

Jurisdicción y derecho aplicable en materia de contratos de empréstito público

Tatiana de Maekelt
Eugenio Hernández-Bretón

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Nº 102
Universidad Central de Venezuela
Caracas, 1997

1. Un muy publicado Dictamen emanado del despacho del Procurador General de la República,¹ posteriormente ampliado en la prensa local,² y con evidentes consecuencias políticas,³ ha reabierto la discusión en cuanto al ámbito de aplicación del artículo 127 de la Constitución.⁴ Más específicamente, como se verá más adelante, se trata de examinar si en los contratos de empréstito público celebrados por la República es admisible la cláusula de sumisión a tribunales extranjeros o árbitros que resuelvan en el exterior, y la cláusula de elección de derecho aplicable. El objeto de las próximas líneas es presentar unas breves apuntaciones a ese dictamen.

¹ Se trata del Dictamen N° 4211 del 19 de diciembre de 1996 (consultado en original), dirigido al Ministro de Hacienda. El dictamen fue ampliamente publicitado, entre otros medios puede verse el reportaje "Es inconstitucional aplicar leyes de países acreedores"; *El Universal*, 15 de enero de 1997, p. 1-21. Véase además el remitido de Fundapatria "Es inconstitucional la renuncia del Estado a la jurisdicción y a las leyes venezolanas en los contratos de interés público según el Procurador General de la República", *El Nacional*, 22 de enero de 1997, p. D-5.

² Jesús Petit Da Costa, "En las operaciones de crédito público no se puede renunciar a tribunales y leyes venezolanas", *El Mundo*, 23 de enero de 1997, p. 7.

³ Según reportes de prensa, dicho Dictamen y otras circunstancias llevaron a renunciar al Procurador General, ver la columna Conversaciones con Alfredo Peña, "La renuncia del Procurador", *El Nacional*, 14 de febrero de 1997, p. D-2. Ese mismo día oficializó su renuncia el Procurador.

⁴ El artículo 127 de la Constitución de 1961 dispone: "En los contratos de interés público si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes serán decididas por los Tribunales competentes de la República, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras".

2. Según el propio dictamen, el mismo fue emitido con ocasión del Convenio de Préstamo suscrito entre la República de Venezuela, por órgano del Ministerio de Hacienda y un banco sueco, para financiar parcialmente la adquisición por la República de Venezuela de un lote de misiles de origen sueco para el Sistema RBS-70 de la Comandancia General del Ejército, a ser suministrados por un proveedor sueco.

3. El Dictamen en cuestión señala que: a) “resulta contrario a la Constitución la inclusión de los contratos de crédito público (de) la cláusula de renuncia expresa por el Estado venezolano del privilegio de inmunidad de jurisdicción”⁵ y b) es “evidentemente inconstitucional la cláusula mediante la cual se pretende que **“la Corte Suprema de Justicia o cualquier otro Tribunal de la República de Venezuela aplique, con respecto a las operaciones de crédito público, las leyes imperantes en el país del acreedor, prestamista o vendedor”**”.⁶

El Dictamen citado se fundamenta en la naturaleza jurídica de las operaciones de crédito público. Allí se expresa que tales operaciones son contratos de interés público que por su naturaleza no permiten renunciar a la inmunidad de jurisdicción.⁷ Añade que el carácter de orden público de la materia regulada en el contrato determina la aplicación preferente de la legislación venezolana sobre la extranjera “como una limitación al principio de autonomía de la voluntad de las partes contratantes”.⁸

El primero de los razonamientos antes expuestos se fundamenta en las ideas del profesor Morles,⁹ quien señala que la noción de contrato de interés público es más amplia que la de contrato administrativo. Por lo tanto, correspondía al

⁵ Dictamen del 19.12.96, p. 13.

⁶ Dictamen del 19.12.96, p. 15. Aparentemente el contenido del Dictamen en examen reproduce sustancialmente el criterio expresado en el Dictamen del 12 de marzo de 1996, el cual no hemos podido consultar. Véase “La renuncia del Procurador”, nota 3 *supra*. De alguna manera las raíces del Dictamen en estudio ya habían sido expresadas por el Procurador General Petit Da Costa en su artículo de prensa “Blindar con la Constitución”, *El Universal* del 14 de septiembre de 1996, p. 1-4.

