

**CONTRATOS ENTRE ESTADOS Y EMPRESAS
EXTRANJERAS Y DERECHO INTERNACIONAL
PUBLICO**

por ANGEL G. CHUECA SANCHO

SUMARIO

I. INTRODUCCION

II. EL ORDENAMIENTO JURIDICO DE BASE

1. El «contrato sin ley» o sin ordenamiento jurídico de base.
2. El ordenamiento jurídico de base puede ser el Derecho Internacional Público o un derecho interno.

VIII. EL DERECHO APLICABLE AL CONTENIDO DE LOS CONTRATOS DE ESTADO

1. El o los derechos internos como derecho aplicable.
2. El Derecho Internacional Público como derecho aplicable.
3. ¿Y el denominado «Derecho Transnacional»?
4. La práctica contractual: La multiplicación de los elementos jurídicos designados como aplicables.

IV. LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION Y DE INTANGIBILIDAD

1. Las técnicas de estabilización.
2. La violación de las cláusulas de estabilización.

V. LA GARANTIA DE LAS INVERSIONES EN EL EXTRANJERO: LA AGENCIA MULTILATERAL DE GARANTIA DE LAS INVERSIONES

1. La AMGI o MIGA.

2. Los contratos de garantía de la AMGI

- A) *Riesgos cubiertos por la AMGI.*
- B) *La subrogación de la Agencia en los derechos del inversor.*

3. Referencia a otros sistemas internacionales de garantía de las inversiones extranjeras.

VI. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO Y CONTRATOS DE ESTADO

1. **La teoría de la «sanctity of contracts».**
2. **La teoría del carácter modificable de los contratos de Estado.**
3. **La tesis intermedia defendida por P. Weil.**
4. **La responsabilidad internacional del Estado por hechos conexos con la modificación o la ruptura del contrato.**

VII. CONTRATOS DE ESTADO Y NACIONALIZACIONES

1. **El derecho de los Estados a nacionalizar.**
2. **Requisitos para el ejercicio del derecho de los Estados a nacionalizar.**
 - A) *Los motivos de las nacionalizaciones.*
 - B) *La medida nacionalizadora no puede ser discriminatoria.*
3. **El problema clave de la compensación.**
 - A) *Compensación y NOEI.*
 - B) *El declive de la exigencia de la restitutio in integrum como modo de compensación.*
 - C) *La amplitud de la compensación.*
 - D) *Referencia a los acuerdos de compensación global.*

VIII. ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A LOS CONTRATOS DE ESTADO: EL ARBITRAJE

1. **Panorámica.**
 - A) *La negociación.*
 - B) *La conciliación.*
2. **El arbitraje internacional.**
 - A) *Arbitraje y agotamiento de los recursos internos.*
 - B) *Arbitraje e inmunidades jurisdiccional y de ejecución del Estado contratante.*
3. **Evolución del arbitraje entre Estados y particulares.**
 - A) *Los Tribunales Arbitrales Mixtos.*
 - B) *Referencia al Tribunal Permanente de Arbitraje.*

- C) *La resonancia de los arbitrajes petroleros.*
- D) *El Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*
- E) *El Tribunal Irano-Estadounidense de Reclamaciones.*
- F) *La Convención creadora de la AMGI y las diferencias en las que sean partes los inversores.*

IX. CONSIDERACIONES FINALES

I. INTRODUCCION

Si se analiza la práctica internacional podrá comprobarse que ya desde el siglo pasado aparece el fenómeno de los contratos entre Estados y empresas extranjeras; en aquellos instantes se hablaba de concesiones, que un Estado efectuaba en favor de ciertas compañías, pero bajo ese término se escondía una realidad contractual.

Contemporáneamente el número de contratos de esta naturaleza se ha multiplicado; el incremento de las relaciones económicas internacionales y el aumento del número de Estados (muchos de ellos nacidos de la descolonización) parecen explicar esta multiplicación.

El estudio de la realidad internacional no permite olvidar la existencia de Estados eufemísticamente denominados «en desarrollo», frente a los Estados desarrollados. Muchas veces esos Estados en desarrollo mantienen sistemas más o menos planificados; casi siempre necesitan inversiones extranjeras. Cuando invierten en los primeros empresas procedentes de Estados de economía de mercado, se produce un choque entre ambas concepciones económicas.

De esta rica y compleja problemática voy a analizar a continuación los aspectos más sobresalientes relativos al Derecho Internacional Público. Pero antes de entrar en el estudio o análisis propiamente dicho, conviene concretar la materia sometida a observación. En dicha concreción he de advertir que me refiero a los contratos celebrados entre empresas privadas extranjeras y Estados, o sea a los denominados «contratos de Estado»; queda, por tanto, fuera de nuestro campo de observación el tema de los contratos entre empresas públicas o estatales y otras empresas del mismo tipo de otro u otros Estados.

Intento realizar un análisis de Derecho Internacional Público y es necesario dejar claro asimismo que no nos encontramos en el ámbito clásico de este ordenamiento, en el de las relaciones entre Estados; ni siquiera nos hallamos en el ámbito más moderno de las relaciones entre Estados y Organizaciones Internacionales.

En cuanto a la tipología de esos contratos, ya he indicado la existencia de los contratos de concesión; a ellos se han sumado otros no menos utilizados como el de préstamo; Ph. KAHN distingue en 1975 entre el contrato de intercambio, el de aprovisionamiento y el de producción (1); J.F. LALIVE elabora su propia tipología en la que incluye los contratos de servicio, de gestión, de producción compartida, de construcción, de aprovisionamiento a largo plazo y de inversiones, sin por ello olvidar la existencia de otros tipos (2). Completando estas tipologías, habrá que recordar el contrato de desarrollo y el de transferencia de tecnología.

El examen de la práctica internacional en esta materia permite afirmar la estandarización de los contratos de Estado o *State contracts*. Todos ellos suelen contener cláusulas que recogen los derechos de las partes, otras que tienen un carácter técnico, otras financieras y fiscales, cláusulas que señalan el derecho aplicable al contenido de dichos contratos y otras relativas al arreglo de las diferencias que surjan entre las partes.

A nadie se le oculta que en estos contratos existe una gran desigualdad entre las partes: éstas son un Estado y una empresa privada. Tampoco hay que pasar por alto que el Derecho Internacional Público permite que los Estados actúen como tales (o *jure imperii*) y que lo hagan como particulares (o *jure gestionis* o *more privatorum*). Cuando un Estado firma un contrato de este tenor, habrá que considerar que inicialmente actúa como un particular.

La desigualdad de las partes es patente si se repasa el Derecho Internacional actual. En él se admite la soberanía permanente del Estado sobre sus riquezas y recursos naturales; en él se recoge el derecho de todo Estado a nacionalizar, cumpliendo ciertos requisitos; desde luego el Estado puede modificar su legislación interna, etc.

Pocos temas han provocado un debate tan vivo en el Derecho Internacional Público como el presente. El debate tiene como telón de fondo la subjetividad internacional de las empresas que contratan con Estados, pero afecta asimismo a otros aspectos como la responsabilidad internacional del Estado, las inmunidades de jurisdicción y de ejecución de los Estados extranjeros, la problemática del Nuevo Orden Económico Internacional, la cuestión de las nacionalizaciones e incluso la del arreglo de diferencias.

Los problemas más agudos suelen aparecer en el momento de la finalización de los contratos de Estado. Dichos problemas se agudizan cuando la terminación se debe a una decisión unilateral del Estado parte en uno de ellos. De cualquier forma en cuanto se refiere a incumplimiento y terminación de estos contratos deben desterrarse los prejuicios: ambas partes pueden incumplirlos, ambas partes pueden terminarlos de modo no regular, de modo traumático.

(1) «Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux: L'expérience française», en *Le contrat économique international. Stabilité et évolution*, París 1975, pp. 171 y ss.

(2) «Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées (Développements récents)», *RCADI* 1983-III, pp. 168 y ss.

II. EL ORDENAMIENTO JURIDICO DE BASE

Al estudiar la cuestión de qué derecho se aplica a estos contratos, es preciso distinguir entre el ordenamiento jurídico de base (o *Grundlegund*), el derecho aplicable al contenido de esos contratos y el derecho aplicable al procedimiento de arreglo de diferencias que puedan surgir entre las partes. Ello exige al menos algunas ideas previas:

— El ordenamiento jurídico de base es —en palabras de P. WEIL— el ordenamiento que confiere al contrato «el carácter de un acto jurídico generador de derechos y obligaciones, da a las partes la facultad de elegir las reglas de derecho llamadas a regir sus relaciones y prevé cómo se determinarán estas reglas en ausencia de una elección expresada por las partes» (3).

— Teniendo en cuenta el principio de la autonomía de la voluntad, tan importante en materia contractual, cabe observar que el derecho aplicable al contenido de esos contratos puede ser distinto al ordenamiento jurídico de base. Ello sucede cuando el ordenamiento jurídico de base permite expresamente a las partes que elijan otro ordenamiento como aplicable al contenido de su contrato o cuando en el ordenamiento jurídico de base exista algún resquicio a través del cual aparezca esta posibilidad. El derecho aplicable al contenido de los contratos suele denominarse con la fórmula inglesa de *proper law of the contract*.

— El derecho aplicable al procedimiento arbitral (si las partes, como suele suceder con gran frecuencia, eligen este modo de arreglo de diferencias) puede diferir tanto del ordenamiento jurídico de base como del *proper law of the contract*.

1. El «contrato sin ley» o sin ordenamiento jurídico de base

Existe una teoría según la cual algunos contratos de Estado habrían adquirido una completa independencia respecto a cualquier ordenamiento; es la teoría del «contrato sin ley». Dicha independencia la habrían adquirido por la voluntad de las partes. Si se admite esa teoría cada contrato constituirá un orden jurídico en sí mismo, sus reglas serán las únicas normas aceptadas por las partes.

Las críticas a esta teoría han sido abundantes. La sacralización del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, su absolutización en suma, no parece suficiente base para la defensa de la teoría. En esta dirección se mueve la sentencia arbitral dictada en 1958 en el caso Aramco, donde se afirma:

«Es cierto que ningún contrato puede existir *in vacuo* sino que debe reposar en un derecho; no se trata de una operación plenamente abando-

(3) «Droit International et contrats d'Etat», en *Mélanges P. REUTER*, París 1981, p. 558.

nada a la libre voluntad de las partes; se fundamenta necesariamente en un derecho positivo que otorga efectos jurídicos a las manifestaciones recíprocas y concordantes de voluntad de los contratantes. Sin un derecho que presida su creación, ni siquiera es concebible el acuerdo. La voluntad no puede engendrar una relación convencional más que si el derecho del que depende le ha dado previamente poder para ello» (4).

2. El ordenamiento jurídico de base puede ser el Derecho Internacional Público o un derecho interno

El Tribunal Permanente de Justicia Internacional afirmaba en sus sentencias de 12 de julio de 1929, dictadas en los casos de los empréstitos serbios y de los empréstitos brasileños, que «todo contrato que no es un contrato entre Estados, en cuanto sujetos de Derecho Internacional, tiene su fundamento en una ley nacional» (5). La separación entre los tratados y otros actos jurídicos atribuibles a los Estados era clara.

En la realidad contemporánea el *dictum* de ese Tribunal no parece que deba admitirse en toda su rigidez, como axioma. Al menos en teoría el ordenamiento jurídico de base de un contrato de Estado puede ser tanto el Derecho Internacional Público como un derecho interno.

En favor de la consideración del Derecho Internacional Público como ordenamiento jurídico de base se ha pronunciado la sentencia dictada el 19 de enero de 1977 en el caso Texaco-Calasiatic por el árbitro único R.J. DUPUY; en ella se lee que «el orden jurídico del que depende el carácter obligatorio del contrato es el mismo Derecho Internacional»; afirma el árbitro que «la vieja jurisprudencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional» ha sido superada y «en la nueva concepción los tratados no son el único tipo de acuerdos regidos por el Derecho Internacional. Aun cuando no se confundan con los tratados, los contratos entre Estados y particulares pueden, sin embargo, cumpliendo ciertas condiciones, depender de una rama particular y nueva del Derecho Internacional: el Derecho Internacional de los Contratos» (6).

Si la sentencia arbitral dictada en el caso Texaco, elabora la teoría de un modo bastante completo, existen también otras referencias jurisprudenciales a esta materia. El juez Gros, en su opinión individual a la sentencia dictada sobre

(4) Texto de la sentencia en *Revue Critique de Droit International privé* 1963, pp. 272 y ss., cita en p. 312. Se trata de un indudable rechazo de esta teoría. La necesidad de un ordenamiento jurídico de base es defendida, por ejemplo, por G. VAN HECKE, en su Informe Preliminar al IDI sobre «Les accords entre un Etat et une personne privée étrangère» (*Annuaire* 1977, pp. 197 y ss.).

(5) *Recueil des arrêts*, Série A, núms. 20-21, pp. 41 y 121.

(6) Consultar el texto en *Rivista di Diritto Internazionale* 1978 pp. 514 y ss., citas en pp. 519 y 521. La posibilidad de que el Derecho Internacional Público sea el ordenamiento jurídico de base es admitida, por ejemplo, por J. P. REGLI, *Contrats d'Etat et arbitrage entre Etats et personnes privées*, Ginebra 1983, pp. 149 y ss. Consultar asimismo D. CARREAU, *Droit International*, Paris 1986, p. 158 y ss.

el fondo por el Tribunal Internacional de Justicia (el 5 de febrero de 1970) en el caso *Barcelona Traction* observa que «la representación de las relaciones entre inversores privados y un Estado como simples relaciones de derecho interno, tanto respecto al Estado del que procede la inversión como al Estado en el que se realiza, no está de acuerdo con los hechos económicos. La inversión privada no es una operación aislada sino un elemento de la política de crecimiento de la economía nacional» (7). Por otro lado, en la sentencia arbitral dictada el 24 de agosto de 1978, bajo los auspicios de la American Arbitration Association, en el caso *Revere*, se indica que «los acuerdos de desarrollo económico a largo plazo, aunque no son acuerdos entre gobiernos y no son por tanto totalmente internacionales, son básicamente internacionales en cuanto forman parte de un proceso contemporáneo internacional de desarrollo económico...» (8).

Parece haber sido P. WEIL el que más ha avanzado en esta línea. Para este autor el contrato basado en el Derecho Internacional «debe ser considerado como un verdadero acto jurídico internacional... constituye una categoría específica de los actos jurídicos internacionales, al lado de los tratados, de los actos unilaterales de los Estados y de las organizaciones internacionales y de los actos judiciales y arbitrales» (9). Sin embargo, un examen de la situación actual de nuestro ordenamiento permite afirmar que la deducción de Weil es demasiado extensiva; parece que «esta categoría específica de los actos jurídicos internacionales» no ha adquirido todavía una concreción suficiente en nuestro ordenamiento.

Desde luego ya he observado que es posible que el ordenamiento jurídico de base sea un derecho interno. A veces surge, sin embargo, una estrecha ligazón entre un contrato de Estado y un tratado internacional; parece que en estos casos el ordenamiento jurídico de base es el Derecho Internacional; la lectura de numerosos tratados bilaterales sobre inversiones o sobre cooperación económica, técnica e industrial así permite deducirlo; a título de ejemplo puede recordarse que España ha firmado en 1984, 1985 y 1986 una docena de tratados bilaterales sobre cooperación económica e industrial que aportan el marco jurídico mínimo a los contratos a firmar entre empresas españolas y empresas de los otros Estados, o entre nuestras empresas y esos Estados o entre empresas extranjeras y España (10).

Si el ordenamiento jurídico de base es el Derecho Internacional, ello significa que se admite algún tipo de subjetividad internacional del particular con-

(7) TIJ, *Recueil* 1970, p. 270.

(8) Texto de la sentencia en ILM 1978, pp. 1.321 y ss., cita en p. 1331.

(9) «Droit International et contrats...», antes *cit.*, p. 562. De la lectura de la sentencia *Texaco* y de la obra de WEIL parece deducirse una curiosa interacción: WEIL influye en DUPUY, éste influye a su vez en WEIL.

(10) Ver los acuerdos con China (15-XI-1984, BOE de 9-II-1985), la URSS (24-II-1984, BOE de 19-VI-1984), la República Popular del Congo (8-I-1986, BOE de 16-II-1986), el acuerdo marco con Argelia (5-VII-1985, BOE de 21-V-1986), etc.

tratante. En esta materia no hay una solución generalmente aceptable, pero bueno será recordar que según afirma el TIJ (en su Dictamen de 1949 sobre *Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*) «los sujetos de derecho en un sistema jurídico no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o a la extensión de sus derechos; y su naturaleza depende de las necesidades de la Comunidad» (11). Partiendo de esta multiformidad de los sujetos de nuestro ordenamiento, puede señalarse con W. FRIEDMANN que las empresas privadas «adquieren, en la medida en que sus operaciones están sujetas a las normas del Derecho Internacional Público, una personalidad limitada y *ad hoc*» (12).

El estudio de la cuestión de la subjetividad internacional de los particulares que contratan con un Estado extranjero debe hacerse sin demasiadas ideas preconcebidas; una de esas ideas preconcebidas es la de que admitir esa subjetividad de los particulares que contratan con un Estado extranjero supone elevar esos particulares al nivel de los Estados. Sin embargo, como escriben acertadamente N. QUOC DINH, P. DAILLIER y A. PELLET, «esta posición se basa en el razonamiento erróneo que confunde personalidad jurídica y soberanía. Nada impide concederles tal personalidad internacional sin convertirlos en sujetos soberanos del Derecho Internacional. Basta que esta personalidad sea *derivada*, o sea concedida y controlada por los Estados o por las organizaciones internacionales» (13).

III. EL DERECHO APLICABLE AL CONTENIDO DE LOS CONTRATOS DE ESTADO

Distinguiendo, por todo ello, entre ordenamiento jurídico de base (por un lado), el derecho aplicable al contenido de los contratos de Estado (por otro) y el derecho aplicable (en su caso) al procedimiento arbitral, corresponde ahora analizar la segunda de las cuestiones. Habitualmente las partes designan en el contrato el derecho que desean que se les aplique en sus relaciones contractuales; se trata del *proper law of the contract* o *lex contractus*; cabe también que dejen dicha designación al órgano arbitral que debe decidir en el caso de una diferencia, aun cuando ello es más infrecuente.

Las opciones básicas del derecho aplicable al contenido de los contratos son tres: uno o varios derechos estatales o internos, el Derecho Internacional Público o una opción más ecléctica que integre diversos elementos jurídicos. Una parte de la doctrina incluye asimismo como opción el denominado Derecho Transnacional.

(11) TIJ, *Recueil* 1949, p. 178.

(12) *La nueva estructura del Derecho Internacional*, México 1967, p. 270.

(13) *Droit International Public*, 3.^a edic., París 1987, p. 620.

1. El o los derechos internos como derecho aplicable

Habitualmente el Estado contratante pretenderá someter el contenido del contrato a su propio ordenamiento interno; el que lo logre o no lo logre dependerá de las fuerzas en presencia en el instante de la negociación del contrato. Por su parte la empresa extranjera tal vez busque la sumisión al derecho interno del Estado cuya nacionalidad ostenta o de aquel con el que mantiene lazos más estrechos; en la práctica internacional no son escasos los ejemplos de contratos de préstamo concluidos por bancos norteamericanos en los cuales se designa como *proper law of the contract* el derecho del Estado de Nueva York.

La elección de un derecho interno como aplicable puede tener consecuencias importantes. La facilidad para defenderse en un ordenamiento bien conocido por una de las partes en el contrato puede trocarse en importantes desventajas para la otra parte (14).

Si el Estado contratante ha logrado someter el contrato a su ordenamiento interno, el mismo Estado puede modificarlo cuando lo considere oportuno; esa modificación puede afectar a los derechos de la empresa extranjera; precisamente ésta (para no sufrir consecuencias de esa importancia) suele exigir que se introduzcan en el contrato las cláusulas de estabilidad e intangibilidad; busca pues la desconexión de ese contrato con el ordenamiento interno del Estado parte en él, intenta (en otras palabras) la «deslocalización» del contrato.

A veces la sumisión del contenido de un contrato a un derecho estatal o interno conlleva la sumisión de las diferencias —que nazcan entre las partes— a los tribunales establecidos en ese derecho estatal; cuando ello suceda, los peligros que corre la empresa extranjera se incrementan en gran medida. En este orden de ideas el contrato sometido al derecho interno del Estado contratante constituye la hipótesis extrema, si las diferencias se someten también a los tribunales de ese Estado; en efecto, cuando nazca una diferencia ese Estado será parte en el contrato y juez sobre el mismo. Por eso en los contratos de Estado juega una función tan importante la cláusula arbitral, que garantiza a la empresa extranjera que no se verá situada en esa hipótesis extrema.

