limitación, se manifestaba principalmente a través del acto administrativo, esta actividad administrativa prestacional se manifiesta predominantemente a través del contrato. De esta manera, la Administración ya no se impondrá ante los ciudadanos para la satisfacción del interés general, sino que cooperará con ellos para lograr determinados fines económicos. Sin embargo, como la Administración Pública no es un actor común y corriente en el mercado, sino que más bien se trata de un actor sujeto a un régimen jurídico *especial (potentior personae)*, la manera en que se relaciona con los particulares contractualmente tiene ciertas particularidades. Estas particularidades tienen que ver principalmente con (i) el proceso de formación de la voluntad/consentimiento para la celebración del contrato (*i.e.* licitación) y (ii) las formas de creación, modificación o terminación (unilateral) de las relaciones jurídicas que surgen a partir de estos contratos administrativos.

Son justamente los mecanismos jurídicos por medio de los cuales la Administración puede crear, modificar o terminar unilateralmente un contrato los que nos interesa estudiar en este trabajo: las llamadas *cláusulas exorbitantes*. Pues esas cláusulas exorbitantes, que le conceden potestades unilaterales y coactivas a la Administración, serían nulas al estar presentes en cualquier relación contractual entre privados. De esta manera, nos encontramos con una especie de contradicción, pues tenemos un tipo de actividad administrativa no coactiva y bilateral, cuyo *desiderátum* es minimizar los efectos lesivos de dicha actividad sobre los derechos de los individuos, y en el marco de la misma, se le conceden una serie de prerrogativas coactivas y unilaterales a la Administración, que van en contra de la propia naturaleza y propósito de la actividad administrativa prestacional.

Las cláusulas exorbitantes son un remanente de una concepción del Derecho administrativo ya superada, de una visión estatista que demostró ser poco eficiente. Aun cuando

estas cláusulas cuenten con fundamento legal expreso, desnaturalizan la relación contractual entre la Administración y el ciudadano co-contratante. Adicionalmente, configuran un menoscabo al patrimonio (derecho de propiedad) de dicho ciudadano, pues como veremos más adelante, los derechos contractuales (*derechos de crédito*) tienen valoración económica y son susceptibles de apropiación. Aun cuando cumplan con el ordenamiento jurídico-administrativo doméstico, estas cláusulas pueden configurar violaciones de acuerdo a lo establecido por el Derecho Internacional Público (*i.e.*, costumbre internacional, Derecho Internacional de Protección de Inversiones/*International Investment Law*) y Tratados Internacionales suscritos por la República (*v.g.*, Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones), y peor aún, a la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De acuerdo a lo anterior, cuando la Administración Pública hace ejercicio de estas cláusulas exorbitantes, además de desnaturalizar la relación jurídico-contractual de la que forma parte, podría incurrir en un supuesto de *medida de efectos equivalentes a una expropiación*. El propósito de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones (BITs) es justamente proporcionar estabilidad a las relaciones económicas, evitando que el inversionista¹ se encuentre sujeto al ordenamiento jurídico-administrativo doméstico que pueda menoscabar el desarrollo y rentabilidad de su inversión. Además de analizar esta perspectiva, en este trabajo también estudiaremos brevemente este intento de *uniformizar* el Derecho administrativo, mediante este conjunto de BITs, que conforman el Derecho Internacional de Protección de Inversiones/*International Invest-*

1 Sin embargo en Venezuela, bajo la vigencia de la derogada Ley de Promoción y Protección de Inversiones, se le proporcionaba a inversionistas nacionales y extranjeros, por igual, las mismas garantías de estabilidad y disfrute de las inversiones, sin necesidad de un BIT.

ment Law o como lo han llamado otros autores, el Derecho Administrativo Global².

I. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO: NOCIONES BÁSICAS Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Cuando hablamos de contratos suscritos por la Administración, estamos ante un concepto *ambiguo*³, pues nos estamos refiriendo a dos tipos de contratos: (i) aquéllos en los cuales la Administración no tiene como finalidad el *servicio público* sino la gestión interna y la gerencia del ente/órgano administrativo, valiéndose del Derecho privado: denominados *contratos de la administración*; y (ii) los *contratos administrativos* propiamente dichos, en los que la Administración vela por el interés general y se vale de un régimen exorbitante derogatorio del Derecho común. A lo largo de este trabajo nos enfocaremos en el segundo tipo de contratos administrativos, suscritos por la Administración.

Este régimen exorbitante del Derecho común tiene su origen en la Revolución francesa, donde una disidencia revolucionaria creó una jurisdicción para tratar escapar de la jurisdicción ordinaria que estaba en manos de la nobleza ex-absolutista. Se

2 Muci Borjas, José Antonio; *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas 2007.

3 Cuando nos establecemos una palabra como vaga, nos referimos a que *no tiene límites de aplicación precisos*, es decir, su aplicación no puede limitarse únicamente a su *significado semántico* (valga la redundancia) pues no hay pluralidad de significados (o de criterios de aplicación), hay que recurrir a su significado *pragmático*, es decir, de acuerdo al contexto en que fue empleada. Cuando decimos que una palabra es *ambigua*, por el otro lado, nos referimos a que dicha palabra tiene *pluralidad de criterios de aplicación* o de significados, donde el significado de la palabra no está completamente en función del contexto en que aparecen y de la situación humana en que son usadas, sino que hay que atender necesariamente al significado (*semántico*) de la palabra en concreto: Cfr. Carrió, Genaro; *Notas sobre Derecho y lenguaje*; 4ta Edición, Astrea; Buenos Aires 1990; pp. 28-33.

trata de la creación de una jurisdicción “paralela”, que será la designada para someter a la Administración al Derecho, dentro del seno del propio poder ejecutivo: *la Administración sólo podrá ser juzgada por la misma Administración*, pues se consideraba que “juzgar a la Administración sigue siendo administrar (*Juger l’Administration c’est encore administrer*)”⁴, produciéndose un quiebre al principio de separación de poderes, uno de los ejes de la propia Revolución francesa.

Adicionalmente, esta novedosa *Administración* se hace titular de una serie de privilegios y prerrogativas, marcando un precedente que identificará a la Administración Pública hasta nuestros días, caracterizada por ser un ente que desenvuelve en un régimen jurídico *exorbitante del Derecho común*.

Estas teorías se consolidan con la aparición del *Arret Blanche* del Tribunal de Conflictos francés a finales del siglo XIX, estableciendo que todo lo relativo a servicios públicos se somete al Derecho público, aun cuando se utilice como vehículo un contrato⁵. A lo largo del siglo XIX, más y más decisiones de la jurisdicción administrativa francesa siguen esta línea argumentativa, como el célebre *Arret Terrier*, que consolida esta idea de “contrato administrativo” y su exclusión de la aplicación del Derecho común; siempre y cuando se tenga por finalidad el servicio público, exceptuando aquellos casos donde actúe como un particular, pues allí sí le resultará aplicable el Derecho civil. Nace así la distinción de “contratos administrativos” y “contratos de la Administración”, pues se admite

4 García De Enterría, Eduardo; *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*; Thomson Civitas; Madrid 2007; p. 37.

5 En aquel entonces no existía una distinción alguna entre contratos administrativos y contratos de la Administración. Cfr. Hernández G.; José Ignacio; “Hacia los Orígenes Históricos del Derecho Administrativo Venezolano: La Construcción del Contrato Administrativo, entre el Derecho Público y el Derecho Privado”; ponencia dictada el 21 de mayo de 2009 en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en ocasión del foro *Cien Años de Enseñanza de Derecho Administrativo en Venezuela: 1909–2009: la formación del derecho administrativo en Venezuela desde el derecho comparado*; p. 43.

la doble condición de la Administración: (i) cuando actúa como *potentior personae*, bajo un régimen de Derecho público; y (ii) cuando actúa como un particular, bajo un régimen de Derecho privado; siendo capaz de celebrar contratos en cualquiera de estas dos condiciones⁶.

En Venezuela también surge esta controversia, por conveniencia política más que por un verdadero debate doctrinario. Así, en el caso *Astilleros La Guaira*⁷ la Corte Federal y de Casación determinó que la solicitud de aplicación de la cláusula *non adimpleti contractus* no era aplicable a un contrato administrativo de obra pública tras el incumplimiento de la Administración, y decidió que las controversias cuyo objeto fuese un contrato administrativo le resultaban aplicables reglas de Derecho público con preferencia de las reglas de Derecho privado^{8,9}.

1. Clausulas exorbitantes

Ese régimen de Derecho público al que sumergió la antigua Corte Federal y de Casación a los contratos administrativos se refiere a la concepción francesa del Derecho administrativo imperante del momento: centrada en el régimen exorbitante del Derecho común. Por lo tanto, la Administración actúa como *potentior personae* durante la ejecución de un contrato administrativo, y puede valerse de los privilegios y prerrogativas que le concede su régimen jurídico especial. Los privilegios y prerrogativas de la Administración en el ámbito contractual son las llamadas cláusulas exorbitantes. Estas cláusulas exorbi-

6 Ibídem.; p. 45.

7 Sentencia de la Corte Federal y de Casación del 5 de diciembre de 1945.

8 Cfr. Badell Madrid, Rafael; "*Contratos Administrativos*"; Conferencia dictada por Rafael Badell en la Universidad Monte Ávila el 29 de marzo de 2001; www.badell&grau.com; Caracas 2001.

