

COLOQUIO VENEZOLANO-MEXICANO SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Ponentes:

*Luis Fraga Pittaluga, Luis Ortiz-Álvarez,
Gonzalo Armienta Hernández, María Guadalupe Fernández Ruiza*

Moderador:

Juan Domingo Alfonzo Paradisi, Luis Gerardo Rodríguez Lozano

Fecha: 16 de julio de 2021

Moderador. Juan Domingo Alfonzo Paradisi. Muy buenos días a todos. Bienvenidos a este Coloquio Venezolano-Mexicano sobre Contratos Administrativos. Esto es una experiencia muy importante y agradable, tanto para la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, el tener esta conversación, como para los profesores mexicanos, representantes de las distintas universidades que vamos a señalar de seguida cuando los presentemos a cada uno de ellos. En nombre del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, conjuntamente con los profesores mexicanos con los cuales he trabajado, les doy la más cordial bienvenida.

Nos ha parecido un tema muy relevante el tratar sobre distintos aspectos en cuanto a los contratos administrativos desde la perspectiva venezolana y desde la perspectiva mexicana, con sus distintas particularidades. Como saben, en la mañana de hoy tenemos cuatro excelentes panelistas, profesores de derecho administrativo, y les damos las gracias, a cada uno de ellos, por haber aceptado nuestra invitación, algunos de los cuales están por vez primera con nosotros. De igual manera estará con nosotros alguien que ha sido un motor y partícipe de esto, en virtud del «puente» o referencia que nos hiciera la profesora Alicia Monagas, me refiero al profesor Luis Gerardo Rodríguez Lozano.

El profesor Luis Gerardo Rodríguez Lozano es profesor en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad de Nuevo León, México, ubicada en la ciudad de Monterrey; también es licenciado en derecho en la Facultad de Derecho de dicha universidad, y es doctor en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); asimismo, obtuvo el grado de maestría en derecho por la UNAM con un trabajo relativo al silencio

administrativo y derechos humanos, y obtuvo su doctorado con un trabajo sobre el servicio público de radio y televisión.

Como decía, junto con AVEDA y el Consejo Directivo, al cual todos les damos la bienvenida, el profesor Luis Gerardo Rodríguez Lozano ha trabajado junto con nosotros para llevar a cabo este importantísimo encuentro mexicano-venezolano para este coloquio de sobre Contratos Administrativos, es un intento que está haciendo AVEDA, y que luego tendremos otros encuentros, también con otros profesores mexicanos, en fechas venideras y en el futuro, y es parte del esfuerzo de internacionalización en el que se encuentra AVEDA.

Les comentaba que tenemos cuatro relevantes ponentes, el primero de ellos es el profesor Luis Fraga Pittaluga quien es abogado y miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, el cual presentaré posteriormente; el profesor Luis Ortiz Álvarez quien es abogado y ha sido profesor de derecho administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) y en la Universidad Central de Venezuela (UCV); la profesora mexicana, abogada María Guadalupe Fernández Ruíz, quien tratará el tema de la adjudicación directa en la Administración Pública Federal mexicana, por supuesto también es abogado y es jefa del postgrado de derecho de la UNAM, posteriormente será presentada por el profesor Gerardo Rodríguez Lozano en su oportunidad; y el profesor Gonzalo Armienta Hernández que tratará el tema sobre la corrupción en la contratación pública, el profesor Gonzalo Armienta Hernández es doctor en derecho por la UNAM, y es coordinador de la unidad de postgrado en derecho de la Universidad de Sinaloa.

Como ven, tenemos un panel excelente sobre cuatro distintos aspectos o perspectivas en cuanto al tema de los contratos administrativos.

Le damos la bienvenida a nuestro primer ponente, el profesor Luis Fraga Pittaluga, Quien es abogado egresado de la UCAB en 1987. Es especialista en derecho administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello. Es miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. El profesor Luis Fraga Pittaluga va a hacer su ponencia sobre la noción del contrato administrativo y los distintos problemas que se han presentado que han sido objeto de la legislación y la jurisprudencia venezolana, en cuanto a la conceptualización y noción de los contratos administrativos. En algunos de los trabajos citados por el profesor Fraga, quien además tiene una importante obra escrita y tiene distintos trabajos entre estos últimos, tiene un prólogo interesante a un trabajo del profesor Allan Brewer-Carías, precisamente, sobre este tema de la noción de los contratos administrativos, los servicios públicos, el orden público. Esto ha sido un tema no solamente polémico e interesante, sino hasta desesperante (en ocasiones), esto es: el tema de la noción del contrato administrativo y su conceptualización.

Pero señalaba que ha habido distintos problemas, por lo menos en Venezuela, en cuanto a la conceptualización de los contratos administrativos, su extensión o ampliación a distintas instituciones, lo cual ha causado problemas que el profesor Fraga intentará explicar. Luis, bienvenido a esta nueva actividad de AVEDA, puedes hacer uso de los micrófonos.

Luis Fraga Pittaluga: Noción de contratos administrativos. Contratos administrativos e interés público

Muy buenos días. Muy agradecido con AVEDA por la invitación a participar en este foro al lado de destacados profesores mexicanos, también destaca mi amigo y administrativista, Luis Ortiz Álvarez; un agradecimiento muy especial al profesor Juan Domingo Alfonso Paradisi por el extraordinario trabajo que está haciendo al frente de AVEDA.

La noción de contrato administrativo ha sido muy controvertida, e incluso ha sido puesta en duda su existencia real y su interés práctico. Podemos convenir en que se trata de una construcción conjunta de la doctrina clásica del derecho administrativo y de la jurisprudencia francesa que no ha estado exenta de aspectos muy discutibles desde la perspectiva de la Teoría General de los Contratos. Para algunos es una noción completamente artificial y para otros una noción que ha perdido todo interés.

León Duguit sostenía la tesis de que no hay diferencia de fondo alguna entre el contrato administrativo y el contrato civil porque en sus elementos intrínsecos el contrato tiene siempre las mismas características y los mismos efectos, y entonces a partir de esta visión no existiría el contrato administrativo como una categoría autónoma porque la única diferencia entre ambas figuras sería de naturaleza adjetiva, y apuntaría a determinar cuál es el juez competente para juzgar los conflictos derivados de estos contratos.

Una postura contraria, seguida por la mayoría de los autores, fue la que sostuvo Gaston Jèze, para quien existía una diferencia de fondo entre los contratos de derecho civil y los contratos administrativos. Él entendía que, en algunos casos, la Administración requería acudir a la técnica contractual para obtener la colaboración de los particulares en la gestión de ciertos cometidos públicos, pero el interés colectivo encontrado no permitía que estas vinculaciones contractuales fueran sometidas a las mismas reglas del derecho civil porque pudiera comprometerse la satisfacción de los intereses superiores y generales involucrados en la respectiva actividad.

La doctrina francesa ha sostenido siempre que, mientras los contratos entre los particulares implican intereses de igual valor, los contratos entre una persona pública y un particular suponen intereses que no son equivalentes porque el interés general debe primar sobre los intereses particulares.

No hay duda que la noción de «contrato administrativo» es uno de los conceptos fundamentales de nuestra disciplina, pero es muy importante mantenerla dentro del ámbito para el cual fue concebida originalmente porque no hacerlo engendra el peligro que representa la invasión de lo público, y por ende del poder, en todo aquello que debe mantenerse en el plano de lo privado. Esta es la llamada *publicatio*, un concepto que nuestra doctrina, encabezada por mi maestro Allan Brewer-Carías, ha desarrollado en profundidad, para describir el superlativo desacierto que supone volver público lo que debe estar en manos de los particulares. Entonces conviene volver un poco sobre los orígenes de esta noción para entender cuál es su verdadero campo de aplicación.

La doctrina coincide en que la sentencia dictada el 6 de febrero de 1903 por el Consejo de Estado francés en el asunto *Terrier*, es el origen remoto de esta noción, más por el contenido y las conclusiones del comisario de gobierno, Romieu, que por la decisión en sí misma, cuya motivación es verdaderamente exigua. La sentencia de este caso consideró competente al Consejo de Estado francés para conocer una disputa originada en un contrato entre un particular y el Departamento de *Saône-et-Loire*. Allí el Consejo de Estado no justificó su decisión de asumir el conocimiento del asunto, pero subyace la idea de que el contrato celebrado no era una convención ordinaria cuyo juzgamiento competía al juez civil, sino un contrato que tenía por objeto una prestación que interesaba a la colectividad, que en el caso concreto era la erradicación de unos animales dañinos.

Las conclusiones del comisario Romieu fueron realmente novedosas porque sembraron el germen que daría lugar a la teoría general de los contratos administrativos. Él dijo que se trate de intereses nacionales o de intereses locales, a partir del momento en que se está en presencia de necesidades colectivas que las personas públicas tienen que satisfacer, la gestión de esos intereses no podía considerarse como necesariamente gobernada por los principios del derecho civil.

A partir de ese momento se entiende que cuando se está en presencia de necesidades colectivas que por su importancia y magnitud las personas públicas deben satisfacer la gestión de las mismas, no necesariamente está gobernada por los principios del derecho privado sino principalmente por los del derecho administrativo. Entonces por argumento *a contrario sensu*, cuando no estamos en presencia de la satisfacción directa o indirecta de necesidades colectivas sino frente a la gestión de otros cometidos que llevan a cabo las personas públicas, esta gestión no está necesariamente gobernada por los principios y normas del derecho administrativo sino principalmente por los del derecho común.

Esta distinción que pareciera en principio muy nítida, se desdibuja en los Estados autoritarios y no democráticos, donde se arremete

constantemente contra la iniciativa privada para apoderarse de todo sin freno con el perenne objetivo de cimentar e incrementar el ejercicio del poder, y en ocasiones, el ejercicio abusivo del poder.

Paradójicamente, un primer dato sobre la separación entre aquellas actividades que deben quedar en manos de la Administración, de aquellas que en cambio son propias de los particulares, lo ofrece el hecho de que la Administración misma haya renunciado al ejercicio de su poder de actuación unilateral y haya escogido, en cambio, la técnica contractual como forma de gestión; entonces, en este caso, la aplicación del derecho administrativo no puede ser la regla sino naturalmente la excepción.

La noción de contrato administrativo, como muchos sabemos, fue construida por la doctrina y la jurisprudencia sobre la base de dos criterios acumulativos, cuyo objetivo fundamental era determinar cuál era el juez competente para juzgar las disputas surgidas como consecuencia de la ejecución del contrato. Los dos criterios fueron el criterio orgánico y el criterio material.

Según el criterio orgánico, el contrato será administrativo si uno de los contratantes es una persona pública o de derecho público, como señaló el Tribunal de Conflictos francés en su decisión del 3 de marzo de 1969 en el asunto *Société Interlait*; sin la presencia de la persona pública, el contrato no puede ser administrativo. Hoy en día, y dentro de una tendencia jurisprudencial que avanza hacia la reducción del radio de acción de los contratos administrativos y la racionalización de las hipótesis en que esta calificación es posible, el juez administrativo en Francia, y según se sigue de una decisión del Tribunal de conflictos del 21 de marzo de 1983, ha admitido abiertamente que, incluso en el caso de un contrato celebrado entre dos personas públicas, el mismo no puede ser calificado necesariamente como administrativo cuando de su objeto derivan relaciones que son propias del derecho privado.

