

Dictamen 4211 de 19 de diciembre de 1996*

*Jesús Petit Da Costa***

AMDIPC, 2025, No. 7, pp. 397-407.

República de Venezuela
Procuraduría General de la República
Despacho del Procurador
Caracas, 19 de Diciembre de 1996
Ciudadano

Ing. LUIS RAUL MATOS AZOCAR
Ministro de Hacienda
Su Despacho
Señor Ministro:

Me complace dirigirme a usted, en ocasión de comunicarle la preocupación de esta Procuraduría General de la República por las operaciones de crédito público en virtud de que, con motivo de una consulta, tuvimos conocimiento de que las obligaciones derivadas del contrato se someten a leyes extranjeras y las acciones debían ejercerse ante tribunales extranjeros.

Con la finalidad de preservar el imperio de la Constitución, he considerado conveniente transmitirle nuestra opinión al respecto.

EXCURSO SOBRE EL PRINCIPIO DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN

Concepto

La Inmunidad de Jurisdicción es el principio según el cual los Estados no pueden ser sometidos sin su consentimiento a los Tribunales de otro Estado¹.

La doctrina de la inmunidad del Estado, tiene su origen en la regla feudal, *Par In Parem Non Habet Imperium*, en cuya virtud los señores feudales sólo eran responsables ante sus superiores y no ante sus iguales. Pero fue sólo durante el siglo XIX, que los tribunales desarrollaron una doctrina sobre la inmunidad del Estado que era casi ilimitada en su alcance. Era la concepción imperante en la doctrina clásica del Derecho Internacional, que exigía la aplicación absoluta de paridad entre Estados y, en desarrollo de tal principio, los Estados como tales no podían ser en ningún caso demandados ante tribunales distintos a los suyos, por cuanto ningún

* Publicado originalmente en: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1997, No. 102, pp. 295 ss.

** Procurador General de la República

¹ Vid. I. Boscan de Ruesta, "La Inmunidad de Jurisdicción en los Contratos de Interés Público", en: *Revista de Derecho Público*, No. 14 (Abril-Junio), 1983, p. 24.

Estado podía tener jurisdicción sobre otro, sin violar la regla universal de la igualdad entre Estados soberanos.

Teorías sobre la inmunidad de jurisdicción

*La inmunidad **absoluta** de jurisdicción*

La inmunidad absoluta de jurisdicción se encuentra formulada en los términos antes señalados: *Par In Parem Non Habet Jurisdictionem*, que —como afirmamos— aludo a la idea de que los Estados son pares entre sí, razón por la cual ninguno puede entenderse sometido a los tribunales de otros Estados.

*La inmunidad **relativa** de jurisdicción*

Por lo que respecta a la inmunidad relativa de jurisdicción, debe señalarse que esta teoría restringe la inmunidad de jurisdicción a los actos soberanos o públicos (*jure imperium*) de un Estado, pero no respecto a actos privados (*jure gestiones*); es decir, que los actos de un Estado producidos por éste, en ejercicio de sus funciones públicas y soberanas, estarán siempre exentos de la jurisdicción de un Estado extranjero; mientras que los actos comerciales o de derecho privado, es decir, los producidos por el Estado en ejercicio de actividades privadas, pueden quedar sometidos a la jurisdicción de otro Estado².

Cabe señalar que el tema de las inmunidades constituye hoy por hoy una problemática compleja, dado que el derecho que los regula es, en gran parte, creación de tribunales normales y los Estados no interpretan el problema con uniformidad. Por otra parte se ha criticado, dentro de la teoría restrictiva, la distinción entre actos públicos y privados, por su imprecisión, 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 ha permitido que se produzcan decisiones diversas en casos análogos³.

Su evolución en el ordenamiento constitucional venezolano⁴

Constitución de 1893

La norma que consagra la inmunidad de jurisdicción del Estado Venezolano aparece consagrada por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico, en la Constitución de 1893, al prever su artículo 149 textualmente lo siguiente:

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.