9 Brewer-Carías, Allan R.; "La manipulación legislativa del concepto de «contrato administrativo» como técnica confiscatoria" en *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*; Editorial Iustel; Madrid 2014; p. 1786.

tantes se refieren, en pocas palabras, a *poderes unilaterales y coactivos*, exorbitantes del Derecho común o civil, en los que la Administración contratante puede *crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas*, lo que implica un absoluto menoscabo para el principio de intangibilidad del contrato/principio del contrato-ley¹⁰. Es decir, se trata de facultades que se arroga

10 El contrato es tradicionalmente definido como un convenio de voluntades para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, cuyo fundamento es la autonomía de la voluntad de las partes. El contrato, como herramienta para la reglamentación de las relaciones humanas tiene como cimiento este principio de autonomía de la voluntad de las partes, pues se parte de la premisa de que el hombre es libre, y por ser libre deriva la facultad de darse su propia ley a través del poder de su voluntad (ver Mélich-Orsini, José; *Doctrina General del Contrato*; Academia de Ciencias Políticas y Sociales; Caracas 2012; p. 15). Una vez que se exterioriza el consentimiento y se cumplen los demás elementos esenciales (de existencia) del contrato (objeto y causa), se reputa que dicho pacto tiene una fuerza obligatoria entre las partes equiparable a la ley: *el contrato es ley entre las partes*. Sin embargo, no es completamente comparable el contrato a la ley, pues por tratarse de una norma diseñada por las propias partes, su fuerza vinculante debería ser mayor, en palabras de José Mélich-Orsini: “...se concluye que lo que en él se estipule debe reputarse tan sagrado como la propia ley, y aún más sagrado para las propias partes que si se lo estipulará el legislador, pues por tratarse de una ley particular que ellas se han dado a sí mismas y a la que se han sometido libremente, en ejercicio de su propia soberanía, resultaría una contradicción lógica admitir que su voluntad fuera sustituida por la de otro sujeto. El principio tendría además un fundamento moral: ‘...el respeto a la palabra dada’ (*pacta sunt servanda*)” (Mélich-Orsini, José; óp. cita.; p. 428). Sin embargo la finalidad del contrato, no es simplemente lograr acuerdos de voluntades, sino alcanzar fines económicos. Hay que tomar en cuenta que el Código Civil venezolano al definir el contrato en el artículo 1.133, adopta una definición amplia, donde el concepto de contrato abarca actos jurídicos de contenido patrimonial y extra-patrimonial, aun cuando estos últimos actos jurídicos en un sentido estricto sean convenciones y no contratos. El contrato es el mecanismo idóneo para la distribución de bienes y servicios en el mercado, ya que reduce considerablemente los costos de transacción, haciendo más eficiente la interacción social. El contrato, por lo tanto, se extingue una vez que se alcance dicho fin económico, siendo la extinción anticipada únicamente lograda a través del mismo consentimiento que dio origen a la relación jurídica (mutuo disenso) y de no ser posible dicho acuerdo, se debe recurrir a la tutela jurisdiccional. No se admite que la revocación unilateral vacíe al contrato de su fuerza obligatoria, pues se atentaría contra la seguridad jurídica y la estabilidad en las relaciones humanas.

la Administración, y que de ser incluidas en un contrato privado entre particulares fuesen nulas, ya que al atentan contra la fuerza obligatoria del contrato (principio de intangibilidad del contrato), pues una de las partes puede unilateralmente crear, modificar o extinguir obligaciones del contrato sin el consentimiento de la otra.

En las distintas tesis sobre los contratos administrativos acuñadas por la doctrina francesa, existió un debate o divergencia en cuanto a cuál es el elemento identificativo de los contratos administrativos. No obstante, las dos tesis que imperaron fueron (i) la del servicio público (u objeto del contrato) y (ii) la de las cláusulas exorbitantes. Sin embargo, como apuntó la doctrina francesa en su momento, el elemento determinante no puede ser dichas cláusulas, ya que desde un punto de vista de lógica jurídica éstas atienden al objeto del contrato que es el servicio público, siendo más bien una *consecuencia de dicho objeto* y no el elemento identificador¹¹. Dichas nociones, así como las controversias derivadas de ellas, fueron adoptadas íntegramente por la doctrina venezolana, con la excepción de ciertos doctrinarios¹². Por lo tanto, en Venezuela se considera que un contrato es administrativo, bien sea cuando: (i) tiene por objeto la prestación de un servicio público, o (ii) posee cláusulas exorbitantes del Derecho común¹³. De esta manera, el “contrato administrativo” será aquel en el que la Administración queda habilitada para ejercitar las cláusulas exorbitantes, pues se entiende que el objeto del contrato es la gestión del interés público; mientras que en los llamados “contratos (privados) de

11 Cfr. Badell Madrid, Rafael; óp. cita.

12 José Mélich-Orsini, Gonzalo Pérez Luciani, entre otros.

13 Así lo dispuso la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 11 de agosto de 1983 (caso: *Cervecería de Oriente*), en los siguientes términos: “la presencia de ‘cláusulas exorbitantes’ en un contrato celebrado por la Administración Pública constituye un índice evidente de la existencia de un contrato administrativo, no obstante ante la ausencia de éstas en una negociación pública, la noción de servicio público... recobra su plena y absoluta vigencia”. La sentencia de fecha 1 de abril de 1986 (caso: *Hotel Isla de Coche*) ratificó este criterio también. Cfr. Badell Madrid, Rafael; *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*; Caracas 2001: pp. 40-43.

la administración” no se gestiona directa, sino indirectamente, el interés público, y la Administración no estaría habilitada en estos contratos a hacer ejercicio de las cláusulas exorbitantes.

En todo caso, lo importante es recalcar que todo contrato que sea calificado como administrativo¹⁴ lleva implícito un régimen jurídico distinto al régimen jurídico privado/civil de los contratos, siendo la principal consecuencia las citadas cláusulas exorbitantes. La Ley de Contrataciones Públicas logró, en este sentido, la superación de una problemática sobre la existencia y sustento jurídico de las cláusulas exorbitantes, pues ya no se tratará de poderes implícitos derivados de los principios de auto-tutela y ejecutorio de los actos administrativos. A través de esta norma se establecieron estos poderes de la Administración Pública de manera expresa en un texto legal, pues como dijimos, no contaban previamente de algún fundamento legal sino meramente jurisprudencial y doctrinario. De esta manera, se supera la violación flagrante de estas cláusulas sobre los principios de legalidad y de competencia expresa, fundamentales en el Derecho administrativo.

De allí que la Ley de Contrataciones Públicas¹⁵ y su Reglamento¹⁶, finalmente, sistematizan estos poderes administrativos extra-contractuales, asignándole a la Administración Pública el ejercicio las cláusulas exorbitantes mediante atribuciones administrativas con competencia legal¹⁷. Sin embargo,

14 La jurisprudencia venezolana llegó a establecer que todo contrato donde el interés público se vea directa o indirectamente afectado será considerado como administrativo; *cfr.* SPA de la CSJ del 11-08-1983 (caso: *Cervecería de Oriente*), Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 01-04-1986 (caso: *Hotel Isla de Coche*).

15 Ley de Reforma Parcial de la Ley de Contrataciones Públicas, publicada en Gaceta Oficial No. 39.503 del 6 de septiembre de 2010.

16 Decreto No. 6.708 mediante el cual se dicta el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, publicado en Gaceta Oficial No. 39.181, del 19 de mayo de 2009.

17 Aun cuando la atribución de ciertos poderes extra-contractuales a través de un reglamento constituye una grave violación al Principio de Legalidad, sin embargo, sobre esto indagaremos más adelante.

esas normas tienen una aplicación sustantiva limitada a tres tipos de contratos¹⁸. En todo caso, lo expreso en dichas normas no agota las potestades unilaterales de la Administración en la ejecución de contratos administrativos, pues en ocasiones se han sancionado Leyes que *habilitan* a la Administración a desplegar estas potestades, y además bajo la concepción errónea de que el particular no tiene derecho a indemnización^{19,20}. A todo evento, estas facultades, o poderes extra-contractuales, en mayor medida, ponen en evidencia la clara incompatibilidad de la noción de contrato administrativo con su verdadero propósito dentro del Derecho administrativo, y peor aun, dentro de la actividad administrativa prestacional.

La consagración legal de estos poderes administrativos, por su naturaleza extra-contractual, hace que su ejercicio se lleve a cabo al margen de la ejecución del contrato. Es decir, su forma no es propia de la actividad *bilateral* o *prestacional* (no coactiva) de la Administración, sino se trata más bien de una actividad unilateral y coactiva en el marco de la actividad administrativa contractual. Entonces, estas cláusulas exorbitantes como

18 La Ley de Contrataciones Públicas al definir “contrato”, en el art. 6 numeral 5to, se refiere a tres tipos de contratos específicos: (i) contratos de adquisición de bienes, (ii) de prestación de servicios y (iii) de ejecución de obras; excluyendo los demás *contratos públicos* del ámbito de aplicación de la Ley.

19 Tomando en cuenta que el contratista tiene un “derecho” genérico frente a cualquier actuación de la Administración Pública que tenga incidencia en el desarrollo del *contrato administrativo*, se trata del *Principio de preservación del equilibrio económico del contrato*, que viene siendo una aplicación del principio de buena fe en el ámbito del derecho administrativo, por lo tanto, establece Rafael Badell: “...las potestades excepcionales que posee la Administración para adecuar la ejecución de los contratos a los intereses públicos, no puede significar el desconocimiento de quienes han contratado con ella... protegiendo el resultado económico que perseguía el contrato, es decir, manteniendo lo que en el derecho francés se ha denominado la ecuación financiera del contrato” (Cfr. Badell Madrid, Rafael; *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*; Caracas 2001; pp. 139-140).