2. El Derecho Internacional Público como derecho aplicable

El principio de la autonomía de la voluntad de las partes «ha adquirido aceptación casi universal, sobre todo en las transacciones comerciales internacionales», como indica la sentencia dictada en el caso *Letco* (15). Este principio

(14) Ver el curso ya cit. de J.F. LALIVE, pp. 44-45, donde se recogen algunos ejemplos. El Tribunal arbitral *ad hoc* que decidía en el caso *Wintershall* y otros/*Qatar*, declaraba aplicable el derecho de ese Estado y excluía el ordenamiento internacional, en su sentencia parcial sobre responsabilidad de 5 de febrero de 1989 (ILM 1989, pp. 795 y ss.; el texto incluye también la sentencia final de 31 de mayo de 1989, pp. 833 y ss.).

(15) Sentencia de 31 de marzo de 1986, ILM 1987, pp. 647 y ss. cita en p. 657.

permite que las partes designen como derecho aplicable el ordenamiento internacional.

La afirmación de la aplicabilidad del Derecho Internacional Público puede efectuarse mediante distintas formulaciones; a veces se habla de los «principios del Derecho Internacional», en ocasiones se utiliza la locución «principios generales del Derecho Internacional». La sentencia dictada en el caso Texaco avanza un paso más asimilando la formulación «principios generales del derecho» a una remisión al Derecho Internacional; por eso puede leerse que «siendo estos principios generales los que figuran en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, constituyen una de las fuentes del Derecho Internacional; pueden figurar solos en la cláusula o junto a un derecho nacional, sobre todo el derecho del Estado contratante» (16). A pesar de todo, esta asimilación principios generales del derecho-Derecho Internacional Público parece excesiva; teniendo en cuenta que dichos principios constituyen una fuente también en otros ordenamientos (de Organizaciones Internacionales, como la Comunidad Europea, e incluso en ordenamientos de los Estados) la asimilación ha de considerarse como desproporcionada; la desproporción es más clara si se piensa que (según un sector doctrinal) los principios generales recogidos en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia se originan *in foro domestico*.

Las posibilidades de que las partes designen el Derecho Internacional como aplicable al contenido del contrato se han visto potenciadas por la celebración de tratados internacionales, bien bilaterales —como los de protección de inversiones— bien multilaterales. Destaca la Convención de Washington de 1965 por la que se crea el Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias relativas a Inversiones o CIADI; el artículo 42 recoge el derecho aplicable, observando que el tribunal arbitral no puede pronunciar un *non liquet* alegando silencio u oscuridad normativas (17); a efectos de nuestro análisis el párrafo interesante es el primero, que reza: «El tribunal se pronuncia sobre la controversia de acuerdo con las reglas de derecho adoptadas por las partes. A falta de acuerdo, el tribunal aplica el derecho del Estado contratante parte en la diferencia —incluso las reglas relativas a los conflictos de leyes—, así como los principios del Derecho Internacional en la materia».

La lectura de ese párrafo permite deducir que habitualmente las partes decidirán el derecho aplicable al contrato; luego nada impide que las partes incluyan en ese acuerdo el Derecho Internacional. En ausencia de acuerdo se aplica el derecho interno del Estado implicado y —*en pie de igualdad con ese derecho*— «los principios de Derecho Internacional en la materia»; como señalara J. CHE-RIAN, la referencia al ordenamiento internacional estuvo presente durante todo

(16) *Loc. cit.*, p. 524. Ver P. WEIL, «Principes généraux du droit et contrats d'Etat», en *Etudes offertes à B. GOLDMAN*, París 1982, pp. 387 y ss.

(17) El artículo 42 permite también que el órgano arbitral decida *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieron.

el proceso convencional, ya que existía en los proyectos preliminar, primero y final (18).

La expresión utilizada por los redactores de esta Convención es ciertamente un poco vaga, porque habla de «principios» y no de normas del Derecho Internacional; se trata además del «Derecho Internacional en la materia», sin que tampoco se especifique qué significado debe atribuirse a esta última locución. A pesar de todo la referencia al ordenamiento internacional no puede negarse; en este orden de ideas interesa recordar el denominado Informe de los Administradores sobre la Convención, en el cual puede leerse que «el término “Derecho Internacional” debe ser interpretado aquí en el sentido del artículo 38.1 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, teniendo en cuenta, sin embargo, el hecho de que este artículo 38 está destinado a aplicarse a relaciones interestatales» (19). En el primer proyecto, se afirmaba en el artículo 45.1 que se aplicaría el derecho nacional y el internacional y se añadía: «El término “Derecho Internacional” debe entenderse en el sentido del artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia» (20), referencia inequívoca después diluida en el texto convencional.

Incluso la consideración de un derecho interno como aplicable al contenido de un contrato no excluye automáticamente el juego del ordenamiento internacional. La sentencia arbitral dictada en el caso *Letco*, afirma que no hay duda de la aplicabilidad del Derecho Liberiano, añadiendo: «El derecho del Estado contratante es reconocido como fundamental en su propio territorio, pero no por ello deja de estar sometido al control del Derecho Internacional» y en ese caso no surgen problemas por cuanto «las normas y principios del Derecho Liberiano que deben aplicarse son conformes con los principios generalmente aceptados del Derecho Internacional que regulan la validez de los contratos y las consecuencias de su violación» (21). Además en este párrafo se reconoce la existencia de esos principios de Derecho Internacional que regulan los contratos y su violación.

3. ¿Y el denominado «Derecho Transnacional»?

Una parte de la doctrina ha defendido la existencia de un tercer ordenamiento jurídico, distinto del Derecho Internacional Público y de los derechos internos, el llamado Derecho Transnacional. Para J.F. LALIVE este tercer ordenamiento comprende, por un lado, los principios generales del derecho y engloba asimismo la *lex mercatoria*, o sea los usos y reglas del comercio internacional

(18) *Investment contracts and arbitration (The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes)*, Leyden 1975, pp. 78 y ss.

(19) El texto del Informe de los Administradores puede verse en ILM 1965, pp. 524 y ss., cita en p. 532.

(20) J. CHERIAN, *op. cit.*, pp. 79-80.

(21) *Loc. cit.*, p. 658.

tal como se deducen de la práctica, de diversos textos internacionales y de numerosas sentencias arbitrales (22).

La existencia de este Derecho Transnacional ha sido puesta en duda por otro sector doctrinal. A la crítica de P. WEIL (23) se han sumado otras; sobresale la efectuada por G.R. DELAUME para quien este tercer ordenamiento («misterioso en su naturaleza, mal definido en su ámbito de aplicación») halla su justificación «en el rechazo de la idea de que el Derecho Internacional es capaz de contar con datos distintos a los que provienen de sus antecedentes históricos o de aportar a situaciones complejas una respuesta tan precisa como la que puede ser dada por normas jurídicas nacionales» (24).

Por otro lado la jurisprudencia arbitral apenas se ha referido a este Derecho Transnacional. La sentencia dictada en el caso Aminoil constituye la excepción; siguiendo las previsiones del acuerdo de arbitraje, se reconoce que el derecho aplicable al procedimiento arbitral es el Derecho francés y se califica al arbitraje como transnacional, añadiendo: «Teniendo en cuenta el modo en el que se ha constituido el Tribunal, es evidente su carácter internacional, o mejor transnacional». Como el acuerdo de arbitraje se refería expresamente en su artículo III, 2.º, al carácter «transnacional» de las relaciones entre las partes, la sentencia observa: «Al mismo tiempo, al referirse al carácter transnacional de las relaciones con el concesionario, y a los principios generales del derecho, este artículo prueba la riqueza y fertilidad del conjunto de normas jurídicas que el Tribunal está llamado a aplicar» (25).

La lectura de esta sentencia permite deducir que las relaciones entre las partes pueden tener un «carácter transnacional», que el arbitraje puede ser calificado de igual manera y que incluso el tribunal arbitral recibe esa adjetivación. Sin embargo, la sentencia no afirma *expressis verbis* la existencia de este tercer ordenamiento; aun cuando llegase a esa afirmación, esta sentencia constituiría un pronunciamiento aislado.

A la ausencia de base jurisprudencial firme se une la multiplicidad de teorías que se esconden tras el denominador común de Derecho Transnacional. Si en la ya citada concepción de Lalive en él se incluyen los principios generales del derecho y la *lex mercatoria*, en la concepción defendida por otros autores, ese tercer ordenamiento englobaría únicamente la *lex mercatoria* (26).

En el supuesto de que se admita la existencia de este ordenamiento, sus defensores habrán de contar con otro aspecto problemático, el de las relaciones

(22) *Loc. cit.*, p. 48.

(23) «Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier», *RCADI* 1969-III, pp. 176 y ss.

(24) «Des stipulations de droit applicable dans les a-cords de prêt et de développement économique et de leur rôle», *RBDI* 1968, p. 363.

(25) Texto de la sentencia en *ILM* 1982, pp. 976 y ss., citas en pp. 999-1001.

(26) Ver la crítica de A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, París 1984, pp. 543 y ss. KASSIS considera el Derecho Transnacional como «otra fuente de ambigüedad y confusión» y distingue varias escuelas.

de este ordenamiento con el Derecho Internacional y con los ordenamientos internos. Desde luego debe someterse al Derecho Internacional, como lo están los ordenamientos internos; respecto a estos últimos puede afirmarse con M. VIRALLY que aquél «depende también de la tolerancia de los órdenes jurídicos nacionales, ante los cuales debe inclinarse en caso de conflicto, por el hecho de que los actores de la vida transnacional siguen sometidos al derecho interno en cuanto a su estatuto personal y a otros muchos aspectos, sobre todo en cuanto a la aplicación de las leyes fiscales, las leyes sociales y, en general, las reglas de orden público. Esta dependencia se incrementa todavía más cuando es necesario acudir a las autoridades nacionales, por ejemplo, en materia de vías de ejecución» (27).

Con todos estos condicionamientos parece difícil admitir la existencia del Derecho Transnacional; teóricamente nada impide su nacimiento, pero en la práctica constituye más una mera elaboración doctrinal que una realidad jurídica. El recurso a la idea del Derecho Transnacional es explicable en décadas pasadas, cuando el Derecho Internacional Público apenas sí había evolucionado en materia contractual; hoy constituye un recurso innecesario.

4. La práctica contractual: la multiplicación de elementos jurídicos designados como aplicables

El artículo 42 de la Convención de Washington de 1965 —antes analizado— se basa en la autonomía de la voluntad de las partes para fijar las reglas de derecho aplicables al contenido o fondo del contrato; en él se recoge la posibilidad de que las partes designen varios elementos jurídicos como derecho aplicable. La multiplicidad se encuentra también en la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en 1979 sobre *la ley del contrato en los acuerdos entre un Estado y una persona privada extranjera*; el artículo 2 de esta Resolución afirma que las partes pueden elegir «como ley del contrato bien uno o varios derechos internos o los principios comunes a éstos, bien los principios generales del derecho, bien los principios aplicados en las relaciones económicas internacionales, bien el Derecho Internacional, bien una combinación de estas fuentes de derecho» (28).

El estudio de la práctica contractual demuestra que efectivamente las partes suelen elegir varios elementos jurídicos como *proper law of the contract*. Sin pretender recoger ahora todas las posibles combinaciones, sí cabe dar algunos ejemplos significativos:

a) El artículo 46 del *Consortium Agreement*, de 1954, entre Irán, una compañía privada iraní y varias compañías privadas de diferentes nacionalidades

(27) «Un tiers ordre? Réflexions théoriques», en *Etudes offertes à B. GOLDMAN*, París 1982, p. 385.

(28) *Annuaire IDI*, vol. 58-II, 1979, pp. 192-195.

observa: «en vista de la diversidad de nacionalidades de las partes en este convenio, éste se regirá y será interpretado y aplicado de conformidad con los principios de derecho comunes a Irán y las distintas naciones en que las otras compañías estén constituidas y, en defecto de estos principios comunes, de conformidad con los principios de derecho reconocidos por las naciones civilizadas en general, incluso aquellos principios que puedan haber sido aplicados por tribunales internacionales» (29).

La «comunidad» de principios jurídicos aplicables se establece, por tanto, inicialmente entre distintos ordenamientos internos; únicamente en ausencia de esa «comunidad» jurídica entra en juego el Derecho Internacional.

b) Los acuerdos de concesión entre Libia y la Bristish Petroleum, la Liamco y la Texaco (en su formulación definitiva de los años sesenta) establecen esa «comunidad» jurídica entre el derecho libio y el Derecho Internacional, en los términos siguientes: «La presente concesión se regirá por y deberá ser interpretada conforme a los principios de la ley libia en cuanto estos principios sean comunes con los principios del Derecho Internacional; y, en ausencia de puntos comunes entre los principios de la ley libia y los del Derecho Internacional, se regirá por y deberá ser interpretada conforme a los principios generales del derecho, incluyendo en ellos los principios generales que han sido aplicados por jurisdicciones internacionales» (30).

La importancia del Derecho Internacional se ha incrementado, pues, en esta cláusula. Por eso el ordenamiento internacional sirve como elemento para formar esa «comunidad» jurídica; además se introduce (si no existen principios comunes) a través de los principios generales del derecho, en una referencia clara a nuestro ordenamiento por tratarse de los principios generales aplicados por tribunales internacionales.

c) En algunos contratos recientes el Derecho Internacional ha perdido parte del protagonismo que tuviera en las cláusulas libias. El acuerdo de concesión de 1981 entre Egipto y la Polar Bear International dice en su artículo 23, k): «Los firmantes basan sus relaciones respecto a este acuerdo en los principios de la buena voluntad y de la buena fe. Teniendo en cuenta sus diferentes nacionalidades, este acuerdo se regirá a efectos del arbitraje por y será interpretado y aplicado conforme a los principios de derecho comunes a la República Árabe de Egipto y Canadá y, en ausencia de estos principios, conforme a los principios de derecho normalmente reconocidos por las naciones civilizadas en general, incluso aquellos que han sido aplicados por los Tribunales Internacionales». Una redacción prácticamente idéntica se dará en 1986 a una cláusula de un contrato firmado entre una compañía privada y el Gobierno de Qatar, establecién-

(29) *Cit.* por F.V. GARCIA AMADOR, *El Derecho Internacional Económico*, Madrid 1987, pp. 185-186. Esta cláusula sirvió de modelo para contratos con Kuwait, Egipto e Indonesia.

(30) Ver la sentencia Texaco (*loc. cit.*, pp. 522-523), la sentencia British Petroleum (*ILR* vol. 53, pp. 329 y ss.) y la sentencia LIAMCO (*ILR* vol. 62, pp. 717 y ss.).

dose la «comunidad» jurídica entre el derecho interno del Estado contratante y el derecho francés (31). En ambos casos al ordenamiento internacional se le atribuye una función de segundo orden, supletoria.

d) La cláusula de un contrato de concesión firmado por Liberia en 1983 incrementa, finalmente, el número de elementos jurídicos a tomar en consideración, pues afirma: «Las partes basan sus relaciones respecto a este contrato en los principios de la buena voluntad y de la buena fe. Este contrato se regirá por y será interpretado y aplicado conforme al derecho de Liberia y las costumbres y usos generalmente aceptados por la industria petrolera internacional y los principios de derecho generalmente reconocidos por las naciones del mundo, incluso los principios que han sido aplicados por Tribunales Internacionales» (32).

Esta última cláusula recoge la vigencia de los principios de la buena voluntad y de la buena fe, que aparecen por ejemplo en el acuerdo de concesión de 1925 firmado entre la URSS y Lena Golfield (33). Considera además aplicable el derecho interno del Estado contratante, cosa que parece habitual; recoge también los usos y costumbres generalmente aceptados por la industria petrolera internacional; se refiere, por último, al Derecho Internacional.

La referencia al ordenamiento internacional no es ahora supletoria sino que éste se halla en pie de igualdad con los restantes elementos jurídicos. Además se realiza por una doble vía, la de los «principios de derecho generalmente reconocidos por las naciones del mundo» y la de los principios aplicados por Tribunales Internacionales.

La multiplicación de elementos jurídicos queda suficientemente demostrada. Además prueba la «deslocalización» de los contratos de Estado, que no dependen ya exclusivamente de un derecho interno. La introducción del Derecho Internacional como uno de estos elementos jurídicos demuestra la «internacionalización» de tales contratos; sin embargo, habrá que recordar que dicha «internacionalización» no es absoluta, o sea que nuestro ordenamiento no resulta ser el único que rige el contenido de dichos contratos.

IV. LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION Y DE INTANGIBILIDAD

Sin duda uno de los riesgos que corre una empresa extranjera, que contrata con un Estado y somete dicho contrato a su derecho interno, es el del cambio

(31) *Cit.* por A.Z. EL CHIATI, «Protection of Investment in the context of Petroleum Agreements», *RCADI* 1987-IV, pp. 123-124. Obsérvese que en estas cláusulas se declara aplicable al arbitraje y al contenido de los contratos la misma «comunidad» jurídica y, supletoriamente, el Derecho Internacional.

(32) A.Z. EL CHIATI, *op. cit.*, p. 123.

(33) *Cit.* por F.V. GARCIA AMADOR, *op. cit.*, p. 185.

unilateral de ese ordenamiento estatal. Precisamente la multiplicación de elementos jurídicos —a la que acabo de referirme— pretende conjurar ese riesgo.

Otro medio de evitar ese riesgo es el de la inserción de una cláusula de estabilización y de intangibilidad en el contrato (34); insertas en numerosos contratos, su validez ha sido admitida por la Resolución del IDI de 1979 a la que antes me refería, en su artículo 3.

Las cláusulas de estabilización pretenden que el Estado contratante no modifique su ordenamiento en contra de los intereses de la empresa extranjera; si lo modifica, dichas cláusulas intentan que las nuevas normas no se apliquen al contrato de Estado, que debería continuar regido por las normas vigentes en el momento de su firma. Las cláusulas de intangibilidad pretenden salvaguardar la integridad del contrato, no permitiendo ninguna modificación unilateral del contrato; si hay acuerdo de las partes, las modificaciones resultan ser perfectamente admisibles y no unilaterales.

Ambos tipos de cláusulas buscan dar al inversor privado extranjero la mayor seguridad posible; intentan evitar el riesgo de la soberanía que la otra parte posee y puede utilizar; pretenden que dicha soberanía no sea utilizada contra los intereses de la empresa extranjera (35).

La importancia de estas cláusulas se incrementa en gran medida cuando nos encontramos, por ejemplo, ante contratos de exploración y explotación de minerales, ante contratos en suma de larga duración. Muchas veces el cumplimiento de tales contratos exige al particular la realización de cuantiosas inversiones, que no deben evaporarse sin más como consecuencia de un acto de soberanía.

A veces la estabilización se limita respecto al tiempo o a la materia. Si se limita temporalmente, la cláusula correspondiente señala la duración de sus efectos; lo mismo sucede en el supuesto de una limitación material.

A efectos de este curso interesa sobre todo revisar las técnicas de la estabilización y las consecuencias de la violación de estas cláusulas. Precisamente en este segundo punto se halla una de las claves del ordenamiento internacional actual en materia de contratos de Estado.

1. Las técnicas de la estabilización

Los estudiosos de estas cláusulas suelen distinguir varias técnicas de estabilización. Se trata de la técnica de la congelación del derecho interno, de la ino-

(34) Ver Ph. LEBOULANGER, *Les contrats entre Etats et entreprise étrangères*, París 1985, pp. 93 y ss. y P. MAYER, *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat* Clunet 1986, pp. 5 y ss.

(35) Consultar P. WEIL, «Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique», en *Mélanges offertes à Ch. ROUSSEAU*, París 1974, pp. 301 y ss.

ponibilidad de ese derecho y de la incorporación de parte de ese ordenamiento al contrato.

La técnica de la congelación del derecho interno —la más común en las cláusulas de estabilización— consiste en la asunción por el Estado contratante de la obligación de no modificar su ordenamiento mientras dure el contrato; desde luego las modificaciones prohibidas por cláusulas de este tenor son las que pueden perjudicar los intereses de la otra parte, o sea de la empresa extranjera. A veces esa congelación se completa con la promesa del Estado contratante de no nacionalizar ni expropiar a la empresa citada. Esta técnica implica, por tanto, una clara limitación de la competencia legislativa del Estado contratante, limitación ciertamente voluntaria, contractual.

La segunda de las técnicas (la de la inoponibilidad) no es tan radical en su planteamiento: el Estado puede modificar su ordenamiento interno cuando lo considere oportuno, pero las normas modificadas no se aplicarán a los contratos de Estado concluidos antes de su modificación que contengan este tipo de cláusulas.

La técnica de la incorporación supone avanzar algo más y concretar en el mismo texto convencional o contractual qué normas internas son estabilizadas. Un ejemplo claro de utilización de esta técnica lo encontramos en el artículo 4 del acuerdo de establecimiento firmado entre Mauritania y la Planet Oil, que afirma: «La legislación minera estabilizada para la duración del presente acuerdo es la inserta en los textos cuya lista figura en anejo al presente acuerdo y forma parte integrante del mismo» (36).

