

ENEMIGOS INTIMOS

EL ARBITRAJE Y LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Alfredo Bullard G. (*)

1. Introducción

El arbitraje comercial y el Derecho Administrativo han sido tradicionalmente vistos como ocupantes de las antípodas uno respecto del otro, a nivel tal que se les ha llegado a considerar enemigos. Parecieron por décadas instituciones imposibles de juntar. Pero hoy las cosas están cambiando radicalmente.

El Derecho Administrativo es tradicionalmente percibido como la esencia del Derecho Público, como aquella parte del ordenamiento legal que se constituye, precisamente, en la máxima expresión de las facultades de un Estado para actuar sobre los individuos, incluso imponiéndole decisiones en contra de la voluntad de estos últimos. El Derecho Administrativo es entonces visto como el canal de realización del interés público, aquel que debe desplazar al interés privado cuando se encuentran uno con el otro.

Por su lado el arbitraje comercial ha sido considerado como un tema entre privados. Es más, es quizás la parte más privada del Derecho Privado, una diseñada y que opera en la práctica como un mecanismo de emancipación de los pactos individuales de pesadas reglas imperativas que en nombre del orden público limitan lo que las partes pueden hacer. Para nadie es un secreto que los árbitros suelen ser más flexibles que los jueces para liberar los pactos privados de normas que limitan la autonomía privada. Ya es una institución incómoda para otras ramas del Derecho como ocurre con el Derecho Procesal e incluso, en ocasiones, con el mismo Derecho Civil. De hecho, no hemos sido ajenos a la resistencia de los procesalistas a aceptar pacíficamente diversas expresiones de la libertad de regulación de las partes para resolver sus controversias vía arbitraje y a no pocos esfuerzos por demostrar que el Derecho Procesal es supletorio a las normas arbitrales y que como tal debe auspiciarlo y cuidar al arbitraje como el hermano mayor cuida al menor frente a su falta de experiencia.

Pero el arbitraje se ha resistido con decisión a que su naturaleza sea percibida como la de un apéndice del Derecho Procesal y, como veremos en presente trabajo, viene conduciéndonos precisamente al camino contrario, en el que los sistemas arbitrales comienzan a ser dominantes de los esquemas procesales tradicionales, llegando a que sean ahora los árbitros los que en más de una ocasión someten a los jueces.

(*)Quiero agradecer sinceramente a los Doctores Juan José Ruda y Fernando Cantuarias sus valiosos comentarios y aportes durante la elaboración del presente trabajo, sin escatimar compartir su tiempo y sus conocimientos. A Fernando Cantuarias le agradezco además, la generosidad de compartir el borrador de su nuevo libro sobre arbitraje, próximo a publicarse, y que me permitió acceder no solo a valiosa información sino a sus bien elaboradas y sustentadas opiniones, autorizando además el incluir en esta publicación un adelanto de las mismas. Deseo agradecer adicionalmente a Fernando de la Flor por su colaboración durante la investigación realizada para su elaboración.

En esas circunstancias el encuentro del arbitraje comercial con el Derecho Administrativo ha generado reacciones aún más radicales. ¿Cómo explicar que árbitros privados puedan resolver asuntos que atañen al interés público? ¿Puede el Estado renunciar a su inmunidad soberana y aceptar que las controversias derivadas de los contratos administrativos que celebra, y que afectan el uso de recursos públicos, sea decidido por un tribunal arbitral privado, sustrayendo el tema del conocimiento de las Cortes Ordinarias? ¿Cómo explicar el reforzamiento de la autonomía privada en una rama como el Derecho Administrativo que ha basado su existencia en la exigencia de un trato favorable y privilegiado al contratante estatal? Pero aún más. ¿Cómo explicar que decisiones propias de las funciones exclusivas del Estado, de actos estatales por definición, como las potestades tributarias, regulatorias o cambiarias, puedan quedar sujetas a la revisión de un Tribunal arbitral que pueda calificar una decisión estatal, dada dentro de las facultades que la Constitución y las leyes del país han definido, como ilegítima?

El encuentro aparece entonces como uno “*contra natura*” en el que las cosas son puestas al revés y la soberanía del Estado y sus potestades públicas, quedan sometidas a un sistema privado de solución de controversias. Entramos así a un mundo en el que lo público queda sometido a lo privado, uno donde la soberanía privada somete a la soberanía pública, con todo lo que ello pueda significar.

Entonces se alzan voces que reclaman regresar las cosas a su sitio, devolverle al Estado la soberanía perdida y regresar a ámbitos en los que lo público quede sometido a lo público... y lo privado también.

Las reacciones se han exacerbado conforme se ha “contractualizado” más el Derecho Administrativo. Y el Estado no se ha limitado a participar en contratos como un simple vendedor o comprador de bienes y servicios, en los que, sin perjuicio de sus facultades públicas, entra a contratar, con privilegios y asimetrías, con los particulares. Desde la construcción de obras (públicas o no), adquisición de bienes y contratación de servicios y venta de bienes y servicios por entidades y empresas públicas, el Estado se ha vinculado contractualmente con empresas e individuos. Esto se hizo mucho más común con la ampliación de la participación del Estado en la economía, lo que forzó a un mayor volumen de contratación pública como lógica consecuencia de la “estatización” de la economía misma.

Pero luego el Estado se animó a contratar sobre aspectos que usualmente hubiéramos considerado “soberanos” y por tanto “no negociables”. Por ejemplo, comenzó a conceder seguridades a la inversión, sea por medio de contratos de estabilidad o garantía, o mediante contratos de concesión, muy comunes, pero no exclusivos, de la prestación de los servicios públicos, en los que se contractualizaban reglas vinculadas a aspectos regulatorios (contratos que suelen contener regímenes tarifarios, regímenes de calidad de servicio o compromisos de inversión, etc.), regímenes cambiarios y de remesa de divisas, e incluso reglas tributarias.

La consecuencia natural de la contractualización de estos aspectos es su “arbitrarización”. Así, si el Estado puede contratar sobre estos aspectos, ¿Qué lo excluiría de someterlos a arbitraje? Y entonces se abre la puerta del arbitraje comercial a lo más “íntimo” de la

actividad pública. La “privacidad” de lo público es entonces violentada por la mirada fisgona del arbitraje privado. Lo que antes estaba reservado a la mirada pudorosa de los funcionarios del Estado, únicos autorizados a decidir sobre la cosa pública, aparece desnudo frente a árbitros que, sin tener la categoría de funcionarios, deciden el destino de esa cosa pública. Y por tanto los funcionarios públicos, y de paso más de un administrativista, se sienten “vejados”.

Finalmente ni siquiera la “contractualización” marca el último límite. Han aparecido una serie de tratados internacionales que han ido incluso más allá de lo imaginable para un fanático del arbitraje. Estos tratados nos traen el “arbitraje sin convenio” (“*arbitration without privity*”) en el que el Estado queda sujeto a un sistema arbitral sin firmar cláusula arbitral con el inversionista que lo solicita, simplemente porque un tratado le abre esa puerta. El caso más conocido es el del sistema CIADI que permite, a través de los llamados Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante BITs), que un inversionista que se sienta afectado por un acto del Estado reclame arbitralmente la responsabilidad que corresponde. Así habrá contratos administrativos, incluso contratos de concesión, cuyas controversias serán arbitrables, a pesar de que dichos contratos carezcan de cláusula arbitral. O más aún, se arbitrará con el Estado a pesar que no exista ni siquiera un contrato.

Las reacciones en contra, como anotábamos, no se han hecho esperar, y tienen los signos más diversos. Sin embargo, la mayoría (sino todas las críticas) parten de una serie de premisas que vamos a analizar en el presente trabajo. Estas son:

- Los sistemas de solución de controversias son, por definición públicos. Sólo por delegación del Estado es posible recurrir a un sistema privado. Ello porque la “jurisdicción natural” es siempre estatal. La solución privada de controversias es, por tanto, derivada, no originaria. Y el Estado sólo deriva su jurisdicción como excepción, no como regla. Por ello, delegar decisiones naturalmente públicas es antinatural.
- La soberanía del Estado le concede la facultad de hacerse inmune frente a la pretensión de sujetarse a un mecanismo de solución de controversias distinto a su propio sistema estatal nacional. Toda renuncia a ello es, por tanto, también antinatural.
- Sin perjuicio de la inmunidad soberana, la propia naturaleza del Estado convierte en los actos que constituyen la esencia de su ser, los llamados actos de *ius imperium*, en actos ajenos a cualquier sistema de solución de controversias distinto a la natural jurisdicción estatal propia. Así, incluso si el Estado no pudiera argumentar una inmunidad general, por lo menos debe aceptarse una protección a los actos de Estado como actos que puedan ser juzgados por otro Estado y menos aún por un sistema privado como el arbitraje.

Veremos cómo estas premisas son erradas, tanto desde el punto de vista práctico, como desde el punto de vista teórico. Esto significa que no son solo jurídicamente refutables, sino

que si no encontramos la forma de hacerlo, los Estados y, sobre todo sus ciudadanos, soportarán consecuencias negativas que todos queremos evitar. Por ello, la determinación de la arbitrabilidad de las controversias derivadas de contratos administrativos (y de actos estatales en general) no es solo un problema teórico, sino un problema práctico que requiere de soluciones que den seguridad a la inversión que nuestros países necesitan. Sin esa inversión, el crecimiento y el desarrollo se verán lastrados.

El espacio disponible impone una serie de límites al presente trabajo, el que no tendrá el detalle ni la profundidad que la complejidad y novedad del tema merecen.¹ Hemos decidido concentrarnos principalmente en la problemática del arbitraje internacional, por ser el que contiene los aspectos más interesantes y las evoluciones más innovadoras, en especial en los últimos años. Ello no impide hacer algunas referencias al arbitraje doméstico o trasladar muchas de las conclusiones a las que se arribe a este último tipo de arbitraje. Veremos que, curiosamente, los extranjeros tienen hoy un trato más favorable que los nacionales en relación al arbitraje, porque, por paradójico que suene, no han podido liberarse de muchos de los prejuicios de los que el arbitraje internacional ya liberó a los inversionistas extranjeros.

Así mismo, con algunas excepciones que han significado la inclusión de ejemplos, no haremos mayores referencias a las legislaciones y marcos legales nacionales. Sólo una reseña breve de la situación de cada país de la región merecería un libro completo. Por ello, vamos a abordar la problemática del arbitraje en los contratos administrativos desde una perspectiva más general. Sin embargo, el lector debe estar advertido que el traslado de las conclusiones a las que se llega en este trabajo deben ser “tropicalizadas” con la realidad legal de cada país.

Finalmente, incluso desde el punto de vista de los sistemas internacionales de arbitraje, nos hemos concentrado en la experiencia del CIADI, el que por su riqueza y particularidades merece un tratamiento más detallado, y que ilustra el asombroso camino que el arbitraje está tomando para ir convirtiéndose en una herramienta de reestructuración de un orden jurídico internacional, que lo lleva casi a convertirse en una suerte de sistema de cortes supranacionales, y que esta remeciendo las bases mismas del Derecho Administrativo.

2. El Problema Práctico Detrás de la Arbitrabilidad de los Contratos Administrativos: Los Límites Privados al Poder Público.

El Derecho Administrativo es justamente percibido como el mecanismo público de poner límites a la acción privada. Usualmente el principio de autonomía privada encuentra en lo administrativo “aguas espesas” para nadar. Ello en el entendido que el Derecho Público es la herramienta por la que el bien común es tutelado de los posibles excesos de los intereses particulares.

¹ Sin embargo, existe un libro actualmente en elaboración por parte del experto peruano en arbitraje, Fernando Cantuarias, quien tuvo la gentileza de cederme su borrador para usarlo como referencia del presente trabajo, y que tiene un tratamiento tremendamente detallado, sistemático y profundo sobre el tema del arbitraje en general. Sólo para dar una idea de la magnitud de su trabajo, el Capítulo referido al arbitraje entre el Estado y los particulares tiene más de 400 páginas. Dado que aún dicho trabajo no tiene título, se le citará como “Borrador Libro de Arbitraje” y las páginas corresponderán a las del borrador del Capítulo 7 referido al arbitraje del Estado.

Pero el Derecho Administrativo no es otra cosa que la cara legal del funcionamiento del sistema político. De la misma manera como los mercados producen bienes privados, la democracia produce bienes públicos. Las reglas de la contratación y propiedad privada, recogidas en el Derecho Civil y en el Derecho Comercial, son el paradigma del funcionamiento del sistema de producción de bienes privados. Mientras tanto el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, al definir las facultades del Estado y su relación con los particulares, articulan el sistema de producción de bienes públicos encargado a la democracia que sustenta al Estado mismo.

El problema principal surge en quién pone los límites entre lo que el Derecho Administrativo puede hacer y lo que las ramas del Derecho Privado pueden hacer. Usualmente entendemos que en caso de conflicto lo público prima sobre lo privado. Pero ello no es siempre cierto. Es cierto que cuando se toman decisiones en defensa del interés público es posible que el Derecho Público prime sobre lo privado. Entonces encontraremos que la propiedad privada debe ceder ante la facultad del Estado de expropiar un predio para la construcción de una obra de utilidad pública, o la libertad de contratación debe ceder ante la facultad de un ente regulador de fijar tarifas en una industria que constituye un monopolio natural.

Pero nótese que esos casos son excepcionales y requieren una serie de requisitos particulares que no solo aconsejan, sino que imponen límites a la acción estatal. Entonces aparecen reglas que protegen un conjunto de derechos individuales básicos, a los que normalmente el propio Derecho Constitucional le da la característica de “derechos fundamentales”. Usualmente el encuentro entre el Derecho Público y la expresión jurídica de estos derechos fundamentales (entre los que se incluyen justamente la propiedad y la libre contratación) se resuelve a favor del derecho individual.

En ese sentido, no es posible que esos derechos básicos puedan ser “derogados democráticamente”. Si la mayoría decidiera que tales derechos son incómodos porque, por ejemplo, no permiten combatir de manera efectiva al terrorismo, o afectan la gobernabilidad, o impiden la construcción de una obra pública, no aceptamos que tal derogación pueda ocurrir. Para evitarlo sujetamos a la democracia a un control jurídico de manera que las mayorías no puedan afectar los derechos individuales y encargamos su protección a un sistema más tecnocrático (o aristocrático según como se le mire), como el Poder Judicial o Tribunales Constitucionales. Si bien los Tribunales están sujetos a una serie de controles democráticos, lo cierto es que los sistemas de nombramiento y de remoción tratan justamente de aislar la designación de sus miembros de presiones “excesivamente democráticas” buscándose más técnicos en leyes que políticos para estas decisiones.