En cuanto al criterio material, que debe sumarse al anterior, éste se basa en dos criterios alternativos: o el contrato tiene por objeto la ejecución misma de un cometido público o de un servicio público, que son los criterios de las famosas decisiones del 4 de marzo de 1910 en el asunto *Thérond*, y del 20 de abril de 1956 en el famoso caso *Époux Bertin*; o el contrato es exorbitante del Derecho Común porque posee cláusulas de esta naturaleza según las decisiones del Consejo de Estado el 31 de julio de 1912 (asunto *Société des granits porphyroïdes des Vosges*) y del 26 de febrero de 1965, en esta última se habla ya de un concepto bastante anfibológico que es que el contrato se desenvuelve en un ambiente de derecho público.

En cuanto al primer criterio, hoy en día la solución ha sido atender no a la actividad cumplida por el co-contratante en el servicio público,

sino a la naturaleza de dicho servicio a partir de la distinción entre servicios administrativos y servicios industriales o comerciales. En el primer caso (el de los servicios administrativos), el contrato o, mejor dicho, independientemente de la actividad cumplida por el particular, el contrato será administrativo; mientras que en el segundo supuesto el contrato será de derecho privado, es decir, en el supuesto en que son contratos celebrados con servicios industriales o comerciales. Esto pone de manifiesto que ni aún en presencia de un concepto de tanta prosapia en el derecho administrativo, como lo es sin duda el de servicio público, que es un concepto fundacional en el derecho administrativo, la calificación de un contrato como administrativo es algo evidente y que está exento de cualquier clase de discusión.

El otro elemento utilizado para la calificación de los contratos como administrativos es bastante más difícil de aprehender, tanto las llamadas «cláusulas exorbitantes del derecho común» como el denominado «ambiente de derecho público», son nociones imprecisas que dejan mucho espacio a la interpretación. Este criterio es de tal modo anfibológico, que la propia jurisprudencia francesa, en decisiones del Consejo de Estado del 13 octubre 1961 y del Tribunal de Conflictos del 17 de diciembre de 1962, ha entendido que un contrato celebrado por un servicio industrial o comercial, aun conteniendo cláusulas exorbitantes del derecho común, se rige por el derecho privado. El llamado «ambiente de derecho público» como dije antes, es todavía más difícil de entender porque se trata de una noción verdaderamente subjetiva, de una noción vaga, la única forma de objetivarla de alguna manera, es asumiendo que en aquellas actividades prestacionales que son inherentes al Estado, las fórmulas contractuales que permitan la colaboración de los particulares deben desenvolverse en un régimen distinto del derecho común.

Entonces, la identificación de aquellos contratos que son realmente administrativos es compleja, y no siempre se basa en un juicio objetivo sino en conceptos abstractos, ambiguos, y que además mutan de significado según la época y el ordenamiento jurídico del que se trate.

En Venezuela, los contratos administrativos también tuvieron su génesis en la jurisprudencia, es una noción de origen pretoriano como lo fue en Francia. Una famosa decisión de la Corte Federal del 12 de noviembre de 1954, expresó que era un hecho cierto y admitido por la jurisprudencia y la doctrina, la existencia de negocios contractuales entre los particulares y la Administración Pública regidos por el derecho público. Dijo la Corte Federal que, en tales contrataciones, un motivo determinante es el interés público que con esas prestaciones se persigue satisfacer, de modo que un contrato que tiene por objeto una prestación de interés público es un contrato administrativo.

Otra icónica decisión que todos conocemos, esta vez de la Corte Suprema de Justicia del 14 de junio de 1983 en el famoso caso Acción Comercial, bajo la legendaria pluma del magistrado Luis Henrique Farías Mata, desarrolló con mayor profundidad la teoría general de los contratos administrativos sobre la base de la noción de servicio público y de la sustracción de estos contratos especiales de las reglas del derecho civil para someterlos a un régimen peculiar y distinto, preponderantemente de derecho público, a través de la inclusión de las, ya comentadas cláusulas exorbitantes del derecho común, que confieren poderes extraordinarios a la Administración en la interpretación y ejecución del contrato.

Luego la teoría general de los contratos administrativos fue consolidada en sus perfiles fundamentales en otra decisión del mismo tribunal y del mismo magistrado, que es la sentencia del 1° de abril de 1986 en el famoso caso Hotel Isla de Coche, que viene siendo reiterada, al menos, hasta la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, la número 00238, del 2 de marzo de 2016 en el caso Consorcio Tepuy.

Lo que es importante señalar aquí es que la noción de contrato administrativo no actúa como la piedra filosofal de los alquimistas para transmutar lo que es naturalmente privado, en un cometido público. Pero además, la naturaleza del contrato administrativo se determina, como lo ha explicado la doctrina nacional encabezada por mi querido maestro Allan Brewer-Carías, y también por profesores como José Araujo Juárez, Rafael Badell Madrid y Henrique Iribarren Monteverde, y lo ha dicho con acierto también la jurisprudencia francesa en decisión del Tribunal de Conflictos el 16 de octubre de 2006, esa naturaleza del contrato administrativo se determina por elementos que están presentes en el mismo momento de su celebración y no por elementos que son creados artificialmente *a posteriori*. Y por esa razón es que la *publicatio*, a la que antes me referí, de sectores cuya explotación es propia del derecho privado, a través del uso expansivo de la noción del contrato administrativo, va en contra de las modernas tendencias que admiten y estimulan la participación intensa del sector privado en sectores que antes solamente asumía el Estado.

Si a esta noción hipertrofiada de contrato administrativo se agrega el adjetivo estratégico, el asunto entonces adquiere ribetes alarmantes, verdaderamente, porque al amparo de esta conveniente etiqueta que evoca hermetismo y opacidad, la autoridad contratante va a quedar investida de un poder omnímodo y se hace inmune a todo control previo y posterior sobre la causa y el objeto del contrato, y sobre la adjudicación y ejecución del mismo.

En Venezuela ya se han usado las nociones de «contrato administrativo» y «contrato administrativo estratégico» para justificar la confiscación de la propiedad privada, como ocurrió en el en el famoso caso de las

empresas que prestaban servicios a la industria petrolera en Venezuela, concretamente en el lago de Maracaibo, y que habían operado hasta ese momento a través de contratos de derecho privado de la Administración y no mediante contratos administrativos. Este es un ejemplo paradigmático de atropellos que la hipertrofia de la noción de contrato administrativo puede avalar, y a ello ha dedicado una magnífica obra el profesor Brewer-Carías, donde se analiza cómo varias de las nociones que podríamos calificar como fundamentales del derecho público en general, y del derecho administrativo en particular, fueron manipuladas legislativamente para evadir la Constitución y las leyes con el único propósito de confiscar bienes que pertenecían y eran explotados legítimamente por empresas privadas que ejecutaban actividades amparadas por el principio de la libertad económica, y que nada tenían que ver con la prestación de un servicio público ni con el interés público, y que por ello no requerían ser cumplidas a través de contratos administrativos sino mediante contratos celebrados con la Administración sometidos a un régimen preponderante de derecho privado.

El relato de este desafuero está descrito con precisión y lujo y detalles, en el libro del profesor Brewer-Carías que se llama «Sobre las nociones de contratos administrativos, contratos de interés público, servicio público, interés público y orden público, y su manipulación jurisprudencial». Allí, en esa obra, el profesor Brewer-Carías relata cómo en mayo de 2009 se sancionó la Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos, mediante la cual, con un pretendido carácter estratégico, se reservaron al Estado los bienes y servicios conexos a la realización de las actividades primarias previstas en la Ley de Hidrocarburos. Él explica que el artículo 5 de esta Ley declaró a dichos bienes y servicios y sus obras, como servicio público y de interés público y social, y asimismo el artículo 3 de la Ley declaró que los contratos que habían sido suscritos hacía muchísimo tiempo entre PDVSA y estas empresas o consorcios privados para la prestación de los servicios conexos que se reservaron al Estado, eran contratos administrativos, lo que supone una calificación a posteriori.

El profesor Brewer-Carías pone en evidencia que estas disposiciones, más bien confirman que antes de la sanción de la Ley de reserva del 2009, los servicios y actividades que se nacionalizaron no eran reservadas al Estado ni eran actividades que pudieran ser consideradas como servicio público o de interés público, ni los contratos que se habían suscrito para su prestación por los particulares eran contratos administrativos.

Esto que se describe en este libro, pone en evidencia el uso abusivo de los conceptos de «servicio público», «interés público», «orden público», y «contrato administrativo», como instrumentos para violar la Constitución y las leyes, es decir, para privar a los particulares de la

propiedad sin justa indemnización equivalente, o mejor dicho para ejecutar una confiscación encubierta.

La *publicatio* es una técnica plausible y necesaria en los ámbitos en que decididamente reclaman la atención directa por parte del Estado, pero es una técnica excepcional a la que sólo debe acudir cuando ha quedado plenamente demostrado que los particulares no pueden o no deben continuar ejecutando la actividad respectiva porque hay un peligro de lesión claro y manifiesto contra los intereses colectivos.

La calificación de un contrato como «Administrativo», bien por la ley o por la jurisprudencia, no puede ser un subterfugio para despojar a la iniciativa privada de la libertad de explotar actividades económicas que le son propias, en las que la intervención del Estado no sólo es innecesaria, sino que además es contraproducente por la proverbial ineficiencia del Estado.

Un dato importante es que hoy en día, y en su país de origen, en Francia, la calificación de «contrato administrativo» se aplica a una parte bastante reducida (hasta ínfima) de los contratos que se celebran con agentes públicos.

Lo que se plantea aquí hoy, no es una huida del derecho administrativo, sino por el contrario, como lo ha expresado el profesor Brewer-Carías en su libro, una reconquista de los ámbitos específicos que les son propios, es una especie de llamado a la *sindéresis* para que la noción de contrato administrativo sea reexaminada, pero sobre todo, reconducida a su sitio natural el cual fue definido hace mucho tiempo a través de una cuidadosa y muy meditada producción jurisprudencial y doctrina en el derecho administrativo clásico. Muchas gracias.

Moderador. Juan Domingo Alfonzo Paradisi. Muchísimas gracias al profesor Luis Fraga por su interesantísima exposición sobre la noción del contrato administrativo y las nociones de servicios públicos, interés público, orden público, y cómo en los últimos años se ha abusado de ella, y se ha afectado los derechos de los particulares y de las empresas. En el caso venezolano con la sentencia y legislación que el profesor Fraga ha mencionado, y cómo se ha abusado de dichas nociones y se han afectado esos derechos.

En seguida tenemos la segunda ponencia del día de hoy sobre otro tema relevante relacionado con los contratos administrativos, un tema de interés, incluso, no solamente académico, sino también profesional, y que ha tenido mucho interés en los últimos tiempos en Venezuela en virtud de las sanciones impuestas por los Estados Unidos de América. El profesor Luis Ortiz Álvarez nos explicará su relación con los contratos administrativos y con la actividad administrativa.