⁷ Dictamen del 19.12.96, p. 6-14.

⁸ Dictamen del 19.12.96, p. 14.

⁹ Alfredo Morles H., “La inmunidad de jurisdicción y las operaciones de crédito público, Estudios sobre la Constitución”. *Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo III. pp. 1701, 1717 ss. (Caracas: UCV, 1979).

legislador precisar en cuáles contratos de derecho común podría pactarse la sumisión a tribunales extranjeros, lo cual no ha sido hecho en la Ley Orgánica de Crédito Público. Señala también, al asimilar contrato de interés público y contrato administrativo se imposibilita la sumisión a tribunales extranjeros. Por otra parte señala que “prácticamente todos los Estados afirman la tesis de la inmunidad de jurisdicción, por lo cual no puede pensarse que la naturaleza de estos contratos admitan una cláusula de renuncia de este tipo”. Además, señala que la expresión constitucional “naturaleza de contrato” utilizada en el artículo 127 de la Constitución significa “contratos que no fueron susceptibles de colocar a la República en situación humillante, tal como ocurrió en diciembre de 1902.”¹⁰ El segundo de los razonamientos expresados se apoya en un vago principio de territorialidad de la ley y en la noción de orden público contenida en el artículo 6 del Código Civil.

4. Al emitir el Dictamen en estudio, el Despacho del Procurador decidió abandonar el criterio sostenido en el Dictamen AE-14-1-77, que afirmaba la naturaleza mercantil de los empréstitos públicos externos y por lo tanto “susceptibles de ser objeto de cláusulas por parte del Estado prestatario que establezcan la competencia de la jurisdicción del Estado del prestamista o de tribunales arbitrales, para conocer de las dudas o controversias de dichos contratos, sin que tales cláusulas puedan ser consideradas como violatorias del artículo 127 de la Constitución”.¹¹ Esta interpretación había tenido una influencia muy significativa. En efecto, si revisamos la doctrina de la Procuraduría encontramos que es a partir de ese Dictamen cuando la Procuraduría adopta el criterio de la relatividad de la inmunidad de jurisdicción en materia de contratos de empréstito público. Esta opinión se ve reafirmada en el dictamen DCRI del 8-6-84. En este último Dictamen, además, se alega la prevalencia de la denominada *lex mercatoria* “la cual es definida como fuentes adoptadas en el área comercial formando parte del derecho común. Esta *lex mercatoria* permitiría y autorizaría aplicar al Estado el mismo tratamiento que se aplica al comerciante en razón de la realización de actos mercantiles”.

¹⁰ Dictamen del 19.12.96, p. 13.

¹¹ Dictamen AE-14-1-77, publicado en **20 años de Doctrina de la Procuraduría General de la República**, Tomo IV, Volumen II, pp. 178, 191 y ss. (Caracas, 1984). También deben verse los dictámenes AE-1-12-75, op. cit., pp. 169 y ss. y D.C.R.I. 8-6-84, publicado en **Doctrina de la Procuraduría General de la República** 1984, pp. 19 y ss. (Caracas, 1987).

5. El sentido y alcance de las disposiciones contenidas en el artículo 127 de la Constitución debe determinarse en atención a los propósitos del legislador. Así, en la Exposición de Motivos se indica: “En cuanto a las cláusulas en contratos de interés nacional se han de dejar a salvo la soberanía y la seguridad de la República y que son ordenadas en las Constituciones anteriores, la redacción de los artículos respectivos se ha adaptado a la índole de los documentos, para no desconocer variedades surgidas con la evolución del Derecho Internacional, y ha sido consultado cuidadosamente con expertos de la Cancillería.”¹²

