

Artículos

*La teoría del Contrato de Interés Público**

José Araujo-Juárez**

*Profesor de Derecho Administrativo de la
Universidad Católica Andrés Bello*

Resumen: *En el centro de los análisis temáticos con relación al Derecho de los contratos públicos, que se refleja en una amplia variedad de formas de contratación pública, aparece en la tradición constitucional el reconocimiento de la figura del contrato de interés público -como tipo específico relevante del contrato público o estatal- que puede ser, a su vez, nacional, estatal o municipal en el sentido constitucional y donde cualquier análisis -como lo han hecho estudios previos-, debe abordarse desde la perspectiva constitucional con relación al régimen jurídico aplicable en cuanto a la celebración, ejecución y control público parlamentario.*

Palabras clave: *Contrato de interés público -Contrato de interés público nacional, estatal o municipal- control público parlamentario*

Abstract: *At the center of the thematic referred to the law of public contracts, which is reflected in a wide variety of forms of public procurement, in the constitutional tradition appears the recognition of the figure of the public interest contracts -as a specific relevant type of public or state contract-, which can be, in turn, national, state or municipal in the constitutional sense and where any analysis -as previous studies have done-, must be approached from the constitutional perspective in relation to the applicable legal regime regarding their conclusion, execution and parliamentary public control.*

Key word: *Public interest Contracts; Public national, state or municipal Interest contracts; Parliamentary public control.*

SUMARIO

- I. NATURALEZA JURÍDICA
 1. Contrato administrativo. 2. Contrato publico.
- II. ELEMENTOS
 1. Elemento subjetivo. 2. Elemento objetivo. 3. Elemento formal.

* A continuación, se transcribe la primera sección del Capítulo X del Volumen 4 del *Tratado de Derecho Administrativo General y Comparado* del profesor José Araujo-Juárez (Caracas, CIDEP, 2024, pp. 566, ISBN 978-980-7834-41-4), referido a la teoría del contrato de interés público. El índice completo de los cinco volúmenes que conforman la obra pueden consultarse en <https://www.cidep.online/editorial/volumenes/#jaj>

Téngase presente que, al tratarse de un extracto de una obra mucho más amplia, la enumeración de los pies de página no coincide con el original, visto que esta sección ha de iniciar con el pie N° 863. De ahí, también, que en el texto se aluda a obras que han sido citadas con anterioridad en el volumen, pero no en la sección aquí transcrita.

** Profesor de Postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA), del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) y Miembro Honorario de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA)

I. NATURALEZA JURÍDICA

§422. Presentación del tema – Como cuestión previa se observa que, en la Constitución, como en tantas otras materias, puede decirse que se consolidó también un importante proceso de constitucionalización en materia de la actividad o gestión contractual del Estado Constitucional.

En efecto, dentro de la tradición constitucional que se remonta a la Constitución de 1864 (art. 72 núm. 8)¹, se hubo consagrado por primera vez una categoría especial de contratos celebrados por las personas jurídicas estatales denominado “contrato de interés nacional”, al disponer como atribución del Presidente de la Unión “*Celebrar los contratos de interés nacional con arreglo a la ley y someterlos a la Legislatura*”. Asimismo, estableció el art. 43 núm. 17 la correlativa atribución del órgano legislativo de “*Aprobar o negar los contratos que sobre obras públicas nacionales haga el Presidente de la Unión, sin cuyo requisito no se llevarán a efecto*”.

Posteriormente, el contrato de interés nacional es una expresión que aparece también reiterada en la Constitución de 1893 y se mantiene en los textos constitucionales de 1901, 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936, 1945, 1947 y 1953 con diferentes denominaciones, tales como, contratos de interés nacional, contratos de interés público o contratos de interés público nacional, estatal o municipal.

Luego, la Constitución de 1961² también mantuvo las diversas denominaciones al referirse a los contratos de interés nacional y contratos de interés público en los arts. 126 y 127 y por primera vez estableció en el art. 126 que el requisito de aprobación del Congreso Nacional era indispensable para que pudiera celebrarse el contrato de interés nacional, “*salvo los que fueren necesarios para el normal desarrollo de la administración pública o los que permita la ley*”.

Por último, la Constitución de 1999, en sus arts. 150, 151, 187 núm. 9, 236 núm. 14 y 247, como la anterior Constitución de 1961, utiliza la expresión contratos de interés público y sus derivados: los contratos de interés público nacional, los contratos de interés público estatal y los contratos de interés público municipal, lo que siempre ha exigido la necesidad dogmática de encuadrar dicha categoría en la doctrina del Derecho administrativo y en el Derecho de Contratos públicos en particular, en cuanto a la intervención contralora de la hoy denominada Asamblea Nacional (arts. 186 y ss. C), ya sea autorizándolos o ya sea aprobándolos.

Se trata, por tanto, de una categoría o subtipo especial de contratos públicos denominados contratos de interés público (género), los cuales pueden ser, a su vez, nacionales, estatales o municipales (especies) (*Sent. del TSJ/SC, de 24-09-2002*), dentro de las posibilidades de contratación pública, cuya formulación se mantiene y a la que por su importancia se le consagra en el Título IV *Del Poder Público*, Capítulo I *Disposiciones Generales*, la Sección Cuarta *de los Contratos de Interés Público*, en los arts. 150 y 151 de la C.

Así las cosas, algunas normas constitucionales solo se aplicarán a los contratos de interés público nacional, mientras que otras se aplican, en cambio, a todos los contratos de interés público, es decir, a los contratos de interés público nacional, estatal y municipal.

Por último, por cuanto la Constitución de 1999 no indica qué sentido ha de atribuírsele a la noción de contrato de interés público, la doctrina nacional ha propuesto distintas interpretaciones, así: (i) Contrato administrativo; y (ii) Contrato público o contrato del Estado.

¹ *Las Constituciones de Venezuela. Ob. cit.*, nota 402, 524.

² *Id.*, 1083.

1. *Contrato administrativo*

§423. Idea general.– En primer lugar, debemos mencionar la propuesta desarrollada por Lares Martínez³, quien, al referirse a la expresión examinada, para entonces contenida en el art. 126 de la Constitución de 1961, señaló:

...existe una expresión genérica –la de contratos de interés público– que consideramos administrativo y expresiones específicas que son: contratos de interés nacional, contratos de interés estatal y contratos de interés municipal, ya que el interés público puede ser, a su vez, nacional, estatal o municipal.

A su vez, para Lares Martínez el contrato de interés nacional es un contrato de interés público, siendo este último el género y aquél la especie, y así el calificativo nacional, estatal o municipal, hace referencia a la persona jurídica que lo celebra o al ámbito territorial que abarca o sobre el cual incide.

En la misma línea, Badell Madrid⁴ en un reciente y completo estudio, sostiene que los contratos de interés público conforman una categoría especial de los contratos administrativos, tienen un procedimiento administrativo especial de formación regulado por el Derecho público y están igualmente regidos por este tipo de normas, tanto en su ejecución como en lo relativo a su revisión. El régimen de los contratos de interés público en Venezuela es de rango constitucional y está previsto en los arts. 150, 151, 187.9 y 247 de la Constitución.

Así las cosas, Badell Madrid⁵ propone una definición en los términos siguientes:

Los contratos de interés público son aquellos celebrados –directa o indirectamente– por la administración pública nacional, estatal y municipal –central y descentralizada funcionalmente–, con otro sujeto de derecho, cuyo objeto es determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano y que implican la asunción de obligaciones o compromisos que involucren la vida económica y social del Estado.

Y más adelante agrega que si bien la Constitución no define a los contratos de interés nacional, entiende por tales⁶:

...aquellas contrataciones realizadas por el Estado, a través de sus entes territoriales (República, Estados o Municipios), e inclusive, de su administración funcionalmente descentralizada (empresas del Estado, institutos autónomos, asociaciones civiles y fundaciones); que tienen un objeto determinante para la realización de los fines y cometidos del Estado, así como una incidencia considerable por su magnitud en los intereses, la economía y finanza del Estado; que trascienden las facultades de disposición del órgano, ente o persona jurídico-pública contratante y como consecuencia tienen incorporada una cláusula de inmunidad de jurisdicción (conocida como cláusula calvo); y que, en razón de todo lo anterior, además están regidos por normas de derecho público desde la etapa previa a su formación (autorización y aprobación de la Asamblea Nacional; opinión de la Procuraduría General de la República), como en su ejecución (cláusulas exorbitantes); y revisión (inmunidad de jurisdicción).

Por tanto, concluye Badell Madrid⁷, “*Todos los contratos de interés públicos –en el sentido que la Constitución ha dado a esa expresión– son contratos administrativos; sin embargo, no todos los contratos administrativos son contratos de interés público*”. En efecto, sostiene que si bien ambos son contratos de Derecho público, pues se celebran para satisfacer un

³ Lares Martínez, E. (1981). “Contratos de Interés Nacional”. AA.VV. *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I. Caracas, UCV, 117.

⁴ Badell Madrid, R. (2019). “Contratos de interés público”. *RDP* N° 159/160, 10.

⁵ Id., 10.

⁶ Id., 13.

⁷ Id., 10.

interés público, pueden tener incorporadas –tácita o expresamente– cláusulas exorbitantes del Derecho común y seguir formalidades especiales para su formación, entre otros elementos; sin embargo, difieren en cuanto al régimen constitucional especial que se les aplica, ya que los contratos administrativos no están sometidos a aprobación legislativa ni al régimen de inmunidad de jurisdicción, como sí lo están, por mandato constitucional, los contratos de interés público.

Por último, Fraga Pittaluga⁸, participa también de la corriente que considera los contratos de interés público como contratos administrativos al sostener lo siguiente:

...los contratos de interés público que requieren aprobación de la Asamblea Nacional son una categoría especial y excepcional de los contratos administrativos, cuyo objeto se vincula directa e indisolublemente con una prestación que afecta el interés colectivo y que, por ello, trasciende las facultades de disposición de un órgano, ente o persona jurídico-pública; en otras palabras, un contrato tan importante para el país que todos los ciudadanos, a través de sus representantes políticos integrados en la Asamblea Nacional, deben emitir un juicio sobre su aprobación.

2. Contrato público

§424. Idea general – Por su parte, Brewer-Carías⁹ en línea con la postura que propugna un sistema unitario de los contratos de la Administración pública como una sola categoría genérica de contratos públicos o contratos del Estado, sostiene que la expresión contratos de interés público abarca:

...todos aquellos contratos en los cuales una de las partes (pueden ser las dos –contratos interadministrativos–) es una persona jurídica estatal, es decir, que está integrada en la organización general del Estado, sea que se trate de una persona jurídica político territorial (República, Estados, Municipios), o de personas de derecho público (pe –sic– los institutos autónomos) o de personas de derecho privado (pe –sic– las sociedades anónimas del Estado o empresas del Estado) estatales.

Y agrega: “*estos contratos del Estado, hemos sostenido, son los que han sido denominados en la Constitución como ‘contratos de interés público’ (nacional, estatal o municipal), y en el pasado, en escasísimas leyes, algunos de ellos fueron denominados como ‘contratos administrativos’*”.

Para finalmente concluir Brewer-Carías¹⁰, que la Constitución de 1999, en sus arts. 150, 151, 187.9, 236.14 y 247, como la anterior de 1961, utiliza la expresión contratos de interés público y sus derivados –esto es, los contratos de interés público nacional, los contratos de interés público estatal y los contratos de interés público municipal–, “*como sinónimo de ‘contratos públicos’ o ‘contratos del Estado’*”, pues la noción “*puede considerarse como equivalente a las nociones de contratos públicos, contratos del Estado, o contratos de la Administración*”, lo que siempre ha exigido la necesidad de encuadrar dicha expresión en la doctrina del Derecho administrativo y, en particular, en el Derecho de Contratos Públicos, en cuanto a la identificación concreta y a la intervención contralora de la Asamblea Nacional, autorizándolos o aprobándolos.

En todo caso, Brewer-Carías en coherencia con la posición asumida de abandonar la calificación de los contratos administrativos como se expuso más arriba –y en oposición a un gran sector doctrinal que recepta los contratos administrativos y considera que los contratos de interés público son, o equivalentes o son una categoría especial de los contratos adminis-

⁸ Fraga Pittaluga, L. *El arbitraje en el Derecho Administrativo*. FUNEDA, Caracas, 2000, 133.