Al igual como ocurre con los derechos que permiten el funcionamiento de la democracia, los derechos que permiten el funcionamiento del mercado tampoco pueden ser “derogados democráticamente”. No es admisible que en un barrio los vecinos organicen una Asamblea para decidir si se confisca mi casa, la demuelen y la convierten en parque. Evidentemente todos (salvo yo mismo) votarán para dejarme sin casa, y apoyarán una confiscación. Bajo tal regla los incentivos de “confiscaciones democráticas” por parte de las mayorías no

tendrían límites. Ello explica el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales y la existencia de instancias que justamente evitan que estos derechos puedan ser “sustraídos” de sus titulares individuales por decisión mayoritaria (es decir, decisión Estatal legitimada por elección democrática). Para ello acudimos a las mismas “aristocracias” ya mencionadas, es decir, las Cortes Ordinarias o Tribunales Constitucionales, y en ocasiones órganos administrativos que justamente le ponen límites al propio Gobierno en su facultad de usar su representatividad democrática como herramienta de afectación de derechos. En pocas palabras, el poder democrático está sujeto a límites que evitan que aparezca una dictadura de las mayorías (que en realidad suelen ocultar la dictadura de minorías con capacidad de acceder o influir la decisión estatal).

Así, las Cortes y Tribunales buscan impermeabilizar las decisiones legales de presiones políticas a fin de tutelar los derechos individuales. Es por ello que son las Cortes y Tribunales los llamados a proteger derechos como la propiedad, la libertad de comercio o la libre contratación.

El problema que estamos reseñando se hace aún más complejo en aquellas áreas en las que el Estado interactúa contractualmente con los particulares. Cuando el Estado compra o vende o concede un servicio para que un particular lo explote, la tentación de usar su otra cara, la distinta a la de contratante, es decir, la dibujada con el pincel del *ius imperium*, se exagera y la experiencia histórica así lo demuestra. El Estado es el único contratante que puede cambiar las propias reglas que acordó con su primera cara usando su segunda cara. Concede y cuando consigue la inversión que requería puede intentar expropiar. Pacta una tarifa para un servicio pero luego usa a un regulador para reducirla o crear exigencias que no estaban en el contrato. Y los ejemplos para ilustrar este punto lamentablemente sobran.

Sin Cortes concientes y efectivas en el cumplimiento de su función las “tentaciones” de una democracia mal entendida toman fuerza. Los jueces son elegidos (al menos en teoría), antes que por su simpatía con una determinada posición política o por su capacidad para obtener votos del pueblo, por su conocimiento técnico y legal y por su integridad, y sus nombramientos suelen ser protegidos, por distintos mecanismos, de los excesos de la presión democrática. Rara vez son elegidos directamente por el pueblo y las Constituciones y regímenes legales les suelen pedir requisitos adicionales (edad, experiencia, pasar por concursos o entrevistas, etc.) a simplemente ser populares. No es deseable que los jueces respondan al poder político y de hecho apreciamos en ellos, como virtudes, su autonomía e independencia, que incluye su autonomía e independencia de lo que puedan querer las mayorías. Esto implica que deberían tener por rol evitar que el sistema, al ser víctima de las “olas” democráticas de moda, arrastre tras de sí el paquete de derechos básicos que el propio sistema necesita. Son las Cortes las llamadas a evitar que la democracia se convierta en una dictadura de las mayorías.

El rol de estos cuerpos “aristocráticos” es, además, el de poner límites y trazar la raya entre quién debe tomar las decisiones de producción de bienes públicos y quién la de bienes privados. Cuando las Cortes protegen el interés público, por ejemplo, de los excesos en la libertad de empresa, están en realidad impidiendo que el mercado produzca o afecte los bienes públicos. Por otra parte, los jueces se encargan de proteger la propiedad o el derecho

de contratación de los excesos regulatorios y velan porque la propiedad no pueda ser confiscada sin el pago de una compensación adecuada. Al hacerlo impiden que el sistema público determine la producción de bienes privados. Son ellos los que le ponen límites a la democracia.

La ley puede decir quién es propietario de qué, pero son las Cortes las que ponen los hitos que definen los límites de mi derecho en la práctica. En los países en los que tanto la democracia como el mercado funcionan razonablemente, tenemos Cortes que han establecido límites meridianamente claros entre lo público y lo privado, incluyendo la protección de lo privado de las presiones democráticas de tomarlo para el beneficio de lo común.

Estas “aristocracias” encargadas de velar por el balance entre la democracia y los derechos individuales, están lamentablemente muy desprestigiadas en el Tercer Mundo y, en particular, en Latinoamérica. La falta de Poderes Judiciales confiables convierte el balance entre democracia y derechos individuales en, paradójicamente, un desbalance. Los límites entre lo privado y lo público se vuelven tenues, o incluso inexistentes. Y un derecho individual comunal es un contrasentido. El resultado es una mala división entre el sistema de producción de bienes públicos y el de bienes privados, lo que genera, por un lado, desincentivos a la inversión y al desarrollo económico y, por el otro, la toma del poder por intereses económicos (mercantilismo y corrupción).

Una primera consecuencia (positiva) de esta incertidumbre ha sido la “contractualización de lo público”. Países hambrientos de inversión se han visto en la necesidad de generar la confianza que sus Cortes no pueden generar, asumiendo compromisos contractuales que involucran incluso sus facultades públicas. Es decir, han tenido que aceptar “privatizar lo público”.

El asunto tomó dimensiones inimaginables durante los procesos de privatización en Latinoamérica en los 80s y 90s. Esos procesos marcaron formalmente un cambio radical en la titularidad de los medios de producción que pasaron masivamente de manos estatales a manos privadas. Así, la privatización intentó colocar la producción de bienes privados en el mercado y sólo dejar en el Estado el sistema de producción de bienes públicos, aunque los resultados finales fueron bastante insatisfactorios para lograr este fin, pues en la mayoría de casos la privatización se quedó a medio camino.

Sin embargo, de nada sirve pasar una propiedad pública mal definida a una titularidad privada igualmente mal definida. El resultado es un sistema inconsistente e inseguro, que no es ni un buen sistema de producción de bienes privados ni un buen sistema de producción de bienes públicos. Privatizar sin límites entre lo privado y lo público no es privatizar en el verdadero sentido de la palabra.

En muchos países de Latinoamérica la debilidad de las Cortes no ponía a la vista de los potenciales inversionistas garantías de que sus derechos serían respetados. La sensación era especialmente peligrosa en áreas política y socialmente sensibles como los servicios públicos (telecomunicaciones, energía, agua y saneamiento y transporte), cuya privatización era urgente y necesaria, pero donde la tentación democrática de intervenir en

los derechos de los inversionistas es mucho mayor. Para nadie es un secreto que los políticos latinoamericanos, y en especial los congresistas, creen que su rol es determinar las tarifas de tales servicios de manera directa o regular por leyes aspectos técnicos sumamente especializados. Con ello, los derechos de los inversionistas quedaban sujetos a los vaivenes del interés de los políticos por aumentar su popularidad a cambio de tomar por asalto derechos individuales adquiridos de las empresas. Y no se percibía un Poder Judicial capaz de frenar los excesos que se puedan producir.

Esta circunstancia condujo a la creación de una serie de “sustitutos” a un Poder Judicial confiable. Dado que reformar al Poder Judicial parece tan difícil y toma tanto tiempo, las privatizaciones parecen no poder esperar. Había que crear mecanismos alternativos para generar confianza. Así, se renuncia o se difieren las reformas judiciales, y se pone énfasis en la creación de diversos mecanismos destinados a limitar las presiones del sistema político sobre los agentes económicos.

Estos “sustitutos” son usualmente calificados de “antidemocráticos” (o, lo que es lo mismo, “contrarios al interés público”) porque quienes velan por los límites no tienen origen ni control democrático o lo tienen muy tenue. Sin embargo, habría que preguntarse si justamente su mérito está en mantener autonomía de la presión democrática ¿Cuáles son estos sistemas?

Uno primero fue la creación de agencias administrativas para resolver temas económicos, sustituyendo en buena parte a las Cortes en la labor del día a día en ese tema. Estas agencias, centralmente agencias “antitrust” y reguladores sectoriales, cuentan con más recursos, mejor personal y mejor capacitación de la que cuentan las Cortes ordinarias, creando una curiosa paradoja en la que quienes controlan los actos de estas agencias (es decir, las Cortes) ganan menos y tienen menos recursos que aquellos a quienes controlan.

La razón de crear estas agencias es darle al inversionista la sensación que existe una “nueva aristocracia”, técnica y especializada, encargada de ponerle límites a la presión democrática de reducir los derechos de los individuos y de las empresas.² Y de hecho en muchos países estas agencias gozan de una percepción más positiva en términos de confiabilidad que aquella de la que gozan las Cortes ordinarias.

Lo curioso es que esta renuncia a mejorar el sistema judicial nos lleva a la absurda situación de colocar “al gato del dispensero”, es decir, a la autoridad política (estas agencias suelen ser parte del Poder Ejecutivo) como el controlador de los excesos de los políticos sobre la estructura de los mercados. Si bien los resultados en el corto plazo parecen alentadores, en el largo y mediano plazo estas agencias suelen sufrir presiones para ser capturadas tanto por los regulados (empresas) como por los políticos, con lo que la distinción entre lo público y lo privado termina por desvanecerse.

² Es importante anotar que es común en Latinoamérica que estas agencias no solo investigan los casos, sino que sustituyen al Poder Judicial y los resuelven directamente. Si bien sus decisiones son revisables en el fuero judicial, la verdad de la historia es que se crean diversos mecanismos para hacer difícil que estas decisiones sean revisables judicialmente.

Quizás el caso más claro de sustituto de un Poder Judicial confiable es la aparición de los llamados Convenios de Estabilidad, o Contratos Leyes que conceden a las empresas inmunidad frente a cambios legislativos o regulatorios. El Estado renuncia mediante estos mecanismos a cambiar la Ley. Así, de darse un cambio de la Ley en perjuicio de la empresa, dicho cambio no será oponible a quien cuenta con un convenio de estabilidad. Con ello se acepta que la democracia no puede cambiar las reglas de manera intempestiva, y afectar así a los particulares.

Durante los años 80s y 90s se desarrolló todo un complejo régimen legal en muchos países de la región que protegía estos contratos en los que las empresas garantizaban una inversión a cambio de que el gobierno les garantizara que las reglas de juego no cambiarían. Este sistema tiene fundamento, por ejemplo, en la propia Constitución Peruana, que establece en el segundo párrafo del artículo 62 que *“Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, (...)”*

Bajo tal sistema los inversionistas podrían celebrar convenios de estabilidad jurídica inmodificables por Ley, garantizando que no se modificaría el régimen tributario, la estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas y el derecho a la no discriminación entre inversionistas. De ser modificado alguno de estos regímenes, su cambio no afecta a la empresa que goza de convenio. Es interesante ver como el Estado, en aras de generar la estabilidad del sistema, renuncia, incluso, a ejercer su poder de modificar la Ley.

¿Es tal renuncia antidemocrática por el mero hecho de que el Estado está cerrando la puerta a que nuevas corrientes de opinión en los votantes puedan modificar los derechos adquiridos? De alguna manera se protegen los derechos individuales de la empresa convirtiendo el derecho a la no modificación de la Ley en un derecho individual, derivado de un contrato.

Pero estos sistemas desembocan finalmente en el tema que es objeto de este trabajo. De nada sirve el reconocimiento de un derecho si no hay mecanismos efectivos para hacerlo cumplir. No sirve decir que el Estado se comprometió contractualmente a algo si es que cuando acudimos a una Corte para exigir lo pactado esta desconoce el pacto o lo hace inefectivo. Y en temas de reconocimiento de las renunciaciones del Estado a cambiar las leyes, las Cortes domésticas suelen mostrarse escépticas.

Nótese la similitud de la situación con la que ha impulsado el desarrollo del arbitraje entre privados. Se suma la necesidad de exigir derechos con la desconfianza en las Cortes para hacerlo. El resultado fue someterse a Cortes pactadas por ambas partes. Y eso es exactamente lo que ocurrió con el Estado. Tuvo que ir al arbitraje para restituir la confianza que los Poderes Judiciales no les otorgaban. Como bien dicen Craig, Park y Paulsson refiriéndose en este caso al arbitraje internacional, pero en palabras que son perfectamente aplicables también al arbitraje nacional:

“El arbitraje comercial internacional es usualmente el único proceso adjudicatorio aceptable para ambas partes en los contratos con el Estado. El Estado buscará arbitraje para evadir la publicidad, o evitar someterse a

la Corte de un país extranjero que aparecería como una afrenta a su soberanía. La empresa multinacional puede temer que las Cortes del país anfitrión sean influenciadas indebidamente por su gobierno, o que sin una sumisión al arbitraje podría no haber certeza de la renuncia a la soberanía del Estado”³

Y el asunto toma dimensiones aún más dramáticas. Muchos países suscriben convenios o tratados internacionales de protección de inversiones que justamente protegen al inversionista contra modificaciones intempestivas e injustificadas del régimen legal interno aplicable, incluso sin que exista convenio arbitral entre el Estado y la empresa. Estos sistemas incluyen el sometimiento de controversias con el Estado a arbitraje internacional u otros sistemas de solución de controversias, que sacan de la esfera judicial nacional la diferenciación entre el sistema de producción de bienes privados y el sistema de producción de bienes públicos y lo trasladan a mecanismos internacionales fuera del control democrático de los ciudadanos del propio país.

Estos sistemas son mecanismos equivalentes a la creación de sistemas internacionales de protección de derechos humanos que, libres del control democrático en el país, protegen al país de su propia inmadurez para proteger ellos mismos estos derechos. Son justamente una respuesta a la debilidad que el sistema judicial tiene para fijar límites claros entre lo público y lo privado. Nos convertimos así en *free riders* de la confiabilidad de instituciones que no hemos desarrollado nosotros, como las cortes internacionales de derechos humanos.

Pero ¿Son estos mecanismos efectivamente antidemocráticos o contrarios al interés público?

Puede sostenerse que estos distintos mecanismos implican un menor control democrático de los sistemas de defensa de los derechos individuales en las relaciones con el Estado. Pero está en el centro del sistema que estos límites no respondan justamente a controles democráticos puros. De ser así, sólo duplicarían el problema de que la democracia se siente tentada a irse más allá de sus propios límites.

Pero se han convertido en formas efectivas de establecer límites privados al poder público que tiene de ejercerse de manera desmedida y arbitraria.

En todo caso, estos sistemas son simples sustitutos (quizás no los mejores) de la falta de estabilidad de reglas y de Cortes que pongan en vigencia la división entre el mercado y la democracia y los límites que los derechos individuales le imponen a la propia democracia. Sin duda, sería mejor tener sistemas jurídicamente estables y Tribunales que pongan límites claros. Pero como dice el dicho “a falta de pan, buenas son tortas”.

3. La Desestatización de la Justicia en las Relaciones entre los Particulares y el Estado.

³ W. Lawrence Craig, William W. Park y Jan Paulsson. *International Chamber of Commerce Arbitration*, Ocean Publication Inc, 3ra. Ed. p. 661 (traducción libre)

En nuestros países, a las sonoras privatizaciones que en los 80s y 90s ocuparon titulares en los periódicos, ha corrido en paralelo una privatización quizás más asombrosa e inesperada. No se ha dado en procesos de licitación o subasta pública en las que se ofrecían millones por anquilosadas empresas estatales o por la celebración de contratos de concesión. Nos referimos a la privatización de la justicia estatal. Aunque es mejor no hablar de privatización sino de desestatización.

Este proceso ha privatizado una de las funciones consideradas más inherentes al Estado, es decir, la de administrar justicia, la que si bien siempre se aceptó que tenía como excepción el arbitraje, extendió sus límites para incorporar a los conflictos que surgen en las relaciones del Estado con los particulares.

