

LA EMPRESA PUBLICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL ECONOMICO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Abogado. Universidad Javeriana. D.E.A. en Derecho Administrativo y Especialización en Ciencias Políticas. Universidad de París II. Profesor Universidad San Buenaventura-ICESI.

LA NOCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL ECONOMICO

A pesar de que la noción de Empresa Pública es generalmente admitida en los ordenamientos legales de los países, no existe un verdadero acuerdo sobre su definición y su distinción.

En términos generales se acepta que la idea de crear entidades autónomas dentro del Estado busca, entre otras cosas, lograr que actúen dentro de los criterios de eficiencia y creatividad en la administración empresarial privada, para lo cual es necesario aligerarlas de los pesados controles a que se someten los organismos de la administración central. No obstante, en la mayoría de los casos, las empresas estatales han surgido esencialmente por razones históricas vinculadas a medidas de nacionalización y no como cumplimiento de conceptos teóricos; es por eso que la actividad de una empresa pública

no está necesariamente destinada a la satisfacción de necesidades generales. En el Derecho Francés, por ejemplo, se distinguen los Establecimientos Públicos Administrativos creados para gestionar servicios públicos y los Establecimientos Públicos Industriales y Comerciales que desempeñan actividades asimilables a las de los particulares. Con un carácter muy particular aparecen, por otro lado, las sociedades de economía mixta.

El Derecho Inglés, por su parte, también incorpora la noción de empresa pública. Esta reviste la forma de un "JOINT STOCK COMPANY" (Sociedad por Acciones) o de una "PUBLIC CORPORATION", concepto vecino al del establecimiento público administrativo francés. En los dos casos la Legislación Inglesa le reconoce a las empresas públicas tanto la personería jurídica como la autonomía financiera. (1)

Por lo que hace a Colombia el llamado régimen de las entidades descentralizadas se trató de precisar en la Reforma Administrativa de 1968. El Decreto Ley 3130 de ese año y las normas que lo han venido complementando adoptan en general la terminología francesa, y clasifican las empresas públicas en tres categorías: Establecimientos públicos cuando desempeñan funciones básicamente administrativas. Empresas industriales y comerciales cuyo nombre se explica por sí mismo y sociedades de economía mixta, concebidas inicialmente para estimular actividades que el Estado considera prioritarias pero que los particulares no están en capacidad de asumir por sí solos. El intento de 1968 constituyó un gran avance ya que hasta ese año no existía un criterio más o menos coherente sobre las empresas públicas en nuestro país, pero no resolvió todos los problemas, al extremo de que la propia Reforma Administrativa hubo de aceptar la existencia de Unidades Administrativas Especiales ante la dificultad de incorporar ciertas entidades autónomas en la clasificación fundamental.

De todos modos, lo que es importante para los efectos de este trabajo es la existencia misma de las empresas públicas, y los problemas que se crean alrededor de ellas en el Derecho Internacional Económico especialmente en relación con los contratos entre estados y empresas privadas extranjeras.

NOCION EN EL DERECHO INTERNACIONAL ECONOMICO

La celebración de contratos internacionales pone en contacto sistemas jurídicos que por muy similares que sean dan lugar a dificultades de calificación especialmente en lo que se relaciona con la personalidad jurídica del organismo público que interviene en el contrato por cuenta del Estado. Este es el caso, particularmente de la U.R.S.S. donde en razón del monopolio del Estado sobre el comercio exterior, las relaciones económicas con el extranjero se efectúan por intermedio de instituciones gubernamentales, orgánicamente ligadas al Estado.

En Derecho Soviético se distinguen los organismos del Estado sin personería jurídica y las empresas de comercio exterior. Las repre-

sentaciones comerciales soviéticas en el extranjero constituyen servicios especializados de las embajadas y son a ese título servicios del Estado no diferentes de él. Eran estos organismos quienes, hasta antes de la Segunda Guerra Mundial celebraban contratos comerciales en nombre del Estado. Actualmente esas prerrogativas las ejercen las Empresas de Comercio Exterior.