² Ibidem, p. 24.

³ Ibidem, pp. 26-27.

⁴ *Passim*, *Las Constituciones en Venezuela*, Coed. U. Católica del Táchira - Instituto de Estudios de la Administración Local, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

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 internacionales⁵.

Constitución de 1901 y siguientes

Por su parte, la siguiente Constitución de 1901 recoge la norma anterior en términos semejantes e incorpora un nuevo requisito: el del domicilio en Venezuela de las Sociedades cocontratantes. Así, preveía en su artículo 139 lo que se trasunta y continuación:

Ningún contrato de interés público celebrado por el Gobierno Federal o por el de los Estados por las Municipalidades o por cualquier otro Poder Público podrá ser trasladado en todo o en parte a Gobierno extranjero; y en todos ellos se considerará incorporada, 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 de 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 formulen, 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.

Dicha norma se repetirá con escasas variaciones en las sucesivas Constituciones de 1904 (Art. 124), 1909 (Art. 142); 1914 (Art. 121); 1922 (Art. 121), 1925⁶ (Art. 50); 1928 (Art. 50); 1929 (Art. 50); 1931 Art. 50); 1936 (Art. 49) y 1945 (Art. 50).

El importante aporte de la Constitución de 1947

La Constitución de 1947 flexibiliza la norma contenida en las anteriores Constituciones, al supeditar la inclusión de la cláusula en referencia a la naturaleza de los Contratos. En tal sentido disponía su artículo 108 lo que se copia de seguidas:

En los contratos a que se refiere el artículo anterior, **si fuese procedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos**, se considerará incorporada, aun cuando no estuviera expresa una cláusula por la cual se establece que las dudas y controversias que puedan suscitarse con dichos contratos y que no lleguen a ser resueltos 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.

⁵ Se incorpora así a nuestro ordenamiento jurídico la llamada Cláusula Calvo, llamada de esta manera en honor al ilustre autor argentino C. Calvo (1824-1906) para quien “Según el Derecho Internacional escrito, el cobro de créditos y la gestión de reclamaciones privadas no justifican de pleno la intervención armada de los gobiernos y como los Estados europeos siguen invariablemente esta regla en sus relaciones recíprocas no hay razón para que no se las impongan también en sus relaciones con los Estados del Nuevo Mundo”. Calvo citado por D. Guerra Iñiguez, *Derecho Internacional Público*, Fondo Gráfico Universitas C.A., Caracas, 1973, p. 170.

⁶ En esta norma se agrega la coetilla “...ni admitirse el traspaso a ellas de los celebrados con terceros”, que se mantendrá en las siguientes Constituciones de la República.

Constitución de 1953

La Constitución de 1953, retoma la redacción inicial de la Constitución de 1893, al prever en su artículo 49 lo siguiente:

En los contratos de interés público celebrados con el Gobierno Nacional con los de los Estados o con las Municipalidades se considerará incorporada la cláusula siguiente: “Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse sobre este contrato y que no puedan ser resueltas amistosamente, serán decididas por los Tribunales Competentes de Venezuela de conformidad con sus leyes sin que por ningún motivo puedan dar origen y reclamaciones extranjeras”.

Régimen vigente

La Constitución de 1961 reforma la redacción empleada en la Constitución de 1953 y en la de 1947, al establecer en su artículo 127 lo siguiente:

En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun 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 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.

Persigue dicha norma evitar que los contratos de interés público den lugar a reclamaciones extranjeras, o que sean decididas en atención a normas substantivas y adjetivas distintas a las venezolanas⁷. Si bien, la disposición en comento ha sido objeto de críticas por algún sector de la doctrina que cuestiona su eficacia a nivel internacional⁸, lo cierto es que en el ámbito interno tiene plena vigencia y es de obligatorio cumplimiento⁹.

