

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONCESIÓN Y EL CONTRATO DE OBRA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO Y LAS ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS

José Ignacio Hernández G.

Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional en la
Universidad Católica Andrés Bello

Profesor invitado, Universidad Castilla-La Mancha
Fellow, Growth Lab-Harvard Kennedy School

Resumen: Desde la década de los cuarenta del siglo XX, el Derecho Administrativo venezolano incorporó la figura del contrato administrativo, en especial, para la gestión privada de infraestructuras a través del contrato de obra y la concesión administrativa. Como consecuencia de ello, el régimen jurídico de la gestión privada de infraestructura se basa en mecanismos privados de gobernanza en los cuales se eleva el riesgo político, ante las figuras autoritarias del contrato administrativo, como en especial sucede con las cláusulas exorbitantes. Este marco jurídico resulta inadecuado para promover la recuperación de las infraestructuras en Venezuela luego del colapso estatal, a través de contratos públicos de alianza entre la iniciativa privada y la Administración.

Palabras claves: alianzas público-privadas, contratación pública, contratos administrativos, concesión administrativa, distribución de riesgos, contratos públicos en Venezuela.

Abstract: Since the 1940s, the Venezuelan Administrative Law adopted the administrative contract institution, particularly for managing infrastructures by private investors, through the work contract and the administrative concession. As a result, the management of the infrastructures framework is based on private governance mechanisms. The political risk increases due to the Public Administration prerogatives in the administrative contract. That framework doesn't fulfill the requirements of the infrastructure recovery after the Venezuelan collapse. The infrastructure framework must be reformed to introduce the public-private partnership agreements.

Keywords: public-private partnership, public procurement in Venezuela, administrative contracts, administrative concession, risk management, public contracts in Venezuela.

INTRODUCCIÓN

Como resultado de las políticas públicas que de manera arbitraria destruyeron los derechos económicos de la inversión privada en Venezuela, en especial, por medio de nacionalizaciones, expropiaciones y la centralización de infraestructuras, la economía venezolana ha colapsado a niveles solo comparables con países que han atravesado guerras. Uno de los signos de ese colapso es la decadencia de las infraestructuras, como autopistas, puertos, aeropuertos y, en especial, bienes anejos a servicios esenciales, como sucede en particular con el sector eléctrico. La recuperación de Venezuela pasa, por ello, por recuperar la gestión de estas infraestructuras, lo que requerirá inversiones importantes en gastos de capital y la aplicación de conocimientos técnicos. Empero, el colapso del Estado impide a las Administraciones Públicas asumir el financiamiento de esas inversiones o procurar los conocimientos técnicos necesarios. Por lo tanto, es preciso arbitrar mecanismos de promoción de la inversión privada.

El Derecho Administrativo venezolano, de acuerdo con su evolución en el siglo XX, solo reconoce dos modalidades para canalizar la inversión privada en infraestructuras. La primera es el contrato de obra, en el cual la Administración asume el financiamiento. La segunda es la concesión, en la cual la inversión privada -como modalidad de privatización- asume este financiamiento. En ambos casos, y en la práctica, se considera que el contrato de obra y de concesión son contratos administrativos, a consecuencia de lo cual la Administración puede ejercer potestades unilaterales y extracontractuales, esto es, poderes implícitos que rigen más allá de lo que disponga la Ley y el contrato. Tal es la figura de las cláusulas exorbitantes, cuyo talante autoritario quedó en evidencia cuando fueron empleadas para justificar las arbitrarias políticas de expropiaciones. Lo peculiar es que el contrato administrativo ha pervivido, a pesar de que la figura fue expresamente eliminada en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley de Contrataciones Públicas.

El régimen jurídico del contrato administrativo de concesión es incompatible con las exigencias de la recuperación económica en Venezuela, en especial, en el sector de las infraestructuras. Así, el grado

de colapso estatal impide aplicar mecanismos de privatización, y en general, de gestión privada, en especial, pues las Administraciones Públicas, más allá de su fragilidad, deben garantizar el acceso equitativo a bienes y servicios anejos a infraestructuras, como en especial sucede con el suministro eléctrico. Además, la teoría de las cláusulas exorbitantes eleva los riesgos políticos y la ineficiencia del contrato, cuando uno de los objetivos a alcanzar es reducir esos riesgos brindando estabilidad jurídica a la inversión privada.

Con lo cual, la recuperación económica de las infraestructuras en Venezuela requiere introducir la figura de las alianzas público-privadas (APP). Las APP no son un contrato público nominado, sino más bien, una categoría contractual o macro contrato, que puede arropar prestaciones muy diversas. El rasgo distintivo de las APP es, en este sentido, la adopción de mecanismos híbridos de gobernanza orientados a la colaboración entre el Estado y la inversión privada, para elevar la calidad en la gestión de las infraestructuras bajo los estándares de la buena administración. Así, frente a los mecanismos de gobernanza privada de la concesión y del contrato de obra, las APP se basan en la colaboración entre la Administración y la inversión privada.

Esta colaboración es esencial de cara a la distribución de riesgos y el diseño de los mecanismos de financiamiento de los gastos de capital asociados a la recuperación de las infraestructuras en Venezuela. De nuevo, el régimen jurídico de la concesión se torna insuficiente, al basarse en mecanismos privados de gobernanza guiados por el principio de riesgo y ventura, que deja a salvo la garantía del equilibrio económico-financiero del contrato. De allí la necesidad de adoptar esquemas de distribución de riesgos entre las partes, de acuerdo con su capacidad.

Finalmente, y frente a la inestabilidad y talante autoritario del contrato administrativo con cláusulas exorbitantes que pueden ser invocadas por la Administración en contra de la Ley y del propio contrato, las APP deben brindar estabilidad jurídica procurando reducir los costos de transacción y, con ello, los riesgos políticos, de por sí elevados en un entorno como el venezolano.

El presente trabajo resume la propuesta de introducir la figura de las APP en el Derecho Administrativo venezolano para la mejor gestión de las infraestructuras. A estos fines, el trabajo se divide en dos partes. La primera parte resume el régimen jurídico actual de la concesión

administrativa como modo de gestión privada de infraestructuras, criticando la pervivencia de la teoría del contrato administrativo en Venezuela. La segunda parte expone las razones que justifican introducir la figura de las APP en Venezuela, esbozándose los lineamientos del proyecto de Ley que preparamos entre 2018 y 2019, precisamente, para dar cabida a las APP en el Derecho Administrativo venezolano.

I. LA GESTIÓN PRIVADA DE INFRAESTRUCTURAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO A TRAVÉS DE LA CONCESIÓN

La gestión de infraestructuras en el Derecho Administrativo venezolano parte de instrumentos privados de gobernanza, en los cuales la Administración asume el financiamiento (contrato de obra) o el sector privado asume ese financiamiento como modalidad de privatización (concesión). En ambos casos rige el principio de riesgo y ventura, así como los poderes unilaterales y extracontractuales de la Administración contratante, conocidos como cláusulas exorbitantes, todo ello como resultado de la recepción práctica del contrato administrativo.

Lo cierto es que mediante reformas legislativas (la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley de Contrataciones Públicas) la figura del contrato administrativo fue eliminada en Venezuela, al uniformarse el régimen jurídico de la actividad contractual en el contrato público. En la práctica, sin embargo, ha pervivido la figura del contrato administrativo, incluso en la concesión y en el contrato de obra.

1. *Breve introducción a la teoría del contrato administrativo en Venezuela. Su visión estatista, ineficiencia económica e inadecuación al Derecho positivo*

El contrato administrativo es una de las figuras más tradicionales del Derecho Administrativo en Venezuela.¹ De hecho, la concepción del

¹ Sin pretensión alguna de exhaustividad, puede verse, sobre la teoría general del contrato administrativo en Venezuela, a Araujo-Juárez, José, *Acto y contrato administrativo*, Paredes, Caracas, 2011, pp. 255 y ss.; Badell Madrid, Rafael, *Régimen jurídico del contrato administrativo*, Caracas, 2001, pp. 127 y ss.; Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Volumen III. Los actos administrativos y los contratos administrativos*, Civitas

Derecho Administrativo venezolano como un Derecho exorbitante del Derecho Común surgió, precisamente, con la recepción jurisprudencial del contrato administrativo en la década de los cuarenta del pasado siglo. Tal figura fue adoptada, básicamente, de acuerdo a su clásica concepción francesa². Con lo cual, la clave del contrato administrativo es que su causa u objeto debe ser el servicio público, a resultas de lo cual la Administración Pública mantiene potestades unilaterales y extracontractuales, conocidas como “cláusulas exorbitantes”. Al mismo tiempo, y en tanto el contratista es colaborador de la Administración contratante, la Administración garantiza el equilibrio económico-financiero³.

Estas cláusulas exorbitantes responden a potestades implícitas, en el sentido que ellas están siempre presentes en todo contrato administrativo, más allá de lo que disponga su texto e incluso, al margen de lo previsto en la Ley. De acuerdo con la jurisprudencia tradicional venezolana, estas cláusulas son inherentes al servicio público como objeto o causa, a consecuencia de lo cual resultan indisponibles por la Administración. Por consiguiente, el contratista queda sometido no solo a las obligaciones derivadas del contrato, sino además, a estas

Thomson Reuters, Madrid, 2013, pp. 830 y ss.; Farías Mata, Luis H. “La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas”, en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet, Tomo II*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1981, pp. 935 y ss., y Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, pp. 247 y ss. Esta teoría se inspira, básicamente, en el concepto de contrato administrativo en el Derecho Francés. Solo un reducido sector de la doctrina ha criticado la teoría del contrato administrativo en Venezuela. Cfr: Pérez Luciani, Gonzalo, “Los contratos administrativos en Venezuela”, en *Escritos del doctor Gonzalo Pérez Luciani*, Fundación Bancaribe, Caracas, 2013, pp. 611 y ss.