Decimos que es mejor llamarla desestatización pues, contra la creencia popular, la justicia no nació como una institución pública o estatal, sino como una institución privada, que fue posteriormente estatizada a través del ejercicio del Poder Estatal. Este proceso se ha expresado en una continua competencia entre los mecanismos públicos y los privados de solución de conflictos, competencia en la que, en un verdadero acto de competencia desleal, la justicia estatal usó la ventaja de poder cambiar las reglas de juego, reducir la arbitrabilidad de controversias, y pretender hacer aparecer al arbitraje, a la mediación y a la conciliación, como formas derivadas de justicia, existentes sólo porque el Estado otorgaba graciosamente una suerte de concesión a los particulares. Pero la historia contradice esa visión.

Las formas de justicia originarias son consuetudinarias y usan mecanismos privados como la base para resolver controversias. De hecho, la estatización de la justicia es un proceso relativamente reciente, ocurrido hace unos siete u ocho siglos.⁴

Como bien señala Benson, refiriéndose a la evolución del Derecho Mercantil en Inglaterra precisamente como un ejemplo de justicia privada:

“Aunque el Derecho consuetudinario anglo-sajón iba cediendo terreno al Derecho autoritario, el desarrollo de los usos mercantiles medievales, lex mercatoria o Derecho Mercantil, desmonta el mito de que el Estado debe definir y hacer cumplir las reglas de juego. El Derecho Mercantil se desarrolló al margen de trabas políticas y fronterizas, y se mantuvo alejado de la influencia de los gobernantes más tiempo que muchos otros sistemas occidentales.”⁵

El Derecho Mercantil competía con ventaja sobre otros ordenamientos. El contrato se convirtió en la unidad básica de generación de reglas, superando a la Ley. La repetición de reglas contractuales, derivadas de la competencia libre y voluntaria entre buenas y malas reglas, condujo a la aparición de costumbres que a su vez se convirtieron en verdaderas fuentes de derecho. ¿Cómo podían los mercaderes encontrar las reglas más adecuadas y

⁴ Para un interesante y completo análisis de los orígenes privados de la justicia, su posterior estatización y su actual proceso de desestatización, revisar Bruce L Benson *Justicia sin Estado*. Unión Editorial, 2000.

⁵ Bruce L Benson, *Justicia sin Estado*. Unión Editorial, 2000 p. 43

generalizarlas sin el respaldo del Derecho estatal? Fuller dice que la libertad de empresa y comercio nos da la respuesta. Según él los comerciantes:

“...participaron voluntariamente en los intercambios. En cuanto a la igualdad, sólo en un mercado libre es posible obtener lo más parecido a una medida exacta de valor de bienes dispares. Finalmente, los comerciantes cambian frecuentemente de papel, unas veces venden, y otras compran. Las obligaciones nacen de sus intercambios son, de esta manera, reversibles no solo en teoría, sino también en la práctica.

Esté análisis llega a la sorprendente conclusión de que solamente bajo el capitalismo pueden alcanzar su pleno desarrollo los conceptos de deber moral y legal”⁶

La explicación de cómo el Derecho Mercantil llega a establecer un conjunto de reglas adecuadas, aceptadas de manera general para el intercambio es el mismo fenómeno que explica la eficiencia del intercambio libre: la competencia. Si un mercader acepta en su contrato una regla ineficiente o excesivamente costosa, perderá capacidad de competir, pues sus costos de participar en el mercado serán mayores a los de sus competidores que fueron capaces de tener una mejor regla. Ello conduce a que prefiera identificar reglas que imponen menos costos a la actividad económica generando a su vez confianza, lo que a su vez conduce a una uniformización contractual hacia las reglas más eficientes. De la misma manera como los consumidores escogen productos más baratos y de mejor calidad, los comerciantes escogen reglas baratas de aplicar y adecuadas para el intercambio. El resultado es un paulatino y progresivo reemplazo de las reglas ineficientes o que no generan confianza, por reglas eficientes y que generan reducción de costos de transacción. Ello condujo incluso a que la *lex mercatoria* compitiera con éxito contra la Ley estatal.

Como dice Benson:

“El Derecho mercantil se transformó en un sistema jurídico universal a través del proceso de selección natural. A medida que los mercaderes empezaron a comerciar a través de barreras políticas, culturales y geográficas, exportaron también sus prácticas comerciales a los mercados extranjeros. Las antiguas costumbres de ámbito local que resultaron ser comunes a muchos lugares acabaron formando parte del Derecho mercantil internacional. Donde surgían problemas, las prácticas que resultaban más eficientes para facilitar el intercambio desplazaron a las que no lo eran tanto”⁷

Entre las prácticas comerciales que se impusieron por eficiencia a otras formas de solución de comercio apareció el arbitraje. Es realmente asombroso como un sistema de solución de controversias que se basa en la constitución de Tribunales diferentes para cada caso puede generar mayor predictibilidad que decisiones de sistemas como los judiciales ordinarios que

⁶ Lon L. Fuller, *The Morality of Law*. New Haven, Yale University Press, 1964, p. 24.

⁷ Bruce L Benson, *Justicia sin Estado*. Unión Editorial, 2000, p. 45, citando a Trakman, *The Law Merchant*, p. 24.

supuestamente están diseñados para uniformizar criterios a través del uso de recursos impugnatorios a tribunales de apelaciones.

Pero esta competencia difícilmente pudo llevar a que estos principios incorporaran al Estado, principalmente por una razón: la existencia de un monopolio. A diferencia de los comerciantes que estaban en posibilidad de elegir principios legales compitiendo entre sí, el Estado estaba en capacidad de imponer un conjunto de reglas en base al uso de su *ius imperium*. De esa manera la decisión estatal sobre el principio aplicable no era contestable por un principio distinto, así fuera más eficiente. El Estado tenía y usaba el monopolio de la fuerza, y con él el monopolio de la Ley y de la forma de resolver conflictos.

Sin embargo, en las últimas décadas un fenómeno acaba con el monopolio: la competencia de los países por obtener inversión. Los países toman conciencia que su capacidad de imponer la Ley se debilita por el hecho de que los inversionistas pueden elegir dónde invertir e incluso sus nacionales pueden preferir dirigir sus capitales fuera de sus fronteras. Estados necesitados de recursos no se ven sino forzados a dejarse seducir por el mismo proceso competitivo que uniformizó al Derecho Mercantil.

Notemos cómo la unidad para los intercambios de inversiones deja de ser, como en el Derecho Mercantil, la Ley y se vuelve el contrato. Contratos de garantía de inversión, de estabilidad jurídica, de concesión, etc, se vuelven el mecanismo porque se empiezan a crear reglas nuevas que se van moviendo hacia estándares más adecuados y eficientes. A ello se suman la suscripción de tratados internacionales que, para fomentar las inversiones, introducen estándares aún más competitivos, y que a su vez se uniformizan como la producción se estandariza con el desarrollo del capitalismo. Y la sanción más temida es la misma que impulsó y sostuvo los sistemas legales consuetudinarios privados: el ostracismo y el boicot, es decir, el tratamiento de paria que hoy los inversionistas dan a los Estados que no establecen marcos legales adecuados, o que haciéndolo, los incumplen.

La aparición del arbitraje en el ámbito de los contratos administrativos es un mero subproducto de este proceso. La necesidad de mecanismos confiables e independientes, libres de los rezagos del viejo monopolio estatal de la justicia, se vuelven en la consecuencia natural de un nuevo orden en el que son los mecanismos privados los que comienzan a encargarse de la cosa pública.

Así, el fenómeno práctico que hemos reseñado en el numeral anterior nos muestra un proceso de desestatización acelerado, que ha entrado al *hardcore* de la administración de la justicia estatal (la que gira en torno al conflicto entre el Estado y los particulares). El resultado es someter al Estado a Tribunales privados incluso en los supuestos en los que ni siquiera existe un convenio arbitral. ¿Cómo ha sido posible este fenómeno? ¿Cómo se han superado las visiones tradicionales de que corresponde siempre al funcionario público decidir sobre lo público y a los particulares simplemente someterse a tal decisión?

La respuesta a estas preguntas pasa por desentrañar aspectos como el de inmunidad soberana y la teoría de los actos del Estado.

4. La Inmunidad Soberana y la Teoría de los Actos de Estado.

No es extraño encontrar confusiones entre la doctrina de la inmunidad soberana y la doctrina de los actos del Estado. Si bien suelen estar relacionadas, se trata de conceptos distintos.

La doctrina de la inmunidad soberana es de naturaleza subjetiva, es decir, está vinculada al sujeto estatal que invoca tal calidad para impedir el sometimiento de una controversia a un tribunal extranjero o a un tribunal arbitral, sea para que ésta sea resuelta o para que la decisión a la que se ha arribado sea ejecutada de manera efectiva. A su vez esta inmunidad puede ser entendida como inmunidad de jurisdicción, que significa que una Corte distinta a la Corte del Estado mismo pueda conocer de una controversia que involucre a éste último, o inmunidad de ejecución, que implica que una decisión adoptada por una Corte no puede ser ejecutada contra un Estado por una Corte de un Estado distinto. En este último caso, por ejemplo, podría obstruirse a una Corte del país X embargar bienes de un Estado Y, así estén ubicados en el territorio del país X.

Por el contrario, la teoría del acto de Estado se relaciona con la naturaleza objetiva del tema a sujetarse al Poder Judicial o al arbitraje. En ese caso se evalúan las funciones que el Estado puede desarrollar. Algunas son consideradas indelegables o esencialmente estatales, como las facultades regulatorias, la potestad tributaria o el manejo cambiario y monetario. En esos actos, en los que el Estado actúa con *ius imperium*, se alega que no es posible que el Estado renuncie a su facultad exclusiva, sometiéndose a un Tribunal extranjero o a la decisión de un sistema arbitral.

La relación entre ambas doctrinas es evolutiva. Inicialmente la resistencia a someterse a una jurisdicción distinta por parte de un Estado se basaba en su naturaleza de Estado mismo, es decir, alegando que el sujeto era estatal y ello le concedía inmunidad. Sin embargo, desde finales del siglo XIX, en un proceso que se ha consolidado en las últimas décadas, nos hemos movido a una tesis más restrictiva de la capacidad del Estado de no someterse a una jurisdicción distinta a la que le es propia. Así, la ampliación continua de la acción del Estado, derivado principalmente de la idea del Estado de Bienestar y de un mayor intervencionismo estatal, llevó a una mayor participación del mismo en la economía, en actividades usualmente privadas como la actividad productiva y la comercial. Estas actividades, en las que conceptualmente no había diferencia relevante respecto a la misma actividad desarrollada por un privado, fueron contaminadas por el carácter público de uno de los sujetos de la relación (el Estado), al extremo de pretender extender la inmunidad a las mismas. Paradójicamente, la ampliación del rol del Estado condujo a la percepción que la inmunidad soberana del mismo debía ser limitada.

Ello forzó la aparición de una teoría distinta que marcaba la diferencia entre quienes sostenían la inmunidad soberana en términos absolutos y quienes lo hacen en términos restrictivos o limitados, planteando la existencia de unos actos *iuri imperii* y otros actos *iuri gestinonis*. Para los adherentes de esta segunda posición, no cabría invocar la inmunidad de jurisdicción respecto de la segunda categoría de actos. Así se alejan de la simple calificación subjetiva de una de las partes, para centrarse en la naturaleza objetiva de sus actos como actos inherentes al propio Estado, es decir, actos desarrollados bajo el *ius*

imperium. El resultado final de este proceso evolutivo fue la doctrina de los actos de Estado.

Si bien tanto la doctrina de la inmunidad soberana como la doctrina de los actos de Estado son invocadas con frecuencia en el arbitraje comercial internacional, el que se ha encargado de desarrollar conceptos que precisamente mediatizan los alcances de estas doctrinas, no es extraño que la discusión se replique a nivel del arbitraje doméstico, en relación a la doctrina de actos del Estado, aunque debemos reconocer que la capacidad de mediatizar los efectos de la doctrina se encuentra severamente limitada en este tipo de arbitrajes, como veremos más adelante.

Es importante tener en cuenta lo señalado por J. Gillis Wetter, quien señala:

*“Sin embargo, la doctrina del acto de estado es distinguible en que se pregunta cuándo una Corte puede “sentar su decisión” sobre un acto particular de soberanía... Mientras la doctrina de la inmunidad soberana va a la jurisdicción de la corte y es un principio de derecho internacional, la doctrina del acto del estado es un principio de derecho doméstico que surge del peculiar rol que tienen las cortes.”.*⁸

A continuación analizaremos con algo más de detalle los impactos de ambas doctrinas con la problemática arbitral.

4.1. La Doctrina de la Inmunidad Soberana.

Como ya se vio, el arbitraje suele ser utilizado para estabilizar las reglas entre una entidad estatal (con capacidad originaria de modificar reglas) y un ente privado. En ese sentido, el arbitraje ha servido como una herramienta más sólida para escapar a pretensiones de inmunidad por parte del Estado.

La doctrina de la inmunidad soberana es invocada para impedir que una corte o tribunal ejerza jurisdicción o capacidad de decidir una controversia o ejecutar la decisión a la que se hubiera arribado, basándose en el mero hecho de que una de las partes es el Estado.

Esta doctrina ha sido, sin embargo, severamente limitada por los desarrollos actuales. Quizás los dos instrumentos que mejor reflejan el estado de la cuestión sean la Foreign Sovereign Immunities Act, de los Estados Unidos⁹ y el State Immunities Act del Reino Unido.¹⁰

⁸ J. Gillis Wetter, “*Pleas of Sovereign Immunity and Act of Sovereignty before International Arbitral Tribunals*”, p. 16. (traducción libre). Como me hizo notar Juan José Ruda, el desarrollo va ligado a la jurisprudencia estadounidense frente a actos de nacionalización o expropiación llevados a cabo por gobiernos extranjeros. Sin embargo los propios norteamericanos crearon excepciones basadas en consideraciones de política exterior que les permitieron a las Cortes norteamericanas pronunciarse por actos llevados a cabo, por ejemplo, por el gobierno cubano.

⁹ 28 U.S.C AA1602-1611, implementada por el Department of State Regulation, 22 C.F.R. A93.1.93.2 (1977), modificado en 1988, 124, Congressional Record s.17209.

¹⁰ Reimpreso en 48, Halsbury` Statutes of England (3d ed) 85.

Estas normas recogen una teoría de la inmunidad limitada o restringida, según la cual no es posible invocar soberanía en actos de naturaleza comercial. El carácter comercial es determinado de acuerdo a la naturaleza antes que por la intención. Esto significa que si una entidad del Estado compra textos escolares para afectarlos a la educación pública, el hecho de que la finalidad del acto sea el desarrollo de una función estatal no impide invocar la naturaleza comercial del acto simplemente porque la compra de textos es usualmente un contrato de naturaleza comercial.¹¹

Como veremos, esta aproximación es especialmente relevante para sacar del ámbito de la doctrina de inmunidad soberana todos los contratos de adquisición, venta o contratación de servicios en los que está involucrada una entidad del Estado, considerados actos de naturaleza comercial, y que, hoy por hoy, es la regla en la doctrina arbitral.