El profesor Luis Ortiz Álvarez es muy conocido por los venezolanos, sin embargo, paso de seguida a señalar que ha sido profesor en la UCAB y en la UCV, es abogado, tiene una interesante obra escrita, y ha sido coordinador de importantes revistas en el derecho administrativo venezolano así como en derecho constitucional, tiene 17 libros publicados, entre otras de sus obras están obras relativas a este tema que hemos seleccionado en AVEDA sobre los contratos administrativos, y además se ha titulado de abogado, no únicamente en Venezuela, sino en España y en los Estados Unidos de América, en Florida, y es abogado de la firma Inter Iuris. Se ha dedicado a diversos temas, temas de derecho administrativo, como señalé, también el arbitraje internacional, y temas de derecho norteamericano, y el tema de las sanciones. Bienvenido, Luis.

Luis Ortiz-Álvarez: Sanciones USA y contratos administrativos

Buenos días a todos. Es un gran placer estar aquí. Ante todo, agradezco a AVEDA por haber organizado este interesante evento y a Juan Domingo Alfonzo por haberlo coordinado de manera tan eficiente. Es un gran honor estar con este panel de ponentes que son unos grandes expertos a nivel mundial.

Mi tema es «sanciones económicas y contratos administrativos». Se trata de un tema, en mi opinión, bastante práctico, no sólo para Venezuela sino para cualquier persona en el mundo, que quiera contratar con un ente en cualquier país que haya sido sancionado por los Estados Unidos. Estados Unidos mantiene un régimen de sanciones económicas que es muy similar, a nivel de sus principios y estructuras, para todos los países a los que es aplicado, por supuesto que hay particularidades, y me voy a enfocar en el caso de Venezuela aun cuando muchos de las normas y principios que voy a mencionar son aplicables a cualquier régimen de sanciones económicas.

Y dije que es práctico porque, por una parte, cuando uno está involucrado en una transacción en la cual está un ente sancionado envuelto, sucede que en muchos casos los bancos bloquean el dinero e incluso hay riesgos de sanciones y multas por las autoridades americanas cuando se violen las sanciones económicas. Para que tengan una idea, a las personas americanas que violen las sanciones económicas, hay riesgo de multas por el doble del monto económico de la transacción, una multa adicional de un millón de dólares, y hay hasta 20 años de prisión, o sea, que no hay nada más americano que las sanciones, y los americanos se toman muy en serio el tema de las sanciones económicas.

Y no está limitado sólo a los americanos, sino que es un tema global, porque, aunque una persona no califique como persona americana, la OFAC y los entes americanos han considerado que ellos tienen competencia para simplemente sancionarlo e incluirlos en la en la lista OFAC

cuando colaboren a su vez con entes que han sido sancionados, como, por ejemplo, el gobierno de Venezuela.

Como el tema es muy largo y complejo, y mi idea es unirlo con el tema de sanciones económicas, me voy a limitar al desarrollo un poco de dos preguntas. La primera pregunta es: si las personas y empresas pueden contratar, hoy día, con el gobierno de Venezuela, y cuáles son los riesgos; y la segunda pregunta: si las sanciones económicas pueden ser consideradas un evento de fuerza mayor (el cual lo invocan bastante los entes públicos, hoy día, para no pagar a los contratistas que tenían contratos con ellos, antes o durante las sanciones económicas).

Para entender este tema creo que es fundamental tener una visión global o macro de las sanciones económicas. Lo primero que hay que saber es que hay varios tipos de sanciones.

En primer lugar, están las llamadas «sanciones de bloqueo». Las sanciones de bloqueo se dan cuando la OFAC o una orden ejecutiva del presidente de EE.UU., designan a un ente o una persona y lo consideran un ente bloqueado. Normalmente se coloca en la llamada «lista OFAC» pero no necesariamente tiene que estar en esta lista, basta a veces que sea bloqueado por una orden ejecutiva.

Luego tenemos las llamadas «sanciones sectoriales o transaccionales», que no son de carácter personal o individual, sino que lo que se prohíbe es cierto tipo de transacciones, por ejemplo, transacciones con el oro venezolano o transacciones con la moneda digital Petro, o cierto tipo de transacciones específicas.

También está el tema de las llamadas «sanciones secundarias», es decir, cuando una persona colabora o asiste financiera, tecnológica o monetariamente a un ente sancionado, tiene el riesgo de que quede sujeta a una sanción secundaria y sea incluida en la lista OFAC.

Para que las sanciones económicas operen, una de las primeras preguntas que hay que hacerse es: ¿están dados todos los elementos para que aplique una sanción económica? Entre esos elementos están: el que esté presente en la operación una persona que sea *US person*, es decir, una persona americana que realice una transacción específica o una transacción prohibida con un ente sancionado, llámese, por ejemplo, PDVSA o su subsidiaria, o en este caso más recientemente, el gobierno de Venezuela en su totalidad; y que no esté dado la presencia de una licencia general o de una excepción en la orden ejecutiva, porque cuando hay licencias de la OFAC, aunque en principio la operación hubiese sido prohibida, la licencia opera como una autorización y no hay riesgo de violación de las sanciones.

En el caso de Venezuela, EE.UU. ha utilizado ambas herramientas, las sanciones transaccionales y las sanciones de bloqueo. Respecto a las sanciones transaccionales se ha prohibido, inicialmente, por ejemplo, con la orden 13808, financiar al gobierno de Venezuela o financiar a PDVSA por lapsos específicos de 30 o 90 días. Así empezó el tema de sanción económica en el 2017, aunque ya había sanciones en el 2015 para aquellas personas que violaran los derechos humanos. Después se prohibió el que se utilice el Petro, que es una moneda digital relacionada con el gobierno de Venezuela; después se prohibió el que se compre la deuda en favor de Venezuela. Y más recientemente, en agosto del 2019, vino la famosa orden ejecutiva 13884 que estableció un bloqueo general al gobierno de Venezuela.

Anteriormente, las sanciones de bloqueo estaban limitadas a un número específico de individuos y compañías; hay más de 100 personas que están hoy día en la lista OFAC, pero luego del año 2019, con la orden ejecutiva 13884, se implementó un bloqueo general. Todo el gobierno de Venezuela se considera un ente bloqueado y sancionado por las sanciones, y esto incluye a todas sus subdivisiones, entes y organismos, y a todas las compañías que estén controladas en 50% o más por el gobierno de Venezuela. El primer elemento, *US person* (persona americana) que haga una transacción con un ente sancionado, en este caso, el tema del gobierno de Venezuela.

Aquí es muy importante entender, y aquí hay una relación fundamental con el tema de los contratos administrativos, y es que la discusión tradicional de qué es o qué no es un contrato administrativo, se vuelve irrelevante en el tema de las sanciones porque basta que el contrato o la relación sea con el gobierno de Venezuela; no se discute la naturaleza del contrato, cualquier contrato, al margen de su naturaleza, con el gobierno de Venezuela, entra dentro del aro de las sanciones económicas, salvo que exista una excepción o una licencia de la OFAC.

Hay que tener cuidado y siempre verificar antes de realizar una operación o un contrato si: 1. La persona está en la lista OFAC; 2. Es una persona que es miembro del gobierno de Venezuela.

Cuando una persona es bloqueada por la OFAC, esto incluye lo que se llama la «regla del 50% de la OFAC», incluye automáticamente, sin necesidad de mayores designaciones, a todas las empresas que estén controladas en 50% o más. Por ejemplo, en el año 2018 se sancionó a PDVSA, PDVSA sale en la lista OFAC, pero en la lista OFAC no salen todas las compañías que están controladas por PDVSA en 50% o más; sin embargo, todas esas compañías, aguas abajo, sin límite de hasta dónde llega ese control —porque puede ser un control indirecto— se consideran sancionadas también automáticamente por la OFAC desde el momento en que fue

sancionada PDVSA, y lo mismo aplica para todas las compañías que están controladas 50% o más por el gobierno de Venezuela.

Este es básicamente la visión macro de cuáles son las sanciones económicas hoy día que están aplicando en Venezuela.

Entonces la respuesta a la pregunta inicial de si se puede ser contratista o no del gobierno de Venezuela, es que en principio sí se puede contratar con el gobierno de Venezuela; contratar con el gobierno de Venezuela *per sé* no está prohibido, pero ello genera un riesgo de sanciones secundarias por colaboración o asistencia con el gobierno de Venezuela, y así lo dice expresamente la orden 13884: se bloquea al gobierno de Venezuela y se dice que quien colabore o asista con algo del gobierno de Venezuela, podrá ser designado e incluido en la lista OFAC.

Hasta tanto no haya una designación específica e individualizada, esa persona no se considera bloqueado; sin embargo, en la práctica mundial, y sobre todo de los bancos americanos, basta que salga la palabra «gobierno de Venezuela» o «PDVSA» en el contrato, y los bancos automáticamente, a veces en un contexto de *over compliance*, bloquean el dinero de manera incorrecta en muchísimos casos. Hemos tenido varios clientes en los que les han bloqueado injustificadamente pagos que eran totalmente legales y que no estaban, incluso, sometidos al régimen de sanciones económicas porque el banco vio en algunos documentos la palabra «Venezuela» o la palabra «PDVSA» o la palabra de cualquier ente público.

Entonces, *per sé*, contratar con el gobierno de Venezuela o seguir siendo contratista no te convierte en un ente bloqueado, pero sí te coloca en una situación de riesgo de ser sancionada por la OFAC si detecta y considera que mereces ser sancionado. Normalmente lo que castigan las normas de la OFAC no es sólo el contratar con el gobierno de Venezuela sino hacerlo de manera ilegítima, y, sobre todo, cuando incurres en actos de corrupción, como, por ejemplo, ocurrió con el famoso tema de las CLAP, de las cajas de alimentos, que hay unas compañías que supuestamente se decía que estaban incurriendo en corrupción, y la OFAC incorporó algunas compañías e individuos en la lista OFAC.

Pero además de ello, y esto es muy importante, sí se puede contratar con el gobierno de Venezuela de manera absolutamente legal y sin riesgo legal alguno, cuando la contratación está relacionada con algunas de las excepciones o con algunas de las llamadas «licencias generales de la OFAC». Hay, en efecto, un conjunto importante de excepciones que hay que tomar en cuenta. La primera de ellas está en la misma orden ejecutiva 13884 e incluye: alimentos, medicina y vestimenta; toda cuestión relacionada con temas humanitarios no está incluida en las sanciones económicas, de hecho, está expresamente autorizada, y se puede realizar contrato,

incluso, si hay participación directa o indirecta del gobierno de Venezuela.

Las sanciones a nivel de principios y del objetivo, no están destinadas a afectar negativamente al pueblo de Venezuela directamente, sino a afectar al gobierno de Venezuela y sus ingresos económicos, de hecho, las contrataciones que se hagan entre particulares exclusivamente (personas americanas y personas venezolanas) que sean privadas, sin participación del Estado, están fuera del alcance de las sanciones económicas.

