

# La Inmunidad de Jurisdicción en los Contratos de Interés Público \*

Isabel Boscán de Ruesta  
Profesora en la Universidad  
Central de Venezuela

## SUMARIO

### I. INTRODUCCION

### II. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DEL PRINCIPIO DE INMUNIDAD DE JURISDICCION DE LOS ESTADOS

1. *Origen: La Inmunidad Absoluta de Jurisdicción y de Ejecución.* 2. *Fundamento.* 3. *Evolución: La Inmunidad Relativa.* 4. *Criterio delimitador: Actos Jure Gestionis.* 5. *Críticas.* 6. *La evolución en Estados Unidos.* 7. *La situación en los Estados Latinoamericanos.* 8. *Los países Socialistas.* 9. *Tendencias Modernas: Convenios Internacionales y Leyes Nacionales sobre Inmunidad de Jurisdicción de los Estados.* A. El Código de Bustamante. B. La Convención Europea sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados y su Protocolo Adicional de 1972. C. La Ley Americana: The Foreign Sovereign Immunity Act of 1976. D. La Ley Inglesa de 1978: La British Immunity Act of 1978. E. La Ley del Canadá de 1982: State Immunity Act of Canadá. F. Proyecto de Convención Interamericana sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados. 10. *Conclusiones.*

### III. LA INMUNIDAD DE JURISDICCION EN VENEZUELA EN LOS CONTRATOS DE INTERES PUBLICO. ORIGEN Y EVOLUCION CONSTITUCIONAL.

1. *Primera Etapa 1893-1945: La Inmunidad Absoluta.* A. Constitución de 1893. B. Constitución de 1910. C. Constitución de 1904. D. Constitución de 1909. E. Constitución de 1914 y 1922. F. Constitución de 1925. G. Constituciones de 1928, 1929, 1931, 1936 y 1945. 2. *Segunda Etapa, Constitución de 1947 y 1961: La inmunidad Relativa.* A. Constitución de 1947. B. Constitución de 1961. 3. *Conclusiones.*

### IV. LA DOCTRINA VENEZOLANA SOBRE LA MATERIA

1. *La doctrina venezolana sobre el concepto de contrato de interés público y contrato de interés nacional.* A. El contrato de interés nacional una especie de contrato de interés público. B. La expresión contrato de interés nacional no es coincidente con la de contrato de interés público. C. El contrato de interés público coincide con el contrato administrativo. D. Contrato de interés público determinado en función de la importancia, magnitud económica o sus consecuencias. E. Los contratos de interés público son los contratos celebrados con extranjeros. 2. *Los contratos de interés público excluidos de la aplicación del artículo 127 de la Constitución.* A. Los contratos del interés público que no admiten la cláusula de reserva de la Jurisdicción venezolana son los Tratados Internacionales. B. Los contratos de interés público que no admiten la cláusula de reserva son los contratos que la práctica internacional considera que no afectan la Soberanía. 3. *Algunas consideraciones sobre el problema.*

### V. CONCLUSIONES

\* Texto de la conferencia dictada en la Contraloría General de la República, el 1 de marzo de 1983, en el Seminario "Jornadas de análisis sobre el estado actual de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado".

## I. INTRODUCCION

La Inmunidad de Jurisdicción es el privilegio de los Estados de no ser sometidos sin su consentimiento a los Tribunales de otro Estado.

El problema se plantea cuando ante un Tribunal de un Estado se presenta una demanda contra un Estado extranjero, o contra un organismo que le es dependiente, o cuando existe una pretensión de adoptar una medida coactiva contra bienes pertenecientes al Estado demandado, situados en el Estado del Foro, o en el territorio de otra Nación.

El problema además de su consideración por parte del derecho interno de cada país, se vincula tanto con el Derecho Internacional Público, por ser una de las partes implicadas un sujeto de Derecho Internacional, como con el Derecho Internacional Privado por tratarse de una excepción, en virtud de un elemento extranjero, de la Jurisdicción Nacional.

El tema de la Inmunidad de Jurisdicción ha adquirido una extraordinaria importancia, por la multiplicidad de relaciones establecidas entre Estados y personas o entidades privadas extranjeras, de diversas índole, y en particular de naturaleza comercial o industrial, o motivadas por necesidades estatales en materia financiera y tecnológica.

El estudio de la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados abarca diversas cuestiones tales como el alcance de este privilegio, su fundamentación, determinación de los sujetos que pueden invocarlos, etc.

Ahora bien, tomando en cuenta que el tema que se me ha asignado en este seminario se refiere a la problemática de la Inmunidad de Jurisdicción en los contratos de interés público en Venezuela, excluiré de nuestros análisis la Inmunidad de Jurisdicción en materia extracontractual, la de los jefes de Estado y de los agentes diplomáticos y otras materias que deberían ser objeto de un examen completo de los problemas que plantea este privilegio.

En todo caso se trata de un tema difícil y complejo en donde los elementos de juicio disponibles son escasos y poco desarrollados. La norma constitucional que hace referencia a este asunto no se caracteriza precisamente por su claridad; la doctrina nacional es divergente y la jurisprudencia casi inexistente.

Por otra parte, es un tema muy delicado porque atañe a una materia tan sensible como lo es la soberanía de los Estados.

Esta exposición comenzará con unas consideraciones generales acerca del origen, evolución, alcance y fundamentos de la institución, destacando las tendencias internacionales actuales en la materia (Primera Parte). Posteriormente me referiré al origen y evolución constitucional que este principio, aplicado a los contratos de interés público, ha experimentado en Venezuela; y, a continuación se examinará la doctrina venezolana en la materia (Tercera Parte). Finalizaré con algunas conclusiones.

## II. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA PROBLEMATICA DERIVADA DEL PRINCIPIO DE INMUNIDAD DE JURISDICCION DE LOS ESTADOS.

### 1. *Origen: La Inmunidad absoluta de Jurisdicción y de Ejecución*

El Estado Moderno, considerado como la forma de organización política que surge en Europa después del renacimiento y luego de la transformación del régimen feudal, fue, en su primera fase, un Estado Absoluto.

El Estado Absoluto se identificó con las Monarquías Absolutas en las cuales todo el poder estaba concentrado en una sola persona: el Rey quien lo ejercía en forma ilimitada. En el ejercicio de las atribuciones propias y plenas del absolutismo, el Monarca —o el Estado— era irresponsable, y por tanto insusceptible de ser sometido a jurisdicción alguna.

Frente al Estado Absoluto surge el Estado de Derecho, siendo la Revolución Francesa el hecho histórico que marca la transición de un sistema a otro.

En esta nueva etapa el Estado fue poco a poco siendo considerado como sujeto justiciable y la competencia de los Tribunales de Justicia comenzó a fundarse en la distinción de la actividad estatal: cuando el Estado obraba por vía de autoridad se estimaba que ejercía el Poder Público y por tanto no podía ser objeto de ninguna acción ante los Tribunales; pero cuando ejercía una actividad parecida a la desarrollada por los particulares, nada se oponía a que los Tribunales conocieran y decidieran los litigios surgidos con fundamento en ella. Esta distinción fue introducida por la doctrina alemana bajo el nombre de Estado-Fisco.

En el plano internacional, la Inmunidad de los Estados extranjeros no era sino una prolongación de aquella que gozaba el soberano local. En tal sentido, y bajo el peso de esta misma tradición, desde el siglo XVIII, se venía afirmando la tesis de la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados, en virtud del cual, un Estado Soberano no puede sin su consentimiento, ser juzgado por los tribunales de otro Estado Soberano.

Esta tesis tuvo inicialmente una consagración a nivel jurisprudencial y doctrinal, y luego la constitución y las leyes de casi todos los países han hecho de ella una norma tradicional.

### 2. *Fundamento*

En sus orígenes la Inmunidad de Jurisdicción se consideraba fundamentada en la independencia absoluta o igualdad de los Estados Soberanos, invocándose a menudo el clásico apotegma *Par in Parem non Habet Jurisdictionem*, que alude a la idea de que los Estados son pares entre sí por lo que ninguno puede entenderse sometido a los tribunales de otro de ellos.