2. La violación de las cláusulas de estabilización

El acuerdo de concesión de 1970 firmado entre Liberia y Letco contiene una cláusula de estabilización. La sentencia dictada en 1986 entre las partes citadas observa que esta cláusula «es corriente en los contratos de larga duración y, como sucede con los procedimientos de notificación del acuerdo de concesión, está destinada a evitar las acciones arbitrarias del gobierno contratante. Esta cláusula debe ser respetada, especialmente en este tipo de acuerdos. En caso contrario el Estado contratante podría fácilmente eludir sus obligaciones contractuales mediante la legislación. Esta acción legislativa solamente puede justificarse en el caso de nacionalización conforme a los criterios antes expuestos» (37).

Sin profundizar ahora en las nacionalizaciones y en los criterios que deben cumplir para que no constituyan un acto ilícito internacional, conviene recor-

(36) Cit. por G.R. DELAUME, «Des stipulations de droit...», *cit.*, p. 358. Sobre los problemas que suscitan estas cláusulas en el ámbito petrolero ver N. DAVID, *Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien*, Clunet 1986 pp. 79 y ss.

(37) ILM 1986, pp. 666-667.

dar la obligatoriedad de todas las cláusulas contractuales, incluidas las de estabilización. La violación de cualquiera de ellas supone la violación del contrato y, por ello, la subsiguiente responsabilidad contractual de quien la violó.

Se plantea, por tanto, el problema de qué sucede cuando el Estado viola una cláusula de estabilización; concretando en mayor medida: ¿Puede un Estado nacionalizar los bienes de una sociedad extranjera que firmó con él un contrato en el cual el Estado se comprometió a no nacionalizar? La solución a dar actualmente parece que debe contar con los siguientes datos:

— P. WEIL ha defendido que el incumplimiento por el Estado de cualquier cláusula de estabilización implica la aparición de la responsabilidad internacional del mismo (38). Pero en la situación actual del Derecho Internacional no parece que ello sea claro; ciertamente la responsabilidad internacional del Estado puede surgir —como veremos—, por ejemplo, por violación de los derechos de la empresa extranjera y la subsiguiente protección diplomática ejercida por el Estado cuya nacionalidad posea la citada empresa; puede surgir asimismo por violación de protección de inversiones, pero en ambos casos la responsabilidad internacional del Estado no nace como consecuencia de la violación de una cláusula contractual sino de la violación de normas internacionales.

— En el ordenamiento internacional actual existe una norma que afirma el derecho de todo Estado a nacionalizar bienes privados, si se cumplen determinados requisitos. La inserción de una cláusula contractual de estabilización no supone que el Estado contratante renuncie a ese derecho.

— El problema de la violación de las cláusulas de estabilización se suscita principalmente en el caso Aminoil. En efecto, la sentencia dictada en 1982 en este caso, parte de la existencia de esta cláusula en el acuerdo de concesión de 1948 y en el acuerdo complementario de 1961, observando el órgano arbitral que «una interpretación estricta y una lectura directa de esas cláusulas permite llegar a la conclusión de que prohíben la nacionalización». La sentencia añade que esas cláusulas «—inicialmente válidas y efectivas— han sido anuladas por la aparición posterior de un factor presente en la Constitución de Kuwait de 1962, o sea por una norma de *jus cogens* de Derecho Internacional Público que forma parte del derecho de Kuwait. Las correspondientes normas de la Constitución de Kuwait admiten la soberanía permanente del Estado sobre sus recursos naturales». Desde luego el ordenamiento internacional no prohíbe al Estado que éste se comprometa a no nacionalizar; según la sentencia «no hay ninguna duda de que el Estado puede jurídicamente admitir limitaciones contractuales a su derecho a nacionalizar»; el órgano arbitral finaliza observando: La existencia de estas cláusulas, «cuando la nacionalización no tiene un carácter confiscatorio, refuerza la necesidad de una indemnización adecuada como condición de la misma» (39).

(38) «Les clauses de stabilisation...», *cit.*, p. 321.

(39) *ILM* 1982, pp. 1020-1023.

De la lectura de esta sentencia se deduce que prevalece el derecho del Estado de nacionalizar sobre su obligación asumida mediante una cláusula de estabilización; la misma deducción puede realizarse partiendo de la sentencia arbitral de 1979 dictada en el caso Agip/República Popular del Congo que, sin embargo, no desarrolla la argumentación con la exactitud apreciable en la sentencia Aminoil (40).

El enfrentamiento entre el derecho a nacionalizar ostentado por el Estado y la cláusula de estabilización del contrato puede finalizar, por tanto, a favor del primero; de ahí que en la sentencia Aminoil pueda leerse también que la interpretación de esa cláusula debe hacerse «en el sentido de que no siempre mantiene su primitivo carácter absoluto» (41).

La violación de una cláusula de este tipo produce, por todo ello, efectos en la compensación. E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA advierte que en estos casos el monto de la indemnización debe ser más elevado, añadiendo: «Existiría, por ejemplo, un deber de compensar por el lucro cesante o las ganancias futuras que razonablemente obtendría el contratista privado durante el período en el cual la concesión hubiera debido permanecer en vigor» (42).

Acaso pueda pensarse que este efecto se desvía de la finalidad propia de estas cláusulas, que no es otra sino la de dar al contrato una vida larga y pacífica. Pero no se trata de un efecto despreciable, por cuanto agrava la obligación del Estado de compensar por los bienes nacionalizados. En tal sentido parece que las cláusulas de estabilización pueden jugar un rol disuasorio o preventivo-disuasorio: el Estado contratante debe decidir en cada supuesto si le conviene más valerse de su derecho a nacionalizar o cumplir el contrato en todos sus términos.

V. LA GARANTÍA DE LAS INVERSIONES EN EL EXTRANJERO: LA AGENCIA MULTILATERAL DE GARANTIA DE LAS INVERSIONES

Han transcurrido más de dos décadas desde la adopción del Convenio de Washington por el que se creaba el CIADI. Durante este tiempo se ha desarrollado el Nuevo Orden Económico Internacional. Pero algunas Organizaciones Internacionales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial o Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo han mantenido la necesidad de un Derecho Internacional económico liberal. Como escribe J. TOUSCOZ, «el Banco se ha comportado claramente como un guardián de la or-

(40) *Rivista di Diritto Internazionale* 1981, pp. 875-877, sobre todo.

(41) *ILM* 1982, p. 1.024.

(42) *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid 1980, p. 365; en el mismo sentido ver A.Z. EL CHIATI, *op. cit.*, pp. 165-166.

todoxia liberal jugando el rol de un catalizador en la creación de instituciones o de reglas de Derecho Internacional económico de inspiración liberal» (43).

El BIRD se preocupó inicialmente de la protección de las inversiones privadas extranjeras, como demuestra la lectura del citado convenio de Washington. En un segundo momento ha pasado al apartado de la garantía de las inversiones, creando la Agencia Multilateral de Garantía de las Inversiones, un nuevo instrumento de colaboración entre los exportadores de inversiones y los receptores de las mismas.

1. La AMGI o MIGA

El 11 de octubre de 1985 (con ocasión de la reunión anual del Consejo de Gobernadores del Banco MUndial) se firmaba en Seúl la Convención que establece la Agencia Multilateral de Garantía de las Inversiones (44). La Convención entraría en vigor el 12 de abril de 1988, al convertirse en partes en ella más de 40 Estados que suscribirían (aproximadamente) dos tercios del capital autorizado de esta nueva institución, la AMGI o MIGA, por sus siglas en español e inglés, respectivamente (45).

La AMGI, que ha despertado un gran interés (46), es una nueva Organización Internacional con sede en la capital estadounidense (art. 36). Dispone de un órgano plenario, el Consejo de Gobernadores, formado por tantos titulares y tantos suplentes como Estados miembros (art. 31); el órgano restringido es el Consejo de Administración formado «al menos por 12 Administradores» cuyo número puede incrementar el órgano plenario (art. 32); tiene finalmente un Presidente, encargado de dirigir los asuntos ordinarios de la Agencia, incluso los aspectos administrativos (art. 33); a las órdenes de este Presidente se halla el personal de la AMGI.

La Agencia coopera con la ONU y con cuantas Organizaciones Internacionales tengan funciones conectadas con las suyas. Coopera especialmente con el Banco Mundial y con una de sus filiales, la Corporación Financiera Internacional (art. 35). La cooperación con el Banco Mundial es tan estrecha que el Presidente de éste es *ex officio* Presidente del Consejo de Administración de la AMGI [art. 32, b)].

(43) *Rapport introductif* al coloquio de Niza de 1985 de la SFDI (*Les Nations Unies et le Droit International Economique*, París 1986, p. 45).

(44) Ver su texto con los dos anejos y las dos listas complementarias en *ILM* 1985, pp. 1.598 y ss., con nota de J. VOSS.

(45) *ILM* 1988, p. 1.227; a continuación se recogen las *Normas Operativas*, adoptadas por el Consejo de Administración en Washington el 22 de junio de 1988.

(46) Ver Institut pour le Developpement et la Cooperation Internationale, *Vers un système mondial de garantie des investissements à l'étranger*, Niza 1987 (se trata del coloquio celebrado en esa ciudad ese mismo año); T. TREVES, «La Convenzione istitutiva della MIGA come codice di condotta in tema di investimenti», *Rivista di Diritto Internazionale* 1987, pp. 1 y ss.; A. TITA, «Un nuovo strumento per la protezione degli investimenti all'estero: la MIGA», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* 1986, pp. 1.006 y ss., y la bibliografía que cito a continuación.

Dejando ahora otros aspectos relativos a esta Organización Internacional «operacional» —como la califica J. TOUSCOZ (47)— conviene recordar que el capital autorizado de la Agencia es de 1.000.000.000 de Derechos Especiales de Giro, divididos en 100.000 acciones. A cada Estado miembro se le ha adjudicado un número de acciones, no pudiendo en todo caso ser este número inferior a 50 acciones.

Según el artículo 2, de la Convención de Seúl, la Agencia tiene como objetivo incrementar los flujos de inversiones con fines productivos entre sus Estados miembros, sobre todo hacia los Estados en desarrollo. Para alcanzar este objetivo la AMGI tiene las siguientes funciones:

— Conceder garantías, realizando incluso operaciones de coaseguro y de reaseguro contra los riesgos no comerciales que puedan correr las inversiones extranjeras en un Estado miembro; y

— Realizar actividades complementarias que puedan incrementar el citado flujo de inversiones.

2. Los contratos de garantía de la AMGI

Las acciones más importantes de la Agencia son los contratos de garantía. La Organización define las modalidades y las condiciones de estos contratos que, evidentemente, conllevan el pago de una prima de seguro. A efectos de nuestro análisis interesa revisar los riesgos asegurados, las inversiones admisibles, los inversores admisibles y los países receptores admisibles (48).

Respecto a las inversiones admisibles a efectos de garantía para ser consideradas como tales deben sufrir un examen por parte de la Agencia que compruebe sus condiciones, justificación y contribución al desarrollo del país receptor; además la AMGI analiza la compatibilidad de las inversiones con los objetivos y prioridades del desarrollo de ese país y su compatibilidad con el derecho interno del mismo. Respecto al tipo de contrato asegurable, puede ser de *leasing*, de gestión, de entrega de establecimientos industriales llave en mano, etc.

Muy amplio es también el concepto de inversores admisibles; según el texto convencional, lo son tanto las personas físicas como las jurídicas; dentro de esta segunda categoría caben las empresas privadas, las públicas y las semipúblicas. El inversor admisible debe ser extranjero, nacional de un Estado miembro dis-

(47) *Les opérations de garantie de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (A.M.G.I.)*, Clunet 1987, pp. 904-905. El mismo autor publica «L'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements», en *Droit et Pratique du Commerce International* 1987, pp. 311 y ss.

(48) Sobre estos aspectos ver I.F.I. SHIHATA, «The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the legal treatment of foreign investment», *RCADI* 1987-III, pp. 158 y ss. La propia MIGA ha fijado unos contratos-tipo o estandar y unas condiciones-tipo (ver su texto en ILM 1989, pp. 1.233 y ss.).

tinto al receptor; si se trata de personas jurídicas deben haber sido constituidas según el derecho de un Estado miembro de la MIGA y tener su establecimiento principal en él. Finalmente el inversor admisible debe operar sobre una base comercial.

El país receptor debe ser un Estado miembro de la Agencia en desarrollo. Sin embargo, hay que advertir que el concepto de Estado miembro en desarrollo es muy amplio; si se revisan los Apéndices al texto convencional se comprobará que en el Apéndice A se incluyen las categorías Uno y Dos, referentes tanto a miembros como a suscripciones de acciones: la categoría Dos —que según nota explicativa recoge a los Estados miembros en desarrollo— incluye a Estados como Arabia Saudí, Kuwait, los Emiratos Arabes Unidos, España, etc., junto a otros como Burundi, Cabo Verde o Lesotho, por hablar de los ejemplos más extremos; ello prueba suficientemente la amplitud de este concepto.

El Estado receptor de la inversión juega un importante papel también en el ámbito de la garantía. El contrato de garantía se firma entre el inversor y la AMGI, pero según el artículo 15 del texto convencional, «la Agencia no concluye ningún contrato de garantía hasta que el gobierno del país de recepción haya aprobado la concesión de la garantía por la Agencia contra los riesgos expresamente designados». Se trata, pues, de un contrato entre una Organización Internacional y un inversor (incluso una empresa pública o semipública), contrato que precisa la aprobación del receptor de la inversión.

A) *Riesgos cubiertos por la AMGI*

El artículo 11, c), de la Convención, advierte que la Agencia no cubre los riesgos producidos antes de la firma de los contratos; tampoco cubre los riesgos derivados de cualquier acción u omisión del gobierno receptor cuando el inversor asegurado haya consentido en ellas; tampoco cubre (por fin) los riesgos derivados de las acciones de las que sea responsable el propio inversor.

La Convención enumera los riesgos asegurables en una lista semicerrada; puede calificarse así por cuanto a los citados textualmente pueden añadirse otros si el inversor y el país receptor lo solicitan conjuntamente y el Consejo de Administración de la AMGI aprueba dicha solicitud. Los riesgos declarados admisibles por el texto convencional se agrupan en cuatro conjuntos: el riesgo de transferencia, de expropiación y similares, de ruptura del contrato y los derivados de conflictos armados y desórdenes civiles (49).

—Se habla, en primer lugar, del riesgo de transferencia y esta denominación debe completarse, por cuanto se trata del riesgo de transferencia monetaria. Si el país receptor de la inversión restringe o limita el cambio de su moneda en otra moneda que el inversor considere aceptable, surge este riesgo; también

(49) Sobre los riesgos ver I.F.I. SHIHATA, *op. cit.*, pp. 175 y ss. Una descripción sintética puede verse en J. TOUSCOZ, en su estudio publicado en *Clunet*, ya *cit.*, pp. 912 y ss.

aparece cuando el país receptor no concede al inversor en un plazo razonable la autorización para efectuar transferencias monetarias. Estamos, como escribe Shihata, ante un riesgo «de la mayor importancia práctica para el inversor actual» (50).

— Los riesgos de expropiación y similares cubren figuras de distinto tipo como la expropiación en sí misma, la nacionalización, la confiscación, la congelación de haberes bancarios, etc. Al hablar de estas figuras —de las cuales examinará después la nacionalización— debe tenerse en cuenta que suponen la privación total o parcial de los bienes del inversor; en el supuesto de una privación parcial, aquél debe sufrir una privación de «una parte sustancial» de los bienes o ventajas de su inversión. La expropiación, nacionalización, etc., puede ser tomada por cualquier medio (legislativo o administrativo).

Todo lo anterior no supone que la Convención creadora de la AMGI prohíba cualquier expropiación o nacionalización. Según el artículo 11, a), ii), no se hallan cubiertas por el contrato de garantía «las medidas ordinarias no discriminatorias de aplicación general que los gobiernos adopten normalmente para regular la actividad económica en su territorio». Las *Normas Operativas* adoptel 22 de junio de 1988 por el Consejo de Administración concretan este aspecto advirtiendo que el gobierno del país receptor puede adoptar normas sobre «imposición *bona fide* de impuestos generales, tarifas y control de precios y otras normas económicas, como las medioambientales, legislación laboral y medidas de mantenimiento de la salud» (51).

— Se halla a veces cubierto también el riesgo de la ruptura del contrato. Este riesgo juega cuando el inversor no puede acudir a una instancia judicial o arbitral que decida sobre la ruptura; el mecanismo de garantía entra asimismo en funcionamiento cuando alguna de esas instancias ha conocido del asunto y no ha dictado una decisión sobre él «en un plazo razonable» o cuando se haya adoptado una decisión que no puede ser ejecutada. Nos encontramos, pues, ante supuestos de denegación de justicia.

— Pueden asegurarse, por fin, los riesgos derivados de conflictos armados y desórdenes civiles, producidos en el territorio del país receptor. Al hablar de los conflictos armados las *Normas Operativas* afirman que se hallan cubiertos por igual los enfrentamientos armados entre fuerzas de dos Estados y las guerras civiles. Las mismas *Normas* insertan en el concepto de desórdenes civiles cualquier revolución, insurrección, rebelión o golpe de Estado; también advierten que los desórdenes civiles pueden ser causados por grupos que inicialmente persigan acciones políticas u objetivos ideológicos (52).

(50) *Op. cit.*, p. 176.

(51) Apartado 1.36.

(52) Apartados 1.46-1.49.

B) *La subrogación de la Agencia en los derechos del inversor*

Cada contrato puede recoger todos o solamente algunos de los riesgos enunciados. Si se produce un daño y se trata de un riesgo cubierto, habrá que preguntarse inicialmente en qué momento se produjo; si se produjo tras la firma del contrato, la Agencia pagará la correspondiente indemnización, a no ser que estemos ante un daño producido por una acción u omisión del receptor *consentida* por el inversor o de este último.

Habitualmente el pago no se producirá inmediatamente después de comprobarse la existencia del daño; los contratos obligan al inversor a acudir a los recursos administrativos internos «siempre que el derecho interno del país receptor le ofrezca la posibilidad de ejercerlos sin dificultad»; cuando el inversor no reciba satisfacción por la vía interna, la MIGA procederá al pago de la indemnización.

Tras el pago surge la subrogación de la Agencia en los derechos y créditos que el inversor tuviese contra el país de recepción o contra terceros (53). Como señala A. TITA, se establece «un verdadero régimen propiamente internacional de la subrogación aseguradora, gracias al cual la originaria controversia entre el Estado y el particular es sustituida por una controversia entre el Estado y el ente internacional (MIGA), con los consiguientes reflejos en la configuración jurídica del arbitraje organizado con el fin de resolver este último tipo de controversia» (54).

La subrogación se ve facilitada por la aprobación del contrato firmado entre la AMGI o MIGA y el inversor por parte del Estado receptor de la inversión, aprobación a la que antes hice referencia. El citado país receptor no puede oponerse a la subrogación, está obligado a reconocerla en virtud del artículo 18, b), de la Convención de Seúl.

El reflejo en la diferencia, que pueda surgir entre la Agencia subrogada y el país receptor, es indudable; el artículo 75, b), del texto convencional, advierte que la o las diferencias de ese origen se solucionarán de acuerdo con el Anejo II de la Convención; ese Anejo prevé que el arreglo se lleve a cabo mediante negociaciones, conciliación y arbitraje, pero esa misma norma permite que las partes en la diferencia acudan a otro u otros métodos de arreglo, si lo estimaren conveniente.

En esta síntesis de los contratos que puede firmar la AMGI con los inversores he pasado por alto aspectos de indudable interés, cuyo estudio nos alejaría de los límites de este Curso. A título de recordatorio cabe citar que la garantía nunca puede cubrir la totalidad de la inversión (art. 16 de la Convención), las

(53) Ver I. SEILD-HOHENVELDERN, «Subrogation under the MIGA Convention», en *ICSID Review Foreign Investment Law Journal* 1987, pp. 111 y ss. Sobre subrogación de Estados ver L. MIGLIORNO, «La surroga dello Stato all'investitore privato negli accordi bilaterali sugli investimenti», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* 1989, pp. 275 y ss.

(54) «Gli arbitrati predisposti dalle Convenzioni ICSID e MIGA e la surroga assicurativa», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* 1987, p. 509.

primas y comisiones que la Agencia percibe por cada contrato varían según los riesgos cubiertos y el porcentaje de los mismos asegurado (art. 26), los bienes, haberes, ingresos, operaciones y transacciones de la AMGI disfrutaban de inmunidades fiscales (art. 47), etc.

3. Referencia a otros sistemas internacionales de garantía de las inversiones extranjeras

Aun cuando la garantía internacional de las inversiones extranjeras no sea demasiado frecuente, es preciso recordar la existencia de un sistema internacional y la posibilidad convencional de creación de otro. Me refiero a la Corporación Interárabe de Garantía de las Inversiones y a la III Convención de Lomé firmada entre la Comunidad Económica Europea y sus Estados miembros, de un lado, y 66 Estados de Africa, el Caribe y el Pacífico, de otra parte; desde luego esta posibilidad se ha evaporado en la IV Convención de Lomé.