Lo que las sanciones cubren son transacciones con el gobierno de Venezuela o con entes que hayan sido sancionados y listados en la OFAC, salvo que haya una licencia de la OFAC, caso en el cual, incluso, se permiten transacciones con el gobierno de Venezuela, sobre todo en temas humanitarios porque EE.UU. no quiere generar problema de falta de alimento, falta de medicina; más bien quiere colaborar y estimular. Hay una multiplicidad de licencias de la OFAC, se han dictado 40 licencias de la OFAC, haciendo excepciones y permitiendo ciertas transacciones en favor del pueblo venezolano; la primera es la orden ejecutiva 13884, que conecta con la licencia número 4, que autorizaba justamente medicinas y alimentos; también hay licencias generales que permiten transacciones en materia de telecomunicaciones, internet, remesas personales a la gente, puertos y aeropuertos, emergencias médicas, y todo un conjunto de temas en materia de patentes y marcas, etcétera.

Más recientemente se autorizó la licencia 39, para que se haga cualquier transacción, incluso si está involucrado el gobierno de Venezuela en temas del Covid-19; para el tratamiento, estudio y cualquier otra cosa que se requiera, incluyendo importación de vacunas; eso se puede transar, se puede hacer negocio con el gobierno de Venezuela porque está autorizado por la OFAC. La semana pasada salió una licencia adicional, la 40, autorizando transacciones, incluso con el gobierno de Venezuela, en materia de gas para cocinar.

Entonces, este conjunto de licencias generales permite a las personas suscribir contratos con la Administración que pueden calificar, perfectamente, como «contratos administrativos» en algunos casos y en otros casos no, pero la contratación pública en este caso está 100% permitida. Hay casos que no son blanco y negro y que generan dudas, y la recomendación ahí, vistos los riesgos de ser sancionado e incluso, ir a la OFAC, es pedir lo que se llama una «licencia especial».

Entre otras licencias adicionales que vale la pena mencionar, está la 34 que permite transacciones con funcionarios y ex contratistas del gobierno de Venezuela. Si usted tuvo un contrato con el gobierno de Venezuela, pero ya no es contratista del gobierno de Venezuela, e incluso hay una licencia de la OFAC que le dice que no se preocupe, puede haber

transacciones con usted. Incluso, parte de la filosofía de esta licencia es estimular a que la gente no trance con el gobierno de Venezuela, salvo en los temas autorizados humanitarios que mencioné anteriormente.

Otra cosa fundamental que hay que tomar en cuenta es el preguntarse si está presente el elemento de la persona americana: ¿es usted una persona americana?, ¿quiénes son personas americanas?, porque las sanciones, en principio, obligan solamente a las personas americanas, a los bancos americanos, no a los bancos en Europa, por decir un ejemplo.

Personas americanas son todos los ciudadanos y residentes americanos, todas las compañías que han sido constituidas en EE.UU., y también, muy importante, las personas que estén de visita en EE.UU.; a veces usted puede pensar «bueno, yo no soy un ciudadano americano ni soy residente», pero en el momento que entras en el aeropuerto y tocas el territorio americano, te conviertes legalmente, en el ámbito de las sanciones, en una persona americana, y si tú mandas un email, haces una llamada telefónica desde el territorio de los EE.UU. que contradice el régimen de las sanciones, pudieras ser sancionado con las multas que mencioné, incluso hasta con los 20 años de prisión.

Hay que tener cuidado con el tema de las calificaciones de *US person*, y hay que tener cuidado en verificar siempre si la persona con la cual está contratando califica o no como gobierno de Venezuela, o califica o no como una empresa sancionada en la lista OFAC o una empresa controlada por la lista OFAC.

Entonces, a la respuesta de si se puede ser contratista o no se puede, en principio sí, si hay una transacción que está autorizada por las licencias generales de la OFAC, y cuando no haya licencia y se trate una transacción prohibida, el contratar con el Estado *per sé* no te convierte en una persona bloqueada, pero te genera un riesgo serio de ser sancionado e incluido en el futuro en la lista OFAC.

Importante también que, aun en los casos en los cuales esté autorizada la transacción con el gobierno, por ejemplo, el tema de alimentos, medicinas, etcétera, si además de eso haces el contrato, en principio permitido, pero incurres en corrupción, si la OFAC detecta que incurriste en corrupción en el contrato administrativo con el Estado, ese motivo solo es suficiente, según la orden ejecutiva 13850, para incluirte en la lista OFAC. Es muy importante que, si estás llevando medicinas o alimentos, tienes que cuidar de no incurrir en ninguna práctica de corrupción porque ese solo hecho puede generar que te sancionen.

Y a la otra pregunta que está en el aire, el tema de la fuerza mayor, que ha pasado mucho en la práctica, también hemos tenido casos de esos y consultas donde entes del Estado o subcontratistas del Estado (que a su vez tienen subcontratistas) han dejado de pagar o se han retrasado en los

pagos y la excusa que colocan es «fuerza mayor»; ¿cuál fuerza mayor? las sanciones económicas. No me dejan pagarte porque los bancos no me reciben el dinero, etcétera.

Jurídicamente hablando, en muchos de estos casos, la fuerza mayor no es excusa jurídica para el no pago. La primera razón es porque no están dados los elementos de la fuerza mayor en estos casos. ¿Cuáles son esos elementos?: que el evento sea exterior, que sea imprevisible, que sea irresistible o inevitable, y que además haga imposible la ejecución.

En el caso de las sanciones, en la mayoría de los supuestos prácticos, no se da el elemento de la imprevisibilidad, que, de hecho, a nivel mundial, la jurisprudencia francesa también lo ratifica, es el elemento más difícil de satisfacer en un análisis de fuerza mayor. En este caso, cuando una empresa del Estado o un subcontratista te dice que hay fuerza mayor por las sanciones, la verdad es que no era imprevisible, en muchos casos, incluso cuando se firmó el contrato, estaban ya vigentes sanciones económicas. Hay que recordar que desde el año 2015 se empezaron a imponer sanciones económicas, y que es un hecho notorio y comunicacional el aumento progresivo de las sanciones. En la medida que hay cierto conocimiento o previsibilidad de las sanciones, no puedes, en el futuro, excusarte con el tema de que es fuerza mayor y que por tanto no cumples el contrato o no pagas.

En muchos casos tampoco se da el elemento de la imposibilidad. Las sanciones a veces dificultan mas no impiden el cumplimiento del contrato, y sobre todo el tema de los pagos. Por ejemplo, hemos tenido casos donde los bancos americanos se han negado a realizar ciertas transacciones con operaciones en las cuales estaba involucrado el gobierno de Venezuela, y que incluso eran, por cierto, totalmente permitidas por el régimen de las sanciones; pero que los bancos a veces son tan extra prudentes que incurren en *over compliance*; incluso, le causan daños y perjuicios a las personas; a veces cuando uno va y presenta un escrito, una explicación, el banco entiende que se ha excedido y levanta el bloqueo y te permite hacer la transacción; en otros casos, nada, y tienes que buscar una solución para salvar un poco la dificultad, mas no la imposibilidad de cumplir.

Una solución práctica que han encontrado algunas personas es acudir a sistemas de pago distintos al sistema americano porque las sanciones obligan a los agentes financieros americanos; pero si uno utiliza el sistema financiero, por ejemplo, europeo, que es el ya famoso sistema *target 2*, que cubre a más de 55 mil bancos a nivel mundial, y ese banco no califica como una persona americana porque fue creado y registrado en Europa —y no es una empresa que tiene personas americanas como los dueños, etcétera— esa persona, ese banco europeo, no está sometido a las sanciones y perfectamente puede hacer transacciones en euros, no en

dólares, porque en la medida que utiliza dólares, normalmente en algún nivel de la transacción tiene que pasar por el sistema financiero americano. Pero si el banco no es americano y utiliza alguna moneda distinta a la americana, en principio eso no está restringido por las sanciones económicas, aun cuando en la práctica los bancos suelen ser bastante prudentes.

Entonces, básicamente ese es el tema que quería un poco conversar y alertar porque, como dije, tiene un efecto práctico importante. Por cierto, quisiera agregar que, no sólo están permitidos en todo este grupo de licencias generales, transacciones con el gobierno de Venezuela en el sentido del gobierno controlado por el régimen de Maduro, sino también se han autorizado, incluso, expresamente con la licencia 31, transacciones con el gobierno del presidente interino Guaidó, y transacciones con la famosa Asamblea Nacional legítima. Entonces, usted puede entrar en contratos con el gobierno de Maduro y también con el gobierno de Guaidó.

El comentario final que quería hacer es que hay que tener cuidado con el tema de las sanciones, no sólo por las consecuencias que estamos hablando sino porque la discusión de si es un contrato administrativo o no suele tener poca incidencia práctica porque, a partir de que está el elemento subjetivo del ente sancionado, es decir, el gobierno de Venezuela, PDVSA o sus empresas controladas, se dispara el tema de la aplicabilidad de las sanciones económicas si están dados los otros supuestos (persona americana, la transacción, y el ente sancionado). Bueno, muchas gracias.

Moderador. Juan Domingo Alfonzo Paradisi. Muchísimas gracias al profesor Luis Ortiz Álvarez. Es muy bueno verte de nuevo Luis. Muy clara tu exposición, con los distintos puntos en relación con las sanciones económicas y los contratos administrativos, y la relevancia de que sea, en esos casos, un contrato administrativo o no, y los requisitos, así como las excepciones, las licencias generales, las licencias específicas. Como anticipábamos, no es un tema meramente académico, como bien lo expusiste, sino es un tema también de sumo interés profesional. Muchas gracias.

Le voy a dar la palabra al profesor Luis Gerardo Rodríguez Lozano a los efectos de que él haga la presentación, como acordamos, en esta conversación cordial entre mexicanos y venezolanos sobre distintos aspectos relativos o concernientes a los contratos administrativos.

Moderador. Luis Gerardo Rodríguez Lozano. Muy buenas tardes. Agradezco al profesor Alfonzo toda su amabilidad. Para mí es un honor presentar a mis colegas mexicanos, el doctor Gonzalo Armienta Hernández y la doctora María Guadalupe Fernández Ruíz, ambos titulares de los posgrados de sus respectivas universidades. Antes de presentarlos quisiera también darle las gracias a la profesora Alicia Monagas que fue quien me contactó con el profesor Juan Alfonzo.

Ahora, voy a presentar al primero de mis colegas, el doctor Gonzalo Armienta Hernández, doctor en derecho por la UNAM. Ha ocupado varios cargos en la Administración Pública Federal, particularmente en el área hacendaria, ha sido también funcionario público en Sinaloa y director de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa. Es actualmente investigador y director del posgrado de la Universidad Autónoma de Sinaloa, y también ejerce el cargo de notario público. Es, por supuesto, un interesado investigador en temas de derecho público, participa por la Universidad de Salamanca y la Universidad de La Habana, Cuba. También participa muy constantemente por nosotros, en el marco de una cátedra titulada Gonzalo Armienta Calderón. Le cedo el uso de la palabra. Sabe que lo estimo y lo respeto, y es un honor que nos acompañe.