En tal sentido bastaba que el demandado ante cualquier tribunal fuera un Estado extranjero para que —incluso de oficio— dicho tribunal declinara su competencia. En sus orígenes la Inmunidad de Jurisdicción se extendió a todas las manifestaciones de la actividad estatal.

Asimismo, cuando se producía una sentencia en contra de un Estado extranjero, haya o no consentido a ser juzgado, el Estado se encontraba protegido por un

segundo privilegio llamado *Inmunidad de Ejecución*, que le permitía sustraerse de los resultados de la decisión del juez a menos que hubiere renunciado a ese privilegio.

### 3. *Evolución. La Inmunidad Relativa*

Esta concepción absolutista de la Inmunidad de Jurisdicción fue evolucionando tanto por consideraciones de tipo práctico y de equidad como por el desarrollo de Derecho Internacional y la organización de la Comunidad Internacional. Hacia fines del Siglo XIX, la Inmunidad de Jurisdicción comenzó a sufrir limitaciones y restricciones.

La generalidad de los tribunales europeos comenzaron a descartar la Inmunidad de Jurisdicción en tres casos: en materia inmobiliaria, en materia de sucesiones y cuando el Estado extranjero era el demandante, pues en tal caso se consideraba que había renunciado a su inmunidad. Se produce así una evolución de la Inmunidad de Jurisdicción absoluta a la Inmunidad de Jurisdicción restrictiva o relativa.

La repercusión en el derecho internacional de la evolución del derecho interno de los Estados, que había experimentado un cambio de un Estado irresponsable hacia un Estado responsable, la multiplicidad de actividades asumidas por el Estado, sobre todo en el campo económico, después de la Primera Guerra Mundial, y la devaluación de la noción de independencia absoluta de los Estados en Derecho Internacional, son las razones señaladas por la doctrina como determinantes en la evolución hacia la inmunidad relativa.

### 4. *Criterio delimitador: Actos Jure Imperii y Actos Jure Gestionis*

El criterio delimitador radicaba en la distinción entre *Actos Jure Gestionis* y *Actos Imperii*. Lo que significa un traslado al ámbito internacional de la doctrina del Estado Fisco o del Estado Poder, como criterio limitativo de la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados. Pero la práctica jurisprudencial evidencia serias divergencias para calificar las mismas operaciones dentro de una categoría *Jure Imperii* o *Jure Gestionis*, por lo incierto del límite entre una y otra. Los resultados han sido distintos en operaciones similares tales como en caso de adquisición de municiones para un ejército, empréstitos públicos, arrendamientos de inmuebles para sedes de embajadas, etc.

### 5. *Críticas*

Por los elementos de incertidumbre que el criterio delimitador de la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados presenta, basado en la distinción entre actos de soberanía o de imperio y actos de gestión, éste ha sido objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina.

El reproche fundamental reside en su falta de precisión ya que es difícil catalogar en dos partes la actividad del Estado, sobre todo si se tiene en cuenta que autoridad y gestión a menudo se penetran. Además se ha señalado que a falta de

un criterio internacionalmente aceptado para distinguir actividades soberanas de las no soberanas, la calificación queda a criterio de los tribunales, lo cual, como ya hemos destacado, ha permitido que se produzcan decisiones diversas en casos análogos.

También se ha observado que esta dificultad e imprecisión se acentúa porque para distinguir a los actos del Estado se utiliza a menudo como criterio, el fin (público o privado) perseguido, en lugar de tener en cuenta sólo la naturaleza del acto, es decir su apariencia, o el tipo al cual pertenece.

Sin embargo, pese a las críticas de la doctrina, los tribunales le han dado amplia aplicación a este criterio a efectos de negar o admitir la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados extranjeros, y a nivel de convenios internacionales y de recientes leyes promulgadas en ciertos países sobre Inmunidad de Jurisdicción Extranjera, se sigue utilizando la distinción, aunque la tendencia parece ser la de sustituir la expresión *Jure Imperii-Jure Gestionis*, por actos de naturaleza comercial, industrial o financiera, o por una lista o catálogo de materias respecto de las cuales los Estados tendrán o no tendrán derecho a invocar el privilegio.

#### 6. *La evolución en Estados Unidos*

La evolución de la inmunidad absoluta a la inmunidad relativa sucedida en Europa, se observa también en los Estados Unidos de Norteamérica.

En este país, tradicionalmente se había sostenido un concepto rígido de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros; al respecto existe importante jurisprudencia que evidencia que la tendencia de los tribunales norteamericanos era, que bastaba que el Estado extranjero invocara su inmunidad para que el respectivo tribunal declinara su competencia, siguiendo la sugerencia del Departamento de Estado que intervenía en esos casos, y que reiteradamente se pronunciaba por la inmunidad de jurisdicción del Estado en cuestión.

Sin embargo desde 1946, los tribunales norteamericanos tienden a restringir la inmunidad a los casos en que el asunto en litigio manifieste el ejercicio de funciones gubernamentales esenciales. Esta posición de la jurisprudencia se vio acogida y respaldada por la carta que el Juriconsulato del Departamento de Estado J. B. Tate envió en 1952 al Procurador General del Estado, y que doctrinariamente se considera la posición del gobierno norteamericano sobre la materia. En resumen, la Carte Tate señalaba que el Departamento de Estado iba a renunciar a recomendar la inmunidad absoluta en muchos casos, y destacaba que esa tesis de la inmunidad absoluta en la actualidad sólo era reconocida por el Reino Unido y por los Estados Socialistas. La evolución en los Estados Unidos culmina con la promulgación en 1976 de la Ley de Inmunidad de Jurisdicción de los Estados extranjeros, a la cual me referiré más adelante.

#### 7. *La situación en los Estados Latinoamericanos*

En Latinoamérica prácticamente todas las Constituciones de los Estados contienen normas que consagran la Inmunidad de Jurisdicción de los respectivos Estados,

la mayoría concebida en términos de inmunidad absoluta, otros dando cabida a la inmunidad relativa. Sin embargo el Código de Bustamante suscrito por muchos de los países latinoamericanos consagra la inmunidad relativa de los Estados.

#### 8. *Los Países Socialistas*

Con respecto a los países socialista, no dispuse de una información suficiente sobre el estado de la institución en ellos. Sin embargo, en la obra del Jurista Húngaro Szászy<sup>1</sup> se hace referencia a una serie de autores partidarios de la Inmunidad Absoluta y menciona varias disposiciones legales confirmando esa tesis entre las cuales señala las contenidas en el Código de Procedimiento de la U.R.S.S. del año 1961, y en el Act de Checoslovaquia Nº 97 de 1963.

No obstante, es de destacar que tanto la Unión Soviética como otros Estados Socialistas han suscrito acuerdos en los cuales no se admite oponer la inmunidad de jurisdicción cuando se actúa en actividad comercial. La U.R.S.S. ha venido progresivamente conviniendo mediante acuerdos o tratados, en someter a la Jurisdicción de Estados extranjeros, ciertas esferas concretas de actividades. En tal sentido resultan ilustrativos el Tratado de Comercio y Navegación celebrado con la República Popular China, firmado en Pekín el 1958; los tratados y acuerdos celebrados con Francia en 1951, con Dinamarca en 1964, con Finlandia en 1947, con Italia en 1948, con Austria en 1955, con Japón en 1957, con los Países Bajos en 1971, que demuestran la tendencia de admitir la inmunidad de jurisdicción relativa aunque su derecho interno disponga lo contrario. En todos estos tratados se han incluido cláusulas al estilo de las contenidas en el Tratado Franco-Soviético, que dispone que los tribunales franceses son competentes para conocer de litigios referentes a transacciones comerciales efectuadas por la Unión Soviética, aún cuando los agentes comerciales soviéticos gozasen de carácter diplomático.

#### 9. *Tendencias Modernas: Convenios Internacionales y Leyes Nacionales sobre Inmunidad de Jurisdicción de los Estados.*

La tendencia actual de los Estados es la de regular la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados en convenios internacionales o a promulgar leyes nacionales sobre la materia.