En 1970 se crea la Corporación Interárabe de Garantía de las Inversiones, mediante tratado aprobado por el Consejo de la Unidad Económica Árabe y por el Consejo Económico de la Liga de los Estados Árabes, tratado modificado con posterioridad. La Corporación tiene por fin «otorgar a los inversionistas árabes una cobertura de seguros que les permita recibir compensaciones razonables por las pérdidas sufridas como consecuencia de cierto tipo de acontecimientos», como expropiaciones, nacionalizaciones, acciones militares, golpes de Estado, etc. (55).

Esta Organización Internacional, de la que son miembros 19 Estados árabes, tiene una estructura orgánica clásica: un Consejo u órgano plenario formado por los representantes de los Estados miembros, un Comité de Vigilancia formado por tres expertos elegidos por el Consejo y un Director General como órgano administrativo. Las actuaciones de la Corporación Interárabe se han dirigido a garantizar inversiones en la industria, la agricultura, el turismo, etc.

También en la III Convención de Lomé, firmada en 1984 se recogía la necesidad de que se incrementasen las inversiones privadas europeas en los Estados de Africa, el Caribe y el Pacífico; por eso las partes en el texto subrayaban la necesidad de ofrecer a los inversores «condiciones de trato equitativas y estables» (art. 20) y por ello dedicaron los artículos 240 y ss. a regular esta materia. El artículo 243, 1.º, normaba la posibilidad de que se concluyesen acuerdos interestatales sobre la promoción y protección de las inversiones, posibilidad más desarrollada en el Anejo XXVI que contiene la Declaración Común sobre este artículo 243, 1.º.

(55) M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, tomo II (*Organizaciones Internacionales*), 6.ª edic., Madrid 1988, pp. 444-445. Ver también A.S. ELDIN, «Legislative stability and investment climate: A comment of the unified agreement for the investment of Arab capital in the Arab countries, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 1988, pp. 147 y ss.

A efectos de la garantía de las inversiones ofrecía mayor interés el artículo 244 de ese texto. Según esta norma las partes decidían «iniciar un estudio conjunto sobre el campo de aplicación de los mecanismos apropiados de un sistema conjunto ACP-CEE de seguro y garantía, complementario de los sistemas nacionales existentes, que pueda tener un efecto positivo sobre el flujo de recursos del sector privado de la Comunidad hacia los Estados ACP»; por otro lado las partes decidían «explorar la utilización del mercado privado de seguros para asegurar los flujos suplementarios de capitales privados hacia los Estados ACP».

D. SIMON, al estudiar esta norma, la considera demasiado inconcreta, juicio que parece admisible: Efectivamente —como advierte ese autor— ni se concretan las inversiones a garantizar ni los riesgos a cubrir ni la articulación de este futuro sistema con los sistemas estatales y con el de la AMGI; por eso concluye que será preciso «esperar a Lomé IV para que un dispositivo fiable pueda ser verdaderamente operativo» (56). Si se revisa cuál ha sido la suerte de este artículo 244 de la III Convención de Lomé, a través del estudio de los trabajos del Consejo de Ministros ACO-CEE, podrá comprobarse hasta qué punto dicha norma ha servido para bien poco (57).

El 15 de diciembre de 1990 se firmaba la IV Convención de Lomé, entre la Comunidad Europea y sus doce Estados miembros por un lado y 68 Estados de Africa, el Caribe y el Pacífico, por otro. Las escasas normas de la anterior Convención relativas a inversiones se han multiplicado. Ahora la Convención regula esta materia en sus arts. 258-274 (57 bis), bajo la rúbrica general de *Cooperación para la financiación del desarrollo*.

Pero a pesar de haberse incrementado el número de normas relativas a inversiones, la cuestión del sistema conjunto ACP-CEE de seguro y garantía no ha sido desarrollada. Tan sólo hay una referencia indirecta a ello cuando se afirma en el art. 272 que la Comisión de la Comunidad Europea prepara informes y estudios sobre las actividades de los sistemas nacionales e internacionales de garantía de las inversiones. Esta referencia podría interpretarse en el sentido de que la IV Convención de Lomé prefiere no profundizar en la línea iniciada por su antecesora. Por ello habrá de deducirse que no es fácil que se cree un sistema de garantía de las inversiones comunitarias en los Estados ACP.

Hay otro aspecto también sobresaliente en esta IV Convención: La protección de las inversiones se deja a los Estados, que podrán concluir acuerdos sobre la materia (arts. 260-262). Posiblemente podría haber sido seguido un camino más comunitario, previendo al menos que la Comunidad interviniese de algún modo en dicha protección de inversiones.

(56) «Le système conjoint de garantie des investissements CEE/ACP de la Convention de Lomé III», *Droit et Pratique du Commerce International* 1987, pp. 91 y ss., especialmente pp. 105-110.

(57) Ver los *Informes anuales del Consejo de Ministros ACP/CEE*, de 1986 y 1987, Luxemburgo 1988; en 1986 se creaba un grupo de trabajo destinado a estudiar la cuestión de las inversiones (p. 60); en 1987 se designan dos expertos para que aborden el estudio del artículo 244 (p. 36).

(57 bis) Texto de la IV Convención de Lomé en *Le Courier ACP-CE*, marzo-abril de 1990.

VI. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO Y CONTRATOS DE ESTADO

Otro de los problemas surgidos en relación con estos contratos es el de la responsabilidad internacional del Estado parte. Tampoco es éste un problema de fácil solución. La Resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1979 no lo contemplaba como advierte expresamente su preámbulo.

1. La teoría de la «sanctity of contracts»

La evolución de la responsabilidad internacional del Estado en el Derecho Internacional clásico iba estrechamente ligada a los daños producidos a los extranjeros y a sus bienes; los problemas entre un extranjero y el Estado en el que residía se interestatalizaban a través del mecanismo de la protección diplomática, que puede jecer el Estado del cual el extranjero ostenta la nacionalidad. Es sabido que la protección diplomática sigue siendo una institución plenamente vigente en el Derecho Internacional actual.

En la realidad contemporánea la presencia de empresas multinacionales ha suscitado la cuestión de si las antiguas normas siguen siendo válidas, han sido completadas o han sido sustituidas por otras (58). Hoy se barajan distintas teorías para explicar la relación entre contratos de Estado y responsabilidad internacional de éste.

Una parte de la doctrina mantiene la teoría de la denominada *sanctity of contracts* o carácter sagrado de los contratos. Según esta tesis si el Estado incumple el contrato, incurre en responsabilidad internacional del mismo modo que si viola un tratado o cualquier otra norma internacional. En su versión más extrema esta teoría afirma que la indemnización o compensación adecuada pagada por el Estado que incumplió, no convierte en lícita su conducta ilícita.

Los defensores de esta teoría afirman que el ordenamiento internacional contiene una norma general que prohíbe a sus sujetos modificar unilateralmente o terminar arbitrariamente las relaciones contractuales internacionales. Se trata de la norma *pacta sunt servanda*, que se aplicaría a cualquier manifestación externa de la voluntad de los Estados, sea cual fuere el tipo de acto mediante el que se manifestase (59).

La teoría de la *sanctity of contracts*, que parecía ya desterrada, ha sido defendida recientemente por O. SCHACHTER y S.M. SCHWEBEL. El segundo escribe

(58) Ver A.A. FATOUROS, «Transnational Enterprise in the Law of State Responsibility», en R. LILICH (ed.), *The International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville 1983, pp. 361 y ss.; y D. BETTEMS, *Les contrats entre Etats et personnes privées étrangères*, Lausana 1988, p. 150 y ss.

(59) G. PANICO, «Responsabilità internazionale degli Stati per violazione di obbligazioni assunte verso soggetti privati stranieri in contratti di investimento «denazionalizzati», en *Studi in onore di R. Ago*, Milán 1987, vol. III, pp. 259-261.

que, cuando un Estado emplea su autoridad legislativa, administrativa o judicial «como únicamente un Estado puede emplear su autoridad gubernamental para deshacer la expectativa fundamental en base a la cual las partes contrataron en concreto... incurre en responsabilidad internacional»; y añade: «Hay que admitir que esta conclusión se opone a la concepción generalmente admitida en muchas partes, según la cual, si un Estado emplea su autoridad gubernamental con el fin de promover el bienestar nacional desconociendo los derechos contractuales de un extranjero, el Estado no incurre en responsabilidad internacional» (60).

O. SCHACHTER, en un curso impartido en La Haya en 1982, había propugnado idéntica solución al problema, de un modo mucho más concreto. Señala que la violación de un contrato por un Estado supone a veces la responsabilidad internacional de aquél y reconoce que no se trata de una idea generalmente admitida. Schachter indica que tal responsabilidad internacional surge cuando hay denegación de justicia al particular, cuando se ha producido una cancelación o una alteración del contrato en perjuicio del particular, cuando éste ha sufrido actos «confiscatorios» (por ejemplo, la expropiación o la nacionalización sin ninguna compensación) o cuando ha sufrido discriminación y, por fin cuando el Estado ha violado las cláusulas de estabilización del contrato (61). Como puede comprobarse en esta clasificación se conjugan elementos bien dispares, desde la denegación de justicia a la violación de una cláusula estabilizadora.

La teoría de la *sanctity of contracts* inclina la balanza indudablemente hacia los intereses del inversor. La objeción de fondo que puede hacerse es su desconocimiento de un principio tan importante hoy como es el principio de la soberanía permanente de los pueblos y de las naciones sobre sus riquezas y recursos naturales; esta teoría «se olvida» asimismo del derecho de los Estados a nacionalizar, derecho conectado con ese principio (62).

2. La teoría del carácter modificable de los contratos de Estado

En el otro extremo se defiende el carácter esencialmente modificable de los contratos de Estado; se afirma que estos contratos pueden ser modificados por el Estado parte en ellos en cualquier supuesto, ya sea alegando el cambio de las circunstancias que condujeron a su firma, ya sea aduciendo necesidades de política económica.

La posibilidad de que el Estado modifique el contrato cuando lo considere oportuno constituye, según los defensores de esta tesis, un atributo esencial de

(60) «On whether the breach by a State of a contract with an alien is a breach of International Law», en *Studi in onore di R. Ago*, Milán 1987, vol. III, p. 413.

(61) «International Law in Theory and Practice (General Course in Public International Law)», *RCADI* 1982-V, p. 310.

(62) Derecho que estudiaré después.

su soberanía. Siendo ello así, un acto de esta naturaleza no constituye ningún acto ilícito internacional (63).

Esta teoría pone ciertamente el acento en el Estado, concediéndole una libertad tal que lo convierte en parte totalmente desigual en el contrato. Esta teoría desequilibra la balanza a favor de los intereses estatales.

Existe asimismo una versión atenuada de esta teoría. De acuerdo con esta versión, el Estado puede modificar o cancelar el contrato cuando lo desee, siempre que pague al otro contratante una indemnización adecuada; se trata de una tesis que tiene en cuenta en mayor medida los intereses de las partes en el contrato.

3. La tesis intermedia defendida por Weil

Tras el estudio de ambas tesis, P. WEIL (en su curso profesado en La Haya en 1969) estructura una tesis intermedia (64).

Los aspectos más sobresalientes de esta tesis son los siguientes:

1.º Admite la *fuerza obligatoria del contrato*. Refuerza esta idea básica con la sentencia arbitral dictada el 15 de marzo de 1963 por el árbitro único P. CAVIN en el caso Saphire International Petroleum Ltd./National Iranian Oil Company, en la que se lee: «Es un principio fundamental de derecho, constantemente proclamado por las jurisdicciones internacionales, que los compromisos contractuales deben ser cumplidos. La regla *pacta sunt servanda* es la base de cualquier relación contractual» (65).

Desde luego las ideas expresadas en la sentencia Sapphire son difícilmente contestables. Pero el problema no se plantea respecto a esas ideas tan generales sino respecto a su aplicación a algunos casos en los cuales el respeto de un contrato por un Estado puede atentar contra intereses más generales del citado Estado.

2.º Observa WEIL que el Estado parte en un contrato mantiene *un poder soberano de modificación o de ruptura del contrato*. La jurisprudencia arbitral aducida por el autor demuestra esta afirmación, indudable en el Derecho Internacional actual.

3.º Dicho poder soberano se somete a unos límites en cuanto a su ejercicio. Este debe perseguir la consecución de fines de interés general. Además ese poder soberano no afecta a las cláusulas financieras y compromisorias ni a las cláusulas en las que el Estado renuncia a ejercer en todo o en parte dicho poder soberano. Quedan, pues, resguardadas de los efectos de tal poder determinadas cláusulas contractuales.

(63) Ver G. PANICO, art. *cit.*, pp. 261-262.

(64) *Op. cit.*, pp. 214 y ss.

(65) Texto en *ILR* vol. 35, pp. 136 y ss., cita en p. 181.

4.º El ejercicio de ese poder soberano conlleva, finalmente, *efectos financieros*, sintetizables en la obligación del Estado de compensar al particular perjudicado o de restituirle en la situación anterior.

Esta tesis intermedia parece admisible en la mayoría de los enunciados. Pero se plantean problemas respecto a los límites de ese poder; en la práctica contemporánea parece claro que la existencia de cláusulas de estabilización no ha constituido límite suficiente a la acción nacionalizadora de algunos Estados. Por otro lado, cabe mantener que los límites a ese poder soberano deben fijarse no en el contrato sino en el Derecho Internacional, que es el ordenamiento que atribuye dicho poder a los Estados.

4. La responsabilidad internacional del Estado por hechos conexos con la modificación o la ruptura de un contrato

Parece hoy claro que —como indicara el Relator Especial de la CDI, R. AGO, en su *Quinto Informe sobre la responsabilidad de los Estados*— «la violación por un Estado de una obligación asumida por él en un contrato de este tipo no constituye pues, como tal, el elemento objetivo de un hecho internacionalmente ilícito y no puede dar lugar a la responsabilidad internacional de dicho Estado» (66). La evolución del ordenamiento internacional permite considerar esta idea como válida, al menos en estos momentos.

La doctrina mayoritaria actual admite que se ha producido un hecho internacionalmente ilícito cuando a una modificación o a una ruptura de un contrato sigue una *denegación de justicia* por los tribunales del Estado contratante; también aparece dicha responsabilidad cuando la modificación o ruptura no va seguida de *compensación* o cuando tales actos se producen mediante *discriminación*. De todos los modos importa resaltar que la responsabilidad internacional se origina aquí no en la ruptura o en la modificación del contrato sino en la violación coetánea (discriminación) o subsiguiente (denegación de justicia y ausencia de compensación) de normas internacionales; la violación de una norma internacional constituye el elemento objetivo de la responsabilidad internacional por hecho ilícito.

En el terreno de los contratos de Estado, un caso interesante es el de la responsabilidad internacional de Indonesia, reconocida en varias decisiones arbitrales dictadas en el caso AMCO, Asia y otras/Indonesia (67). El caso aparece por las desavenencias surgidas entre una sociedad privada estadounidense y una cooperativa indonesia que se dedicaba a la construcción de alojamientos para el ejército; la sociedad norteamericana gestionaba un edificio sito en la capital indonesia, ocupado sin previo aviso por fuerzas policiales y militares. Des-

(66) *Anuario CDI* 1976, vol. II, 1.ª parte, p. 7.

(67) Sentencia de un órgano arbitral del CIADI de 1984 (*ILM* 1985, pp. 1.022 y ss.), anulación de esa sentencia por un *Comité ad hoc* del CIADI de 1986 (*ILM* 1986, pp. 1.441 y ss.) y segunda sentencia de un órgano arbitral del CIADI, de 1988 (*ILM* 1988, pp. 1.281 y ss.).

pués de estos hechos varias sentencias dictadas por tribunales de Yakarta rescinden el contrato de arrendamiento y gestión suscrito por AMCO Asia.

La sentencia de 1984 se pregunta en primer término, si las fuerzas militares y policiales que ocuparon el Kartika Plaza Hotel (que era el edificio gestionado por AMCO Asia) realizaron actos atribuibles al Estado indonesio; la pregunta surge porque parece que dichas fuerzas no actuaron a las órdenes del Estado sino a las de una cooperativa militar y policial denominada Wisma; la sentencia arbitral advierte que (a pesar de ello) los hechos son internacionalmente ilícitos y atribuibles a Indonesia. Esta sentencia observa:

— «Es una regla generalmente admitida de Derecho Internacional, claramente expresada en las decisiones y sentencias internacionales y generalmente aceptada por la doctrina que un Estado tiene el deber de proteger a los extranjeros y sus inversiones contra los actos ilegales de sus nacionales». Y prosigue: «Cuando estos actos son cometidos con la asistencia activa de órganos estatales se produce una violación del Derecho Internacional.

— Tras citar textualmente los artículos 3, 5, 10 y 11 del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, «el Tribunal no puede llegar a otra conclusión que la de que se ha cometido un acto ilícito internacional y que este acto es atribuible al Gobierno de Indonesia que es, por tanto, responsable» (68).

El Comité *ad hoc* para el caso AMCO Asia anulaba esta sentencia en mayo de 1986. Pero la anulación no se extiende a las consideraciones en las que el tribunal arbitral admitió esta responsabilidad internacional indonesia (69).

El caso estudiado demuestra que la responsabilidad internacional del Estado no nace como consecuencia de la rescisión del contrato efectuada por Indonesia a través de varias sentencias. Esta responsabilidad se origina en la actuación irregular de las fuerzas militares y policiales indonesias que ocuparon el hotel citado. En otras palabras, Indonesia había violado el deber que le impone el ordenamiento internacional actual de proteger a los extranjeros. A los supuestos de denegación de justicia, ausencia de compensación y discriminación se une esta nueva hipótesis; en todo caso la responsabilidad internacional se origina en hechos conexos con la modificación o la ruptura del contrato, no en la violación del contrato.

VII. CONTRATOS DE ESTADO Y NACIONALIZACIONES

La existencia de ese poder soberano del Estado contratante se demuestra en la realidad en ocasiones mediante actos de nacionalización. Así se comprue-

(68) *ILM* 1985, pp. 1.025-1.026.

(69) *ILM* 1986, p. 1.465.

ba que la pretendida igualdad de las partes en los contratos de Estado no resiste un estudio en profundidad (70).

Aun cuando me refiera a las nacionalizaciones, advertiré desde este instante que no pretendo abordar ahora todos y cada uno de los aspectos de tan compleja e interesante cuestión (71). Intento, sin embargo, dar al menos una panorámica de la situación actual por cuanto los contratos de Estado pueden sufrir medidas nacionalizadoras.

Con mucha frecuencia se utilizan como sinónimos los términos de nacionalización y de expropiación; efectivamente con los dos se indica la privación de propiedad sufrida por alguien. De todos modos en la expropiación esa privación de propiedad puede ser efectuada en beneficio de un particular (por ejemplo, nacional del Estado que expropia); por el contrario la nacionalización —como señala la citada sentencia *Aminoil*— «se efectúa mediante una transferencia de propiedad del sector privado al sector público, en interés público» (72).

Hay que tener asimismo en cuenta que, como indicará el Tribunal Irano-Estadounidense de Reclamaciones en su sentencia de 1982 en caso *Harza Engineering Co./Irán*, un acto de nacionalización puede darse, según el Derecho Internacional, «incluso en ausencia de una nacionalización o expropiación formal, cuando el gobierno interfiere ilícitamente en el uso de la propiedad» (73).

La interferencia ilícita en ese uso es, por tanto, suficiente. El propio Tribunal Irano-Estadounidense profundiza en esta vía en su sentencia de 1983 dictada en el caso *Starret Housing Corp./Irán*, en la que se dice que hay expropiación «a pesar de que el Estado dé a entender que no ha expropiado y el título de la propiedad continúe formalmente en manos del propietario original»; precisamente en este caso, al nombrar el gobierno iraní un «Director temporal» de la sociedad *Shah Goli* (filial de la norteamericana demandante) se produjo esta interferencia prohibida por el ordenamiento internacional; el nombramiento de dicho «Director» tuvo como consecuencia que «los reclamantes no pudie-

(70) P.Y. TSCHANZ, «Contrats d'Etat et mesures unilatérales de l'Etat devant l'arbitre international», *Revue Critique de Droit International Privé* 1985, pp. 47 y ss.

(71) De la extensa bibliografía sobre expropiaciones y nacionalizaciones puede consultarse —además de la citada a continuación— R. HIGGINS, «The taking of property by the State: Recent Developments in International Law, *RCADI* 1982-III, pp. 259 y ss.; W.D. VERWEY y N.J. SCHRIJVER, «The taking of foreign property under International Law: A new legal perspective?», *NYBIL* 1984 pp. 3 y ss.; R. SAPIENZA, «Espropriazione di beni e indennizzo nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: le sentenze nei casi *James e Lithgow*», *Rivista di Diritto Internazionale* 1987, pp. 309 y ss.; M. PELLONPÄÄ y M. FITZMAURICE, «Taking of property in the practice of the Iran-United States Claims Tribunal, *NYBIL* 1988, pp. 53 y ss. y M.L. ESPADA RAMOS, *Nacionalización y compensación en los contratos de Estado*, Madrid 1989.

(72) *ILM* 1982, p. 1018. Ver el comentario de G. BURDEAU, «Droit International et contrats d'Etat. La sentence *AMINOIL c. KOWEIT* du 24 mars 1982», *AFDI* 1982, pp. 454 y ss.