⁹ Brewer-Carías. A.R. *Ob. cit.*, nota 429, 217-218.

¹⁰ *Id.*, 219.

trativos–, concluye por señalar también que resulta insuficiente sostener solo el carácter público o privado del contrato como criterio delimitador de la noción del contrato de interés público.

§425. Examen de las teorías expuestas – El examen de las diversas interpretaciones sostenidas en torno a la cuestión y contrario a lo que afirma un sector de la doctrina, podemos adelantar que el contrato de interés público, en el sentido constitucional, no es sinónimo ni se identifica ni con el contrato administrativo clásico, ni con el contrato público o contrato estatal.

En otras palabras, un contrato administrativo puede ser un contrato de interés público, pero no todo contrato de interés público en el sentido constitucional es un contrato administrativo. De la misma manera, un contrato de interés público en el sentido constitucional es un contrato público o estatal, pero a la inversa no es correcto: no todo contrato público es un contrato de interés público en el sentido constitucional.

En mérito a las interpretaciones previamente examinadas, y a los fines de fundamentar nuestra afirmación desde el punto de vista metodológico, procede analizar los elementos del contrato de interés público, que revelarían su especificidad o no dentro de la teoría general del contrato público.

II. ELEMENTOS

1. *Elemento subjetivo*

A. *Personas jurídicas-territoriales*

§426. Idea general – La Constitución establece un sistema de distribución del ejercicio del Poder público, en forma vertical y en forma horizontal. El primero da origen a un sistema de descentralización político-formal, derivado del modelo “Estado Federal descentralizado” en los términos consagrados en la Constitución (art. 4); mientras que el segundo da origen a una separación orgánica del ejercicio del Poder público, siguiendo los intereses clásicos del constitucionalismo moderno.

Por tanto, el primer principio que condiciona al Derecho administrativo en la Constitución es el de separación de poderes, que da origen a un sistema de distribución del ejercicio del Poder público, dando lugar a su vez la distribución político-territorial del Poder público, que deriva de la distribución vertical del Poder público en atención al modelo Estado Constitucional como forma de “Estado Federal descentralizado”, el cual ha sido una constante en el Estado Constitucional a partir de su existencia en 1811¹¹ y que reitera la Constitución de 1999 expresado tanto en el Preámbulo como en el art. 4 de la C que dispone: “*La República Bolivariana de Venezuela es un Estado Federal descentralizado en los términos consagrados por esta Constitución (...)*”.

Por su parte, la Constitución procede a organizar el Estado Constitucional en la forma federal descentralizada (Canónico Saravia)¹², mediante un sistema de división o separación político-territorial del Poder Público en tres niveles: Poder Nacional, Poder Estatal y Poder Municipal, atribuyendo su ejercicio a diversos órganos estatales y asignando competencias propias en los tres niveles, además de las competencias concurrentes entre ellos, al formular expresamente este principio en los términos siguientes: “*Artículo 136. El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional (...)*”.

¹¹ *Las Constituciones de Venezuela. Ob. cit.*, nota 402, 285 y ss.

¹² Canónico Sarabia, A. “La organización federal y la descentralización como política nacional para garantizar la democracia”. AA.VV. *Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos Actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999*. 2° ed. Ampliada. EJVI, Caracas, 2021. 249 y ss.

De ahí que, conforme a la Constitución, en sentido vertical, el Poder Público tiene tres ramas, así: el Poder Nacional, el Poder Estatal y el Poder Municipal (art. 136 C), que da lugar a tres niveles de personas jurídicas de Derecho público de carácter territorial: el Estado central o nacional (República), los estados federados (estados) que conforman la federación y por último los municipios (municipio).

Ahora bien, con relación a los sujetos públicos cuya presencia es condición necesaria para la celebración del contrato de interés público, se exige, en primer lugar, que sea un ente político-territorial, esto es, la República, el estado federado y el municipio.

Sin embargo, Brewer-Carías¹³ ha considerado que lo determinante es la participación de las personas públicas estatales de Derecho público o de Derecho privado de los tres niveles territoriales, y que además de la República, los estados o los municipios, son por ej., los institutos autónomos o las empresas del Estado de los tres niveles territoriales. De consiguiente, afirma muy certeramente, que la categoría de contrato de interés público abarca, también, aquellos contratos suscritos por la Administración Pública Descentralizada funcionalmente, con forma de Derecho público o de Derecho privado, como son el instituto público y el instituto autónomo (art. 98 LOAP) y la empresa del Estado (art. 103 LOAP), cuando afectan de manera directa a los intereses nacionales que corresponden a la República, aspecto este que abordaremos a continuación.

B. *Administración Pública descentralizada funcionalmente*

§427. Presentación del tema – De conformidad con la Constitución, la intervención del Estado Constitucional en la vida económica y social se manifiesta de muy diversas formas, que van desde la función de regulación, pasando por la función de planificación, luego la función de fomento hasta la modalidad más directa como es la función de garantía y de regulación de la prestación de servicios públicos –administrativos y de carácter industrial y comercial (Araujo-Juárez)¹⁴– y demás actividades de interés general.

Ahora bien, entre los principales instrumentos de intervención del Estado Constitucional para la realización de los fines de interés público que vienen atribuidos en cada caso a su acción figura, desde hace tiempo y en posición dominante, la modalidad de las denominadas “entidades funcionalmente descentralizadas” (art. 300 C), o de acuerdo con la LOAP, los “entes descentralizados funcionalmente” (art. 29 LOAP), que conforman la denominada Administración Pública Descentralizada funcionalmente (Araujo-Juárez)¹⁵.

Por tanto, la Administración Pública Descentralizada funcionalmente, la cual se caracteriza por el factor de la especialidad de los servicios públicos y tiene lugar a través de la creación de personas jurídicas “con forma de derecho privado” (art. 29 núm.. 1 LOAP) o bien personas jurídicas “con forma de derecho público” (art. 29 núm.. 2 LOAP).

Ahora bien, los entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho privado son de dos tipos, de acuerdo con el art. 29 núm.. 1 de la LOAP, a saber:

¹³ Brewer-Carías, A.R. *Ob. cit.*, nota 429, 232; y Badell Madrid, R. (2005). “Contratos de Interés Público Nacional”. *RDA*, N° 19, 2004. Caracas, Editorial Sherwood, 56.

¹⁴ Araujo-Juárez, J. (2006). “Los servicios públicos industriales y comerciales”. AA.VV. *El Derecho administrativo venezolano en los umbrales del siglo XXI. Homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*. Caracas, UMA-EJV.

¹⁵ Véase *in extenso* a Araujo-Juárez, J. *Ob. cit.*, nota 6, Vol. 2.

(i) *Sin fines empresariales*: estarán conformados por las personas jurídicas: *a)* constituidas de acuerdo con las normas de Derecho privado; *b)* que no realizan actividades de producción de bienes y servicios destinados a la venta; y por último *c)* donde la fuente fundamental de sus recursos proviene de los aportes públicos, según el art. 7 núm.. 1 de la LOAFSP¹⁶.

(ii) *Con fines empresariales*: estarán conformados por las personas jurídicas: *a)* constituidas de acuerdo con las normas de Derecho privado; *b)* cuya actividad principal es la producción de bienes o servicios destinados al mercado; y por último *c)* donde la fuente fundamental de sus recursos proviene de su propia actividad (art. 7 núm.. 2 LOAFSP).

§428. Personas jurídicas estatales – Al respecto comenzaremos por señalar que Brewer-Carías¹⁷, además de las clasificaciones de las personas jurídicas en el Derecho administrativo –territoriales/no territoriales, públicas/privadas–, introduce en el Derecho positivo otra clasificación de las personas jurídicas –públicas o privadas–, según se encuentren o no integradas dentro de la estructura general organizativa del Estado Constitucional –criterio de integración–, que da lugar a, su vez, a la clasificación de personas jurídicas estatales y personas jurídicas no estatales.

Es así como la propia Constitución recepta esa distinción al hacer referencia a las personas jurídicas de Derecho público y de Derecho privado y, de manera concreta, el art. 145 de la C contiene una alusión expresa cuando señala que quien esté al servicio de los municipios, de los estados, de la República “y demás personas de derecho público o de derecho privado estatales”, no podrá celebrar contrato alguno con ellas.

Así las cosas, sobre el tema del universo de los sujetos públicos que pudieran participar en la celebración de los contratos de interés público, surge la posición que compartimos y pudiéramos denominar de noción amplia relativa, que es la propuesta por Brewer-Carías¹⁸, al sostener que en realidad lo determinante en la Constitución para identificar los contratos de interés público, no es la participación de la República, de los estados o de los municipios, sino que lo determinante es la participación de las personas jurídicas “estatales” de Derecho público o de Derecho privado de los tres niveles territoriales y que, además de la República, los estados o los municipios, son por ej., los institutos autónomos y públicos o las empresas del Estado también de los tres niveles territoriales y la cual es asumida ampliamente por la doctrina nacional.

§429. Capacidad de contratación – La facultad de los entes descentralizados funcionalmente para realizar contratos y contraer obligaciones deriva de la adquisición de la personalidad jurídica, de conformidad con el art. 19 del CC y de la LOAP. Por su parte, el art. 25 de la LOAP, en concordancia con la LCP, faculta a los entes descentralizados funcionalmente para celebrar cualquier tipo de contratos que requiera la gestión o desarrollo de las actividades o competencias que se les hayan transferido. Esta amplia capacidad contractual está sujeta, sin embargo, a ciertos requisitos y condiciones establecidos en la propia LCP, en la LOAFSP, la LOCGRSNCF¹⁹, en la LAC²⁰ y, por último, pasible de control jurisdiccional de acuerdo con la LOJCA.

¹⁶ Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, publicada en la GO N° 6.210 Ext., de 30-12-2015.

¹⁷ Brewer-Carías, A.R. “Sobre las personas jurídicas en la Constitución de 1999”. AA.VV. *Derecho Público Contemporáneo. Libro Homenaje a Jesús Leopoldo Sánchez*, Vol. 1. Caracas, Estudios del Instituto de Derecho Público, UCV, 2003, 48-54.

¹⁸ Brewer-Carías, A.R. *Ob. cit.*, nota 429, 232.

¹⁹ Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la GO N° 6.013 Extr., de 23-12-2010.

Por otro lado, las personas de Derecho público estatales quedan sujetas a los principios y bases establecidos en la LOAP y a las disposiciones que regulen la actividad administrativa, así como a los lineamientos de la Planificación Centralizada (art. 101 *eiusdem*). En tal sentido, los institutos autónomos e institutos públicos gozarán de los privilegios y prerrogativas que la ley nacional acuerde a la República, los estados, los distritos metropolitanos o los municipios (art. 100 LOAP).

Por su parte, la actividad de las personas jurídicas de Derecho privado estatales se regirá por la legislación ordinaria, por lo establecido en la LOAP y las demás normas aplicables, por supuesto, incluidas las constitucionales (art. 108 LOAP).

§430. Interpretación jurisprudencial – A tal efecto debemos mencionar que la línea jurisprudencial sobre la materia no solo ha sido contradictoria sobre el carácter de los sujetos públicos contratantes, sino que la interpretación constitucional restrictiva que la ha fundamentado ha sido con desconocimiento del texto de la Constitución.

Una primera interpretación jurisprudencial, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, que coincide con la noción amplia relativa, fue el caso paradigmático de PDVSA, como fuera decidido en el caso de los contratos de la denominada apertura petrolera entre PDVSA y las empresas del Estado subsidiarias (caso *Apertura Petrolera* citado *ut supra*), evidentemente, calificados como contratos de interés público nacional.

En el mismo sentido se hubo pronunciado de nuevo la jurisprudencia constitucional (TSJ/SC, *Sent. de 29-04-2003, C.V.G. Electrificación del Caroní –EDELCA: Exp. N° 00-0836*) cuando sostuvo lo siguiente:

Respecto a la figura jurídica celebrada, la cual se basa en los compromisos internacionales suscritos por el Ejecutivo Nacional, es de destacar que si bien es producto de los actos de gobierno antes mencionados, la misma resulta ser una estipulación de índole contractual, la cual constituye un contrato de interés público, toda vez que se ha comprometido un alto interés de la República en el margen de sus relaciones internacionales con la República Federativa del Brasil para el suministro de energía eléctrica.