##### A. *El Código Bustamante*

Puede considerarse como un antecedente de esta tendencia. Aunque no se trate de un convenio internacional sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados,

1. *International Civil Procedure*, Sijhott, Leyden, 1967, citado por Manuel A. Vieira en "La Inmunidad de Jurisdicción de los Estados". Se trata de un artículo cuya copia encontramos en los documentos que sirvieron de base a la preparación del proyecto de la Convención Interamericana sobre la *Inmunidad de Jurisdicción de los Estados*; no aparece referencia de la obra en donde está publicada este artículo. Hemos seguido muy de cerca el texto del mismo para la preparación de la primera parte de la conferencia.

el Código de Derecho Internacional Privado conocido como Código de Bustamante, contiene normas que se refieren a esta materia. Se trata de cuatro artículos incluidos en el Título II, Capítulo II sobre "Excepciones a Las Reglas Generales de Competencia en lo Civil y en lo Mercantil": El primer Artículo 333 establece la incompetencia de los Estados en demandas contra Estados extranjeros en asuntos Civiles y Mercantiles, si se ejecuta una acción personal, salvo una sumisión expresa o una demanda reconvenional. El artículo 334 dicta la misma regla y con la misma excepción cuando se ejerciten acciones reales y si el Estado ha actuado en los asuntos como tal y en su carácter público, no siendo posible la sumisión para acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles si lo prohíbe la ley de la situación. El artículo 335 autoriza la competencia de los tribunales locales si el Estado ha actuado o contratado como persona privada, si esa competencia le corresponde con respecto a personas extranjeras de acuerdo con el Código. Finalmente el Artículo 336 declara aplicable la regla del artículo anterior en caso de juicios universales.

*B. La Convención Europea sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados de 1972 y su Protocolo Adicional*

Esta Convención es un tratado abierto y no sólo para ser suscrito por los países miembros del Consejo de Europa. Fue suscrito por Austria, Bélgica, República Federal de Alemania, Luxemburgo, Países Bajos, Suiza y el Reino Unido. Ha sido ratificada por Austria, Bélgica y Chipre.

El Capítulo 1º de esta Convención contiene una lista o catálogo de materia respecto de las cuales la inmunidad no puede ser invocada. La lista hace referencia a una serie de puntos de conexión que han sido mencionados para evitar que un Estado sea demandado ante los Tribunales de otro, cuando el objeto del litigio no tiene una suficiente conexión con el Estado del Foro. Dispone la Convención que no están amparados de Inmunidad de Jurisdicción en actos del Estado de naturaleza comercial, industrial y financiera. Tampoco se puede reclamar Inmunidad de Jurisdicción cuando la acción que se deduzca se refiere a contratos de trabajo entre el Estado extranjero y particulares y las labores deban ser ejecutadas en el Estado del Foro. Se exceptúan los casos de nacionales del Estado empleador y de las personas no nacionales del Estado del Foro que no sean residentes habituales del mismo. Se excluye de la aplicación del tratado materias relativas a seguridad social, impuestos, derechos de aduanas y daños nucleares.

Esta convención también aborda el problema de la inmunidad de ejecución; al respecto señala bienes cubiertos por la inmunidad, y por otra parte compromete a los ratificantes a dar cumplimiento a la sentencia dictada contra ellos, en aquellas acciones no cubiertas por inmunidad.

El protocolo adicional prevé la creación de un tribunal europeo para conocer no sólo de las dudas y controversias que puedan suscitar la aplicación del tratado sino también para conocer de las situaciones derivadas de la falta de cumplimiento de sentencias dictadas contra un Estado.

C. *La Ley Americana de 1976: The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*

La principal excepción a la inmunidad de jurisdicción establecida por esta ley es la actividad comercial del Estado que tenga una substancial conexión con los Estados Unidos y actos o acciones que puedan tener una relación con la nación norteamericana. En cuanto a la inmunidad de ejecución esta ley ampara de inmunidad los bienes del Banco Central del Estado demandado, o de sus autoridades monetarias y los que sean de carácter militar o estén bajo el control de sus autoridades militares o de defensa.

D. *La Ley Inglesa de 1978: La British Immunity Act of 1978*

Se ha considerado al Reino Unido como uno de los bastiones fundamentales de la inmunidad de jurisdicción absoluta de los Estados. También se ha destacado que la dificultad de los tribunales ingleses para adoptar una tesis favorable al concepto restringido de la inmunidad, radicaba en que los Jueces se encuentran ligados por la regla del precedente. Sin embargo desde hace pocos años los tribunales ingleses comenzaron a aplicar la tesis restringida, por considerarla más ajustada a la actualidad, que la antigua posición en pro de la inmunidad absoluta: se ha destacado que uno de los hechos que facilitó el cambio fue la opinión de un lord del Consejo Privado que observó que la regla del precedente no se aplica en las relaciones internacionales. Esta evolución encontró su consagración en la ley de inmunidad de jurisdicción de 1978, la cual fue dictada con el propósito de facilitar la adhesión del Reino Unido a la Convención Europea sobre Inmunidad de Jurisdicción de los Estados.

Esta ley define el concepto de transacciones comerciales como aquel contrato para la provisión de mercaderías o servicios, préstamos y otras transacciones comerciales, industriales, financieras, profesionales u otras de similar naturaleza. La calificación de comercial es indiferente a la finalidad para la cual los bienes y los servicios sean requeridos. En su contenido sigue muy de cerca a la Ley de los Estados Unidos.

E. *La Ley del Canadá de 1982: State Immunity Act of Canada*

Sigue también muy de cerca a la ley de los Estados Unidos y la Ley Inglesa.

F. *Proyecto de Convención Interamericana sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados*

El Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos (OEA) acometió en 1971 la tarea de realizar un estudio sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados. Casi 13 años han transcurrido desde entonces y después de una importante labor de investigación sobre la situación de la institución a nivel de casi todos los países miembros de la Comunidad Internacional, donde se ha considerado especialmente las normas y prácticas existentes en los países miembros de

la OEA, así como los elementos y criterios generales, que en concepto de los Gobiernos de la mayoría de esos Estados, debería contener un convenio internacional sobre Inmunidad de Jurisdicción, este Comité concluyó su trabajo con la aprobación muy recientemente, en enero de 1983, de un proyecto titulado "Convención Interamericana sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados", el cual fue depositado en la Secretaría Técnica de la OEA para ulterior consideración por la Asamblea General de este organismo internacional.

Los rasgos esenciales de este proyecto los podemos reseñar en la siguiente forma:

1. Reafirma el principio de la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados.
2. Señala los casos en que los Estados no pueden invocar inmunidad, entre los cuales están las demandas que se refieren a la actividad mercantil o comercial que se haya realizado en el territorio del Estado del Foro. Al respecto el proyecto define como actividad mercantil o comercial del Estado "La realización de una determinada transacción o acto comercial o mercantil como parte del desarrollo ordinario de su comercio". También se excluye la Inmunidad de Jurisdicción en asuntos laborales o relativa a contratos de trabajo, en los juicios universales, en acciones reales sobre bienes situados en el territorio del Estado del Foro, salvo ciertas excepciones, etc.
3. Enumera las entidades amparadas por la Inmunidad de Jurisdicción.
4. Consagra un recurso ante la Corte Internacional de Justicia para resolver las controversias entre las partes contratantes con respecto a la admisión o rechazo de la Inmunidad de Jurisdicción.
5. Con relación a la Inmunidad de Ejecución, el proyecto reitera este principio, con respecto a actos de ejecución o medidas cautelares, salvo renuncia expresa, o que se trate de ciertos bienes situados en el territorio del Estado del Foro, dejando expresamente a salvo las excepciones contenidas en los tratados internacionales o en las prácticas diplomáticas o consulares <sup>2</sup>.