(73) *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports* vol. 1, 1981-1982, p. 504.

ran después ejercer sus derechos en la dirección de Shah Goli y se vieran privados de sus posibilidades de uso y control de la misma» (74).

Estas coordenadas permiten abordar en primer lugar el derecho de los Estados a nacionalizar, pasando a continuación a los requisitos exigidos por el Derecho Internacional para que las nacionalizaciones puedan considerarse como válidas. Sin duda el problema más importante y polémico es el de la compensación; el estudio del mismo permite comprobar en qué medida el denominado Nuevo Orden Económico Internacional ha variado las reglas clásicas.

1. El derecho de los Estados a nacionalizar

Es sabido que el ordenamiento internacional actual recoge el principio de la soberanía permanente de los pueblos y naciones sobre sus riquezas y recursos naturales. La Resolución 1.803 (XVII), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1962, afirma ese derecho y advierte que tal soberanía permanente incluye «la exploración, el desarrollo y la disposición de tales recursos, así como la importación de capital extranjero para efectuarlos».

En 1966 la misma Asamblea General adopta los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. El artículo 1 de los dos Pactos (75) recoge el derecho de todos los pueblos a la libre determinación, que a su vez incluye el derecho de cada pueblo a establecer libremente su régimen político y a procurar su desarrollo económico, social y cultural; ese mismo artículo 1 añade que los pueblos «pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional, basada en el principio del beneficio recíproco, así como del Derecho Internacional».

Posteriormente este principio entra en la esfera del denominado Nuevo Orden Económico Internacional. Se recoge en la Declaración sobre el Establecimiento del NOEI (de 1 de mayo de 1974) en el Programa de Acción sobre el establecimiento del NOEI (de la misma fecha) y en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, aneja a la Resolución 3.281 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 12 de diciembre de 1974, entre otros textos.

De este moderno principio se deduce en la actualidad el derecho de los Estados a nacionalizar; el árbitro único, Dupuy, describe este derecho en su sentencia en el caso Texaco de la siguiente forma:

«El derecho de un Estado a proceder a nacionalizaciones no es hoy contestable. Deriva del Derecho Internacional consuetudinario, estableci-

(74) *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports* vol. 4, 1983-III, pp. 154-155 (sentencia de 19 de diciembre de 1983). Consultar la opinión del árbitro H.M. HOLTZMANN (pp. 162-164).

(75) Se trata del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

do mediante prácticas concordantes consideradas como derecho por la Comunidad Internacional. El ejercicio de la competencia estatal de nacionalizar está considerado como la expresión de su soberanía territorial. Esta le confiere una competencia exclusiva para organizar como lo desee las estructuras económicas del país e introducir en ellas las reformas que le parezcan oportunas. Una prerrogativa esencial de la soberanía, en favor de las autoridades del Estado encargadas constitucionalmente de ejercerla, es la de elegir y edificar libremente un sistema económico y social. El Estado ve reconocida esta prerrogativa por el Derecho Internacional con el mismo título que la de determinar con toda independencia su régimen político y sus instituciones constitucionales» (76).

En el mismo ámbito de la jurisprudencia arbitral, el árbitro único, MAH-MASSANI afirma en su sentencia dictada en el caso Llamlo/Libia, el «derecho soberano de los Estados a nacionalizar (que) está reconocido en la práctica de los Estados y en numerosas Resoluciones de la Asamblea General que, si no son consideradas unánimemente como fuente del derecho, al menos reflejan la dirección dominante de la opinión internacional» (77).

De lo anterior se deduce que —como escribe S.K.B. ASANTE— el derecho de los Estados a nacionalizar constituye «un atributo inherente de la soberanía nacional y la legitimación esencial del ejercicio de este derecho no puede admitir ninguna condición que constituya limitaciones inaceptables de soberanía...» (78); no queda, sin embargo, claro qué limitaciones son aceptables y cuáles no lo son. Por todo ello no parece exagerado hablar en el Derecho Internacional de una «soberanía económica» como lo hace parte de la doctrina (79).

Ya he advertido antes que el derecho de los Estados a nacionalizar plantea el problema del valor de las cláusulas de estabilización, presentes en la mayoría de los contratos de Estado. En este orden de ideas, R.J. DUPUY afirma que «no se puede sostener que todo contrato internacional está gravado con una cláusula resolutoria tácita de nacionalización, porque ello conduciría a privar de toda aplicación efectiva a las cláusulas de estabilización que contiene» (80). Precisamente la solución propugnada en el caso Aminoil —antes citada— se opone a esta tesis defendida en el caso Texaco.

En el actual ordenamiento internacional todo parece indicar que la existencia de una cláusula de estabilización no impide que un Estado ejerza su dere-

(76) Clunet 1977, p. 367.

(77) *ILR* vol. 62, pp. 184-186.

(78) «International Law and Foreign Investment: A Reappraisal», *ICLQ* 1988, p. 599. Ver en igual sentido M. BEDJAOU, «Propos libres sur le droit au développement», en *Studi in onore di R. Ago*, Milán 1987, vol. II, pp. 33-34.

(79) N. QUOC DINH, P. DAILLIER y A. PELLET, *op. cit.*, pp. 423 y ss.

(80) *Loc. cit.*, p. 538.

cho a nacionalizar, desconociendo dicha cláusula. Pero también advertía que dicha cláusula produce efectos en la compensación por nacionalización, que en este caso debe incluir tanto el daño emergente como el lucro cesante.

2. Requisitos para el ejercicio del derecho de los Estados a nacionalizar

Una enumeración de los requisitos exigibles para que una nacionalización no atente contra el ordenamiento internacional es posible encontrarla en la reciente jurisprudencia arbitral; la sentencia dictada por el Tribunal Irano-Estadounidense en el caso *American International Group, Inc./Irán* recoge tales requisitos (81). También resulta ilustrativa la sentencia dictada en el marco del CIADI en el caso *Letco*; en esta última se exige que la medida nacionalizadora haya sido adoptada mediante un acto legislativo del Estado que la adoptó, que tenga por finalidad la utilidad o seguridad públicas o el interés nacional, que no sea discriminatoria y «vaya acompañada por el pago (o, al menos, el ofrecimiento del pago) de la compensación apropiada»; precisamente como en el caso *Letco* el tribunal arbitral comprueba que no se ha cumplido ninguno de estos requisitos, se condena a Liberia (82).

Si se cumplen estos requisitos, no hay responsabilidad internacional alguna del Estado nacionalizador que —como señalaba antes— ejerce un derecho. Pero tampoco hay que olvidar que uno de tales requisitos o exigencias es el abono de una compensación. Debe recordarse por fin que la exigencia de que la medida nacionalizadora sea adoptada mediante un acto legislativo estatal parece no mantenerse con la misma firmeza que las tres restantes; por eso en esta panorámica no la analizo.

A) *Los motivos de las nacionalizaciones*

El requisito de que la nacionalización obedezca a ciertos motivos (utilidad pública, seguridad pública, interés general o a todos ellos) ha sido históricamente admitido por la doctrina y la jurisprudencia internacionales. Hoy se mantiene en los textos internacionales de protección de derechos humanos, como por ejemplo el artículo 1 del Protocolo Adicional n.º 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos o el artículo 21, 2.º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Además de los ya citados casos *Letco* y *American International Group*, este requisito es exigido en el caso *Liamco*, aunque de un modo un poco difuso. En esa sentencia se destaca el rol social actual de la propiedad privada, que se considera como «una función dominante»; la sentencia añade que «el antes carácter sagrado de la propiedad se halla hoy sujeto a la influencia de los objetivos

(81) *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports* vol. 4, 1983-III, pp. 104-105.

(82) *ILM* 1987, pp. 664-667.

sociales. Su protección (de la propiedad) ha sido atenuada tanto en los derechos internos como en el internacional»; desde luego las nacionalizaciones deben enmarcarse en el plano más amplio de los objetivos perseguidos por el Estado nacionalizador que «varían de acuerdo con la política general y las políticas económicas de los distintos Estados» (83). De la noción de objetivos sociales, de política general y de políticas económicas puede deducirse que esta sentencia recoge asimismo la necesidad de este requisito.

Si no existe interés general, utilidad o seguridad públicas la nacionalización es arbitraria e internacionalmente ilícita. Este parece ser el caso de la nacionalización por el gobierno libio de la British Petroleum, ya que se produce —según declara *el representante libio en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*— como una «sanción» a Gran Bretaña, por haber permitido que Irán ocupase tres islotas en el Golfo Pérsico; como escribiera P. RAMBAUD, «la BP es pues víctima de una medida de retorsión extraña a toda medida de interés general —su carácter puntual y su motivación claramente política impiden ver en ella la puesta en marcha de una política petrolera coherente que únicamente sería elaborada un poco más tarde— medida que viola abiertamente el Derecho Internacional de las nacionalizaciones» (84).

La exigencia de la seguridad, de la utilidad públicas y del interés general pretende evitar la arbitrariedad del nacionalizador. Sucede, sin embargo, que quien decide qué interés es general o qué utilidad y seguridad son públicas es siempre el propio Estado que nacionaliza.

B) *La medida nacionalizadora no puede ser discriminatoria*

La prohibición de discriminar es también exigida por el Derecho Internacional actual como requisito imprescindible para que una nacionalización sea jurídicamente válida. Aun cuando este requisito no se mencione en las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU antes citadas, la costumbre internacional lo mantiene.

Puede afirmarse que tal prohibición exige que, si un Estado decide nacionalizar un sector de su economía, no puede nacionalizar tan sólo los bienes propiedad de los ciudadanos del Estado X, dejando intactos los bienes de sus propios ciudadanos o los de los ciudadanos del Estado N. En caso contrario hay una ruptura del principio de igualdad, hay discriminación.

De todos modos la reciente jurisprudencia arbitral ha especificado este requisito. La especificación consiste en lo siguiente: según esta jurisprudencia cabe que la nacionalización de un sector económico no se realice de una sola vez, sino que se efectúe de manera progresiva; en esta hipótesis no existiría discriminación.

(83) *ILR* vol. 62, pp. 184-185.

(84) «Arbitrage, concession et nationalisations: Quelques observations sur la sentence B.P.», *AFDI* 1981, p. 223.

Esta reciente jurisprudencia tiene (al menos) tres manifestaciones: las sentencias dictadas en los casos Texaco, Aminoil y Amoco.

— La sentencia Texaco, tantas veces citada, afirma que «parece difícil examinar aquí el carácter discriminatorio de las medidas adoptadas contra las sociedades demandantes. Si parece que tuvieron ese carácter en el momento de ser dictadas, de hecho medidas análogas han sido adoptadas contra otras sociedades, según una progresión por etapas, que demuestra el establecimiento de lo que podría haber sido una política de nacionalizaciones» (85). De ello parece deducirse que existía una discriminación inicial, sanada *a posteriori*.

— La sentencia Aminoil, reiteradamente recordada, observa que no hay discriminación en el decreto nacionalizador, a pesar de que otra compañía operaba en territorio kuwaití en esos momentos (la Arabian Oil Company) y no había sido nacionalizada; la decisión arbitral se inclina por la tesis de la inexistencia de discriminación por cuanto «en ningún momento se había sugerido que la nacionalidad americana de la compañía hubiese sido la causa de la aplicación del decreto-ley a la Concesión de Aminoil. Además, y sobre todo, existían razones adecuadas para no nacionalizar la Arabian Oil Company» (86).

— La sentencia parcial dictada en 1987 en el caso Amoco por el Tribunal Irano-Estadounidense de Reclamaciones defiende idéntica tesis; en ella se afirma que el Tribunal «no puede concluir que la expropiación realizada en el caso es discriminatoria solamente por el hecho de que en otro caso en la misma rama económica no se ha expropiado. Razones específicas para no expropiar una empresa, o para expropiar otra, o ambas, pueden justificar tal diferencia de trato» (87).

Como puede comprobarse, la exigencia de la no discriminación se ha flexibilizado en gran medida. Para entender esta flexibilización bueno será recordar que la prohibición de discriminar no implica tratar a todos por igual sino que exige tratar de forma igual a los que sean iguales y de forma desigual a los desiguales.

3. El problema clave de la compensación

Existe en el Derecho Internacional una norma que obliga a los Estados que nacionalizan bienes que sean propiedad de ciudadanos extranjeros a compensar a éstos (88). El fundamento de esta norma no se encuentra, sin embargo, demasiado claro:

(85) Clunet 1977, p. 372.

(86) *ILM* 1982, p. 1.019. Las razones para no nacionalizar la Arabian Oil Company parecen ser de tipo económico y parece se hallan conectadas con la necesidad de que el proceso nacionalizador no fuese demasiado rápido.

(87) *ILM* 1988, p. 1.350.

(88) Ver en general R. LILLICH (ed.), *Valuation of Nationalized Property in International Law*, Charlottesville 1987; I. SEIDLHOEVELDERN, «L'évaluation des dommages dans les arbitrages internationaux», *AFDI* 1987, pp. 9 y ss. y M.L. ESPADA RAMOS, *op. cit.*, pp. 135 y ss.

—Para el Derecho Internacional clásico la indemnización o compensación se basaba en la idea de la responsabilidad internacional del Estado nacionalizador; se consideraba que la nacionalización era un acto ilícito y, como tal, hacía surgir la citada responsabilidad internacional; la norma internacional violada por el Estado nacionalizador era la que le exigía respetar los derechos que los extranjeros hubieran adquirido en su territorio. Si se admite esta teoría, la indemnización debería borrar todas las consecuencias del acto ilícito; por eso el Tribunal Permanente de Justicia Internacional señala en la sentencia dictada en el caso de la Factoría de Chorzow: «El principio esencial, que deriva de la misma noción de acto ilícito y que parece deducirse de la práctica internacional, sobre todo de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales, es que la reparación debe, siempre que sea posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que verosíblemente hubiera existido si no hubiese sido cometido dicho acto. Restitución en especie o, si no es posible aquélla, pago de una suma a que corresponda al valor que tendría la restitución en especie» (89).

—Se ha barajado asimismo la tesis del enriquecimiento sin causa como base para la exigencia de la compensación; según esta tesis un principio general del derecho (presente en el ordenamiento internacional) prohíbe el enriquecimiento injusto o sin causa; una formulación la ofrece E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, cuando escribe que «si el Estado que nacionaliza no acordara compensación alguna cuando expropia bienes de extranjeros, estaría enriqueciéndose sin justificación a expensas de un Estado extranjero... Aprovecharía indebidamente la circunstancia de que recursos económicos procedentes de otros Estados han penetrado y se han colocado bajo su jurisdicción» (90). Si la necesidad de compensar se origina en el enriquecimiento injusto, para fijar dicha compensación habrá de medirse cuánto se enriquece el Estado nacionalizador y no cuánto se empobrece el que sufrió la nacionalización; o sea, la compensación no tiene por qué incluir necesariamente la restitución o el pago de la suma equivalente a la restitución.

—Contemporáneamente la compensación se fundamenta por algún autor en otras consideraciones. Así A.K. BOYE parte de la idea de que ante una nacionalización se crea un conflicto de intereses y la compensación pretende llegar a un equilibrio de los mismos; por eso «el reconocimiento de la necesidad de pagar una indemnización a los particulares extranjeros aparece como el resultado de un consenso general fundado en la noción de cooperación económica internacional» (91).

(89) *Recueil de la CPJI*, Série A, p. 47. Se trata de la sentencia de 13 de septiembre de 1928.

(90) *Op. cit.*, p. 356. En nuestra doctrina ha estudiado la materia G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, «El enriquecimiento sin causa como fundamento de la responsabilidad internacional», *REDI* 1982, pp. 379 y ss.

(91) *L'acte de nationalisation*, Dakar 1979, p. 96. Acaso el engarce de la necesidad de compensar con la cooperación económica internacional pueda considerarse teórico, pero se explica por la necesidad de inversiones de los Estados en desarrollo.

De todos los modos en la práctica el problema más agudo que se plantea es el de la amplitud de la compensación. Desde una perspectiva general ese problema puede servir también para analizar la situación actual del Nuevo Orden Económico Internacional. Además de referirme a esta cuestión, analizaré el declive de la concepción que exigía la *restitutio in integrum* como forma de compensación, para abordar después la amplitud de la compensación según la actual práctica arbitral y los acuerdos de compensación global.

A) *Compensación y NOEI*

Parece conveniente examinar en primer lugar las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, para pasar en un segundo instante a preguntarnos cuál es el valor jurídico de las mismas.

La obligación de compensar se recoge en la Resolución 1.803 (XVII), de 14 de diciembre de 1962, que contiene la Declaración sobre la Soberanía permanente sobre las riquezas y recursos naturales; en ella se lee que, si hay expropiación, nacionalización o requisa de bienes extranjeros, «se pagará al dueño la indemnización correspondiente con arreglo a las normas en vigor en el Estado que adopte estas medidas en el ejercicio de su soberanía y en conformidad con el Derecho Internacional» (92). La Carta de Derechos y deberes económicos de los Estados [aneja a la Resolución 3.281 (XXIX), de 12 de diciembre de 1974] afirma el derecho de todo Estado «a nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes».

El incontestable derecho de los Estados a nacionalizar se ve, por tanto, contrapesado por su obligación de compensar, presente en ambas Declaraciones. Pero hay una diferencia importante: en la primera se afirma que la compensación se hará de acuerdo con el derecho interno del Estado nacionalizador y «en conformidad con el Derecho Internacional»; en la segunda, por el contrario, desaparece toda referencia al ordenamiento internacional. También puede comprobarse que en la primera Declaración se habla de *indemnización*, mientras en la segunda se emplea el término más elástico de *compensación*, término que parece imponerse.

Mas cuando se alega la existencia de estas Resoluciones, en seguida surge la cuestión de su valor jurídico. Ciñendo este análisis a la jurisprudencia arbitral, interesa recordar la respuesta dada a esta pregunta por Dupuy en la sentencia Texaco. Las líneas básicas de su argumentación parten «de los criterios habitualmente considerados, o sea el examen de las condiciones de voto y el

(92) El texto de estas Resoluciones puede verse en C. GUTIERREZ ESPADA y A.L. CALVO CARAVACA, *Textos de Derecho Internacional Público*, Madrid 1986, pp. 893 y ss.

análisis de las disposiciones enunciadas». Las líneas básicas de la argumentación del citado árbitro son las siguientes:

1.^a La Resolución 1.803 fue votada por 87 votos a favor, 2 en contra y 12 abstenciones; mas «es particularmente importante notar que este texto ha sido votado por la mayoría, incluyendo en ella a numerosos Estados del Tercer Mundo, pero también a muchos países occidentales desarrollados de economía de mercado, hasta el más importante, los Estados Unidos. Los principios presentes en esta Resolución han recogido, por tanto, el asentimiento de un gran número de Estados que representan al conjunto de las regiones geográficas, y también al conjunto de los sistemas económicos... La referencia al Derecho Internacional, sobre todo en el campo de las nacionalizaciones, ha constituido pues un elemento esencial para el apoyo de muchos países occidentales a la Resolución 1.803 (XVII)» (93).

2.^a Respecto a la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados la sentencia considera significativo que «el párrafo 2 (c) del artículo 2 de esta Carta, que limita únicamente a la apreciación nacional los caracteres de la indemnización y que no apela al Derecho Internacional, ha sido votado por 104 votos a favor, 16 en contra y 6 abstenciones, habiéndose abstenido o habiendo votado en contra el conjunto de los países industrializados de economía de mercado».

3.^a La sentencia considera «indispensable distinguir las disposiciones que constatan un derecho existente sobre el cual la generalidad de los Estados ha manifestado su acuerdo de las disposiciones que introducen nuevos principios rechazadas por ciertos grupos representativos de Estados y que no tienen más que un valor *de lege ferenda*; estas últimas tienen ese valor *de lege ferenda* únicamente a los ojos de los Estados que las han adoptado; para los restantes el rechazo de estos mismos principios implica que los consideran *contra legem*. Respecto a las primeras, que proclaman normas reconocidas por la Comunidad Internacional, no se trata de crear una costumbre, sino de confirmarla al formularla y al precisar su alcance, permitiendo así determinar si nos hallamos o no ante una regla jurídica».

4.^a Con estas premisas no es difícil deducir que Dupuy considera la formulación de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados «como una formulación *de lege ferenda*, que a numerosos países les parece incluso *contra legem*». Por eso la sentencia arbitral considera la Resolución 1.803 como «el reflejo del estado del derecho consuetudinario en la materia».

La argumentación desarrollada por Dupuy ha encontrado claras resonancias posteriores; limitando el análisis a los arbitrajes entre Estados y particulares, cabe recordar la sentencia dictada en el caso Aminoil (94), la dictada el 30

(93) Clunet 1977, pp. 376-379 para esta y las siguientes citas textuales.

(94) ILM 1982, p. 1.032.

de abril de 1982 por la Cámara de Comercio Internacional en el caso Framatone/Organización de la Energía Atómica de Irán (95) y la dictada el 27 de marzo de 1986 por el Tribunal Irano-Estadounidense de Reclamaciones en el caso Sedco, Inc./Compañía Nacional Iraní del Petróleo e Irán (96).