20 Brewer-Carías, Allan R.; “La manipulación legislativa del concepto de «contrato administrativo» como técnica confiscatoria” en *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*; Editorial Iustel; Madrid 2014; p. 1759-1765.

poderes unilaterales (y extra-contractuales) tienen, en principio, forma de actos administrativos²¹. Es decir, se trata de una actividad administrativa de policía o de limitación, ejercida en el desarrollo de una actuación administrativa prestacional. Es en razón de esto que ni siquiera pueden llamarse cláusulas, pues no son verdaderas cláusulas contractuales, sino poderes administrativos unilaterales que se encuentran implícitos en cualquier contrato administrativo, ahora denominados *contratos públicos* o *contratos del Estado*²².

21 Siendo estos poderes administrativos extra-contractuales, o cláusulas exorbitantes, manifestadas a través de actos administrativos, la tesis o teoría de los *actos separables*, consiste en la facultad que tiene el contratista de impugnar dichos actos, sin impugnar el contrato administrativo; es decir, consiste en la posibilidad de *juzgar separadamente las actuaciones administrativas relacionadas con el contrato* (Cfr. Badell Madrid, Rafael; *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*; Caracas 2001: p. 171; Ver Sentencia de la SPA de la CSJ del 11-04-1991; caso *Expresos Ayacucho*, donde se introduce en Venezuela la tesis del acto separable; y ver Sentencia de la SPA de la CSJ del 06-08-1998; caso: *Consortio de Aeropuertos del Zulia*, donde se establece la naturaleza jurídica de las cláusulas exorbitantes, dicho criterio es reiterado por la Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ del 20-06-2000, caso: *Aerolink International*). De este modo, si durante la ejecución o inclusive previo a ésta (procedimiento de licitación), el particular desea manifestar su inconformidad con alguno de estos actos administrativos, o detecta cualquier vicio en los mismos, puede impugnarlos y valerse de las defensas que consagra nuestra Constitución, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos e inclusive la Ley de Contrataciones Públicas, sobre la validez de los actos administrativos. Esta actividad coactiva de la Administración, deberá estar conforme a los estatutos de la administración vicarial y el derecho a la *buena administración*, por lo tanto, su ejercicio debe estar enmarcado dentro de un procedimiento administrativo, donde: (i) se permita el derecho a la defensa y demás exigencias del debido proceso; y (ii) dicho acto administrativo se encuentre debidamente motivado, pues su razonabilidad será la medida de su legalidad. Además debemos recalcar los principios de menor intervención y subsidiariedad, que ciñen la actividad administrativa

22 Para así terminar el debate doctrinario sobre la denominación de un contrato como "contrato administrativo" y "contrato (privado) de la administración"; después de la entrada en vigencia de la Ley de Contrataciones Públicas todos pasaron a ser denominados "contratos públicos"; ver Brewer-Carías, Allan R.; *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas 2013.

2. Los poderes administrativos unilaterales (cláusulas exorbitantes) contenidos en la Ley de Contrataciones Públicas (y su Reglamento)

Entre los poderes que tiene la Administración durante la ejecución de los *contratos administrativos*, dentro de la Ley de Contrataciones y su Reglamento, tenemos: (i) la facultad para controlar y dirigir el contrato; (ii) la facultad de introducir modificaciones unilaterales al contrato, también conocida como el *ius variandi*; (iii) la facultad de interpretar unilateralmente las cláusulas del contrato; y (iv) la facultad de extinguirlo anticipadamente²³. Como veremos más adelante, aun cuando estos poderes de la Administración estén previstos legalmente, la extinción de los derechos contractuales (de crédito) en cabeza del co-contratante particular configurarían una expropiación indirecta de acuerdo al Derecho Internacional de Protección de Inversiones, muchos de los BITs suscritos por Venezuela y la hoy derogada Ley de Promoción y Protección de Inversiones²⁴.

A. La aplicación del *ius variandi*²⁵

La Ley de Contrataciones Públicas, en su artículo 106, consagra la posibilidad de que *“el órgano o ente contratante podrá, antes o después de iniciado el suministro de los bienes, la prestación de los servicios o la ejecución de la obra [el contrato], introducir las modificaciones que estime necesarias...”*. El artículo anterior le otorga una amplia discrecionalidad al ente u órgano contratante, bastando la correspondiente notificación al contratista

23 Badell Madrid, Rafael; óp. cita.; p. 113.

24 Derogada por el Decreto No. 1.438, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Inversiones Extranjeras, publicado en Gaceta Oficial No.6.152 Extraordinario del 18 de noviembre de 2014.

25 Mencionamos al inicio de este capítulo el nexo inseparable entre el principio de intangibilidad y el contrato; por lo tanto, las partes deben atenerse a lo pactado, ya que funge como una ley (particular) entre ellas mismas, siendo la única flexibilización a este principio, el mutuo consentimiento para variar las prestaciones, o la buena fe objetiva (atendiendo siempre a la finalidad económica del contrato y sin menoscabar la intención original de las partes).

(particular). Mientras que cualquier modificación que quiera introducir el contratista deberá ser necesariamente autorizada por la otra parte, poniendo en clara desventaja al contratista, con respecto al ente u órgano contratante²⁶.

La discrecionalidad del ente u órgano contratante se encuentra limitada a la normativa que regula la materia, así como a ciertos principios rectores, tales como la conservación de la naturaleza del contrato. Además, la modificación debe velar o estar dirigida a satisfacer las necesidades públicas, y el ejercicio de este poder administrativo extra-contractual, de acuerdo a la tesis de los actos separables, debe cumplir con los requisitos de forma y de fondo de los actos administrativos, pues de lo contrario esos actos estarán viciados de nulidad de acuerdo a lo establecido en los artículos 18 y siguientes de la LOPA. Finalmente, se reconoce que el contratista tiene derecho al restablecimiento del equilibrio económico o a la ecuación financiera del contrato²⁷.

B. Terminación unilateral del contrato

A partir del artículo 120 de la Ley de Contrataciones Públicas se regula la terminación del contrato administrativo. Respecto de esa figura, la doctrina ha resaltado las principales causales para esta extinción del contrato: (i) la terminación por incumplimiento o causas imputables al contratista, (ii) por la nulidad absoluta de la contratación por razones de ilegalidad, y (iii) por razones de oportunidad y conveniencia²⁸.

Si bien la primera se encuentra extensamente regulada por el artículo 127 de la Ley y la segunda deriva de los artículos 19

26 Las modificaciones del contrato se encuentran reguladas en los artículos 108 y siguientes de la Ley de Contrataciones Públicas; incluyendo las causas de modificación del contrato (art. 108). El desarrollo reglamentario de este poder administrativo se encuentra en los artículos 140 y siguientes del Reglamento.

27 Badell Madrid, Rafael; óp. cita.; pp. 119-120.

28 *Ibíd.*; p. 127.

y 20 de la LOPA, acerca de la nulidad de los actos administrativos, la tercera –dígase la terminación unilateral por razones de oportunidad y conveniencia– no se encuentra regulada de manera expresa en la Ley de Contrataciones Públicas, que casualmente, es la que le atribuye el mayor poder discrecional para la terminación unilateral y sobre el poder administrativo extra-contractual que tiene mayor incidencia en el desarrollo del contrato.

En realidad, la terminación unilateral del contrato administrativo por razones de oportunidad y conveniencia o la *terminación del contrato por causas no imputables al contratista*, es regulada por el artículo 190 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas. Además dicha regulación le otorga una inmensa discrecionalidad para el ejercicio de este poder o clausula, al disponer que *“el órgano o ente contratante podrá desistir en cualquier momento de la obra contratada...”*²⁹. Nos encontramos con una norma que configura una *doble trasgresión a los principios que rigen la potestad reglamentaria*: (i) la reserva legal en materia de derechos fundamentales, pues el reglamento pasa a limitar derechos sin una Ley que lo habilite expresamente³⁰; y (ii) el principio de legalidad, pues establece un régimen de responsabilidad, distinto al consagrado en el Código Civil, a través de una norma incapaz, por su rango, de llevar a cabo esa tarea³¹.

29 Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, art. 190.

30 Pues como dijimos anteriormente la Ley de Contrataciones Públicas no establece de manera expresa, como causal para la terminación unilateral del contrato, razones de oportunidad y conveniencia, o como lo pone propio Reglamento: *Terminación del contrato por causas no imputables al contratista*.

31 Ghersi Rassi; Oscar; “Autovinculación y Potestades Públicas en los Contratos Estatales”; *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolana* No. 1, Mayo 2013; pp. 194-195.