#### 10. Conclusiones

Ahora bien, con las consideraciones realizadas sobre el origen y la evolución experimentada por el principio de la Inmunidad de Jurisdicción a nivel internacional, hemos pretendido evidenciar la complejidad y lo delicado del tema. Ante la realidad indubitable del predominio de la tesis de la inmunidad relativa y lo difícil que resulta arribar a un criterio unívoco delimitador de la misma, los Estados se aprestan a determinar cuáles son los actos respecto de los cuales sus Tribunales no están dispuestos a declinar su competencia, y en consecuencia cuáles son los actos respecto de los cuales esos Estados no invocarían Inmunidad de Jurisdicción. En efecto, las divergencias de interpretación tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal, han con-

2. Salvo el proyecto de la Convención Interamericana sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados, y el texto de la Ley del Canadá, no hemos tenido en nuestras manos los demás instrumentos indicados en la primera parte de la conferencia. Su contenido lo conocemos tanto por los documentos que sirvieron de base al proyecto de la Convención Interamericana, en donde aparece un cuadro comparativo de casi todos esos textos, como por la referencia que de ellos hace Manuel A. Vieira en el artículo antes señalado, así como por los comentarios que sobre la ley americana y la Convención Europea hace la Dra. Tatiana Bogdanowsky de Maekelt, en su artículo sobre "La Inmunidad de Jurisdicción de los Estados", en el *Libro Homenaje al Dr. José Melish Orsini*, página 213 y S.S.

ducido a muchos países a regular la materia. La regulación por leyes nacionales resulta insuficiente porque revela un punto de vista nacional, por más respetable que sea. La tendencia entonces es a regular la materia por vía de convenio internacional. Ya los países europeos cuentan con un instrumento que a pesar de sus defectos, representa un esfuerzo de coordinación y armonización de criterios, que han sido considerados más acordes con la vida moderna, donde el Estado asume un papel importante como empresario, industrial y comerciante.

En América se vienen realizando esfuerzos en este mismo sentido como lo demuestra el reciente proyecto elaborado por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA.

### III. LA INMUNIDAD DE JURISDICCION EN VENEZUELA EN RELACION CON LOS CONTRATOS DE INTERES PUBLICO. ORIGEN Y EVOLUCION CONSTITUCIONAL.

#### 1. *Primera Etapa 1893-1945: La Inmunidad Absoluta*

##### A. *Constitución de 1893.*

La consagración constitucional de la Inmunidad de Jurisdicción del Estado Venezolano en materia contractual fue introducida por la Constitución de 1893 en su Artículo 149 con los siguientes términos:

*Artículo 149.*—Ningún contrato de interés público celebrado por el Gobierno Nacional o por el de los Estados podrá ser traspasado en todo ni en parte a Gobierno Extranjero. En todo contrato de interés público se establecerá la Cláusula de que las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre su inteligencia y ejecución, serán decididas por los tribunales venezolanos y conforme a las Leyes de la República, sin que puedan tales contratos ser, en ningún caso, motivo de reclamaciones internacionales.

Esta norma no sólo estableció el principio de la Inmunidad de Jurisdicción del Estado sino también la llamada Cláusula Calvo que implica la improcedencia de las reclamaciones diplomáticas por cuenta de súbditos extranjeros sin que se hubiera agotado previamente la Jurisdicción Venezolana.

Entre los datos que se conocen sobre los debates que se suscitaron entre los parlamentarios sobre este artículo, vale la pena señalar que un Diputado, el Dr. Feliciano Acevedo, opinó que de las dos condiciones establecidas por el artículo, si bien a la que se refiere a la competencia de los tribunales venezolanos "no se opone ningún país de la tierra, ya que todos los países del mundo convienen en que un ciudadano que celebre un contrato con nación extranjera queda sometido a las disposiciones que rigen en aquel país, relativo a la ejecución de ese contrato. ... la otra condición de no poder ser en ningún caso motivo de reclamación internacional bueno sería que quedara, pero también es inútil... porque ningún país renunciará al dere-

cho que tiene de intentar una reclamación si la cree justa. Por estas razones creo que la última parte del artículo, si no es inconveniente, por lo menos es inútil”<sup>3</sup>.

Es decir, que hubo quien estimó que la norma era ociosa porque la parte relacionada con la necesaria aplicación de la Legislación y Jurisdicción Venezolana a los contratos, era un principio generalmente aceptado y la parte que prohibía las reclamaciones internacionales era inoperante porque no podría oponérsela con éxito a ningún Estado. No obstante prevaleció la tesis de la necesidad de su inclusión en el texto constitucional de 1893.

#### B. *Constitución de 1901.*

La Constitución de 1901 repite en su artículo 139, el artículo 149 de la Constitución de 1893, con un cambio que consistió en sustituir el mandato de incluir la Cláusula de Inmunidad de Jurisdicción, por la fórmula de considerarla tácita o automáticamente incorporada al respectivo contrato. Asimismo la norma afecta a los contratos de interés público celebrados por la Municipalidad u otro Poder Público.

*Artículo 139.*—Ningún contrato de interés público celebrado por el Gobierno Nacional o por el de los Estados, por las Municipalidades o por cualquier otro Poder Público, podrá ser traspasado en todo o en parte, a Gobierno Extranjero; y en todos aquellos se considerará incorporado, aunque no lo esté, la Cláusula siguiente: “Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse sobre este contrato y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes en Venezuela de conformidad con sus Leyes, sin que por ningún motivo o por ninguna causa puedan ser origen de reclamaciones extranjeras”. Las Sociedades que en ejercicio de dichos contratos se formen, deberán establecer domicilio legal en el país, para todos sus efectos, sin que esto obste para que lo puedan tener a la vez en el extranjero”.

El origen de esta modificación parece ser las fuertes críticas que se produjeron con ocasión de contratos celebrados por el Gobierno Nacional, considerados de gran importancia para el interés general y en los cuales no se incluyó la respectiva cláusula. Para evitar que su inclusión quedara al arbitrio del negociador se estableció su inclusión tácita.

#### C. *Constitución de 1904*

El respectivo texto, artículo 124, sufrió modificaciones menores, quizás la más importante fue la imposición de que las sociedades que se vincularan por medio de este tipo de contrato debían ser venezolanas.

---

3. La referencia aquí señalada y las siguientes sobre el debate de parlamentarios y miembros de las comisiones redactores de los proyectos de constituciones que se mencionan pueden consultarse en el Centro de Documentación que funciona en la Sede del Congreso, organizado y bajo la dirección de la Dra. Bertha Piña de Boscán.

D. *Constitución de 1909*

El respectivo texto, artículo 142 suprime la mención de la obligatoriedad de las sociedades de ser venezolanas.

E. *Constituciones de 1914 (Art.126) y 1922 (Art. 121)*

Prácticamente los respectivos artículos resultaron inalterables, sólo ciertas palabras sufren pequeñas reformas.

F. *Constitución de 1925 (Art. 50)*

Modifica la redacción del último párrafo del artículo correspondiente de la Constitución anterior así: "Tampoco podrán hacerse dichos contratos con Sociedades no domiciliadas legalmente en Venezuela, ni admitirse el traspaso a ellas de los celebrados con terceros".

G. *Constituciones de 1928, 1929, 1931, 1936 y 1945*

La norma de la Constitución de 1925 fuere reproducida en las Constituciones de 1928 (Art. 50), 1929 (Art. 50), 1931 (Art. 50), 1936 (Art. 40) y 1945 (Art. 50).

2. *Segunda Etapa: Constituciones de 1947 y 1961:*

*La Inmunidad Relativa*

No se incluye en esta etapa la Constitución de 1953 porque los artículos 48 y 49 prácticamente recogen la redacción de las constituciones anteriores a 1947.

A. *Constitución de 1947*

Esta Constitución reformó el texto tradicional quedando escindido en dos artículos:

*Artículo 107.*—Ningún Contrato de Interés Público Nacional, Estadal o Municipal podrá ser celebrado con Gobiernos extranjeros, ni traspasado a ellos en todo, o en parte. Tampoco podrán celebrarse con sociedades que no estén domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a éstas los suscritos con terceros.

Para celebrar tales contratos con entidades oficiales o semioficiales extranjeras con personería jurídica autónoma, o para traspasarlos a ellas, en todo o en parte, se requerirá, en cada caso, la autorización de las Cámaras Legislativas o de la Comisión Permanente, si fueren urgentes y estuvieren las Cámaras en receso.

*Artículo 108.*—En los contratos a que se refiere el artículo anterior, si fuera procedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incor-

porada, aún cuando no estuviera expresa, una cláusula por la cual se establezca que las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de Venezuela, en conformidad con sus Leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”.

