

LA PARTICIPACIÓN DE LOS ESTADOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Bernardo M. Cremades

SUMARIO.- Introducción.- La protección de la soberanía en el plano internacional.- El abandono de la doctrina Calvo.- Hacia un Derecho administrativo globalizado.- El arbitraje internacional como consecuencia y, a la vez, como catalizador de la internacionalización de los contratos administrativos.- Los estados en el arbitraje comercial internacional.- Los estados en el arbitraje de protección de inversiones.- ¿Puede decirse que vuelve la doctrina Calvo.- Países en desarrollo y arbitraje internacional.

Finalizaba la década de los setenta cuando recibí una llamada de mi buen amigo Aron Broches, a la sazón vicepresidente del Banco Mundial y director de sus servicios jurídicos, indicándome su próxima venida a Madrid y su deseo de contactar con la persona responsable de la posible ratificación del convenio de Washington de 1965, por el que se creó el centro de arbitraje del Banco Mundial, CIADI, más bien conocido por sus siglas en inglés ICSID. Contacté con el Ministerio español de Asuntos Exteriores y me dijeron que era el embajador Aldasoro, Director General de Cooperación Internacional. Fue fácil conseguir una cita ya que en aquellos momentos España necesitaba de la financiación internacional y, en ese marco, el Banco Mundial tenía buena tarjeta de presentación. El día concertado llegamos al Palacio de Santa Cruz donde fuimos recibidos con todos los honores posibles. En su despacho el embajador nos saludó con palabras muy cariñosas hasta que se inició la conversación sobre el objeto de la visita, “¿qué puedo hacer por ustedes?” El doctor Broches le explicó en qué consistía el convenio de Washington y cómo funcionaba el ICSID. No necesitó muchas palabras, pues nuestro interlocutor del Ministerio estaba muy bien informado y, sobre todo, conocía el acuerdo diplomático con los países de la América latina de no firmar el convenio creador del

centro de arbitraje del Banco Mundial. Para nuestra sorpresa, el embajador Aldasoro se levantó bruscamente de su confortable sillón y nos dijo muy solemnemente que no podía consentir en un despacho del Ministerio de Asuntos Exteriores la felonía (son palabras textuales) de solicitar que España perdiera su soberanía ratificando su cesión de derechos jurisdiccionales en favor de una entidad internacional. La reunión concluyó bruscamente y no se pueden imaginar ustedes la conversación que entre nosotros siguió posteriormente.

El concepto oficial de soberanía en aquel entonces respondía a una concepción institucional, la que dio origen al Derecho administrativo procedente de la Revolución francesa. Tanto el Derecho administrativo como, en consecuencia, el régimen jurídico de los contratos administrativos tenía un carácter local. ¿A quién se le podía ocurrir que el tratamiento de aguas o el posible reciclaje de las basuras pudiera traspasar el ámbito territorial del correspondiente municipio o, en casos extremos, los límites territoriales del Estado? Nuestros maestros nos enseñaban en la facultad los caracteres esenciales del contrato administrativo, profundamente impregnados del concepto de servicio público. “*La Administración Pública ... asume el servicio objetivo de los intereses generales, de acuerdo con el principio de eficacia...*”.¹ En consecuencia, las administraciones públicas disfrutaban de unas facultades exorbitantes en los contratos administrativos, tales como el *ius variandi*, la unilateral interpretación del clausulado del contrato y, en casos excepcionales, la posibilidad de cancelar tales compromisos contractuales. Por supuesto, a nadie se le ocurría dudar siquiera que el derecho aplicable a la contratación administrativa era nuestro ordenamiento jurídico y que, para el caso de que

¹ García de Enterría, Eduardo; *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2002, pág. 49.

surgiera alguna disputa al respecto, la única jurisdicción competente sería la española, en concreto la contencioso-administrativa.

La protección de la soberanía en el plano internacional

Si el Derecho administrativo, presidido por el concepto de servicio público, tenía un carácter local, el Derecho internacional era un conjunto de tratados, principios, jurisprudencia de tribunales internacionales y doctrina inspirados por el principio de protección de la soberanía de los estados nacionales. *“Así como el cuerpo es el sujeto común de la vista, que se realiza a través del ojo; el sujeto común del Poder Soberano es el Estado; al que me he referido antes como una perfecta Sociedad de hombres...”*² Los Estados eran los únicos sujetos del Derecho internacional y a ellos correspondía la eventual protección diplomática de sus ciudadanos.

La llamada protección diplomática no era sino un paso adelante en el plano internacional para trasladar los diferentes regímenes nacionales del Derecho administrativo vigentes en sus respectivos territorios. En cierta forma, surgió con una buena dosis de hipocresía para legitimar el uso de la fuerza en el caso de violación de derechos nacionales o de sus respectivos ciudadanos en los países en pleno proceso de independización de la metrópolis. Baste recordar la cancelación de los préstamos y el impago de sus correspondientes intereses por la emergente República de Méjico. Los países afectados, España, Francia e Inglaterra, se reúnen de urgencia en Londres para suscribir el tratado por el que las tres potencias decidían

² Grocio, Hugo; *The Rights of War and Peace, Book I*, Liberty Fund, 2005, pág. XXXII de la Introducción.

enviar a Méjico como represalia sus respectivas armadas y decretar así su posterior intervención militar en el territorio mexicano. El tratado de Londres hecho el 31 de octubre de 1861 indica en el primero de sus artículos “*S.M. La Reina de España, S.M. el Emperador de los Franceses y S.M. la Reina del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda, colocadas por la arbitraria y vejatoria conducta de las autoridades de la República de Méjico en la necesidad de exigir de las mismas una protección más eficaz para las personas y propiedades de sus súbditos, así como el cumplimiento de las obligaciones que con ellas ha contraído dicha República, se han puesto de acuerdo para concluir entre sí un convenio, con objeto de combinar su acción mancomunada...*”. Cuando Benito Juárez entra triunfante en la capital del antiguo virreinato de Nueva España el 11 de enero de 1861, suspende los pagos de la deuda exterior. Conducta que es entendida por las tres potencias como arbitraria y vejatoria que les legitima para acordar “*las disposiciones necesarias para enviar a las costas de Méjico fuerzas de mar y tierra combinadas ... cuyo total deberá ser suficiente para poder tomar y ocupar las diferentes fortalezas y posiciones militares del litoral de Méjico*”.