C. Recapitulación

Las cláusulas exorbitantes otorgan poderes jurídicos unilaterales y extra-contractuales que permiten a la Administración crear, modificar, interpretar y extinguir las relaciones jurídicas, sin necesidad de acudir a un Juez. Esto no sólo crea un desequilibrio contractual sino que desvirtúa el concepto y propósito de un contrato, pues al otorgarle una potestad de esta magnitud a la Administración se sustrae el elemento de estabilidad y obligatoriedad que debe estar presente en cualquier relación contractual. Justamente eso es lo que tiende a ser corregido por los BITs, en concreto, respecto a la incertidumbre y falta de estabilidad que puede causarle a un inversionista (extranjero) el estar sujeto al ordenamiento jurídico-administrativo doméstico donde se encuentra su inversión. Los BITs limitarán la soberanía o *ius imperium* del Estado, pues no podrá imponerle esas variaciones del ordenamiento jurídico-administrativo al inversionista extranjero, ya que en cualquier ocasión donde el vea afectada su inversión tendrá derecho a indemnizaciones y reclamaciones en órganos internacionales. Cabe apuntar que cuando la Administración contrata con un particular, se crea un derecho de crédito en manos del contratista, que tiene naturaleza de bien mueble, *ex* art. 533 del Código Civil (que desarrollaremos más adelante). Por lo tanto, la modificación/variación o terminación unilateral del contrato, o cualquier menoscabo al patrimonio del contratista, derivado del ejercicio de los poderes administrativos extra-contractuales, puede ser considerado como una *medida de efectos equivalentes a una expropiación*, lo que configuraría una violación a un BIT, si se trata de un inversionista extranjero. No obstante, cuando el co-contratante particular no sea un inversionista extranjero, puede hablarse que esta potestad de terminación unilateral constituye una expropiación *de facto* o indirecta, violando el art. 115 de la Constitución.

II. LA EXPROPIACIÓN FORZOSA

La expropiación es una potestad mediante la cual el Estado adquiere de manera originaria³² y coactiva el derecho de propiedad sobre un bien (o derecho), a través de un procedimiento legal –o constitucional en el caso venezolano– y del pago de una justa indemnización. Por lo tanto, la expropiación presenta una *doble faceta*³³: (i) le otorga al Estado una potestad o prerrogativa, que deriva en un sacrificio patrimonial del individuo; y (ii) por el otro lado, establece una garantía procesal, que busca la indemnidad patrimonial de los individuos ante el despliegue de la actividad administrativa. A su vez, la Ley venezolana que regula la materia, esto es, la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social³⁴ (“Ley de Expropiación”), define la expropiación como: “...una institución de Derecho Público, mediante la cual el Estado actúa en beneficio de una causa de utilidad pública o de interés social, con la finalidad de obtener la transferencia forzosa del derecho de propiedad o algún otro derecho de los particulares, a su patrimonio, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización”³⁵.

Uno se refiere a la institución expropiatoria cuando engloba todos los caracteres antes mencionados, con lo cual no se puede hablar propiamente de expropiación cuando no se cumplan estos atributos, La expropiación requiere, por ello, cum-

32 Se trata de una adquisición originaria ya que, el Estado, cuando obtiene el bien, no lo hace de manera derivada, sino que crea una ficción jurídica: el bien expropiado es *res nullius*. Es decir, técnicamente no adquiere el bien *pura y simplemente*, sino que extingue el derecho del individuo sobre la cosa, pasando a ser esta *res nullius*, para luego constituir un nuevo derecho, siendo el titular primigenio de ella. Por lo tanto, no puede ser causahabiente del sujeto expropiado, ni menos aun puede ser afectado por vicios o gravámenes preexistentes, ya que estos se extinguen con el derecho de éste: *cf.* Muci Borjas, José Antonio; “La Retrocesión en la Expropiación”; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas 1988; pp. 17-18.

33 *Cfr.* García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón; *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*; Thomson Civitas; Buenos Aires 2006; p. 213.

34 Publicada en Gaceta Oficial No. 37475, del 1ro de julio de 2002.

35 Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, art. 2.

plir con los procedimientos legales preestablecidos, *i.e.* debe ser conforme a Derecho³⁶. De esta manera, la expropiación vendría siendo una institución de naturaleza bipolar: pues se trata de una prerrogativa de la Administración Pública que pesa sobre patrimonio privado de los ciudadanos, y, simultáneamente, es una garantía o un freno al despliegue de dicha actividad sobre los derechos de los ciudadanos.

En Venezuela, el artículo 115 de la Constitución consagra la expropiación forzosa: “...*Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes*”. Como hemos dicho, este artículo esboza el procedimiento expropiatorio, indicando sus pasos esenciales: (a) declaratoria legal de utilidad pública, (b) sentencia judicial firme y (c) pago oportuno de justa indemnización, donde se establece el imperativo de la participación de todo el Poder Público. Se busca garantizar que dichas garantías no sean desconocidas por el legislador cuando entre a regular la materia, y menos aun por la Administración cuando ejerza la potestad expropiatoria³⁷; además, como mecanismo para garantizar la propiedad, el constituyente indicó que esta hipótesis normativa aplica para ‘cualquier clase de bienes’.

1. Procedimiento expropiatorio (*prima facie*)

La *fase legislativa* requiere de una previa Ley. Para hablar de una Ley que pueda efectivamente declarar de utilidad pública o de interés general ciertos bienes, ésta debe cumplir con los

36 Por lo tanto, las llamadas “expropiaciones” indirectas, de hecho, etc. son contradicciones semánticas; no obstante, por la aceptación que han tenido en la doctrina nacional e internacional, y por razones didácticas, utilizaremos estos términos.

37 Cfr. Canova González, Antonio; Herrera Orellana, Luis Alfonso; Anzola Spadaro, Karina; *¿Expropiaciones o Vías de Hecho? (La degradación continuada del derecho de fundamental de propiedad en la Venezuela actual)*; Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Universidad Católica Andrés Bello; Caracas 2009; p. 71.

siguientes requisitos: (i) un acto producto del procedimiento de formación de leyes (principio democrático), (ii) debe tratarse de un acto normativo, general y abstracto^{38,39} y (iii) debe cumplirse con la garantía de declaratoria mediante ley formal de un fin de utilidad pública o interés social⁴⁰, la cual no se limita a una mera garantía formal (pues para eso está el principio de reserva legal), sino que busca que la declaratoria de utilidad pública o interés general sea hecha en atención a un fin (*causa expropriandi*⁴¹), que de no ser llevado a cabo, daría lugar a la figura de la retrocesión⁴².

La fase administrativa aplica después de que el Legislativo establece los fines públicos para los cuales puede recurrir a la privación coactiva de bienes privados. En tal fase la Administración debe proceder a determinar cuáles serán los bienes sobre los cuales ejercerá la potestad expropiatoria. El Decreto de Expropiación va a ser el acto administrativo que concreta la actividad administrativa y la limitación al derecho de propie-

38 Grau Fortoul, Gustavo; "Algunas reflexiones sobre la expropiación como medio de privación coactiva de la propiedad" en *Cuestiones actuales del Derecho de la Empresa en Venezuela*; Grau, García, Hernández & Mónaco; Caracas, 2007; pp. 65-66.

39 Debe descartarse la posibilidad de dictar declaratorias de utilidad pública o de interés general mediante Decretos-Leyes, que no son ley en sentido formal; o de otros actos del Legislativo como Acuerdos Parlamentarios sin forma de Ley.

40 Cfr. Canova González, Antonio; Herrera Orellana, Luis Alfonzo; Anzola Spadaro, Karina; óp. cita.; pp. 80-85.

41 Según Eduardo García de Enterría, la *causa expropriandi* es el efectivo destino del bien expropiado a aquel o aquellos fines de utilidad pública o interés social que determinaron el ejercicio de la potestad expropiatoria: citado por Muci Borjas, José Antonio; *La Retrocesión en la Expropiación*; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas 1988; p. 29.

42 Según José Antonio Muci Borjas: la retrocesión es el derecho otorgado al antiguo titular del bien expropiado para que lo readquiera, devolviendo la justa indemnización recibida, restableciendo la relación jurídica anteriormente infringida, a consecuencia de la desaparición (una vez consumada la expropiación forzosa), del elemento esencial de la causa (*causa expropriandi*). Muci borjas, José Antonio; óp. cita.; pp. 27-29.

dad del ciudadano⁴³; sin embargo, el Decreto de Expropiación se diferencia trascendentalmente de otros actos administrativos, pues no tiene carácter ejecutivo y ejecutorio. Se considera que al afectar un derecho fundamental como la propiedad, no debe surtir efectos sobre su destinatario hasta tanto un Tribunal competente se pronuncie sobre: (i) su legalidad y (ii) declare la procedencia de la expropiación de los bienes⁴⁴.

Finalmente, en la *fase judicial* se materializa la particularidad del Decreto expropiatorio, pues la Administración está obligada a hacer valer su pretensión frente a un Tribunal, en lugar de proceder a la auto-tutela del acto administrativo que se *presume* válido. Por lo tanto, el particular no tiene la carga de accionar en contra de la presunta legitimidad del acto administrativo⁴⁵ para suspender sus efectos, sino será la Administración la que tendrá que presentar una demanda, sustanciar un proceso y obtener una sentencia judicial firme para que

43 La motivación del Decreto expropiatorio será en este caso la medida de su legitimidad; la determinación del bien debe ser producto de un proceso racional: de experticias técnicas, donde conste la necesidad de acudir a la expropiación como único medio para lograr el fin público, pues de existir un medio menos gravoso a libertad para la consecución del mismo, la expropiación no procedería (principio de menor intervención). La motivación busca reducir el margen de discrecionalidad de la Administración a la hora de proceder a la determinación de bienes que serán sujetos a expropiación forzosa, aun cuando siempre va a existir cierta discrecionalidad a la hora de la determinación de los bienes afectados por el Decreto, esta discrecionalidad nunca puede tenerse como arbitrariedad (ausencia de justificación/argumentación). Lo mismo ocurre en la fase legislativa, la declaratoria de utilidad pública o interés general debe ser producto de un proceso racional, es decir, el Legislador no tiene plena discrecionalidad para hacer esta declaratoria. La ley, así como el Decreto expropiatorio que no fundamente la declaratoria o la determinación, respectivamente, viciara de nulidad el acto. Tal es, de forma resumida, el *quid* de la *Garantía de la razonabilidad, adecuación y proporcionalidad de la declaración legal de uso público y del acto del ente expropiante de los bienes afectados*: Cfr. Canova González, Antonio; Herrera Orellana, Luis Alfonso; Anzola Spadaro, Karina; óp. cita.; pp. 88-100.