² La figura del contrato administrativo fue introducida por la jurisprudencia venezolana sin apoyo alguno en el Derecho positivo venezolano, y como simple trasposición de la figura en el Derecho Francés. Así, de manera tradicional, la jurisprudencia venezolana había entendido que los contratos suscritos por la Administración eran contratos públicos, sometidos tanto a Derecho Público como a Derecho Privado. Ello cambió con la sentencia de la Corte Federal y de Casación de 5 de diciembre de 1944, caso *Astilleros La Guaira*, de acuerdo con la cual todo contrato cuya causa u objeto es el servicio público se somete a un régimen exorbitante de Derecho Común. Véase nuestra explicación en Hernández G., José, “Hacia los orígenes históricos del Derecho Administrativo venezolano: la construcción del contrato administrativo, entre el Derecho Público y el Derecho Privado” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 147, Caracas, 2009, pp. 40 y ss. Véase también nuestra posición crítica en “El rapto del Derecho Civil por el Derecho Administrativo: a propósito del contrato administrativo. Un ensayo crítico”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 10, Caracas, 2019, pp. 189 y ss.

³ Puede verse, entre otros, a Araujo-Juárez, José, *La teoría de la cláusula exorbitante*, Editorial Jurídica Venezolana-CIDEP, Caracas, 2017, pp. 26 y ss.

potestades implícitas, que permiten a la Administración, con un grado importante de discrecionalidad, terminar unilateralmente el contrato (por razones de interés general o por incumplimiento del contratista), modificar el contrato, dirigir y supervisar la ejecución del contrato, imponer multas en caso de incumplimiento y, por último, interpretar el contrato para resolver cualquier disputa con el contratista.

El régimen jurídico del contrato administrativo es, por ende, el Derecho Administrativo y no el Derecho Civil. Esta conclusión se extiende también a la resolución de disputas entre el contratista y la Administración, que se someten a la jurisdicción contencioso-administrativo. Esto abarca pretensiones deducidas en contra de los actos administrativos dictados en el marco del contrato, bajo la tesis del acto separable, así como las pretensiones basadas en el incumplimiento de las obligaciones contractuales⁴.

Como puede observarse, la teoría del contrato administrativo, en el Derecho Administrativo venezolano, responde sin mayor novedad a la teoría general del contrato administrativo en Francia. Insistimos, ello no fue resultado de una decisión del Legislador, al tratarse en realidad de una creación jurisprudencial, rápidamente adoptada por la doctrina⁵.

Ahora bien, la teoría del contrato administrativo en el Derecho Administrativo venezolano responde, en nuestra opinión, a una visión estatista de ese Derecho que se aparta de los postulados de la buena administración derivados del artículo 141 constitucional. Además, desde el análisis económico del contrato, el régimen exorbitante del contrato administrativa es ineficiente. Por último, y lo más importante, la figura del contrato administrativo contradice las Leyes sustantivas y procesales que rigen a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas. Conviene analizar por separado estas tres críticas.

El concepto de Administración Pública, de acuerdo con el artículo 141 de la Constitución de Venezuela, no puede depender de la definición unilateral del interés general por la Administración, mediante vínculos de dependencia con las personas que quedan relegadas a su condición de "administrados", tal y como sucede en la teoría general del contrato

⁴ Irribaren, Henrique, "El contencioso de los contratos administrativos" en *Régimen jurídico de los contratos administrativos*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1991, pp. 249 y ss.

⁵ Hernández G., José, "Hacia los orígenes históricos del Derecho Administrativo venezolano: la construcción del contrato administrativo, entre el Derecho Público y el Derecho Privado", cit.

administrativo. De esa manera, el artículo 141 constitucional dispone que la Administración Pública es la institución al servicio de los ciudadanos, lo que responde al concepto vicarial de la Administración Pública orientada al bien común. La teoría general del contrato administrativo se aparta de este postulado, pues el centro del contrato no es el servicio a los ciudadanos, sino la definición unilateral del interés general basado en la supremacía de la Administración⁶.

En especial, el principio de legalidad resulta inaplicable en el contrato administrativo, de lo cual resulta que esta figura es el último reducto del absolutismo de la Administración Pública. En efecto, ya explicamos que las cláusulas exorbitantes no son en realidad derechos contractuales sino potestades extracontractuales. Siguiendo la clasificación de tales potestades, puede además afirmarse que se trata de potestades ablatorias, esto es, potestades que limitan la esfera jurídico-subjetiva de las personas. Una de las garantías básicas de esa esfera jurídica frente a las potestades ablatorias es la reserva legal, en el sentido que la Administración solo puede ejercer las potestades establecidas expresamente en la Ley. Pero esa garantía básica no aplica en el contrato administrativo, pues las potestades ablatorias que derivan de las cláusulas exorbitantes son, así, potestades implícitas⁷.

Al no regir el principio de legalidad, el contrato administrativo, en realidad, no tiene el efecto de *Ley entre las partes*, en el sentido que al margen de lo dispuesto en el contrato, siempre la Administración podrá ejercer las cláusulas exorbitantes. Esto afecta la eficiencia del contrato administrativo de acuerdo con la teoría económica del contrato, según la cual, el contrato contiene reglas orientadas a reducir los costos de transacción definiendo con claridad derechos y obligaciones. La teoría de las cláusulas exorbitantes obstruye la función del contrato administrativo reduciendo costos de transacción, todo lo cual tiende a

⁶ Sobre la influencia del artículo 141 de la Constitución de Venezuela sobre la teoría general del contrato administrativo, véase lo que explicamos en Hernández G., José Ignacio, *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 157 y ss.

⁷ Véase sobre este tema lo expuesto por García Soto, Carlos "Posición de la Administración en su actividad contractual. El caso de la Ley de Contrataciones Públicas," en *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 201 y ss.

impactar negativamente en la eficiencia del patrimonio público asociado al pago de los contratos administrativos⁸.

De todo lo anterior se deduce que, en realidad, el contrato administrativo no es un contrato de acuerdo con la teoría general del Derecho Civil. En efecto, el contrato administrativo no responde a la voluntad de las partes, pues incluso en contra de esa voluntad, la Administración podrá ejercer cláusulas exorbitantes como poderes unilaterales, extra-contractuales y, en realidad, extra-legales. No es sorprendente, por ello, que el contrato administrativo haya sido una de las técnicas autoritarias para destruir los mecanismos de mercado en el sector de los hidrocarburos en Venezuela⁹.

En todo caso, en el Derecho venezolano, y además de estas críticas, lo cierto es que el concepto de contrato administrativo ya no es reconocido. Así, hemos dicho que la teoría general del contrato administrativo se justifica por dos razones, a saber, el *régimen procesal* (solo las pretensiones deducidas con ocasión al contrato administrativo serán conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa) y el *régimen sustantivo* (solo los contratos administrativos se someten al régimen exorbitante). Con lo cual, bajo esta teoría, la distinción entre el contrato administrativo y los contratos de la Administración que no subsumen en esa categoría, opera principalmente en el ámbito del régimen procesal y sustantivo aplicable.

Lo cierto es que el régimen jurídico de la actividad administrativa contractual, desde el 2004, ha sido progresivamente uniformado. En efecto, desde la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, toda pretensión deducida con cualquier contrato suscrito por la Administración siempre es conocido por la jurisdicción contencioso-

⁸ Sobre la función económica del contrato, entre otros, vid. Collins, Hugh, *Regulating contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 3 y ss., y Hart, Oliver, *Firms, Contract and Financial Structure*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 23 y ss.

⁹ Véase a Brewer-Carías, Allan, *Contratos administrativos, contratos públicos, contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021, pp. 426 y ss. La doctrina que, en contra del ordenamiento jurídico positivo, sostiene la pervivencia del contrato administrativo, precisamente, cita en su apoyo la mención -más bien tangencial- a esta figura en el marco de estas Leyes predatorias, en concreto, la *Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de Hidrocarburos*. Cfr.: Hernández-Mendible, Víctor, "El nuevo contrato administrativo" *Revista de Derecho Público* N° 151-152, Caracas, 2017, pp. 57 y ss. Lo único que comprueba la mención al contrato administrativo en esta Ley, es la naturaleza autoritaria de esta figura.

administrativa¹⁰. La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 2010, ratificó esta tendencia al uniformar el régimen procesal de las pretensiones deducidas con ocasión con los contratos¹¹.

Pero además, todo contrato celebrado por la Administración, al margen de cuál sea su causa u objeto, pasó a ser considerado contrato público, de acuerdo con la Ley de Contrataciones Públicas de 2008. Esto implica que el régimen jurídico del contrato público es homogéneo. A tales efectos, la Ley enumera los derechos de la Administración en el marco del contrato, similar a las cláusulas exorbitantes. Pero a diferencia de éstas, tales derechos se someten al principio de legalidad¹².

La uniformidad del régimen jurídico del contrato público y la supresión de la categoría de contrato administrativo responde a los postulados que derivan del artículo 141 constitucional. Así, lo importante del contrato público no es la posición de supremacía extralegal de la Administración, sino cómo el contrato público puede ser un instrumento para el servicio de los ciudadanos hacia el bien común. Esto implica darles relevancia a temas que la teoría general del contrato administrativo ha marginado, como es el caso de la promoción de la eficiencia a través de la contratación, con parámetros orientados a medir su calidad¹³.

¹⁰ Hernández G., José Ignacio, “¿Subsiste la tesis de los contratos administrativos en la interpretación jurisprudencial de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia?”, en *Revista de Derecho Público* N° 99-100, Caracas, 2004, pp. 369 y ss.