Como puede observarse la Constitución de 1947 introduce cambios importantes que abandonan el principio de Inmunidad de Jurisdicción absoluta por la de Inmunidad Restringida ya que prevé la inclusión de la Cláusula de reserva de Jurisdicción sólo cuando fuere procedente.

Posiblemente influyó en el cambio el informe que presentó el Dr. Carlos Morales, Ministro de Relaciones Exteriores desde 1946 a 1948, titulado *Observaciones al Ante-Proyecto de Constitución Nacional presentadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores a la Comisión Especial de la Asamblea Constituyente*. En este informe se pronuncia sobre la ineficacia del dispositivo sobre renuncia a las reclamaciones internacionales en contratos de interés público por considerar que “no es potestativo de ciudadanos privados renunciar a un derecho inminente del Estado a que pertenece y de cuya acción o renuncia sólo el Estado es Juez”, en relación a la Cláusula de Inmunidad de Jurisdicción opinó que ésta “ha sido también muy discutida”.

#### B. Constitución de 1961

Los Artículos 107 y 108 de la Constitución de 1947 son prácticamente reproducidos con pequeñas variaciones por los Artículos 126 y 127 de la Constitución de 1961.

*Artículo 126.*—Sin la aprobación del Congreso, no podrá celebrarse ningún contrato de interés nacional, salvo los que fueran necesarios para el normal desarrollo de la administración pública o los que permita la Ley. No podrá en ningún caso procederse al otorgamiento de nuevas concesiones de hidrocarburos ni de otros recursos naturales que determine la Ley, sin que las Cámaras, en sesión conjunta, debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional en todas las circunstancias pertinentes, lo autoricen dentro de las condiciones que fijen y sin que ello dispense del cumplimiento de las formalidades legales. Tampoco podrá celebrarse ningún contrato de interés público nacional, estatal o municipal con Estados o Entidades oficiales extranjeras ni con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellas sin la aprobación del Congreso.

La Ley puede exigir determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden o requerir especiales garantías en los contratos de interés público.

*Artículo 127.*—“En los contratos de interés público, si no fuese improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada aún cuando no estuviera expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser

resueltas amigablemente por las partes contratantes serán decididas por los tribunales competentes de la República en conformidad con sus Leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”.

La comisión redactora del proyecto de la Constitución de 1961, consideró un informe sobre la problemática que planteaba tanto la Cláusula Calvo como la Cláusula de Reserva de Jurisdicción, de fecha 1º de Agosto de 1960, elaborado por el Dr. Ramón Carmona quien había estado vinculado con el Ministerio de Relaciones Exteriores como Consultor Jurídico primero y luego como Asesor.

En este informe el Dr. Carmona realiza un análisis de la evolución que habían experimentado en Derecho Internacional los principios consagrados por ambas cláusulas. Al respecto señalaba que la Cláusula de renuncia por parte del extranjero en un contrato de interés público celebrado con el Estado Venezolano, a cualquier reclamación de su Estado de origen, ha sido objeto de “prolongados debates en el Derecho Internacional Público y hoy tiende a ser cada vez más abandonada por razones de mucho peso”. Esa renuncia, señalaba, “carece de toda eficacia jurídica, por cuanto no es potestativo de ciudadanos privados renunciar a un derecho inminente del Estado al que pertenecen y de cuya acción o renuncia sólo el Estado es Juez”; en cuanto a la cláusula sobre Inmunidad de Jurisdicción absoluta, contenida en la Constitución de 1953, vigente para la época, opinó que era “ineficaz y de dudosa validez a la luz del Derecho Internacional Público”. Al respecto señalaba que el principio de Inmunidad de los Estados ha evolucionado de un carácter absoluto hacia un carácter relativo, con la aparición y desarrollo en el mundo occidental de la doctrina restrictiva, que se fundamenta en la distinción entre los actos del Estado *Jure Imperii* y *Jure Gestionis*. Por tanto, en vista del Derecho Internacional Público, los Estados pueden calificar válidamente la Inmunidad de Jurisdicción de Estados vecinos, de acuerdo con su propio criterio de la Inmunidad, y no de acuerdo con el principio de la Inmunidad que sostuvo el Estado Venezolano en su Carta Fundamental. Concluía proponiendo la eliminación del artículo y sustituyéndolo por una fórmula más sencilla como la siguiente: “La Ley puede, por razones de interés nacional, exigir determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías, en los contratos de interés público”.

En el Acta que recoge las deliberaciones de la comisión redactora sobre el asunto, aparece que el Diputado Gonzalo García Bustillos se hizo solidario con la opinión del Dr. Carmona y que el Diputado Rafael Caldera propuso mantener el artículo 127 por considerar que era una defensa de la República frente a Estados más poderosos, pero con una modificación que consistía en agregarles la frase “Si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos”. Tal proposición fue acogida; el artículo 127 quedó como lo había propuesto la comisión redactora y en la exposición de motivos de la Constitución se encuentra la siguiente explicación: “En cuanto a las cláusulas de interés nacional que 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”.

Como puede inferirse de todo el proceso que siguió la comisión redactora del proyecto de la Constitución de 1961, los documentos que le sirvieron de base y los debates que el artículo 127 suscitó, resulta indudable que “los expertos de la Cancillería” consultados, fue básicamente el Dr. Carmona; que “el no desconocer variedades surgidas con la evolución del Derecho Internacional”, hace referencia a las explicaciones dadas por el Dr. Carmona en su informe, que da cuenta de esa evolución de la Inmunidad Absoluta a la Inmunidad Relativa, y en donde destaca que háy una variedad de actos del Estado que se engloba corrientemente bajo la expresión actos “*Jure Gestionis*” respecto de los cuales la práctica internacional no admite Inmunidad de Jurisdicción.

### 3. Conclusiones

El origen histórico de la inclusión en nuestras constituciones del principio de la Inmunidad de Jurisdicción y de lo que con posterioridad fue bautizado como Cláusula Calvo, puede vincularse con la aspiración, como lo han destacado importantes juristas y tratadistas de Derecho Internacional Público, de contar con una fórmula jurídica que le permitiese al Estado eludir los resultados gravosos de las reclamaciones extranjeras por vía diplomática, fuentes de numerosas intervenciones armadas.

Con la fórmula que consagró la Constitución de 1893 y siguientes, se pretendía evitar que los presuntos daños derivados de contratos celebrados por el Estado Venezolano y personas privadas extranjeras, se convirtieran en cuestiones internacionales, al substituirse el Estado extranjero a las personas lesionadas, dando origen a conflictos políticos que pudieran desembocar en intervenciones armadas.

De allí que el artículo 149 de la Constitución de 1893 y su equivalente en las sucesivas, ordenara que las dudas y controversias que se suscitasen con ocasión de contratos celebrados con extranjeros, sean conocidos y decididos por los Tribunales Venezolanos, prohibiendo que por motivos de las referidas controversias se pudiera acudir a la vía o protección diplomática.

Sin embargo, la historia nos muestra que estas normas para los países latinoamericanos han resultado ineficaces, puesto que su existencia no han impedido que en épocas de poco desarrollo de la Comunidad Internacional y del Derecho Internacional, se produjeran reclamaciones diplomáticas que tuvieron su origen en contratos celebrados con súbditos extranjeros, e intervenciones armadas como consecuencia de ellas.

El cese de la utilización de estos mecanismos para resolver los conflictos derivados de contratos, no se ha debido a la reiteración de estas normas, sino al desarrollo del Derecho Internacional que prohíbe el cobro compulsivo de la deuda de los Estados.

La mayoría de los autores coinciden en que este tipo de normas de derecho interno, que en última instancia están dirigidas a jueces de otros países, son normas unilaterales e ineficaces en el ámbito internacional.

Podríamos concluir esta parte de la exposición con una frase del Dr. Gonzalo Pérez Luciani, que refiriéndose al tema ha afirmado “que la permanencia de estas disposiciones constitucionales se produce más para conservar la apariencia de un acentuado nacionalismo en el interior del país, que por la esperanza que pueda tener en algún futuro un reconocimiento internacional que no tuvo en el pasado”.