44 *Ibíd.*; pp. 87-88.

45 Al respecto véase: Abache Carvajal, Serviliano; *La Atipicidad de la Presunción de Legitimidad del Acto Administrativo y la Carga de la Prueba en el Proceso Tributario*; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas 2012.

surtan los efectos del Decreto expropiatorio sobre el bien o derecho del particular.

2. La vía de hecho y la expropiación

La concurrencia de los requisitos anteriores configuran el procedimiento expropiatorio. El menoscabo o ausencia de cualquiera de los requisitos de procedencia de la expropiación, hace que ésta deje de ser una expropiación para convertirse en una vía de hecho, en la cual la actuación de la Administración va a estar viciada de nulidad, y dará lugar al restablecimiento de la situación jurídica infringida. La vía de hecho en la expropiación forzosa, viene siendo *todo ataque a la propiedad, derecho e intereses patrimoniales* que implique una expropiación material o una *expropiación en su contenido, en ausencia de los límites definidores de la potestad expropiatoria, o aun dentro de ellos, no se lleve a cabo por el procedimiento que la Ley señala*⁴⁶. En conclusión, la vía de hecho es la privación o interferencia *arbitraria* de la Administración en el patrimonio (o derechos) del ciudadano, por ausencia o trasgresión de las garantías y/o procedimiento legal preestablecido.

3. La expropiación forzosa y el Derecho Internacional de Protección de Inversiones

El Derecho Internacional de Protección de Inversiones, concretado en los distintos Tratados Bilaterales (BITs) o Multilaterales de Inversión tienen como función principal la protección de la propiedad privada del inversionista (*v.g.*, la inversión), frente a cualquier medida estatal, directa o indirecta, que pretenda menoscabar el ejercicio de su derecho y el acceso a sus frutos.

46 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón; *óp. cit.*; Thomson Civitas; Buenos Aires 2006; p. 270.

A. La expropiación de Derecho (*de iure*) y la expropiación de hecho (*de facto*):

Los BITs, cuando se refieren a la expropiación, distinguen dos clases de medidas estatales⁴⁷. Primero, la expropiación *de iure* (*direct taking*), descrita anteriormente, en la cual el Estado adquiere de manera forzosa bienes privados para el cumplimiento de fines públicos, precedida por la respectiva declaratoria legal, el procedimiento legal pertinente y el previo pago de una justa indemnización. Por el otro lado, tendríamos la expropiación *de facto* (*indirect taking*)⁴⁸ que se refiere a medidas del Estado *en las cuales no se llega a adquirir necesariamente los bienes propiedad del inversionista, pero que si anulan o alteran el ejercicio de sus derechos*⁴⁹; sin embargo, puede tratarse de “...cualquiera otra [medida estatal] cuyo efecto sea desposeer directa

47 Clasificación según: Muci Borjas, José Antonio; *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas 2007; pp.168-169.

48 Si bien es catalogada como un tipo de expropiación, como hemos dicho, se trata de una *contradictio in terminis*, pues no goza de los atributos de dicha institución: procedimiento legal establecido, sentencia judicial firme y justa indemnización; debería hablarse más bien de *expoliación* o, como establece Muci Borjas, de una confiscación, sin embargo, esta última figura comentada por el autor, se asocia en muchos casos con un tipo de sanción administrativa o pena. Podríamos hablar que estamos ante otro caso de *perversión del lenguaje*, “*Trampa del lenguaje*” o “*definición persuasiva*”; sin embargo, el concepto de expropiación indirecta no es utilizado por el legislador venezolano en la Ley para la Promoción y Protección de Inversiones de 1999, no obstante es utilizado de manera indistinta por la doctrina (nacional e internacional) vaciando de contenido *descriptivo* la noción de expropiación (para un mayor desarrollo de la *perversión del lenguaje* ver Nota No. 13 *ut supra*). Su peculiar naturaleza jurídica ha recibido múltiples denominaciones, entre ellas: *indirect expropriation*, *de facto expropriation*, *constructive expropriation*, *creeping expropriation*, *measures equivalent to expropriation*, *measures tantamount to expropriation*, *measures having an effect equivalent to expropriation*: sobre el concepto y clasificaciones de la llamada *expropiación indirecta*, ver Muci Borjas, José Antonio; óp. cita.; p. 169.

49 Muci Borjas, José Antonio; óp. cita.; p.168.

*o indirectamente a los inversores de la otra Parte Contratante de las inversiones que les pertenezcan...”*⁵⁰.

Por lo tanto, vemos que la expropiación indirecta viene siendo un concepto un tanto residual, pues se trata de sacrificios patrimoniales que sufren los individuos fuera del marco de un proceso de expropiación; por lo que pueden ser producto de *regulaciones o normas generales*⁵¹. Debemos recordar que aun cuando la privación patrimonial haya sido fruto de un procedimiento legal (eventualmente legislativo en el caso de las *regulaciones y normas generales*) esto puede agotar la garantía formal o de reserva legal, sin embargo existen otras garantías, que mencionamos al inicio de este trabajo, tales como la *garantía de contenido esencial* y otras *garantías materiales* como el *principio de menor intervención* y de *interpretación restrictiva o favor libertatis*.

En definitiva, podemos afirmar que la adopción de una medida estatal, bien sea a través de una norma general (Ley) o cualquier otro tipo de regulación (acto administrativo), que conlleve a un sacrificio patrimonial general o especial –expropiación indirecta– aunque bien puede ser caución suficiente de su validez formal o positivo dentro del ordenamiento jurídico respectivo, no siempre será suficiente para su legitimidad.

Ahora bien, según Muci Borjas, los BITs conllevan a una *doble garantía*: al regular la expropiación *de iure* salvaguardan el derecho de propiedad desde el punto de vista formal, teniendo por finalidad que las medidas estatales que sobrellevan un cambio de titularidad, o procedimientos iniciados con fines públicos y conlleven sacrificios patrimoniales, sean llevados dentro del cauce legal preestablecido. Mientras que la regula-

50 Acuerdo (BIT) Venezuela Unión Económica Belgo-Luxemburguesa art. 4; citado por Muci Borjas, José Antonio; óp. cita.; p. 168.

51 Díez-Picazo, Luis María; “¿Hay que indemnizar las privaciones generales de la propiedad?”; *Revista Española de Derecho Europeo* No. 12, Civitas Ediciones; Madrid 2004; pp. 604-605; citado por Muci Borjas, José Antonio; óp. cita.; p. 171-173.

ción de la *expropiación de facto* o indirecta busca garantizar la vigencia práctica y efectiva del derecho tutelado por el Tratado, con lo cual los inversionistas pueden solicitar la indemnización por cualquier medida estatal que menoscabe su derecho, o inclusive aquellas que pongan en juego la rentabilidad de su inversión⁵². Garantía que no es exclusiva de inversionistas amparados por un BIT, sino que se encuentra consagrada expresamente en el art. 115 de la Constitución.

Vemos entonces que la noción de *expropiación* indirecta se deslinda del concepto de vía de hecho, pues la primera conforma un ámbito mucho más amplio (género), siendo entonces la vía de hecho una especie de *expropiación* indirecta. Sin embargo, tanto la regulación de la *expropiación de iure* (es decir, de la expropiación propiamente hablando), como de la *expropiación de facto* o indirecta, protegen al inversionista de las vías de hecho: (i) cuando el procedimiento expropiatorio tenga defectos o no sea llevado a cabo apropiadamente; y (ii) para aquellas privaciones patrimoniales que no sean consecuencia de una norma general o regulación. Hay que tener especial cuidado con las privaciones patrimoniales en el Derecho venezolano, ya que en nuestro ordenamiento jurídico, el constituyente decidió reforzar el derecho de propiedad y el carácter garantista de la expropiación en el art. 115. Por lo tanto, aun cuando se dicte una norma general (una Ley) que emprenda la tarea de regular o limitar el patrimonio de algún individuo, la misma puede resultar inconstitucional *ex art.* 115 de la Constitución.

Finalmente, por lo erróneo que resulta el concepto de *expropiación de facto* o indirecta –semánticamente– con respecto a la expropiación (como garantía) y en aras de procurar siempre la precisión terminológica (jurídica)⁵³, utilizaremos otro concepto, aplicado por el Derecho Internacional de Protección de Inversiones, que de manera precisa define esta actividad esta-

52 *Ibíd.*, p. 170.

53 Para evitar caer en *perversiones del lenguaje*: ver Nota No. 13 *ut supra*.

tal (sin caer en perversiones o trampas del lenguaje): *medida de efectos equivalentes a una expropiación*.

III. EL EJERCICIO LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES COMO MEDIDA DE EFECTOS EQUIVALENTES A UNA EXPROPIACIÓN:

Después de analizar la propiedad privada y la expropiación dentro del contexto constitucional venezolano, así como la figura de los *contratos administrativos* y el ejercicio de estos poderes administrativos extra-contractuales, debemos vincular estos temas con lo dispuesto en la Ley de Promoción y Protección de Inversiones (derogada), el Derecho Internacional de la Protección de Inversiones y el ya mencionado artículo 533 del Código Civil.