Un ejemplo de esta idea se encuentra en el caso *Société Anonyme des Chemins de Fer Liégeois Luxembourgeois v. the Netherlands*, decidido en 1903 por la Corte Suprema de Bélgica. La Corte estableció la diferencia entre los actos de naturaleza pública y los actos de naturaleza privada o comercial. La soberanía sólo es relevante en los actos políticos desarrollados por el Estado. Sin embargo, el Estado no se limita a desarrollar actos políticos y muchas veces se dedica por las necesidades colectivas a comprar, adquirir, convertirse en deudor o acreedor, o involucrarse en el comercio. En estos actos el Estado no actúa como un poder público. Hace lo mismo que cualquier privado y como tal actúa en su capacidad civil o privada. Si negocia se pone de igualdad con una persona o asume responsabilidades no conectadas con el orden político, el litigio de ello derivado se regula por las reglas civiles, y como tal es tratado como cualquier otra persona.¹²

En sentido similar, en el caso *Alfred Dunhill of London, Inc. c. Republic of Cuba*, la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América, dispuso expresamente lo siguiente: *“En sus capacidades comerciales, los gobiernos extranjeros no ejercen poderes peculiares a sus soberanías. Por el contrario, ejercen sólo aquellos poderes que pueden ser ejercidos por los ciudadanos privados. Sujetarlos en conexión a dicho acto a las mismas reglas jurídicas difícilmente afectará seriamente los nervios nacionales.”*¹³

Como ya vimos, así se acuña la distinción entre actividad soberana y actividad comercial o, lo que es lo mismo, entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, distinción que permite excluir estos últimos de cualquier pretensión de inmunidad por parte de un Estado cuando actúa como un particular.¹⁴

¹¹ Nótese que esta distinción ya lleva el germen de la doctrina de los actos de Estado, por que parte de una distinción de la naturaleza del acto, antes que la naturaleza del sujeto. De hecho es a través de la limitación de la doctrina de la inmunidad que aparece la doctrina del acto de Estado.

¹² Barry E. Carter & Phillip R. Trimble, *“International Law”*, Little, Brown and Company Law Book Division, Boston, 1991, p. 551, citando a Sweeney.

¹³ 425 U.S. 682 (1976) (traducción libre)

¹⁴ Alberto Ruíz-Eldredge, “Inmunidad Jurisdiccional de los Estados”, pp. 480-481. “Los actos de autoridad serían aquellos vinculados a las funciones jurídicas esenciales y por eso su carácter imperativo. Se trataría principalmente de actos emanados unilateralmente del Estado, tales como los reglamentos, las resoluciones y por supuesto los actos políticos trascendentes.

Los actos de gestión... [serían aquellos] de carácter privado, como cuando... [el Estado] contrata o efectúa actos civiles, comerciales, financieros”. Conrado Etchebarne Bullrich, “El Estado Empresario”. En: *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Vol. 1985-C, 1985, pp. 994-995. La actividad comercial “...comprende aquellas actividades que el Estado realiza por

Pero incluso las restricciones van más allá de los actos comerciales, alcanzando a los actos no comerciales. La Sovereign Immunities Act de los Estados Unidos deniega la inmunidad cuando un Estado “*renuncia a su inmunidad sea implícitamente o por implicación*”¹⁵. De manera similar el State Immunities Act del Reino Unido provee que un Estado queda sujeto a la jurisdicción de las Cortes Inglesas si se ha sometido a arbitraje el conflicto “*después que la disputa...ha surgido o por un acuerdo previo por escrito.*”¹⁶

Así, el problema de la inmunidad soberana es relativamente sencillo de superar. Si el Tribunal arbitral cuenta con facultad para resolver un caso, es porque existe un acuerdo de las partes. Por ello, si el Estado acordó someter a un arbitraje una controversia, queda claro que renunció a la inmunidad soberana. La única pregunta relevante es entonces si el Estado consintió o no, legítimamente, el ir a arbitraje. Por ello, normalmente no va a haber problemas de inmunidad soberana si existe un convenio arbitral.¹⁷ En términos sencillos la pregunta es casi la misma a si existe o no un convenio válido en cualquier arbitraje de naturaleza privada. Es la misma discusión que existe cuando alguien cuestiona un arbitraje por nulidad, ineficacia o inexistencia de un convenio arbitral en el ámbito privado. Bajo esta perspectiva, la inmunidad soberana es un fantasma que raramente se presentará con capacidad de asustar a alguien. El problema se hace más complejo cuando se analiza la doctrina de los actos del Estado.

4.2. La Doctrina de los Actos del Estado.

La doctrina de los “actos del Estado” impide el sometimiento a los tribunales cuando el acto es en ejercicio de un poder soberano, dentro del territorio del Estado, como ocurre, por ejemplo, con la expropiación de propiedad privada. Ello se sustenta en la necesidad de evitar el riesgo que las Cortes “avergüencen” al Poder Ejecutivo o por la consideración de que la Ley que regula la propiedad de un bien ubicado en el territorio de un país es la Ley local.¹⁸

Es necesario distinguir casos en los que el Estado es parte de la disputa de aquellos en los que no. En el primer caso el Estado ha suscrito el convenio arbitral y como parte del mismo es emplazado, pero alega que el acto que motiva el arbitraje es un acto inherentemente estatal y por tanto, no sometible a arbitraje. El segundo caso significa que entre dos partes privadas surge una disputa porque un Estado, en ejercicio de sus atribuciones, ha llevado a cabo un acto que afecta la relación privada.

razones de conveniencia política o económica...la asunción de actividades industriales, comerciales... pues aquí, el Estado no actúa como perfecta organización jurídica, ni como comunidad soberana... sino que el Estado actúa como industrial, banquero o comerciante”.

¹⁵ 28 U.S.C S1650(a) (traducción libre)

¹⁶ Section 2 (1)(2). (traducción libre).

¹⁷ W. Lawrence Craig. William W. Park y Jan Paulsson. *International Chamber of Commerce Arbitration*, Ocean Publication Inc , 3ra. Ed. p. 674.

¹⁸ W. Lawrence Craig. William W. Park y Jan Paulsson. *International Chamber of Commerce Arbitration*, Ocean Publication Inc , 3ra. Ed. p 671.

Si el Estado es parte de la relación y por tanto del arbitraje, debe concluirse que sus actos, sin importar su naturaleza, estarán sujetos a la decisión de los árbitros siempre que guarden relación con sus obligaciones contractuales.¹⁹ De hecho, uno podría afirmar que se está produciendo una suerte de importación de la teoría de los tratados internacionales hacia el ámbito del arbitraje, en la que los requisitos de validez de un convenio (como ocurre con un tratado) se determina en función de las reglas internacionales y no del Derecho Interno de los países que lo celebran. Así, cuando surge un conflicto entre el Derecho interno y el convenio, se prefiere el convenio. Vamos a ver más adelante que ello es un fenómeno interesante si se tiene en cuenta que normalmente la parte en el convenio arbitral (una empresa) no es un sujeto de Derecho Internacional²⁰. Sin embargo, el efecto se deriva del principio de buena fe en el Derecho Mercantil, tributario del arbitraje comercial.

Pero el tema no es sencillo. Si estamos frente a un contrato de estabilidad jurídica en el que el Estado se comprometió, por ejemplo, a no modificar el régimen legal tributario aplicable a una empresa, y a pesar de ello lo modifica, tratándose de un acto claramente estatal, ¿es posible sostener la arbitrabilidad del mismo?

Algo similar ocurre cuando en un contrato de concesión para la prestación de servicios públicos, el propio contrato contiene una cláusula tarifaria que es aplicada por el regulador en contradicción a lo acordado. En ese caso, a pesar de que estamos frente a una actividad regulatoria (típico acto estatal) ¿es posible someter a arbitraje el tema si el contrato tenía una cláusula arbitral?

Lo que se dice en teoría plantea muchos problemas en la práctica. No siempre es tan sencillo identificar si un acto del gobierno cae dentro del ámbito de las obligaciones contractuales. No es extraño encontrar cláusulas en contratos de concesión que hacen referencia en términos generales al régimen tarifario que aplicará el regulador y luego, cuando se regula la tarifa, el concesionario, discrepando con la misma, pretende que se discuta su determinación en la vía arbitral. Algo similar ocurre con contratos que hacen referencias generales a regímenes cambiarios, legislación tributaria o a veces, incluso, a leyes y normas aplicables de manera general.

Muchas veces la salida que se plantea es tomar los actos del Estado como dados, es decir, no revisables en sí mismos y se restringe lo que los árbitros pueden ordenar a simplemente establecer, como consecuencia contractual, la mera obligación de indemnizar.²¹

Más complejo aún es el caso en el que el Estado no es parte del arbitraje. Es sumamente difícil para árbitros privados determinar la legitimidad de un acto de un Estado que no ha consentido a su jurisdicción.²² Si dos empresas que se someten a arbitraje discuten en la controversia el valor de una decisión estatal para ser tomada como un supuesto de fuerza

¹⁹ W. Lawrence Craig, William W. Park y Jan Paulsson. *International Chamber of Commerce Arbitration*, Ocean Publication Inc , 3ra. Ed. p. 674

²⁰ Este problema me lo hizo notar mi amigo Juan José Ruda, experto en temas de Derecho Internacional, y profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

²¹ W. Lawrence Craig, William W. Park y Jan Paulsson. *International Chamber of Commerce Arbitration*, Ocean Publication Inc , 3ra. Ed. p. 674

²² W. Lawrence Craig, William W. Park y Jan Paulsson. *International Chamber of Commerce Arbitration*, Ocean Publication Inc , 3ra. Ed. p. 675

mayor, les es complejo a los árbitros desconocer el acto sin correr el riesgo de abrir una contingencia de anulación o no reconocimiento del laudo.

El asunto se hace más interesante cuando existe una relación entre el Estado y una de las partes, como suele ocurrir en el supuesto de medidas legislativas vinculadas a empresas estatales que, en estricto, no son parte, sino propiedad del Estado.

Algunos casos pueden ilustrar mejor la problemática que hemos descrito hasta aquí, en especial la interrelación entre la inmunidad soberana y la doctrina de los actos del Estado.

En el caso *Ipitrade c. Nigeria*²³ una compañía francesa ganó un caso arbitral seguido ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París (CCI). El arbitraje se desarrolló en Suiza, bajo la Ley Suiza, por incumplimiento de un contrato de compraventa de cemento a Nigeria. Nigeria incumplió lo ordenado por el laudo y la empresa demandó en el Distrito de Columbia, Estados Unidos, para su ejecución. La Corte Federal confirmó el laudo sobre la base que Nigeria había aceptado implícitamente someterse a arbitraje, renunciando a su inmunidad soberana y no podía unilateralmente revocar tal renuncia.

Sin embargo el caso *LIAMCO c. Libia* tuvo un resultado inicialmente diferente.²⁴ Una empresa norteamericana demandó para ejecutar un laudo arbitral contra Libia, basado en la nacionalización de las concesiones y equipo petroleros, sin la participación de Libia, que se negó a involucrarse en el proceso. A pesar que de manera similar al caso *Ipitrade*, Libia había renunciado a su inmunidad soberana, el Juez de primera instancia se negó a confirmar el laudo sobre la base de la doctrina del acto del Estado. Para ello se basó en la Convención de Nueva York que permite a las Cortes negarse a reconocer un laudo cuando la materia controvertida no es susceptible de arbitraje bajo la Ley del país.

Lo que se deriva de *LIAMCO* es que es posible encontrar una materia no arbitrable, sin perjuicio de la renuncia a la soberanía, si el incumplimiento del contrato toma la forma de un acto legislativo. Ello diferencia el caso de Nigeria del de Libia, pues en el primero nada diferenciaba la actitud de Nigeria de un mero incumplimiento contractual-comercial.²⁵

El riesgo de estos criterios aplicados conjuntamente es evidente. Un Estado puede entonces evadir con relativa facilidad su renuncia a la inmunidad invocando la teoría de los actos del Estado, dado que la distinción entre un mero incumplimiento y uno basado en una decisión legislativa puede ser realmente sutil o manipulada por el propio acto estatal.

LIAMCO fue objeto de una transacción por lo que nunca se resolvió la apelación. Sin embargo, sólo seis meses, después la decisión de *LIAMCO* fue ignorada en el caso *American International Group c. Iran*²⁶ donde se ejecutó un laudo que ordenaba una compensación a la empresa por la expropiación llevada a cabo por el gobierno iraní.

²³ 465 F. Supp. 824 (D.D.C. 1978).

²⁴ 482 F. Supp 1175 (D.C.C. 1980)

²⁵ W. Lawrence Craig, William W. Park y Jan Paulsson. *International Chamber of Commerce Arbitration*, Ocean Publication Inc , 3ra. Ed p 672.

²⁶ 493 F. Support.522 (D.C.C. 1980)

Otro caso interesante es Texas Trading Co. y otros contra la República Federal de Nigeria, resuelto por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito Federal norteamericano en 1981²⁷.

Gracias a los ingentes ingresos por la exportación de petróleo, el gobierno militar nigeriano, con la finalidad de intentar legitimarse, decide comprar en el extranjero grandes cantidades de cemento Portland para la construcción de infraestructura social. Los contratos se celebran en 1975, cada uno para adquirir 240,000 toneladas métricas de cemento, obligándose el comprador a extender una carta de crédito irrevocable, divisible y confirmada, a ser cancelada en bancos de Nueva York. El problema surge porque se compra demasiado cemento al mismo tiempo y los barcos al no poder atracar en el puerto de Lagos, se ven obligados a cobrar penalidades por *demurrage*. Ante esta situación, el gobierno nigeriano expide un decreto, por el cual exige que los cargamentos se registren con por lo menos dos meses de anticipación y, a la vez, instruye por intermedio de su Banco Central a los bancos norteamericanos, a no pagar las cartas de crédito, salvo que se presentara una carta de dicho Banco Central autorizando el pago. Meses después se emite un nuevo decreto, prohibiendo la entrada al puerto de cualquier barco que no tuviera el permiso concedido con 60 días de anticipación e imponiendo sanciones penales a sus violadores. Ante esta situación, las empresas deciden demandar al gobierno nigeriano ante las cortes norteamericanas por incumplimiento contractual.

Nigeria apeló a la inmunidad, argumentando que la compra de cemento había sido una típica actividad soberana o de *iure imperii*, por cuanto el cemento se iba a utilizar en infraestructura social. Sin embargo, la corte norteamericana fue de la opinión de que no cabía alegar la inmunidad, ya que la compra de cemento era una transacción típicamente comercial, no interesando para nada las razones que tuviera el gobierno nigeriano para realizar dicha adquisición. Si bien no se trata de un caso arbitral, refleja con precisión los límites de la discusión, a pesar de la existencia de actos aparentemente estatales o soberanos involucrados.

La incertidumbre respecto a como resolver estos casos condujo, sin embargo, a una modificación del Foreign Sovereign Immunities Act norteamericana en 1988,²⁸ en la que se indicó que la doctrina de los actos del Estado no podía ser usada para impedir un arbitraje o la ejecución de un laudo. Ello significa un tratamiento más benévolo al arbitraje que a la jurisdicción de Cortes extranjeras, lo que es bastante lógico si tenemos en cuenta que a diferencia de la jurisdicción y competencia de una Corte, que se deriva de una Ley que no necesariamente es la Ley del Estado parte en la controversia, el arbitraje se deriva de un acuerdo voluntario en el que fue parte el Estado mismo.