¹¹ Hernández G., José Ignacio, “Pasado, presente y futuro de la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, en *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Volumen I*, FUNEDA, Caracas, 2010, pp. 112 y ss. Véase igualmente a Urosa, Daniela y Hernández G., José Ignacio, “Las pretensiones procesales administrativas en el Derecho Venezolano”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 17, Caracas, 2017, pp. 279 y ss. Cuando la Asamblea Nacional discutió el proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, propusimos uniformar las pretensiones deducidas con ocasión a contratos en torno a todos los contratos de la Administración y no solo frente al contrato administrativo, propuesta que fue aceptada. Ello permite sostener que la intención de esa Ley fue uniformar el régimen jurídico procesal de los contratos

¹² Véase lo que exponemos en Hernández G., José Ignacio, “El contrato administrativo en la Ley de contrataciones públicas venezolana”, en *Revista de Administración Pública* N°176, Madrid, 2008, pp. 363 y ss., también en la obra colectiva ya citada, *Ley de Contrataciones Públicas*.

¹³ En Francia, vid. Marcus, Laure, *L'unité des contrats publics*, París, 2010, pp. 339 y ss. A esta uniformidad también ha propendido el surgimiento de normas y principios que, en el espacio global, rigen a la contratación pública, más allá de las particularidades del contrato administrativo. Moreno Molina, José Antonio, “Contratos administrativos”, en *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, COMARES-INAP, Madrid, 2015 (EPUB), pp. 453 y ss. Del autor., vid. *Derecho Global de la Contratación Pública*, primera edición, Ubis, México, 2011, pp. 1 y ss. Véase la obra *Código de legislación sobre contratación pública en Iberoamérica*, coordinada por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y José Antonio Moreno Molina, Editorial Jurídica Venezolana

Sin embargo, la jurisprudencia¹⁴ y un sector de la doctrina¹⁵ insisten en mantener la categoría del contrato administrativo como una categoría distinta al contrato de la Administración, ignorando con ello la uniformidad del régimen procesal y sustantivo, que justifica hablar de contrato público¹⁶. Esta es una conclusión cuestionable, pues el concepto de contrato administrativo, además de estatista e ineficiente, no responde a categorías reconocidas en las Leyes de Derecho Administrativo.

Así, como ha afirmado Allan R. Brewer-Carías, la distinción entre contratos administrativos y contratos de Derecho Privado de la Administración se resiste a desaparecer, a pesar de la uniformidad del régimen jurídico del contrato público. En especial, la distinción entre ambos contratos de cara a la teoría de las cláusulas exorbitantes es inútil pues, en suma, en todo contrato regido por la Ley de Contrataciones

Internacional, Caracas-Nueva York, 2015. Asimismo, vid. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, "Principios de la contratación pública en el Derecho Administrativo global", en *Derecho PUCP* N° 66, Lima, 2011, pp. 29 y ss. Se ha advertido en todo caso que tal Derecho Global es fragmentario e impreciso. Cfr.: Cassagne, Juan Carlos, "La Contratación Pública: Fronteras, Tensiones e Interrelación con el Derecho Privado en el Nuevo Escenario Contractual", en *Revista Derecho & Sociedad*, N° 44, Lima, 2015, p. 19. Véase nuestra posición en Hernández G., José Ignacio, "El contrato administrativo frente al Derecho Administrativo Global. Una perspectiva Iberoamericana", en *Itinerario latinoamericano del Derecho Público Francés. Homenaje al profesor Franck Moderne*, Tirant Lo Blanch, Santiago de Chile, 2019, pp. 367.

¹⁴ Entre otras muchas sentencias, véase, de la Sala Político-Administrativa, la sentencia de 28 de febrero de 2018, caso *Provene, C.A.*, en la cual se afirma lo siguiente: "(...) se debe destacar que tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala para considerar un contrato como administrativo, han señalado como requisitos esenciales y concurrentes, los siguientes: i) una de las partes contratantes debe ser un ente público; ii) la finalidad del contrato debe estar vinculada a una utilidad pública o servicio público; iii) deben estar presentes ciertas prerrogativas de la Administración consideradas como exorbitantes". Desde el 2015 el Tribunal Supremo de Justicia ha sido intervenido políticamente, con lo cual sus decisiones no responden a juicios imparciales y objetivos. Lo que en todo caso interesa señalar es que, en contra de las reformas legislativas, hay una corriente que mantiene la figura del contrato administrativo.

¹⁵ Araujo-Juárez, José, *La teoría de la cláusula exorbitante*, cit.

¹⁶ En especial, sobre la necesaria revisión del concepto de contrato administrativo, recientemente, vid. Torrealba, Miguel Ángel, "Las actuaciones bilaterales: los contratos públicos y los convenios en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en *La actividad y la inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 123 y ss., así como Subero, Mauricio, "Críticas a la doctrina del contrato administrativo en Venezuela", en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo* N° 9, Caracas, 2016, pp. 91 y ss. De Torrealba, puede verse también "El contencioso de los contratos (50 años después)", en Hernández G., José Ignacio (editor), *Libro Homenaje a las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana del profesor Allan R. Brewer-Carías en el cincuenta aniversario de su publicación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 279 y ss.

Públicas la Administración contratante podrá ejercer los derechos establecidos en esa Ley y que además deriven del contrato¹⁷.

2. *La gestión de infraestructuras a través de la concesión administrativa y del contrato de obra pública como mecanismos de gobernanza privada*

Uno de los contratos administrativos reconocido en el Derecho venezolano es la concesión, según se trate de la concesión del servicio público, de obras públicas o de bienes del dominio público¹⁸. Las dos últimas modalidades han sido objeto de una legislación especial, dictada con ocasión a la política de privatización implementada hacia fines del siglo XX¹⁹. En tal sentido, la concesión de servicio público permite al concesionario gestionar una actividad propia de la Administración, susceptible de explotación comercial, mientras que la concesión de obra pública permite al concesionario construir, mantener y explotar obras públicas. De lo anterior resulta que la remuneración del concesionario proviene del precio pagado por los usuarios del servicio público o de la obra pública²⁰.

La concesión administrativa ha sido catalogada como contrato administrativo, con lo cual, y más allá del régimen jurídico especial aplicable, tal concesión se ha regido por la teoría general del contrato administrativo, incluyendo el reconocimiento de las cláusulas exorbitantes e incluso, la existencia de una relación de sujeción especial con el concesionario²¹. Esta solución no deja de ser contradictoria, pues

¹⁷ Brewer-Carías, Allan, "Contratos de Derecho Privado de la Administración. Aspectos del régimen jurídico común con los "contratos administrativos," con especial referencia a la potestad pública de modificarlos unilateralmente", Congreso Internacional Instituciones Administrativas, Inclusión, Paz y Convivencia, Bogotá 2016.

¹⁸ Badell Madrid, Rafael, *Régimen jurídico de las concesiones en Venezuela*, Caracas, 2002.

¹⁹ En 1994 se dictó el *Decreto-Ley No 138 sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales*, sustituido en 1999 por la *Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones*. Como su nombre lo indica, el principal objeto de esta Ley fue promover la inversión privada a través de la concesión. Véase la obra colectiva *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos Financieros y Técnico*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

²⁰ Brewer-Carías, Allan, "Notas sobre el régimen jurídico general de las concesiones administrativas en Venezuela", en *Libro Homenaje a la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos*, Facultad de Derecho y la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2013, pp. 61 y ss.

²¹ Turuhpial, Héctor, *La actividad administrativa*, CIDEP, Caracas, 2021, loc. 7470 (libro digital) y Peña Solís, José, *Manual de Derecho Administrativo. Volumen 3*, Tribunal Supremo de Justicia,

la finalidad de la concesión administrativa, en el Derecho Venezolano, es transferir la gestión de servicios y obras públicas a la inversión privada como modalidad de privatización, todo lo cual se traduce en reglas especiales, por ejemplo, más favorables al arbitraje como forma de solución de controversias²². De esa manera, mientras que el régimen jurídico de la concesión promueve la inversión privada, el régimen jurídico del contrato administrativo desestimula esa inversión.

La concesión administrativa, bajo las modalidades de la concesión de obra y de servicio público, constituye uno de los instrumentos para promover la inversión privada en las infraestructuras. A estos efectos, entendemos por infraestructuras, en sentido amplio, a los bienes cuyo uso es indispensable para prestar servicios asociados al desarrollo social y económico²³. De acuerdo con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), las infraestructuras son *económicas* cuando ellas funcionan como estructuras para prestar actividades económicas, tal y como puertos, aeropuertos, caminos, alcantarillado y centrales eléctricas. Las infraestructuras *sociales* son las que proveen las estructuras para satisfacer necesidades sociales en materias tales y como educación y salud²⁴.

Caracas, 2003, p. 356. Incluso, Turuhpial alude a la relación de sujeción especial en la que se encuentra el concesionario.

²² Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, Editorial Jurídica Venezolana-CIDEP, Caracas, 2016, pp. 78 y ss.

²³ El concepto de infraestructura puede ser empleado como sinónimo de redes (las redes de telecomunicaciones como infraestructura), o como el conjunto de recursos financieros y humanos que dan soporte a determinada actividad (la infraestructura de las Administraciones Públicas como sinónimo de sus recursos financieros y humanos). Desde el punto de vista de la inversión privada, el concepto alude a bienes cuyo uso es necesario para atender actividades ajenas al desarrollo económico y social, típicamente, en el caso de puertos, aeropuertos y autopistas. También la expresión se ha empleado para describir a los bienes necesarios para atención de actividades que el Derecho Administrativo considera de servicio público, o actividades de interés general, como sería el caso de las infraestructuras de telecomunicaciones, agua potable y electricidad. El interés se centra los bienes propiedad del Estado, o en todo caso, en las actividades cuya gestión debe garantizar el Estado, para lo cual procura la colaboración con la inversión privada. Existen infraestructuras privadas (redes privadas de telecomunicaciones, por ejemplo) respecto de las cuales el grado de intervención del Estado es mejor. Puede verse, entre otros, a Durán Martínez, Augusto, "Infraestructuras públicas-especial referencia a la legislación uruguaya sobre participación público-privada", en *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* N° 16, Volumen 16, 2021, pp. 293 y ss.