La inmunidad de jurisdicción y las operaciones de crédito público

En anterior oportunidad este Despacho sustentó el criterio de que “los empréstitos públicos siempre son el producto de un acuerdo de voluntades en el cual el poder de imperio o de autoridad del Estado está ausente, y este carácter contractual no queda desvirtuado por la existencia de la fase intelectual pública que preside la celebración del contrato de empréstito público... (*Omissis*). Ahora bien, los empréstitos públicos externos sólo contemplan la fase contractual, cuyo contenido es netamente mercantil, que puede ser sometido a la jurisdicción del

⁷ Vid. L. Britto García, “Régimen Constitucional de los Contratos de Interés. Público”, en: *Revista de Control Fiscal*, No. 50. Contraloría General de la República, 1968, p. 123.

⁸ Así por ejemplo G. Pérez Luciani cuestiona su eficacia y afirma que “La Cláusula Calvo es prácticamente carente de valor, a pesar de la defensa que de la misma han hecho los internacionalistas latinoamericanos... la disposición del actual artículo 127 de la Constitución no ha significado nada en el pasado y hoy cuando las circunstancias internacionales han variado, tampoco tiene significado ni práctica ni útil”. Vid. de este autor “Contratos de Interés Nacional, Contratos de Interés Público y Contratos de Empréstito Público”, en: *Libro Homenaje al Dr. Eloy Lares Martínez* (T.I.), UCV, Caracas, 1984, pp. 114 - 119.

⁹ Ello lo destacan, entre otros autores: Britto García, ob. cit., p. 170; I. Boscán de Ruesta, “La Inmunidad de Jurisdicción...”, cit. p. 38; E. Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 8 edic., UCV, Caracas, 1990; Guerra Iñiguez, ob. cit., p. 171 y A. Morles, “La Inmunidad de Jurisdicción y las Operaciones de Crédito Público” en: *Estudios sobre la Constitución (Libro Homenaje a Rafael Caldera)*, (T. II, UCV, Caracas, 1979, p. 1701 y ss.

Estado del prestamista sin que tal sumisión signifique violación del artículo 127 de la Constitución, pues estos contratos, por su naturaleza, no comprometen ni la soberanía última ni la seguridad de la República... (*Omissis*). Por otra parte, la práctica gubernamental venezolana en la materia refuerza la consideración de actos de naturaleza mercantil de los empréstitos públicos, externos susceptibles de ser objeto de cláusula de renuncia de inmunidad de jurisdicción por parte del Estado prestatario...”¹⁰.

Al respecto, este Despacho estima necesaria la revisión del criterio antes citado, la cual pasa a efectuar en los términos siguientes:

Concepto de Crédito Público.

El crédito público es “la aptitud política, económica, jurídica y moral de un Estado para obtener dinero o bienes en préstamo, basada en la confianza de que goza por su patrimonio, los recursos de que puede disponer y su conducta, y que se traduce por el empréstito”¹¹.

Ahora bien, la procedencia o no de la inmunidad de jurisdicción en esta materia, dependerá del criterio que se sustente respecto a la naturaleza jurídica del empréstito público. Ello determina —*a fortiori*— el estudio de las diferentes posturas doctrinales adoptadas en la materia. Veámoslo de seguida.

Naturaleza jurídica

La cuestión relativa a la naturaleza jurídica del empréstito público, ha sido ampliamente debatida tanto por la doctrina venezolana como por la extranjera, sin que hasta el presente se haya producido un criterio unánime al respecto.

Así, en el pasado se distinguían —según la clasificación del tratadista argentino Carlos M. Giuliani Fonrouge¹²— tres corrientes doctrinales a saber: la que consideraba el empréstito como un acto de soberanía¹³, que originaba una obligación unilateral de derecho público; otra —derivada de la anterior— que hacía depender la calificación del acto de la soberanía legislativa del Estado, estableciendo la distinción entre empréstitos internos y empréstitos internacionales y, finalmente, aquella que asignaba al empréstito naturaleza contractual, la cual admitía —a su vez— cuatro subdivisiones: contrato de derecho privado; contrato de derecho público; contrato reglamentario o de colaboración, de naturaleza mixta y contrato *sui generis*.