Un caso que justo plantea los problemas del reconocimiento de actos de Estado como actos arbitrables es SGTM c. Bangladesh.²⁹ En este caso el Estado no era formalmente parte del convenio arbitral, pero usó sus potestades públicas justamente para conceder una ventaja a

²⁷ 647 F. 2d 300 (2nd Cir. 1981). Las cuatro empresas demandantes eran *Texas Trading & Milling Corp*, *Decor by Nikkei International, Inc.*, *East Europe Import-Export Inc.* y *Chenax Majesty Inc.*, todas norteamericanas. Las empresas eran tradings, es decir, personas jurídicas cuyo objeto es la compra de bienes para luego venderlos a terceros.

²⁸ S.2204, 124 Congressional Record S. 17209 (21 de Octubre 1988.)

²⁹ ICC Case 1803/1972, V Yearbook 177 (1980)

una empresa pública. La demanda original fue una empresa 100% de propiedad estatal denominada East Pakistan Investment Development Corporation (EPIDC). Un decreto del gobierno ordenó la disolución de la entidad con la intención de transferir todos sus bienes pero ninguna de sus responsabilidades, a una entidad distinta. Se trataba por tanto de un acto dado en ejercicio del *ius imperium*, es decir de un acto de Estado. El árbitro consideró esa conducta como inaceptable e incluyó en el arbitraje no solo a EPIDC sino al Estado de Bangladesh, considerando a ambos responsables. Sin embargo, un Tribunal suizo dejó sin efecto el fallo sobre la base de que el árbitro había excedido sus facultades.

En el caso *Settebello c. Setenave*, el Tribunal Arbitral dejó de aplicar un decreto del gobierno portugués sosteniendo que era contrario a los principios básicos del Derecho Internacional. Se trataba de un contrato para la construcción de un buque tanque a ser fabricado por una empresa pública de propiedad del Estado portugués. El valor de mercado del buque cayó dramáticamente en el mercado y dados los retrasos en la construcción todo hacía presumir que el adquirente iba a dejar sin efecto el contrato. El gobierno dio entonces el decreto objeto de cuestionamiento, es decir un acto de Estado, según el cual los derechos para dejar sin efecto un contrato sobre la base de demoras en la entrega quedaban neutralizados siempre que la entrega se produjera en un lapso de dos años. Los árbitros consideraron el decreto como inaplicable. La decisión fue cuestionada, pero no llegó a darse fallo alguno porque las partes transaron.

Como se puede ver, si ya es difícil encontrar una línea jurisprudencial en cualquier tema judicial, a veces es más difícil encontrarla en el arbitraje, en especial en el internacional, donde los tribunales arbitrales suelen ser designados *ad hoc* para cada caso, y sus decisiones a su vez son revisables por Cortes diferentes alrededor del mundo. Sin embargo, existen algunos consensos que, sin perjuicio de los problemas que genera su aplicación práctica, vale la pena resaltar.

En primer lugar, la teoría de la inmunidad soberana ha replegado considerablemente sus trincheras, permitiendo un avance considerable del arbitraje. Así han quedado fuera de sus limitaciones los actos de comercio del Estado (compra y venta de bienes o contratos de prestación de servicios, sea como prestador o como contratante de los mismos).

Por su parte, en lo relativo a los actos de Estado, inherentes al mismo por caer bajo el velo del *ius imperium*, la regla es que si el Estado consintió explícita o implícitamente al arbitraje, no puede liberarse del mismo, entendiéndose el pacto como una renuncia a cualquier restricción a la arbitrabilidad del conflicto.

5. El Arbitraje de los Contratos Administrativos sobre Adquisición y Contratación de Bienes y Servicios.

5.1. La Arbitrabilidad de los Contratos de Adquisiciones y Contrataciones de Bienes y Servicios.

Como hemos visto, hay un consenso relativamente claro, en que los actos de naturaleza comercial, desarrollados por un Estado, son en principio perfectamente arbitrables.

Una alegación común para tratar de evitar que se sometan a arbitraje es que están comprometidos fondos públicos, y que los mismos están sujetos a una serie de limitaciones para su disponibilidad. Sin embargo, tal argumento parece no haber tenido mayor impacto en la conclusión referida. Finalmente, el Estado puede disponer directamente de fondos públicos cuando contrata y decide comprar o vender algo. Allí la única discusión relevante es si el contrato cumplió con los requisitos de validez y eficacia previstos en el ordenamiento. En la misma línea, si el Estado dispone que los problemas derivados del uso de esos fondos se vayan a resolver a través de un mecanismo de solución de controversias, la única pregunta relevante es si el convenio arbitral cumple con los requisitos de validez y eficacia previstos en la Ley aplicable.

Como bien dice Cantuarias, es realmente insostenible el argumento referido a que tratándose de recursos invertidos en obras públicas no son de libre disposición, pues ello en nada cambia la naturaleza del contrato que sigue siendo un simple y común contrato de obra.³⁰ El mismo principio puede aplicarse a las adquisiciones públicas.

Como vimos, también se ha intentado mediatizar el sometimiento a arbitraje tratando de contaminar el problema con la teoría de actos de Estado, sosteniendo que si las adquisiciones se producen para efectos del cumplimiento de una función pública (construcción de un bien público, por ejemplo) el acto tiene naturaleza pública y no comercial. Sin embargo, tal argumento tampoco ha merecido un retroceso en el reconocimiento de la arbitrabilidad de este tipo de controversias. La doctrina (y las legislaciones aplicables que la han seguido) se han concentrado en resaltar que lo importante es la naturaleza del acto, no su propósito. Ello, porque se ha entendido que el Estado, cuando sale al mercado, debe ser tratado en igualdad de condiciones en relación a las condiciones con las que se trata cualquier particular, restringiéndose la tesis de la inmunidad absoluta de un Estado. Finalmente la solución la problema es tan simple como considerar estos actos como expresiones del *iuri gestionis* y no del *iuri imperio*.

Como ya se indicó, la tesis de la inmunidad restrictiva de los Estados tiene una explicación histórica relativamente sencilla. Barria García³¹ la explica sosteniendo que la tesis de inmunidad absoluta nace en:

"...una era dominada por la filosofía liberal. El laissez faire marginaba al Estado de la actividad económica: solamente los particulares actuaban en el comercio y la industria. La función reservada del Estado era la de guardián de la seguridad externa y del orden público interior

³⁰ Fernando Cantuarias *Borrador Libro de Arbitraje* Capítulo 7, p. 87. El comentario de Cantuarias se refiere a una serie de normas dadas en el Perú y promovidas por la Contraloría General de la República dirigidas a evitar que la discusión de adicionales de obra en contratos de obra pública pudieran ser resueltos en la vía arbitral, por considerarse que el tema era de competencia exclusiva de la Contraloría. En ese sentido, la Contraloría pretende que dejar el tema a los árbitros significa renunciar a su potestad pública de velar por el uso de los fondos públicos. Pero con tal argumento nunca serían arbitrables los temas del Estado porque siempre se involucran fondos del fisco. En sentido similar se pronuncian otros autores como Marco Antonio Ortega Piana, "Algunas reflexiones sobre la competencia de la Contraloría General de la República respecto de los Presupuestos Adicionales de Obra Pública" p. 343". Según este autor "...resulta obvio que en lo referente a la aprobación de adicionales no está comprometido ius imperium alguno, por lo que no es esa razón suficiente que permita justificar la exclusión del arbitraje".

³¹ Juan Aníbal Barria García, "Comentarios sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados y sus Bienes", pp. 52-53.

*(...) [Sin embargo]... el decaimiento de los ideales liberales, llevó a que el Estado ingresara al mercado como un empresario particular cualquiera, realizando actos de comercio, pero siguió invocando la inmunidad de jurisdicción respecto de esos actos como si fueran 'oficiales' o 'gubernamentales'. Esto trajo como reacción que algunos tribunales -Italia, Bélgica y Egipto, especialmente- rechazaran tal excepción, que indudablemente implicaba una desventaja y desigualdad para el particular, persona natural o moral, que contrataba con el Estado extranjero; por lo que comenzaron a distinguir entre actos *jure imperii* y *jure gestionis*. De conformidad a esta nueva visión, los estados sólo podrían reivindicar la inmunidad respecto de los actos en que han actuado como poder público; en tanto que, si se asimilaban a los particulares respecto de operaciones patrimoniales, no gozaban de ella".*

Este fenómeno se ve reforzado con la aparición de Estados de tinte socialista, que trasladan los medios de producción a manos estatales, y con ello “estatizan” buena parte de la actividad comercial. Esta idea fue recogida por la jurisprudencia argentina:³²

*“Que ya en el curso del siglo XIX los Estados se embarcaron en empresas comerciales, creando monopolios, explotando ferrocarriles, buques y correos. La Primera Guerra Mundial aceleró esas actividades y la irrupción de los Estados socialistas y comunistas aumentó enormemente el sector público de la economía y el comercio. Como espejo de esta nueva realidad internacional surgió en la doctrina y después en una jurisprudencia expansiva la llamada teoría restringida de la inmunidad de jurisdicción, que distingue entre los actos *iure imperii* -los actos de gobierno realizados por el Estado extranjero en su calidad de soberano- y los actos *iure gestionis* -actos de índole comercial-. Respecto de la primera clase de actos, la jurisprudencia mantuvo el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero. En cambio, la más moderna tendencia jurisprudencial adoptó la doctrina restringida o relativa para los segundos, distinción que a la postre fue recogida por las legislaciones recientes”.*

5.2. La Cláusula Calvo.

Como bien señala Cantuarias, para tratar de frenar la aplicación de la teoría restrictiva de la inmunidad de los Estados, muchos países en vías de desarrollo, en especial los latinoamericanos, han aplicado diversas doctrinas como la Calvo, Drago e Irigoyen, estableciendo a nivel constitucional o legal, la exigencia de que en los contratos que celebren los Estados con extranjeros, deberá constar el sometimiento expreso a la ley y jurisdicción de las cortes de dichos Estados.³³

³² Fallo de la Corte Suprema Federal Argentina de 22 de diciembre de 1994, en los seguidos por Juan Manauté y otros contra la Embajada de la Federación Rusa En: Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1995, No. 5927, p.42.

³³ Fernando Cantuarias, *Borrador Libro de Arbitraje*. Capítulo 7, p. 15. Ver también Marco Gerardo Monroy Cabra, “Arbitraje Comercial Nacional e Internacional”, p. 237. Explica el autor, que la doctrina Calvo “...dio origen a la denominada cláusula Calvo que es una estipulación inserta en los contratos celebrados entre un Estado con personas o

En la práctica, sin embargo, la aplicación restrictiva de la inmunidad se volvió inviable, a pesar de los intentos de aplicar cláusulas como la Calvo. Dificilmente los particulares aceptaban un sometimiento de este tipo, lo que forzó a los Estados a buscar fórmulas de flexibilización. Una de ellas fue precisamente el arbitraje, que permitía desarrollar fórmulas efectivas para liberarse de cláusulas limitativas en Constituciones y Leyes.

Mac Lean refiriéndose justamente a este tema, puntualiza que si el Estado peruano exigiera la sumisión a las leyes y cortes nacionales:

"...los muelles del Perú estarían abarrotados de cobre, hierro, harina de pescado, azúcar, algodón, porque nada se podría vender. Es ilusorio pensar que en un mercado mundial que cada vez es más competitivo, un vendedor peruano puede por ejemplo ir a Rotterdam y proponer la venta de harina de pescado, en competencia con el aceite de soya de Sud-Africa, pero obligando al comprador a someterse a las leyes y a los tribunales peruanos. Resulta ilusorio ir a donde un banquero suizo o un banquero japonés y pedirle que otorgue crédito pero exigiéndole al mismo tiempo que se someta a las leyes y a los tribunales del Perú".³⁴

Lo curioso es que el efecto previsto por Mac Lean se produjo de manera efectiva en el campo de las inversiones:

"...las naciones exportadoras de capital mostraron su resistencia a invertir de manera importante en Latinoamérica por una serie de razones, entre las que se encuentra el uso de las llamadas cláusulas Calvo en contratos de inversión extranjera, que restringían la solución de controversias a las cortes domésticas del país receptor de la inversión, temores a variaciones cambiarias, leyes de inversión extranjera

corporaciones de otro Estado y por el cual éstos renuncian a la protección del mismo país y se obligan a sujetarse a las autoridades judiciales nacionales. Esto significa que las reclamaciones de los nacionales extranjeros contra los Estados anfitriones deben dirimirse exclusivamente de conformidad con la legislación de estos últimos y en sus tribunales. La intervención de los Estados de los nacionales extranjeros constituye un acto violatorio de la soberanía del Estado respectivo". Explica Beatriz Ramacciotti: "Calvo sostenía que debido al desbalance de poder económico, militar y político entre Europa y América del Norte, por una parte, y los países de América Latina, por la otra había conducido a muchos gobiernos de estos países a acordar privilegios especiales a los extranjeros, colocando a los latinoamericanos en una posición de inferioridad legal en sus países. Calvo quería que esta inferioridad legal fuese eliminada. Propuso el principio de trato igual de nacionales y extranjeros y sugirió que esto sería aplicado en toda Latinoamérica, y que sólo en el caso de encontrar una auténtica denegación de justicia, podía legalmente un país intervenir impartiendo protección". Sin embargo las renuncias basadas en la cláusula Calvo suelen ser ineficaces, como señala la misma autora: "Debe señalarse que a pesar de que la Cláusula Calvo está consagrada en Latinoamérica, la doctrina clásica tiende a desconocer la eficacia de dicha cláusula. No se considera que la Cláusula sea nula, porque tiene valor entre el Estado huésped y el inversionista extranjero, sino que no sería oponible al Estado del cual este último es nacional. Esto en virtud de que el Estado que otorga la Protección Diplomática puede ejercer un derecho que le es propio y que, por lo tanto, sólo puede renunciar". Beatriz Ramacciotti de Cubas, "Estudios de Derecho Internacional", IPRI-PNUD, Lima, 1990, p. 101.

³⁴ Roberto Mac Lean U., "Derecho Internacional Privado y Comercio Internacional en la nueva Constitución". En: La Nueva Constitución y su Aplicación Legal, Lima, 1980, p. 174.

restrictivas y una historia de nacionalizaciones de entidades extranjeras con compensaciones menos que adecuadas.”³⁵

Justamente el arbitraje fue una fórmula muy usada para solucionar este problema. Como señala Laurence Craig en las relaciones entre el Estado y los privados las partes tendrán así al arbitraje como el mecanismo final de solución de sus problemas, cada una por sus propias razones. La parte privada siempre dudará en aceptar la determinación judicial por parte de las cortes de su contraparte soberana. Por su lado, la parte estatal encontrará inaceptable someterse a las Cortes de la jurisdicción de la parte privada y en general a aceptar las decisiones de Cortes extranjeras.³⁶

Un curioso resultado es una mayor confianza en un sistema privado de solución de controversias en relación a un sistema estatal pero extranjero. El efecto colateral termina siendo que se descarta a la corte local del país del Estado que firma el Contrato. Finalmente el arbitraje no significa rendir su soberanía a la de un Estado distinto.