España encomendó su tarea al General Prim, quien impuso su ley al igual que lo hicieron sus colegas europeos. Las consecuencias fueron muy claras: Inglaterra, como no podía ser de otra forma, cobró religiosamente sus deudas, Francia aprovechó la ocasión para modificar la situación institucional de Méjico e imponer al Emperador Maximiliano, mientras que España perdía sus dineros, su patrimonio y sobre todo su imagen que tanto tiempo tardamos en recuperar en la República hermana.

No puede, en consecuencia, extrañar la reacción de la doctrina internacional latinoamericana. Primero, Andrés Bello en 1832 (*“Principios de derecho de gentes”*). Después, Carlos Calvo en su tratado *“Derecho Internacional teórico y práctico de Europa y América”*, editado en 1868. Al igual que Luis María Drago nombrado en 1902 ministro de relaciones exteriores de la República Argentina. Nada más iniciada su gestión ministerial, sucedió el incidente de la intervención armada de varias potencias europeas, encabezadas por Gran Bretaña, Alemania e Italia sobre Venezuela que alegaban el impago de la deuda exterior contraída para la financiación de diferentes obras públicas, hecho que justificaba esta acción. Las reivindicaciones latinoamericanas son muy claras: los extranjeros deben tener el mismo trato que los nacionales, pero nada más. De esta forma se pretende evitar el privilegio favorecedor que hubieran deseado por la protección diplomática de sus respectivos estados.

Elementos fundamentales de lo que se ha venido en llamar la doctrina Calvo son los tres siguientes: uno, los extranjeros deben renunciar a la protección diplomática y a cualquier otro derecho emanado del Derecho internacional; dos, la ley aplicable será única y exclusivamente la ley del Estado en cuyo territorio desarrolle sus actividades el extranjero; tres, los tribunales domésticos son jurisdicción exclusiva y excluyente para la decisión de posibles conflictos.

El abandono de la doctrina Calvo

“La libertad de comercio es acorde con la ley natural primaria...no cabe que ninguna nación, por ningún medio, pueda de forma justa impedir a dos

naciones que quieren comerciar entre sí hacerlo".³ Esta libertad de comercio se acabará imponiendo en el plano internacional.

La internacionalización de las relaciones económicas, lleva a una reconsideración de los principales postulados en materia de Derecho internacional económico. Frente al concepto del Derecho internacional constituido por diferentes estados a modo de reinos de taifas, surge la cooperación internacional, en la cual participan activamente los estados soberanos.

El convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales hace fortuna y hoy en día constituye el instrumento internacional que ha logrado el mayor número de ratificaciones por parte de los estados a lo largo y a lo ancho de la geografía mundial. En el ámbito hispánico, Ecuador comienza en 1962 con su ratificación, siguiendo después en 1971 Méjico. España se incorpora también a dicho instrumento fundamental para la vida del arbitraje internacional de manos del entonces Ministro de Asuntos Exteriores Marcelino Oreja, en plena transición política y quizá, como manifestación de un cambio de política institucional, pasando del monopolio jurisdiccional del Estado del antiguo régimen al de autonomía de la voluntad, como consecuencia de la adquisición de las libertades democráticas (BOE de 11 de enero de 1977).

De la misma forma, Paraguay inicia en 1983 la ratificación del convenio de Washington de 1965. Su ratificación fue general en los países latinoamericanos en la década de los noventa. Como no podía ser menos, España se incorpora también a este instrumento normativo y lo hace, no

³ Grocio, Hugo; *The Free Sea*, Liberty Fund, 2004, pág. 51.

perdiendo soberanía, sino ejerciendo sus facultades soberanas en un instrumento internacional y participando en esa entidad interestatal tan importante que ha resultado en la solución de los conflictos derivados de inversiones (BOE de 13 de septiembre de 1994).

La proliferación de tratados bilaterales en número superior a los 2.400 para la protección de las inversiones y de los acuerdos de libre comercio cambia definitivamente el panorama. España suscribe numerosos tratados internacionales al efecto. En la base de todos ellos se encuentra un doble principio inspirador de un nuevo Derecho internacional económico: se garantiza al inversor extranjero un trato conforme a *standards* internacionales y el derecho a protegerse frente a infracciones del tratado por parte de los estados receptores de la inversión ante tribunales arbitrales internacionales.

Todo este cambio, tan radicalmente distinto, responde a las políticas liberales que se adoptan frente a los movimientos internacionales de capitales y tecnologías, como condición indispensable para el desarrollo de los diferentes países. La actual crisis financiera internacional está cuestionando muy seriamente tales políticas liberales y surge en el horizonte el riesgo del proteccionismo y de la vuelta a conceptos y políticas que hace muy pocos meses se consideraban trasnochados. El tiempo dirá hacia dónde caminan las grandes incógnitas que abren las situaciones económicas y financieras de nuestros países.