¹⁰ Cfr. Dictamen AE - 14-1-77 en 20 Años de Doctrina de la Procuraduría General de la República, (T. IV. Vol II). p. 191 y ss.

¹¹ *Passim*, C. M. Giuliani Fonrouge, *Derecho Financiero* (V II). 3ª ed. (3ª reimp.), Edic. Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 1002.

¹² Ob cit., p. 1019.

¹³ Refiriéndose a dicho criterio doctrinal este Despacho señaló, en su momento lo siguiente:

“Ahora bien, a juicio de la Procuraduría, la doctrina que define la naturaleza de las operaciones de empréstito público en función del término ‘soberanía’ presenta el inconveniente de resultar ambigua e imprecisa por la dificultad que existe de definir con exactitud lo que se entiende por soberanía... (*OMISSIS*) si aplicamos la noción comúnmente admitida de soberanía interna a las operaciones de empréstito público, habría que concluir, que sólo los ‘empréstitos forzosos’ pueden ser calificados como actos de soberanía, puesto que para su establecimiento el Estado no toma en cuenta la voluntad y el consentimiento del tenedor de los títulos”. Vid. Dictamen A.E. 14-1-77, en: *Doctrina de la Procuraduría General de la República*, 1978, pp. 55-73.

En Venezuela, por su parte, se discutía la naturaleza contractual de tales operaciones, llegando incluso algún autor¹⁴ a negarles tal carácter. Pero no sólo ello sino que también en la corriente que les reconocía el carácter de “contratos” existían opiniones divergentes en cuanto a su consideración como contratos de derecho público o de derecho privado¹⁵. A su vez, se distinguía, dentro de los primeros, entre contratos de interés público e interés nacional¹⁶.

Así, por ejemplo, el profesor Alian R. Brewer-Carías¹⁷, estimaba —dado que como veremos ha abandonado tal posición— que el artículo 126 de la Constitución, distinguía dos categorías fundamentales de contratos administrativos. La primera, formada por los contratos necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública, que los celebra el Presidente de la República o el funcionario competente, sin necesidad de intervención legislativa; y, la segunda, integrada por los contratos, calificados por el precitado autor como “excepcionales”, por requerir la norma constitucional para su celebración bien la aprobación posterior del Congreso o la autorización previa. En su opinión, el Contrato de Empréstito Público constituía uno de estos contratos administrativos excepcionales.

Por lo que al tema de la inmunidad de jurisdicción se refiere, expresaba el precitado autor que la norma contenida en el artículo 127 de la Constitución consagra una “incapacidad especial” que afecta a los particulares co-contratantes de la Administración¹⁸.

Por su parte, el autor Luis Britto García¹⁹ dentro de la misma postura doctrinal, señalaba que no existía diferencia alguna “entre la expresión constitucional ‘contrato de interés público’ y el término doctrinario ‘contrato administrativo de la Administración’”, al cual definía como “aquél en el cual la Administración, actuando en su carácter de tal, esto es, persiguiendo aquellas finalidades de orden público que le corresponde cumplir, celebra con un tercero un pacto

¹⁴ Concretamente E. Mizrahi quien afirmó “Si como me parece la tesis correcta, los empréstitos no son contratos, la República puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción sin que con ello resulte infringida la norma del 127 constitucional”. Vid. de este autor: “Los Contratos de Empréstitos”, en: *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas 1991, pp. 169-185.