## IV LA DOCTRINA VENEZOLANA SOBRE LA MATERIA

Independientemente del problema de eficacia que a nivel internacional puede tener la norma constitucional vigente en materia de Inmunidad de Jurisdicción, lo cierto es que a nivel de derecho interno ella existe, tiene consecuencias internas y ha dado origen a diversas y encontradas opiniones.

Ante la posibilidad que ofrece el artículo 127 de la Constitución de excluir la cláusula de reserva de la Jurisdicción Venezolana en contratos de interés público, porque "su naturaleza" así lo permita, la mayor parte de los autores que se han ocupado del tema, han considerado necesario en primer término, establecer qué debe entenderse por contrato de interés público, y luego, cuáles puedan ubicarse entre aquellos que "por su naturaleza" admiten o no la cláusula de reserva.

1. *La Doctrina Venezolana sobre el concepto de Contrato de Interés Público y Contrato de Interés Nacional.*

En cuanto a la determinación del concepto de contrato de interés público, la doctrina ha considerado indispensable partir del análisis de la norma contenida en el artículo 126 de la Constitución anteriormente transcrita.

La utilización en esa norma de las expresiones "Contrato de Interés Nacional", "Contratos de Interés Público Nacional" o "Municipal" y luego "Contrato de Interés Público", ha exigido que se determine la relación que existe entre estas expresiones.

A. *El Contrato de Interés Nacional una especie de Contrato de Interés Público*

Un sector mayoritario de la doctrina venezolana, considera que cuando el constituyente utiliza la expresión de "Contrato de Interés Nacional" es para referirse a un grupo de los contratos que celebra la Administración Pública, y cuando utiliza la expresión "Contrato de Interés Público" es con el propósito de englobar los Contratos de Interés Nacional, Estatal o Municipal. Es decir, que para esta doctrina, Contrato de Interés Nacional es un tipo de Contrato de Interés Público ya que la diferencia radica en que el Contrato de Interés Público es el género y el Contrato de Interés Nacional la especie, y que el calificativo Nacional, Estatal y Municipal, hace referencia a la persona jurídica que lo celebra, o al ámbito territorial que abarca o sobre el cual incide.

Esta posición es compartida por los doctores Eloy Lares Martínez, Luis Henrique Faría Mata, Luis Brito García, José Melich Orsini, Allan R. Brewer-Carías, entre otros, y los organismos oficiales Contraloría General de la República y Procuraduría General de la República <sup>4</sup>.

4. Eloy Lares Martínez: "Contratos de Interés Nacional" en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Caracas 1981, pág. 117 y ss. Luis Henrique Farías Mata; *La teoría del Contrato Administrativo en la Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Venezolana*. Caracas 1968, pág. 18 y ss. Luis Brito García: "Régimen Constitucional de los Contratos de Interés Público", en *Revista de Control Fiscal y Teorización Administrativa*, Nº 50, año 1968, pág. 76 y ss. Allan R. Brewer-Carías, "Los Contratos de interés Nacional y su aprobación legislativa", en *Revista de Derecho Público*, Nº 11, páginas 49 y ss.

B. *La expresión Contrato de Interés Nacional no es coincidente con la de Contrato de Interés Público.*

Una opinión distinta a la anterior es la del Dr. Pérez Luciani para quien la expresión Contrato de Interés Nacional no coincide con la de Contrato de Interés Público. Nos dice el Dr. Pérez Luciani que la expresión Contrato de Interés Nacional puede ser más o menos amplia que la de Contrato de Interés Público, según diferentes puntos de vista. Que desde un primer enfoque la frase "Interés Nacional" es más reducida en su extensión que la correlativa a "Interés Público". El Interés Nacional, se refiere a un interés colectivo de toda la República o Estado Venezolano. En cambio "Interés Público" puede significar el interés de una municipalidad o de uno de los Estados de la unión, o el interés sectorial de un ente público en cualquiera de sus categorías; nacional, estatal o municipal. Que desde otro punto de vista, interés nacional puede tener un sentido más amplio que el de interés público; como ejemplo señala la venta de bienes del patrimonio privado de la República, la cual no involucra, al menos de manera directa, un interés público. Por otra parte, también señala que el interés tutelado por las normas que consagran los contratos de "Interés Nacional" y las que consagran los contratos de "Interés Público" es diferente. Que el primero apunta fundamentalmente a la preservación de los intereses económicos y financieros del Estado, y el referente a los "Contratos de Interés Público" a consideraciones relativas a la Soberanía de Estado, a los peligros de posibles agresiones o sujeciones a Cortes o Tribunales extranjeros, a reclamaciones diplomáticas<sup>5</sup>.

A esta posición del profesor Gonzalo Pérez Luciani, que era la única disidente con respecto a la mayoría de la doctrina, se viene a añadir la del Dr. José Guillermo Andueza quien opina que los contratos de interés nacional son todos los que celebra la Administración Pública Central, actuando como poder o como persona, independientemente que ellos estén sometidos al Derecho Público o al Derecho Privado; y solo una parte de estos contratos son de interés público<sup>6</sup>.

Por otra parte, independientemente de las divergencias que existen en torno a la coincidencia o no de las expresiones de contrato de interés nacional y contrato de interés público, todos los autores coinciden en que los contratos de interés público son sólo una parte del universo de contratos que celebra la Administración Pública.

Con respecto a los criterios delimitadores del concepto de contrato de interés público vuelven a plantearse divergencias en la doctrina.

C. *El Contrato de Interés Público coincide con el Contrato Administrativo.*

Afirman esta tesis, Lares Martínez, Faría Mata, Brito García y otros. El Dr. Brewer en un principio compartía esta opinión en la actualidad la ha abandonado. Para estos autores los contratos de interés público o contratos administrativos se con-

5. Dictamen Jurídico no publicado sobre consulta formulada por el Centro Simón Bolívar referente a contratos de empréstito público.

6. Conferencia dictada el 16-3-83 titulada "Los Contratos Administrativos" en el Seminario "Jornadas de análisis sobre el estado actual de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado", Contraloría General de la República.

traponen a los de contratos de derecho privado. La noción de contrato administrativo por ellos adoptada, es la elaborada por la Jurisprudencia y Doctrina Francesa y se identifica con aquellos contratos que tienen por objeto el funcionamiento de un servicio público u otra actividad de interés general. Al igual que la Doctrina Francesa consideran que en hipótesis dudosas la existencia de cláusulas exorbitantes en el respectivo contrato constituye un criterio auxiliar de calificación. La diferencia de opinión entre estos autores que consideran como equivalentes a los contratos de interés nacional, de interés público nacional y contratos administrativos está en los sujetos que puedan celebrarlos. Para Lares Martínez sólo la República, para Faría Mata también los Institutos Autónomos y para Brito García, así como para los organismos oficiales ya señalados, tanto la Administración Central como la Descentralizada <sup>7</sup>.

D. *Contrato de Interés Público determinado en función de la importancia, magnitud económica o sus consecuencias.*

Esta opinión es sostenida por los doctores Gonzalo Pérez Luciani y José Melich Orsini, quienes con fundamento en el análisis histórico y evolución constitucional en la materia, consideran que el constituyente al consagrar la categoría de contrato de interés público o interés nacional, no tenía en mente una categoría de contratos determinados por elementos cualitativos, sino las contrataciones de importancia, los compromisos económicos o financieros que pudieran resultar a cargo del Estado; el temor a que se malgasten o dilapiden fondos públicos; las grandes contrataciones, que son las que ameritan un régimen de control especial <sup>8</sup>.

E. *Los Contratos de Interés Público son los Contratos celebrados con extranjeros.*

Para el Dr. Fermín Toro Jiménez la expresión Contrato de Interés Público consagrada en el artículo 127 de la Constitución, que incluye a los contratos de interés nacional, es equivalente a contratos celebrados con extranjeros, porque sólo ellos son los que pueden dar lugar a reclamaciones extranjeras, que es precisamente lo que el constituyente quiere evitar al consagrar la Cláusula de Reserva o la Cláusula Calvo, incorporada a los contratos de interés público. Por tanto y de acuerdo con este enfoque no serán contratos de interés público todos aquellos en que no pueda plantearse la posibilidad de reclamaciones extranjeras, que serían entonces los celebrados con personas naturales o jurídicas venezolanas <sup>9</sup>.