Gonzalo Armienta Hernández: La corrupción en la contratación pública

Muchas gracias, doctor Luis Rodríguez, por la presentación. Muchas gracias a los distinguidos profesores, doctores, que me han invitado (de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo) a este interesantísimo coloquio, y pues con los temas que mis antecesores, en relación a su exposición, han tratado, muchos muy importantes, uno de gran profundidad jurídico-administrativa, y el otro ponente, de lo que está pasando relacionado con la contratación con el gobierno venezolano o con las personas jurídicas venezolanas. En lo particular, a mí me ha abierto un amplio conocimiento de lo que está pasando relacionado con la contratación en Venezuela, porque pocas veces tenemos oportunidad de saber lo que pasa en los distintos países, sobre todo un país que está un poco cerrado en cuanto a su comunicación.

Voy a hablar de un tema que en México nos preocupa mucho, y yo siento que les preocupa en todos los países latinoamericanos, y no solamente los latinoamericanos sino también en otros países que se consideran “un poco más o mucho más adelantados que nosotros”, aunque obviamente económicamente si lo estén, culturalmente no lo podemos señalar de esa manera.

El tema que me concierne es el de la corrupción y sobre todo de la corrupción en el área administrativa o en la Administración Pública. En México el período presidencial dura seis años, afortunadamente no hemos tenido presidentes que hayan durado menos por algún golpe de Estado (desde el régimen revolucionario a la fecha) o por alguna situación que haya pasado violencia en el país; en términos generales todos los presidentes han durado su período completo.

Desde que yo tengo uso de razón, desde que estaba estudiando en la Facultad de Derecho de la UNAM, se ha hablado con los distintos presidentes, que han ocupado el cargo del Ejecutivo, del ataque a la corrupción.

Todos han estado conscientes, todos saben que en México hay una gran corrupción administrativa; algunos lo atacan de alguna manera, algunos de otra manera; hubo un presidente que llegó a decir que la corrupción somos todos, o sea también achacando el tema de la corrupción a la totalidad de la población, con lo cual, evidentemente, yo no estoy de acuerdo. La corrupción empieza por la Administración Pública, y si los ciudadanos somos corruptos, de alguna manera yo estoy convencido de que es por las prácticas administrativas que nos hacen caer en corrupción, porque si a mí un trámite que me va a durar tres horas me lo pueden adelantar en cinco minutos con alguna dádiva que tenga que entregar al gobierno, pues a lo mejor lo hago y caigo en la corrupción, pero si ese trámite administrativo se hace en forma eficiente, eficaz, rápidamente, no tengo que caer en cuestiones de corrupción, pero esto se debe a la falta de eficiencia y eficacia de la Administración Pública.

En el sexenio pasado, el presidente Peña Nieto una serie de reformas constitucionales en donde se establece un sistema nacional anticorrupción, todo un entramado de oficinas públicas que se iban a dedicar a combatir la corrupción, inclusive se crearon organismos de particulares: consejos ciudadanos anti-corrupción, un consejo nacional, y consejos en cada uno de los estados de la República, pues México es una federación. En realidad, esto no sirvió de gran cosa porque, si bien es cierto se le dio oportunidad a la ciudadanía de participar en estos consejos ciudadanos anticorrupción, la verdad solamente tenían meras opiniones, no tenía ninguna función de punibilidad, no podían imponer multas, sanciones, sino simplemente opinar, y esas opiniones se diluían por el propio sistema gubernamental que no las hacía ver a la opinión pública.

Llega el actual presidente de la República, López Obrador, y desdeña completamente este sistema. Creo que eso no fue una salida correcta del actual presidente, en virtud de que, si bien es cierto no funcionaba este sistema porque la ciudadanía no tenía facultades de sancionar en estos consejos ciudadanos, la verdad es que debía de haberse hecho reformas, dándoles mayores posibilidades, mayores atribuciones a estos consejos ciudadanos de realmente dictar sanciones, recomendaciones serias a los organismos públicos que pudieran estar incurriendo en este manejo de corrupción; pero no, simplemente se olvidó, uno de los grandes problemas que tenemos en la actualidad en México.

Independientemente de que estemos de acuerdo en algunos conceptos que marca el Ejecutivo en la actualidad, tampoco estamos de acuerdo en que se piense que todo lo que se hizo anteriormente estaba mal hecho, sino que hay cosas bien hechas, aunque deben de modificarse, como el sistema nacional anticorrupción. Se crearon salas anticorrupción en el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, que en realidad no funciona, nunca han funcionado, porque el gobierno no ha querido realmente que

funcionen, no se han nombrado magistrados anticorrupción, y todo este sistema se vino abajo, y ahorita el único que de alguna manera está vigilando que no haya aspectos de corrupción en la Administración Pública es la Auditoría Superior que depende del Congreso de la Unión, y en cada una de las entidades federativas existe una Auditoría Superior, pero ya no hay órganos especializados que sean eficientes para el control de la corrupción. Esto como una especie de preámbulo de lo que voy a comentar a continuación.

En principio, todos los estudiosos de este fenómeno están de acuerdo que la corrupción se debe estudiar en múltiples aspectos, pues se trata de un fenómeno multifactorial. El fenómeno de la corrupción depende de la cultura, es innegable que los países con cultura incipiente son más proclives a incrementar la corrupción, y se ha dicho que la corrupción, inclusive en México, y a lo mejor en los demás países de Latinoamérica, nos la trajeron los españoles; que no existía corrupción con nuestros pueblos originarios, pero que al venir los españoles los integrantes de los pueblos originarios aprendieron la corrupción o cuáles eran las prácticas corruptas que ya traían los españoles; pero bueno, es solamente una teoría, podemos estar de acuerdo o no con ella, pero nos gusta, los que somos nativos de nuestro país y de nuestro continente, decir que antes los pueblos originarios no eran corruptos.

Las principales causas para la existencia de la corrupción dentro de un país son: la complejidad de los trámites, la existencia de funcionarios corruptos, el retardo para la aprobación de proyectos y la existencia de un sistema penal inquisitivo, cuando hablamos de los sistemas penales, que, en México, como muchos de ustedes ya lo saben, ya pasó a ser de un sistema penal inquisitivo (desde las reformas que se dieron a cabo en el 2008) a un sistema penal que viene siendo acusatorio.

Se ha considerado como una causa importante de corrupción también el abuso de la discrecionalidad, lo cual encontramos en decisiones de contratación pública, pues cuando no existen reglas claras para que el funcionario contrate, ya sea compras u obras, resulta muy fácil incurrir en actos de corrupción. Yo por eso siempre he sostenido que en la contratación de obra participe la población verificando que las mejores opciones sean las que se elijan.

De esta manera, es indispensable que todo acto en donde existan compras o contratos de obra, las actividades de los funcionarios que participen en ellas sean regladas y por lo tanto limitadas a normas en donde preferentemente actúen cuerpos colegiados, claro, no en todas las obras porque esto acarrearía también que se alargaran los procesos para la contratación, y muchas veces se tienen que hacer en forma muy breve debido a las necesidades que se tienen por parte de la población, y por lo tanto, limitándonos donde preferentemente actúen cuerpos colegiados, que

sean los que tomen las decisiones, sobre todo aquellas en donde se comprometan recursos económicos importantes.

Si bien es cierto que existen actos administrativos que por su naturaleza sería muy difícil reglarlos, estos deben de constituir una excepción y de ninguna manera se debe permitir la discrecionalidad cuando se trata de la contratación de obras o de servicios a favor de los particulares.

Me voy a meter rápidamente a un tema que es el derecho humano a la buena Administración. El derecho a una buena Administración lo debemos de entender como un derecho humano pues constituye un elemento esencial en orden a la mejora permanente e integral de las condiciones de vida del pueblo. El derecho a la buena Administración constituye un derecho humano ya que la Administración Pública debe de velar por el interés público, lo cual constituye el derecho humano a la igualdad.

En lo particular, en México, el derecho a la buena Administración no está dentro de la propia Constitución. En la ciudad de México, que es la capital de la República mexicana, existe una Constitución de gran avanzada, una Constitución realmente muy buena que habla de este derecho humano a la buena Administración, y es muy importante que se contenga en nuestras constituciones el derecho humano a la buena Administración porque considerarlo como un derecho humano implica que ya cualquier mala Administración pueda ser controvertida mediante un juicio (que en México le llamamos el juicio de amparo, que es un juicio de control de la constitucionalidad).

El derecho humano a la buena Administración es un tema relativamente novedoso, lo cual implica que muy pocos ordenamientos legales lo contemplen, aunque implícitamente se reconozca, y sí lo encontramos dentro de la Unión Europea, aunque no en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Ya me voy a ir, por el tiempo, a la obra pública. En la actualidad, la corrupción gubernamental es la manifestación de un Estado frágil en su economía y consecuentemente en sus órganos de gobiernos, afectando a toda la sociedad en su conjunto, la cual aparece cuando existen gobiernos que son dirigidos por políticos que les dan preferencia a sus propios intereses o el de sus familias. El fenómeno de la corrupción gubernamental lo encontramos preferentemente en Estados con sistemas autoritarios en donde la participación de su población en las decisiones nacionales es mínima, esto es, en democracias débiles o en países dominados también por potencias extranjeras.

Los contratos de obra son aquellos que celebran los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público, ya se explicaba muy bien que hay diferentes decisiones jurisdiccionales en relación a qué es un contrato de obra, yo lo enfoco a la teoría tradicional, que son:

Aquellos que celebran entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público, para la construcción de infraestructura indispensable, para la Administración, y dirigida a la satisfacción eficaz y económica de un interés público. Para que se considere obra pública debe de intervenir el Estado mediante un órgano de contratación.

Se considera obra pública a la construcción de carreteras, ferrocarriles, puertos, presas, infraestructura hidráulica, edificios, aeropuertos, monumentos, así como su conservación. Es precisamente en la adjudicación del contrato de obra pública en donde se presenta con mayor frecuencia los actos de corrupción, ya sea para otorgar el desarrollo de la obra o para incrementar sin fundamento los costos de la misma e inclusive para autorizar obras con menor calidad que la contratada.

Es por lo anterior que resulta indispensable, para evitar los actos de corrupción en la obra pública que su adjudicación, independientemente de su cuantía, sea autorizada por órganos colegiados en donde no solamente participe la Administración Pública, sino que también se integre por comités ciudadanos ajenos a la misma, que dé un tratamiento igualitario a los concursantes, y que se respete el principio de transparencia y de publicidad, debiendo existir un anuncio previo que publicite las convocatorias de licitaciones.

Las decisiones se deberán tomar mediante análisis exhaustivos de las propuestas haciendo una ponderación de los criterios que se tomarán en cuenta para la adjudicación, como puede ser los materiales que se utilizarán y desde luego el costo de la misma. En el supuesto de que se contrate una obra deficiente y cause un daño a una persona o un grupo de personas, existirá una imputación directa al Estado por las conductas del órgano.

Por lo anterior debemos concluir que, si no se cumple con los requisitos mínimos de supervisión ciudadana, el Estado tendrá una gran posibilidad de que sea transgredidos o que sean realizados actos de corrupción. Y bueno efectivamente lo que yo quería comentar con ustedes.