¹⁵ En tal sentido, expresaba el profesor A. Morles que “ninguna de las operaciones de Crédito Público tiene, en Venezuela, carácter de contrato de derecho común”. Vid. Morles ob. cit., pp. 1717 y ss. No obstante este Despacho, acogió la opinión contraria en el dictamen que se revisa, atribuyéndoles a tales operaciones —como se ha visto— un carácter “netamente mercantil”. Cfr. Dictamen AE - 14177 cit. Sobre la conceptualización de los Contratos como administrativos en oposición a los contratos de derecho privado, vid. además “*Doctrina de la Procuraduría General de la República*” 1963 y oficio No. 4718 de 25-9-64, remitido por este Despacho al Ministro de la Defensa.

¹⁶ Sobre esta apasionante controversia vid. L. Britto García, “Régimen Constitucional de los Contratos de Interés Público” cit., pp. 77-130; L.H. Fariás Mata, “La Teoría del Contrato Administrativo en la Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Venezolana”, en: *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, (T. II), UCV, Caracas, 1981, pp. 936-977; G. Pérez Luciani, “Contratos de Interés Nacional, Contratos de Interés Público y Contratos de Empréstito Público”, en: *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez* (T.I), UCV, Caracas, 1984, pp. 91-163 y A. Brewer-Carías, “Contratos Administrativos”, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992.

¹⁷ Vid. de este autor *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 162-172.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Vid de este autor “Régimen Constitucional de los Contratos de Interés Público”, ob. cit p. 90.

cuyo objeto tiende a dar cumplimiento a una finalidad de interés público”²⁰ en oposición a los contratos de derecho privado de la Administración, esto es “aquel... en el cual el ente público se asimila a un particular, no emplea el poder público de que se encuentra investido y pacta una convención regida por normas de naturaleza civil, que da lugar a relaciones de derecho privado”²¹.

Para el autor L. H. Farías Mata²², la figura de los contratos administrativos se correspondía exactamente con las consagradas en la Constitución con el nombre de Contratos de Interés Nacional y Contratos de Interés Público que —en su opinión— “era la opinión doctrinal mayoritaria en nuestro país, salvo la discrepancia que en este campo representa Pérez Luciani”²³.

En efecto, para este autor la nota que permitía distinguir un contrato de interés nacional de aquellos que no se consideraban como tales, era “exclusivamente, cuantitativa”²⁴ dependían de las circunstancias económicas y financieras existentes en un determinado momento histórico.²⁵ Tal posición era compartida por el profesor José Mélich Orsini²⁶, quien aseveraba “que lo que tipifica un ‘contrato de interés público’ es tratarse de una gran contratación hecha por la Administración Pública Nacional, Estatal o Municipal que justifique a los fines de control la intervención del Congreso, bien porque en la misma se compromete gravemente el patrimonio económico de la República o de sus secciones, bien porque sea susceptible de suscitar reclamaciones extranjeras”²⁷.

²⁰ Como consecuencia de lo anterior —señalaba este autor— tales contratos “se encuentran sometidos a un régimen de derecho público, y las controversias que surjan en relación a ellos se encuentran sometidas a la jurisdicción Contencioso-Administrativa”. Vid. Britto García, ob. cit., p. 90.

Tal posición es recogida por la Contrataría General de la República en Dictamen DGSJ -1-11-24-2-82 publicado en *Dictámenes de la Consultoría Jurídica de la Contrataría General de la República* (1981-1984), T. VII, Caracas, 1985, pp. 146-141.

²¹ *Ibidem* p. 90

²² Vid L. H. Farías Mata, “La Teoría del Contrato Administrativo en la Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Venezolanas”, en: *Libro Homenaje al profesor Antonio Moles Caubet* (T. III), UCV, Caracas, 1981, pp 935-977.

²³ Farías M., ob. cit. p. 941

²⁴ Vid G. Pérez Luciani, *Contratos de Interés Nacional...*, ob. cit. pp. 102-103.