6. El Arbitraje de los Contratos Administrativos de Inversión.

Como ya adelantamos, mucho más interesante y polémico es el caso del arbitraje referido a inversiones, aspecto en el que la evolución ha tomado caminos insospechados respecto a la existencia de una serie de mecanismos internacionales orientados a hacer arbitrable lo que justamente se consideró siempre como imposible de arbitrar: las facultades de *ius imperium*.

6.1. La Arbitrabilidad de los Contratos sobre Inversiones.

Como hemos indicado, más compleja que la discusión de la arbitrabilidad de los contratos de adquisición y venta de bienes y servicios por parte del Estado ha sido la discusión de contratos administrativos vinculados a inversiones, en particular cuando:

- a. Dichas inversiones han requerido garantías estatales que comprometen facultades de *ius imperium* (como estabilidad de regimenes legales, tributarios, cambiarias, o seguridades contra expropiaciones); o
- b. Implican la entrega de facultades originariamente consideradas como estatales, como ocurre en los contratos de concesión de servicios públicos en los que se entrega a un privado la prestación de un servicio originalmente reservado para el Estado, pero delegable a particulares de acuerdo al marco legal.

En estos casos el propio contenido del contrato recae sobre facultades asumidas como inherentes al Estado, y que como tales suelen encontrarse dentro del ámbito de la doctrina de los actos del Estado. Por ello es aún más común la resistencia a la arbitrabilidad de estos casos, lo que se agrava con la existencia de una cláusula relativamente común en las Leyes

³⁵ Jessica S. Wiltse, “An Investor-State Dispute Mechanism in the Free Trade Area of the Americas: Lessons from NAFTA Chapter Eleven”. En: *Buffalo Law Review*, Vol. 51, 2003, pp. 1174-1175.

³⁶ W. Laurence Craig, “Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration”, p. 4.

de Arbitraje respecto a la no arbitrabilidad de asuntos vinculados con las facultades inherentes del Estado.³⁷

Sin embargo, la aceptación de la arbitrabilidad de estas situaciones va en franco crecimiento. Las necesidades prácticas de dotar de un marco que dé seguridad a los inversionistas, han conducido a que los propios Estados desarrollen esquemas legales que lo favorezcan. Ello se ha logrado tanto a través de la modificación de sus regímenes legales internos, como por medio de la suscripción de tratados internacionales que definen un marco jurídico adecuado.

Cantuarias reseña, usando un caso peruano bastante interesante (al que denomina “el caso de las eléctricas”) cómo muchas veces la no arbitrabilidad referida a que el conflicto es uno relacionado con funciones o atribuciones de imperio del Estado suele ser desenfocada o mal comprendida.³⁸

Se trató de tres procesos arbitrales iniciados por empresas concesionarias del servicio eléctrico contra el Estado peruano,³⁹ a efectos de que los respectivos tribunales arbitrales se pronunciaran acerca de cuál debía ser el marco legal aplicable a sus respectivos Convenios de Estabilidad Jurídica otorgados por el Estado peruano al amparo de los Decretos Legislativos Nos. 662 y 757. La controversia giró en torno a la estabilidad del régimen de Impuesto a la Renta. La SUNAT, organismo a cargo de la administración Tributaria, intentó aplicar una interpretación que a juicio de las concesionarias acogía una modificación al régimen estabilizado.

Al iniciarse los arbitrajes al amparo de los convenios arbitrales contenidos en los Convenios de Estabilidad Jurídica, se crearon Comisiones en el Congreso de la República que elaboraron informes dirigidos a cuestionar la arbitrabilidad del conflicto. Estos informes afirmaron que la vía arbitral no era la pertinente para resolver la materia controvertida, usando los típicos argumentos que se usan para cuestionar la arbitrabilidad de controversias con el Estado⁴⁰ lo que convierte los casos en un excelente ejemplo para graficar el problema y sobre todo la falta de rigurosidad con el que suele ser abordado.

³⁷ A título de ejemplo tenemos el artículo primero de la Ley General de Arbitraje del Perú (Ley 26572 publicada el 5 de Enero de 1996, que establece:

“Artículo 1.- Disposición General.-

Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse, excepto:

(...)

4.- Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.”

³⁸ Para mayor detalle Ver Fernando Cantuarias, *Borrador Libro Arbitraje*, Capítulo 7, pp. 360-369. A continuación se resumirán los hechos y la posición del autor.

³⁹ Si bien no se publicaron los laudos arbitrales, se conoce que los casos fueron: Luz del Sur S.A.A. y el Estado peruano representado por CONITE; Edelnor S.A.A. con el Estado peruano, representando por el Ministerio de Energía y Minas; y, Edegel S.A.A. con el Estado peruano representado por CONITE.

⁴⁰ Informe sobre “Sometimientto a arbitraje del diferendo entre la SUNAT y EDELNOR y LUZ DEL SUR sobre las acotaciones por S/. 41’000,000.00 y S/. 28’000,000.00, respectivamente, por Impuesto a la Renta del ejercicio gravable de 1999 y otros, de Javier Diez Canseco y otros de 18 de octubre de 2001, dentro del marco de la Comisión Investigadora de Delitos Económicos y Financieros 1990-2001 (en adelante “Informe Diez Canseco); y, Comisión de Fiscalización y Contraloría, “Informe sobre cobranza tributaria a las empresas eléctricas”, 2001 (en adelante “Informe Fiscalización”).

Los argumentos de estas Comisiones del Congreso en contra del arbitraje, (GGG) se pueden resumir así:

“...conforme lo establece el artículo 1°, numeral 4, de la vigente Ley General de Arbitraje, Ley No. 26572... están exceptuados del arbitraje las materias .. directamente concernientes a las atribuciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público... Además, de manera concordante, el mismo artículo 1° de la Ley No. 26572 establece que las materias sometidas a arbitraje son ‘las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición’” (Informe Diez Canseco, p. 3).

“...al momento de la suscripción de los convenios de estabilidad jurídica estaba vigente el Decreto Ley No. 25395, cuyo artículo 1° establecía expresamente que en el caso del Estado, el arbitraje sólo procedía sobre sus obligaciones ‘siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual’” (Informe Diez Canseco, p. 4).

“[e]n el presente caso lo que se pretende es someter los alcances de una norma legal en materia tributaria y desviar de la competencia administrativa tributaria de la SUNAT, la decisión sobre el cumplimiento o no de una obligación tributaria” (Informe Diez Canseco, p. 4).

Cantuarias analiza los argumentos señalados por el Congreso de la siguiente manera:

“(...) según el análisis realizado por estas dos Comisiones del Congreso, el arbitraje no procedía, fundamentalmente, por cuanto: La materia sometida a arbitraje no era de libre disposición de las partes según lo exige el artículo 1° de la Ley General de Arbitraje; y, no se podía arbitrar acerca de las atribuciones de imperio del Estado, conforme a lo dispuesto en el mismo artículo de la Ley General de Arbitraje.

Empecemos por la segunda: (...)

Los antecedentes de estos casos, indican que los arbitrajes se iniciaron debido a sendas acotaciones tributarias realizadas por la Superintendencia de Administración Tributaria (SUNAT), la cual tenía una opinión distinta a la de los agentes privados acerca de los alcances del marco estabilizado del impuesto a la renta.

Sin embargo, los procesos arbitrales no pretendían discutir acerca de la atribución o competencia de la SUNAT para fiscalizar los tributos, sino acerca de si tal o cual disposición tributaria formaba parte o no del marco estabilizado del impuesto a la renta contenido en los Convenios de

Estabilidad Jurídica pactados entre el Estado peruano y las empresas privadas.

Justamente por ello, la SUNAT no fue emplazada en los arbitrajes, sino que lo fue el Estado peruano suscriptor de los convenios.

En consecuencia, este primer argumento de las Comisiones del Congreso para pretender bloquear los arbitrajes no era válido.”⁴¹

En efecto, debe distinguirse la existencia o no de una facultad pública con la declaración que haga el laudo sobre el cumplimiento de obligaciones contractuales. Si las empresas (como ocurrió) ganaban el arbitraje, la SUNAT debía cumplir con la legislación que el laudo declarara aplicable en su calidad de entidad del Estado. Por el contrario, si el Estado ganaba, la SUNAT debía actuar en consistencia con tal decisión. Es claro que no era arbitrable qué es lo que le corresponde a la SUNAT administrar los tributos. El problema se hubiera presentado si la cláusula arbitral hubiera encargado a los árbitros convertirse en administración tributaria y sustituir a SUNAT en esa función. Pero la situación es distinta. SUNAT tiene que cumplir la Ley y la Ley establece que son los árbitros los que determinan cuál es el principio legal aplicable según el compromiso del Estado. En este caso el rol de los árbitros se limitaba a determinar si la normatividad invocada por las empresas era o no parte del compromiso contractual de estabilización del régimen tributario. Hecho ello, corresponde a la SUNAT administrar los tributos en base a tal determinación.

Luego Cantuarias aborda el otro argumento de los informes, el que según su dicho requiere de un mayor análisis por las implicancias negativas que podría tener para el arbitraje:

“(…) a la hora de analizar la pertinencia del arbitraje para resolver cualquier conflicto derivado de estos contratos-ley, se afirma que ‘...no es posible someter a arbitraje los aspectos tributarios de los contratos de estabilidad jurídica (...), ya que la Ley General de Arbitraje en su artículo 1°, sólo autoriza esta vía tratándose de “...controversias... sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición...’.

En buen castellano, para estas Comisiones congresales, tratándose de Convenios de Estabilidad Jurídica sólo se podría someter a arbitraje cuestiones de ‘libre disposición de las partes’.

¿Qué materia de un Convenio de Estabilidad Jurídica puede considerarse de libre disposición de las partes? Pues simplemente ninguna, ya que un acuerdo como éste sólo lo puede otorgar un Estado en ejercicio de sus facultades soberanas. En efecto, sólo un Estado puede, en ejercicio de su ius imperium, otorgar a los inversionistas garantías y seguridades como las contenidas en estos Convenios de

⁴¹ Fernando Cantuarias, *Borrador Libro Arbitraje*. Capítulo 7, pp 364-365.

Estabilidad Jurídica y, por lo tanto, ninguna de sus disposiciones es de libre disposición.

Sin embargo, esto no significa que no puedan ser arbitrables.

En efecto, el artículo 62° de la Constitución vigente autoriza expresamente la posibilidad de que el Estado suscriba contratos-ley y que las materias allí contenidas puedan someterse al arbitraje, por lo que es ese artículo constitucional y no el 63°, el que habilita el acceso al arbitraje cuando estamos ante la presencia de estos contratos-ley.

Como hemos indicado, las materias contenidas en un contrato-ley en puridad no son de libre disposición, ya que no se tratan de cuestiones que los particulares (agentes privados) pueden celebrar libremente (como es una compra-venta u otra relación jurídica típicamente privada). Sin embargo, lo que aquí sucede es que mediante los contratos-ley, el Estado renuncia a su ius imperium y acepta darle a esa relación Estado-inversionista, la calidad de un contrato privado, a efectos de posibilitar, entre otros, su acceso a la vía arbitral.

Por tanto, es totalmente equivocado el preguntarse si tal o cual tema relacionado con un Convenio de Estabilidad Jurídica es de “libre disposición de las partes” para efectos de considerar si puede ser arbitrable, ya que aquí todo el contenido de dicho Convenio que en principio sería de orden público ha sido, por decisión soberana del Estado, sometido de iure al ámbito privado y se ha previsto su conocimiento por los árbitros.”⁴²

Guillermo Lohmann se pronuncia en sentido similar:

“[s]i se aceptara que el Estado no tiene poder de libre disposición para autolimitar su facultad legislativa y sus actos de administración, con el objeto de garantizar a la contraparte una estabilidad legal determinada, estamos negando la posibilidad misma de celebrar esta clase de contratos-ley. Lo que es tanto como decir que sería inconstitucional el precepto constitucional que los autoriza”.⁴³

Es importante destacar que el propio Cantuarias señala que si bien su argumento es aplicable a la existencia de los llamados contratos-ley, el tema no es muy distinto, al menos en la legislación peruana, para los contratos de concesión:

“Cuando no estemos ante la presencia de un contrato-ley, sino, por ejemplo, de un Contrato de Concesión que no tenga esa característica, el argumento es similar, aunque las disposiciones legales difieran. En

⁴² Fernando Cantuarias, *Borrador Libro Arbitraje*. Capítulo 7, pp 366-367.

⁴³ Guillermo Lohmann Luca de Tena, “Convenios de Estabilidad Jurídica y cláusulas arbitrales”, p. 23.

efecto, en este último supuesto la norma constitucional aplicable es el artículo 63°, que dispone el acceso al arbitraje ‘...nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley’

La ley que regula la forma de acceder al arbitraje es efectivamente la Ley General de Arbitraje, pero son las leyes que regulan los Contratos de Concesión las que habilitan en términos sustantivos el acceso de estos temas que no son de libre disposición a la vía arbitral. Por lo tanto, cuando existe una ley especial, no resulta de aplicación el artículo 1° de la Ley General de Arbitraje, ya que es esa ley especial la que deriva al arbitraje una materia que no es de ‘libre disposición de las partes’, pero que el Estado ha decidido soberanamente someterla al conocimiento de los árbitros.’”⁴⁴

Pero incluso, en supuestos donde no se han previsto constitucional o legalmente excepciones al principio de no arbitrabilidad de los actos de *ius imperium*, los límites que se intentan a veces poner a ciertas materias, usando como base la legislación interna del Estado, suelen fracasar frente a los principios de Derecho Internacional aplicables, principalmente el principio de buena fe. Así no es extraño que los tribunales arbitrales e incluso las cortes ordinarias rechacen pretensiones para impedir el arbitraje basadas en limitaciones establecidas por la legislación doméstica de la parte estatal.

Ello convierte al arbitraje en un remedio muy efectivo frente a intentos de desconocer el sometimiento expreso a un medio de solución de conflictos distinto a las cortes del propio Estado.

Así, una vez que el Estado ha pactado el arbitraje, es difícil que pueda renunciar a él. En efecto, Ulises Montoya señala sobre este particular, que una *“...vez que el Estado o sus administraciones públicas han suscrito una cláusula de arbitraje, se han comprometido con carácter internacional y en forma irrevocable”*.⁴⁵

Ragnwaldch comenta sobre el particular:

“No es la incapacidad o la falta de facultades para someterse a una cláusula arbitral lo que es contrario al orden público internacional, sino por el contrario el acto del Estado para entrar en tal acuerdo sin revelar su incapacidad o falta de facultades para hacerlo y subsecuentemente invocar su ley interna para escapar de su obligación contractual a ir a arbitraje.”⁴⁶

⁴⁴ Fernando Cantuarias, *Borrador Libro Arbitraje*. Capítulo 7, pp 367.

⁴⁵ Ulises Montoya Alberti, “El Arbitraje Comercial” p. 72.