A tal efecto, debe mencionarse la jurisprudencia constitucional (TSJ/SC, *Sent. N° 2241 de 24-09-2002, Andrés Velázquez et al. sobre la nulidad del último párrafo del art. 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público*), aun cuando si bien es cierto, el argumento central de la decisión estuvo referido al tema de la autorización parlamentaria previa en relación con los contratos de deuda pública suscritos por la República, los estados y los municipios, sin embargo, al referirse a los criterios señaló lo siguiente:

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

Mención especial nos merece la jurisprudencia constitucional posterior (TSJ/SC, *Sent. N° 618 de 20-07-2016, Brigitte Acosta Isis, “Interpretación Constitucional de los artículos 150, 187.9, 236.14 y 247 de la Constitución”*), con referencia a si un contrato de préstamo que el Banco Central de Venezuela, persona jurídica de Derecho público, tenía planeado suscribir con el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR), debía o no considerarse como contrato de interés público nacional y si debía o no requerir de la autorización previa de la Asamblea Nacional.

²⁰ Ley de Arbitraje Comercial, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.430, de 07-04-1998.

En cuanto a la fundamentación del fallo, el TSJ/SC señala que el Banco Central de Venezuela:

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

En consecuencia, concluye el TSJ/SC, no debe considerarse como un contrato de interés público nacional y, por ende, no está sujeto a la autorización de la Asamblea Nacional, ni requiere la consulta a la Procuraduría General de la República, órgano asesor del Ejecutivo Nacional, tal como expresamente lo consagra el art. 247 de la C.

C. Examen de las teorías expuestas

§431. Idea general – De la jurisprudencia constitucional sobre la noción de contratos de interés nacional se desprende, señala con toda razón Brewer-Carías²¹, que la misma dio origen a lo que denomina un inconveniente proceso de restricción indebida de la noción del contrato de interés público del art. 150 de la C, con el objeto de comprender sólo aquellos contratos suscritos por la República, los estados federados y los municipios, en los que esté envuelto un interés público nacional, estatal y municipal, con lo cual los contratos de interés público pasarán a ser solo una categoría reducida de los contratos públicos; quedando excluidos de tal calificación constitucional, según se desprende de la reciente jurisprudencia constitucional, los contratos públicos suscritos por las demás personas jurídicas estatales como, por ej., los institutos autónomos o las empresas del Estado, siendo que lo determinante no es la participación de la República, los estados federados y los municipios, sino de las personas jurídicas estatales con forma de Derecho público o con forma de Derecho privado también de los tres niveles territoriales como son, por ej., los institutos autónomos o las empresas del Estado de los tres niveles territoriales.

Sobre este punto debemos seguir de cerca por la claridad de su exposición y que compartimos en todos los puntos mencionados, el documento de la Propuesta sobre los contratos de interés público, presentado al efecto por Brewer-Carías²² ante la Asamblea Nacional Constituyente y que resume las consecuencias que se derivan de tal interpretación jurisprudencial constitucional restrictiva, cuenta tenida que según el sistema constitucional: **(i)** Algunas disposiciones constitucionales solo se aplican a los contratos de interés público nacional; y **(ii)** Otras disposiciones en cambio se aplican a los contratos de interés público, esto es, contratos de interés público nacional, estatal o municipal, en los términos siguientes:

Primero, respecto de lo establecido en el primer párrafo de los arts. 150 y 187 núm. 9 de la C, señala que la consecuencia de la interpretación jurisprudencial constitucional restrictiva es que la ley solo podría determinar la necesidad de la aprobación de la Asamblea Nacional respecto de los contratos de interés público nacional que son los suscritos por la República y, en particular, por el Presidente de la República de acuerdo con el art. 236 núm. 14 de la C,

²¹ Brewer-Carías, A.R. *Ob. cit.*, nota 20, 637 y ss.

²² Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público (Comunicación enviada a los presidentes de las Comisiones de Integración y Relaciones con la Comunidad Internacional, de la Comisión de Poder Público Nacional, de la Comisión de lo Económico y Social y de la Comisión Constitucional el 08-09-1999). Vid. *In extenso* a Brewer-Carías, A.R. (1999). “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público”. *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)* Vol. I. Caracas, EJV/FDP, 209-233.

pero respecto de dicho requisito podría incluso interpretarse que no podría ser exigido por ley, respecto de los contratos públicos nacionales suscritos por los entes públicos descentralizados funcionalmente nacionales.

En este punto merece que nos detengamos, específicamente, debido al hecho que en la Constitución de 1999, el Poder Ejecutivo Nacional se sustenta en dos importantes orientaciones institucionales: la primera, la distinción y separación orgánica flexible entre las funciones del Jefe de Estado y del Jefe de Gobierno; y la segunda, el establecimiento de una nueva relación entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo a manera de sistema de controles y equilibrios entre los órganos que ejercen el Poder público. En su condición de Jefe de Gobierno, le corresponde al Presidente de la República, la conducción de la Administración Pública Nacional.

Por otro lado, la Constitución a texto expreso le asigna al Presidente de la República, la atribución de “*Celebrar los contratos de interés nacional conforme a esta Constitución y a la ley*”, de conformidad con el art. 236 núm. 14 de la C. Ahora bien, según lo establece el propio art. 236 *eiusdem*, la atribución señalada en el referido núm. 14, la ejercerá el Presidente de la República en Consejo de Ministros.

Por otro lado, es sabido que las funciones del Presidente de la República las ejerce: (i) Ya directamente, a través de los ministros como órganos directos (art. 242 C), esto es la Administración Pública Central; y (ii) Ya indirectamente, a través de los entes administrativos o descentralizados de la Administración Pública Descentralizada funcionalmente. De modo que autorizada en Consejo de Ministros la celebración de un contrato de interés público nacional, los “*entes descentralizados funcionalmente*” (art. 29 LOAP), que conforman la denominada Administración Pública Descentralizada funcionalmente podrán actuar como parte contratante para la celebración del contrato de interés público nacional de que se trate.

Segundo, respecto de lo establecido en el segundo párrafo del art. 150 y en el 187 núm. 9 de la C, la consecuencia de la interpretación jurisprudencial constitucional restrictiva que se cuestiona sería que los contratos públicos que suscriban los entes de la Administración pública descentralizada funcionalmente de carácter nacional –con forma de Derecho público o de Derecho privado–, podrían suscribirse libremente con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, e incluso traspasarse a ellos sin que sea necesario obtener la autorización de la Asamblea Nacional.

Tercero, respecto de lo establecido en el segundo párrafo del art. 151 de la C, la consecuencia de la interpretación jurisprudencial constitucional restrictiva señalada sería que en los contratos públicos que suscriban los entes de la Administración pública descentralizada funcionalmente de carácter nacional –con forma de Derecho público o de Derecho privado–, no se consideraría incorporada una cláusula, como sí se exige respecto de los contratos de interés público, incluyendo los de interés público nacional, “*de acuerdo con la naturaleza de los mismos*”, y “*aun cuando no estuviere expresa*”, conforme a la cual:

...las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

Lo anteriormente expuesto significaría, según el documento de la Propuesta que aquí se sigue, que respecto de los contratos públicos que suscriban los entes de la Administración pública descentralizada funcionalmente de carácter nacional –con forma de Derecho público o de Derecho privado–, en los mismos podría establecerse libremente que el Derecho que les es aplicable es algún Derecho extranjero y que la jurisdicción aplicable podría ser la de los tribunales de cualquier otro Estado extranjero o la de tribunales arbitrales extranjeros.

Cuarto, respecto de lo establecido en el segundo párrafo del art. 247 de la C, la consecuencia de la interpretación jurisprudencial constitucional restrictiva señalada es que para la celebración de los contratos públicos que suscriban los entes de la Administración pública descentralizada funcionalmente de carácter nacional -con forma de Derecho público o de Derecho privado-, no tendría que ser consultado el Procurador General de la República, pues, de acuerdo con esa norma, solo sería necesaria dicha consulta para la aprobación de los contratos de interés público nacional, que de acuerdo con la jurisprudencia restrictiva serían solo los que celebre la República.

La cita del documento de la Propuesta es larga pero expresiva. En efecto, de las anteriores consecuencias derivadas de la interpretación jurisprudencial constitucional restrictiva establecida, concluye que quizás la segunda es la más perjudicial en materia de principios del Derecho administrativo relativos a los contratos públicos o contratos del Estado pues, significa, el abandono total de los principios más tradicionales de nuestro Derecho público en la materia, como son, específicamente, los de la competencia de los tribunales nacionales y de la aplicación de la ley nacional para la solución de controversias derivados de los mismos y el de la llamada cláusula Calvo, por lo que se refiere a los contratos públicos celebrados por los entes de la Administración pública descentralizada funcionalmente de carácter nacional.

En efecto, por un lado, la errada e inconveniente interpretación jurisprudencial constitucional implica que en los contratos celebrados por los entes de la Administración pública descentralizada funcionalmente en los tres niveles de la división político-territorial del Estado Constitucional, se habría de concluir –erróneamente– que ya no debería considerarse constitucionalmente inserta, tácitamente, de acuerdo con la naturaleza de los mismos, la cláusula prevista en el art. 151 de la C, cuyo objeto es: primero, estipular que la interpretación, aplicación y ejecución de esos contratos de interés público debe someterse a la ley nacional; y segundo, que las controversias y dudas que de ellos surjan, deben también someterse al conocimiento de los tribunales nacionales, todo lo cual deriva del principio universal del Derecho internacional, de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros²³.

Así las cosas, la más notoria consecuencia de la jurisprudencia constitucional (caso *Andrés Velásquez et al.* y caso *Brigitte Acosta Isasis* citados *ut supra*) al haber reducido indebidamente la noción de los contratos de interés público a solo los suscritos por la República, los estados federados y los municipios, es que respecto de los contratos públicos suscritos por los entes públicos nacionales descentralizados –por ej., el Banco Central de Venezuela, los institutos autónomos y las empresas del Estado, como Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales–, materialmente la normativa constitucional de los arts. 150, 151, 187 núms. 3 y 9, 236 núm. 14 y 247 de la C, no tendrían aplicación alguna respecto de los mismos.

En esta línea de argumentación debemos agregar, por un lado, de acuerdo con el art. 318 de la C, en el caso concreto del Banco Central de Venezuela, si bien es una persona de Derecho público que ostenta el carácter de órgano constitucional, también lo es que de conformidad con el art. 319 de la C, es una institución que se rige por el “*principio de responsabilidad pública*”, a cuyo efecto deberá rendir cuenta de las actuaciones, metas y resultados de sus políticas ante la Asamblea Nacional, de acuerdo con la Constitución.

Y del otro, que según la tradición los órganos con autonomía constitucional, estos fueron elevados en la Constitución de 1999 a la condición de Poder Público –*Del Poder Ciudadano* y *Del Poder Electoral*– y de los cuales no forma parte el Banco Central de Venezuela.

²³ Maekelt, T. Bogdanowsky de (1982). “Inmunidad de Jurisdicción de los Estados”. AA.VV. *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Vol. 1. Caracas, 213 y ss.

Es más, después de sucesivas reformas legales recientes, la pretendida autonomía constitucional le ha sido cercenada también por una interpretación jurisprudencial con desconocimiento del texto de la Constitución.

No hay duda que con la jurisprudencia constitucional restrictiva que venimos de referir, en definitiva, no solo se ha reducido la noción de contrato de interés público, en general y de contrato de interés público nacional, en concreto, sino que en cuanto a las funciones de control público por parte de la Asamblea Nacional ha perdido sentido, puesto que el grueso de los contratos del Estado Constitucional que se celebrarían, precisamente, se hace a través de la Administración Pública descentralizada funcionalmente y cuya más notoria consecuencia habría de ser la de vaciar de contenido la potestad de control parlamentario que ostenta la Asamblea Nacional sobre el Poder Ejecutivo Nacional, que estable con carácter general el art. 187 de la C, así:

Artículo 187. Corresponde a la Asamblea Nacional:

3. Ejercer funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional, en los términos consagrados en esta Constitución y en la ley. (...)

9. Autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecido en la ley. Autorizar los contratos de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.

En consecuencia, como propone Brewer-Carías²⁴, debe admitirse que puedan calificar como contratos de interés público en el sentido constitucional, no solo con la participación de la República, de los estados federados o de los municipios, según fuere el caso, sino también los contratos celebrados con la participación de las personas jurídicas estatales de Derecho público o de Derecho privado de los tres niveles territoriales y, agregamos, cuenta tenida no solo de la participación de la Administración pública contratante en sentido amplio relativo –criterio de la estatalidad–, por supuesto, siempre y cuando concurren las demás circunstancias pertinentes a la formación y condiciones del contrato de interés público en el sentido constitucional.

Por otro lado, en cuanto a los sujetos contratistas que concurren en los contratos de interés público, serían: **(i)** Los Estados extranjeros; **(ii)** Las entidades oficiales extranjeras; y **(iii)** Las sociedades no domiciliadas en el país.

§432. Conclusión – Finalmente, tal y como lo hemos señalado en otra oportunidad²⁵, por cuanto los entes de la República, los estados federados y los municipios en sus relaciones y operaciones comerciales con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, pueden celebrar contratos que en los términos de la Constitución pudieran comprometer gravemente en el ámbito internacional, el patrimonio económico del Estado Constitucional, debe concluirse que si también concurren en la celebración de contratos celebrados por los “*entes descentralizados funcionalmente*” (art. 29 LOAP), esto es, los institutos públicos, los institutos autónomos y las empresas del Estado que conforman la denominada Administración Pública Descentralizada funcionalmente, en razón de las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, se trataría de la especie o subtipo de contratos públicos que en el sentido constitucional deben también calificarse como contratos de interés público –de carácter nacional, estatal o municipal, según fuere el caso– y, por ende, sometidos al régimen de control público parlamentario que establece la Constitución, mediante los mecanismos parlamentarios a que aluden los arts. 150 y 187 núm. 9 de la C.

²⁴ Brewer-Carías, A.R. *Ob. cit.*, nota 429, 232.

²⁵ Araujo-Juárez, J. *Ob. cit.*, nota 6, Vol. 2; y Araujo-Juárez, J. (2008). “Régimen general de Derecho público relativo a las empresas del Estado”. AA.VV. *Nacionalización, libertad de empresa y asociaciones mixtas*. EJV. Caracas.

2. Elemento objetivo

A. Interés público

§433. Planteamiento del tema – Con relación al objeto del contrato de interés público, sostiene Lares Martínez²⁶, debe exigirse que el mismo tenga por finalidad atender, de modo inmediato y directo, requerimientos de interés general o público.

Por su parte, Ramos Martínez²⁷ también sostiene que los contratos de interés público son:

...aquellos que persiguen el cumplimiento de las actividades que el Estado ha asumido como propias, porque el constituyente y el legislador, en un momento determinado, las han estimado de imprescindible realización para beneficio de la colectividad, y por ello las han erigido en cometidos estatales que la Administración pública debe cumplir, bien a través de sus organismos centralizados, bien por intermedio de los entes descentralizados, ya que estos son creados, precisamente para encargarse de algunas de esas tareas que constituyen cometidos del Estado.

Frente a la doctrina expuesta, existe otro sector de la doctrina que comienza con Melich Orsini²⁸, quien apartándose de las interpretaciones precedentes y haciendo énfasis en aspectos cuantitativos o materiales, señala que el criterio debe atender, necesariamente, a la importancia de la contratación para la realización de los fines y cometidos que el Estado Constitucional está obligado a cumplir y ha expresado que cuando en los textos constitucionales se adopta la fórmula contrato de interés público, la noción se encuentra vinculada a la idea de: “grandes contrataciones que pudieren comprometer gravemente el patrimonio económico de la República, exponerla a pérdidas graves o a reclamaciones internacionales que pudieren llegar a atentar contra la soberanía o la integridad del país”, y que por ello se justifica la intervención y el control parlamentario.

También Pérez Luciani²⁹, en la misma línea del criterio cuantitativo, sostuvo que el criterio característico o determinante de los contratos de interés público es que estos deben ser “de suma importancia o de un costo muy elevado que pudiera comprometer gravemente el patrimonio nacional”, pues la gran preocupación del Poder constituyente, al aprobar los diversos textos de las Constituciones, ha girado en torno a cuestiones como los compromisos económicos o financieros que pueden resultar a cargo del Estado Constitucional, el temor a que se malgasten o dilapiden los fondos públicos, la necesidad de conservar los bienes patrimoniales o los recursos naturales del Estado Constitucional, o que los mismos no sirvan para beneficiar a unos pocos en detrimento de todos, los requerimientos, inherentes a todo sistema democrático de gobierno, de control sobre los poderes de la Administración pública, para evitar abusos, favoritismos, etc.

Por su parte, Caballero Ortiz³⁰ ha sostenido que:

²⁶ Lares Martínez, E. *Ob. cit.*, nota 865.

²⁷ Ramos Martínez, J.A. (2003). “Contratos de interés público”. AA.VV. *El Derecho Constitucional y Público en Venezuela. Libro Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, Tomo II. Caracas, UCAB, 637.

²⁸ Melich Orsini, J. (1981). “La Noción de Contrato de Interés Público”. *RDP* N° 7, 32 y 61.

²⁹ Pérez Luciani, G. (1984). “Contratos de Interés Nacional, Contratos de Interés Público y Contratos de Empréstito Público”. AA.VV. *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo I. Caracas, 103.

³⁰ Caballero Ortiz, J. (2001). “Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999”. AA.VV. *Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 142-143.

...la importancia del contrato, su magnitud económico-financiera y la trascendencia que implique para el desarrollo del país en términos cualitativos y cuantitativos deben ser los índices a tomar en cuenta para determinar en qué casos debe quedar un determinado tipo de contrato calificado como de interés público nacional, sometido a la Asamblea Nacional, independientemente de que en él pueda quedar comprometida la ejecución de un servicio público.

También la Procuraduría General de la República señaló que, de acuerdo con el Ordenamiento jurídico vigente, es necesaria la autorización de la Asamblea Nacional en los supuestos en que la ley así lo establezca y cuando el contratista sea, a su vez, un Estado o entidad oficial extranjera o sociedades no domiciliadas en Venezuela, pues, en su criterio:

...nada obsta para que dada la finalidad de interés general que persiguen ciertos contratos administrativos, así como la inversión económica que representan para la República, se esté en presencia de contratos de interés público nacional, estatal o municipal, según sea el caso.

Finalmente, la Asamblea Nacional³¹, en su condición de órgano encargado constitucionalmente de autorizar la celebración de los contratos de interés público nacional, mediante varios Acuerdos se ha pronunciado sobre los contratos de interés público.

En el primero de ellos, –“Acuerdo sobre el respeto de las facultades propias e intransferibles de la Asamblea Nacional sobre los contratos de interés público que suscriba el Ejecutivo Nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en el país”–, de 26-05-2016, señaló que los contratos de interés público son: *“aquellos que se encuentren vinculados con grandes contrataciones que pudieren comprometer gravemente el patrimonio de la República o exponerla a pérdidas serias o a reclamaciones internacionales eventualmente lesivas de la soberanía o la integridad del país”*.

En el segundo de los Acuerdos –“Acuerdo para denunciar la inconstitucionalidad de la constitución del fideicomiso PDVSA US Litigation Trust, por parte de la Sociedad Anónima Petróleos de Venezuela”, de 24-04-2018–, la Asamblea Nacional se hubo pronunciado en los términos siguientes:

Que es evidente que el cumplimiento, incumplimiento o negligencia en el desempeño y ejecución del fideicomiso afecta directamente el interés público, pues es innegable que su objeto es determinante para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano en procura de dar satisfacción a los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional, por lo que para la celebración del contrato de fideicomiso debió haberse cumplido con el requisito del control previo por parte de la Asamblea Nacional, conforme a lo establecido en el artículo 187, numeral 9 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

§434. Examen de las teorías expuestas – Como cuestión previa debemos reiterar que en el campo del Derecho administrativo falta una libertad de elección, dado que la acción administrativa siempre está condicionada en sus fines institucionales, es decir, la consecución del fin de interés público establecido en cada caso.

En efecto, la función administrativa, como actividad privativa e inherente al Estado Constitucional, es *“una zona de la actividad desplegada por el Poder Ejecutivo”* (Garrido Falla)³² y consiste en la actividad jurídica que se manifiesta en la potestad de administrar y gestionar los fines de interés público, la cual se ha atribuido como función propia, en el plano nacional, a los órganos y entes de la Administración pública. En el mismo sentido, el art. 25 de la LOAP dispone que los órganos y entes administrativos deberán ponderar, en el ejercicio de sus competencias, *“la totalidad de los intereses públicos implicados”*.

³¹ Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (2016). “Acuerdo sobre el respeto de las facultades propias e intransferibles de la Asamblea Nacional sobre los contratos de interés público que suscriba el Ejecutivo Nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela”, de 26-05-2016.

³² Garrido Falla, F., Palomar Olmeda, A. y Lozada González, H. *Ob. cit.*, nota 101, Vol. I, 44.

Así las cosas, debemos señalar en primer lugar que la noción de interés público es omnipresente en el Derecho administrativo, pues no se puede hacer referencia al mismo haciendo abstracción de esa noción, que condiciona y engloba toda la actividad administrativa (Pontier)³³.

En efecto, más allá de la diversidad de objetos cada contrato público tiene un objeto específico en concordancia con la especificidad de la prestación que se entrega para la satisfacción efectiva de una necesidad de la población –por ej., contrato de obras, contrato de servicios, etc.–, se encuentra la identidad del fin perseguido: la “realización del fin de interés público”. El interés público actúa como título –es el fundamento– no solo de la actividad administrativa en general, sino también de la gestión contractual del Estado Constitucional en particular.

Así las cosas, el interés público es el elemento explicativo y justificativo de cualquier categoría o institución de nuestro Derecho administrativo y, por ende, un concepto que está presente también en la gestión de la contratación pública no siendo, por tanto, un criterio de diferenciación dentro de los contratos públicos.

Por consiguiente, no creemos que sea suficiente en los contratos de interés público, como sostiene un sector de la doctrina, el atender, de modo inmediato y directo, requerimientos de interés general, puesto que la generalidad de los contratos públicos se realizan para la satisfacción –directa o indirecta– del fin de interés público. El solo criterio del fin de interés público *lato sensu* llevaría a considerar a todos los contratos celebrados por el Estado Constitucional como contratos de interés público, pues nada puede realizar que no esté en función de los fines de interés público como fin esencial del Estado Constitucional, de lo que se sigue que la causa de la gestión contractual no es otra que el concreto interés público de que se trate y protegido por el Ordenamiento jurídico; interés público que, por tanto, debe ser preservado en la economía del contrato público mismo.

En efecto, sostiene Brewer-Carías³⁴, lo cierto en todo caso es que la noción de servicio público dejó de definirse hace muchas décadas, en el Derecho administrativo contemporáneo, en sentido amplio equiparándolo a conceptos tales como actividades de interés general, de utilidad pública o de interés social, no siendo posible en consecuencia pretender identificar el denominado “contrato administrativo” con cualquier contrato público que pueda tener por objeto cualquier actividad que pueda haber sido declarada en una ley como de “utilidad pública e interés social”, ni con contratos que en general puedan tener un propósito de “interés general” de interés público, lo que en ningún caso es equiparable, por ej., con la ejecución directa de un servicio u obra pública.

En consecuencia, no es correcto identificar contrato de interés público con cualquier fin de interés general o público pues, de lo contrario, la noción carecería de utilidad. Por tanto, existirán intereses generales o públicos sin la forma de contrato de interés público *strictu sensu* o en el sentido constitucional, como lo sería por ej., la gestión del dominio privado o de un fin puramente patrimonial. De modo que, en presencia de un interés público, puede o no existir un contrato de interés público en sentido estricto –*strictu sensu*– en el sentido constitucional.

En conclusión: si bien todo contrato de interés público es un contrato público o del Estado, en el sentido unitario de la doctrina, lo contrario no es correcto: no todo contrato público es un contrato de interés público en el sentido constitucional. Del mismo modo, un contrato administrativo puede o no ser un contrato de interés público, pero no necesariamente a la

³³ Pontier, J.-M. (1996). *Les services publics*. Paris, Hachette, Les Fondamentaux, 16.