²⁴ Cavallo, Eduardo *et al.*, (editores), *De estructuras a servicios: el camino a una mejor infraestructura en América Latina y el Caribe*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2020, p. 3. El Derecho Administrativo, como resultado de las políticas de liberalización de fines del siglo pasado, comenzó a prestar atención al concepto de infraestructura. Entre otros, vid. Ariño Ortiz,

Estas infraestructuras envuelven a dos conceptos claves del Derecho Administrativo: la obra pública (que alude a la infraestructura como bien tangible) y el servicio público (que aplica a las actividades prestadas a través de la infraestructura). En cualquiera de esos ámbitos la Administración puede procurar la colaboración de terceros. En esta materia, y en sentido cónsono con otros modelos, el Derecho Administrativo venezolano diferencia al contrato obra de la concesión de obra, según el esquema de financiamiento. En el contrato de obra la Administración encomienda la construcción o mantenimiento de una infraestructura, pagando el precio pactado. En la concesión, como vimos, la remuneración del concesionario proviene del pago del precio por los usuarios. La Administración puede conceder solo la gestión de actividades asociadas a la infraestructura (concesión de servicio público), o puede además conceder la construcción o mantenimiento (concesión de obra pública). En realidad, como las actividades económicas gestionadas a través de la infraestructura requieren, al menos, llevar a cabo labores de mantenimiento, la técnica usual para confiar las infraestructuras a la inversión privada es la concesión de obra pública. Esta concesión, así, es un contrato híbrido, pues incluye las prestaciones relacionadas con la gestión de la actividad gestionada a través de la obra²⁵.

El contrato de obra es también un mecanismo de gobernanza privada de infraestructuras, que, además, puede adoptar la forma del contrato administrativo. Así, y a pesar de que la Ley de Contrataciones Públicas uniformó el régimen jurídico del contrato de obra, en la práctica, si la causa u objeto es el servicio público, entonces, el contrato de obra será un contrato administrativo y a resultas de ello, la Administraciones podrá ejercer las cláusulas exorbitantes. Lo que lo distingue de la

Gaspar "Infraestructuras: un nuevo marco legal", en *Nuevo Derecho de las infraestructuras*, Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 33 y ss.

²⁵ Con lo cual, en el Derecho Administrativo venezolano, el concepto de obra pública comprende el concepto de infraestructura, y la gestión de infraestructuras por la iniciativa privada puede responder a las modalidades del contrato de concesión de obra o de servicio público, según los casos. En general, vid. Badell Madrid, Rafael, "Régimen general de las concesiones administrativas en Venezuela", en Pérez Olivares, Enrique y Hernández G., José Ignacio (editores), *El Derecho Administrativo en los umbrales del siglo XXI: Libro homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*, Universidad Monteávila, Caracas, 2006, pp. 139 y ss.

concesión, principalmente, es el mecanismo de financiamiento, pero no el régimen exorbitante de Derecho Común²⁶.

Los conceptos de obra pública y servicio público, en el régimen jurídico-administrativo de la concesión y del contrato de obra en Venezuela, responden a una clara vocación estatista del Derecho Administrativo. Esto es evidente en el concepto de servicio público, que en Venezuela aplica a toda actividad que, expresa o tácitamente, es asumida por la Administración a través de la *publicatio*, todo lo cual justifica potestades inmanentes de control²⁷. Por lo tanto, en la concesión de obra pública, la Administración mantiene el control inmanente sobre las actividades de servicio público gestionadas a través de la infraestructura, como es el caso, por ejemplo, de servicios de transporte, de agua potable o de electricidad. A resultas de ese control inmanente, y más allá del régimen legal de la concesión y del texto del contrato, la Administración siempre podrá ejercer las llamadas cláusulas exorbitantes.

La contrapartida a tales cláusulas es la teoría del equilibrio económico financiero del contrato, presente en el régimen jurídico del contrato administrativa aplicable, en la práctica, a la concesión y al contrato de obra. Tal teoría predica que, si por causas imprevistas y no imputables se altera el equilibrio económico del contrato al punto de colocar en riesgo su ejecución, la Administración debe procurar el restablecimiento de tal equilibrio por medio de medidas de fomento. Tal teoría deja incólume el principio de riesgo y ventura, que supone que el contratista asume exclusivamente los riesgos de la ejecución del contrato, según se trate de la gestión de la obra o servicio bajo el régimen concesional, o la construcción de la obra bajo el régimen del contrato de obra²⁸.

Debido a que el régimen jurídico de la concesión se basa en el régimen jurídico del contrato administrativo, el principio general del cual parten los artículos 2 y 31, literal c) de la *Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones* es que el concesionario gestiona el contrato de concesión a su cuenta y riesgo. Con lo cual, en el régimen jurídico de la concesión, la Administración traslada

²⁶ Lares Martínez, Eloy, "El contrato de obra pública", en *Régimen jurídico de los contratos administrativos*, Fundación Procuraduría General de la República, cit.

²⁷ Véase nuestra crítica al concepto de servicio público, en Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 145 y ss.

²⁸ Turuhpial, Héctor, *La actividad administrativa*, cit.

enteramente el riesgo de la operación de la obra o servicio al concesionario privado, bajo el principio de riesgo y ventura. Luego, bajo este régimen jurídico, la gestión de las infraestructuras se confía por entero a la inversión privada, salvo las potestades de control y supervisión que preserva la Administración concedente²⁹.

II. LA NECESIDAD DE ADECUAR EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO A LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS DE ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS

La evolución del Derecho Administrativo venezolano se frustró como resultado del auge autoritario populista iniciado en 1999, y que a partir de 2003 llevó a adoptar políticas públicas predatorias que destruyeron las garantías jurídicas de los operadores económicos privados. Esto llevo a que el régimen jurídico de promoción de la inversión privada por medio de la concesión fuese desaplicado, pues las políticas públicas se orientaron más bien a reducir el ámbito de la inversión privada. Para ello, el autoritarismo se valió de conceptos claramente estatistas del Derecho Administrativo venezolano, como el servicio público y, en especial, el contrato administrativo³⁰.

A resultas de ello, el proceso de convergencia de la actividad contractual de la Administración Pública que comenzó a adelantarse con la Ley de Contrataciones Públicas no logró avanzar. Así, el régimen jurídico de la contratación administrativa tampoco se renovó de acuerdo con las modernas tendencias en el Derecho Global³¹. Por el contrario, esa contratación siguió rigiéndose por las mismas instituciones formadas hacia la mitad del siglo pasado, claramente inadecuadas a las nuevas realidades sociales y económicas.

²⁹ Turuhpial, Héctor, *La actividad administrativa*, cit., quien explica la vigencia del principio de riesgo y ventura. Véase igualmente a Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Volumen III. Los actos administrativos y los contratos administrativos*, cit., pp. 939 y ss. a la revisión del régimen económico en caso de ruptura del equilibrio económico financiero.

³⁰ Sobre el autoritarismo del Derecho Administrativo venezolano y sus efectos adversos sobre las garantías jurídicas de los operadores económicos privados, vid. Hernández G., José Ignacio, *Controles de precio y de cambio. Auge y colapso institucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021, pp. 78 y ss.

³¹ Por ejemplo, Rodríguez-Arana, Jaime et al. (editores), *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas*, Konrad Adenauer Stiftung, Sam José, 2011, pp. 57 y ss.

Como resultado de lo anterior, el Derecho Administrativo venezolano, en la práctica, se basó en la hegemonía de la Administración Pública en la economía, de nuevo, valiéndose de conceptos estatistas como el contrato administrativo. La legislación que logró sobrevivir a las reformas legales autoritarias mantuvo una visión opuesta, influenciada por el Consenso de Washington y la promoción de la privatización, como sucede con la todavía vigente *Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones*. Pero lo cierto es que, a nivel comparado, el Derecho Administrativo evolucionó para superar la dicotomía entre la intervención pública y la inversión privada en la economía. En especial, el Derecho Administrativo fue configurándose en torno a la figura del Estado garante, en el cual tanto la iniciativa pública como la inversión privada participan, conjuntamente, en la promoción del bien común³².

Estas transformaciones influyeron en el diseño institucional del contrato administrativo y en especial, de la concesión administrativa. Así, tal y como sucede en el Derecho venezolano, el régimen jurídico de la concesión administrativa descansa en la idea de la gestión privada de obras y servicios públicos bajo el principio de riesgo y ventura, sobre la base del régimen financiero anclado en el precio pagado por los usuarios. Bajo la figura del Estado garante, sin embargo, la gestión de las obras y servicios públicos -bajo la denominación, técnicamente más correcta, de infraestructuras- parte del principio de co-iniciativa. Así, tanto la Administración como la inversión privada participan, conjuntamente, en la gestión de las infraestructuras. Esto es, que la gestión de las infraestructuras -o gobernanza- descansa en la acción conjunta de la iniciativa pública y privada³³. A ello responde la figura jurídica de las alianzas público-privadas, inexistentes en el Derecho Administrativo venezolano pero indispensables para apalancar la recuperación económica.

³² Parejo Alfonso, Luciano, *Estado y Derecho en procesos de cambios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 45

³³ Prats, Joan, *La gobernanza de las alianzas público-privadas. Un análisis comparado de América Latina*, Documento para la discusión N° IDB-DP-489, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., diciembre de 2016, tomado de: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/La-gobernanza-de-las-alianzas-público-privadas-Un-análisis-comparado-de-América-Latina.pdf>. Véase igualmente a Valaguzza, Sara y Eduardo Parisi, *Public Private Partnerships: Governing Common Interests*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2020, pp. 2 y ss. También se utiliza la expresión acuerdos público-privados, o contratos de colaboración público-privada.