Si el valor jurídico de las Resoluciones citadas es el indicado, ello prueba que —como escribe P. JUILLARD— «viejo orden y nuevo orden coexisten en el momento actual. El primero no acaba de desaparecer y el segundo no acaba de aparecer» (97). Bien puede hablarse, por tanto, de crisis en este ámbito (98).

Si se revisan los convenios bilaterales entre Estados desarrollados y Estados en desarrollo (e incluso entre Estados del segundo grupo), que se refieren a las inversiones, podrá comprobarse que tal práctica convencional desvela o refleja más el retorno a los principios clásicos, reactualizados, que la aparición de nuevos principios (99). A pesar de todo es hoy innegable el derecho de todo Estado a nacionalizar, incluso aun cuando en un contrato existan cláusulas de estabilización.

En este mismo orden de ideas cabe recordar que ya en 1979 observa también P. JUILLARD «una dicotomía entre el discurso público de los Estados, impregnado de ideología, y su discurso privado, coloreado de pragmatismo» (100); en los foros internacionales se mantiene ese discurso público, mientras en las relaciones con empresas extranjeras se acude al privado.

Esta misma dicotomía será denunciada por J. PAULSSON, al escribir: «Me ha sucedido en varias ocasiones el observar a un ministro que los delegados de su mismo país habían votado a favor de resoluciones internacionales que preconizan la competencia exclusiva de los tribunales nacionales, respecto a las cuestiones derivadas de un contrato, y el derecho inalienable de modificar unilateralmente los regímenes de inversiones con el fin de favorecer el desarrollo económico, respondiéndoseme —a veces con cierta vehemencia— que, a pesar del valor de dichas reglas en el plano de los principios generales en los que debían inspirarse los negociadores, no se podían aplicar a casos específicos de contratos negociados durante muchas semanas, con la participación

(95) Clunet 1984, pp. 74-79. Ver el estudio previo de B. OPPETIT *Arbitrage et contrats d'Etat. L'arbitrage Framatone et autres c/Atomic Energy Organization of Iran*, *idem*, pp. 37 y ss.

(96) ILM 1986, pp. 632-634.

(97) Ver su *Rapport introductif* en SFDI, *Les Nations Unies et le Droit International Economique*, Paris 1986, p. 113.

(98) Consultar J.M. PELAEZ MARON, *La crisis del Derecho Internacional del Desarrollo*, Córdoba 1987. Ch. LEBEN se ha referido al «desencanto» del NOEI (*Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement: Réflexions sur la décennie écoulée (1976-1986)*), Clunet 1986, pp. 897 y ss.

(99) Consultar, por ejemplo, D. BERLIN, «Les contrats d'Etat («State contracts») et la protection des investissements internatinationaux», *Droit et Pratique du Commerce International* 1987, pp. 200 y ss. y L. MIGHORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, Milán 1989.

(100) *Les conventions bilatérales d'investissements conclues par la France*, Clunet 1979, p. 324.

activa de un ministro, sin cuestionar la seriedad y la buena fe de su gobierno» (101).

B) *El declive de la exigencia de la «restitutio in integrum» como modo de compensación*

Parecen apagarse ya los ecos suscitados por la sentencia Texaco; en ella se reconocía el principio de la soberanía permanente sobre las riquezas y recursos naturales y el derecho de todo Estado a nacionalizar pero a la vez se condenaba a Libia a la restitución o vuelta a la situación anterior. La práctica internacional actual descarta esta solución maximalista de la *restitutio in integrum* y se inclina de modo evidente en favor de la compensación. En este mismo campo bueno será recordar que los casos libios (incluso el caso Texaco) se solucionarían en última instancia mediante compensación; por eso parecen acertadas las palabras de F. RIGAUX, cuando escribe que «el monto de la indemnización pagada en especie por el Estado (petróleo bruto por un valor de 152.000.000 de dólares, a pagar en quince meses) es singularmente desproporcionado con la gravedad de la condena a la “restitutio in integrum” ordenada por el árbitro» (102).

La problemática de la restitución será abordada con nitidez en la sentencia dictada en el caso Liamco por el árbitro único, Mahmassani, al observar que aquélla «presupone inicialmente la cancelación de las medidas de nacionalización, y esta cancelación viola a su vez la soberanía del Estado nacionalizador...». La misma sentencia observa en otro momento: «Considerando que la *restitutio in integrum*... debe ser rechazada de acuerdo con la práctica internacional prevalente y por ser además prácticamente imposible de ejecución obligatoria...» (103).

Puede, por tanto, afirmarse con la sentencia dictada en el caso Benvenuti y Bonfant/República Popular del Congo, que «el principio de compensación en el supuesto de nacionalizaciones está de acuerdo con la Constitución Congoleña y es uno de los principios generalmente reconocidos por el Derecho Internacional, así como por la equidad» (104). El reconocimiento de este principio constituye una clave importante para sopesar la actual situación del Nuevo Orden Económico Internacional, para evaluar mediante criterios contrastados la aplicación de los principios diseñados en los años setenta.

(101) *Sentences arbitrales et pratique des contrats Nord-Sud en La formation des normes en Droit International du Développement*, París-Argel 1984, p. 346 (se trata de los trabajos presentados en la Mesa redonda franco-magrebí de octubre de 1982, celebrada en Aix-en-Provence).

(102) «Souveraineté des Etats et arbitrage transnational» en *Etudes offertes à B. GOLDMAN*, París 1982, p. 278. Ver asimismo J. VERHOEVEN, «Droit International des contrats et droit des Gens», *RBDI* 1978-1979, pp. 209 y ss., que se muestra muy crítico con la sentencia TEXACO.

(103) *ILR* vol. 62, pp. 199 y 217.

(104) *ILM* 1982, p. 758, subrayado añadido.

Por todo ello parece necesario advertir el declive de la restitución como modo de compensación. Acaso desde la perspectiva teórica quepa mantener la *restitutio* para los supuestos de nacionalizaciones atentatorias contra el Derecho Internacional por ser discriminatorias o no perseguir fines de interés general pero la práctica más extendida hoy mantiene la compensación.

C) *La amplitud de la compensación*

Parece clara la idea de que cualquier compensación que se dé como consecuencia de una nacionalización debe ser una compensación *efectiva* para que sea tal, para que compense. Por ello esta exigencia del Derecho Internacional clásico puede considerarse hoy como reiterativa.

Se hablaba asimismo de compensación (o indemnización, término entonces muy generalizado) *pronta*. Pero en la práctica posterior a la II Guerra Mundial, en los acuerdos de compensación global (o *lump sum agreements*) el pago se demoraba en el tiempo, estructurándose plazos que a veces alcanzaban hasta 17 años (105).

En nuestro ordenamiento se habla de compensación *adecuada* o apropiada e incluso en algunas formulaciones clásicas se exigía que la compensación fuese *íntegra*. Es ésta, sin embargo, una parcela confusa del Derecho Internacional Público, porque determinar la amplitud de la compensación siempre ofrece dificultades técnicas; y, ante esa confusión, es preciso adoptar las máximas cautelas.

Normalmente quien haya sufrido la nacionalización alegará que las normas internacionales obligan al Estado nacionalizador a compensarle por la totalidad del valor de la propiedad de la que ha sido privado. Los Estados no suelen mostrarse muy reacios a compensar; los problemas surgen al intentar concretar el monto de la compensación.

Respecto a esta materia parece que el ordenamiento internacional carece en la actualidad de norma directamente aplicable; la norma clásica de la *restitutio* ha sufrido una profunda erosión sin que por ello se haya producido el correlativo proceso de sustitución normativa.

Las líneas deducibles de la reciente práctica arbitral —líneas divergentes, como puede comprobarse a continuación— pueden sintetizarse del siguiente modo:

1.^a Si se trata de la nacionalización de empresas, el valor de lo nacionalizado deberá medirse considerando la empresa como «una totalidad orgánica —o una empresa en funcionamiento— o sea como un todo unificado, cuyo valor es mayor al de sus componentes separados, y dentro del cual también han de incluirse las expectativas legítimas de sus propietarios», como indica la sentencia Aminoil (106). Luego no cabe fijar la compensación partiendo del valor con-

(105) F.V. GARCIA AMADOR, *op. cit.*, p. 144.

(106) *ILM* 1982, p. 1.041.

table de la empresa. Por eso el Tribunal Irano-Estadounidense advierte en su sentencia dictada en 1983 en el caso *American International Group, Inc./Irán*: «El método apropiado para evaluar la compañía es considerarla como una empresa en funcionamiento, teniendo presente no sólo el valor contable neto de sus activos sino también otros elementos como la buena marcha y los probables beneficios futuros, si la compañía hubiese continuado bajo la dirección del anterior equipo. El método del valor contable únicamente es utilizado a efectos de liquidación» (107).

2.^a A pesar de los términos del Tribunal Irano-Estadounidense citados (en los que recoge el lucro cesante como parte de la compensación) la práctica parece orientarse hoy hacia la concreción de la compensación en el *daño emergente* excluyendo de ella el *lucro cesante*. En ese sentido la sentencia *Aminoil* observa que «la determinación del monto de una “indemnización apropiada” se realiza mejor mediante el examen de todas las circunstancias relativas al caso que tomando como fundamento una discusión abstracta» (108).

3.^a Ya he advertido antes que, si existe una cláusula de estabilización y es incumplida por el Estado contratante, parece exigirse que la compensación incluya daño emergente y lucro cesante. De este modo se «penaliza» el incumplimiento contractual del Estado. Esta solución (presente en el caso *Aminoil*) se observa asimismo en el caso *Agip/República Popular del Congo*, en el cual se dice: «Aun cuando Agip limita sus tres reclamaciones de lucro cesante a un monto simbólico de un franco francés por cada una de ellas, el Tribunal admite que puede tener interés en que se decida sobre esas reclamaciones», condenándose en esta sentencia al Estado demandado al pago de esos tres francos (109).

4.^a Aun no existiendo cláusula estabilizadora, en ocasiones la jurisprudencia admite la obligación del pago del lucro cesante. La sentencia dictada por el Tribunal Irano-Estadounidense en el caso *Amoco International Finance* en 1987 es un ejemplo; poniendo el acento en la distinción entre expropiaciones legales e ilegales, esa sentencia afirma:

— Si la expropiación es legal, la compensación «se limita al valor de lo expropiado en el momento de la desposesión, o sea “al justo precio de lo que ha sido expropiado”» (110).

— Si la expropiación es ilegal, deberá pagarse también el lucro cesante. Como en ese caso se consideró la expropiación como legal, se condenó a pagar tan sólo el daño producido.

5.^a Se habla del valor real de la empresa por oposición al valor contable

(107) *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports* vol. 4, 1983-III, p. 109; ver también la opinión individual de R.M. MOSK (pp. 115-120, sobre todo).

(108) *ILM* 1982, p. 1.035.

(109) Texto en *Revue Critique de Droit International Privé* 1982, pp. 92 y ss., con cita en p. 104 (nota de H. BATIFFOL).

(110) *ILM* 1988, pp. 1.360-1.363 y 1.390.

(*book value*). El valor real se considera como el valor de mercado (*market value*). La práctica internacional parece aplicar este valor del mercado. Hay que contar, sin embargo, con la posibilidad de que el mercado sufra importantes cambios, cosa nada infrecuente ante la simple noticia de que el Gobierno del Estado X pretende nacionalizar una empresa o un sector concreto; en la hipótesis de tales cambios, la fijación de la compensación se torna más difícil (111).

6.^a También es preciso observar que el valor real de una empresa supone el valor de sus bienes inmuebles y muebles, pero ha de incluirse asimismo otro tipo de derechos (sobre marcas, patentes, etc.)

Todos estos datos deben sopesarse con la máxima cautela. Dichos datos prueban suficientemente que el ordenamiento internacional actual mantiene la obligación de compensar pero en él subsiste la dificultad de fijar la amplitud de la compensación.

D) Referencia a los acuerdos de compensación global (*lump sum agreements*)

Existe en la práctica internacional un mecanismo de compensación denominada global (112). En grandes líneas consiste en lo siguiente:

- Cuando se producen nacionalizaciones y expropiaciones masivas de bienes propiedad de extranjeros, pueden afectar a grupos de nacionales de distintos Estados (españoles, franceses, etc.).
- En esas situaciones, en vez de buscar el arreglo de cada diferencia entre cada particular y el Estado nacionalizador, el Estado cuya nacionalidad poseen puede entablar negociaciones con el nacionalizador. De esta manera las diferencias pierden su individualidad, se globalizan.
- La interestatalización de esas relaciones se debe al ejercicio de la protección diplomática por el Estado cuyos ciudadanos sufren las medidas expropiadoras o nacionalizadoras.
- Si se alcanza un acuerdo de compensación global, el nacionalizador pagará una cantidad global al Estado reclamante.
- El Estado reclamante será el encargado de distribuir la cantidad entre sus nacionales, de acuerdo con los respectivos derechos de cada uno.

Habitualmente la cantidad abonada por el nacionalizador no cubre todo el daño emergente o valor de lo expropiado a precios de mercado; la globalidad supone una importante deducción. Pero dicha deducción es sufrida por los ex-

(111) I. SEIDL-HOHENVELDERN, *International Economic Law (General Course on Public International Law)*, RCADI 1980-III, pp. 179 y ss. En su monografía *International Economic Law* (Dordrecht 1989, pp. 144 y ss.) reitera las mismas ideas.

(112) R.B. LILICH y B.H. WESTON, «Lump Sum Agreements: Their Contribution to the Law of International Claims», AJIL 1988, pp. 69 y ss.; consultar la bibliografía allí citada.

propiados que, en caso contrario, corren el riesgo de obtener la compensación con muchas mayores dificultades.

Suele advertirse que este mecanismo tuvo gran importancia tras la II Guerra Mundial. Siendo ello exacto, no significa que hoy haya dejado de practicarse. En la práctica convencional más próxima a nosotros cabe recordar que España concluyó con Marruecos (el 8 de noviembre de 1979) *el convenio sobre indemnizaciones de las tierras recuperadas por el Estado marroquí en el marco del Dahir de 2 de marzo de 1973* (113); por otro lado España y Egipto firmaban el 14 de abril de 1982 *el acuerdo sobre compensación a ciudadanos españoles* (114), acuerdo referente a la privación de bienes sufridos por españoles en 1952.

Una norma frecuente en estos acuerdos afirma que el Estado acreedor se compromete a no plantear más reclamaciones internacionales sobre esos bienes, ni por la vía judicial ni por la arbitral ni por ninguna otra vía. En ocasiones se advierte asimismo que el Estado nacionalizador se considera subrogado en todos los derechos de los particulares que sufrieron esas medidas.

Evidentemente en los acuerdos de compensación global el protagonismo corresponde a los Estados. Pero en la realidad contemporánea en muchas ocasiones los particulares se enfrentan a los Estados con los que contrataron; en esta segunda hipótesis el arreglo suele buscarse acudiendo al arbitraje.

VIII. ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A LOS CONTRATOS DE ESTADO: EL ARBITRAJE

La «deslocalización» de los contratos de Estado suele realizarse a través de las cláusulas de estabilización. Además es muy frecuente que se utilice la cláusula arbitral. En este terreno el Derecho Internacional actual ofrece un indudable interés como veremos a continuación.

1. Panorámica

La tendencia clásica a someter los contratos de Estado al ordenamiento del Estado contratante llevaba a la sumisión de las diferencias a los tribunales de ese mismo Estado; ello implicaba que dicho Estado era a la vez juez y parte en un asunto, violando o desconociendo las reglas mínimas de la imparcialidad procesal.

Esa tendencia clásica no ha desaparecido del todo:

— Algunos Estados productores de petróleo siguen defendiendo la necesi-

(113) Boletín Oficial del Estado de 11 de octubre de 1985.

(114) Boletín Oficial del Estado de 22 de junio de 1984; del acuerdo forman parte también dos cartas españolas y dos egipcias.

dad de que las diferencias se sometan a sus tribunales. La doctrina más reciente cita al menos a Argelia, Libia, Arabia Saudí e Irán (115).

—La Decisión 220 de la Comisión del Pacto Andino (que sustituye a la Decisión 24) relativa a las inversiones extranjeras y a la transferencia de tecnología, advierte en su artículo 34: «En el arreglo de diferencias o conflictos originados en las inversiones extranjeras directas o en la transferencia de tecnología extranjera, los Estados miembros deben aplicar las normas establecidas en sus legislaciones internas» (116).

No es ésta, sin embargo, la panorámica que nos ofrece la mayoría de los contratos de Estado. Los modos de arreglo de diferencias entre las partes en ellos son tres: la negociación, la conciliación y el arbitraje. Destaca en este ámbito la ausencia de recursos a órganos jurisdiccionales internacionales, ausencia propiciada por el hecho de que los particulares no pueden ser partes ante el Tribunal Internacional de Justicia.

A) *La negociación*

Puede afirmarse que el recurso a la negociación constituye el modo más rápido y satisfactorio de arreglo de diferencias entre un Estado y un particular. Además de ser un modo barato, normalmente la solución alcanzada cuenta con los intereses más importantes de ambas partes y resulta aceptable para ellas. Por otro lado la puerta a la negociación queda siempre abierta aun cuando no se prevea específicamente en el contrato de Estado.

Es sabido que la negociación tiene importantes ventajas. El mantenimiento del secreto de la misma (antes de iniciarse, durante su desarrollo y en cuanto a los resultados) no es la menor de ellas. También hay que recordar la rapidez y el bajo coste de este modo de arreglo.

A veces la negociación puede servir para prevenir el nacimiento de la diferencia. Una relación fluida entre las partes en el contrato resulta básica en este sentido. Además mediante negociaciones pueden concretarse los puntos sobre los que versa la diferencia y, en ocasiones, solucionarla.

Precisamente con el objeto de «enfriar» el ambiente en el que se desenvuelve habitualmente una diferencia, conviene a veces que el recurso a un modo de arreglo (por ejemplo, el arbitraje) se vea precedido de la negociación. Incluso es posible que los contratos especifiquen ese período de «enfriamiento» previo a la presentación de la diferencia a un órgano arbitral; el Comité Jurídico Consultivo Afroasiático propugnaba la inserción en los contratos de Estado de una cláusula de este tipo (117).

(115) A.Z. EL CHIATI cita a la primera (*op. cit.*, p. 149); B. AUDIT incluye a los otros tres (*L'arbitrage transnational et les contrats d'Etat*, Dordrecht 1987, p. 27).

(116) La Decisión 220 es de 11 de mayo de 1987; su texto puede verse en *ILM* 1988, pp. 974 y ss.

(117) Ver sus tres Modelos de Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones,

B) *La conciliación*

La conciliación es otro de los modos de arreglo de estas diferencias. En él interesa destacar sobre todo el papel de los conciliadores, que deben ser personas respetadas por los contratantes. Es sabido también que el informe adoptado por el o los conciliadores no obliga a las partes; la solución del caso permanece, por tanto, en manos de éstas. En cuanto al coste, la conciliación lo incrementa (si se compara con la negociación); sin embargo, la imparcialidad del o de los terceros puede aportar mayores posibilidades de solución de la diferencia.

La conciliación se ha potenciado en el ámbito de las Organizaciones Internacionales. La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 4 de diciembre de 1980, su Resolución 35/52, en la que recomendaba que se utilizase el Reglamento de Conciliación preparado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (118).

La Convención de Washington de 1965, por la que se creaba el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones o CIADI establece por su parte el mecanismo de la conciliación en su capítulo III. Según estas normas (arts. 28-35) la petición de conciliación se dirige al Secretario General del CIADI por una de las partes en la diferencia; son las partes las que eligen el número de conciliadores y los nombres de los mismos. Habitualmente los conciliadores serán elegidos de entre los nombres incluidos en la lista que el artículo 12 y ss. de la Convención prevé que mantenga el Secretario General del Centro, pero las partes pueden elegir asimismo personas ajenas a esa lista, etc. Las normas convencionales se completan con las Reglas de Conciliación adoptadas por el CIADI (119). Como toda Comisión de Conciliación, finaliza su labor con la emisión de un informe, que puede ser asumido por las partes o puede no serlo, en cuyo segundo supuesto deberán buscar el arreglo de la diferencia por otra vía.

2. **El arbitraje internacional**

Como observaba antes, numerosos contratos de Estado consolidan su «deslocalización» mediante una cláusula arbitral. Nos encontramos aquí ante una peculiar situación arbitral, pues en ella no se enfrentan dos Estados ni un Estado y una Organización Internacional ni dos particulares: se enfrentan un Estado y un particular.

adoptados en 1984 (art. 10 de los tres, texto en *ILM* 1984, pp. 237 y ss.); en estos modelos se prevé la negociación, la conciliación y el arbitraje.

(118) Este Reglamento fue publicado por las Naciones Unidas en 1981; puede verse en *Official Records of the General Assembly, Thirty-fifth Session, Supplement n.º 17 (A635/17)*.

(119) Dichas Reglas, en su versión adoptada el 7 de septiembre de 1984, pueden verse en *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 1985, pp. 299 y ss.