²⁵ Así afirmaba textualmente lo siguiente:

“Cuando el constituyente lo que ha hecho es copiar o repetir textos de Constituciones anteriores el criterio de la Administración de someter o no a las Cámaras Legislativas el respectivo contrato, es lo que ha permitido a posteriori calificarlo o no de interés nacional. En tales circunstancias se hace difícil dar siquiera una noción de lo que en Venezuela deba entenderse por Contrato de Interés Nacional. Sólo es posible establecerlo indudablemente hoy, por confrontaciones judiciales... (*OMISSIS*) y sólo caso por caso. Cualquier calificación doctrinaria o dogmática, dependería del criterio más o menos arbitrario de cada jurista”.

Vid Pérez Luciani, *Contratos de Interés Nacional...*, ob. cit., pp. 102-103. Cabe acotar que esta tesis doctrinal es criticada por el profesor E. Lares Martínez por considerar que “no podría estar fundada sino en el texto expreso de una norma jurídica determinativa de las cuantías de los contratos que merecieran tal calificación. Por otra parte, no habría medida para distinguir entre los ‘altos’ y los pequeños intereses nacionales, entre los contratos importantes y los no importantes, entre los trascendentales. Este criterio carece de toda base científica y es, por lo tanto, ‘inadmisible’”. Vid. E. Lares Martínez, *Manual...*, ob. cit., pp. 341-342.

²⁶ Y así lo reconoce expresamente en su artículo intitulado “La Nación de Contrato de Interés Público”, publicado en la *Revista de Derecho Público* No. 7, Edit. Jurídica Venezolana, 1981, p. 42.

²⁷ Vid. Mélich Orsini, ob. cit., p. 61.

Según el profesor Eloy Lares Martínez²⁸, la expresión “Contrato de Interés Nacional” equivale a la de “Contratos de Interés Público Nacional”. En tal sentido expresa este autor lo siguiente:

Del análisis de las distintas reglas contenidas en el citado artículo 126 de la Constitución, se deduce que existe una expresión genética -la de contratos de interés público, perfectamente asimilable a la de contratos administrativos-, y expresiones específicas, que son: contratos de interés nacional, contratos de interés estatal y contratos de interés municipal. En efecto, el interés público puede ser: nacional, estatal y municipal. Por lo tanto, los contratos de interés nacional forman parte de la categoría de los contratos administrativos²⁹.

No obstante, debe mencionarse que actualmente la doctrina se ha inclinado por apartarse de la tradicional distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración. Así, por ejemplo, los profesores Lares Martínez y A. R. Brewer-Carías³⁰ afirman que todos los contratos de la Administración tienen un régimen mixto de derecho público y de derecho privado y que habrá, en ciertos contratos, una preponderancia de régimen de derecho público a los que, si se quiere, se pueden llamar contratos administrativos, pero no porque sean opuestos a los contratos de derecho privado celebrados por la Administración.

Sin embargo la Jurisprudencia de nuestro Supremo Tribunal sigue distinguiendo entre «contratos administrativos» y «contratos de derecho privado».³¹

Ahora bien, llegados a este punto queda aún por resolver,³² la interrogante de si ¿son las operaciones de crédito público negocios que por su naturaleza permiten renunciar a la inmunidad de jurisdicción?

A tal respecto, debe señalarse que este Despacho comparte en todas y cada una de sus partes la opinión del autor Alfredo Morles H, quien sobre el particular sostiene lo siguiente:

...el criterio de naturaleza del contrato, circunscrito al área de los contratos administrativos, resulta de difícil utilización, pues obliga a una distinción entre grupos de contratos a los que paradójicamente se les asigna la misma naturaleza: contratos de interés público.

La fórmula constitucional nos obliga a buscar una significación al término naturaleza que nos permita escapar del círculo vicioso en que aparentemente estamos colocados. ¿Cuáles son las alternativas?

²⁸ Vid. E. Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*. 8ª ed., UCV, Caracas, 1990, p. 343.

²⁹ *Ibidem*, p. 336 - 337.