1. *Las alianzas público-privadas en la teoría general del contrato administrativo y la concesión*

Las alianzas público-privadas (conocidas como APP), son un contrato suscrito por las Administraciones Públicas por medio de la cual se procura la colaboración de la inversión privada en la gestión de tareas o actividades que le son propias. El concepto puede ser confuso pues, en el fondo, toda contratación administrativa es siempre una contratación público-privada, en la cual la Administración Pública procura la colaboración de la iniciativa privada en tareas que le son propias. Lo que en realidad caracteriza al concepto de las APP es que la gestión del bien común -o gobernanza- pasa a ser responsabilidad conjunta de la Administración y la inversión privada³⁴. De esa manera, podemos tomar la definición empleada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional³⁵:

“Se entenderá por “alianza público-privada” (APP) un acuerdo entre la autoridad contratante y una entidad privada para la ejecución de un proyecto, a cambio de pagos que serán efectuados por la autoridad contratante o los usuarios de la infraestructura, incluidos tanto los proyectos que entrañan una transferencia del riesgo de demanda al socio privado (“alianzas público-privadas que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión”) como los tipos de APP que no entrañan esa transferencia del riesgo (“alianzas público-privadas que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión”)”.

Como puede verse, el concepto de APP parte de un elemento central y dos elementos accesorios. El elemento central es que las APP

³⁴ Peters, Guy, *The future of governing: four emerging models*, University Press of Kansas, 1996, pp. 72 y ss. Las APP, inicialmente, estuvieron influenciadas por las políticas de liberalización y privatización, las cuales permitieron redefinir la relación entre el sector público y el sector privado, que pasaron a valorarse de manera complementaria. Vid.: Bendick, Marc, “Privatization of Public Services: recent experiences”, en Brooks, Harvey *et al.*, (coordinadores), *Public-Private Partnership*, Ballinger Publishing Company, Cambridge, 1984, pp. 153

³⁵ *Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre las Alianzas Público-Privadas*, aprobadas mediante Resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas 74/183 de 18 de diciembre de 2019. El concepto está en la disposición modelo 2.

se conciben como mecanismos de colaboración entre la Administración y el sector privado, todo lo cual supone superar la dicotomía entre la gestión pública/gestión privada, y en especial, la figura de la privatización. Así, la privatización supone el traspaso de actividades del Estado a la iniciativa privada, lo que implica que mecanismos de gobernanza públicos son sustituidos por mecanismos de gobernanza privados. Bajo la visión imperante tras el Consejo de Washington, la privatización coloca el énfasis en el aspecto cuantitativo de las Administraciones Públicas. En las APP, por el contrario, no hay mecanismos de gobernanza privada sino de gobernanza mixta, o si se quiere, público-privada. Por ende, en las APP se parte de un elemento cualitativo, en tanto la participación de la inversión privada no pretende sustituir la gestión pública, sino incrementar la calidad de las actividades prestadas a través de la Administración o mediante bienes de su propiedad, como en especial sucede con las infraestructuras³⁶.

Con lo cual, las APP parten de la figura del Estado garante: el rol del Estado no es gestionar directamente las infraestructuras, sino garantizar su gestión adecuada, mediante la complementariedad con la capacidad de la inversión privada.

Los elementos accesorios tienen que ver con la manera en la cual se distribuyen los riesgos. En la definición comentada, las APP pueden basarse en la atribución del riesgo al contratista (denominada concesión) o en la atribución del riesgo a la Administración contratante (lo que no daría lugar a la concesión). La expresión *concesión* induce a confusiones, pues como vimos, la concesión responde a una figura tradicional de la contratación administrativa basada en la gobernanza privada³⁷. Por ello, el elemento esencial o definitorio de las APP no reside en la transferencia

³⁶ Vincent-Jones, Peter, *The new public contracting: regulation, responsiveness, relationally*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 14 y ss., y Vries, Piet de, "The modern public-private demarcation: history and trends in PPP", en *The Routledge Companion to Public-Private Partnerships*, Routledge, Oxon, 2013, pp. 9 y ss.

³⁷ Danós Ordoñez, Jorge, "Promoción de la inversión privada en materia de obras públicas de infraestructuras y servicios públicos a través de concesiones", en *Advocatus* N° 2, 2000, pp. 55 y ss. La concesión, en su sentido tradicional, permite canalizar inversiones privadas para la gestión de infraestructuras bajo la transferencia de riesgos al concesionario. Eventualmente esa transferencia puede estar también presente en las APP. Sin embargo, como explicamos en la primera sección, la concesión se inspira en el contrato administrativo, lo que se traduce en la existencia de "elementos reglamentarios" en el contrato de concesión que permiten a la Administración actuar unilateralmente. Con lo cual, la diferencia entre el contrato administrativo de concesión y la concesión como modalidad de APP no reside en la transferencia del riesgo sino en el diseño institucional del contrato, y el rol que cumple la gobernanza mixta.

del riesgo sino en la gobernanza mixta. Así, incluso si el riesgo es trasladado enteramente al contratista, las APP no son un mecanismo de privatización o de gobernanza privada, pues ellas parten de la estrecha colaboración con la iniciativa privada³⁸.

En especial, las APP permiten complementar las capacidades de la Administración con las capacidades del sector privado, tanto en conocimiento (*know-how*) como en recursos financieros. Con lo cual, las APP parten de la cooperación basada en la alineación de intereses, todo lo cual propende a que la gestión del contratista se oriente al desempeño, esto es, a incrementar la calidad en la gestión de la infraestructura. Esto último, precisamente, es lo que puede justificar el diseño de fórmulas de repartición de los riesgos asociados a la gestión de la infraestructura³⁹.

La distribución de riesgos es extraña a la teoría general del contrato administrativo. Así, aun cuando la Administración no se desprende -ni podría hacerlo- de la gestión del servicio público, lo cierto es que esa gestión es privada y, por ende, se orienta por el principio de riesgo y ventura. Por ello, en la concesión administrativa -cuyo régimen, como vimos, parte de la teoría del contrato administrativo- el concesionario explota la obra o servicio a su cuenta y riesgo, como lo reconoce la Ley venezolana. Además, y debido a la tesis de las cláusulas exorbitantes, el régimen jurídico del contrato administrativo de concesión es imperfecto, en el sentido que el concesionario siempre quedará sujeto a poderes implícitos que, incluso, han sido considerados por un sector de la doctrina venezolana como una relación de sujeción de especial. Como se observa, en este concepto falta el elemento central de la colaboración orientada al bien común por medio de mecanismos híbridos de gobernanza. Y en especial, está ausente la distribución de riesgos, que modifica el principio de riesgo y ventura.

En este sentido, las APP se asemeja al contrato mercantil de sociedad -incluso, bajo la modalidad de *joint venture*- en tanto la Administración participa conjuntamente con la inversión privada en la

³⁸ Véase, por ejemplo, el concepto de Engel, Eduardo *et al.*, *The Economics of Public-Private Partnerships*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 2 y ss.

³⁹ Como la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo ha concluido, las APP se basan en la alineación de intereses, entre la gestión del bien común y la percepción de ingresos. Esa alineación, en buena medida, depende de cómo se distribuyen los riesgos de la gestión. Cfr.: *Public-Private Partnerships. In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*, OECD, 2008, pp. 17 y ss.

gestión de la infraestructura⁴⁰. Esto otorga flexibilidad a las APP pues su objeto podrá variar según cómo se reparta el riesgo y, en general, según cómo se remunere al contratista. Ello marca otra distinción con la concesión que, por su naturaleza, y según vimos, solo procede respecto de actividades susceptibles de explotación económica, mientras que las APP podrían incluso proceder respecto de infraestructuras que, al menos en el corto plazo, no son susceptibles de explotación económica, al menos, para sustentar su autonomía financiera. De nuevo, esto realza que la vertiente de las APP es cuantitativa, en tanto lo que se pretende es incrementar la calidad en la gestión de las infraestructuras. Por ello, como hemos observado, las APP son un instrumento de la buena administración, en tanto se orientan a incrementar la calidad en la gestión de infraestructuras⁴¹.

Con lo cual, un elemento fundamental de las APP es la estrecha colaboración entre el sector público y el sector privado, que permite complementar sus capacidades por medio de mecanismos mixtos de gobernanza. Según los casos, esta colaboración puede justificar distribuir los riesgos, lo que supondrá matizar el principio de riesgo y ventura, característico del contrato de concesión. La distribución de riesgos, por ello, pasa a ser un aspecto determinante en las APP.

Este ha sido un elemento que la doctrina comparada, en especial en América Latina, ha estudiado. Así, Rafael Dickson ha observado que el concepto de APP resulta ciertamente flexible, pues antes que describir un tipo específico de contrato -esto es, un contrato nominado- arropa a diversas formas de colaboración durante todas las fases del proyecto. De allí que esta figura resulta de interés en contratos de largo plazo, como aquellos asociados a la construcción, mantenimiento y explotación de infraestructuras. A estos efectos, las APP procuran la colaboración de la inversión privada en todas las fases de diseño, realización, ejecución y financiación, de manera especial,

⁴⁰ El *joint venture* es una modalidad del contrato de sociedad, en el cual las partes acuerdan colaborar entre sí para alcanzar un objetivo común. De acuerdo con la clasificación de las APP empleadas por el Banco Mundial -sobre la cual volveremos luego- las *joint venture* son una modalidad de APP. En todo caso, ellas reflejan el espíritu de colaboración que caracteriza a las APP, y que, en cierto modo, se apartan de los principios de gestión privada presentes en la concesión administrativa. Sobre el contrato de *joint venture*, en el Derecho Mercantil, vid. Otis-Rodner, James, "Los convenios de empresa conjunta (Joint Venture) y la legislación venezolana", en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal N° 151*, Caracas, 1993, pp. 9 y ss.