³⁴ Brewer-Carías, A.R. *Ob. cit.*, nota 466.

inversa; un contrato de interés público no necesariamente tiene que ser un contrato administrativo, aún para quienes admitimos esta categoría contractual. Por otro lado, además de los antecedentes históricos y la tradición jurídica que contribuyeron a constitucionalizar el contrato de interés público, como lo fueron los bloqueos internacionales a causa de las deudas públicas y además de compartir las consideraciones expuestas por la doctrina sobre el criterio cuantitativo, estimamos que hoy día la sola presencia del interés público *lato sensu* resulta sin duda, insuficiente, para tal calificación.

En este modelo constitucional, de acuerdo con el Poder constituyente, los contratos de interés público concernidos superan los umbrales del fin de interés público *lato sensu*, y que califica la jurisprudencia de “*un alto interés*” (caso *C.V.G. Electrificación del Caroní-EDELCA* citado *ut supra*), al sostener:

Respecto a la figura jurídica celebrada, la cual se basa en los compromisos internacionales suscritos por el Ejecutivo Nacional, es de destacar que si bien es producto de los actos de gobierno antes mencionados, la misma resulta ser una estipulación de índole contractual, la cual constituye un contrato de interés público, toda vez que se ha comprometido un alto interés de la República en el margen de sus relaciones internacionales con la República Federativa del Brasil para el suministro de energía eléctrica.

En este sentido, la jurisprudencia (*TSJ/SC, Sent. de 24-09-2002*) ha incluido también dentro de los contratos de interés público nacional aquellos:

...que impliquen la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquél en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede implicar para la vida económica y social de la Nación.

De la jurisprudencia parcialmente transcrita se desprende que, el criterio objetivo va más allá del criterio del interés público *lato sensu*, en principio, común a todos los contratos públicos. Se trataría dentro del sentido que tuvo en cuenta el Poder constituyente, de un contrato público que debería ser analizado, caso por caso, en atención a la incidencia considerable por su magnitud en los intereses, la economía y finanzas del Estado Constitucional, esto es, no solo por motivos económico-financieros y técnicos en importancia y magnitud sino también, agregamos, en el sentido constitucional concurren como *faisceau d'indices*, las circunstancias pertinentes a la formación y condiciones, la complejidad de los proyectos involucrados y de los procesos de selección, la exigencia en la cualificación de las partes contratantes, la asistencia financiera y técnica internacional, los ingentes capitales de financiamiento, su larga duración, la promoción y la protección de inversiones extranjeras y de transferencia de tecnología o de cualquier otro tipo, la deuda pública internacional, los compromisos internacionales, las cláusulas de arbitraje internacional en los eventos de afectación de los inversionistas o sus inversiones o, en fin, la trascendencia o implicaciones que puedan llegar a tener en sectores estratégicos de la economía interna, han sido otros de tantas consideraciones presentes en los diversos contratos sobre los cuales no ha habido discusión sobre su calificación como de contratos de interés público y que, precisamente debido a ello, ha hecho que el Poder constituyente los haya elevado al rango constitucional.

B. *Cláusulas exorbitantes*

§435. Enunciado – Como fuera expuesto más arriba, la insuficiencia que tendría la noción de servicio público *–lato sensu–* para configurar el criterio determinante del contrato administrativo, provocó la corriente doctrinal que advirtió la presencia de las cláusulas exorbitantes al Derecho común y donde a su vez se creyó encontrar la calificación del contrato administrativo. Lo determinante vendría a ser, señalaba la doctrina, ahora la presencia de las potestades o prerrogativas de la Administración pública o también llamadas cláusulas exorbitantes (caso *Constructora Coime, C. A.* citado *ut supra*).

Por lo que se refiere al criterio de la inserción de las potestades administrativas en las cláusulas contractuales se ha criticado esta postura, por considerar que la naturaleza del contrato no puede depender de la voluntad de las partes, pues el contrato tendría distinta naturaleza según la voluntad de las partes de incluirlas o no en el texto (caso *Termaisla s. r.l.c.a.c.* citado *ut supra*), lo que sería tanto como confundir causa con efecto; es decir, que las cláusulas exorbitantes aparecerían como consecuencia de la naturaleza administrativa del contrato administrativo, lo cual no siempre acontece, por cuanto cabe la posibilidad de insertarlas aún en contratos que nada tienen de administrativos como lo habilita hoy día la propia LCP vigente. Y más importante aún, la vigencia de dichas cláusulas *ex lege* no depende de su inclusión expresa, pues tienen vigencia, aunque no hayan sido expresamente pactadas.

En este sentido la jurisprudencia señala que la presencia de las cláusulas exorbitantes: **(i)** Constituye un índice evidente de la existencia del contrato administrativo y no hacen otra cosa que revelar con su existencia el interés público que la noción de servicio público entraña (caso *Acción Comercial S.A.* citado *ut supra*); y **(ii)** Poseen un carácter extracontractual, en cuanto que son “consecuencia del principio de Autotutela Administrativa” (caso *Consortio Aeropuertos del Zulia, C.A.* citado *ut supra*). Es más, se insiste en que “la ausencia de éstas en una negociación pública no significa que el contrato no sea administrativo, en virtud que la especialidad de estos contratos radica en el objeto, que es precisamente la prestación de un servicio público” (caso *Promotora Jardían Calabozo, C.A.* citado *ut supra*).

Por tanto, tal como lo ha decidido la jurisprudencia (caso *Apertura Petrolera* citado *ut supra*), la presencia de los poderes extraordinarios no define el contrato administrativo como tal, ya que las mismas son consecuencia y no la condición para su determinación; agregando que el hecho de que un contrato tenga o no esas cláusulas, no es sino la consecuencia de la necesidad y obligatoria protección del interés público. Por tanto, se ha de concluir en que los poderes extraordinarios no forman parte del contrato administrativo; se trata antes bien de potestades administrativas contractuales inherentes a la posición jurídica general de la Administración pública que inciden externamente sobre la relación contractual.

Ahora bien, en la materia de los contratos de interés público debe observarse que, incluso, cuando se trata de contratos administrativos –que no era el caso por ej. de los contratos relacionados con el caso *Apertura Petrolera* citado *ut supra*, pero sí lo fue el contrato de concesión (contrato de interés nacional) celebrado entre el Ejecutivo Nacional y la empresa Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV) con motivo de la privatización de las telecomunicaciones de 1991³⁵–, la consecuencia fundamental de que un contrato se considere como administrativo, es la posibilidad de que la Administración pública contratante pueda hacer uso de ciertas potestades de Poder público, otorgadas por el Ordenamiento jurídico, llamadas también cláusulas exorbitantes de Derecho común, es decir, poderes extraordinarios que se otorgan a las entidades públicas con el objeto de preservar el interés público y que no se encuentran en el contrato de Derecho privado, aun fuere calificado de contrato de interés público.

Si bien el tema de las cláusulas exorbitantes que se hubo desarrollado más arriba respecto de los contratos públicos, se aplicaría con el alcance que hemos dejado establecido en aquellos contratos que siendo contratos administrativos, además resultan calificados como contratos de interés público; pero no se aplicarían en forma alguna a los que siendo contratos de Derecho privado podrían también ser calificados como contratos de interés público, tal como fue el caso de los contratos relacionados con el caso *Apertura Petrolera* citado *ut supra* no había ni hay previsión alguna en el Ordenamiento jurídico que le haya asignado a una empresa del Estado como PDVSA Petróleo S.A., subsidiaria de PDVSA, el ejercicio explíci-

³⁵ Congreso de la República. Acuerdo de 19-11-1991, publicado en la GO N° 34.850 de 27-11-1991.

to o implícito de poderes extraordinarios algunos, estando sus facultades expresamente reguladas en el texto del contrato, por lo cual se ha de concluir que los contratos públicos de la *Apertura Petrolera* citado *ut supra* eran contratos de Derecho privado de la Administración pública, pero que calificaron como contratos de interés público nacional en el sentido constitucional.

C. Examen de las teorías expuestas

§436. Idea general – Sostiene Avelado³⁶, la repetición de precedentes resueltos de forma similar y unitaria va formando una nueva fuente de Derecho Parlamentario, entendiéndose por tal al criterio reiterado y coherente que genera una pauta para la resolución de situaciones y conflictos.

De consiguiente, además de la tradición constitucional, no solo en materia de la competencia para el Poder Ejecutivo de conocer de todo lo concerniente a correos, telégrafos, teléfonos y comunicaciones inalámbricas, también es oportuno traer a colación de nuevo los antecedentes constitucionales a partir del art. 78 núm. 6 de la Constitución de 1925³⁷, donde se enumeraban a texto expreso, los contratos de interés nacional consistentes en “*contratos para la construcción de vías férreas, cables aéreos de tracción, establecimiento de comunicaciones telegráficas o inalámbricas, inmigración y los demás de interés nacional que celebre el Ejecutivo federal*”, y la correlativa competencia del Presidente de la República para celebrar los contratos de interés nacional permitidos por la Constitución y las leyes, y someterlos al Congreso de la República (art. 100 núm. 21 *eiusdem*).

Las disposiciones mencionadas fueron reiteradas en los textos constitucionales siguientes: art. 78 núm. 6 de la Constitución de 1928³⁸; art. 118 núm. 13 y 100 núm. 21 de la Constitución de 1929³⁹; art. 78 núm. 6 y art. 100 núm. 23 de la Constitución de 1931⁴⁰; art. 77 núm. 6 –aquí se exceptúan los contratos o títulos mineros y de tierras baldías– y art. 100 núm. 21 de la Constitución de 1936; y a los cuales finalmente se le agregó los referentes a la “*colonización*” (art. 128 núm. 12 de la Constitución de 1945⁴¹).

Por otro lado, es significativa también la tradición de que las aprobaciones se materializaran con el dictado de leyes especiales o particulares a tales efectos, desde la concesión telefónica acordada a la Sociedad Intercontinental de Teléfonos de New Jersey a fin de establecer líneas telefónicas en el interior de las ciudades y entre las principales ciudades y pueblos del país, cuyo contrato correspondiente se aprobó por ley de 31-08-1883, entre otras.

Al respecto es oportuno mencionar, que la jurisprudencia (*CFC, Sent. de 05-05-1937: M. 1938, 226*) sostuvo que cuando el Poder Legislativo “*colabora con el Poder Ejecutivo en la Administración Pública*”, esto es, desde el punto de vista material en la función administrativa, “*ejecuta actos administrativos, aunque ellos estén revestidos de la forma extrínseca de ley*”.

Ahora bien, en el caso de la ley que aprueba un contrato de interés nacional:

³⁶ Avelado, R.G. (2018). *Curso de Derecho Parlamentario*. Caracas, UCAB-Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro, 36.

³⁷ *Las Constituciones de Venezuela. Ob. cit.*, nota 402, 817.

³⁸ *Id.*, 843.

³⁹ *Id.*, 869 y 872.

⁴⁰ *Id.*, 895 y 899.

⁴¹ *Id.*, 971.

...ésta no tiene el contenido de la ley propiamente dicha (ley formal-material), porque no establece reglas de conducta para todos, no contiene un mandato general y abstracto, sino que se refiere a una relación concreta, a un caso particular: es una providencia administrativa o acto de la Administración Pública en forma de ley.

Lo anterior es, según Brewer-Carías⁴², la conclusión más lógica. El acto de aprobación legislativa de un contrato de interés público es, en cuanto al fondo, un acto administrativo por su contenido y naturaleza, que perfecciona y completa la voluntad administrativa que interviene en la creación del vínculo contractual y que en nada altera la naturaleza del acto jurídico aprobado –a diferencia de lo que erróneamente afirmó una sentencia de la CSJ/CP, Sent. de 15-05-1962–; pero en cuanto a la forma, es una ley formal. Y esto último, puesto que el concepto de ley en nuestro Ordenamiento constitucional es el de la ley formal.