Agradezco la atención que tuvieron al invitarme a este importantísimo coloquio, que para nuestras universidades, yo como docente universitario, son fundamentales, más ahora que nos encontramos en esta crisis sanitaria, y que este medio nos ha hecho posible interactuar con otras universidades y conocer otros sistemas jurídicos que muchas veces los profesores desconocemos y obviamente los estudiantes, pues también con su proceso de enseñanza están aprendiendo y tienen la necesidad de aprender. Muchas gracias.

Moderador. Luis Gerardo Rodríguez Lozano. Muchísimas gracias, doctor. Escuché muy atento su ponencia. Muy interesante la vinculación que ha hecho entre la construcción administrativa, la corrupción y los

vínculos que tiene ésta con una deficiente y mala Administración, que ha sido una causa para que en México sigan los niveles de corrupción considerables. También muy interesante lo que señalaba usted en el sentido de que la corrupción parte de la Administración Pública con todos esos procedimientos engorrosos, con su falta de ética y su falta de diligencia en su actuar. Me pareció muy brillante su intervención y le doy las gracias.

Ya para concluir las intervenciones en este coloquio binacional, me voy a permitir darle la palabra a la doctora María Guadalupe Fernández Ruiz que es actualmente la jefa de la división de estudios de posgrado de la UNAM, e investigadora también de la UNAM en el ámbito del derecho administrativo. Es todo suyo el micrófono. Muchas gracias.

María Guadalupe Fernández Ruiz: La adjudicación directa en la Administración Pública Federal mexicana

Muchísimas gracias, doctor Luis Rodríguez. Muy buenos días tengan todos. Agradezco la amable invitación a participar en este coloquio venezolano-mexicano sobre contratos administrativos. Mi agradecimiento a AVEDA; a cada uno de los distinguidos ponentes; por supuesto al doctor Juan Domingo Alfonso Paradisi.

En el devenir, en el actuar cotidiano estatal existen ciertos actos de la Administración Pública que por sí misma, en ocasiones, no puede realizar, o bien requiere de un tercero para proveerse de un determinado servicio, de un determinado bien o que en general tenga como objeto la satisfacción de los intereses generales de la población. En este sentido, en México, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene, en su artículo 134, un apartado para el ejercicio de los recursos de la Federación, en el que establece que debe realizarse de manera eficiente, eficaz, transparente, honrada y económicamente viable para el Estado.

En el marco de la actividad estatal, este 134 constitucional (que es la base de las contrataciones) establece que cuando se trate de adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de cualquier tipo de bienes, prestaciones de servicios y contrataciones de obra, se realizarán a través de licitaciones públicas mediante convocatorias públicas. Asimismo, este precepto constitucional establece que cuando las licitaciones no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, va a corresponder a las leyes establecer las bases, procedimientos, reglas, requisitos, y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que las asegura.

Por tanto, tenemos un artículo (134 constitucional) del cual se desprenden dos leyes reglamentarias, la primera es la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (a la cual me voy a referir como Ley de Adquisiciones), y por otra parte la Ley de Obra Pública y Servicios relacionados con las mismas, así como sus reglamentos.

En la Ley de Adquisiciones nos damos cuenta que este ordenamiento pone un especial énfasis en que debe existir una verdadera necesidad de los gastos públicos por parte de las dependencias y entidades de la Administración Pública, para esto establece la imposición de hacer estudios de viabilidad, de factibilidad y de necesidad, previos al arrendamiento, adquisición y sobre el servicio que se vaya a contratar. En términos generales, la Ley de Adquisiciones establece tres procedimientos de contratación: 1. La licitación pública, 2. La invitación a cuando menos tres personas, y; 3. La adjudicación directa.

La licitación pública es el procedimiento primordial. La licitación pública es la regla general. En realidad, podríamos afirmar que la licitación pública es el procedimiento de adquisición, arrendamiento y enajenación, de todo tipo de bienes. Es la regla. Puede entenderse, esta licitación, estamos en este caso en un ámbito de conocedores del derecho administrativo, pero vale aclarar que puede entenderse la licitación pública como:

Un procedimiento administrativo que se encuentra sujeto a un régimen de Derecho Público, que tiene como finalidad seleccionar, entre una variedad de aspirantes que atienden a una convocatoria pública, al co-contratante de un contrato administrativo, que asegure de mejor manera a la Administración la obtención de beneficios y las mejores condiciones de idoneidad y conveniencia en la prestación de los servicios, en la realización de las adquisiciones o en la ejecución de las obras públicas.

Así pues, la Ley de Adquisiciones menciona, entre sus disposiciones, dos procedimientos administrativos que son alternos a la licitación pública, que como acabo de mencionar, es la invitación a cuando menos tres personas, y también la adjudicación directa, recalco, que son procedimientos que son excepción a la regla, y que la regla es la licitación pública.

En este caso, la invitación a cuando menos tres personas, es un procedimiento administrativo de excepción donde el requirente invita a participar, en una convocatoria de prestación de servicios o de suministro de bienes para el Estado, por lo menos a tres personas que pueden ser físicas o morales, capaces tanto económica como técnicamente para entregar en tiempo y forma lo requerido por la Administración Pública. Al recibir el particular la invitación por parte de la dependencia o entidad requirente, podrá aceptarla enviando una propuesta económica y material en los plazos fijados por la autoridad administrativa, así como el representante de toda la empresa; en caso de rechazar la invitación, podrá no responder o enviar su negativa de participación en dicha solicitud.

Ahora, tratándose de la adjudicación directa, se debe tener en cuenta que esta debe ser utilizada por parte de la dependencia o entidad como un último procedimiento, siempre y cuando garantice las mejores condiciones para el Estado. La adjudicación directa puede entenderse como:

El procedimiento administrativo (desde luego de excepción) por medio del cual la autoridad administrativa competente requiere a personas físicas o morales con capacidad de respuesta inmediata, de recursos técnicos, materiales, humanos, económicos y demás necesarios, cuya actividad, ya sea comercial o profesional, estén relacionadas con la obra, bienes o servicios que son objeto del contrato celebrarse. Supuestamente motivando y fundamentando de manera adecuada.

Aquí lo importante es que esta labor se hace sin mediar ningún procedimiento de licitación pública al contratado. Aquí la Administración Pública requiere, seleccionar la persona física o moral que va a participar en el contrato, es decir, selecciona a su co-contratante sin mediar ningún procedimiento de licitación pública al contratar. Vale la pena señalar que, para iniciar este procedimiento de adjudicación directa, la unidad administrativa competente debe justificar la decisión conforme a la investigación realizada en el estudio de mercado, estableciendo en su dictamen que no existen otros proveedores que puedan proporcionar los bienes o servicios requeridos o en su defecto que existe caso fortuito o fuerza mayor.

Esta forma de contratación prevé como límite de gasto hasta 300 veces el salario mínimo vigente en la ciudad de México (que actualmente anda como en 141 pesos), y en caso de que el monto lo rebase, deberá contar con al menos 3 cotizaciones en las mismas condiciones sobre los bienes o servicios requeridos, exceptuando los casos en que solamente existiera un único oferente con la titularidad de la patente.

Para lograr una adecuada adjudicación directa y que el servidor público responsable no sea sancionado por recurrir a esta forma alterna y excepcional de contratación, deberá (el servidor público) cumplir una serie de etapas, las cuales, en este momento voy a omitir, pero únicamente lo menciono para recalcar que se trata, la adjudicación directa, de un procedimiento de excepción.

Sí quiero comentar que los supuestos por los cuales la dependencia o entidad de la Administración Pública pueda utilizar este procedimiento conforme a la Ley de Adquisiciones, son aproximadamente 20, de los cuales únicamente voy a destacar los siguientes, para que podamos valorar la excepcionalidad que debe conllevar la adjudicación directa.

1. Que no existan bienes o servicios alternativos o sustitutos técnicamente razonables, o bien que sólo existe en el mercado un posible oferente, ya sea por la titularidad de un derecho o tenga el uso exclusivo de la patente.
2. Cuando se ponga en peligro el orden social, la economía, los servicios públicos, la salubridad o el ambiente de cualquier zona del país como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor.

3. Si se pudiese provocar pérdidas o costos adicionales importantes, cuantificados y justificados.
4. Que derive de una causa de fuerza mayor o caso fortuito y que por ello se esté en la imposibilidad de obtener bienes o servicios mediante el procedimiento de licitación pública en el tiempo requerido para atender lo solicitado por la dependencia o entidad para este caso, y la cantidad económica debe limitarse para afrontarlo.
5. Cuando se trate de contratos con campesinos o grupos urbanos marginados.

Ahora, analizando estos supuestos, en este caso simplemente mencionándolos, nos podemos dar cuenta que se trata de situaciones que ameritan que se recurra a la excepción y no a la regla, que es la licitación pública.

La Ley de Adquisiciones impone la obligación para el servidor público de fundar y motivar su decisión, y de no hacerlo se considerará que actúa en detrimento del patrimonio del Estado y es una posible falta grave, según lo que establece la Ley General de Responsabilidades Administrativas. Ahora bien, esta actividad de fundar y motivar, conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico, básicamente en la Ley de Adquisiciones, busca que sea cierta la reducción de costos para el Estado, sin embargo, creemos que es un procedimiento que carece de objetividad, competencia e imparcialidad.

Comprendido lo anterior, cabe mencionar que en la actualidad en la que se encuentra el Estado mexicano, la licitación, que es el procedimiento por excelencia, ha venido a convertirse en el procedimiento de excepción. Actualmente en México, por ejemplo, en el año 2020, presentó un porcentaje del 83.5% en compras a través de los procedimientos de invitación a cuando menos tres personas y de adjudicación directa. Un 83.5% según lo que ha sido publicado en compranet (que es una plataforma digital), lo que de alguna manera soslaya un grave problema a lo señalado en la Constitución.

En una investigación realizada para una asociación de novedad, Mexicanos contra la corrupción y la impunidad, se señala que durante los primeros seis meses de este 2021 se han entregado un total de 69.077 contratos por 176.9 millones de pesos. De estos 69 mil, 55.691, o sea, el 80 %, han sido entregados vía adjudicación directa por un total de 74.639 millones de pesos, es decir, el 42 % del total. Cabe decir que esto únicamente se circunscribe a la Administración Pública Federal, no está aquí contemplada la Administración Pública de las entidades federativas ni de los municipios.

Este abuso en el uso de la adjudicación directa ha creado un debate dentro del Sistema Nacional Anticorrupción, y por supuesto, en la vida académica de diferentes universidades de México que han propuesto la creación de un Código Nacional de Contratación Pública o una posible iniciativa de reforma al artículo 134 constitucional, para entonces crear la Ley General de Contratos Administrativos, a fin de que el legislador pueda considerar todas estas ideas, las voces de la academia, las voces del periodismo, las voces de los ciudadanos, y volver a posicionar a la licitación pública como el principal medio de adquisición de bienes y para contratar servicios.

En un primer momento, y bajo lo estipulado por el Sistema Nacional Anticorrupción de vigilar el ejercicio del gasto público mediante la Secretaría de la Función Pública, la Auditoría Superior de la Federación (que depende de la Cámara de Diputados) y el comité de participación ciudadana del Sistema Nacional Anticorrupción, pugnaron por la implementación de una plataforma digital nacional que llegara a ser el sustituto de compranet. En esta plataforma digital nacional se pretende que se alberguen el padrón de licitantes, los servidores públicos responsables, la publicación de convocatorias, el almacenamiento de datos de los trabajadores del Estado y los particulares sancionados, así como también los medios de defensa, las resoluciones dictadas por autoridades administrativas en tal materia, pero, sin embargo, esto no se ha logrado solidificar ni capacitar al personal para su uso.