⁴¹ Hernández G., José Ignacio, *La pandemia de la COVID y el Derecho Administrativo en América Latina*, Tirant-Lo Blanch, Universidad del Rosario, Bogotá, 2022, pp. 348 y ss.

mediante mecanismos de financiamiento privado y el reparto de los riesgos. A la luz del Derecho Europeo y Español, Dickson concluye que lo característico de las APP no es su objeto -que puede variar, incluso asumiendo derechos y obligaciones cercanos a la concesión- sino la estructuración de la financiación y el nuevo reparto de riesgos. Con lo cual, un elemento distintivo de las APP es que éstas permiten apartarse del riesgo y ventura asignado al contratista privado, implementando mecanismos que permitan distribuir los riesgos entre la Administración y a inversión privada para la promoción de la buena gestión de las infraestructuras⁴².

La atenuación del principio de riesgo y ventura implica que, de acuerdo con el caso concreto, los riesgos podrán distribuirse entre la Administración y el contratista, lo que incluso puede dar lugar a un esquema en el cual el contratista asuma los riesgos de la gestión, lo que, según la definición antes dada, supondría una modalidad concesional⁴³. Esta distribución de riesgos debe regirse por el principio de capacidad, en el sentido que cada parte debe asumir los riesgos para los cuales esté mejor preparada. Además, debido a las características de los proyectos de infraestructura (contratos a largo plazo que requieren inversiones en capital) la distribución de riesgo puede incidir sobre otros sujetos, en especial, los operadores a cargo de proveer el financiamiento, eventualmente, por medio de instrumentos de deuda pública⁴⁴.

De esa manera, y desde la teoría general de la contratación administrativa, puede concluirse que las APP no responden a un contrato nominado, sino a principios que inciden en los derechos y

⁴² Dickson, Rafael, *La asignación de riesgos en la colaboración público-privada: una visión de España y República Dominicana con algunas precisiones en otras jurisdicciones de Iberoamérica*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 31 y ss.

⁴³ Bajo el contrato administrativo de concesión, como ya vimos, rige el principio del equilibrio financiero del contrato, lo que, en sentido estricto, no es una excepción al principio de riesgo y ventura. Así, el equilibrio económico no es una garantía del contratista, ni da lugar a mecanismos compensatorios. Por el contrario, este equilibrio es una garantía para la continuidad del servicio público, y por ello, se asimila a la actividad de fomento administrativo. Una consecuencia de lo anterior es que el equilibrio económico no debe proceder frente a riesgos que han debido ser previstos, todo lo cual se vincula con la figura de la teoría de la imprevisión del contrato administrativo. Véase, en referencia a un evento de gran actualidad, a Badell Madrid, Rafael, "Consideraciones sobre la teoría de la imprevisión en los contratos administrativos en virtud del COVID-19", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 160, Caracas, 2020, pp. 743 y ss.

⁴⁴ Dickson, Rafael, *La asignación de riesgos en la colaboración público-privada: una visión de España y República Dominicana con algunas precisiones en otras jurisdicciones de Iberoamérica*, cit., pp. 231 y ss.

obligaciones de los contratos para el diseño, ejecución y explotación de infraestructuras. El rasgo característico es que la gobernanza de las infraestructuras pasa a ser mixta, pues el principal interés es procurar la colaboración entre el sector público y privado para incrementar la calidad en la gestión de las infraestructuras. A ello se le agrega que la característica de las infraestructuras exige analizar los mecanismos óptimos para la distribución de riesgos, tomando en cuenta que se trata de contratos de largo plazo que requieren inversiones en capital que, probablemente, podrán ser procurados por mecanismos financieros arbitrados por terceros. De ello resulta un grado importante de complejidad, lo que eleva las exigencias de certidumbre y estabilidad, todo lo cual aconseja que el marco jurídico de las APP sea establecido de manera clara, lo que resulta contrario a la teoría de las cláusulas exorbitantes que, como vimos, elevan la incertidumbre e ineficiencia en la contratación administrativa⁴⁵.

Con lo cual, las APP no deben contraponerse al contrato de concesión. En realidad, los derechos y obligaciones de la concesión administrativa pueden estar presentes en modalidades de APP, en especial, si el riesgo operacional es asumido por el contratista. Pero incluso en este evento, y a diferencia de las APP, la concesión no puede ser valorada como un mecanismo de privatización o gobernanza privada, sino de gobernanza mixta orientada a elevar la calidad en la gestión de las infraestructuras bajo la figura del Estado garante.

2. *La inadecuación del régimen jurídico del contrato administrativo de concesión al colapso de las infraestructuras públicas en Venezuela*

No existe, en el Derecho Administrativo venezolano, la figura de las APP. La gestión contractual de infraestructuras se somete solo a dos regímenes jurídicos, inspirados en la teoría del contrato administrativo: (i) el contrato de obra pública regulado en la *Ley de Contracciones Públicas*, en el cual la Administración asume la inversión financiera mediante el

⁴⁵ Sobre la potestad de rescisión unilateral, por ejemplo, véase el análisis de Perrino, Pablo, "La rescisión por razones de interés público de contratos de participación público-privada en el Derecho Argentino", en *Bases y retos de la contratación pública en el escenario global*, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2017, pp. 1.366 y ss. El autor cita a Aragone Rivoir, Ignacio, "Participación público-privada para el desarrollo de infraestructuras en Latinoamérica: modelos, pautas de utilización y desafíos", en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (REDETI)*, N° 25, Madrid, 2006, p. 11 y ss.

precio pagado al contratista, y (ii) el contrato de concesión, regulado en la *Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones*, en el cual el financiamiento proviene de la explotación comercial a cargo de la inversión privada, quien asume los riesgos. Ambos contratos, y a pesar de los cambios introducidos en la Ley de Contrataciones Públicas, pueden ser contratos administrativos, con lo cual (a) la Administración puede ejercer las cláusulas exorbitantes, lo que eleva los riesgos del contrato y (b) el contratista asume todos los riesgos.

Este régimen jurídico es incompatible con los fundamentos de las APP. En concreto, se aprecian tres incompatibilidades: (i) en cuanto al financiamiento, el Derecho Administrativo venezolano solo contempla dos modalidades, a saber, el financiamiento público o el financiamiento privado. Además, (ii) en cuanto a la gobernanza y gestión de riesgos, el Derecho venezolano solo reconoce modalidades de gobernanza privada regidos por el principio de riesgo y ventura. Finalmente, (iii) el contrato de obra y la concesión, en tanto contratos administrativos, resultan imperfectos pues elevan la incertidumbre y riesgo político.

Además, el régimen jurídico del contrato administrativa de concesión es incompatible con el colapso de las infraestructuras públicas en Venezuela, como resultado de la emergencia humanitaria compleja producida por las políticas públicas arbitrarias adoptadas desde 2002. Así, Venezuela atraviesa un colapso económico solo comparable con países que han sufrido guerras y otras crisis similares. Este colapso puede medirse en distintas magnitudes, entre las cuales sobresale la caída del producto interno bruto (PIB):

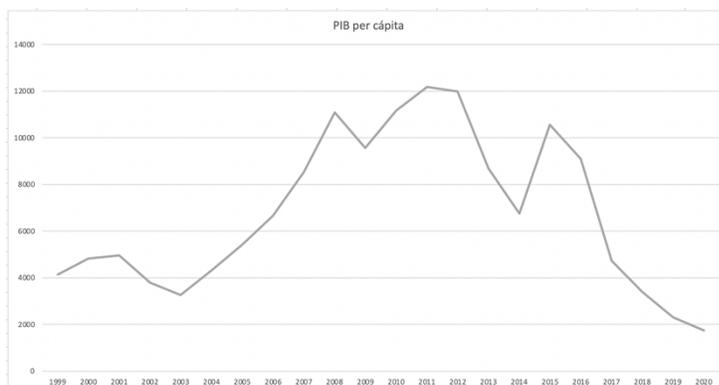


Gráfico N° 1
PIB per cápita en Venezuela, 1999-2020, en dólares de Estados Unidos (precios corrientes)
Fuente: Fondo Monetario Internacional

Empleando cifras del Fondo Monetario Internacional, el PIB de Venezuela, en dólares (precios corrientes) estimado en 2020 implicaría una caída de cerca del 51% del PIB para 1999, cuando Hugo Chávez fue electo presidente, y una pérdida de cerca del 81% respecto del PIB de 2013, cuando Nicolás Maduro fue electo presidente. Como ha señalado Ricardo Hausmann, esta caída es muy superior a la Gran Depresión en Estados Unidos y a la Guerra Civil en España⁴⁶

Este colapso no fue causado por desastres naturales ni guerras civiles. En realidad, este colapso fue ocasionado por las políticas autoritario-populistas impuestas, en especial, desde 2003, y luego continuadas por Nicolás Maduro desde 2013. En relación las infraestructuras, es preciso mencionar varias políticas y sus efectos adversos⁴⁷:

.- Así, y en *primer* lugar, se adoptaron medidas ilegítimas con efecto expropiatorio, las cuales destruyeron los derechos económicos de los

⁴⁶ Las cifras se toman de: <https://www.imf.org/en/Publications/SPROLLS/world-economic-outlook-databases>. El PIB de 1999 se calcula en 97.517 millones de dólares y el de 2013 en 258.993 millones. La estimación del PIB para 2020 es de 48.610 millones. Las cifras se emplean solo a efectos referenciales, para dar una idea de la magnitud de la caída. Véase en general a Hausmann, Ricardo, "El colapso de Venezuela no tiene precedentes", *Prodavinci*, 31 de julio de 2017, tomado de: <https://historico.prodavinci.com/2017/07/31/actualidad/el-colapso-de-venezuela-no-tiene-precedentes-por-ricardo-hausmann/>

⁴⁷ Hernández G., José Ignacio, *Controles de precio y de cambio. Auge y colapso institucional*, cit.

inversionistas privados. A estos efectos, y como explicamos en la sección anterior, el régimen jurídico del contrato administrativo facilitó la implementación de estas medidas expropiatorias, como sucedió en especial en el sector de hidrocarburos y, en general, en contratos públicos que fueron unilateralmente terminados por la Administración. Estas terminaciones unilaterales, adoptadas de manera arbitraria, en muchos casos dieron lugar a procesos de arbitraje internacional de inversiones, lo que se tradujo en condenas en contra del Estado venezolano⁴⁸.