³⁰ Vid. E. Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*. 9ª ed., UCV, Caracas, 1992, pp. 313-315 y Brewer Carías, *Contratos Administrativos*, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 42-45. Tal criterio, fue acogido por este Despacho en dictamen contenido en oficio DA039 de fecha 25-5-95.

³¹ Vid. entre otras, las siguientes sentencias: SCSJ-SPA, de fecha 11-8-83, caso “Cervecería Oriente”, publicada en la G.O. No. 3544 Ext. del 23-4-85 y *Revista de Derecho Público* No. 16, Edit. Jurídica Venezolana, 1985, pp. 162 y ss; CSJ-SPA del 04-03-93, caso “José Rondón G. vs. Alcaldía del Municipio Bolívar del Estado Anzoátegui”, publicada en *Revista de Derecho Público* No. 53-54, 1993. CSJ-SPA, del 03-03-94; caso “José Toyos Barcones”, compilada por O. Pierre Tapia en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia* No. 03, 1994 pp. 54 ss.; y CSJ-SPA del 15-06-94, caso “Carlos Sultán Abadí” en *Jurisprudencia de la Corte Suprema* No. 6, pp. 66 y ss.

³² Vid Morles, ob. cit., pp. 1717 ss.

A. Una podría ser la siguiente: cuando el constituyente se refirió a los contratos de interés público, quiso crear una categoría más amplia que la de los contratos administrativos. Pensó el constituyente... que en ciertos contratos de derecho común en los cuales fuera parte el Estado, convenía que pudiera negociarse la elección de una jurisdicción distinta a la nacional, dejando al legislador en libertad de precisar cuáles eran estos contratos (de derecho común y de interés nacional). Esa libertad no fue aprovechada por el legislador en la Ley Orgánica de Crédito Público, pues al asignar —implícitamente y en forma poco técnica— condición de contrato administrativo a todos los negocios que dan origen a deuda pública, cerró el paso a la primera distinción que permite al artículo 127 de la Constitución, es decir a la que se refiere a contratos de interés público y contratos de derecho común. El siguiente paso fue dado por la doctrina administrativa venezolana al equiparar contratos de interés nacional y contratos administrativos. De esa manera, se frustró el pensamiento del constituyente.

B. Si no fuera cierto que el constituyente hubiera pensado en crear un género de contratos -interés público- más amplio que el de contratos administrativos y aceptamos la tesis de la doctrina administrativa venezolana que equipara los contratos de interés público con los contratos administrativos, la expresión naturaleza del contrato para distinguir uno de otro y decidir en cuál de ellos puede renunciarse a la inmunidad de jurisdicción, tiende a distinguir entre contratos en los cuales la doctrina y la práctica internacional aceptan que pueda haber pronunciamientos jurisdiccionales extranjeros y contratos en los que tal situación no es admisible. Ahora bien, con motivo de empréstitos exteriores, 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.

C. ¿Pudiera también querer significar la expresión constitucional naturaleza del contrato, en el artículo 127, contratos que no fueren susceptibles de colocar a la República en situación humillante, tal como ocurrió en diciembre de 1902?

A nuestro modo de ver, fueron precisamente las operaciones de crédito público las que el constituyente tuvo especialmente en mente cuando redactó el artículo 127 de la Constitución, pero la fórmula constitucional no ha sido debidamente aprovechada por el legislador para definir —con la precisión necesaria— algunos de los supuestos en los cuales puede convertirse en cláusula de renuncia de este tipo. Por otra parte, el legislador desestimó la oportunidad que le brindó el constituyente para hacer distinciones entre empréstitos *stricto sensu* y las restantes operaciones crediticias. La propia doctrina jurídica latinoamericana acepta que puede distinguirse entre ambas categorías y que no es lo mismo préstamo que empréstito.

De las Consideraciones que anteceden se evidencia que resulta contrario a la Constitución de la República la inclusión en los contratos de crédito público la cláusula de renuncia expresa por el Estado Venezolano del privilegio de inmunidad de jurisdicción.