6. La noción de inmunidad de jurisdicción “entendida como el principio según el cual los tribunales de un Estado no pueden conocer de juicios en los cuales sean parte ciertos y determinados sujetos de Derecho Internacional Público, constituye una limitación al ejercicio de las competencias territoriales reconocidas a los Estados...” Tal principio, originalmente expresado en términos absolutos, ha ido admitiendo en las épocas más recientes restricciones, producto forzado de las realidades modernas, que revelan una creciente participación de los más variados sujetos de Derecho Internacional Público, especialmente los Estados soberanos, en las más diversas parcelas del ámbito empresarial. De tal manera, la praxis internacional admite excepciones a la regla de la inmunidad de jurisdicción según la naturaleza jurídica de la actuación del sujeto de Derecho Internacional Público de que se trate. Este es el criterio seguido por el Código Bustamante (1928), la Convención Europea sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados de 1972 y su Protocolo adicional, la Foreign Sovereign Immunities Act, de los Estados Unidos de América (1976), la British Immunity Act inglesa (1978), la State Immunity Act of Canada (1982) y el Proyecto de Convención Interamericana de Jurisdicción de los Estados (1980). En general, puede decirse que se recoge el principio de inmunidad de jurisdicción cuando se trata de actos soberanos o *acta iure imperii*, mientras que la inmunidad no podrá ser invocada cuando se trata de actos mercantiles o empresariales o *acta iure gestionis*. La inmunidad de jurisdicción sólo ampara a los *acta iure imperii*. Por lo que respecta a los *acta iure gestionis*, los Estados soberanos están sometidos a la jurisdicción de los Estados en la medida que

¹² Exposición de Motivos, en Mariano Arcaya, *Constitución de la República de Venezuela*, Tomo I, Art. 1 al Art. 64. El Cojo: (Caracas, 1971), p. 54.

las normas nacionales sobre la competencia procesal internacional directa así lo prescriben. De esta manera, la inmunidad de jurisdicción reconocida originalmente *ratione personae* se ve coloreada *ratione materiae*.¹³

7. No obstante la sencillez de la distinción, la doctrina y la jurisprudencia han tenido que enfrentar la dificultad de encontrar criterios satisfactorios para concretizar la distinción teórica. El primer asunto a considerar es precisar el ordenamiento jurídico material según el cual debe calificarse la distinción.¹⁴ Se trata de un problema similar al de las calificaciones en el derecho internacional privado.¹⁵ De esta forma se exige determinar si la distinción entre *acta iure imperii* y *acta iure gestionis* debe efectuarse según el ordenamiento jurídico del Estado que conozca de la controversia (*lex fori*)¹⁶ o según el ordenamiento jurídico del Estado extranjero involucrado en la controversia (*lex causae*).¹⁷ Naturalmente, al igual que en el examen del problema de las calificaciones en el derecho internacional privado cabe la posibilidad de calificar el acto en forma autónoma, aprovechado el carácter instrumental del derecho comparado.¹⁸

La interpretación del artículo 127 de la Constitución, en función del término “soberanía”, presenta inconvenientes por resultar difícil definir con exactitud lo que debe entenderse por soberanía.

El profesor Gonzalo Pérez Luciani, refiriéndose a este problema ha expresado lo siguiente: “lo cierto es que es imposible precisar de una manera absoluta qué debe entenderse por soberanía. Autores contemporáneos sostienen que la

¹³ Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 5.5.1994, Yrama Rodríguez de León vs. Sistema Económico Latinoamericano (SELA), O. Pierre Tapia, Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, 5 (1994), pp. 247, 252-253.

¹⁴ Hartmut Kronke, *Erstreckung der Staatenimmunität auf deutsche Landesrundfunkanstalten?*, IPRax 1989, pp. 176-177.

¹⁵ Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 2da. Ed., pp. 97 ss. (Tübingen 1994). Nota 7, pp. 97 ss.; Henri Batiffol, Paul Lagarde, *Traité de Droit International Privé*, Tomo 1, 8a. Ed., pp. 291 ss. (Paris 1993).

¹⁶ Hartmut Kronke, Nota 13, p. 177.