Hacia un Derecho administrativo globalizado

Las exigencias de crecimiento y desarrollo en las diferentes economías de nuestros países en las últimas décadas han llevado a que organizaciones internacionales hayan impuesto criterios como condición para acceder a los mercados internacionales de capital. La Organización Internacional del Comercio, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial o la OECD, entre otras instituciones internacionales, han exigido condiciones generalizadas en la contratación administrativa. Se puede decir que en nuestro ordenamiento jurídico la Unión Europea ha desplazado en buena medida la idea del servicio público como actividad reservada al Estado en favor de la libre iniciativa y la libre competencia.

Todavía recuerdo la frase solemne y reiteradamente pronunciada por Bertold Goldman en nuestros congresos de arbitraje cuando afirmaba que el contrato administrativo internacional es una contradicción en sus propios términos. O es contrato administrativo, decía el maestro francés, y, en consecuencia, deben mantenerse las facultades exorbitantes de la Administración pública y la exclusividad de la jurisdicción doméstica contencioso-administrativa o es internacional aplicándose las consecuencias derivadas del *pacta sunt servanda*.

Los importantes proyectos de infraestructura llevados a cabo en las últimas décadas han requerido financiación internacional. La contratación administrativa ha respondido a criterios de lo que bien se puede llamar un derecho administrativo globalizado. Los llamados protocolos de *public procurement* no dejan duda al respecto.

En la lucha contra la corrupción, la transparencia aparece como criterio fundamental en la contratación de tales proyectos. Con razón ha podido

decir el Profesor Guido Tawil en el reciente congreso del ICCA sobre arbitraje internacional celebrado en la ciudad de Río de Janeiro que hoy los contratos administrativos están sometidos a una miríada de diferentes regímenes jurídicos de carácter global que sin duda limitan las prerrogativas contractuales del Estado (*About the Internationalization of Administrative Contracts, Arbitration and the Calvo Doctrine*). El Derecho administrativo globalizado de la contratación pública pone en duda muchos de los principios que hemos estudiado en el derecho administrativo local procedente de los criterios que han impregnado nuestros ordenamientos jurídicos inspirados en la Revolución Francesa.

El arbitraje internacional como consecuencia y, a la vez, como catalizador de la internacionalización de los contratos administrativos.

La globalización ha tenido su impacto directo también en uno de los pilares básicos del Derecho administrativo. Desde el momento en que el inversor extranjero tiene derecho a defenderse directamente frente a los estados soberanos en tribunales internacionales de arbitraje falla la exclusiva y excluyente competencia de los tribunales domésticos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Igualmente, se puede decir que desde la óptica del derecho internacional estamos poniendo muy seriamente en tela de juicio el derecho internacional económico en el cual sólo los estados soberanos eran sujetos legitimados para iniciar acciones jurisdiccionales internacionales. Quiebra, pues, el carácter local del derecho administrativo y el correspondiente planteamiento en el derecho internacional público de los estados como únicos sujetos en un mosaico de estados soberanos. Las personas físicas y jurídicas tienen legitimación internacional para demandar directamente a los estados, sin necesidad de un apoyo estatal.

El arbitraje internacional es una consecuencia de la internacionalización, mejor dicho, globalización de los contratos administrativos. Pero al mismo tiempo es un verdadero catalizador de nuevos planteamientos y construcciones. La jurisprudencia arbitral ha hecho fortuna, ha construido una verdadera doctrina legal internacional, ha sido verdadero catalizador del nuevo derecho internacional económico que ya no conoce las fronteras entre el derecho privado y el derecho público internacional.

Francia, la patria del moderno derecho administrativo, inicia jurisprudencialmente el abandono de la competencia exclusiva y excluyente de los tribunales franceses para conocer de ciertas reclamaciones en contratos administrativos. El 10 de abril de 1957 la *Cour d'Appel* de Paris (*Myrtoon Steam Ship c. Agent Judiciaire du Trésor*) indicaba que “*la prohibición se refiere a contratos domésticos y no se aplica a contratos de naturaleza internacional*”. Dicha doctrina sería ratificada posteriormente por la *Cour de Cassation* el 2 de mayo de 1966 en el asunto *Agent Judiciaire du Trésor c. Galakis*. Hoy en nuestro país vecino nadie cuestiona la posibilidad de acudir al arbitraje internacional respecto de contratos administrativos que tengan dicha proyección.

En España se ha seguido la misma línea de forma que las administraciones públicas han admitido el arbitraje cuando así lo han exigido las entidades internacionales financiadoras. Las leyes de contratación administrativa (Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público) y la ley presupuestaria (Ley 47/2003, de 26 de noviembre General Presupuestaria) lo han regulado. El art. 7.3 de este último texto legislativo indica que los derechos de la Hacienda Pública estatal se podrán someter a arbitraje

“...mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Estado en pleno...”. De hecho, la Ley de contratos del sector público ha permitido a las administraciones públicas españolas una generosa utilización del arbitraje internacional; incluso en contratos de suministro con empresas extranjeras se habla “*de lo que se convenga entre las partes de acuerdo con las normas y usos vigentes en el convenio internacional*”. Ambos textos normativos son clara manifestación de una práctica que viene siendo realidad en nuestra vida jurídica desde el abandono de criterios de autarquía hacia la participación y cooperación internacional.

La llamada doctrina Calvo fue una lógica y congruente reacción a la injusta intervención bélica que bajo la llamada protección diplomática realizaron determinados estados europeos y norteamericanos en los países independizados de la América latina. Política que con acierto ha sido calificada como *gunboat diplomacy*. La economía globalizada y los nuevos postulados del derecho administrativo e internacional han conducido a la participación de los estados activamente, tanto en el arbitraje comercial internacional como en el de protección de inversiones.