Se trata de empresas dotadas de personería jurídica y cierta autonomía aunque orgánicamente subordinadas al Ministerio de Comercio Exterior. Sus estatutos indican el objeto de la empresa, las facultades, el lugar del establecimiento principal, el monto del capital, el término del ejercicio social lo mismo que las modalidades de disolución y de liquidación. Si su régimen jurídico, tanto interno como externo está actualmente definido, no siempre ha sido así. Ello es producto de una evolución histórica que vale la pena reseñar.

Antes de la Revolución de 1917, como en numerosos países, algunas actividades importantes estaban a cargo del Estado: era el caso, como por ejemplo, del transporte ferroviario o la fabricación de armas. Sin embargo no se usaba para ello la forma de la sociedad comercial. Después de la Revolución, las empresas privadas fueron nacionalizadas y sus bienes pasaron a manos del Estado que no pudo casi nunca asegurar la gestión eficaz. La pesadez administrativa, evidentemente poco adaptada a la dirección de empresas comerciales, produjo fracasos estruendosos que llevaron al gobierno a desnacionalizar ciertas empresas con ocasión de la Reforma de la Nueva Política económica (NEP) 1921 - 1928. (2).

El sector que permaneció nacionalizado era dirigido por medio de "TRUSTS DEL ESTADO", especie de mandatarios privados, parecidos a nuestras empresas industriales y comerciales, actuando por cuenta del Estado, con recursos propios y constituyéndose únicos responsables de sus actos respecto de terceros. El Estado no era responsable de las obligaciones del Trust, y recíprocamente, el Trust no podía ser confundido con el Estado. Poco a poco el sistema fue abandonado y reemplazado por la intervención directa del Estado en las empresas públicas. En 1957 con el propósito de descentralizar el control de ellas fue delegado a los Consejos Económicos Regionales, pero en revancha,

el verdadero poder de decisión quedó en manos del Secretario del Partido Comunista en cada región. En 1963, el control se fijó en la Jerarquía Administrativa (Consejo Económico Nacional o Ministerio Especializado), y los Consejos Económicos Regionales fueron disueltos.

La ley del 4 de Octubre de 1965 reconoció a la empresa pública una cierta autonomía de decisión y cierta independencia financiera pero ésta continuó sin embargo sometida a una dirección centralizada. Las Empresas Públicas son responsables de sus deudas dentro del límite de su patrimonio autónomo. En 1961 los Principios de Legislación Civil adoptados por el Soviet Supremo habían acordado expresamente a las empresas públicas la personalidad jurídica distinta de la del Estado. Según el Artículo 13, el Estado no responde de las obligaciones de las organizaciones estatales que constituyen personas jurídicas y esas organizaciones no responden por las obligaciones del Estado. (3) Así es en los demás países socialistas. Es una independencia juzgada en ciertas épocas como puramente formal y que, por eso mismo, ha dado lugar a numerosas controversias, especialmente con ocasión de arbitrajes internacionales.

El caso más célebre fue el que enfrentó la Sociedad Israelí Jordan Investment Ltd. con la empresa soviética Sojuztneftexport y que se llevó ante la Comisión de arbitraje para el Comercio Exterior de Moscú. (3) En los términos del contrato litigioso celebrado el 17 de agosto de 1956, la empresa soviética se había comprometido a entregar a la Sociedad Jordan 650.000 toneladas de petróleo bruto, pero luego del conflicto entre Israel y Egipto en 1956 el Ministerio Soviético de Comercio Exterior anuló las licencias de exportación necesarias. La empresa soviética informó entonces a su contraparte que no estaba en condiciones de ejecutar el contrato, el cual debía darse por terminado en virtud de la cláusula de fuerza mayor en él incorporada. En respuesta, la Sociedad Israelí llevó el litigio ante la Comisión de Arbitraje, alegando que la empresa soviética había roto de manera unilateral e ilegal el contrato y reclamó una indemnización por los daños y perjuicios. En apoyo de su demanda ella pretendía que su adversario no podía prevalerse de la decisión del Ministerio de Comercio Exterior para exone-

nerarse de responsabilidad ya que su decisión no escapaba al control de la parte soviética en el sentido propio de la cláusula de fuerza mayor. Los elementos de exterioridad y de irresistibilidad necesarios a la fuerza mayor no existían en este caso, sostenía el demandante, porque la empresa y el Ministerio no eran en realidad sino dos órganos del mismo Estado. Ella alegaba por otra parte que a falta de disposición contractual contraria, la obligación de obtener la licencia de exportación incumbía al vendedor soviético y el riesgo de anulación de esas licencias pesaba sobre él.