A mi entender el fenómeno se conecta con el ordenamiento internacional a través de tres índices que denominaré índices de internacionalidad, tomando la internacionalidad como referida al Derecho Internacional Público. Los tres índices relevantes son los siguientes:

- En esos arbitrajes participa un Estado, normalmente en la posición de demandado. Ello justificaría (al menos en parte) la aplicación del Derecho Internacional Público.
- El tribunal arbitral tiene muy frecuentemente su base u origen en un tratado internacional (ello sucede con los tratados bilaterales de protección de inversiones y con los multilaterales como en el caso de los Tribunales Arbitrales Mixtos, el CIADI, etc.).
- Los tribunales arbitrales que deciden estos casos aplican Derecho Internacional Público.

Estos índices de internacionalidad pueden presentarse de manera cumulativa o pueden aparecer tan sólo los enunciados en primer y tercer lugares. De cualquier forma estos arbitrajes ofrecen un gran interés para el estudioso del Derecho de Gentes.

Antes de revisar algunos de estos sistemas arbitrales, conviene profundizar en ciertas cuestiones generales. Interesa abordar la relación entre el arbitraje y el agotamiento de los recursos internos y el problema de las inmunidades jurisdiccional y de ejecución del Estado contratante.

Es preciso recordar asimismo que las cláusulas arbitrales son independientes del resto de las cláusulas contractuales; en tal sentido tienen vida propia. También es posible que no exista una cláusula de sumisión al arbitraje en el contrato y —una vez que haya surgido una diferencia— las partes decidan su arreglo mediante el oportuno compromiso arbitral; en esta hipótesis se tratará de un compromiso exterior al contrato.

A) Arbitraje y agotamiento de los recursos internos

Es bien sabido que el Derecho Internacional Público exige el agotamiento de los recursos internos antes de que un asunto entre un particular y un Estado se internacionalice. Ello sucede en el caso de la protección diplomática y la misma exigencia se plantea en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que conceden al individuo la posibilidad de reclamar ante Organos Internacionales.

Por ello surge la pregunta de si este agotamiento resulta asimismo exigible en el caso de que un particular extranjero vaya a demandar al Estado con el que contrató. En otras palabras, si se prevé en ese contrato de Estado el arbitraje, ¿es preciso que el particular acuda a los tribunales del Estado contratante antes de que pueda llevar el caso a un órgano arbitral? Ciertamente a veces en la cláusula compromisoria o en el compromiso arbitral se afirma textualmente que no se exige ese agotamiento; con ello el problema desaparece. El problema permanece cuando se silencia este aspecto.

En ocasiones algunos tratados indican expresamente que el arbitraje no precisa ese previo agotamiento; así sucede en los tratados franco-argelinos de 26 de junio de 1963 (sobre explotación de las riquezas del subsuelo del Sahara) y de 29 de julio de 1965 (sobre explotación de hidrocarburos y desarrollo industrial de Argelia) (120). Desde luego cuando ello suceda, los contratos firmados en virtud de esos tratados no deberán reiterar esa idea; el arbitraje tampoco exigirá el citado agotamiento.

La tesis más generalizada hoy indica que el recurso al arbitraje excluye *per se* la necesidad de agotar los recursos internos. Por ello se puede afirmar que la «deslocalización» del contrato de Estado se consigue en gran medida a través del arbitraje, a través de la no sumisión a sus tribunales internos.

La Convención de Washington de 1965, creadora del CIADI, tiene un interesante artículo 26 que dice: «El consentimiento de las partes al arbitraje en el marco de la presente Convención es, salvo estipulación en contrario, considerado como renuncia al ejercicio de cualquier otro recurso. Como condición para su consentimiento al arbitraje en el marco de la presente Convención, un Estado puede exigir que se agoten los recursos administrativos o judiciales internos». Explicando esta norma, el Informe de los Administradores observa que, si las partes recurren al arbitraje y no exigen el agotamiento previo de otros recursos no hay por qué incluir esta exigencia; pero «con el fin de dejar claro que no se ha pretendido, por tanto, modificar las normas del Derecho Internacional, relativas al agotamiento de los recursos internos, el párrafo segundo reconoce explícitamente el derecho de un Estado de exigir el agotamiento previo de los recursos internos» (121).

Existe, en síntesis, una presunción a favor de la no exigencia del agotamiento de los recursos internos cuando hay una cláusula arbitral o un compromiso de arbitraje. Pero es una presunción *iuris tantum*. Por eso conviene que en los contratos o en los compromisos arbitrales quede clara la idea de que el arbitraje equivale a no sumisión a tribunales internos.

B) Arbitraje e inmunidad jurisdiccional y de ejecución del Estado extranjero

El otro problema general de interés se plantea respecto a las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero; reconocidas por el ordenamiento internacional, estas inmunidades juegan con mayor (tesis absoluta) o menor (tesis relativa) extensión en los sistemas internos; ello es posible dada la generalidad de la norma internacional que las reconoce.

Desde luego el objeto de las inmunidades estatales es preservar la independencia de un Estado frente a otro, razón por la cual el primero no se somete

(120) J. CHAPPEZ, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, París 1972, pp. 121-122.

(121) *ILM* 1965, pp. 528-529. Ver también S.M. SCHWEBEL y J.G. WETTER, «Arbitration and the exhaustion of local remedies», *AJIL* 1966, pp. 484 y ss.

a los tribunales del segundo, en cuanto el primero haya realizado actos de poder público. En las relaciones entre un Estado y un particular, el problema ha de suscitarse de otro modo.

Respecto a la inmunidad de jurisdicción la mayoría de la doctrina admite que la firma de un compromiso arbitral o de una cláusula compromisoria implica generalmente la renuncia a dicha inmunidad; se trata de una renuncia implícita (122). Desde luego es evidente que en el contrato o en el compromiso arbitral puede incluirse una renuncia expresa suplementaria.

Esta tesis mayoritaria es recogida por el artículo 12 de la Convención Europea sobre la Inmunidad de los Estados, firmada en 1972; en esa norma se dice que, si un Estado parte ha aceptado por escrito someter a arbitraje diferencias relativas a materias civiles o mercantiles, no puede invocar después su inmunidad jurisdiccional ante tribunales de otro Estado, a no ser que el convenio arbitral diga otra cosa.

El problema presenta coordenadas bien distintas en cuanto a la inmunidad de ejecución. Al considerarse dos inmunidades distintas, los Estados disponen de dos líneas defensivas; además la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no implica la renuncia a la de ejecución, que debe ser renunciada separadamente.

En esta materia es significativo el artículo 55 de la Convención de Washington de 1965 creadora del CIADI. En él se dice que el Estado parte en ese texto está obligado a ejecutar las sentencias arbitrales dictadas contra él, pero que ello no significa que dicho Estado renuncie a su inmunidad de ejecución o no reconozca a otro Estado extranjero su propia inmunidad de ejecución. En otras palabras: la inmunidad de ejecución no ha sido modificada por el texto convencional.

Ello significa que en este sistema convencional la sentencia arbitral tiene un carácter definitivo si es dictada contra la empresa extranjera litigante; pero (visto el art. 55) puede no ser tan definitiva si es dictada contra el Estado contratante como advierte G.R. DELAUME (123). Por eso es interesante la sugerencia de B.M. CREMADES, según la cual en los contratos de Estado debería incluir-

(122) B.M. CREMADES, «Los Estados y las Empresas Públicas en su condición de socio en el comercio internacional», *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 1985, pp. 24 y ss.; G.R. DELAUME, «State contracts and transnational arbitration», *AJIL* 1981, pp. 786 y ss. y de este mismo autor «Economic development and sovereign immunity», *AJIL* 1985, pp. 319 y ss., especialmente pp. 343-344. Consultar asimismo el Informe final presentado al IDI en 1989 por A.T. VON MEHREN y E. JIMÉNEZ DE ARECHAGA (*Annuaire*, vol. 63-I, pp. 191 y ss.).

(123) «La Banque Mondiale et la mise en oeuvre du Droit International Economique, en SFDI, *Les Nations Unies et le Droit International Economique*, París 1986, pp. 321-322. Ver también del mismo DELAUME. «Le CIRDI et l'immunité des Etats», *Revue de l'Arbitrage* 1983, pp. 143 y ss.; consultar A. GIARDINA, «L'exécution des sentences arbitrales du CIRDI», *Revue Critique de Droit International Privé* 1982, pp. 273 y ss., y J.G. WETTER, «Pleas of sovereign immunity and act of sovereignty before international arbitral tribunals», *Journal of International Arbitration* 1985, pp. 7 y ss.

se una renuncia expresa del Estado tanto a su inmunidad jurisdiccional como a la de ejecución (124).

¿Significa todo ello que los intereses del particular quedan desprotegidos en el sistema CIADI? La respuesta ha de ser negativa porque el artículo 27 de la Convención permite que, si un Estado no cumple una sentencia arbitral, el caso se interestatalice por la vía de la protección diplomática.

La práctica relativa a la ejecución de sentencias dictadas en el marco del CIADI ofrece algunos datos: muchas veces el caso se lleva al arbitraje al llegar las partes a una transacción económica; cuando hay arbitraje, las sentencias suelen ejecutarse sin dificultades. Pero la sentencia dictada en el caso LETCO, constituye una excepción, porque la empresa pretendió la ejecución forzosa de la misma ante tribunales norteamericanos en dos ocasiones:

— Ante el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, la empresa solicitó que se ejecutase la sentencia sobre las cantidades que el Estado liberiano percibía por el tonelaje, el registro y otros aspectos relativos a los buques que enarbolan su pabellón; en su sentencia de 5 de setiembre de 1986, dicho Tribunal rechaza la petición de ejecución advirtiendo: «LETCO pretende la ejecución sobre esos derechos y tasas; pero LETCO no pretende la ejecución sobre ninguna propiedad que sea utilizada para actividades comerciales»; según la sección 610 de la estadounidense Foreign Sovereign Immunity Act de 1976 se exceptúan de la ejecución los bienes destinados por un Estado a fines no comerciales (125).

— La misma empresa pretendió la ejecución ante el Tribunal de Distrito de Columbia, pretensión rechazada por este órgano en su sentencia de 16 de abril de 1987; en este caso se pretendía la ejecución sobre las cuentas bancarias de la Embajada liberiana; ese Tribunal declara que las cuentas citadas son «inquestionablemente de naturaleza pública y gubernamental, de manera que solamente un gobierno puede utilizar tales fondos para cumplir funciones específicas de una embajada» (126).

Ciertamente cabe la ejecución voluntaria y no traumática de las sentencias arbitrales; desde luego en caso de inexecución puede seguirse la vía de la protección diplomática. Hay que pensar, por fin, que la inexecución de una sentencia puede acarrear problemas no pequeños al Estado implicado: la contratación de ese Estado con otras empresas podría resentirse fuertemente.

(124) Art. cit., p. 27.

(125) Ver texto de la sentencia en *ILM* 1987, pp. 695 y ss., con nota de G.R. DELAUME, cita en pp. 700-701.

(126) E. GAILLARD (en su *Chronique des sentences arbitrales*, Clunet 1988, p. 180) extracta el contenido de esta sentencia.

3. Evolución del arbitraje entre Estados y particulares

Al estudiar la evolución de este arbitraje (127) cabe distinguir cuatro grandes momentos o instantes:

- el de los Tribunales Arbitrales Mixtos;;
- el que denominaré de los arbitrajes petroleros;
- el del CIADI, y
- el del Tribunal Irano-Estadounidense de Reclamaciones.

Desde luego hablo de diferentes instantes o momentos aun cuando los citados en segundo, tercer y cuarto lugar, coexisten coetáneamente; por ello esta clasificación tiene un valor más expositivo que cronológico. También he de anotar que completaré el panorama con dos referencias, una al Tribunal Permanente de Arbitraje y otra a la Convención que establece la AMGI.

A) *Los Tribunales Arbitrales Mixtos*

Los tratados de Versalles (9 arts., 304-305), de Saint-Germain (art. 256), de Neuilly (art. 188) y de Lausana (art. 92) establecieron los denominados Tribunales Arbitrales Mixtos. Ante ellos tenían *ius standi* o acceso directo los particulares; no obstante, el Estado cuya nacionalidad ostentaban esos particulares, se hallaba representado ante el Tribunal Arbitral Mixto por un agente; éste defendía los intereses estatales (si los había en el caso) y en general supervisaba la conducta de los particulares.

Estos Tribunales, de los cuales se formaron más de 30 (128) estaban formados por tres árbitros; cada Estado elegía un nacional y el tercero y presidente era elegido de común acuerdo entre los ciudadanos de los Estados neutrales; si no había acuerdo, el tercero podía ser elegido por el Consejo de la Sociedad de las Naciones. El acuerdo de La Haya de 28 de abril de 1930, incrementaría el número de árbitros a cinco, tres de ellos nacionales de Estados neutrales.

Estos Tribunales carecían de jurisdicción respecto a los daños causados por actos de guerra durante la vigencia del estado de guerra. Tenían jurisdicción para asuntos entre particulares, ya se tratase de demandas presentadas antes de la guerra, bloqueadas durante ésta, ya de demandas originadas en deudas contraídas durante la guerra; ejercían jurisdicción sobre reclamaciones presentadas por particulares contra los Estados vencidos por «medidas excepcionales

(127) Sigo mi ponencia titulada «Arbitraje entre Estados y particulares y Derecho Internacional Público», presentada en las XII Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales celebradas en Zaragoza en 1988 (ver F.M. MARIÑO MENENDEZ (ed.), *El arbitraje internacional*, Zaragoza 1989, pp. 63 y ss.).

(128) J. TEYSSAIRE y P. DE SOLERE, *Lex Tribunaux Arbitraux Mixtes*, París 1931. Ver asimismo G. BLUNDORN, «Le fonctionnement et la jurisprudence des Tribunaux Arbitraux Mixtes créés par les traités de Paris», *RCADI* 1932-III, pp. 141 y ss.

de guerra», adoptadas por éstos que no privaban a los particulares de la propiedad de sus bienes sino de la libre disposición (bloqueo, secuestro o administración forzosa); podían también sustanciar las reclamaciones de particulares contra los nuevos Estados por medidas postbélicas de éstos.

En un balance general puede afirmarse que estos Tribunales resolvieron un elevado número de casos, cerca de 100.000, según Ch. ROUSSEAU (129). En ocasiones actuaron con bastante lentitud, sobre todo como consecuencia de las actitudes de los Estados defensores, que se valieron de cuantos medios dilatorios dispusieron.

Contra el habitual carácter inapelable de las sentencias arbitrales, las dictadas por los Tribunales Arbitrales Mixtos en los que participó Hungría, se convirtieron en apelables después del acuerdo de La Haya, de 28 de abril de 1930; en él se establecía la posibilidad de apelación ante el Tribunal Permanente de Justicia Internacional. Dicha posibilidad se materializó en dos casos, el de la Universidad Peter Pázmány (130) y el de Pájzs, Čský y Esterházy (131).

Los últimos Tribunales Arbitrales Mixtos se disolvieron en 1931 y 1932. No obstante, la experiencia había servido para el acuerdo de 1923 firmado entre Grecia, por un lado, y Francia, Gran Bretaña e Italia, por el otro, relativo a los daños sufridos por los nacionales de los últimos Estados, exceptuados los daños de guerra. Ese acuerdo dio lugar a la creación de un Tribunal Arbitral Mixto franco-griego y otro anglo-griego, presentando ambos un rasgo original: un árbitro era designado por Grecia, otro por el particular reclamante y el tercero de común acuerdo entre ambos. El particular jugaba pues, un papel trascendente: era parte en el sentido procesal del término y además participaba en la designación de dos de los tres árbitros (132).

B) *Referencia al Tribunal Permanente de Arbitraje*

Al menos desde la década de los cincuenta algunas iniciativas tienden a poner de manifiesto que el Tribunal Permanente de Arbitraje debería ser renovado y acoger arbitrajes entre Estados y particulares. Pero no hay que olvidar que los convenios de La Haya de 1899 y 1907 se dirigen al arreglo de diferencias entre Estados.

El artículo 47 del segundo de los convenios citados, parece dejar abierta una vía a las diferencias entre Estados y particulares: el primer párrafo autoriza

(129) *Droit International Public*, tomo V, París 1983, p. 383. Se publicó un *Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes*, 10 vols., París 1922-1930.

(130) Sentencia de 15-XII-1932, TPJI Série A/B n.º 61. Sobre el problema de la apelación en ese tratado ver S. RUNDSTEIN, «La Cou Permanente de Justice Internationale comme instance de recours», *RCADI* 1933-I, pp. 31 y ss.

(131) Sentencia de 16-XII-1936, TPJI Série A/B n.º 68.

(132) G. GUYOMAR, «L'arbitrage concernant les rapports entre Etats et particuliers», *AFDI* 1959, p. 353.

a la Secretaría del TPA a poner sus locales y su organización a disposición de las partes contratantes «para el funcionamiento de cualquier jurisdicción especial de arbitraje»; esta norma no especifica que ese arbitraje deba ser necesariamente entre Estados.

Esa posibilidad del artículo 47 ha servido al menos para el caso surgido entre China y la Radio Corporation of America, decidido en 1935 (133). El Secretario General del TPA recordaba esa posibilidad en su Circular de 3 de marzo de 1960 (134).

El mismo Secretario General elaboraba en febrero de 1962 un Reglamento de Arbitraje y de Conciliación para los Conflictos Internacionales entre dos partes, solamente una de las cuales es un Estado, sin que ello supusiera una modificación de los convenios de 1899 y 1907. Se trata de un Reglamento poco utilizado.

C) *La resonancia de los arbitrajes petroleros*

Al hablar del arbitraje entre Estados y particulares casi siempre se recuerdan los que podemos denominar como arbitrajes petroleros, por la actividad a la que se dedicaban las empresas afectadas. Se trata de una serie de sentencias arbitrales que cubren desde los años cincuenta hasta la década actual y que han obtenido gran resonancia.

Pueden recordarse, en primer término, los casos decididos en los años cincuenta, localizados todos ellos en la zona de la Península Arábiga. En 1950 un Tribunal Arbitral sentenciaba el caso Petroleum Development (Qatar) Ltd./Soberano de Qatar (135); en 1951 se decidía el caso Petroleum Development Ltd./Jequé de Abu Dhabi (136), mientras en 1953 se decide el asunto Soberano de Qatar/International Marine Oil Company Ltd. (137). Sin duda el caso más conocido de la década será el caso ARAMCO, al que ya he hecho referencia.

La década siguiente verá surgir el caso Sapphire, al que así mismo me referí, caso decidido en 1963. En esa misma década puede recordarse algún caso surgido en las relaciones franco-argelinas conectado a la independencia, como el caso Trapal (138).

La década de los setenta está marcada por los arbitrajes libios, o sea por los casos British Petroleum, LIAMCO y Texaco, suficientemente conocidos; también destaca el caso AGIP/República Popular del Congo, al que también

(133) Texto de sentencia en *Recueil des Sentences Arbitrales*, tomo III, pp. 1.623 y ss.

(134) El texto de la Circular puede verse en *AJIL* 1960, pp. 933 y ss.

(135) *ILR* vol. 18, pp. 161 y ss.

(136) *ILR* vol. 18, pp. 144 y ss.

(137) *ILR* vol. 20, pp. 534 y ss.

(138) Ch. VIGNES, «L'accord franco-algérien du 26 Juin 1963 en matière d'arbitrage pétrolier pour le respect des droits acquis au Sahara», *AFDI* 1964, pp. 391 y ss.

he hecho referencia. Puede recordarse asimismo el caso Baruch-Foster, decidido en 1974 (139).

Los arbitrajes petroleros han continuado en la presente década. Al conocido caso Aminoil ha de unirse el caso ELF Aquitaine Irán/National Iranian Oil Company (140), decidido en 1982. En 1987 se sometían al arbitraje, en el marco del CIADI, los casos Mobil Oil/Nueva Zelanda y Occidental Petroleum/Pakistán (141).

Si en general en los arbitrajes entre Estados y particulares surgen problemas de relaciones económicas internacionales, en los arbitrajes petroleros esos problemas se ven adicionalmente agravados por tratarse de un recurso natural. En estos arbitrajes aparece la cuestión de la soberanía permanente de los pueblos sobre sus riquezas y recursos naturales; inciden pues, en materias que constituyen el núcleo o corazón del Nuevo Orden Económico Internacional.

D) *El Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*

Como ya he señalado, la Convención de Washington de 1965 creaba el CIADI. El texto convencional entraba en vigor el 14 de octubre de 1966 y en 1989 eran partes en él 91 Estados, entre ellos tres socialistas (Hungría, Rumanía y Yugoslavia) y cuatro latinoamericanos (Ecuador, El Salvador, Honduras y Paraguay) (142).

El establecimiento del sistema CIADI se debe al intento de superar las dificultades que se presentan a las inversiones privadas. Por ello el artículo 2 de la Convención define el objeto del CIADI, afirmando que «es el ofrecer medios de conciliación y de arbitraje para arreglar las diferencias relativas a inversiones que opongan Estados contratantes a nacionales de otros Estados contratantes». La Convención recoge, por eso, la posibilidad de arbitraje y la de conciliación; por ello (según los arts. 3, 14 y 40) el Centro mantiene una lista de árbitros y otra de conciliadores (143).