Los estados en el arbitraje comercial internacional

La presencia de los estados en procedimientos de arbitraje comercial internacional ha sido algo muy frecuente en las últimas décadas. A partir de la recuperación económica tras la segunda guerra mundial, los estados han protagonizado la reconstrucción de las economías y se puede decir que muy especialmente en los países en desarrollo, sólo determinados proyectos económicos o comerciales pudieran desarrollarse con la participación

directa o con la garantía estatal. Como consecuencia de ello, se firmaron frecuentemente contratos cuya cláusula final recogía el compromiso de someterse al arbitraje internacional. Cuando empezaron a surgir los conflictos y, en consecuencia, los procedimientos arbitrales, la defensa de los estados cristalizó en una batería argumental en torno a la inmunidad de jurisdicción. A pesar de los acuerdos contractuales, la alergia soberana a someterse al juzgado de tribunales extranjeros o internacionales hizo replantear los argumentos de soberanía en forma de excepciones de inmunidad de jurisdicción. Los tribunales arbitrales, facultados por los tratados internacionales y las concretas regulaciones a las que se habían sometido, ejercitaron sus obligaciones en lo que ha venido en llamarse *competence-competence*. Afirmaron su propia jurisdicción sobre los estados soberanos, delimitando la inmunidad de jurisdicción en interpretación de los tratados internacionales y en aplicación de los compromisos contractuales. Lord Wilberforce acertó cuando indicaba “*once a trader always a trader*”. Si los estados, en uso de su soberanía, habían firmado compromisos contractuales incluyendo cláusulas de arbitraje, los tribunales arbitrales no podían hacer otra cosa que denegar las excepciones de inmunidad de jurisdicción ratificando su propia competencia.

Hoy en día suele ser bastante frecuente la aparición de estados soberanos y sobre todo de entidades o empresas estatales en arbitrajes comerciales internacionales. Tanto en arbitrajes *ad hoc* como en arbitrajes administrados. A título de ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional indica en sus estadísticas que, en el ejercicio del 2009, setenta y ocho de sus casos administrados hacían relación a estados o entidades paraestatales;

es decir, constituían el 9,5% del total de los arbitrajes administrados por su Corte Internacional de Arbitraje.

Hay que reconocer que tanto los árbitros en el ejercicio de sus funciones como las entidades administradoras tienen especial cuidado cuando los arbitrajes implican a estados, en la idea de que las correspondientes decisiones afectan directamente al gasto público de sus respectivos países y, en definitiva, a los ciudadanos en sus eventuales prestaciones sociales. Por ello, es política, por ejemplo, de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI especiales consideraciones cuando intervienen estados soberanos y ésto se manifiesta en diferentes decisiones como el análisis *prima facie* sobre la existencia y efectos frente a terceros de la cláusula arbitral, en la determinación del lugar del arbitraje, en materia de medidas provisionales, en la constitución del tribunal (número, control de independencia de los árbitros, nombramiento de árbitro en caso de que la parte estatal no haya efectuado su correspondiente nombramiento) y, sobre todo, a la hora de aprobar el borrador de laudo arbitral propuesto por los árbitros. En estos casos, la Corte procura que sus decisiones sean tomadas por el pleno de la misma, con asistencia de los muy numerosos miembros provenientes de países tan diferentes. Se quiere así garantizar al máximo la tutela arbitral efectiva en los casos de participación de estados soberanos (vid. Eduardo Silva Romero, *ICC Arbitration and State Contracts*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol 13/1, pág. 34 y ss).

Especial mención me gustaría efectuar en este momento a dos puntos controvertidos, como son el del tratamiento de los secretos oficiales y el de la inmunidad de ejecución de las sentencias arbitrales.

En fase de prueba se plantea con frecuencia la excepción formulada a la solicitud de ciertos medios de prueba en base a determinados privilegios. Uno de ellos es el que cubre la relación abogado-cliente, con especiales caracteres en el caso de que nos encontremos con un abogado interno de empresa o del Estado, es decir, el abogado cuyo único cliente es una de las partes en litigio. El tema recibe tratamiento que debe ser muy diferenciado teniendo en cuenta el conflicto que pueda haber entre diferentes jurisdicciones especialmente en lo que hace relación al abogado de empresa o del Estado; en algunos países éste disfruta de la condición de abogado, mientras que en otros se le considera como parte de la empresa y, en cuanto a tal, desprovisto de la condición de abogado cubierto por el secreto profesional. Mayor importancia tiene, respecto al tema que nos ocupa, la excepción de estados soberanos de presentar determinados medios de prueba por entender que tales documentos o testigos están amparados por una ley local de secretos oficiales. Las personas que custodian determinados documentos o que conocen ciertos hechos están obligados a guardar su secreto de forma que si lo infringen pueden incluso estar sometidos a responsabilidad criminal en su país. Por otro lado, la parte o el tribunal que requiere tales medios de prueba puede indicar que la ley aplicable al procedimiento arbitral puede no ser la del país que ampara por ley sus secretos oficiales. Ésta es una situación muy frecuente en casos de arbitraje internacional relacionados con temas de defensa, pero se plantea también en otros supuestos, en los que entiende el estado en cuestión que debe prevalecer obligación de no revelar tales documentos o hechos secretos. Al respecto hay una jurisprudencia arbitral no unánime que exige un planteamiento caso por caso y en función de las circunstancias. Sí, puede afirmarse que tanto los tribunales como las instituciones arbitrales o los jueces domésticos que deban entender por vía de medidas provisionales,

analizan con cuidado el tema con tendencia a respetar las decisiones soberanas en materia de secretos oficiales, siempre que no sean utilizadas de mala fe para impedir el conocimiento global de los hechos por el tribunal arbitral.