La crítica a esta opinión la ha formulado el Dr. Brewer-Carías quien sostiene que esta posición no es admisible, no sólo por su visión limitada respecto de los efectos internacionales de los contratos públicos, sino porque el mismo artículo 126

7. Obras anteriormente citadas de estos autores. Los Dictámenes de los organismos públicos mencionados se encuentran señalados en el artículo del Dr. José Melich Orsini, nota 16, páginas 41 y 42. Opinión actual del Dr. Allan Brewer-Carías en *Revista de Derecho Público* Nº 11, 1982: "Los Contratos de Interés Nacional y su aprobación legislativa", pág. 49 y ss.

8. Textos citados anteriormente.

9. *Manual de Derecho Internacional Público*, Tomo I, Caracas, 1982, pág. 481 y ss.

de la Constitución le da una connotación de derecho interno a los contratos de interés nacional, al admitir que una categoría de ellos puedan ser necesarios para el desarrollo de la administración pública "aun cuando no se celebren con personas jurídicas extranjeras"<sup>10</sup>.

Además podríamos agregar que no es tan cierto que los contratos celebrados con venezolanos no pueden dar lugar a reclamaciones extranjeras. Piénsese en contratos celebrados con empresas venezolanas, consideradas así por el Código de Comercio por haber sido constituidas en Venezuela, pero que en realidad no son sino filiales de empresas extranjeras. La cesión de los derechos derivados de un contrato de interés público, realizada a favor de la empresa extranjera matriz, lógicamente podría implicar riesgos de reclamaciones extranjeras. Por tanto, esta opinión tampoco escapa a serias críticas que debilitan su fundamentación.

## 2. *Los Contratos de Interés Público excluidos de la aplicación del Artículo 127 de la Constitución*

Es escasa la doctrina que trata este punto. La mayoría de los autores que se han ocupado de la determinación del concepto de contrato de interés público lo han hecho con ocasión de dilucidar el alcance del artículo 126 de la Constitución referente a la exigencia de aprobación del Congreso en los contratos de interés nacional.

A los efectos del artículo 127 de la Constitución no basta con determinar el concepto de contrato de interés público, es necesario además precisar cuáles de esos contratos de interés público, por su naturaleza; no admiten la Cláusula de Reserva de Jurisdicción o la Cláusula Calvo.

Los que afirman la tesis de que los contratos de interés público son los contratos administrativos, tendrían que responder cuáles de esos contratos administrativos no la admiten; asimismo los que sostienen la tesis de los contratos de interés público como equivalentes a las grandes contrataciones del Estado, tendrían que responder, cuales de esas grandes contrataciones no admitirían esas cláusulas, y así sucesivamente.

Entre las opiniones que se han adelantado sobre este aspecto podemos destacar las siguientes:

### A. *Los contratos que no admiten la Cláusula de Reserva de la Jurisdicción Venezolana, son los Tratados Internacionales*

Esta tesis es sostenida fundamentalmente por el Profesor Fermín Toro Jiménez. Para este autor el Estado Venezolano goza de Inmunidad de Jurisdicción absoluta, la cual no ha variado desde su formulación inicial en la Constitución de 1893, y que la excepción que trae el artículo 127 sólo es aparente porque ella se refiere a los tratados internacionales, ya que sólo éstos son los que por su naturaleza no admiten la Cláusula de Reserva de la Jurisdicción Venezolana. Por otra parte sostiene el Dr. Fermín Toro que cuando en la exposición de motivos el constituyente alude a "variedades surgidas con la evolución del Derecho Internacional, se está refiriendo

10. Artículo citado, página 51.

a ciertos tipos de contratos como los de ayuda económica suministrada por los Estados Unidos dentro del programa de reconstrucción de la postguerra, vinculados con el famoso Plan Marshall <sup>11</sup>.

Al respecto estimamos que esta norma no tiene nada que ver con los tratados internacionales, los cuales siempre han tenido un tratamiento constitucional separado de los contratos de interés nacional o contratos de interés público. Por otra parte, creemos como ya lo hemos destacado, que la influencia decisiva para el cambio de redacción de la norma tradicional, que salvo el paréntesis de la Constitución de 1947, consagraba la Inmunidad Absoluta, fue los documentos e informes que consideró la comisión redactora del proyecto, particularmente el Informe Carmona, quien propiciaba incluso la eliminación de la norma teniendo como base la evolución de la práctica internacional en la materia, que basándose en la doctrina de los Actos *Jure Imperii* y *Jure Gestionis*, excluía toda posibilidad de invocar la Inmunidad de Jurisdicción con respecto a estos últimos. En ninguno de los antecedentes que se conocen dentro del contexto de lo que fue la redacción y discusión de esta norma, aparece referencia alguna a los tratados internacionales como constituyendo la excepción a que alude el artículo 127 de la Constitución.

Como argumento adicional podríamos decir que indudablemente la obra del constituyente como toda obra humana tiene defectos, sin embargo, cuánta ineptitud desde el punto de vista técnico habría que atribuirle al constituyente, que habiendo querido decir sencillamente que los contratos excluidos de la aplicación del artículo 127 eran los tratados internacionales, para ello utilizara una expresión tan complicada como la contenida en el citado artículo.

Por su parte, Brito García quien asimila los contratos de interés público a los contratos administrativos, considera que la excepción del artículo 127 le es inaplicable, y que una explicación de esta frase en el citado artículo, sería la asimilación de esos contratos exceptuados a tratados internacionales, pero reconoce que tal asimilación "sería muy discutible".

*B. Los Contratos que no admiten la Cláusula de Reserva son los contratos que la práctica Internacional considera que no afectan la Soberanía*

Dentro de esta posición podría ubicarse la opinión que en un dictamen del 1977 sostuvo la Procuraduría General de la República, al opinar sobre si los contratos de empréstito público estaban o no exceptuados de la Cláusula Obligatoria de Reserva de Jurisdicción.

Partiendo de un análisis histórico y de la evolución de la norma constitucional sobre la materia, la Procuraduría concluye en que el cambio de posición del Constituyente sobre la Inmunidad de Jurisdicción, tuvo su origen en consideraciones supranacionales vinculadas con el tratamiento que al principio de la Inmunidad de los Estados le deba la mayoría de los Estados. Destacaba asimismo que era difícil establecer a priori cuáles de esos contratos estaban o no amparados de Inmunidad de Jurisdicción, pero que en todo caso la tendencia era que los Estados invocaran

11. *Obra citada*, páginas 438 y ss.

o no su Inmunidad basados en razones de oportunidad, tomando en cuenta las características de las mutuas prestaciones y fundamentalmente la actitud observada por el Estado al que pertenece el contratante extranjero cuando, en casos análogos dicho Estado asumió la posición de parte contratante en similares relaciones contractuales, es decir, consideraciones de reciprocidad.

### 3. *Algunas consideraciones sobre el problema:*

Dentro del universo de contratos que puede celebrar la Administración Pública, el constituyente prácticamente desde sus inicios como tal, quiso someter a algunos de ellos a un régimen de control especial, haciendo participar al Congreso Nacional mediante autorizaciones y aprobaciones. A este tipo de contratos, los denominó Contratos de Interés Nacional.

Ahorra bien, el Estado venezolano, en sus orígenes fue un Estado abstencionista en lo económico, que sólo se limitaba a cumplir las funciones de orden político y prestar ciertos servicios no atendidos por los particulares y necesarios para el normal desenvolvimiento de la vida nacional. Este Estado abstencionista evolucionó hasta convertirse en lo que es hoy, un Estado omnipresente en todos los sectores de la vida nacional, que interviene no sólo regulando o controlando la actividad de los particulares, sino actuando directamente como empresario, a veces monopolíticamente, como industrial y comerciante, a pesar de que el Código de Comercio diga, que al Estado no pueda dársele el calificativo de comerciante.

Pues bien, en sus inicios eran pocos los contratos que por su importancia e incidencia en la actividad de la Administración, celebraba el Estado con particulares.