⁴⁶ Jacob Ragnwaldh, “A State’s Plea to decline Arbitration –the inapplicability of the internal law of the State-“. En: La Revue de Droit International des affaires, 1998, No. 1, p. 25. (traducción libre). En una línea similar Jan Paulsson, (“May a state invoke its internal law to repudiate consent to international commercial arbitration?”). En: *Arbitration International*, 1986, Vol. 2, No. 2, pp. 90 y ss.) menciona un famoso fallo arbitral preliminar, en los seguidos por dos ciudadanos alemanes contra el gobierno de Bélgica, en el que se

Delaue comparte también la opinión de que un Estado no puede repudiar un acuerdo arbitral en base a supuestas omisiones formales o sustantivas que se debieron observar según la legislación de su propio país, y agrega que:

"...Un número impresionante de precedentes indican que tales prácticas tienen pocas posibilidades de ser exitosas. Incluso en casos en los que se demostró que no se siguieron todos los procedimientos previstos bajo la Ley del propio Estado, los tribunales arbitrales, de manera consistente han sostenido que el Estado involucrado tienen un deber en buena fe de revelar la situación a la otra parte y que la omisión en hacerlo impide al Estado para posteriormente cuestionar la invalidez de su compromiso."⁴⁷

De manera similar, la nueva Ley 60/2003 de Arbitraje española señala:

“Artículo 2(2).- “Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral”.

Como se puede ver, no es extraño que en el marco de un arbitraje, los árbitros descarten los argumentos de la parte estatal que pretende evitar el arbitraje señalando límites o prohibiciones en la legislación interna para someter a este medio de solución de conflictos una determinada controversia. Así, sin perjuicio de la eventual responsabilidad frente a su Estado de los funcionarios que aceptaron el arbitraje, el Estado no puede contradecir sus propios actos y por tanto queda sometido a la voluntad expresada, sin perjuicio del análisis de su legitimidad a la luz de la legislación doméstica. Ello no es sino el traslado de los principios del Derecho Internacional Público que no permiten a un Estado liberarse de la fuerza vinculante de un tratado alegando problemas en su derecho interno para su exigibilidad.⁴⁸

6.2. El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados –CIADI-

declaró sin lugar la alegación del Estado belga, en el sentido de que el pacto arbitral era nulo, porque sus normas domésticas no le autorizaban a pactar el arbitraje.

⁴⁷ Georges R. Delaume, *“The Finality of Arbitration Involving States: Recent Developments”*. En: *Arbitration International*, 1989, Vol. 5, No. 1, p. 26. (traducción libre)

⁴⁸ Como señalé, el Dr. Juan José Ruda, profesor de Derecho Internacional de la Pontificia Universidad Católica del Perú me hizo notar este aspecto en una conversación sobre el particular. En ese sentido, es interesante apreciar que se confirma lo señalado respecto a una suerte de privatización de la justicia, basada en la conjunción de principios de Derecho Internacional Público y de Derecho Comercial, incluso para temas considerados inicialmente como de Derecho Público.

Quizás el ejemplo más notable y rico del desarrollo de esquemas arbitrales para este tipo de controversias sea el CIADI⁴⁹, sistema que ha estado intensamente activo en los últimos años.

El objetivo que inspiró al CIADI era despolitizar la solución de los conflictos sobre inversiones mediante la utilización de la vía arbitral. Así, en la línea de lo que hemos reseñado anteriormente, la idea era crear un límite entre los derechos individuales de los inversionistas y las potestades públicas de los Estados que escapara justamente al influjo de tales potestades, sea a través de la intervención directa del Estado, sea a través de su influencia política en las Cortes Ordinarias o la actitud localista (y por tanto, no independiente) de las mismas. Es pues la creación de una “nueva aristocracia”, una “aristocracia arbitral” que escape a la presión de los excesos de la democracia (o sistemas no tan democráticos) sobre los derechos individuales de los inversionistas, en especial los derechos de propiedad, de libre contratación y de libre empresa.

Ello explica a su vez las reacciones en contra de este esquema (y otros similares) que justamente acusan al CIADI de ser un sistema antidemocrático, que sustrae decisiones soberanas, basadas en un Estado representativo de la población, del sistema político. En las críticas se sugiere que estos esquemas sólo protegen los intereses de los inversionistas y dejan de lado los del Estado, lo que se convierte en una inaceptable interferencia del Derecho Privado sobre el Derecho Público.

Discrepamos de tal aproximación. La historia muestra que son muy comunes los excesos del poder político sobre las inversiones. Los inversionistas, carentes de esquemas que les brinden seguridad se inhibían de invertir, con las consecuencias evidentes para el desarrollo de los países, consecuencias que se agravaban conforme el país mostraba una menor seguridad institucional, mayores antecedentes de intervención del gobierno en la economía y Poderes Judiciales menos confiables. El fenómeno puede ser explicado más como la recuperación del equilibrio roto entre los derechos privados y las potestades públicas, que como la creación de un desequilibrio.

6.2.1. Alcances, Objetivos y Particularidades del CIADI.

En 1965 el Banco Mundial aprueba el texto del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI o ICSID en sus siglas en inglés) que entró en vigencia el 14 de Octubre de 1966.⁵⁰

El objetivo del CIADI es crear un foro arbitral que resuelva controversias entre los Estados miembros y los particulares de otros Estados miembros a fin de dotar a la inversión de las seguridades que la hagan viable. Como ha señalado el propio CIADI, la creación de una

⁴⁹ Suele usarse el término CIADI para referirse al Convenio, al sistema e incluso al centro que administra los arbitrajes. En el presente trabajo se hará un uso indistinto del término para referirse a estos conceptos.

⁵⁰ El texto del Tratado puede ubicarse en: www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/icsid-Spanish.pdf. Puede encontrarse información sobre los antecedentes de este Tratado en: Aron Broches, “*The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some observations on Jurisdiction*”. En: *Columbia Journal of Transnational Law*, 1966, Vol. 5, No. 2, pp. 263-280; y, C.F. Amerasinghe, “*The International Centre for Settlement of Investment Disputes and Development through the Multinational Corporation*”. En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1976, Vol. 9, pp. 793-816.

institución designada para resolver disputas entre Estados e inversionistas extranjeros es un paso importante para promover una atmósfera de confianza mutua que estimule el flujo de capital internacional privado hacia aquellos países que deseen atraerlo.⁵¹

El CIADI es único en su especie. Ha conseguido con inusual eficacia, sustraer del control de las legislaciones domésticas todo el proceso arbitral, incluida la anulación del laudo y virtualmente la ejecución del mismo. Esto significa que tanto las legislaciones locales como las Cortes Ordinarias han visto mediatizado su rol. Casi se podría decir que el CIADI es un sistema arbitral “químicamente puro”, libre de influjos procesales de las legislaciones y Cortes de los países miembros. Ello lo hace tan particular, pues es la consolidación de un sistema arbitral que se coloca por encima de la justicia entendida como una facultad pública exclusiva del Estado Nación. El CIADI nos muestra un sistema arbitral que podríamos definir como originario, es decir, que muestra un desapego casi total a controles de jurisdicciones nacionales y que nace no como una delegación por parte del Estado, sino de un acuerdo entre las partes.

Así, un arbitraje CIADI se desarrolla sólo bajo sus propias normas, sin la intervención de la legislación arbitral y del poder judicial del lugar donde físicamente se lleve a cabo el proceso, como de cualquier otro Estado.⁵²

El resultado de ello es una mediatización casi absoluta de la capacidad de los Estados de desconocer el arbitraje y el laudo que de él se derive. El reconocimiento del CIADI como un sistema auspiciado y acogido por el Banco Mundial hace además muy poco recomendable desconocer sus decisiones sin que un Estado corra el riesgo de ser castigado en los flujos de inversión futura. Y todo ello en un contexto que facilita la ejecución de lo resuelto, liberándose de los problemas de ejecución de fallos de Cortes extranjeras, gracias a la presunción de que el arbitraje es un sistema privado aceptado por ambas partes.

El sueño de los internacionalistas de crear un órgano omnímodo supranacional de solución de controversias se comienza entonces a realizar por un camino insospechado, es decir, a través del sometimiento de los Estados a un sistema arbitral donde los casos son resueltos por tribunales privados, liberados de los límites que suele imponerse las jurisdicciones ordinarias para decidir sobre los asuntos de otro Estado.

Un antecedente puede ayudarnos a comprender el cambio de paradigma y los límites que enfrenta un Estado para liberarse del compromiso de arbitrar.

En 1968 la empresa norteamericana Alcoa Minerals of Jamaica Inc (Alcoa) celebró un contrato con el Estado de Jamaica para invertir en la construcción de una planta de aluminio. El compromiso de inversión tenía como contrapartida un acuerdo de estabilidad tributaria, lo que implicaba una renuncia del Estado de Jamaica a ejercer su facultad de cambio del régimen tributario, potestad evidentemente pública. Se pactó que cualquier conflicto sería resuelto bajo el sistema CIADI. Jamaica no formuló ninguna reserva en

⁵¹ Reporte del CIADI citado por C.F. Amerasinghe, “*The International Centre for Settlement of Investment Disputes and Development through the Multinational Corporation*” p. 794.

⁵² Ver Albert Jan van den Berg, “*Some recent problems in the practice of Enforcement under the New York and ICSID Conventions*”, p. 441.

relación al Convenio de 1965 a propósito del tipo de inversión que podía caer bajo su ámbito. No había por tanto mayor discusión sobre la arbitrabilidad de los conflictos derivados del contrato con Alcoa.

Luego de algunos años Jamaica intentó renegociar el contrato, en particular el compromiso de estabilidad tributaria. Alcoa se resistió a cambiar el régimen contractual, lo que motivó una modificación legislativa que afectaba directamente el contrato. Jamaica sostuvo que estando involucrados recursos naturales (el contrato contemplaba una concesión de bauxita) que eran de potestad exclusiva e irrenunciable del Estado jamaicano, no podía arbitrarse la controversia.

Alcoa demandó a Jamaica ante el CIADI por violación del contrato de estabilidad tributaria. Jamaica nunca se apersonó, creyendo que ello era consistente con su posición de no arbitrabilidad del conflicto.

Constituido el Tribunal Arbitral, éste consideró que de acuerdo al artículo 25 del Tratado del CIADI "*...el consentimiento dado por las partes no... [podía] ser unilateralmente retirado*" por lo que el CIADI tenía competencia.⁵³

6.2.2. Carácter Voluntario del CIADI y la Renuncia a la Protección Diplomática.

Es importante tener en cuenta que el CIADI es voluntario para el Estado. Ello significa que la simple ratificación del Tratado no hace arbitrables las controversias entre los Estados miembros y los nacionales de otros Estados miembros. Se requiere de un acuerdo posterior, sea a través de un convenio arbitral con el inversionista (similar a como ocurrió en el caso Alcoa que hemos reseñado) o por medio de un BIT suscrito entre dos países miembros.

Pero el CIADI es además una herramienta eficaz para neutralizar otras formas de intervención política. Nos referimos a la protección diplomática que puede ejercer el Estado del que es nacional el inversionista para buscar una decisión favorable a su nacional por parte del Estado receptor de la inversión por medio del ejercicio de presión en el ámbito de las relaciones internacionales. Ello, porque el artículo 27(1) del Convenio explícitamente contienen una renuncia de los Estados a utilizar esta vía de presión.⁵⁴ Es este elemento el que logra el equilibrio en el CIADI. El Estado receptor de la inversión renuncia a aplicar límites al sometimiento a arbitraje de ciertas controversias a cambio de la renuncia del inversionista a ejercer cualquier intento de "protección diplomática". Es liberar de una incomodidad al inversionista (someterse a las Cortes del Estado receptor de la inversión) a cambio de liberar de otra al Estado (exponerlo a las acciones de protección diplomática por parte del Estado del cual el inversionista es nacional). Esta evolución muestra precisamente

⁵³ Para un análisis completo de este caso leer a: John T. Schmidt, "Arbitration Under the Auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Implications of the Decision on Jurisdiction in *Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Government of Jamaica*", pp. 93-103.

⁵⁴ "Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo"

la inoperancia de la cláusula Calvo, la que lejos de lograr su propósito, agudizó el problema al generar suspicacias fundadas en los inversionistas.

6.2.3. ¿Qué Materias Pueden ser Objeto de Arbitraje en el Esquema CIADI?

Todas las ventajas señaladas, las que benefician tanto a los Estados como a los inversionistas, explican el gran éxito del CIADI, éxito que se ha profundizado en los últimos años, lo que se refleja en la cantidad de Estados signatarios⁵⁵ como en la cantidad de arbitrajes llevados a cabo bajo el sistema.⁵⁶

La distribución de casos y problemas son de los más variados. Como veremos, algunos ni siquiera se refieren a la existencia de contratos (es decir, el caso de los BITS) pero una buena parte tienen que ver precisamente con contratos administrativos.

Delaume, precisa que, de acuerdo al Tratado, podrán arbitrarse ante el CIADI conflictos sobre incumplimiento contractual, inclusive alegaciones sobre casos fortuitos o de fuerza mayor, la violación de cláusulas de estabilidad, la interpretación de los contratos y de la ley aplicable y la terminación de los contratos, incluyendo la expropiación o nacionalización y el tema de la compensación. No pueden arbitrarse conflictos de intereses, como son la renegociación de un contrato o de determinadas cláusulas contractuales.⁵⁷

Como señala Omar E. García Bolívar refiriéndose a otros temas no arbitrables:

“Disputas de naturaleza técnica, por ejemplo dimensiones de un terreno, especificaciones técnicas de un equipo, entre otras, aunque puedan estar relacionadas con la inversión, no están cubiertas por la Convención ni están dentro de los límites de la jurisdicción del CIADI. Igualmente disputas comerciales o políticas tampoco entran dentro del terreno del Centro”.⁵⁸

Así, el arbitraje de CIADI se refiere a controversias de naturaleza legal y no técnica.

⁵⁵ Ello explica porqué al año 2003, 140 Estados forman parte del CIADI, dentro de los que están incluidos un buen número de países Latinoamericanos: Argentina (1994), Bahamas (1995), Barbados (1983), Bolivia (1995), Colombia (1997), Costa Rica (1993), Chile (1991), Ecuador (1986), El Salvador (1984), Granada (1991), Guatemala (2003), Guyana (1969), Honduras (1989), Jamaica (1966), Nicaragua (1995), Panamá (1996), Paraguay (1983), Perú (1993), San Vicente y las Granadinas (2003), Trinidad y Tobago (1967), Uruguay (2000) y Venezuela (1995). Ello constituye un cambio significativo de la reacción inicial de estos países que interpretaron en sus orígenes al CIADI como un sistema creado para perjudicar a los países en desarrollo. Esta actitud originalmente reticente se agudizó con la existencia de las llamadas “cláusulas Calvo” ya analizadas y que obligaban a los inversionistas a someterse a las Cortes del Estado receptor de la inversión.

⁵⁶ Al año 2003 se habían recibido un total de 133 solicitudes de arbitraje, y se ha llegado a un número importante de transacciones que gira alrededor de la mitad de las solicitudes de arbitraje presentadas. Ver Jason Fry, “Enforcement of the Award”, ob. cit., p. 10. Andrés Rigo Sureda, “ICSID: An Overview”. En: *World Arbitration & Mediation Report*, Vol. 13, No. 6, June 2002, p. 168. En www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm, puede identificarse la información actualizada.