Dictado el laudo, se abre la fase de posible ejecución, incluso contenciosa, si no hubiera cumplimiento voluntario que suele ser el caso en la gran mayoría de los supuestos. Quien desee ejecutar una sentencia arbitral acudirá normalmente al juez donde deba tener efectos o donde encuentre activos sobre los que hacer realidad la condena arbitral. Tradicionalmente, se venían distinguiendo los bienes del estado condenado, según fueran *iure gestionis* o *iure imperii*; sólo se concedía ejecución forzosa del laudo arbitral sobre aquellos bienes que no afectaban al ejercicio de facultades soberanas en el plano internacional (vid. K.H. Böckstiegel, *Arbitration and State Enterprises*, La Haya 1984). Las dudas han ido apareciendo a lo largo de los años, cuando algunos estados se han negado a reconocer y ejecutar sentencias arbitrales amparándose en una excesiva interpretación de sus actividades soberanas. Ese ha sido sobre todo el caso cuando se ha tratado de ejecutar sentencias arbitrales sobre cuentas bancarias. Muy interesante es la jurisprudencia que se inicia en Francia en el año 2000, cuando por sentencia de 6 de julio, la *Cour de Cassation* (*Creighton Limited de las Islas Cayman c. Ministerio de Finanzas y de Asuntos Internacionales y Agricultura del Gobierno del Estado de Qatar*) entiende que debe extenderse el concepto de renuncia a efectos de inmunidad de ejecución. En efecto, la Corte de Casación indicó que el acuerdo de someterse un estado a las reglas de arbitraje de la CCI implica una renuncia automática a su inmunidad de ejecución. Dichas reglas de la Cámara de Comercio Internacional obligan a las partes que se someten a su arbitraje a hacer todo

lo posible para una ejecución inmediata del laudo arbitral. Si se tiene en cuenta que, tanto la London Court of International Arbitration como la ICDR de la American Arbitration Association como el ICSID contienen una obligación parecida, se comprenderá la importancia de dicha jurisprudencia, muy relevante a tener en cuenta a la hora de analizar la excepción de inmunidad de ejecución.

Los estados en el arbitraje de protección de inversiones.

En los tratados de protección de inversiones los estados soberanos garantizan la seguridad jurídica del inversor extranjero. Paralelamente y como condición previa a la financiación internacional de grandes proyectos de infraestructura se han ido firmando y ratificando tratados que contienen por parte del estado receptor de las inversiones declaraciones vinculantes de protección del inversor; en sus respectivos articulados se adquieren compromisos que son verdaderos conceptos jurídicos indeterminados, pero que sirven como base para pretensiones concretas y para la fijación en su caso de daños y perjuicios. Los estados indican que al inversor extranjero le van a conceder el mismo trato que a los nacionales, que no va a haber discriminación, que van a recibir un trato justo y equitativo, que garantizan su inversión; en materia de expropiación los tratados y después la jurisprudencia arbitral han creado la llamada expropiación económica, con unos caracteres mucho más flexibles que la expropiación del derecho administrativo tradicional. Se considerará expropiado aquel inversor extranjero por medidas de *puissance publique* del Estado que afecte a la valoración económica de su inversión; de esta forma, tribunales arbitrales han considerado expropiación indirecta el cambio de un régimen fiscal; la modificación de la normativa sobre protección del medio ambiente. Se ha

levantado la natural polémica sobre si debe prevalecer la protección del inversor contenida en los tratados internacionales o los derechos soberanos en materia fiscal o de medio ambiente. Algunos tratados han ido incluso a la configuración de lo que se ha venido en llamar cláusula de nación más favorecida, de forma que el inversor disfruta no sólo de las garantías establecidas en el tratado aplicable sino aquellas que le sean más favorables contenidas en cualquier otro tratado que hubiera firmado el estado receptor de su inversión.

Estos tratados de protección de inversiones establecen un sistema muy peculiar a la hora de configurar el acuerdo arbitral. La sentencia *Lanco contra la República Argentina*⁴ introdujo la doctrina, aceptada posteriormente de forma unánime por tribunales de arbitraje, que el convenio arbitral consiste en la oferta pública de someterse al arbitraje que realizan los estados en los tratados y la aceptación de dicha oferta arbitral por el inversor al formular su demanda arbitral. De esta forma, la cláusula arbitral se basa en un tratado de derecho internacional público y genera por la aceptación individualizada del inversor un arbitraje que, si bien un estado soberano aparece como demandado, tiene unas características muy próximas a los arbitrajes de derecho internacional privado.

Con esta nueva jurisprudencia los inversores, a la hora de realizar su inversión, deben analizar entre los múltiples riesgos que asumen el riesgo jurídico. Deben valorar a través de qué país efectúan su inversión para que esté cubierto por una protección arbitral emergente del tratado. En cada caso habrá que desmenuzar los diferentes preceptos del tratado para saber cuándo nos encontramos ante una inversión prevista. En el arbitraje *Salini*

⁴ *Lanco Internacional Inc. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/6, Decisión preliminar sobre jurisdicción de 8 de diciembre de 1998.

*contra el Reino de Marruecos*⁵, el Tribunal entendió la construcción y eventual explotación por vía de concesión de una autopista como una verdadera inversión tutelada por el tratado, en ese caso entre Italia y el Reino de Marruecos. Originariamente, el convenio de Washington de 1965 estaba previsto para las inversiones en el campo de los recursos naturales, petróleo, gas natural, minería; hoy en día buena parte de las disputas en arbitraje de protección de inversiones afecta a las derivadas de contratos de concesión administrativa. El concepto de inversor, es decir, de quién se encuentra legitimado para solicitar la tutela arbitral internacional, ha ido configurándose en los últimos años. En el caso *Lanco contra la República de Argentina*⁶ se inició una línea jurisprudencial en virtud de la cual cabía considerar legitimado para la protección arbitral a quien había hecho una inversión en el capital de una sociedad concesionaria, es decir, por la condición de accionista puede ser considerado como inversor.