De allí que la constitución se refiera a ellos llamándolos por su nombre. En principio sólo el contrato de obras públicas, para la construcción de puentes, carreteras; luego concesiones para construcción de vías férreas, concesiones de títulos mineros, cables aéreos de tracción, establecimientos de comunicaciones telegráficas o inalámbricas, inmigración, etc.

Tal fue la amplitud de la acción contractual del Estado en diversos órdenes, y particularmente tal fue la proliferación de entes públicos surgidos del desmembramiento de la administración pública central, que el constituyente terminó simplemente utilizando la expresión Contrato de Interés Nacional, sin referirse a ningún tipo en especial.

También ha sido intención manifiesta del constituyente someter a los contratos que celebran los Estados y Municipios a un cierto régimen de control, y pareciera que al resultar igualmente difícil señalar algunos de ellos, prefirió utilizar la expresión "Contrato de Interés Público", para incluir no sólo los de interés nacional, sino también los de interés estatal y municipal.

Indudablemente que no ha sido feliz la redacción utilizada por el constituyente de 1961 al redactar las normas de los artículos 126 y 127, creando problemas graves de interpretación que ha impedido que nuestra calificada doctrina se ponga de acuerdo sobre su significación. Bien sea que se utilice un método de interpreta-

ción histórica, teleológica o sistemática, los resultados han sido diversos, las opiniones divergentes.

Cuando uno analiza los escritos del Dr. Pérez Luciani y del Dr. Melich Orsini, y ve el laborioso recuento histórico de las normas de nuestras constituciones referentes a la materia, encuentra totalmente lógico y razonable que se afirme que eran los contratos importantes, las grandes contrataciones, aquellos que el constituyente quiso someter a un régimen especial de control. Pero en la actualidad, ante la necesidad de calificar un determinado contrato a efectos de someterlo al régimen del artículo 126, qué difícil resulta utilizar elementos cuantitativos para señalar a un contrato como pasible de control legislativo.

Qué difícil también resulta admitir como criterio delimitador, la referencia al derecho público o al derecho privado aplicable al contrato, cuando ambas nociones están en crisis, y la más moderna doctrina coincide en afirmar que ante la privatización del derecho público y la publicización del derecho privado sólo nos queda hablar con propiedad de un "Derecho Común", común precisamente a los sujetos de la actividad privada como de la pública.

Por su parte, la utilización de la finalidad perseguida por la Administración al contratar, nos llevaría a calificar como contratos de interés público a todos los contratos que celebre la administración pública, pues nada puede ella realizar que no esté fundamentada en móviles de interés general o interés público. Al menos que se distinga entre interés público directo o indirecto, mediato o inmediato, lo cual también plantea problemas de interpretación.

Utilizando criterios teleológicos, puede resultar que un mismo tipo de contrato sea o no sometido al régimen de control parlamentario, o incluido o excluido del régimen establecido en el artículo 127 sobre inmunidad de jurisdicción. Ejemplo típico lo ofrecen los tan debatidos contratos de empréstito público, cuya calificación realizada en función de la finalidad perseguida ha dado lugar a resultados contradictorios:

En el Derecho comparado encontramos casos de empréstitos de poco monto pero destinados a comprar municiones o botas para un ejército que han sido calificados como actos de soberanía, y contratos de empréstitos públicos millonarios, solicitados para financiar actividades industriales o comerciales del Estado, que han sido calificados de carácter no soberano por estar destinados a fines privados del Estado.

Total, un callejón sin salida que ha vaciado de todo contenido al artículo 126 de la Constitución, ya que los contratos que celebra la Administración o son calificados como "permitidos por la ley" o ubicados dentro de la categoría de "aquellos necesarios para el normal desenvolvimiento de la Administración" y esto, como lo resaltó ayer en su conferencia el Dr. Gustavo Planchart M., aceptado pacíficamente por todos los poderes. La prueba la tenemos en los escasísimos contratos sometidos a la aprobación legislativa; en los últimos tiempos, sólo las Actas Convenios derivadas de la nacionalización de la industria del hierro y el petróleo, y eso porque el Presidente de la República así lo dispuso en los decretos-leyes de nacionalización.

Esta situación sólo podrá ser resuelta por el legislador, mediante una labor de sistematización de los contratos del Estado, y combinando criterios derivados de la importancia de ellos, independientemente de su naturaleza jurídica, con criterios que

tomen en cuenta la necesaria agilidad administrativa, establezca el grupo o categoría de contratos de interés público sujeto a control parlamentario.

Esto sería a nivel de derecho interno y de control interno, porque cuando se trata, de saber cuáles de los contratos de interés público que celebra la administración con extranjeros, pueden excluir la cláusula de reserva de jurisdicción venezolana, la solución no depende exclusivamente de los criterios nacionales, puesto que el elemento de conexión que implica la especial situación del co-contratante extranjero requiere de consideraciones adicionales.

Si nos atenemos a la naturaleza jurídica de los contratos, no hay respuesta satisfactoria puesto que no existe en nuestro derecho contrato alguno que por su naturaleza jurídica no admita una cláusula semejante.

El Dr. Planchart, uno de nuestros mejores constitucionalistas, al referirse a este asunto en su conferencia de ayer, opinó que la expresión "naturaleza del contrato" contenida en el artículo 127 para excluir la cláusula de reserva, no se refería a la naturaleza jurídica del contrato, sino a la naturaleza práctica del negocio.

Al respecto señaló que la administración celebra contratos, que incluso no puede dejar de celebrar, pero que si se exigiera la inclusión de la cláusula, el negocio probablemente no se celebraría. Que ante esta realidad la fórmula incluida en la norma tiene como propósito que la República no se vea imposibilitada a celebrar contratos de interés público, por causa de una norma rígida.

Es decir, que nuestro excelente constitucionalista, se pronuncia por una interpretación pragmática no dogmática del artículo 127 de la Constitución.

Por lo tanto habrá que convenir que el constituyente utilizó la expresión "naturaleza del contrato" en sentido atécnico y admitir como ha hecho el Dr. Planchart que el constituyente se refería a la naturaleza práctica del negocio.

## V. CONCLUSIONES

Para concluir yo diría lo siguiente:

1. Que cuando el constituyente de 1961 abordó el problema de la inmunidad de jurisdicción del Estado Venezolano, abandonó deliberadamente la posición tradicional de inmunidad absoluta, adoptando la tesis de la inmunidad relativa. Esto lo hace, si nos atenemos a los debates tanto de la Comisión Redactora como de la Asamblea Constituyente, porque tuvo conciencia de que se había producido una evolución al respecto, y la mayoría de los Estados, ante quienes tendría que invocar el privilegio de la inmunidad de jurisdicción, han adoptado la tesis restringida.

2. Ante la alternativa de abandonar la norma tradicional, sugerida incluso por los internacionalistas que tuvieron acceso a esas discusiones, prefirió dejarla por considerar que esa norma aún podría constituir una defensa para la República, pero concebida sin el rigor que, salvo el paréntesis de la constitución de 1947, tenían al respecto todas nuestras constituciones desde 1893. Esa flexibilidad la consiguió incorporando al texto tradicional, la frase "Si no fuere improcedente de acuerdo a la naturaleza de los mismos".

3. El constituyente no tenía claro cuáles eran esos contratos que su naturaleza no admitía la cláusula de reserva de jurisdicción venezolana, puesto que si nos atenemos a la exposición de motivos, vemos que la intención fue que esos contratos los determinara no el derecho interno sino el Derecho Internacional o la práctica de los Estados.

4. De esto resulta que la norma deja una posibilidad al negociador de juzgar, si habida cuenta de las circunstancias prácticas de cada negociación, es posible de imponer o no dicha cláusula. Claro está que es la naturaleza de las operaciones lo que hace más o menos razonable pretender incluir la cláusula de reserva.

5. Con el artículo 127 de la constitución se quiso mantener el principio de la inmunidad de Jurisdicción del Estado Venezolano, pero sin pretender violentar las posibilidades prácticas de concertación de ciertos negocios, en los que, conforme a la costumbre y tipo de intereses en juego, el Estado no puede pretender contratar en situación de preminencia.