.- En *segundo* lugar, y en conexión con lo anterior, la gestión de las infraestructuras fue asumida por las Administraciones Públicas, reduciéndose dramáticamente el rol de la inversión privada⁴⁹. A tales efectos, y además de fortalecer la gestión pública, se promovió un proceso de centralización, afectándose sensiblemente las competencias en materia de infraestructuras que habían sido descentralizadas a estados y municipios⁵⁰. Como resultado de ello, el Poder Nacional centralizó, por medio de sus Administraciones Públicas, la gestión de las infraestructuras.

.- En *tercer* lugar, el precio de las infraestructuras se sometió a técnicas de control que, por efecto de la inflación, derivó en un sistema de precios claramente insuficiente para asumir los gastos de capital y operativos necesarios para el adecuado mantenimiento de las infraestructuras. Incluso en ciertas áreas -peajes- tal precio fue suprimido. La fijación de precios claramente insuficientes, e incluso, la promoción del acceso gratuito a las infraestructuras implicó que su mantenimiento dependiese exclusivamente de inversiones públicas, lo que a su vez era dependiente del espacio fiscal. En ese sentido, el *boom* del ingreso petrolero y el sobreendeudamiento, especialmente a partir de 2006, llevaron a un ambicioso programa de expansión de infraestructuras (viales y ferroviarios, por ejemplo). El desmantelamiento del Estado de Derecho, sin embargo, derivó en malas prácticas administrativas y una

⁴⁸ Hernández G., José Ignacio, "Balance y perspectivas del Arbitraje Internacional de Inversiones", en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 10, Caracas, 2017, pp. 69 y ss.

⁴⁹ Hernández G., José Ignacio, "La regulación económica de actividades de interés general y la vuelta a modelos estatistas", en *Modernizando el Estado para un país mejor. IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Lima, 2010, pp. 143 y ss.

⁵⁰ Rachadell, Manuel, *Evolución del Estado venezolano 1958-2015. De la conciliación al populismo autoritario*, Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA, Caracas, 2015, pp. 20 y ss.

creciente corrupción. Muchas de las infraestructuras cuya construcción se inició nunca culminaron⁵¹.

.- Por último, y cuarto lugar, el sobreendeudamiento y la caída del ingreso petrolero como resultado de la destrucción de la industria, redujeron dramáticamente el espacio fiscal, lo que llevó a una caída de las inversiones públicas en las infraestructuras. El mejor rostro de ello es el colapso de inversiones públicas en el sector eléctrico, que comenzó a manifestarse en interrupciones al suministro eléctrico⁵². En marzo de 2019 este colapso llevó a la interrupción del suministro eléctrico en todo el país⁵³.

Una forma de medir el colapso de las infraestructuras es a través de la capacidad estatal. Así, como se explicó, las infraestructuras fueron nacionalizadas y centralizadas, con lo cual su gestión fue asumida por las Administraciones del Poder Nacional. Las políticas arbitrarias, junto con la corrupción, han mermado notablemente la capacidad del Poder Nacional para cumplir con sus cometidos, en especial, en lo que respecta a la gestión de las infraestructuras, al punto que hoy Venezuela puede ser calificada como un Estado frágil⁵⁴.

Así, en el índice de fragilidad⁵⁵ puede apreciarse cómo, desde 2013, la fragilidad estatal aumentó dramáticamente, esto es, que la capacidad del Estado de cumplir con sus cometidos -incluyendo la gestión de las infraestructuras- se redujo dramáticamente:

⁵¹ Por ejemplo, véase, de Transparencia Venezuela, los reportes sobre obras inconclusas: <https://transparencia.org.ve/el-gobierno-debe-reasignar-las-obras-de-odebrecht-mediante-procesos-publicos-de-contrataciones/>

⁵² Hernández G., José Ignacio, “La regulación eléctrica en Venezuela: de la liberalización a la nacionalización”, en *Direito das Infraestruturas – Um Estudo dos Distintos*, Mercados Regulados, Lumen, Sau Pablo, 2011.

⁵³ Véase la crónica de ello en Newman, William, *Things Are Never So Bad That They Can't Get Worse: Inside the Collapse of Venezuela*, St. Martin's Press, Nueva York, 2022, pp. 7 y ss.

⁵⁴ Hernández G., José Ignacio, “El derecho de acceso a los servicios públicos, el Estado fallido y la responsabilidad de la administración. El caso de la emergencia humanitaria compleja en Venezuela”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo* N° 16, Caracas, 2018, pp. 501 y ss.

⁵⁵ *Fragile state index. Annual report 2020*, Fund For Peace, Washington D.C., 2020, p. 7.

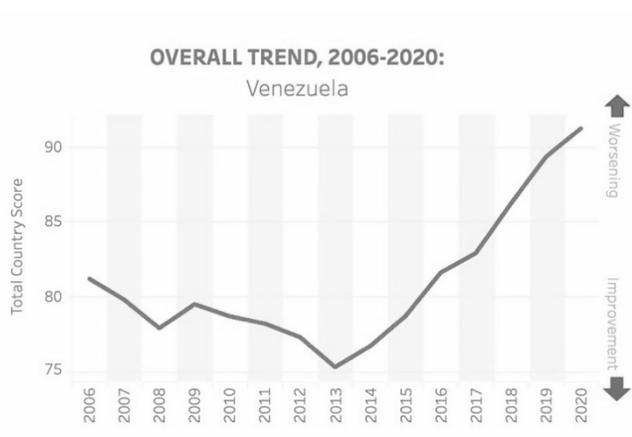


Gráfico N° 2
Fragilidad estatal de Venezuela 2006-2020
Fuente: Fund for Peace

Dentro de las políticas necesarias para superar la emergencia compleja en Venezuela y promover el crecimiento económico estable e inclusivo, como ha observado el Banco Interamericano de Desarrollo⁵⁶, está la recuperación de las infraestructuras. Así, el impacto del colapso del Estado venezolano sobre el sector económico privado ha quedado muy bien reflejado en el estudio del Banco Interamericano de Desarrollo sobre las condiciones actuales de la empresa privada, tomando en cuenta los resultados de dos encuestas implementadas entre 2019 y 2020, a saber, *Enterprise Survey* y *World Management Survey*. De acuerdo con José Luis Saboín, los principales obstáculos percibidos por las empresas en Venezuela se relacionan con inestabilidad macroeconómica, inestabilidad política y fallas de suministro eléctrico, que son síntomas del colapso del Estado⁵⁷.

Debido al colapso financiero del Estado, las inversiones en gastos de capital que requieren las infraestructuras deben provenir del sector privado, dejando a salvo los mecanismos de financiamiento de organismos multilaterales (y que, en todo caso, también requerirán la cooperación de la inversión privado). No obstante, el rol de la inversión privada no puede ser el de la privatización. Así, la privatización supone que existen actividades económicas en marcha que pueden ser

⁵⁶ Abuelafia, Emmanuel y Saboín, José Luis, *Una mirada a futuro para Venezuela*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2020, p. 1.

⁵⁷ Saboín, José Luis, *The Venezuelan Enterprise. Current situation, challenges and opportunities*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2021, p. 32.

transferidas al sector privado. De allí que la concesión, como se explicó en la sección anterior, solo aplica para infraestructuras que puedan ser gestionadas con cierto grado de autonomía económica. Pero en Venezuela las infraestructuras no son empleadas para gestionar actividades en marcha, visto su colapso. De ello resulta que no se trata de bienes “privatizables”. Además, mientras que la privatización sustituye al Estado en retirada, el rol de la inversión privada en Venezuela es suplir al Estado en colapso⁵⁸.

El adecuado diagnóstico del colapso de las infraestructuras en Venezuela facilita comprender por qué el régimen jurídico del contrato administrativo de concesión es inadecuado para promover la recuperación económica a través del rescate de esas infraestructuras. A modo de recapitulación, podemos resumir las siguientes causas que determinan esa incompatibilidad:

- La *primera* causa que determina la incompatibilidad del régimen jurídico del contrato administrativo de concesión, es que éste se basa en la gobernanza privada por medio de la privatización de infraestructuras que puedan ser gestionadas con cierto grado de autonomía financiera. Como explicamos, el colapso de las infraestructuras públicas hace que éstas no puedan ser gestionadas por técnicas de privatización. De nuevo, no se trata de sustituir la gobernanza pública de infraestructuras por mecanismos de gobernanza privada, sino de atender las tareas que el colapsado Estado no puede cumplir.

- En relación con lo anterior, y en *segundo* lugar, tampoco el contrato de obra es una opción, pues el colapso estatal impide a las Administraciones Públicas asumir las inversiones de capital necesarias para rescatar las infraestructuras públicas.

- El régimen jurídico de la concesión administrativa es incompatible con las exigencias de la recuperación económica en Venezuela, en *tercer* lugar, debido a la inseguridad jurídica que deriva de las instituciones autoritarias del contrato administrativo, en especial, las cláusulas exorbitantes como poderes implícitos y la teoría de la relación de sujeción especial. La recuperación de las infraestructuras pasa por restablecer los derechos económicos que fueron destruidos, y ello exige erradicar las instituciones del contrato administrativo, que desconocen esos derechos económicos. Para ello, en realidad, basta con respetar las

⁵⁸ Seguimos lo expuesto en Hernández G., José Ignacio, *Controles de precio y de cambio. Auge y colapso institucional*, cit.

reformas introducidas por la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley de Contrataciones Públicas, y que han sido ignoradas por un sector de la doctrina y jurisprudencia.