Esa misma sentencia, *Lanco contra la República Argentina*⁷, admite también una doctrina muy interesante para delimitar la protección arbitral en materia de inversiones. Una concesionaria, sociedad argentina, participada en su capital de forma minoritaria por la empresa norteamericana Lanco, había suscrito con la municipalidad de Buenos Aires un contrato de concesión administrativa, sometido por imperativo del derecho administrativo argentino a la ley del lugar y a los tribunales administrativos territorialmente competentes. El demandante, accionista como digo de la concesionaria, solicita la protección del tratado. La República de Argentina cuestiona la competencia del tribunal arbitral por

⁵ *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. El Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/04, Decisión sobre jurisdicción de 23 de julio de 2001.

⁶ *Lanco Internacional Inc. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/6, *op. cit.*

⁷ *Ibid.*

no ser La República Argentina signataria del contrato de concesión, sino la municipalidad; el tribunal entiende que el principio de atribución de las obligaciones internacionales coloca a la República Argentina como posible demandada por vía del tratado. El Estado argumenta que las pretensiones de Lanco deberían ser resueltas por vía contractual ante la jurisdicción expresamente indicada en el acuerdo de concesión; por el contrario, el tribunal entiende que una cosa muy distinta son las pretensiones contractuales, que sí deben ser ejercitadas por la sociedad concesionaria ante el tribunal contencioso-administrativo, y otra muy distinta son las pretensiones derivadas de una violación del tratado de protección. Inicia así un tema reiterado en la vida de los tribunales arbitrales para distinguir una *contractual claim* y una *treaty claim*. Si la municipalidad ejercita sus facultades contractualmente previstas, las disputas deben resolverse en vía local contencioso-administrativa; si por el contrario el Estado argentino por vía de atribución es responsable de las consecuencias violatorias del tratado en ejercicio de *puissance publique* es competencia del tribunal de arbitraje internacional.

En el análisis de su propia competencia, suele ser frecuente que los tribunales arbitrales analicen la conducta de buena o mala fe, tanto del inversor como del estado receptor de dicha inversión. Actúa, por supuesto, de mala fe un estado si en la actuación de uno de sus tres poderes se puede probar denegación de justicia. Actúa de mala fe el inversor cuando pudiera probarse corrupción o fraude en la instrumentación de su inversión. Los tribunales internacionales han tomado conciencia de que la tutela internacional no ampara las conductas de mala fe.

En resumen, pues, en los últimos quince años hemos introducido en el arbitraje internacional, junto al tradicional de tipo comercial, el de protección de inversiones. Las personas físicas o jurídicas se han convertido en sujetos activos del derecho internacional. Tienen acción directa en casos de violación de tratados contra estados soberanos. El derecho administrativo local ha dejado paso al globalizado y, como consecuencia directa, en los contratos administrativos internacionales ya no resulta por hipótesis aplicable la ley doméstica ni la jurisdicción local contencioso-administrativa es exclusiva y excluyente. Los tribunales arbitrales internacionales son consecuencia de esta globalización del derecho administrativo pero al mismo tiempo son catalizadores de una jurisprudencia que va desgranando caso a caso una tutela arbitral internacional efectiva.

¿Puede decirse que vuelve la doctrina Calvo?

No me gustaría finalizar estas consideraciones sobre la participación de los estados en el arbitraje internacional sin hacer mención a ciertas consideraciones de la actual política internacional, agravada por la situación de crisis económica y financiera.

El arbitraje internacional, y más en concreto el arbitraje de protección de inversiones, ha afectado tanto a países desarrollados como a los emergentes. Con frecuencia se oyen voces críticas sobre la actividad, y lo que se considera en algunos casos excesos, de los árbitros internacionales. Se cuestiona la legitimidad democrática de personas privadas, los árbitros, en el ejercicio de jurisdicción internacional afectando en ocasiones de forma tan decisiva a la vida de los países. Se olvidan que los tratados han

sido suscritos voluntariamente por los estados soberanos y que centros como el de arbitraje del Banco Mundial se encuentran gobernados por los propios estados participantes.

Incluso en los Estados Unidos de América se piden reformas en materia de protección de inversiones que suenan a verdadero *revival* de la doctrina Calvo. Existe una especial sensibilidad en el impacto, más que económico, social de la aplicación que los tribunales de arbitraje están realizando del tratado NAFTA, entre México, Canadá y Estados Unidos. El propio Presidente Obama en su campaña camino de la Casa Blanca indicó con toda claridad que los inversores extranjeros no deben disfrutar de mayor protección que los ciudadanos norteamericanos. En los trabajos de revisión en los Estados Unidos de América del sistema de protección internacional de las inversiones se desea dulcificar las consecuencias que ciertos tribunales arbitrales están sacando sobre la base de los antes mencionados conceptos jurídicos indeterminados; se entiende que el tratamiento justo y equitativo ha recibido excesiva generosidad por parte de la jurisprudencia arbitral; se pretende igualmente limitar los efectos deducidos por los tribunales arbitrales del concepto de expropiación económica o indirecta. Se quiere colocar, en definitiva, la protección del inversor extranjero en sus justos límites sin que los tribunales arbitrales puedan cuestionar políticas estatales de medio ambiente o de protección de los derechos sociales.