De implementarse la plataforma digital nacional, pudiera entonces sí haber un cambio de contrataciones, en este caso las adjudicaciones, dado que la plataforma podría utilizarse como una herramienta de control por parte de la ciudadanía y de la institución de control interno y externo, en este caso la Secretaría de la Función Pública y la Auditoría Superior de la Federación, y de esta manera evitar las malas prácticas llevadas a cabo por la autoridad responsable, evitando así la corrupción en materia de contratación pública.

Cabe mencionar también otro elemento indispensable en el procedimiento de las adjudicaciones directas, que es la transparencia, y en concreto, otra vez, el uso de la plataforma nacional de transparencia, administrada y organizada por parte de un órgano constitucional autónomo que es el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, conocido como INAI. Esto realmente cobra relevancia para el proveedor que busca participar dentro de una convocatoria lanzada por el Estado porque en ocasiones la Administración Pública lleva procedimientos de excepción sin haber hecho realmente un estudio de mercado, de viabilidad, de factibilidad, lo que puede ocasionar una inconformidad por parte de las empresas interesadas.

Ahora, si fuese el caso anterior, la empresa, mediante el uso de la Plataforma Nacional de Transparencia, podría solicitar la información de la convocatoria, así como de los elementos fundamentales que justifiquen a la autoridad para realizar un procedimiento de excepción, y en caso de identificar una posible anomalía, notificar inmediatamente al órgano interno de control de la dependencia o la entidad para que iniciara una investigación, y si fuera el caso, cumplir con los requisitos de la convocatoria, participar en el procedimiento emitido por la autoridad responsable, y sancionar al servidor público encargado del mal uso de sus facultades. De tal manera que el uso de la transparencia, en materia de contratación pública, podría evitar la transgresión que se hace a los preceptos de la Ley de Adquisiciones y aumentaría también el procedimiento de licitación pública en los contratos administrativos celebrados en la Administración Pública Federal.

Para cerrar mi participación, yo quisiera enunciar los problemas actuales de la adjudicación directa en México, así como también algunas posibles soluciones.

El primer problema se da en cuanto a la normalización por parte de las Administraciones Públicas de recurrir de manera cada vez más frecuente a la adjudicación directa y como excepción a la licitación pública. La normalización de esta situación, de acuerdo con Transparencia Internacional en el año 2020, ha hecho que se disminuya la confianza de las empresas y de la ciudadanía por la posible parcialidad en las decisiones de materia sensibles.

Por otra parte, algo que atañe a la Administración Pública, es la muy escasa capacitación en áreas estratégicas, como son áreas de recursos materiales, las áreas de los órganos internos de control, ¿por qué? porque son los principales actores en las adquisiciones. El primero, como el encargado de llevar el procedimiento de convocatoria, evaluación y adjudicación; el segundo, como vigilante del buen ejercicio de las compras públicas.

Otro problema deriva del mal empleo de compranet, y básicamente en su atraso informático. En su momento, compranet fue una plataforma realmente innovadora y tomada como ejemplo en diversos países latinoamericanos, y posteriormente se ha quedado estancada y sin actualizarse de acuerdo a los avances informáticos.

Otro punto a resaltar es, de alguna manera, la precarización de la Plataforma Digital Nacional y el presupuesto para su implementación en toda la República mexicana, porque al no tener las herramientas necesarias para la actualización y mantenimiento de este instrumento tecnológico, se vuelve deficiente y muy problemático para el usuario.

El quinto problema se refiere a las prácticas monopólicas realizadas por el Estado porque al seleccionar a un oferente para el suministro de un producto, ocasiona un daño a la libre competencia, por tanto, las mejores prácticas en materia de compras públicas están ausentes.

De lo anterior se desprende que el cambio de facultades en materia de adquisiciones de la Secretaría de la Función Pública a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que se dio en este gobierno (siendo esta última la encargada de llevar a cabo todos los procedimientos de contratación, el registro, la distribución de los bienes o servicios de las dependencias o entidades de la Administración Pública Federal), ha generado un monopolio por parte de esta dependencia, y esto se realizó en aras de tener un control absoluto por parte del Ejecutivo.

Por lo anterior, quisiera mencionar muy someramente algunas posibles soluciones:

Primero, yo pensaría que el órgano interno de control, a través de su área de quejas, de denuncias e investigaciones, investigara y preguntara, de manera constante, a las áreas de recursos materiales que hay con las compras presupuestadas, y las formas de llevar a cabo el procedimiento de licitación, recalcando, haciendo hincapié en la necesidad de cumplir con las prácticas referentes a la licitación pública, evitando, en lo más posible, la invitación a cuando menos tres personas, y por supuesto la adjudicación directa.

Si fuera el caso de no poder llevar a cabo la licitación pública por alguna razón excepcional, que se acompañe en todo momento al servidor público, darle un seguimiento, desde la investigación del mercado, hasta la adjudicación de este.

Otra propuesta sería la creación de un observatorio ciudadano compuesto por académicos destacados en la materia, que se encargarán de vigilar a los servidores públicos responsables en llevar a los procedimientos de contratación pública, así como de aportar todas las ideas benéficas provenientes de la doctrina.

La tercera solución es la actualización de la plataforma de compranet para que dé el salto a la Plataforma Digital Nacional, que en un primer momento es la inversión del presupuesto en la mejora de los sistemas informáticos para que el almacenamiento de datos sea superior al que se tiene en este momento, y mejorar la forma en que se da acceso a esta herramienta tecnológica. Es importante recalcar que el presupuesto otorgado a la plataforma deberá ser estudiado no solamente de la Secretaría de Hacienda sino también por la Secretaría de la Función Pública para que Hacienda lo integre en el presupuesto de egresos de la Federación del año fiscal siguiente, logrando entonces un material informático con los más altos índices de cumplimiento, dada su mejora.

También propondría la difusión y presupuestación de la Plataforma Digital Nacional porque al ser una herramienta de impacto en la sociedad —porque ahora la sociedad también se vuelve más participativa y de alguna manera responsable— ni el sector público, ni el académico y social, tienen conocimiento de dicha herramienta, lo que ocasiona un problema grave de manejo de datos y de metadatos. Entonces, se debe capacitar a los operadores de la plataforma y crear congresos para que la ciudadanía y todos los actores vayan teniendo mayor conocimiento para que sea, en este caso, la comunidad académica y social, un factor de comunicación en toda la República mexicana.

De esta manera se lograría un mejor manejo de la contraloría social y un gasto mayor del que se tiene actualmente, entonces, el Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción debería hacer un análisis completo de los posibles gastos de mejora a fin de ser notorio y palpable el combate a la corrupción en las adjudicaciones directas a través de esta plataforma.

Asimismo, considero que llevar a cabo una convocatoria nacional para el registro de proveedores en compranet de los diversos bienes que requiere el Estado en aras de actualizar el padrón de licitantes, evitaría que la Administración Pública lleve, en gran medida, la adjudicación directa a la vez de evitar el monopolio de distribución de los productos dentro del mercado, fortaleciendo así la libre competencia, y en gran parte constituyendo un incentivo para las micro, pequeñas y medianas empresas, para que pudieran también intervenir en procedimientos de contratación.

Finalmente concluyo diciendo que el procedimiento de contratación pública mediante adjudicación directa se lleva a cabo en distintas etapas y se ha vuelto la regla general por el cual la Administración Pública lleva a cabo contratos administrativos, de alguna manera infringiendo el artículo 134 de la Constitución, ocasionando daños directos en el ejercicio del presupuesto. La Administración, al realizar las adjudicaciones directas, afecta la competencia nacional e internacional en la distribución de productos, lo que deviene en un incentivo indirecto en los monopolios en materia de bienes y servicios, lo que hace propicio la realización de malas prácticas.

La falta de capacitación de los servidores públicos responsables en llevar a cabo los contratos públicos, hace que la adjudicación directa sea una válvula de escape para satisfacer, de manera inmediata, las necesidades de las dependencias y entidades en materia de bienes y servicios.

Con esto concluyo mi participación, no sin agradecer de nuevo muy cumplidamente la invitación que se sirvieron formularme. Muchísimas gracias.

Moderador. Juan Domingo Alfonso Paradisi. Muchísimas gracias a usted, profesora María Guadalupe Fernández Ruiz por su interesante intervención.

Vamos a pasar al ciclo de preguntas en virtud del tiempo programado; ya va a ser la una de la tarde, hora de Caracas. Y gracias a todos los ponentes, y al profesor Luis Gerardo Rodríguez Lozano por su colaboración en la moderación de los profesores mexicanos.

Paso entonces a formular las preguntas. Ya, como ven, ha habido una pregunta para el profesor Luis Fraga, que él amablemente ya la contestó, lo que queremos es que quede acá para el resto de los ponentes y quede grabada. La pregunta era: como consecuencia de los elementos hiperinflacionarios evidenciados en Venezuela, ¿la aplicación de la teoría de la imprevisión en pro del contrato administrativo se viene ejecutando como un mecanismo para mantener el equilibrio económico del contrato?

Como digo, el profesor Fraga la respondió, pero si la puede responder para que quede grabada. En virtud de su excelente exposición, le preguntaría, que ya lo desglosó muy bien en su ponencia: ¿Qué criterios claves nos diría para distinguir si se trata o no de un servicio público? Por ejemplo, en el caso de transportes marítimos, o terrestres en materia de transporte de gasolina o de diésel o de petróleo, y su relación con los contratos administrativos.

Yo me estoy refiriendo, y el profesor Fraga lo sabe, al análisis del trabajo del profesor Brewer, que sirvió también para el excelente prólogo de dicho libro por parte de Fraga. Usualmente, en el pasado se podía decir con mucha facilidad que era un contrato administrativo porque había la ejecución de un servicio público al tratarse de transporte de gasolina o de diésel, pero quería ver, de acuerdo al criterio del profesor Fraga, qué pensaría él en cuanto a esa pregunta; criterios claves para distinguir si se trata o no un servicio público, viendo el caso del Lago de Maracaibo, y porque en ese caso —a lo mejor— no se trataría de un servicio público, no se trataría tampoco, de igual manera, de un contrato administrativo, porque no se dan algunas de sus condiciones o requisitos claves para mí. Adelante, profesor.

Luis Fraga Pittaluga. Bueno con respecto a la pregunta, en Venezuela se ha reconocido, desde hace muchísimos años, la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión o de las subvenciones imprevistas (creo que así la llama Enrique Iribarren), que comprende tanto la teoría de la imprevisión como la teoría del hecho del príncipe, es decir, las alteraciones de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo como consecuencia, o bien de una decisión de la propia autoridad contratante, de una decisión del Estado, o simplemente por el advenimiento de circunstancias que no fueron previstas al momento de la celebración del

contrato, y que si bien no imposibilitan la ejecución del mismo, lo hacen excesivamente oneroso, lo hacen prácticamente ruinoso para el particular contratante.