En efecto, al ser las operaciones de crédito público, como se ha dicho, contratos de interés público, interés éste que en el caso que nos ocupa queda aún más de manifiesto por el fin último cuando la operación cual es el financiamiento para la adquisición de material bélico por

el Ministerio de la Defensa³³, quedan tales operaciones sujetas al mandato contenido en el artículo 127 del Texto Fundamental, razón por la cual este Despacho estima improcedente y de dudosa constitucionalidad la inclusión en los contratos en cuestión de cláusulas en las cuales la República hace renuncia expresa a su inmunidad soberana.

EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD DE LA LEY. SU INCIDENCIA EN EL CONVENIO OBJETO DE ESTUDIO

Otro aspecto de especial interés que se deriva del artículo 127 de la Constitución es el relativo al principio de la territorialidad de la Ley.

En efecto, como se evidencia del análisis evolutivo de la precitada norma constitucional, aparece como una constante el mandato a los Tribunales de la República de aplicar la legislación venezolana al aclarar las dudas o controversias dimanantes de los contratos de interés público celebrados por el Estado.

Es precisamente este interés público sumado a la consideración de la materia regulada en el contrato como de orden público³⁴ lo que determina la aplicación preferente de la legislación venezolana sobre la extranjera³⁵ como una limitación al principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes. Ello es admitido en el campo del Derecho Internacional Privado para los contratos de Derecho Común y cobran más fuerza en contratos que, como el presente, son de Derecho Público

Por lo tanto, estima este Despacho 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”.

³³ Cfr. Cláusula 1 del Convenio del Préstamo suscrito entre la República de Venezuela, por órgano del Ministerio de Hacienda y el Nordbanken, Suecia. Cabe señalar respecto al contrato suscrito entre la República de Venezuela y Bofors AB, Suecia al que se hace referencia en la precitada cláusula, que en los oficios Nos. 505-A de 12-10-94 remitido al Ministro de Hacienda por el Secretario del Consejo de Ministros; 637 de 26-9-94 dirigido al Ministro de Hacienda por el Presidente de la Comisión Permanente de Finanzas de la Cámara de Diputados y, cfs. 030 del 31-10-94, suscrito por el Presidente de la Comisión Permanente de Finanzas del Senado, cursantes en autos, se expresa que el mismo tiene por objeto la adquisición de un “lote de misiles para el Sistema RBS-70 de la Comandancia General del Ejército”.

³⁴ Así establece la Cláusula 1 del Convenio lo siguiente:

“El presente Convenio establece los términos y condiciones bajo los cuales, el Prestamista hará disposiciones a favor del Prestatario, montos en Préstamos por la cantidad de US\$ 16.576.700,00, a los fines de financiar **85% de las entregas** de origen sueco previstas en el contrato (el ‘Contrato’) suscrito **entre el Ministerio de la Defensa**, Venezuela (el ‘Importador’) y Bofors AB, Suecia (el ‘Exportador’). (Destacado nuestro).

³⁵ El orden público es estrictamente nacional y representa la defensa de las íntimas instituciones legales de cada país. Las normas de orden público interno no pueden ser descartadas por la voluntad de las partes. En tal sentido prevé el artículo 8 del Código Civil textualmente lo siguiente:

“No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”.

De otra parte el Código de Bustamante en su artículo 4 atribuye carácter de orden público internacional a las normas constitucionales. Sobre este tema vid G. Ontiveros Paolini, “Derecho Internacional Privado”, Marga Editores S.R.L., Caracas, 1992 pp. 101, 103 y 109.

Queda así expuesta la opinión de la Procuraduría General de la República, que comunico a Ud. en resguardo del interés nacional, que es también la preocupación del Señor Ministro, como lo demuestran sus ejecutorias.

Al reiterarle mis sentimientos de consideración y aprecio, me suscribo.

Atentamente,

(Fdo.) JESUS PETIT DA COSTA

Procurador General de la República