En América latina el arbitraje comercial internacional está también siendo afectado por el cuestionamiento que se hace del arbitraje de protección de inversiones. Tratándose de estados soberanos, las decisiones de los árbitros tienen un impacto muy serio en la opinión pública. El ambiente de secretismo o de confidencialidad que rodea al arbitraje comercial

internacional desaparece cuando se trata de estados soberanos cuyos compromisos deben conocerse por la opinión pública y sobre todo por el control parlamentario en sus respectivos países. A veces las circunstancias son distintas. Por ejemplo, Brasil aunque ha suscrito algunos tratados bilaterales de protección de inversiones no ha ratificado hasta el momento actual ninguno de ellos, como tampoco lo ha hecho del convenio de Washington permaneciendo al margen de la actividad del ICSID. Sin embargo, ante el hecho de una economía internacionalmente emergente como es la brasileña, surgen dudas de si al evitar la participación brasileña en el arbitraje internacional de protección de inversiones está teniéndose en cuenta la circunstancia de hace algunos años de inversiones extranjeras en Brasil. Hoy en día las empresas brasileñas están invirtiendo fuera de sus fronteras sin ninguna protección jurídica, salvo la derivada de los propios contratos suscritos y por eso hay un fuerte movimiento en torno a la conveniencia en Brasil de incorporarse al entramado internacional de protección de inversiones. Queda claro en el ejemplo brasileño que no siempre la atracción de la inversión requiere la previa suscripción de dichos tratados. En Brasil existe una muy fuerte inversión extranjera, mientras que en otros países de la América latina la inversión extranjera huye a pesar de que hayan suscrito tratados de protección de inversiones.

Capítulo aparte merecen los movimientos de política internacional en torno a lo que se ha venido en llamar el proyecto ALBA. Venezuela, con sus posibilidades económicas está capitaneando una fuerte contestación hacia los sistemas de resolución de conflictos en instituciones, aunque sean internacionales, domiciliadas en los Estados Unidos de América. Bolivia comunicó el 2 de mayo de 2007 su salida del ICSID y, en febrero de 2009, aprobó una constitución, en cuya redacción están muy presentes los

postulados de la doctrina Calvo. Ecuador, el 4 de diciembre del 2007, anunció que no aceptará el arbitraje del Banco Mundial en materia de recursos naturales, como petróleo, gas natural y minería. Asistimos a una serie de declaraciones y movimientos de política internacional para la constitución de instituciones arbitrales latinoamericanas. Todos estos estados continúan sometidos a constantes reclamaciones internacionales y siguen participando de forma activa en arbitrajes, tanto de carácter comercial como de protección de inversiones. El tiempo nos dirá si estas discusiones todavía en el terreno de política internacional cristalizan de forma técnica en un centro de arbitraje internacional propio de los países latinoamericanos que, como es lógico, tendrá por primera tarea la de ganarse la confianza de los inversores extranjeros.

A los estados soberanos no les gusta ser juzgados. Sin embargo, se impone el pragmatismo. El arbitraje internacional ha hecho fortuna y son numerosos los casos en los cuales los estados acatan voluntariamente los laudos dictados en procedimientos arbitrales a los que se han sometido. El ejemplo de España es bien claro. Cuando un ciudadano argentino llamado Sr. Maffezini tiene problemas en Galicia con una entidad estatal de desarrollo demanda al Reino de España⁸. Éste se defiende y, al final, resulta condenado al pago de una indemnización de daños y perjuicios. En lugar de cuestionar las reglas de juego, acepta la decisión arbitral y le da cumplimiento reafirmando, eso sí, su soberanía. Motivos para solicitar la anulación de la sentencia arbitral o para complicar su ejecución no le faltaron al Reino de España, quien ejemplarmente en cumplimiento de sus compromisos internacionales acató la decisión arbitral.

⁸ *Emilio Agustín Maffezini c. el Reino de España*, Caso CIADI No. ARB 97/7.

Países en desarrollo y arbitraje internacional

Con frecuencia falta la voz de los países en desarrollo cuando se analizan los problemas del arbitraje internacional. Hemos creado un entramado jurídico, primero de arbitraje comercial y luego de protección de inversiones, excesivamente complejo. Por ello, es bueno abandonar de vez en cuando las reuniones y los puntos de vista que se manifiestan en nuestros países y visitar la otra parte del arbitraje. En los países de la América latina conviene escuchar voces disidentes. Pudiéramos estructurar las principales críticas en los seis siguientes apartados:

1.- Deficiencia democrática de los tribunales internacionales de arbitraje, quienes a diferencia de los estados que participan en el arbitraje no son el resultado de unas elecciones por las que los ciudadanos colocan a sus dirigentes. Ya lo hemos indicado anteriormente, quizá esta crítica no es muy acertada teniendo en cuenta que el arbitraje internacional es el producto de tratados negociados y ratificados por las diferentes autoridades u organismos de los estados intervinientes. Mucho más, si se trata de organismos administradores del arbitraje, como en el caso del ICSID, cuyos miembros son precisamente los estados participantes en el Banco Mundial.

A veces, eso es cierto, los tribunales de arbitraje se pueden extralimitar, desconociendo las consecuencias de la participación de un estado soberano. Pienso, por ejemplo, en la decisión reciente de un tribunal de arbitraje que acepta la solicitud de medidas cautelares efectuada por un inversor. El tribunal, compuesto indudablemente por tres juristas muy experimentados y respetados a nivel mundial, ordena a una república latinoamericana que retire las querellas criminales interpuestas con ocasión de una inversión

realizada en su día. ¿Puede un tribunal de arbitraje llegar tan lejos? Me resulta difícil pensar que las autoridades de dicho país puedan retirar los cargos en la jurisdicción penal sin incurrir quien así lo decida en cumplimiento de la sentencia arbitral en una responsabilidad criminal propia. Tal actuación arbitral genera, como es lógico, una encendida crítica por quienes ven agredidas arbitrariamente sus facultades y obligaciones soberanas.