¹⁷ Fermín Toro Jiménez, *Manual de Derecho Internacional Público*, Volumen I, (Caracas 1982), pp. 503-504, quién, sin embargo, limita la aplicabilidad de este criterio al examen de la inmunidad de Estados extranjeros en foro venezolano. Para el caso de la inmunidad del Estado venezolano afirma la aplicabilidad del artículo 127 de la Constitución; véase id. pp. 431 ss.

¹⁸ Kronke, Nota 13, p. 177.

soberanía es una noción variable históricamente: en el ámbito interno se suele entender por soberanía la efectividad de la fuerza por la cual las determinaciones de las autoridades son observadas y hechas observar con la coacción. En el ámbito exterior el concepto de soberanía tiene un contenido negativo, esto es, la no sujeción a determinaciones de otras organizaciones a menos que sea por determinación voluntaria. Este concepto de soberanía parece ser el más adecuado a las circunstancias históricas actuales". "La soberanía comprende o implica la posibilidad para un Estado de poder limitarse o autolimitarse, voluntariamente, en virtud de compromisos internacionales asumidos libremente. Las obligaciones resultantes de esos compromisos internacionales (tratados, convenciones, acuerdos, etc.). Y las limitaciones que de ellos surjan hacen evidente o patente un verdadero aspecto y, quizás el más relevante de esa propia soberanía. Haciendo un símil o comparación, la autonomía privada de los particulares para celebrar contratos, contraer obligaciones, etc., se manifiesta precisamente, y en su punto culminante en el hecho de la asunción de tales obligaciones y compromisos obligatorios. La autonomía privada se realiza y se cumple a cabalidad precisamente cuando de esa autonomía privada derivan las obligaciones y compromisos que nacen de las relaciones negociables entre particulares. De la misma manera la soberanía del Estado se manifiesta y tiene su punto culminante precisamente cuando, libre y sin precisiones de ninguna clase, compromete el propio comportamiento frente a otros Estados y otros sujetos de Derecho Internacional.¹⁹

8. Otro problema que plantea el carácter relativo de la regla *par in parem non habet jurisdictionem* es determinar el criterio material según el cual debe concretizarse la distinción. Aun cuando el derecho internacional público no brinda líneas rectoras en esta materia, el examen de la legislación de los Estados indica que se acogen fundamentalmente dos criterios. Los Estados europeos y los Estados Unidos de Norteamérica acogen el criterio de la naturaleza del acto,²⁰ mientras que otros países acogen el criterio de la finalidad del acto.²¹ Venezuela, en atención a la decisión en el caso SELA, parece acoger el criterio

¹⁹ Cfr. Pérez Luciani, G. "Tratado Complementario del Acuerdo de Cartagena, sobre Creación del Tribunal del Acuerdo de Cartagena". Doctrina de la Procuraduría General de la República (1974), pp. 44-45).

²⁰ Kronke, Nota 13, p. 177; Geimer, Nota 6, pp. 122 ss.

²¹ Toro Jiménez, Nota 16, pp. 389 ss.

de la naturaleza objetiva del Acto (“...según la naturaleza jurídica de la actuación del sujeto...”).²²

9. Se ha pretendido fundamentar la imposibilidad de sumisión del Estado venezolano a tribunales y leyes extranjeras por razones de soberanía. “Sin embargo, soberanía e inmunidad de jurisdicción no son términos equivalentes. Entre uno y otro existe una relación de causa y efecto, y como consecuencia de quien puede lo más puede lo menos, si el Estado goza de inmunidad es porque en su voluntad de soberano así lo quiere, aunque nada impide que pueda querer lo contrario y así debe tomarse no sólo cuando lo diga de manera expresa, sino además cuando no la aduce o cuando se colige de la actividad que haya originado la responsabilidad contractual o extracontractual que se le demanda”.²³

10. Aun cuando la doctrina venezolana no es unánime al respecto, parte de ella ha afirmado que los contratos de empréstito “nunca se han considerado como formando parte de la pseudocategoría de los Contratos de Interés Público”. Por lo tanto no le es aplicable la regla artículo 127 de la Constitución.²⁴ De negarse tal posición, todavía es posible sostener razonablemente el carácter de *acta iure gestionis* de los contratos de empréstito público. Esta es la opinión sostenida por los autores²⁵ y la jurisprudencia²⁶ más reciente, así

²² Supra Nota 12.