Por supuesto, en la doctrina clásica del derecho administrativo francés, desde una sentencia del Consejo de Estado francés, desde principios del siglo pasado, se reconoce esta posibilidad, y eso ha sido acogido por la doctrina venezolana, así lo reconoce Brewer-Carías, Pérez Olivares, Rafael Badell Madrid y el propio Henrique Iribarren Monteverde, de hecho, este último sostiene, si mal no recuerdo, que independientemente de cualquier regulación que haya, por ejemplo, en la Ley de Contrataciones Públicas sobre este tema, que tiene una regulación especial en la ley, en el punto específico de la variación de precios y todo esto, independientemente de ese tratamiento, él opina que hay una aplicación directa de la Teoría de las Subvenciones Imprevistas, más allá de estas regulaciones, hay una aplicación directa porque no se puede obligar al co-contratante a que ejecute el contrato ante el acaecimiento de circunstancias que lo hacen excesivamente oneroso.

Ahora, en la pregunta en concreto se hablaba del tema de la inflación, y bueno, yo opino que la inflación en Venezuela no es algo imprevisto, es algo con lo que tenemos muchos años viviendo, y con hiperinflación tenemos varios años viviendo, de manera que yo no lo consideraría un hecho imprevisto que pueda caer dentro de la Teoría de la Imprevisión, lo que sí creo es que en los contratos públicos necesariamente, el co-contratante tiene que prever la inclusión o discutir la inclusión de cláusulas que permitan mantener ese equilibrio económico-financiero del contrato, pero no creo que el tema de la inflación pueda caer dentro de la Teoría de la Imprevisión.

En cuanto a la segunda pregunta, la verdad es que el tema es muy complicado, la discusión sobre lo qué es el servicio público ha sido uno de los quebraderos de cabeza en el derecho administrativo desde que el derecho administrativo existe; es una noción también de origen pretoriano, un concepto fundacional del derecho administrativo del *arrêt* Blanco, en ocasiones muy difícil de precisar porque si al caso vamos, en el ejemplo del transporte de gasolina, bueno alguien me puede decir que la gasolina es indispensable para una cantidad de cosas de manera que satisfacen necesidades colectivas; pero también eso lo hace la farmacia y lo hacen las panaderías y lo hacen los bancos. Tal vez las personas puedan dejar de utilizar sus automóviles, pero no pueden dejar de ir al supermercado a comprar comida o adquirir medicinas. Rotular la prestación de servicios que hace una farmacia o que hace un supermercado, una panadería, como un servicio público dentro de las connotaciones que tiene eso dentro del derecho administrativo, es muy complicado.

Por eso en el libro del profesor Brewer se trata en profundidad ese asunto. Los servicios que prestaban estas empresas en el Lago de Maracaibo, no pueden considerarse como susceptibles de ser incluidos dentro de un contrato administrativo porque no había un beneficio directo para la colectividad; pero como digo, este es un concepto complicado, y que en mi opinión requiere ser reducido en la medida de lo posible porque de lo contrario, y esto es lo que pasa con muchos conceptos del derecho administrativo, va a tener un efecto expansivo desastroso porque entonces lo público va a penetrar todo, como ocurre en nuestro país donde todo es público, donde el poder está metido en todo, y por ende desgraciadamente también la política.

Entonces yo creo que hay que tener mucho cuidado con la aplicación de esta etiqueta de servicio público a cualquier cosa que comporte un beneficio directo o indirecto para la colectividad.

Moderador. Juan Domingo Alfonso Paradisi. Muchísimas gracias. Es un tema bien interesante. Para el profesor Luis Ortiz tengo dos preguntas, hay una en el chat del profesor Gonzalo Pérez, pregunta: ¿qué le recomienda a un particular que de buena fe tiene un contrato con el gobierno de Venezuela y no lo puede ejecutar por temor a las sanciones? Y otra pregunta: ¿El hecho de pagar en petros puede conllevar a la posible imposición de sanciones?

Luis Ortiz-Álvarez. Muchas gracias. Con relación a la primera pregunta, al contratista que tenía un contrato preexistente o que contrató de buena fe con la Administración ¿qué puede hacer? Bueno, en realidad depende del caso concreto, mi primera recomendación es que analice en detalle su situación jurídica específica para ver si la misma es compatible, está autorizada o no por las sanciones económicas. Como mencioné en la exposición, hay un conjunto de excepciones en las órdenes ejecutivas y en las licencias generales, que permiten, expresamente transacciones en diversos temas (alimentos, medicinas, vestimentas, puertos, aeropuertos, telecomunicaciones, todas las actuaciones de las ONG en materia de ayuda al pueblo, de los niños y derechos humanitarios, cuestiones del COVID, y cuestiones del gas para cocinar).

Fuera de esas transacciones permitidas, que están en el marco de las 40 licencias de la OFAC, no todas están vigentes, hay que checar eso también, hay que determinar su caso concreto, porque se da la situación de que, aunque no esté autorizada por la OFAC, a veces, dependiendo de la situación concreta, la OFAC otorga una licencia específica. Lo que se debe aclarar es que lamentablemente la preexistencia de la buena fe de un contrato no es suficiente para excluirlo de las sanciones, alguien puede decir «bueno, dictaron las sanciones pero mi contrato era anterior», desde la perspectiva de las sanciones americanas eso no excluye el cumplimiento de sanciones, y de hecho, hay muchas de las órdenes ejecutivas y de las

licencias generales de la OFAC, que dan unos períodos para terminar o liquidar el contrato, lo que llaman «los períodos de *one down*», y en caso que no lo hagas en ese lapso, estás en riesgo de violación de las sanciones económicas, claro está, si se dan los elementos que mencioné antes.

Mi recomendación sería analizar el caso, si es necesario pedir una licencia especial a la OFAC, y otra recomendación práctica que funciona mucho es pedir un dictamen jurídico a un escritorio americano, que a veces eso disipa las dudas, y si la conclusión es positiva, eso además confirma una actuación diligente por parte de la compañía y te da cierto nivel de seguridad jurídica, y te permite a veces que los bancos te desbloqueen el dinero, te permite hacer transacciones, etcétera.

Y si se concluye que la transacción es permitida, hay que tomar en cuenta que muchas de las licencias de la OFAC tienen ciertas restricciones, tales como que no puedes hacer transacciones en las cuales participe el Banderas, que no esté el oro de Venezuela involucrado, y que no esté el Petro. Tenemos varios clientes que nos han pedido asistencia, quieren hacer operaciones, y, de hecho, algunos lo están haciendo, quieren importar medicinas y alimentos a Venezuela, y la conclusión jurídica es que era permitido sin necesidad de acudir a la OFAC, y hoy día están haciendo las transacciones incluso con el gobierno de Venezuela y están llevando alimentos y medicinas a Venezuela sin ningún problema; claro que, con las recomendaciones de rigor, entre ellas el no incurrir en corrupción.

Respecto a la segunda pregunta, la mayoría de las licencias generales que autorizan estas transacciones en materia de temas humanitarios, etcétera, tienen unas restricciones, y una de las restricciones específicamente es no puedes aceptar el Petro como un mecanismo de pago, entonces, eso sigue estando prohibido y no ha sido levantado por la orden ejecutiva 13827, y de manera que, si te ofrecen pagos en Petro, aunque estés llevando, incluso, alimentos y productos permitidos, pudieses estar incurriendo en una violación de las sanciones económicas; lo mismo va para el oro y lo mismo va para quien involucre a ciertas gentes que están en la lista OFAC, o como el Banderas. Esa sería la respuesta, gracias.

Moderador. Juan Domingo Alfonso Paradisi. Bueno, no me queda más que agradecerle a cada uno de los ponentes, a nuestros colegas y profesores que participaron en esta iniciativa de AVEDA, iniciativa internacional, en esta conversación, este coloquio en materia de derecho administrativo, concretamente en este tema medular, el contrato administrativo. Agradecer al profesor Luis Gerardo Rodríguez Lozano, de la Universidad de Nuevo León-México.

Aprovecho para presentar al panel una pregunta que nos realizan por zoom: ¿quién controla a los controladores? (refiriéndose al Sistema Nacional Anticorrupción de México), ¿en épocas de la globalización es

posible tener un Estado social robusto?, ¿es posible ese equilibrio entre la estructura empresarial y los demás ciudadanos?

Luis Fraga Pittaluga. Bueno, esa es otra discusión enorme, larga y muy compleja. Yo diría, por ejemplo, que hay países muy exitosos desde muchos puntos de vida que no conocen el concepto de servicio público de tradición francesa, por ejemplo, y donde el Estado no tiene ningún foro privilegiado para ser demandado, no existe el contencioso administrativo, y son Estados que funcionan. Está el caso de los Estados Unidos donde el concepto de servicio público fue sustituido por el de los *utility*, y es muy diferente.

Quisiera decir otra cosa, no me quiero meter en la manera en la ponencia de la profesora, pero en el tema de la corrupción tenemos que recordar una cosa, la corrupción es un problema bidireccional, si hay corrupción administrativa es porque hay empresarios privados o personas privadas que se prestan para la corrupción, porque un funcionario público no puede ser corrompido si el que accede al servicio público no le ofrece la corrupción o en definitiva no se la paga. Entonces, yo creo que es un problema mucho más profundo de nuestras sociedades cuyos valores éticos y morales están desde hace mucho tiempo muy deteriorados.

Latinoamérica tiene un problema de corrupción de arriba abajo, pero no es un problema exclusivo del sector público, porque el sector público solo no podría incurrir en actos de corrupción sin la participación del sector privado. Es un problema de la sociedad, de la ética y del comportamiento moral, de los valores de la sociedad. Entonces creo que es un problema mucho más profundo.

Yo sí creo que puede haber un Estado robusto siempre y cuando no se metan en lo que no se tiene que meter. Un Estado no tiene que administrar hoteles, aerolíneas, empresas que no sean absolutamente necesarias, no entiendo por qué un Estado, por ejemplo, tiene que prestar el servicio de telefonía. Entonces, yo creo que el Estado empieza a deteriorarse como institución cuando se empieza a meter en cometidos que perfectamente pueden ejecutar los particulares con regulaciones para que no se incurra en conductas que afectan a la colectividad.

Yo sí creo que puede haber un equilibrio siempre que el Estado se concentre en hacer las cosas que tiene que hacer y hacerlas bien, porque un Estado, por ejemplo, prestando el servicio hotelero pero que cuyo sistema de administración de justicia es un desastre, no tiene mucho sentido porque la administración de justicia es un cometido esencial del Estado, o la policía, la seguridad y defensa, etcétera.

Moderador. Juan Domingo Alfonzo Paradisi. Bueno, para cerrar, muchísimas gracias, como decía, a los profesores, al profesor Luis Gerardo Rodríguez Lozano que contribuyó, con nosotros, enormemente, en

esta iniciativa internacional, en este coloquio-mexicano venezolano sobre el contrato administrativo en distintas perspectivas. Agradecido con cada uno de los ponentes en nombre de AVEDA. Nos vemos en una próxima oportunidad. Muchísimas gracias por estar con nosotros.