- La *cuarta* y última razón que determina la incompatibilidad del régimen jurídico del contrato administrativo, es que éste se basa en mecanismos de gobernanza privada, y no reconoce que la gestión de las infraestructuras puede procurarse más efectivamente por medio de mecanismos de colaboración con la iniciativa privada, que derive en mecanismos mixtos de gobernanza inspirados en los estándares de la buena administración. Además, el régimen jurídico de la concesión se basa en la asignación de los riesgos al inversionista privado, cuando lo cierto es que la gobernanza mixta pasa por analizar, en cada caso, cómo podrán repartirse los riesgos.

3. La necesaria reforma legislativa para introducir las figuras de las APP en el Derecho Administrativo venezolano, erradicando la figura del contrato administrativo

De acuerdo con lo expuesto en el punto anterior, el colapso de las infraestructuras en Venezuela requiere implementar mecanismos contractuales guiados por estos principios: *(i)* el objetivo último es recuperar la calidad en la gestión de las infraestructuras, incluyendo la garantía del suministro eléctrico, como respuesta al colapso estatal; *(ii)* las Administraciones Públicas, de acuerdo con la figura del Estado garante, deben asumir la garantía de gestión efectiva de las infraestructuras; *(iii)* las limitaciones de espacio fiscal obligan a procurar mecanismos alternativos de financiamiento privado, eventualmente, mediante instrumentos de deuda pública; *(iv)* el colapso estatal debe complementarse con la capacidad de la inversión privada, mediante mecanismos mixtos de gobernanza, y *(v)* el régimen jurídico de la inversión privada debe garantizar los derechos económicos mediante reglas claras.

Ni el contrato de obra ni la concesión cumplen con estas cinco exigencias, con lo cual, es necesario reformar el Derecho Administrativo. Estas reformas deben inspirarse en las APP, precisamente, en tanto ellas facilitan la implementación de mecanismos mixtos de gobernanza orientados a desempeño, que partan de una distribución racional de riesgos. Con estos objetivos en mente, y tomando en cuenta las

propuestas del Banco Mundial⁵⁹, entre 2018 y 2019 propusimos una reforma legislativa orientada a incorporar la figura de las APP en el Derecho Administrativo venezolano, específicamente para facilitar la recuperación de las infraestructuras y con ello, atender a una de las limitaciones más vinculantes al crecimiento económico.

Esta propuesta debería incluirse en una Ley llamada adoptar integralmente las reformas regulatorias más necesarias para apalancar las políticas de recuperación económica, todo lo cual deja a salvo la revisión integral del marco de contrataciones públicas en Venezuela. Como esa revisión es parte de un proyecto más ambicioso de reconstrucción del Derecho Administrativo venezolano, el objetivo fue adoptar solo las reformas legislativas indispensables para la recuperación económica y la superación de la emergencia humanitaria compleja, todo lo cual quedó recogido en un proyecto de Ley -la *Ley Ómnibus*- que reunía sistemáticamente todas esas reformas. A continuación, resumimos los aspectos centrales de esta propuesta.

Así, en este proyecto, las APP son instrumentos para la recuperación económica y la atención de la emergencia humanitaria compleja, considerando de manera especial las fallas de capacidad estatal que impiden a las Administraciones Públicas cumplir con los deberes del Estado garante, para la promoción del bien común bajo los estándares de la buena administración. A tales efectos, el proyecto de Ley contempló un régimen contractual de especial aplicación frente a los regímenes jurídicos de la concesión y el contrato de obra.

Dentro de las modalidades contractuales previstas, se contempló los acuerdos de gestión, mantenimiento y operación, incluyendo contratos basados en desempeño, respecto de aquellos bienes que no puedan ser gestionados bajo condiciones económicas autónomas, así como contratos de concesión, de construcción-operación-traspaso (BOT), de diseño-operación-construcción (DBO), y demás modalidades de estos contratos, incluyendo el contrato de arrendamiento, respecto de aquellos bienes que puedan ser gestionados bajo condiciones económicas autónomas.

Tomando en cuenta el nivel de endeudamiento público y la necesidad de adoptar mecanismos innovadores de renegociación de la deuda pública, también se incluyeron mecanismos contractuales para el canje

⁵⁹ Véase: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/overview/ppp-objectives>

de deuda por activos, pero condicionando ello a las inversiones necesarias para la puesta en operación de estos activos, incluyendo eventualmente infraestructuras.

Así, el proyecto de Ley dispone que los contratos de mantenimiento, gestión y operación de infraestructuras se orientarán a promover la gestión eficiente de aquellas empresas y activos del Estado cuya situación patrimonial no permita, de manera inmediata, su enajenación al sector privado o su gestión mediante concesión, especialmente, en los sectores de electricidad, agua y saneamiento, transporte público y aseo urbano. Podrán incluirse, dentro de esta modalidad, los acuerdos público-privados basados en el pago de subsidios directos al contratista privados basado en la medición objetiva del desempeño en la gestión de la actividad que se le confía.

En cuanto al régimen jurídico, el proyecto realzó la importancia de implementar procedimientos de selección de contratistas regidos por los principios de igualdad, publicidad, transparencia y simplificación, en especial, mediante el uso de tecnologías de la información y de la comunicación (TICs).

Asimismo, el proyecto previó la necesidad de incorporar en los acuerdos público-privados cláusulas de estabilidad jurídica, con el propósito de asegurar a la inversión la estabilidad de las condiciones económico-financieras esenciales del contrato durante su tiempo de vigencia, siempre salvaguardando el derecho a regular del Estado. Una condición esencial para ello es desaplicar el régimen del contrato administrativo. De esa manera, las APP se definen como contratos públicos, sometidos a las Leyes de Derecho Administrativo, pero también al Derecho Civil, en especial, por lo que respecta al principio de acuerdo con el cual el contrato es Ley entre las partes. Con ello, de manera expresa, se eliminó la arbitraria figura de las cláusulas exorbitantes, y la autoritaria tesis según la cual el contratista privado mantiene una relación de sujeción especial con la Administración. Tales figuras fueron eliminadas en tanto ellas elevan irracionalmente los riesgos políticos, cuando un objetivo central para la recuperación económica en Venezuela es procurar estabilidad en un entorno de por sí dinámico e inestable.

Finalmente, la reforma legislativa de las APP refuerza la figura del arbitraje como mecanismo para solucionar controversias, no solo en relación con inversionistas extranjeros sino también en relación con

inversionistas nacionales. Ya explicamos que una condición para promover la recuperación económica en Venezuela es restablecer los derechos económicos, lo que además contribuye a reducir el riesgo político en las APP. A estos efectos es necesario introducir mecanismos de solución de controversias que faciliten garantizar el cumplimiento de contratos. Ante la destrucción del Poder Judicial, el arbitraje luce como una alternativa apropiada para reducir los riesgos asociados al cumplimiento de los contratos.

CONCLUSIONES

Desde la década de los cuarenta del siglo XX, el Derecho Administrativo venezolano incorporó la figura del contrato administrativo, en especial, para la gestión privada de infraestructuras a través del contrato de obra y la concesión administrativa. Como consecuencia de ello, el régimen jurídico de la gestión privada de infraestructura se basa en mecanismos privados de gobernanza en los cuales se eleva el riesgo político, ante las figuras autoritarias del contrato administrativo, como en especial sucede con las cláusulas exorbitantes. La figura del contrato administrativo se ha mantenido en la práctica, a pesar de que fue eliminada en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley de Contrataciones Públicas. Este marco jurídico resulta inadecuado para promover la recuperación de las infraestructuras en Venezuela, tomando en cuenta su colapso económico y social.

Tal inadecuación puede resumirse en cuatro puntos: (i) el contrato de concesión aplica a infraestructuras que puedan ser gestionadas con autonomía financiera, y de allí que se trate de una modalidad de privatización, siendo que el colapso estatal impide que muchas de las infraestructuras puedan ser privatizadas. De esa manera, la finalidad no es sustituir al Estado en retirada sino suplir al frágil Estado. Además, (ii) el contrato de obra requiere de espacio fiscal para financiar las inversiones públicas, siendo que el colapso estatal ha reducido notablemente ese espacio. Asimismo, (iii) el régimen del contrato administrativo -que aplica, en la práctica, a la concesión y al contrato de obra- eleva el riesgo político y la inseguridad jurídica, mientras que el colapso venezolano precisa reducir el riesgo político y fortalecer la

seguridad jurídica. Finalmente, *(iv)* tanto la concesión como el contrato de obra se basan en el principio de riesgo y ventura, mientras que la promoción de la inversión privada en infraestructuras requiere ponderar esquemas de distribución del riesgo, especialmente, ante la participación de varios operadores, tomando en cuenta las especiales exigencias del proyecto financiero de las infraestructuras.

En tal sentido, debe recordarse que las APP no son un contrato nominado, sino más bien, una macro categoría contractual basada por tres principios cardinales: *(i)* la adopción de mecanismos híbridos de gobernanza basados en los estándares de la buena administración; *(ii)* la distribución de riesgos entre la Administración y el contratista privado, y *(iii)* la adopción un marco contractual que disminuya los costos de transacción mediante la protección de los derechos económicos del inversionista.

A estos efectos, es necesario reformar el marco legal de los contratos de obra y de concesión, a fin de introducir modalidades abiertas de APP que sigan estos tres principios. A estos fines, la reforma legislativa, expresamente, debe erradicar la autoritaria figura del contrato administrativo y las cláusulas exorbitantes, ratificando que la Administración solo podrá ejercer los derechos previstos en la Ley y en el contrato, cuyo fundamento último será la promoción del bien común a través de la garantía de gestión eficiente de infraestructuras basado en la centralidad de la persona y, en concreto, el derecho de acceso a las infraestructuras.

Boston, marzo de 2022