Más recientemente es pertinente mencionar el contrato de concesión a la CANTV de 1965, cuando la mencionada LRRST dispuso en el art. 7 *eiusdem* lo siguiente:

Artículo 7. Se aprueba en todas sus partes el contrato celebrado entre la Nación venezolana, por órgano del Ministerio de Comunicaciones, y la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela, por virtud del cual se asigna a ésta el establecimiento y explotación de los servicios mencionados en el artículo 3º de esta Ley y se regulan las relaciones entre el Ejecutivo Nacional y la mencionada Empresa (...).

Más adelante el art. 8 de la LRRST disponía lo siguiente:

Artículo 8. Se derogan la Ley que aprueba el Contrato celebrado entre el Ejecutivo Nacional y la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela para la explotación del servicio telefónico en la República de 18 de marzo de 1965, y los Decretos N° 368 de 20 de septiembre de 1958; N° 376 de 14-10-1960; y, N° 782, de 26 de junio de 1962.

Por último, mencionaremos que con ocasión del proceso de privatización en la década de los años 90 del siglo XX, el ya mencionado caso concreto del contrato de concesión suscrito el 14-10-1991 entre el Ejecutivo Nacional y la CANTV –con motivo del proceso de privatización de las telecomunicaciones–, el cual tenía por objeto de prestar, administrar, operar y explotar servicios de telecomunicaciones calificados como públicos bajo la legislación vigente, en todo el territorio nacional, garantizando calidad en la prestación de estos servicios, expansión y modernización de su red, así como el establecimiento de un marco propicio para la apertura del mercado a la competencia. Los aspectos más resaltantes eran los siguientes:

(i) La concesión establecía un régimen especial de privilegios denominado “concur-rencia limitada”, mediante el cual el Estado Constitucional le garantizaba a la CANTV, excepto en algunas circunstancias, la exclusividad como operador de telefonía básica en las modalidades de acceso local, larga distancia nacional e internacional.

(ii) La concesión era por 35 años, finalizando en el 2026, prorrogable por un período adicional de 20 años, sujeto a la aprobación del Estado Constitucional y a la ejecución satisfactoria, por parte de CANTV, de los mandatos del contrato de concesión.

(iii) Hasta el 31-12-2000, CANTV pagaba anualmente al Gobierno el 5,5 % de la facturación de los servicios.

(iv) El contrato de concesión establece que la CANTV debía expandir, modernizar, mejorar la calidad de su red telefónica y cumplir ciertas metas de calidad de servicio. Los mandatos de la concesión incluyen metas nacionales y regionales de expansión y modernización, al igual que objetivos anuales y acumulados que la CANTV debía cumplir durante el período de 3 concurrencia limitada.

⁴² Brewer-Carías, A.R. *Ob. cit.*, nota 20, 31-32.

(v) El contrato de concesión preveía la imposición de sanciones a la CANTV cuando ésta infringiera con intención o negligencia, los mandatos contenidos en la misma. Tales sanciones, de acuerdo a la gravedad de la falta, podrían ser amonestación pública, multas hasta por una cantidad equivalente al 1 de la facturación o revocación de la concesión.

Finalmente, el contrato de concesión de la CANTV obtuvo la aprobación del Congreso de la República en sesión conjunta mediante el citado Acuerdo, en el marco de las recomendaciones en el Informe Final de la Comisión Bicameral designada por el Congreso de la República y de la interpretación de dicho contrato y las cláusulas contenidas en el referido Informe Final.

En conclusión, en vista de las consideraciones expuestas, se puede afirmar la distinción entre los contratos públicos o contratos del Estado, como género, de la especie contratos de interés público –y los subtipos contratos de interés público nacional, contratos de interés público estatal y contratos de interés público municipal–, los cuales pueden ser, a su vez, de Derecho público y, específicamente, contratos administrativos –por ej., el mencionado contrato de concesión de la CANTV de 1991–, o de Derecho privado, por ej., los denominados convenios de asociación y convenios operativos de la apertura petrolera (caso *Apertura Petrolera* citado *ut supra*) constituyendo, efectivamente, un tipo o “especie” de los contratos públicos, de acuerdo con la jurisprudencia (caso *Acción Comercial* citado *ut supra*) al determinar que:

Si bien no existe unanimidad doctrinaria acerca de la absoluta y total equivalencia entre la figura del contrato administrativo y las expresiones constitucionales “contratos de interés nacional” o de “interés público” o de “interés público nacional” (artículo 126 de la Carta Magna), dudas no se plantean en la doctrina venezolana acerca de la posibilidad para las administraciones de celebrar contratos de la especie indicada.

En conclusión: por un lado, habrá contratos de interés público internacional –acuerdos, tratados, convenios, pactos o tratados– que tienen su propio régimen de control parlamentario (art. 154 C); y por el otro, los contratos de interés público interno. Entre estos últimos figuran los contratos de interés público –que se clasifican en contrato público nacional, contrato público estatal y contrato público municipal–, los cuales a su vez podrán ser, ya sea contratos administrativos o ya contratos de Derecho privado, según sea el caso. Los contratos de interés público constituyen, pues, solo una especie, una categoría típica o nominada, si bien importante, de rango constitucional, del género de los contratos públicos o contratos del Estado.

3. *Elemento formal*

§437. Presentación del tema y plan – Las sujeciones de Poder público –prerrogativas “en menos”– aparecen también en el estadio de la formación del contrato público, en general, y también en el contrato de interés público. Y es que la Administración pública no dispone de una competencia discrecional para la celebración de los contratos de interés público, en particular, pues se deben observar para ello las reglas estrictas conforme lo sanciona la normativa contractual vigente que consagra las distintas modalidades de contratación pública.

Por tanto, el tema de la fase de formación –de preparación y celebración– de todo contrato público a celebrar por la Administración pública –con independencia de la naturaleza o calificación que le corresponda–, reviste así una excepcional importancia también en el marco de los contratos de interés público, pues la Administración pública no puede contratar, como lo ha sentado la jurisprudencia, sino con fundamento en la observancia de ciertas formalidades previstas por el Ordenamiento jurídico y al cual se supedita la voluntad de la Administración pública contratante, lo que supone el seguimiento del cauce procedimental de contratación correspondiente, regulado por el Derecho administrativo y que constituye la denominada “zona común para la contratación administrativa”, según lo analizáramos más arriba, y damos aquí por reproducidas las consideraciones expuestas. Pero también agrega-

mos que la normativa constitucional y legal consagra con relación los contratos de interés público, otras exigencias específicas en punto a las formalidades, concretamente de control público, así: la intervención de la Procuraduría General de la República; y de la Asamblea Nacional, temas estos que abordaremos de seguidas.

A. *Procuraduría General de la República*

§438. Idea general – La constitucionalización de la Administración pública que integra la mención de diferentes órganos de relevancia constitucional, nos permite sostener la importancia de diferentes órganos consultivos dando valor nuclear a la propia función administrativa consultiva, particularmente, la de la Procuraduría General de la República.

Y es que, en la función administrativa consultiva de la Administración pública, tienen importancia singular los órganos de asesoramiento jurídico, por la circunstancia de que en un Estado de Derecho toda la actuación del Estado Constitucional se haya sometida al principio de juridicidad, por cuyo respeto debe velar, en sus dictámenes, el jurista asesor. La Constitución proclama expresamente aquel principio fundamental al declarar que la Administración pública debe actuar conforme al principio de juridicidad, esto es, “*con sometimiento pleno a la ley y al derecho*” (art. 141 C).

Ahora bien, el más importante órgano de representación y de asistencia jurídica de la Administración Pública, la Procuraduría General de la República, en primer lugar, se encuentra regulado constitucionalmente dentro del Capítulo II *Del Poder Ejecutivo Nacional*, Sección Quinta, *De la Procuraduría General de la República*, al consagrar la existencia y funciones de la Procuraduría General de la República, quien actúa bajo una doble modalidad así: (i) Como órgano de representación y defensa judicial y extrajudicial; y (ii) Como órgano consultivo (art. 247 C).

En efecto, de acuerdo con el art. 247 de la C, la Procuraduría General de la República asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República y, además, en lo que aquí interesa, por tal razón deberá ser consultada para la aprobación de los contratos de interés público nacional.

En segundo lugar, de conformidad con el art. 16 de la LOPGR⁴³, le corresponde a la Procuraduría General de la República, la función de asesoramiento estrictamente jurídico a los órganos del Poder Público Nacional, en general, y a la Administración Pública Nacional, en concreto, pues como se señaló, responde a la exigencia constitucional de que aquella actúe conforme al principio de juridicidad.

§439. Fundamento – Respecto del procedimiento administrativo de formación de los contratos de interés público, el art. 247 de la C establece que la Procuraduría General de la República será consultada para la aprobación de los contratos de interés público “nacional”. Se trata de una competencia de rango constitucional, que consagra el aparte *in fine* del art. 247 de la C, al disponer que la Procuraduría General de la República será consultada para la aprobación de los contratos públicos de interés nacional. En su desarrollo, el art. 11 de la LOPGR reitera que le corresponde a la Procuraduría General de la República emitir opinión al respecto cuando señala: “*Corresponde a la Procuraduría General de la República emitir su opinión sobre los contratos de interés público nacional y sobre cualquier acuerdo o convención que de manera directa o indirecta afecte los intereses patrimoniales de la República*”.

⁴³ Decreto N° 2.173 de 30-12-2015 con Rango, Fuerza y Valor de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicada en la GO N° 6.210 Extr., de 30-12-2015, reimpresa en la GO N° 6.220 Extr., de 15-03-2016.

En tal caso, la intervención de la Procuraduría General de la República consiste en un control previo de la constitucionalidad, legalidad y procedencia de los contratos de interés público nacional, así como una garantía del correcto funcionamiento de la Administración Pública el cual, según dispone el art. 141 de la C “*se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho*”.

Sobre la importancia de la intervención de la Procuraduría General de la República en materia de los contratos de interés público nacional, en su condición de órgano superior de consulta, constituye una innovación constitucional. Y tal previsión obligatoria en el análisis de los aspectos jurídicos previos a la suscripción del respectivo contrato de interés público nacional, es según Combellas⁴⁴, una “*conveniente medida de salvaguarda, en sus implicaciones jurídicas, de los intereses en juego de la nación*”. Por ese motivo, concluye, el dictamen emitido por la Procuraduría General de la República forma parte del procedimiento para la formación de la voluntad contractual de la República.

Ahora bien, la intervención de la Procuraduría General de la República en materia de los contratos de interés público nacional se circunscribe a la opinión jurídica previa a la suscripción del contrato respectivo, pues según la jurisprudencia (*TSJ/SC, Sent. N° 1460 de 12-07-2007, Banco de Desarrollo Agropecuario S.A-Bandagro*) en la Sección VIII Consideraciones para decidir expuso: “*2. No está contemplado en la normativa constitucional interpretada ninguna otra situación vinculada a los contratos de interés nacional, distinta a su suscripción (como controversias en su ejecución o reclamaciones), cuya resolución requiera obligatoriamente la consulta a la Procuraduría*”.

La importancia de tal intervención ha sido reconocida, además, por el caso *Bandagro* citado *ut supra* en los términos siguientes:

La Procuraduría General de la República, es el órgano encargado de asesorar jurídicamente a la Administración Pública Nacional y de representar judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República. Con relación a la primera de dichas funciones, cabe destacar que la Procuraduría se constituye en el principal órgano de consulta de la Administración Pública Nacional; de allí que la Ley Orgánica de la Administración Pública la prevea, en su artículo 45, como uno de los órganos superiores de consulta de la Administración Pública Central, el cual tiene como función principal asesorar a los órganos que integran a la misma, confiriéndole elementos de juicio que sirvan para la formación de su voluntad al momento de actuar o de adoptar una determinada decisión en un aspecto concreto de su actividad administrativa.

Y para concluir la mencionada jurisprudencia en los términos siguientes:

De acuerdo a las consideraciones expuestas, se concluye que las notas promisorias son operaciones de crédito público, requiriéndose constitucionalmente la consulta a la Procuraduría General de la República “para la correspondiente emisión del acto administrativo, como apoyo a la formación de la voluntad del órgano de la administración activa”; y así se declara.

De la transcripción parcial se desprende que la jurisprudencia reiteró el criterio establecido en el caso *Andrés Velázquez et al* citado *ut supra* sobre la naturaleza y características de las operaciones de crédito público realizadas por entes de la Administración Pública descentralizada funcionalmente (caso *Bandagro* citado *ut supra*), que constituyen contratos de interés público nacional.