Se trataba en el fondo de saber si las empresas de Comercio Exterior son realmente distintas e independientes del Estado Soviético. En la negativa, que era la tesis de la demandante, no es posible admitir que la decisión del Ministerio pueda revestir el carácter de fuerza mayor.

La tesis de la asimilación de la empresa al Estado fue rechazada por la Comisión de Arbitraje en su fallo del 19 de Junio de 1958. Los árbitros estimaron que la empresa soviética tenía una personalidad distinta de la del Estado y que en consecuencia, la decisión del Ministerio revestía bien el carácter de la fuerza mayor por aplicación del Artículo 118 del Código Civil Soviético en vigor, y aplicable al contrato por ser la ley del lugar de ejecución del contrato. Según ese texto "a menos que la ley o cláusula contractual dispongan lo contrario, el deudor será descargado de su responsabilidad en caso de inejecución, si prueba que la imposibilidad de ejecutar sus obligaciones resulta de circunstancias que no puede impedir..."

La doctrina occidental criticó con virulencia esta opinión considerando con cierto apresuramiento que en un sistema de economía socialista la empresa pública no es más que un simple órgano del Estado. Lo que, por otra parte, tiene más fundamentos políticos que jurídicos.

La atribución a las empresas públicas de Comercio Exterior de una personalidad moral distinta del Estado, expresa la voluntad de los Estados Socialistas de intervenir en los intercambios internacionales según los métodos capitalistas que lo dominan amplia-

menes. Curiosamente, son los Estados Socialistas quienes se inclinan ante las leyes de comercio mundial, mientras que en los años setenta algunos Estados han pretendido, sin éxito, imponer contratos de suministro directo, de Estado a Estado, para combatir el monopolio de las grandes compañías petroleras.

El hecho de admitir de manera general que la empresa pública tiene una personalidad jurídica distinta del Estado del que es órgano e instrumento, deja a pesar de todo en la sombra cierto número de problemas. En particular, cuando, como en numerosos contratos, el Estado interviene notoriamente o cuando el Estatuto Jurídico interno de ella no es fácilmente determinable. En caso de litigio, el árbitro deberá resolver estas cuestiones previas para responder sobre el fondo, tanto lo que respecta a la fuerza mayor, como la responsabilidad eventual del Estado.

A. La personalidad jurídica de la empresa pública en Derecho Internacional Económico

El problema está en determinar si el carácter estatal de la empresa pública implica en las relaciones comerciales internacionales su identificación con el Estado, o si es necesario dejar en claro la distinción.

1o.) Si se tiene en cuenta ante todo que la empresa pública existe únicamente por voluntad del Estado que la crea directamente o como resultado de una nacionalización y le reconoce patrimonio propio bajo un control más o menos estricto, hay que aceptar que la personalidad de la empresa pública no se puede disociar del Estado. La identificación es completa. Pero si la cuestión se mira desde el punto de vista de la personalidad jurídica que en el mundo del Derecho capacita precisamente a un ente para ejercer derechos y obligaciones por sí mismo, el resultado es la no identificación. Ahora bien, estas son cuestiones que en el Derecho interno de un país pueden constituir problemas puramente académicos pero en el Derecho internacional económico es imprescindible determinar el grado de vinculación de la empresa al Estado de manera más o menos precisa.