1. La (derogada) Ley de Promoción y Protección de Inversiones venezolana y el Derecho Internacional de la Protección de Inversiones

El Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, publicada en Gaceta Oficial No. 5.390 Extraordinario del 3 de octubre de 1999 (“Ley de Promoción y Protección de Inversiones”) fue promovido por Hugo Chávez, quien a los inicios de su primer período presidencial seguía un lineamiento político-económico “moderado” y era “...*fiscalmente conservador y aun amigable hacia la inversión extranjera...*”⁵⁴, enmarcado dentro de un sistema de economía social de mercado, tal y como dispone la Constitución de 1999.

54 Corrales, Javier Y Penfold, Michael; *Dragon in the Tropics*; Brookings Institution Press; Washington D.C. 2011; p. 47: citado por Hernández-Bretón, Eugenio; “La Inversión extranjera a finales de 2012” en *Libro Homenaje a Clarisa Sanoja de Ochoa*; editado por el Banco Occidental de Descuento; Caracas 2013; p. 427.

Este Decreto-Ley tenía como objeto el establecimiento de un marco jurídico uniforme, para inversionistas nacionales y extranjeros⁵⁵, donde éstos puedan gozar de estabilidad, previsibilidad y un desenvolvimiento pleno de sus inversiones en un ambiente con seguridad jurídica plena, acceso a tribunales internacionales, y evitar a toda costa supuestos de discriminación, aun ante la ausencia de un BIT⁵⁶. Sin embargo, como la discriminación puede ser bilateral, muchas veces las condiciones o los derechos a favor de los inversionistas en un BIT son una réplica de los derechos preexistentes en el sistema legal del Estado receptor de la inversión⁵⁷. Este conjunto de BITs, así como otros Tratados Multilaterales de Inversiones, conforman una rama del Derecho Internacional Público, llamado Derecho Internacional de la Protección de Inversiones.

Este Derecho Internacional de Protección de Inversiones, sigue los mismos lineamientos generales antes mencio-

55 Si bien la tendencia general es pensar que la Ley de Promoción y Protección de Inversiones fue creada para establecer un jurídico base aplicable, exclusivamente, para los inversionistas extranjeros. Sin embargo, el art. 1 de la Ley dispone: "*Este Decreto-Ley tiene por objeto proveer a las inversiones y a los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, de un marco jurídico estable y previsible...*" (destacado nuestro). Se trata de una legislación autónoma venezolana que tiene como fin ofrecerle protección a los inversionistas al margen de los tratados vigentes en Venezuela (Cfr. Hernández-Bretón, Eugenio; "Protección de Inversiones en Venezuela"; *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*; Caracas 2004; pp. 221-222.

56 Entendiendo al BIT como un conjunto de normas que buscan atraer inversión extranjera mediante la reducción de espacios para acciones discrecionales y arbitrarias por parte del Estado receptor de la inversión; de esta manera se crea un ambiente que permita el correcto desarrollo de la inversión y desenvolvimiento de los derechos del inversionista. Cfr. DOLZER, Rudolph; "The impact of International Investment Law on domestic Administrative Law"; *New York University Journal of International Law and Policy* 37, no.4; pp. 953-954.

57 Pues si bien el trato discriminatorio a un inversionista por parte del Estado receptor de la inversión configura una violación a un BIT, el supuesto de un BIT que le otorgue a un inversionista extranjero derechos preferentes de los existentes en el orden jurídico doméstico configuraría un supuesto de discriminación reversa (*reverse discrimination*); sin embargo, estas cuestiones escapan el ámbito de aplicación de un BIT, pues se trata de materia de política interna de cada nación. Cfr. Dolzer, Rudolph; *op. cit.*; p.954.

nados por el artículo 1 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, pero concretamente, busca prevenir que el inversionista extranjero se vea afectado por expropiaciones o medidas equivalentes de efectos expropiatorios, en desacato a lo indicado por la costumbre internacional⁵⁸. El Derecho de Protección de Inversiones no admite que se produzca una expropiación o medida de efectos equivalentes sin que concurran las siguientes condiciones: (i) que la expropiación forzosa de la inversión sea en virtud de una declaratoria de utilidad pública; (ii) producto de una selección no discriminatoria; (iii) de acuerdo a un debido proceso legal (judicial) y (iv) con justa y oportuna indemnización⁵⁹. En este mismo sentido, por ejemplo, el artículo 4 del BIT celebrado entre Venezuela y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa, se refiere a las “*Medidas Privativas o Restrictivas de la Propiedad*” de la siguiente manera:

“1. Cada una de las partes se obliga a no adoptar ninguna medida de expropiación o nacionalización, ni cualquier otra cuyo efecto sea desposeer directa o indirectamente a los inversores de la otra Parte Contratante de las inversiones que les pertenezcan en su territorio, salvo si cumplen las condiciones siguientes: a) que las medidas se adopten por razones de utilidad pública o de interés nacional; b) que las medidas sean adoptadas de conformidad con los procedimientos legales; c) que no sean ni discriminatorias, ni contrarias a un compromiso específico relativo al trato de una inversión; d) que vengan acompañadas de disposicio-

58 Hay que recordar que bajo el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia la costumbre internacional es fuente directa del Derecho Internacional Público.

59 Cfr. Organization for Economic Cooperation and Development (OECD); “*Indirect Expropriation and the Right to Regulate In International Investment Law*”; Working papers on International Investment, Number 2004/4; September 2004; p. 3.

nes que prevean el pago de una indemnización adecuada y efectiva..."^{60,61}.

60 Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, art. 4; que entró en vigencia el 29 de abril de 2004 (Cfr. Tejera Pérez, Victorino J.; *Arbitraje de Inversiones en Venezuela*; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas 2012; p. 463. Citado también por Muci Borjas, José Antonio; *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas, 2007; pp. 167-168.

61 El Tratado entre la República de Venezuela y la República Federal de Alemania para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones establece en su artículo 4(2): *"Las inversiones de nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes sólo podrán, en el territorio de la otra Parte Contratante, ser expropiadas, nacionalizadas o sometidas a otras medidas que en sus efectos equivalgan a expropiación o nacionalización, por causas de utilidad pública, y deberán en tal caso ser indemnizadas. La indemnización deberá corresponder al valor que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de la fecha de hacerse pública la expropiación, la nacionalización o la medida equivalente, efectiva o inminente. La indemnización deberá abonarse sin demora y devengar intereses hasta la fecha de su pago según el tipo de interés comercial normal; deberá ser efectivamente realizable y transferible en moneda de libre convertibilidad..."*. A su vez, el artículo 5 del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la Promoción y Protección de Inversiones establece que: *"Las inversiones de nacionales o sociedad de una Parte Contratante no serán sometidas a nacionalización, expropiación o a medidas que en sus efectos equivalgan a nacionalización o expropiación (que en lo sucesivo se denominan "expropiación") en el territorio de la otra Parte Contratante salvo para fines públicos relacionados con las necesidades internas de dicha Parte Contratante, en forma no discriminatoria y con indemnización pronta, adecuada y efectiva..."*. El Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos establece en el artículo 6: *"Ninguna de las Partes Contratantes deberá expropiar o nacionalizar inversiones de los nacionales de la otra Parte Contratante o tomar medidas que tengan un efecto equivalente a una nacionalización o una expropiación con respecto a dichas inversiones, a menos que se cumplan las siguientes condiciones: (a) que las medidas tomadas tengan como fundamento el interés público y se sometan a un debido proceso legal; (b) que las medidas no sean discriminatorias; (c) que las medidas sean indemnizadas justamente. Dicha compensación deberá representar el valor de mercado de las inversiones afectadas en el momento anterior a la expropiación..."*. El artículo 6 y el artículo V del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre la Confederación Helvética (Suiza) y la República de Venezuela y el Acuerdo entre la República de Venezuela y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones regulan la materia de expropiaciones y nacionalizaciones con redacciones similares a los artículos transcritos.

Podemos observar que no se trata de principios etéreos y abstractos, sino que forman parte de la costumbre internacional (Derecho Internacional de Protección de Inversiones) y han sido cristalizados en distintos BITs, así como en nuestra Constitución vigente (artículo 115) y en la legislación que regulaba la materia (Ley de Promoción y Protección de Inversiones). Es decir, toda medida que tenga como finalidad privar a un inversionista de su propiedad, bien sea internacional y este amparado por un BIT; o sea nacional, en virtud del art. 115 de la Constitución, de acuerdo a lo establecido en el derogado art. 11 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones: “*Sólo se realizarán expropiaciones de inversiones, o se aplicarán a éstas medidas de efecto equivalente a una expropiación, por causa de utilidad pública o de interés social, siguiendo el procedimiento legalmente establecido a estos efectos, de manera no discriminatoria y mediante una indemnización pronta justa y adecuada*”.