⁴⁴ Combellas, R. (2001). *Derecho Constitucional. Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Caracas, MacGraw Hill, 169 y 231.

§440. Naturaleza – Ahora bien, según lo hemos referido⁴⁵, las opiniones son de dos clases: **(i)** Las opiniones preceptivas u obligatorias, en el sentido que habrán de solicitarse y ser evacuadas en un procedimiento administrativo por imperativo de una disposición jurídica, como condición de validez del mismo y del acto o contrato final que del mismo derive; y **(ii)** Por el contrario, la opinión será no preceptiva o facultativa, cuando es solicitada discrecionalmente para mejor resolver el órgano decisorio.

Así las cosas, de conformidad los arts. 247 de la C y 12 y 13 de la LOPGR, surge claramente el carácter preceptivo de la opinión de la Procuraduría General de la República, no solo en los contratos de interés público nacional, sino que también abarca cualquier acuerdo o convención que de manera directa o indirecta afecte los intereses patrimoniales de la República.

En este sentido, la jurisprudencia (caso *Bandagro* citado *ut supra*), al referirse a la intervención de la Procuraduría General de la República en la formación de los contratos de interés público nacional, afirma el carácter de “*formalidad sustancial*” en los términos siguientes:

De las disposiciones transcritas se evidencia la obligatoriedad de las máximas autoridades de los órganos del Poder Público Nacional, de remitir a la Procuraduría General de la República los proyectos de contratos a suscribirse, conjuntamente con sus soportes y la opinión de la respectiva Consultoría Jurídica sobre la procedencia de la cláusula de arbitraje, circunstancia que no consta que se haya verificado en el presente caso y que constituye una formalidad sustancial en este tipo de asuntos ya que trascienden el interés de las partes, al estar involucrado un posible daño al patrimonio económico de la República.

Por otro lado, también es admisible otra clasificación en el sentido siguiente: **(i)** Una opinión tiene carácter vinculante, cuando determina de algún modo el contenido de la decisión, para lo cual se requiere ley expresa que le otorgue tal carácter; **(ii)** Mientras que la opinión es no vinculante, cuando deja al órgano público decidente en libertad para poder resolver, aún en contra de lo manifestado en la opinión, esto es, el órgano público decisor se encuentra en libertad de acoger o no el contenido de la opinión del informe o dictamen que a tal efecto se emite.

Ahora bien, con relación al carácter de la opinión de la Procuraduría General de la República que debe ser solicitada en el proceso de formación de los contratos de interés público nacional y sobre cualquier acuerdo o convención que de manera directa o indirecta afecte los intereses patrimoniales de la República, consagrada en la Constitución y la LOPGR, la misma si bien tiene carácter preceptivo u obligatorio, no tiene carácter vinculante, tal como también fuera señalado por la jurisprudencia citada (caso *Bandagro* citado *ut supra*) al sostener lo siguiente:

...por lo que concierne a la obligatoriedad o no de la atribución consagrada en el primer aparte del artículo 247 de la Carta Magna, esta Sala considera, en atención a la misma naturaleza de las funciones de la Procuraduría General de la República –como órgano superior de consulta de la Administración Pública Nacional Centralizada– que la misma se concibe como un mecanismo de control previo, el cual resulta indispensable para reconocer la validez de los contratos de interés público nacional, pero que no tiene carácter vinculante, en virtud de no estar –dicho carácter reconocido en la norma sometida a interpretación ni en ninguna otra del Texto Fundamental–.

⁴⁵ Véase *in extenso* a Araujo-Juárez, J. *Ob. cit.*, nota 1, Vol. 3.

En conclusión, se puede señalar que la jurisprudencia reconoció, indirectamente, que la Administración Pública Descentralizada funcionalmente puede realizar contratos de interés público nacional, en este caso a través de las operaciones de crédito público y que “*para la correspondiente emisión del acto administrativo, como apoyo a la formación de la voluntad del órgano de la administración activa*” se requiere, por imperativo constitucional y legal, la consulta a la Procuraduría General de la República, de conformidad con el art. 247 de la C y el art. 11 de la LOPGR.

B. Asamblea Nacional

§441. Presentación del tema – El Estado Constitucional, sea cual fuere el concepto que sobre su naturaleza se tenga, ha sido creado para cumplir determinados fines constitucionales, de acuerdo con el art. 3 de la C. Para ello se le dota de la técnica de la potestad pública, que es una técnica de la Teoría general del Derecho, como concretamente se manifiesta el llamado en la teoría política el “poder público” y por eso mismo, ni es ni puede lógicamente ser, ilimitada, incondicionada o absoluta, sino estrictamente tasada en su extensión y contenido, lo cual viene a ser una concepción capital en la concepción actual del Estado de Derecho (García de Enterría)⁴⁶ y que le permiten el ejercicio de funciones propias mediante el desenvolvimiento de numerosas actividades estatales.

Pero también es cierto, con mayor o menor intensidad, tales potestades y actividades estatales están sujetas a un régimen de control público –sistemas y procedimientos– (Araujo-Juárez)⁴⁷. En su significación jurídica, debemos señalar como premisa fundamental, que los titulares de las funciones estatales y de manera concreta de la función administrativa, están sometidos con la mayor amplitud en su ejercicio, en la concepción de un Estado Constitucional, a diversos controles públicos, los cuales van a hacer efectivo el principio de juridicidad y el principio de eficacia.

Así, tomando a préstamo la modalidad metodológica que impusieron Loewenstein y García Pelayo⁴⁸, la doctrina clasifica el sistema de control público sobre la Administración pública desde sus diversos ángulos y enfoques y, por ende, las clasificaciones pueden obedecer a distintos criterios, a saber: finalidad o naturaleza de la actividad; la oportunidad; el objeto; la ubicación del órgano o del titular del control; y por último, la vinculación de los órganos entre los cuales se establece la actividad de control (Dromi)⁴⁹.

Así las cosas y tal vez sea la más importante, la clasificación del control público que atiende a la finalidad o naturaleza de la actividad, así: **(i)** El control administrativo; **(ii)** El control legislativo; y por último, **(iii)** El control jurisdiccional, siendo solo el control legislativo o más comúnmente denominado parlamentario, el de consideración presente, por obvias razones metodológicas.

C. Control parlamentario

§442. Idea general – El control parlamentario, con carácter general, es el que ejerce la Asamblea Nacional. Su alcance y características dependen del papel que en el cuadro del sistema de Gobierno represente y se ejerce no sobre una función jurídica sino política del Gobierno y de la Administración Pública; por consiguiente, el control parlamentario es un

⁴⁶ García De Enterría, E. y Fernández, T.R. *Ob. cit.*, nota 6, T. I, 488-489.

⁴⁷ Véase *in extenso* a Araujo-Juárez, J. *Ob. cit.*, nota 232, 23-41.

⁴⁸ Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ed. Ariel, 149-468; y García Pelayo, M. (1959). *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid, 294-324.

⁴⁹ Dromi, J.R. (1979). *Prerrogativas y Garantías Administrativas, 2° Parte. Garantías del Administrado*. Tucumán, UCT, 9 y ss.

control público eminentemente político (art. 187 núms. 3, 10, 11, 16 y 17 C). Dicho control tiene según Berlín Valenzuela⁵⁰ “*el sentido de inspección, fiscalización, comprobación, revisión o examen*” de los actos del Poder Ejecutivo.

Las características del control parlamentario para Avellaneda⁵¹ son: **(i)** Consiste en una actividad de examen, de verificación, de comprobación, de revisión; **(ii)** Puede ser de legalidad o mérito, así que deben existir unos patrones a los cuales debe ceñirse; **(iii)** Tutela valores, principios, postulados y normas que orientan la acción estatal; y por último **(iv)** Debe tener consecuencias en términos de responsabilidad.

Ahora bien, dentro del universo de contratos públicos que puede celebrar el Estado Constitucional, a través de la Administración pública, el Poder constituyente prácticamente desde sus inicios, sometió a algunos de ellos a un régimen de control público, hacienda participar al Parlamento o quien haga sus veces, en ejercicio del control parlamentario, mediante autorizaciones o aprobaciones. Inicialmente tales contratos fueron contratos típicos o nominados, por ej., los de obras públicas, los contratos de concesión, etc., pero al incrementarse por parte del Estado Constitucional la actividad industrial y comercial, terminó denominándolos contratos de interés nacional, sin referirse a ningún tipo en especial. Posteriormente, fue también manifiesta la voluntad del Poder constituyente someter a un régimen de control los contratos de los estados federados y de los municipios, y por tanto englobó a unos y otros con la denominación de contratos de interés público (Boscán de Ruesta)⁵².

En definitiva, el control parlamentario sobre las contrataciones públicas cuando así está establecido tiene un fundamento: evitar que el Poder Ejecutivo adopte actos jurídicos de interés público –de carácter financiero, económico o social–, sin la intervención del Poder Legislativo. El control parlamentario puede intervenir a través de una ley formal especial, un acuerdo o una decisión de alguna de las Comisiones de la Asamblea Nacional, cuyo objeto es apreciar no solo la juridicidad, sino la oportunidad y conveniencia del contrato público sometido al control parlamentario.

§443. Contratos de interés público – Con respecto a los contratos de interés público, debemos empezar por señalar que la Constitución, siguiendo una larga tradición que se remonta a fines del siglo XIX, estableció un régimen de “control parlamentario” respecto de la celebración de los contratos de interés público. Y en tal sentido, se puede señalar que la Constitución, al menos formalmente, se sustenta en otra importante orientación: el establecimiento de una nueva relación entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, a manera de sistema de controles y equilibrios de poder, que se revela en la celebración de los contratos de interés público. Además de las autorizaciones y las aprobaciones, el control parlamentario de la Administración pública se realiza a través de diferentes actividades, tales como las investigaciones, las interpelaciones y las preguntas.

En tal sentido, de acuerdo con la Constitución tiene que haber una ley que expresamente indique que determinados contratos de interés nacional deben ser sometido a aprobación legislativa para que ello sea exigido, habiéndose puesto así fin en la Constitución, a las discusiones sobre cuándo la intervención parlamentaria era o no necesaria. En consecuencia, de acuerdo con el art. 150 de la C, los contratos de interés público estatal o de interés municipal, en ningún caso, requieren aprobación por la Asamblea Nacional y en cuanto a los contratos de interés público nacional solo lo requieren, cuando así lo determine expresamente una ley.

⁵⁰ Berlín Valenzuela, F. (1994). *Derecho Parlamentario*. México, FCE, cit. Por Aveledo, R.G. *Ob. cit.*, nota 897, 93.

⁵¹ Avellaneda, E. (1999). *El control parlamentario sobre el Gobierno y la Administración Pública*. Caracas, UCV, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. UCV-IDP.

⁵² Boscán de Ruesta, I. (1983). “La Inmunidad de Jurisdicción en los contratos de Interés Público”. *RDP* N° 14, 43.

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

§444. Clasificación – Con relación a los contratos públicos, o al menos con relación a alguna categoría específica de ellos, la Constitución utiliza la expresión histórica de contratos de interés público de modo genérico, como sucede en el art. 151; y aparte de modo específico, al señalar los distintos tipos de contratos de interés público, al indicar que pueden ser de interés público nacional, de interés público estatal o de interés público municipal (art. 150). Por ello, el texto constitucional habla de interés público nacional, de interés público estatal y de interés público municipal, para hacer referencia a un solo interés público que concierne a los tres niveles territoriales.

Ahora bien, en virtud de que el Estado Constitucional está organizada como un Estado federal descentralizado (art. 4 C) con tres niveles de gobierno –nacional, estatal, municipal (art. 136 C)–, la intención de la regulación por parte de la Constitución de los contratos de interés público en el art. 150 fue clasificarlos, según fuesen suscritos, respectivamente, por las personas públicas estatales nacionales, las personas públicas estatales y las personas públicas municipales.

En tal sentido, Brewer-Carías⁵³ sostiene que todos los contratos tanto de interés nacional, como de interés estatal o municipal, son, por supuesto, contratos de interés público (arts. 150 y 151 C), en el mismo sentido que la noción de Poder Público (Título IV C) comprende al Poder Público nacional, al Poder Público estatal y al Poder Público municipal. La noción de interés público, por tanto, es de carácter genérico, en contraste con los subtipos –nacional, estatal o municipal–, lo que resulta de la forma Federal del Estado Constitucional conforme a la distribución vertical del Poder Público.