²³ Tatiana Bogdanowsky de Mackelt, “Inmunidad de Jurisdicción de los Estados”, en **Libro Homenaje a José Melich Orsini**, Vol. I, UCV (Caracas, 1982), pp. 227-228.

²⁴ Gonzalo Pérez Luciani, “Contratos de Interés Nacional, Contratos de Interés Público y Contratos de Empréstito Público”, en **Libro Homenaje al Dr. Eloy Lares Martínez**, Tomo I. UCV (Caracas, 1984), pp. 91, 163.

²⁵ Pérez Luciani, cit., y los autores allí citados, pp. 143 y s.; véase, además, Humberto Briceño León, “Inmunidad de Jurisdicción y el Procurador”, *El Universal*, 20 de febrero de 1997, p. 2-2.

²⁶ Ver los casos citados por Georges Delaume; Sovereign Immunity From Execution and Transnational Loans, en David M. Sassoon y Daniel D. Bradlows (Eds), en *Judicial Enforcement of International Debt Obligations*; International Law Institute (Washington D.C., 1987), pp. 73 y ss., en la misma publicación véase Thomas Wälde, *The Sanctity of Debt and Insolvent Countries: Defenses of Debtors in International Loan Agreements*, pp. 119 y ss.; Hector A. Mairal, *Issues Arising From the Legal and Constitutional Validity of the Debt under the Debtor's own Law*, pp. 147 y ss.; Lawrence W. Newman/Michael Burrows, *Enforcing Sovereign Debt: Is comity new back door?*, en *The Practice of International Litigation*, Volume 1. Transnational Juris Publications Inc. (Irvington-on-Hudson, N.Y. 1992), pp. 45 y ss.; Angelika Fuchs, *Argentienischen Zahlungsmoratorium vor US-amerikanischen Gerichten*, IPRax 1994, pp. 148 y ss.

como también la actitud creciente de los Estados.²⁷ Es imprescindible insistir en el carácter contractual de las operaciones de empréstito público, es decir, se producen como consecuencia de un acuerdo de voluntades en el cual el poder de imperio de Estado, propiamente dicho, está ausente.

Los empréstitos públicos efectivamente sólo complacen la fase contractual, cuyo contenido, como lo hemos dicho, es netamente mercantil y pueden ser sometidos a la jurisdicción del Estado del prestamista, sin que tal solución signifique violación del artículo 127 de la Constitución: "...parte de estos contratos por su naturaleza no comprometen ni la soberanía interna ni la seguridad de la República. No comprometen la soberanía porque el juez extranjero sólo estará llamado a conocer cuestiones netamente mercantiles y en actuaciones unilaterales del Estado...". Por otra parte, no comprometen la seguridad de la República porque la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no implica renuncia a la inmunidad de ejecución.

11. Tampoco la más reciente normativa venezolana en materia de derecho aplicable a los contratos internacionales apoya el criterio sostenido en el Dictamen en cuestión. El artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, suscrita en el marco de la Quinta Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado, en México, D.F. (1994), ratificada y vigente para Venezuela,²⁸ luego de precisar que ella determina el derecho aplicable a los contratos internacionales, definiéndolos como aquellos en que las partes de los mismos tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o cuando el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte, señala que ella se aplicará "a: contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que la partes en el contrato la excluyan expresamente". Venezuela no reservó esa disposición, en consecuencia es derecho para nosotros desde la entrada en vigencia de dicha Convención.

²⁷ Véase además de los materiales citados en las dos notas anteriores, en relación a los Estados latinoamericanos, Antonio Boggiano, *Contratos Internacionales*. Depalma (Buenos Aires, 1990), pp. 11 y ss. (Chile), p. 22 (Brasil), p. 24 (Argentina) p. 26 (Perú, ver el artículo 63 de la Constitución de 1993).

²⁸ Ley Aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial N° 4.974 Extraordinario del 22 de septiembre de 1994.