El sistema CIADI se basa en tres principios: el del consentimiento de las partes, la especialidad por la materia (inversiones) y la internacionalización del

(139) Cit. por J.F. LALIVE, *op. cit.*, pp. 73 y ss.; curiosamente la sentencia condenó a la Compañía a pagar 700.000 dólares estadounidenses a Etiopía.

(140) *Revue de l'Arbitrage* 1984, pp. 397 y ss. (nota de Ph. FOUCARD).

(141) Ver la crónica del CIADI de E. GAILLARD, *Clunet* 1988, pp. 165 y ss.

(142) Ver la crónica del CIADI de E. GAILLARD, *Clunet* 1990, pp. 191 y ss.

(143) P. BERNARDINI, *L'arbitrato internazionale*, Milán 1987, p. 156. La bibliografía sobre la Convención puede verse en BERNARDINI y en G. SACERDOTI «La Convenzione di Washington del 1965: Bilancio di un ventennio dell'ICSID», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* 1987, pp. 13 y ss. Además de la bibliografía citada en este Curso, puede verse W.M. TUPMAN, *Case Studies in the Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, ICLQ 1986, pp. 813 y ss. y B. VITANY, «Quelques réflexions sur la Convention pour le règlement des diffé-

mecanismo (144). La internacionalización se explica en una doble dirección: origen convencional del sistema y no sumisión a los tribunales estatales, como se desprende del artículo 26 de la Convención.

Dentro de estas coordenadas (y teniendo presente que el asunto debe enfrentar a un Estado parte en la Convención y a un particular que sea nacional de otro Estado parte en dicho texto) sobresale asimismo el tema del derecho aplicable al fondo del asunto. Como he advertido antes, puede ser (entre otros elementos jurídicos) el Derecho Internacional Público.

Este sistema se ha visto potenciado por el denominado Mecanismo Complementario, creado por el Consejo de Administración del Centro el 27 de septiembre de 1978; este mecanismo se estructura en unas normas sobre facilidades adicionales. Se establece asimismo la posibilidad del arbitraje y la conciliación pero con una diferencia básica: el Mecanismo Complementario se aplica a diferencias extraconvencionales por la materia (no referentes, pues, a inversiones) y a casos relativos a inversiones si el Estado implicado en el caso o el Estado del que es nacional el particular no son partes en la Convención de 1965. Además el Mecanismo Complementario incluye un procedimiento de investigación o constatación de los hechos. En la aplicación de este mecanismo juega un rol de primera magnitud el Secretario General del CIADI, pues según el artículo 4 de esas normas, él dispone del poder de decidir si permite o no el acceso a este mecanismo (145).

El procedimiento de reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el marco del CIADI (exceptuando ahora los problemas derivados de la inmunidad de ejecución del Estado, antes abordados) es extremadamente simple:

— El artículo 54, 1.º, afirma que cada Estado parte en la Convención «reconoce toda sentencia dictada en el marco de la presente Convención como obligatoria y asegura la ejecución en su territorio de las obligaciones pecuniarias que la sentencia imponga como si se tratase de una sentencia definitiva de un tribunal que actúa en el territorio de dicho Estado».

— Según el artículo 54, 2.º, para obtener el reconocimiento y la ejecución de estas sentencias, la parte interesada debe presentar una copia certificada de las mismas con el «conforme» del Secretario General del CIADI al tribunal na-

rends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats», en *Essays W. ABENDROTH*, Frankfurt 1982, pp. 193 y ss.

(144) Ver Ph. OUKRAT, «La pratique du CIRDI», *Droit et Pratique du Commerce International* 1987, pp. 275 y ss.

(145) A. SINAGRA, *L'arbitrato commerciale internazionale nel sistema CIRDI e i suoi recenti sviluppi*, Padua 1984; A. BROCHES, «The "Additional Facility" of the International Centre for Settlement of Investment Disputes», *Yearbook on Commercial Arbitration* 1979, pp. 373 y ss.; H. GOLSONG, «Dispute settlement in recently bilateral investment treaties-The reference to the ICSID Additional Facility», en *Essays W. RIPHAGEN*, Dordrecht 1986, pp. 35 y ss. y P. RAMBAUD, «Note sur l'extension du "système CIRDI"», *AFDI* 1983, pp. 290 y ss.

cional competente o a cualquier autoridad que el Estado haya designado al efecto.

Las sentencias dictadas en el Mecanismo Complementario no gozan de este reconocimiento y ejecución privilegiadas. Se someten, por el contrario, a los procedimientos internos propios de cada Estado.

Otro de los aspectos interesantes del sistema CIADI es la posibilidad de que se solicite la interpretación y la revisión de las sentencias (arts. 50 y 51). Además existe una puerta abierta hacia *la anulación de las sentencias arbitrales*; el artículo 52 observa que es posible esta anulación cuando haya vicio en la constitución del órgano arbitral, exceso manifiesto de poder de éste, corrupción de uno de los árbitros, violación grave de una norma fundamental del procedimiento y ausencia de motivación de la sentencia (146).

Si se produce una petición de anulación, el Presidente del Consejo de Administración del CIADI, nombrará un Comité Ad Hoc formado por tres miembros, que estudiará el asunto; si el Comité pronuncia una declaración de nulidad, las partes deberán elegir un nuevo tribunal arbitral. Parece, por tanto, no tratarse de una instancia de apelación sino de un control *a posteriori*, limitado en general a los tres meses siguientes al instante en el que se dicta la sentencia. Control —es preciso recordarlo— efectuado por el citado Comité Ad Hoc *cuyos miembros no son elegidos por las partes en la diferencia* (147).

Esta posibilidad ha pasado la fase teórica en algunos casos; dicha nulidad ha sido pronunciada en los casos AMCO Asia/Indonesia y Klockner/Camerún; respecto al caso Klockner, esa anulación ha sido solicitada en dos ocasiones; también ha sido solicitada en el caso MINE/Guinea (148). A pesar de todo ello la utilización profusa y sin causa real de este mecanismo de anulación podría constituir un grave peligro para el sistema CIADI, por encarecer el arbitraje y porque éste pierde su ductilidad, pues las partes no designan los miembros del Comité Ad Hoc.

E) *El Tribunal Irano-Estadounidense de Reclamaciones*

El 19 de enero de 1981 se adoptaban los denominados «acuerdos de Argel», que ponían fin a la situación de los 52 rehenes norteamericanos en Tehe-

(146) Sobre la materia ver F. LATTANZI, «Convenzione di Washington sulle controversie relative ad investimenti e invalidità delle sentenze arbitrali», *Rivista di Diritto Internazionale* 1987, pp. 521 y ss.; Th. DE BERRANGER, «L'article 52 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 et les premiers enseignements de sa pratique», *Revue de l'Arbitrage* 1988, pp. 93 y ss.; B. PIRRWITZ «Annulment of Arbitral Awards under Article 52 of the Washington Convention on the Settlement of investment Disputes between State and Nationals of other States», *Texas International Law Review* 1988, pp. 73 y ss. y P. RAMBAUD, *De la compétence du Tribunal C.I.R.D.I. saisi après une décision d'annulation*, *AFDI* 1988, pp. 209 y ss.

(147) M. FELDMAN, «The Annulment Proceedings and the Finality of ICSID Arbitral Awards», *ICSID Review-Foreign Investment Law Review* 1987, pp. 85 y ss.; Ph. KHAN, «Le contrôle des sentences arbitrales rendues par un tribunal CIRDI en» *SFDI, La jurisdiction internationale permanente*, París 1987, pp. 363 y ss.

(148) Ver la *Chronique de E. GAILLARD*, *Clunet* 1989, pp. 141-142.

rán. Al día siguiente eran liberados esos rehenes. En la realidad los acuerdos de Argel nacen como consecuencia de «compromisos formales de adhesión por parte de los Estados Unidos y de Irán a dos declaraciones efectuadas por el gobierno argelino», como escribe B. STERN (149). Desde un punto de vista material los acuerdos se estructuran en cuatro instrumentos: una Declaración del Gobierno de la República Popular y Democrática de Argelia (o Declaración General), un Acuerdo entre Estados Unidos e Irán referente a esa Declaración General, otra Declaración del Gobierno argelino relativa al arreglo de diferencias entre el Gobierno de los Estados Unidos y el Gobierno de la República Islámica de Irán y, finalmente, un Acuerdo Adjunto, en él participan el Federal Reserve Bank de Nueva York, el Banco Markazi Irán, el Banco Central de Argelia y el Gobierno de los Estados Unidos (149 bis).

La Declaración relativa al arreglo de diferencias crea en su artículo 2, un Tribunal Arbitral Internacional, según su tenor literal: el Tribunal Irano-Estadounidense de Reclamaciones, formado por nueve miembros o por un número superior siempre que sea múltiplo de tres. Cada Estado elige tres árbitros y los seis así elegidos eligen a su vez a los tres restantes. El Tribunal puede funcionar en pleno o en salas; esta segunda opción reproduce la composición tripartita: habrá un árbitro iraní, otro norteamericano y un tercero de nacionalidad distinta a ambas.

El Tribunal, que debe decidir alrededor de 4.000 asuntos (150), es competente para decidir en las hipótesis contempladas en el artículo 2 de la Declaración relativa al arreglo de diferencias, que son las tres siguientes:

— Puede decidir sobre reclamaciones presentadas por nacionales estadounidenses contra Irán o nacionales iraníes contra los Estados Unidos que tengan su origen en deudas, contratos, expropiaciones u otras medidas relativas al derecho de propiedad.

— Conoce asimismo de reclamaciones presentadas por uno de los dos Estados partes en los acuerdos de Argel que se originen en compromisos contractuales de compra y venta de bienes y servicios.

(149) «A propos d'une décision du Tribunal des Différends Irano-Américains», *AFDI* 1982, p. 426. Sobre esta materia ver también B. AUDIT, *Le Tribunal des Différends Irano-Américains (1981-1984)* Clunet 1985, pp. 79 y ss., y R.B. LILICH (ed.), *The Iran-United States Claims Decisions Tribunal 1981-1983* (7.º coloquio de SOKOL) Charlottesville 1984.

(149 bis) El texto de los acuerdos de Argel puede verse en *AJIL* 1981 pp. 418 y ss.; B. AUDIT estudió su contenido *Les «Accords» d'Alger du 19 janvier 1981 tendant au règlement des différends entre les Etats-Unis et l'Iran*, Clunet 1981, pp. 713 y ss.

(150) La estimación la aporta Ch. GRAY (*Judicial remedies in International Law*, Oxford 1987, p. 181). S.H. AMIN había hablado de más de 6.000 casos (*Iran-United States Claims Settlement*, ICLQ 1983, p. 750). Sobre la naturaleza de este Tribunal puede consultarse D.D. CARON, *The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Solution*, *AJIL* 1990, pp. 104 y ss.

—Conoce, finalmente, de reclamaciones relativas a la interpretación y a la aplicación de los acuerdos de Argel.

De estos miles de reclamaciones la mayoría son demandas de particulares. Estos tienen abierto el acceso al Tribunal Irano-Estadounidense, como se desprende de la Declaración relativa al arreglo de diferencias; pero las demandas de los particulares tienen un doble régimen, según sea su cuantía:

a) Las reclamaciones por cuantía superior a 250.000 dólares estadounidenses son presentadas al Tribunal por el implicado de forma directa.

b) Las reclamaciones por cuantía inferior a la indicada son presentadas por el gobierno del Estado cuya nacionalidad ostenta el particular, o sea por los Estados Unidos o por Irán, según los casos. Aun cuando en esta segunda hipótesis el asunto se interstataliza en alguna medida, ello no supone que se produzca ejercicio de la protección diplomática. Por eso el mismo Tribunal, en su sentencia de 6 de abril de 1984, dictada en el asunto de *reclamaciones de doble nacionalidad*, dice que «en estos casos son los derechos del reclamante, no los de su nación, los que deben ser determinados por el Tribunal... El objeto y el fin de las Declaraciones de Argel es resolver una crisis en las relaciones entre Irán y los Estados Unidos, no extender la protección diplomática en su sentido normal» (151).

Dejando ahora otras cuestiones, sin duda importantes (152), habrá que recordar que el Tribunal dispone de una gran libertad de acción a la hora de fijar el derecho aplicable al fondo de los asuntos. En efecto el artículo 5.º, de la Declaración relativa al arreglo de diferencias, dice que: «el Tribunal debe decidir todos los casos sobre la base del respeto del derecho, aplicando aquellas normas del conflicto de leyes y los principios del derecho comercial e internacional que el Tribunal considere aplicables, teniendo en cuenta los pertinentes usos del comercio, las previsiones contractuales y el cambio de circunstancias».

La libertad del Tribunal (a la hora de fijar el derecho aplicable al contenido del contrato) queda patente en su misma jurisprudencia; en la sentencia de 27 de diciembre de 1983, dictada en el caso *CMI International, Inc./Irán*, se dice:

«Es difícil pensar en una previsión de elección de normas que conceda al Tribunal tan gran libertad para determinar caso a caso el derecho aplicable como ésta. Esta libertad es conforme con, y acaso esencial, a la finalidad de las tareas asignadas al Tribunal, pues incluye no sólo reclamaciones de naturaleza comercial como la presente en este caso, sino también reclamaciones que afectan a presuntas expropiaciones o a otros actos públicos,

(151) *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. V, 1984-I, p. 261. Ver asimismo la declaración (no es una opinión concurrente ni disidente) de los miembros iraníes del Tribunal, especialmente crítica con la sentencia.

(152) Respecto al procedimiento se aplica el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las NU para el Derecho Mercantil Internacional.

reclamaciones entre los dos gobiernos, ciertas reclamaciones entre instituciones bancarias y aspectos de interpretación y aplicación de las Declaraciones de Argel. Por eso el Tribunal debe realizar frecuentemente de modo necesario la interpretación y la aplicación de los tratados, del Derecho Internacional consuetudinario, de los principios generales del derecho y del derecho nacional, "teniendo en cuenta los pertinentes usos del comercio, las previsiones contractuales y el cambio de circunstancias"» (153).

Como destaca J.R. CROOK, el Tribunal Irano-Estadounidense atribuye *un rol central al contrato*; por eso en ocasiones sus decisiones se basan, sobre todo o exclusivamente, en los términos del contrato «sin referencia sustancial a ningún sistema jurídico» (154). A pesar de ello la jurisprudencia de este Tribunal ha supuesto importantes aportaciones en cuestiones como la compensación por expropiación, la expulsión ilegal de extranjeros, la doble nacionalidad en las reclamaciones ante órganos arbitrales, etc.

F) *La Convención creadora de la AMGI y las diferencias en las que sean partes los inversores*

Dejando ahora algún supuesto más específico en el que se prevé el arbitraje entre empresas y Estados (155), recordaré que la Convención creadora de la Agencia Multilateral de Garantía de las Inversiones establece su sistema de arreglo de diferencias, recogido en su capítulo IX. Según el artículo 56 las diferencias relativas a la interpretación y a la aplicación del texto convencional, en las que se enfrenten un Estado miembro y la Agencia o dos Estados miembros entre sí, serán decididas por el Consejo de Administración de la AMGI; también se prevé que los Estados puedan llevar el caso, para arreglo definitivo, al Consejo de Gobernadores, «que decide sin apelación», como afirma el texto. Las diferencias entre un Estado miembro (o un Estado ex miembro) y la Agencia, distintas de las anteriores, pueden hallar su arreglo por los medios recogidos en el Anejo II, o sea por negociación, conciliación o arbitraje.

Desde luego existen diferencias en las que pueden ser partes los inversores. Estas, a su vez, pueden enfrentar a los inversores con la Agencia o a aquéllos con el Estado receptor de la inversión. De acuerdo con el artículo 58 del texto convencional, estas diferencias se someten a arbitraje.

Normalmente los contratos de seguros, firmados entre los inversores y la Agencia, incluirán una cláusula arbitral. Parece que en ellos deberá haber también una cláusula que indique cuál será el procedimiento aplicable al arbitraje

(153) *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 4, 1983-III, pp. 267-268.

(154) «Applicable Law in International Arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal Experience», *AJIL* 1989, p. 288. Se trata de un estudio de gran interés.

(155) Como el del arbitraje en los acuerdos franco-británicos relativos a una conexión fija bajo el Canal de La Mancha (ver una referencia en mi ponencia antes cit., pp. 82-84).

en su caso, salvo que las partes dejen para el futuro la concreción de este aspecto. Además debería existir una cláusula declarando el derecho aplicable al fondo de la diferencia, salvo que las partes dejen asimismo ese aspecto para ser fijado en el futuro o (tercera posibilidad) acuerden que sea el órgano arbitral el que concrete el derecho aplicable al contenido. Como puede verse, todo depende de las previsiones contractuales.

Las diferencias que surjan entre el inversor y el Estado receptor pueden llevarse al sistema CIADI; si no se cumple alguno de los requisitos del sistema (por ejemplo, el Estado receptor no es parte en él), puede acudir al Mecanismo Complementario o a cualquier otro que las partes acuerden. En general puede decirse que los sistemas CIADI y AMGI son complementarios. De todos modos las previsiones contractuales en esta materia adquieren también el mayor interés.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

En el Derecho Internacional actual el estudio de los contratos entre Estados y empresas extranjeras puede servir de test para comprobar la evolución del Nuevo Orden Económico Internacional. El contenido real de éste se deduce con mayor exactitud de la práctica convencional y contractual que de las importantes Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, a las que me he referido.

Siendo de gran trascendencia, la problemática de los contratos de Estado es mucho más amplia y rica que la del NOEI. El estudio de estos contratos brinda la oportunidad para profundizar en el derecho aplicable a su contenido y en el valor de las cláusulas de estabilización. Junto a todo ello es preciso poner de relieve que la responsabilidad internacional del Estado contratante no halla su origen actualmente en la violación del contrato sino en la realización de actos conexos con el contrato que supongan la violación del contrato y de normas internacionales; la simple violación del contrato no acarrea, por tanto, responsabilidad internacional del Estado.

El estudio de los contratos entre Estados y empresas extranjeras ha de realizarse en relación con las actividades y la evolución de algunas Organizaciones Internacionales. El Banco Mundial o Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo es una de las claves de ese estudio; el Banco crea en 1965 el Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones y creará, veinte años después, la Agencia Multilateral de Garantía de las Inversiones. La filosofía del Banco, del Centro y de la Agencia es la liberal; el fin último de estas instituciones internacionales es el incremento de las inversiones privadas en los Estados en desarrollo.

El ordenamiento internacional reconoce de manera inequívoca el derecho de todo Estado a delinear su sistema económico-social como lo considere conveniente; también reconoce con claridad el derecho de cualquier Estado a na-

cionalizar y expropiar bienes de extranjeros. Desde luego la nacionalización deberá ir seguida de la correspondiente compensación, que se califica como adecuada; cómo se logre la adecuación de la compensación constituye un problema de difícil solución. La jurisprudencia arbitral más reciente nos ofrece algunas sugerencias (que no van en una dirección única) para solucionar este problema.

El arreglo de las diferencias que surjan entre las empresas extranjeras y los Estados contratantes suele centrarse en el arbitraje, aun cuando se prevea a veces la negociación y la conciliación como medios auxiliares del arbitraje. El desarrollo de este tipo de arbitraje ha sido espectacular: la existencia de los Tribunales Arbitrales Mixtos después de la I Guerra Mundial, de los arbitrajes petroleros, del CIADI y del Tribunal Irano-Estadounidense de Reclamaciones, así lo demuestran suficientemente.

La «deslocalización» de los contratos de Estado se alcanza, por tanto, a través de dos caminos: el primero es el de declarar aplicables al contenido de esos contratos varios elementos jurídicos (el derecho interno del Estado contratante, los principios generales del derecho, el Derecho Internacional Público, etc.); el segundo camino es el de la inserción de una cláusula arbitral, en virtud de la cual las diferencias se someten a arbitraje y no a los tribunales internos del Estado contratante.

De lo anterior se deduce que el Derecho Internacional Público actual tiene una gran importancia para estos contratos. Pero es necesario no extrapolar esos términos, porque el actual ordenamiento internacional carece de una rama específica dedicada a los contratos de Estado. En otras palabras: si por «Derecho Internacional de los contratos» se entiende un conjunto de normas desarrolladas que rigen todo el ciclo de estos contratos, no existe hoy ese «Derecho Internacional de los contratos». Un análisis realista permite deducir que nuestro ordenamiento contribuye a regular estos contratos pero no es el único elemento jurídico que los regula.

La importancia actual del ordenamiento internacional en la materia estudiada ha de conectarse con la evolución de las normas fijadas convencionalmente. Las Convenciones creadoras del CIADI y de la AMGI y los abundantes tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones así lo demuestran. Si bien no existe hoy por hoy un «Derecho Internacional de los contratos» no es menos cierto que éstos se hallan cada día más internacionalizados, o sea más ligados al Derecho Internacional Público.