Ante todo, un contrato será de interés nacional cuando así lo determine el legislador. Sin embargo, no es frecuente que la ley califique, expresamente, en los términos del art. 151 de la C, a un contrato como de interés público nacional. Durante la vigencia de la Constitución de 1961, sin embargo, surgieron discusiones doctrinales sobre la noción del contrato de interés nacional, al considerar algunos autores que a la noción formal antes mencionada, debía agregarse una noción material sobre la “importancia nacional” del objeto de los contratos para poder ser calificados como tales contratos “de interés nacional”.

Por ello, los esfuerzos doctrinales que se han hecho tendientes a determinar su naturaleza, por contraposición a unos contratos que no son de interés nacional. Podría decirse, según Brewer-Carías⁵⁴, que contrato de interés público nacional, es aquel que interesa al ámbito nacional, concernientes al nivel nacional de gobierno, porque son suscritos por entidades públicas nacionales, es decir, por la República o institutos autónomos nacionales o empresas del Estado nacionales –por oposición al ámbito estatal o municipal–, porque ha sido celebrado por una persona jurídica estatal nacional, de Derecho público (por ej., la República o un instituto autónomo) o de Derecho privado (por ej., la empresa del Estado).

Por tanto, no serán contratos de interés público nacional aquellos que son de interés estatal o municipal, porque sean celebrados por personas jurídicas estatales de los estados fede-

⁵³ Brewer-Carías, A.R. (2013). “La contratación pública en Venezuela”. AA.VV. *Tratado General de los Contratos Públicos*, T. II, Dir. Cassagne, J.C. Buenos Aires, Ed. La Ley, 8 y ss.

⁵⁴ Brewer-Carías, A.R. *Ob. cit.*, nota 429, 220.

rados o de los municipios, incluyendo los institutos autónomos y empresas del Estado de estas entidades político-territoriales, en atención a que el ámbito o radio de sus competencias no podría exceder de la circunscripción administrativa correspondiente, lo que no obsta para que de manera, directa o indirecta, afecte los intereses patrimoniales de la República.

Por otro lado, la jurisprudencia (caso *Brigitte Acosta Isis* citado *ut supra*) ha sostenido con relación a los tipos de contratos de interés público, que la discusión ya ha sido resuelta por la Constitución atendiendo al criterio de la división en tres niveles político-territoriales del Poder público, en el sentido que los contratos de interés público constituyen el género, mientras que las tres categorías de los contratos de interés público nacional, estatal y municipal constituyen especies de aquél.

En tal sentido, para precisar los elementos esenciales que imprimen, a ciertos contratos de interés público, el carácter de interés público nacional, la jurisprudencia (caso *Brigitte Acosta Isis* citado *ut supra*) sostuvo lo siguiente:

Que satisfagan los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional y no tan sólo de un sector particular de la misma, como ocurre en los casos de contratos de interés público estatal o municipal, en donde el objeto de tales actos jurídicos sería determinante o esencial para los habitantes de la entidad estatal o municipal contratante.

En consecuencia, un contrato de interés público nacional es aquél que interesa al ámbito nacional –en contraposición al ámbito de los estados federales o de los municipios–, porque ha sido celebrado por una persona jurídica estatal nacional, de derecho público, la República, un instituto o establecimiento público o una persona jurídica de derecho privado –empresa del Estado– (caso *Tadeo-Anzoátegui, C.A.* citado *ut supra*).

Por tanto, no serían contratos de interés público nacional aquéllos que son solo de interés público estatal o de interés público municipal, celebrados por personas jurídicas de los estados o de los municipios, incluyendo los institutos públicos y empresas del Estado de estas entidades político-territoriales.

Por último, algunas normas constitucionales solo se aplican a los contratos de interés público nacional (por ej., el art. 247), mientras que otras se aplican en cambio a todos los contratos de interés público, es decir, a los contratos de interés público nacional, estatal y municipal (por ej., el art. 151).

D. Modalidades

§445. Aprobación parlamentaria – En cuanto a la intervención de la Asamblea Nacional en materia de celebración de los contratos de interés público, el art. 150 de la C distingue tres supuestos (Brewer-Carías)⁵⁵:

En primer lugar, con relación a la celebración de los contratos de interés público nacional, el art. 150 de la C prevé, como regla general, que la misma requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional “*en los casos en los cuales así expresamente lo determine una ley*” e independientemente del criterio que se utilice para su definición. Por su parte, señala Badell Madrid⁵⁶ que al prever la Constitución, como regla general, que, los contratos de interés público nacional deben ser aprobados por la Asamblea Nacional en los supuestos que determine la ley, se delega en el legislador el establecimiento de los supuestos en los cuales se requerirá aprobación legislativa para los contratos de interés público nacional.

⁵⁵ Id., 227.

⁵⁶ Badell Madrid, R. *Ob. cit.*, nota 866, 24.

En este supuesto, sostiene a su vez la Procuraduría General de la República⁵⁷, la ley puede establecer expresamente cuáles contratos serán de interés público o determinar cuáles contratos requerirán de la autorización previa de la Asamblea Nacional para ser válidos, puesto que el solo hecho de someter un contrato a la aprobación de este órgano parlamentario permite calificarlo como de interés público.

En segundo lugar, la aprobación por la Asamblea Nacional, en todo caso, de contratos “de interés público municipal, estatal o nacional”, cuando la contraparte del contrato sean “*Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela*”, sin necesidad, en estos casos, de que deba haber alguna ley previa que lo exija.

En último lugar, la aprobación por parte de la Asamblea Nacional es necesaria, en todo caso, de contratos “de interés público municipal, estatal o nacional” ya suscritos, en el caso de traspaso a otros “*Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela*”, sin necesidad, en estos casos, de que deba haber alguna ley previa que lo exija.

Así las cosas, bajo la vigencia de la Constitución de 1961 encontramos varios ejemplos, como fueron los casos del art. 5 de la LOREICH⁵⁸, al disponer el requisito previo de aprobación de la Asamblea Nacional para la celebración de convenios de asociación con entes privados relativos a la actividad de hidrocarburos; asimismo, el derogado art. 92 de la LFSA.

Posteriormente, bajo la vigencia de la Constitución de 1999, el art. 33 de la LOH⁵⁹ dispone que “La constitución de empresas mixtas y las condiciones que regirán la realización de las actividades primarias, requerirán la aprobación previa de la Asamblea Nacional (...)”. También según el art. 98 de la LOAFSP, las operaciones de crédito son otro ejemplo de los contratos de interés público que deben ser aprobados por la Asamblea Nacional.

Finalmente, sostiene Badell Madrid⁶⁰, aún en los casos en que la ley no determine expresamente un contrato como de interés público, ni requiera de forma expresa de la intervención previa de la Asamblea Nacional, cuando el objeto de dicho contrato consista en una actividad calificada por la ley como de interés público, su objeto persiga una finalidad de interés colectivo, tenga una vital importancia sobre el desarrollo económico de todo el país, así como que represente una inversión de gran magnitud económica para la República, lo convierten en un contrato de interés público y, por ende, requiere como requisito indispensable para su validez, la autorización de la Asamblea Nacional.

§446. Autorización parlamentaria – Con relación a los supuestos de intervención de la Asamblea Nacional en materia de control público parlamentario respecto de los contratos de interés público, como se ha indicado, además de los casos analizados en el párrafo anterior de aprobación parlamentaria a que se refiere el art. 150 de la C, se debe destacar que el art. 187 núm. 9 *eiusdem* también se refiere al tema, pero utilizando la modalidad habilitante de autorización parlamentaria, en lugar de la modalidad de aprobación parlamentaria, al disponer lo siguiente:

⁵⁷ Procuraduría General de la República (2003). “Contratos de interés público nacional. Formalidades. Líneas de crédito rotativo. Generalidades. Operaciones de crédito público. Generalidades”. Doctrina de la Procuraduría General de la República 2001/2002. Caracas, FPGR, 94.

⁵⁸ Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, publicada en la GO N° 1.769 Extr., de 29-08-1975, derogada por la Ley Orgánica de Hidrocarburos publicada en Gaceta Oficial N° 37.323, de 13-11-2001.

⁵⁹ Ley Orgánica de Hidrocarburos, publicada en la GO N° 38.493, de 04-08-2006.

⁶⁰ Badell Madrid, R. *Ob. cit.*, nota 866, 25.

Artículo 187. Corresponde a la Asamblea Nacional:

9. Autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecidos en la ley. Autorizar los contratos de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.

De la disposición transcrita se debe resaltar el uso indiscriminado de las expresiones “aprobar” y “autorizar”, si se tiene en cuenta que, conforme a las técnicas habilitantes, y cuya distinción se hiciera en otra obra nuestra⁶¹, la autorización es un acto en ejercicio de control público anterior (*a priori*), mientras que la aprobación es un acto en ejercicio de control público posterior (*a posteriori*).

En efecto, la jurisprudencia (caso *Andrés Velásquez et al* citado *ut supra*) dilucidó el tema en cuanto a lo previsto en los dos mencionados arts. 150 y 187 núm. 9 de la C, sentando como criterio: **(i)** En los casos de control público parlamentario respecto de los contratos de interés público nacional cuando así lo determine la ley, la habilitación a la cual se refiere la Constitución debe otorgarla la Asamblea Nacional, con posterioridad a la suscripción del contrato (aprobación); y **(ii)** En cambio, en los casos de control público parlamentario respecto de los contratos de interés público nacional que vayan a suscribirse con Estados o entidades oficiales extranjeras, o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, la habilitación a la cual se refiere la Constitución debe otorgarla la Asamblea Nacional con anterioridad a la suscripción del contrato respectivo (autorización).

En consecuencia, el control público parlamentario por parte de la Asamblea Nacional en los contratos de interés público procede de la manera siguiente (art. 150 C):

(i) La *aprobación* por parte de la Asamblea Nacional de los contratos de interés público nacional en los casos establecidos en la ley (art. 150 en concordancia con el art. 187 núm. 9 C).

(ii) La *autorización* con carácter preceptivo por parte de la Asamblea Nacional, cuando se pretendan celebrar contratos de interés público nacional, estatal o municipal con: *a)* Estados; *b)* entidades oficiales extranjeras; y *c)* sociedades no domiciliadas en Venezuela (art. 150 en concordancia con el art. 187 núm. 9 C).

(iii) La *potestad* de la Asamblea Nacional de exigir mediante ley determinadas condiciones especiales para la celebración de dichos contratos de interés público, por ej., la nacionalidad, el domicilio o de otro orden, o requerir garantías especiales, etc. (art. 150 C).

(iv) Y, por último, la *obligatoriedad* de incluir: *a)* la cláusula de inmunidad de jurisdicción relativa, esto es, la competencia exclusiva y excluyente de los tribunales nacionales para conocer de las dudas y controversias relacionadas con la inteligencia y ejecución de los contratos de interés público; y *b)* la denominada cláusula Calvo, en razón de la cual, por ningún motivo o causa ellos pueden dar origen a reclamaciones extranjeras (art. 151 C).

§447. Conclusión – Todo lo anteriormente expuesto hace que la especie de los contratos de interés público presenten especificidades importantes en sus elementos – subjetivos, objetivos y formales– que justifican un régimen jurídico singular de nivel constitucional, preponderantemente de Derecho público o de Derecho privado, según sea el caso y de control parlamentario y de control jurisdiccional, dentro del sistema de la contratación pública, como fueron los claros ejemplos entre: **(i)** El contrato de interés público de PDVSA y las empresas del Estado subsidiarias de Derecho privado, tal y como fuera deci-

⁶¹ Véase *in extenso* a Araujo-Juárez, J. *Ob. cit.*, nota 1, Vol. 3.

dido por la jurisprudencia (caso *Apertura Petrolera* citado *ut supra*), preponderantemente de Derecho privado (contrato privado) y con anterioridad **(ii)** El contrato de concesión de servicios públicos de telecomunicaciones de la CANTV con motivo del proceso de la privatización de los servicios de telecomunicaciones, preponderantemente de Derecho público (contrato de carácter administrativo).