Esta garantía a favor de los inversionistas, no sólo constituye una protección contra expropiaciones *directas*, es decir, expropiaciones en las que existe una afectación directa del bien por el Estado y donde éste pasa a ser titular del bien. Además, también abarca las llamadas *medidas de efectos equivalentes a la expropiación*. Estas *medidas de efectos equivalentes a la expropiación* pueden concretarse de múltiples maneras, no se trata únicamente de vías de hecho o patologías en los procedimientos de expropiación, sino que pueden ser regulaciones sobrevenidas en el Estado receptor que afecten la inversión, como la no renovación de licencias, aumentos arbitrarios de alícuotas impositivas y otros tributos de carácter confiscatorio, concesiones y otras autorizaciones administrativas⁶², o variaciones (incluyendo terminaciones) en contratos administrativos. El citado artículo de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones

62 Este es el caso de *Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos*, caso No. ARB(AF)00/2 de fecha 29 de mayo de 2003, donde la autoridad administrativa mexicana (Instituto Nacional de Ecología) denegó la renovación de una licencia de explotación de un confinamiento de desechos industriales peligrosos a CYTRAR (filial de TECMED).

establecía, como garantía a los inversionistas (nacionales y extranjeros), el procedimiento expropiatorio esbozado por el artículo 115 de la Constitución, con lo cual todo procedimiento que no cumpla con dichas garantías se considerará como contrario a Derecho.

Vale acotar que el Decreto-Ley de Inversiones Extranjeras del 2014, que derogó la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, no contiene una norma similar que defina qué se entiende por expropiación o medida de efectos equivalentes a una expropiación y que establezca las garantías previamente establecidas por el artículo 11 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones.

De esta manera, nuestro propio marco jurídico de protección de inversiones equiparaba las garantías necesarias para una expropiación directa tanto para una medida de efecto equivalente a una expropiación o expropiación indirecta. En tal sentido, los Lineamientos de Inversiones Extranjeras del Banco Mundial⁶³ sección IV bajo el título "*Expropiaciones y Variaciones o Terminaciones Unilaterales de Contratos*" en su artículo 1, va inclusive más allá, pues no sólo equipara las garantías de la expropiación directa y de las medidas de efectos equivalentes, sino que trae a ese plano las alteraciones o terminaciones unilaterales de contratos. Establece el antes mencionado artículo lo siguiente:

"Un Estado no puede expropiar o tomar en totalidad o en parte, una inversión privada extranjera en su territorio o adoptar medidas que tengan efectos similares, salvo que esto se haga de acuerdo con los procedimientos legales aplicables, en cumplimiento de la buena fe de un fin público, sin discriminación por motivos de nacionalidad y con el pago de una indemnización apropiada"⁶⁴.

63 World Bank Guidelines on Foreign Direct Investment, 1992.

64 World Bank Guidelines on Foreign Direct Investment: section IV (1) on "Expropriation and Unilateral Alterations or Termination of Contracts".

El Banco Mundial al concederle las mismas garantías de la expropiación (directa e indirecta) que a la terminación o alteración unilateral de un contrato, está aceptando que, en esencia, esta actuación administrativa implica una medida de efectos equivalentes a una expropiación. En definitiva, cuando un Estado suscribe un Tratado Bilateral de Inversión limita el alcance sus poderes soberanos (*ius imperium*); en concreto, debe limitarse a usar dichos poderes soberanos para someter a los inversionistas extranjeros a su sistema administrativo doméstico⁶⁵, todo esto en la búsqueda de estabilidad (económica), que debería estar presente en cualquier relación de tipo contractual.

2. El art. 533 del Código Civil venezolano

Establecimos anteriormente que el alcance del derecho de propiedad privada no se limita a su definición clásica como “derecho al uso, goce y disfrute de bienes...”, sino que abarca también la *capacidad patrimonial* de las personas: la aptitud de apropiarse *legítimamente* de bienes (tangibles e intangibles).

Partimos que la expropiación, y la medida de efectos equivalentes a una expropiación, pueden recaer sobre cualquier bien o derecho propiedad de un particular, es decir, bienes tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, etc. Precisamente la celebración de un contrato crea una serie de derechos y obligaciones en cabeza de las partes. Estos derechos –derechos de crédito, como bienes intangibles– forman parte del patrimonio de su acreedor. Partimos de la división que hace el Código Civil en su artículo 526, en el cual establece: “Las cosas que pueden ser objeto de propiedad pública o privada son bienes muebles e inmuebles”. El artículo 533 del Código califica expresamente como *bienes muebles por su objeto* a los derechos de crédito, de la siguiente manera: “Son muebles por el objeto a que se refi-

65 Dolzer, Rudolph; “The impact of International Investment Law on domestic Administrative Law”; New York University Journal of International Law and Policy 37, no.4; p. 953.

eren o por determinarlo así la Ley, **los derechos**, las obligaciones...” (destacado nuestro). Esta clasificación de *bienes muebles por su objeto*, tiene su origen en el Código Napoleónico, en el cual se denominaban como *muebles por determinarlo así la Ley*⁶⁶.

Cuando el legislador hace referencia a los derechos, se está refiriendo claramente a derechos de crédito, es decir, derechos contractuales o derivados de otros tipos de actos jurídicos, con la únicas excepciones de los derechos indicados en el artículo 530 del Código Civil (referido a los bienes inmuebles por el objeto que tienen naturaleza de bienes muebles y serían también susceptibles de apropiación)⁶⁷.

Por ello, la terminación o variación unilateral del contrato, o el ejercicio de cualquier poder administrativo extra-contractual durante la ejecución de un “contrato administrativo”, que incida o extinga algún derecho de crédito, está repercutiendo en la propiedad del contratista, causando un sacrificio patrimonial en cabeza de éste, sin acudir al procedimiento legal previsto para extinguir la propiedad de un particular, *v.g.*, la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social. El ejercicio de estos poderes administrativos y la extinción, total o parcial, de derechos de contractuales, podrán producir una *expropiación directa* si hay una traslación de la titularidad de dicho derecho en cabeza del Estado, de lo contrario, se producirá una *medida de efecto equivalente a una expropiación*.

La (mal) llamada *expropiación indirecta* o medidas de efecto equivalente a una expropiación, como hemos estudiado, son aquéllas por medio de las cuales, aun cuando el Estado no realiza la afectación de un bien de manera directa, implican una intensa interferencia del Estado en el uso de la propiedad o con el goce de sus beneficios económicos, cuyo efecto

66 Aguilar Gorronzona, José Luis; *Cosas, Bienes y Derechos Reales. Derecho Civil II*; Universidad Católica Andrés Bello; Caracas 2010; p. 73.

67 Ídem.

en la inversión privada es equiparable a una expropiación⁶⁸. Así, en el caso *CIADI Metalclad Corporation vs. United Mexican States*, el Tribunal Arbitral al analizar el art. 1110 del Tratado Norteamericano de Libre Comercio (*North American Free Trade Agreement - NAFTA*) que trata la expropiación y las medidas de efecto equivalente a una expropiación (*measure tantamount to expropriation*), establece los siguientes parámetros para identificar una expropiación indirecta:

“...interferencia disimulada o incidental sobre el uso de la propiedad, que tiene el efecto de privar al propietario, en todo o en parte significativa, del uso o del beneficio económico razonablemente–esperado de los bienes, incluso si no conlleva necesariamente a la ventaja obvia del Estado”⁶⁹.

Como vemos, coartar al inversionista de su derecho a los beneficios económicos de su inversión, bien sea total o par-

68 Cfr: *Metalclad Corporation vs. United Mexican States*, case No. ARB(AF)/97/1; August 30, 2000. El texto en idioma original establece lo siguiente: “...covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably–to–be–expected economic benefit of property even if it not necessarily to the obvious benefit of the host state”.

69 A su vez, en la reciente decisión del CIADI, *Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd, et al (ExxonMobil) vs. República Bolivariana de Venezuela*; ICSID case No. ARB/07/27 del 09 de octubre de 2014 los demandantes (ExxonMobil) alegan que la nacionalización de los yacimientos petroleros en la Faja del Orinoco no fue la única medida estatal que los privó de su inversión y de los beneficios que derivan de la misma. Pues si bien tanto la parte demandante como la demandada (República Bolivariana de Venezuela) estaban de acuerdo que la expropiación de los Proyectos Cerro Negro y La Ceiba fueron expropiados directamente, aun cuando su legalidad no es conteste; alegó la parte demandante, adicionalmente, que (i) el establecimiento de un alícuota impositiva sobre la renta a las personas jurídicas dedicadas a la extracción de crudo extra–pesado (medida discriminatoria); (ii) la creación de un impuesto de extracción de petróleo; (iii) la imposición de reducciones discriminatorias a la producción y exportación; fueron medidas de efectos equivalentes a una expropiación. Dichos alegatos fueron aceptados por el Tribunal Arbitral (salvo el incremento de la alícuota impositiva del Impuesto Sobre la Renta sobre el cual el Tribunal declaró que no tenía jurisdicción) y la República Bolivariana de Venezuela fue condenada a indemnizar a Exxon Mobil.

cialmente, es considerado una expropiación indirecta. Por lo tanto, siempre que el Estado termine o varíe el contrato unilateralmente ocasionándole daños (directos o lucro cesante) a un inversionista, estaremos ante una medida de efecto equivalente a una expropiación. La doctrina internacional ha añadido que se puede diferenciar la expropiación directa de la indirecta, ya que en el caso de la expropiación directa el desposeimiento del bien, en detrimento de la persona privada o el expropiado, coincide con la apropiación o el beneficio de una persona pública o expropiante; mientras que en las medidas de efecto equivalente a una expropiación no se produce este vínculo⁷⁰, ya que como mencionamos anteriormente, la medida de efecto equivalente no debe traerle necesariamente beneficio alguno al Estado. Pues se trata, al fin y al cabo, como establece el Prof. Brewer-Carías, de una técnica confiscatoria que intenta evitar un procedimiento expropiatorio, aun cuando efectivamente se afectan derechos de particulares⁷¹.