2.- El moderno Derecho internacional de protección de inversiones, se ha montado, como es de todos conocido, sobre unos tratados internacionales, bilaterales o plurilaterales. Por eso, algunas sentencias arbitrales levantan la discusión sobre dónde se encuentran los límites de la protección al inversor. ¿Esa protección legitima al tribunal arbitral al cuestionar la competencia de los estados afectados para regular temas tan importantes para la soberanía de los pueblos como la fiscalidad aplicable a determinados negocios, la regulación y exigencias del medio ambiente, medidas que afecten a derechos sociales de los ciudadanos o a la protección de su salud?.

3.- La opinión pública es muy sensible a temas de corrupción, fraude o lavado de dinero. En principio, todo el mundo admite que el llamado orden público transnacional implica determinados límites en la contratación y, después, en la decisión arbitral. Durante muchos años, los árbitros han permanecido pasivos por falta de prueba ante alegaciones de corrupción; es difícil que se puedan presentar pruebas contundentes, ya que podrían ser utilizadas ulteriormente ante las jurisdicciones penales. Hoy, dada la cada día mayor transparencia de los procedimientos arbitrales, hay una mayor concienciación de los árbitros. Entre otras cosas, porque la solicitud de

tutela arbitral internacional pasa por la buena fe y ésta no puede existir cuando la inversión se ha realizado violando las más elementales normas éticas de comportamiento. Las pruebas al respecto son más fáciles de encontrar en un mundo globalizado y con agresivos medios de opinión pública.

4.- La presencia de los Estados en el arbitraje internacional exige transparencia. Quienes nos hemos introducido en el arbitraje a través del comercio internacional, valoramos especialmente su confidencialidad; en no pocos casos es esta lejanía de la publicidad lo que da confianza a las partes para someterse a la decisión de los árbitros. En algunos casos, también en el arbitraje comercial, las decisiones deben ser públicas si tienen trascendencia frente a terceros, por cotizar a título de ejemplo la empresa en cuestión en un mercado de valores. Pero no cabe ninguna duda de que los estados deben rendir cuentas de sus compromisos ante el control parlamentario, por lo que el arbitraje internacional puede requerir esa publicidad a la que resultan tan alérgicos quienes practican el arbitraje comercial.

5.- El arbitraje internacional ha tenido mucha importancia en los últimos años en los países de la América latina. Las estadísticas de la Cámara de Comercio Internacional y sobre todo las del ICSID son buena prueba al respecto. No cabe duda de que al aplicar los tribunales de arbitraje la legislación de los países receptores de la inversión, el derecho internacional de protección de inversiones se ha latinizado. Hace pocos años, el derecho internacional era tema tratado exclusivamente en lenguas francesa e inglesa; hoy las circunstancias han cambiado pero quizá todavía no se ha modificado la importancia de la mentalidad anglosajona en la gestión de los

arbitrajes internacionales. Es frecuente el nombramiento de presidentes de tribunales de arbitraje para solucionar problemas en países de la América latina que no entiendan el español. Las partes, también los estados latinoamericanos, tienen la sensación de que si no nombran despachos de abogados anglosajones van a estar colocados en peor situación de defensa. Se habla, en consecuencia, de que los arbitrajes en la América latina están en cierta forma secuestrados por el mundo anglosajón. La activa participación de árbitros latinoamericanos y la cada vez más creciente intervención de los despachos de abogados latinos están empezando a cambiar los usos y costumbres. Resulta, desde luego, chocante que, aunque el arbitraje sea oficialmente bilingüe, el “decisión-making-process” se realice dentro del tribunal arbitral en inglés y con mentalidad anglosajona. Se arguye que el problema no es de lengua o de traducción sino de mentalidad; a título de ejemplo, el concepto jurídico de buena fe tiene planteamientos muy distintos en una y otra cultura.

6.- El arbitraje internacional se ha convertido en una gran industria, que además resulta excesivamente costosa. Los grandes despachos de abogados están haciendo macroprocesos arbitrales, cuando quizá se pudieran simplificar mucho más. Las largas y tortuosas “discovery battles”, el a veces inexplicable show de una “cross examination” sin un planteamiento práctico, las audiencias arbitrales que duran en exceso varias semanas cuando con una buena preparación previa por escrito pudieran realizarse en pocos días, son temas para la reflexión. Lo que no cabe duda es que los estados soberanos tienen razón a veces en quejarse ante la aparición de lo que pudiera llamarse “gunboat-arbitration”. Las sentencias arbitrales se convierten en largos tratados, cuyas consideraciones a veces se encuentran lejos de la decisión que deben tomar los árbitros en el “suum cuique

tribuere”; con razón ha llamado la atención recientemente en una brillante conferencia en Ginebra, el Presidente Guillaume sobre la pedantería que a veces rodea a los árbitros de protección de inversiones cuando al redactar sus sentencias están pensando, más que en las partes que han requerido su decisión, en la gloria futura de poder ser citados doctrinalmente. Los árbitros no son legisladores internacionales, no tienen por función primordial la de crear jurisprudencia o derecho internacional, sino solucionar los conflictos que se les plantean, eso si, razonando adecuadamente su argumentación y decisión.

La gran recesión mundial en la que nuestras economías se han introducido a partir del año 2008 están haciendo dudar de postulados hasta hace bien poco incuestionables. El libre mercado y el llamado “consenso de Washington”, tras el hundimiento de la economía mundial, está dando lugar a tentaciones de proteccionismo. Si las doctrinas económicas de Milton Friedman dan paso de nuevo a las de Keynes, no nos puede extrañar en el derecho internacional económico la cada vez más frecuente apelación a la soberanía de los estados. Con palabra certera, Carlos Fuentes hablaba de la globalización en términos mundiales pero exigiendo eficacia estatal dentro del correspondiente territorio soberano.