En este sentido los tratadistas formulan el criterio del "Servicio estatal" o "Función esta-

tal" de la empresa pública. (4) Cuando ésta constituye un servicio propio del Estado, una actividad esencialmente pública, no debe establecerse distinción alguna. En el caso contrario, cuando la actividad no surge necesariamente de la soberanía y de los poderes de la Administración Pública sino que se asimila a las actividades corrientes de los particulares en un mercado de naturaleza capitalista, la distinción es perfectamente admisible. Pero como es lógico, éste es un criterio poco seguro y que varía de país a país teniendo en cuenta especialmente las formas de organización política.

2o.- El reconocimiento de la personalidad de la empresa pública

Lo importante es que la empresa pública no puede jugar ningún papel en el comercio internacional si no se le reconoce una existencia y una capacidad jurídica propias. Y esto es tanto más importante cuanto que en Derecho Internacional los estados no tienen ninguna obligación de reconocer personas jurídicas extranjeras, en particular empresas públicas.

Ahora, aplicando la tesis atrás enunciada, si la empresa constituye un servicio del Estado ella debe identificarse a él y recibirá el mismo reconocimiento. En revancha, si la actividad de la empresa no reviste el carácter de una función estatal resulta muy difícil que se beneficie del reconocimiento del Estado a que pertenece.

La tendencia general en los distintos sistemas de Derecho es reconocer de manera muy amplia la personería jurídica de las empresas públicas extranjeras con el fin de proteger a quienes contratan con ellas. Así por ejemplo: el artículo 59 de los Principios de Procedimiento Civil Soviético dispone que las empresas extranjeras pueden actuar ante los tribunales soviéticos si el derecho del Estado correspondiente lo admite en virtud del principio de reciprocidad.

Por lo tanto la personalidad jurídica distinta de la empresa pública está muy ampliamente admitida. En la práctica, sin embargo, este reconocimiento puede ser limitado, sea porque un Estado se niegue a reconocer la empresa pública extranjera, porque no reconoce políticamente el gobierno del Estado extranjero a que pertenece, y, el caso es

más frecuente, cuando le niega toda existencia jurídica a la empresa que surge de una medida de nacionalización expedida por el Estado extranjero.

La jurisprudencia casi no ofrece elementos de solución en cuanto al primer aspecto. Sin embargo, la cuestión se planteó ante los tribunales norteamericanos en el asunto UPRICHT Vs. MERCURY BUSSINESS MACHINES CO. INC. que comprometía a una empresa pública de la República Democrática Alemana, país cuyo gobierno no era reconocido en la época por los Estados Unidos. Para los jueces de primera instancia el no reconocimiento del Estado debía tener efecto sobre la empresa pública a la cual no se le reconocía derecho a actuar ante los tribunales. La Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York revocó esta decisión pero sin resolver con claridad el fondo de la cuestión en este sentido.

A menudo se ha negado toda existencia jurídica a las empresas creadas a través de medidas de nacionalización, negándose la desaparición de la antigua persona moral de derecho privado. La Corte de Casación Francesa, por ejemplo, estimó que la nacionalización de una sociedad de ese país por el Estado argelino sin que se hubiera resuelto satisfactoriamente la cuestión de la indemnización, no podía tener por efecto transferir a la nueva empresa nacionalizada el patrimonio de la sociedad. El rigor de

semejante solución conduce a negar la existencia de la empresa nacionalizada. Sin embargo, puede resultar más conveniente ese reconocimiento para hacer valer contratos previamente celebrados, cuyo cumplimiento no tendría forma de ser exigido de otra manera.

Puede decirse en síntesis, que las relaciones entre las empresas públicas estatales y los contratistas extranjeros están aún en vías de reglamentarse y que las soluciones que se han dado tradicionalmente no resuelven satisfactoriamente todos los problemas posibles.

NOTAS

(1)- *LEBOULANGER, PHILIPPE, Les Contrats entre États et Entreprises Étrangères Ed-Économica, París 1985 p. 40*

(2)- *MAGGS, A. Soviet Corporation Law The New Statute of the Socialist State production Enterprise. Pág. 478ss.*

(3)- *DOMKE M. The Israeli Soviet Oil Arbitration en American Journal of International Law 1979 pp. 787.*

(4)- *RIAD F. L'entreprise publique et Semi-publique en Droit International privé TOMO I p. 565 La Haya 1963.*