En conclusión: el ejercicio de los poderes administrativos extra-contractuales o cláusulas exorbitantes, durante la ejecución de un contrato administrativo, que incida o extinga algún derecho de crédito, total o parcialmente, incluyendo el derecho a gozar o disfrutar de las utilidades de su inversión, produce una *medida de efecto equivalente a una expropiación*.

70 Vease al respecto Nouvel, Yves; "Les mesures équivalant á une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux", *Revue Générale du Droit International Publique*, 2002-1; p. 89.

71 Brewer-Carías, Allan R.; "La manipulación legislativa del concepto de «contrato administrativo» como técnica confiscatoria" en *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*; Editorial Iustel; Madrid 2014; p. 1764.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: SOBRE LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

El derecho a la “buena administración”, se funda en el concepto de administración vicarial, establecido en el artículo 103 de la Constitución española de 1978 y adoptado por el constituyente venezolano en el artículo 141 en la Constitución de 1999. La Administración Pública, bajo la concepción de administración vicarial, es depurada de nociones antiguas y obsoletas centradas en el poder inmune y privilegiado, y pasa a centrarse en la salvaguarda de los derechos del ciudadano.

Aquel antiguo régimen de Derecho público, exorbitante del Derecho común, hace del ciudadano un sujeto indefenso ante el despliegue de la actividad administrativa, por lo tanto, la Administración vicarial impone un nuevo paradigma: la Administración Pública está *al servicio del ciudadano*⁷². Esta cláusula de administración vicarial tiene como propósito que *la intervención administrativa sea lo menos lesiva a la libertad posible*. Una Administración que esté al servicio del ciudadano, debe valerse de los instrumentos que le permitan de manera más adecuada a cumplir dicho fin, pero siempre sometida plenamente a la ley y al Derecho.

El derecho a la “buena administración” obliga a que el ejercicio de los poderes administrativos extra-contractuales no implique una traba al desarrollo de actividades de los particulares, que durante la ejecución de un contrato administrativo se estaría gestionando de manera indirecta el interés general. Pues una “buena administración” no puede ser un aparato que cierre la creatividad, y mucho menos, nugatorio de los intereses

72 Teniendo en cuenta que el uso del término ciudadano no es un descuido, pues que implica que se trata de un sujeto inherentemente libre, titular de derechos y obligaciones, derivadas del derecho natural, cristalizadas en una Constitución política.

generales de los ciudadanos, tal y como es el fortalecimiento de libertades reales y el desarrollo humano⁷³.

El ejercicio de las cláusulas exorbitantes, como poderes administrativos extra-contractuales, unilaterales y coactivos, en el marco de un contrato administrativo (que se encuadra dentro de la actividad bilateral y no coactiva de la Administración), debe tender a que el ciudadano no sea un sujeto indefenso ante el imperio de la Administración Pública, de privilegios y prerrogativas, y además con una concepción del Derecho administrativo como cómplice del poder inmune a cualquier control. El derecho a la “buena administración” busca así una concepción más justa y humana del poder donde éste sea un instrumento al servicio objetivo del interés general⁷⁴.

La adopción de técnicas administrativas, como el contrato administrativo, deben tener como fin la participación del ciudadano en la consecución de este fin vicarial, donde éstos efectivamente contribuyan a la satisfacción de necesidades públicas. Por eso, el contrato administrativo sería el mecanismo idóneo de la actividad administrativa bajo un esquema de administración vicarial, garantizando el derecho a la buena administración en el cual el ciudadano tiene la facultad de ser sujeto activo y protagonista en la gestión de los intereses públicos y que éstos se hagan de manera acorde al libre desarrollo de las personas⁷⁵.

En conclusión, sólo será concordante la técnica contractual administrativa con el derecho a la buena administración cuando: (i) la necesidad pública sea para la prestación o provisión de bienes o servicios que el mercado no proporcione (*subsidiariedad*); (ii) que la elección del contratista siga un proceso de

73 Ver al respecto Rodríguez-Arana, Jaime; “El Derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de las instituciones públicas”; *Revista de Derecho Público* N° 113; Caracas 2008.

74 *Ibíd.*; p. 31.

75 *Ibíd.*; p. 33.

licitación⁷⁶ (idealmente de concurso abierto); y (iii) que todos los actos administrativos producto del ejercicio de poderes administrativos extra-contractuales, se encuadren en el derecho al debido proceso y sean debidamente motivados. Adicionalmente, el uso de estos poderes extra-contractuales debe ser racional, es decir, la Administración debe agotar instancias no coactivas con el particular co-contratante antes de desplegar su actuación coactiva a través del ejercicio de estos poderes administrativos extra-contractuales; y al utilizarlos debe hacerlo de tal manera que sea lo menos gravoso posible a la libertad del ciudadano (co-contratante). De esta manera, el co-contratante pasa a ser *sujeto activo en la gestión de los intereses públicos*, y podemos entonces hablar de una conciliación entre los contratos administrativos y el derecho a la *buena administración*.

El artículo 141 de la Constitución establece de manera inequívoca que *“la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos (...) con sometimiento pleno a la ley y al derecho”*. Este sometimiento pleno al que se refiere dicha norma, en el contexto particular de los contratos administrativos, implica la aplicación de las normas de Derecho privado que rigen en la materia, principalmente las del Código Civil. Especialmente el artículo 1.160 de dicho Código, que establece: *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley”*. De esta manera, siendo la buena fe (objetiva), definida como *“el comportamiento leal y honesto en la ejecución de las obligaciones. Mientras que la honestidad está intrínsecamente ligada a la intención de la persona,*

76 El proceso de licitación, en nuestra opinión, viene a cumplir el requisito de que la formación de la voluntad administrativa sea producto de un proceso administrativo. Este procedimiento licitatorio garantiza que la elección no sea arbitraria, sino que a través de una selección objetiva se determine el contratista que mejor se adecue al objeto del contrato a ejecutar (Cfr. Farías Mata, Luis Henrique; *óp. cita.*; p. 961). En conclusión, la licitación viene siendo, dentro de la formación de la voluntad administrativa, lo que la oferta y la aceptación es, *mutatis mutandi*, en el contrato civil.

*la lealtad de refiere más bien a la forma de la actuación con respecto a normas y standards (sic) de conducta y en relación a la satisfacción de las expectativas –el interés– de la otra parte”*⁷⁷. Por lo tanto, la buena fe en la ejecución de los contratos implica un deber de cooperación y lealtad, de esta manera, siempre que la Administración se valga de sus poderes unilaterales y coactivos para modificar o terminar un contrato administrativo estará incumpliendo una obligación que se encuentra implícita *ex* artículo 1160 del Código Civil venezolano, a la que se encuentra sujeto de acuerdo al artículo 141 de la Constitución. Adicionalmente, el deber de lealtad y de cooperación en la ejecución de un contrato administrativo, no solo vela por el cumplimiento de un contrato, sino que vela por el cumplimiento de un contrato que gestiona de manera directa con el interés general.

Debemos recordar que estas condiciones no son lineamientos supletorios a la voluntad de la Administración Pública, pues la cláusula de Administración vicarial (art. 141 de la CRBV), el proceso de licitación en la Ley de Contrataciones Públicas, el derecho al debido proceso, la buena fe en la ejecución de los contratos y en general todo lo que hemos mencionado anteriormente; son obligaciones constitucionales a las que está sometida la Administración cuando desarrolla su actividad administrativa a través de un “contrato administrativo”. Lo que pudiese ser visto desde una desde una perspectiva inversa, de acuerdo al principio de *alteridad constitucional*⁷⁸, pues podemos afirmar que la obligación establecida en el artículo 141, crea en

77 Rodríguez Matos, Gonzalo; “La buena fe en la ejecución del contrato” en *Temas de Derecho Civil: Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley, Vol. II*; Tribunal Supremo de Justicia; Caracas, 2004; pp. 415–453.

78 En la consagración de los derechos humanos, uno de los principios esenciales de orden constitucional es el denominado principio de alteridad, que implica que todo derecho comporta una obligación y que todo titular de un derecho tiene que tener relación con sujeto obligado. No hay, por lo tanto, derechos sin obligaciones ni obligados; por lo que la consagración de supuestos derechos que no pueden originar obligaciones u obligados, por imposibilidad conceptual, no es más que un engaño”. *Cfr.* Brewer-Carias, Allan R; “*Reflexiones Críticas Sobre la Constitución de Venezuela de 1999*”, en www.allanbrewercarias.com.

cabeza de todo ciudadano (co-contratante) un *derecho a la buena contratación administrativa*.

En definitiva, hay que evitar la manipulación semántica del término contrato administrativo como vehículo jurídico mediante el cual la Administración puede hacer ejercicio de privilegios y prerrogativas que atentan contra el verdadero propósito del contrato administrativo como variante de la actividad administrativa (y hasta del propio Derecho administrativo): proteger los derechos de los ciudadanos. Pues como mencionamos al principio de este trabajo, el Derecho administrativo pasó de tener como eje el *poder* del Estado, a centrarse en los derechos y libertades de sus ciudadanos, que en el contexto del Derecho Internacional de Protección de Inversiones, se traduce en la creación de un ambiente amigable para los inversionistas (*investor-friendly enviroment*), tanto nacionales como extranjeros.