⁵⁷ Georges R. Delaume, “ICSID Arbitration Proceedings: Practical Aspects” p. 567.

⁵⁸ Omar E. García-Bolívar, “La jurisdicción del Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (CIADI)”, p. 2.

Según Ibrahim F.I. Shihata & Antonio R. Parra, menos de la mitad de los casos se refieren a conflictos sobre inversión de capital (como problemas entre accionistas o *joint ventures*). Por el contrario, más de la mitad de los casos se refieren a inversión extranjera distinta que no genera un problema de capital, incluyendo la concesión de recursos naturales y proyectos para la construcción y operación de infraestructura para la producción de bienes y servicios en el país receptor de la inversión. En un par de casos la inversión puede ser considerada como préstamo de mediano y corto plazo. En términos de su distribución sectorial, las inversiones han sido sumamente variadas, incluyendo agricultura, banca, energía, salud, industria, minería y turismo. En la mayoría de los casos la demanda ha sido por el pago de indemnizaciones. Sin embargo, en unos pocos casos, el principal remedio demandado ha sido la declaración de los derechos del inversionista) por ejemplo referido a la aplicación de las normas tributarias por el país receptor de la inversión.⁵⁹

6.2.4. El Arbitraje sin Convenio Arbitral: Legislación Interna, los BITs y los Tratados Multilaterales.

Pero quizás el aspecto más interesante del CIADI, ya mencionado, es el llamado arbitraje sin convenio o “arbitration without privity”. Bajo este supuesto no existe estrictamente hablando un convenio arbitral entre el inversionista y el Estado. Sólo existe una oferta unilateral de un Estado a que ciertas inversiones, que cumplan los requisitos establecidos en una Ley o en un tratado, pueden solicitar el sometimiento a arbitraje, sin que el Estado en cuestión pueda resistirse a ir al mismo alegando la inexistencia de un acuerdo escrito. En esos casos si, por ejemplo, existe un BIT entre el Estado receptor de la inversión y el Estado del que es nacional el inversionista, y el tipo de conflicto es de aquellos que justamente está contemplado en el tratado bilateral como arbitrable, el inversionista puede pedir el arbitraje y el Estado no puede resistirse a la instalación del Tribunal arbitral.

No es por tanto extraño encontrar el sometimiento unilateral en Leyes sobre tratamiento de inversión extranjera.⁶⁰

El recoger la oferta arbitral en una Ley interna no está exenta de problemas. Dado que se trata de una oferta contenida en acto legislativo, la modificación de la Ley puede dejar sin efecto la oferta. Sin embargo la interpretación ha sido que si el inversionista, al hacerse la inversión, conoció de la oferta, el Estado queda vinculado a ella así la legislación sea modificada antes del inicio del conflicto. Nótese que el efecto derivado de ello es una suerte de no modificación, para efectos particulares de ciertos inversionistas, de la legislación, lo que implica una desaparición o mediatización de una potestad estatal.

Pero sin duda el caso más interesante de “arbitration without privity” es el de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BITs en sus siglas en inglés –*Bilateral Investment Treaties*) y el de varios tratados multilaterales.

⁵⁹ Ibrahim F.I. Shihata & Antonio R. Parra, “*The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*”, pp. 318-319

⁶⁰ Un ejemplo es el artículo 8(2) de la Ley de Inversión Extranjera de Albania de 1993.

No es fácil conocer el número real de BITs existentes a la fecha, pero Parra afirma que durante la década de los 60s habían 65 BITs, luego se suscribieron otros 86 BITs en la siguiente década y, a la fecha de su trabajo (año 2000), habían aproximadamente entre 1,400 a 1,800 BITs.⁶¹ Y el número viene creciendo exponencialmente.

Debe quedar claro que no todos los BITs contienen cláusulas de una oferta unilateral de arbitraje. Sin embargo es común encontrar un marco que autoriza a suscribir convenios arbitrales, sin que el simple hecho de ser nacional de un Estado parte autorice a solicitar un arbitraje con el otro Estado. Se estima que cerca de la mitad de los BITs contienen cláusulas de este tipo. De hecho no es posible referirse a una práctica usual. Cada BIT es un mundo aparte y su aplicación no está regida por ningún patrón común. Hay que leer cada BIT para entender sus alcances y ver como se aplica.

Los BITs suelen ser más difíciles de modificar que la legislación interna por lo que ofrecen mayor seguridad que una Ley. Finalmente los Tratados solo pueden ser modificados mediante el procedimiento previsto en el propio Tratado. Y ese procedimiento suele ser más exigente que el que se pide para modificar una Ley. Ello explica el tremendo éxito de los BITs en los últimos años como mecanismo para generar confianza y estabilidad jurídica.

También se puede acceder al CIADI al amparo de tratados multilaterales, como el Energy Charter Treaty de 1994; los Protocolos de Colonia y de Buenos Aires sobre Promoción y Protección de Inversiones celebrados dentro del marco del MERCOSUR; el Tratado de Libre Comercio de América del Norte -NAFTA; y, el Tratado de Libre Comercio celebrado en 1994 entre México, Colombia y Venezuela.

6.2.5. La Cláusula de la Nación Más Favorecida.

Pero el sistema CIADI aún nos reserva más sorpresas que mediatizan las facultades y poderes del Estado mediante el arbitraje. Ello se refleja en el uso de la cláusula de “la nación más favorecida” por parte de árbitros que permiten aplicar a un país un BIT suscrito por otro si este contiene cláusulas más favorables al del país original.

Por ejemplo, todavía existen Estados que exigen el agotamiento de sus vías judiciales como paso previo para acceder al CIADI. Modernamente este requisito viene cediendo paso a la negociación o conciliación previa. Pero un precedente arbitral da muestras de la posibilidad de ir eliminando requisitos obsoletos o poco prácticos conforme se van celebrando BITs. El precedente es Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (Caso ARB/97/7).

En el caso el ciudadano argentino Emilio Maffezini, inició un arbitraje CIADI sobre la base de una controversia por el tratamiento que recibió su inversión en la empresa española EAMSA, para la fabricación y distribución de productos químicos en la región de Galicia.

⁶¹ Antonio R. Parra, “ICSID and Bilateral Investment Treaties”. En: *ICSID News*, Vol. 17, No. 1, 2000, pp. 1-3.

El demandante amparó su solicitud de arbitraje en el BIT entre España y Argentina, pero, además, se basó en la cláusula de la Nación más Favorecida y pidió la aplicación del BIT entre España y Chile, el que a diferencia del primero, no exige el agotamiento de la vía judicial como requisito para acceder a la mecánica del CIADI.

España cuestionó la jurisdicción del CIADI. Para ello señaló según el artículo 26° del Convenio CIADI y al BIT España-Argentina, que si bien el Sr. Maffezini tenía el derecho de iniciar una acción ante el CIADI, el BIT lo sujetaba a agotar la acción ante el poder judicial español.

El Tribunal Arbitral en su fallo sobre jurisdicción se basó en el caso *Ambatielos*⁶² señalando de debía aplicarse la cláusula de la nación más favorecida, pues muchos BITs expresamente reconocen la extensión de esa cláusula a las normas sobre solución de controversias o, como señala el BIT Argentina-España, a “todas las materias regidas por el presente Acuerdo”.

En ese sentido, el laudo sobre jurisdicción señaló que “...*si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio ejus dem generis. Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia que el tratado básico...*”.⁶³

La continuación de este proceso de estandarización será la aplicación de marcos cada vez más favorables a los inversionistas, lo que tiene lógica si se considera que son la parte débil de la relación por la inexistencia de facultades públicas que pueden ser usadas para afectar sus derechos individuales.

6.2.6. Problemas de Ejecución de Laudos y Decisiones Arbitrales.

Sin embargo el CIADI, como todo sistema arbitral con el Estado, no está exento de problemas. Si bien el sistema ha llegado a tener una independencia virtualmente total de las Cortes de los países involucrados, al momento de ejecutar el laudo no es extraño que se presenten dificultades.

Tal como se explicó, en el ámbito comercial (contratos de adquisición de bienes o prestación de servicios) los Estados son tratados como cualquier privado. Por ello, la

⁶² Así en el laudo sobre Jurisdicción de noviembre de 2000, el Tribunal Arbitral se refirió al caso *Ambatielos* (Comisión de Arbitraje de las Naciones Unidas establecida para la demanda de *Ambatielos* entre Grecia y el Reino Unido, 1956), señalando que “[l]a Comisión de Arbitraje... confirmó la relevancia de la regla *ejus dem generis*, afirmando que ‘la cláusula de la nación más favorecida sólo puede comprender materias pertenecientes a la misma categoría de asuntos que aquel al que se refiere la propia cláusula’. Aplicando este standard a dicho caso la Comisión concluyó ‘...que la protección de los derechos de las personas dedicadas al comercio y la navegación mediante disposiciones sobre solución de controversias queda comprendida en el tratamiento general de los comerciantes cubiertos por la cláusula...’”.

⁶³ Luego el Tribunal dio laudo sobre el fondo, y determinó que España era parcialmente responsable. El laudo se puede ubicar en: www.worldbank.org/icsid/cases/emilio_laudodeltribunal.pdf.

existencia de un acuerdo para someterse a arbitraje no plantea en términos generales problemas para la ejecución y los Poderes Judiciales suelen cooperar para alcanzar tal fin.

Pero, como señala Cantuarias, en el ámbito de las inversiones, dado que en principio los Estados gozan de inmunidad, el pacto de remitir el conflicto al arbitraje no siempre puede ser ejecutado en el Poder Judicial de ciertos países, por lo que no es extraño que el inversionista se vea en la necesidad de litigar ante el poder judicial del país receptor de la inversión. Es más, a veces esta negativa a apoyar la ejecución de los convenios arbitrales, se debe a la falta de jurisdicción de las cortes nacionales para conocer el caso. Estos problemas se presentan aún con mayor frecuencia, cuando el inversionista pacta el arbitraje en la sede del Estado receptor de la inversión, quedando así a merced de las decisiones judiciales locales.⁶⁴

A ello hay que añadir que los laudos arbitrales referidos a cuestiones comerciales suelen ser reconocidos y ejecutados ante el Poder Judicial de muchos Estados, al amparo de la Convención de Nueva York de 1958;⁶⁵ Por el contrario, los laudos arbitrales referidos a temas de inversiones no siempre son reconocidos y ejecutados, pues en aplicación de la Convención de Nueva York el Poder Judicial puede denegar la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo, amparado en las causales de orden público o que el conflicto no es susceptible de solución por la vía arbitral.⁶⁶

A estos problemas que hay agregar aquellos referidos al posible reconocimiento de inmunidad soberana en los estados,⁶⁷ y las diferencias que surgen entre inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución, como ha quedado ilustrado en el celebre caso LIAMCO, ya analizado, en el que luego de que se venciera en un proceso arbitral al Estado de Libia respecto a un litigio por la nacionalización de unas concesiones petroleras, la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral recibió respuestas contradictorias en las Cortes de Suiza (no aceptó reconocer y ejecutar el fallo aunque había sido dictado en Génova), Francia (reconoció el laudo arbitral), Suecia (hizo lo mismo) y los Estados Unidos de América (que denegó en una primera instancia el reconocimiento en base al *Act of States*, aunque meses después en otro fallo se llegó a una solución distinta).⁶⁸

⁶⁴ Fernando Cantuarias *Borrador Libro Arbitraje*. Capítulo 7. p. 262.

⁶⁵ Sobre el particular ver Georges R. Delaume, “*Recognition and Enforcement of State Contract Awards in the United States: A Restatement*”, p. 477.

⁶⁶ Artículo V (2) (a) y (b) de la Convención de Nueva York de 1958.

⁶⁷ Sobre el particular es interesante el fallo de la Corte de Casaciones de Francia de julio de 2000, en el caso *Société Creighton vs. Ministère des Finances de l’Etat du Qatar*, en el que se consideró que un laudo arbitral dictado contra un Estado bajo los auspicios de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), implicaba bajo los principios del derecho internacional y del reglamento arbitral de ese Centro, la renuncia a la inmunidad en materia de ejecución. Sin embargo, como bien explica Eduardo Silva Romero, “*ICC Arbitration and State Contracts*”, ob., cit., p. 45. el caso no puede ser considerado la panacea, pues su importancia esta atemperada y limitada por la identificación del concepto de propiedad pública. De hecho la Corte de Apelaciones de París señaló que la renuncia a la inmunidad se aplica solo a la propiedad del Estado que no haya sido colocada para el servicios público.

⁶⁸ Sobre el particular ver Fernando Cantuarias *Borrador Libro Arbitraje* Capítulo 7, p. 266.

Según Craig, Park & Paulsson, aun cuando cada vez se acepta más que la existencia de un pacto arbitral implica una renuncia a la inmunidad soberana, el antecedente del caso LIAMCO ilustra la falta de consenso y predictibilidad que existe todavía en esta materia.⁶⁹

6.2.7. Conflicto entre un Tratado y un Convenio Arbitral.

Un último problema que vamos a reseñar y que es relativamente común en el marco del CIADI, es la aparición de contradicciones entre lo que establece un tratado (sea multilateral o sea un BIT) que somete a un país al sistema CIADI y la existencia de un convenio específico de sometimiento a arbitraje o al Poder Judicial en un contrato entre el inversionista y el Estado. ¿Qué debe primar en este caso? ¿Cómo debe solucionarse el conflicto?

Por ejemplo imaginemos que una empresa X tiene suscrito un contrato de concesión para la explotación de un servicio público con el Estado Y. Ese contrato puede contener un convenio arbitral de sometimiento del conflicto a una institución arbitral diferente al CIADI, por ejemplo, a la Cámara de Comercio Internacional (CCI). O puede ser también que se someta cualquier conflicto a las cortes del país Y.

Imaginemos también que existe un BIT entre el país del que es nacional la empresa X y el país Y, y que dicho BIT somete el conflicto al sistema CIADI. La pregunta que surge es si debe preferirse el mecanismo de solución de controversias previsto en el contrato específico que contienen el convenio arbitral, o si, por el contrario, debe preferirse el sistema CIADI. O de pronto cabe analizar si ello queda a opción de las partes y de ser así a cual de ellas.

Se trata de un tema en el que no existe consenso y uno puede encontrar decisiones casi para todos los gustos. Veamos algunos casos vinculados a este problema.

Un primer caso, citado por Cantuarias⁷⁰ es Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto (Caso ARB/99/6).

La autoridad egipcia encargada de aprobar inversiones dentro de una zona de libre comercio emitió la Resolución 512/82 de 1982 que autorizaba la instalación en Suez de una empresa de propiedad del demandante (*Badr Cement Terminal*). El objeto de la empresa era la importación, procesamiento y venta local de cemento. Por su parte, mediante Decreto No. 13 de 1983 se otorgó a la demandante una Licencia para desarrollar las actividades señaladas y se concedió a la inversión una protección por 10 años, de conformidad con la legislación egipcia de inversiones.

Pero en 1989 el gobierno egipcio prohibió por decreto la importación de cualquier tipo de cemento Pórtland. Ello impedía el desarrollo de las operaciones de la demandante. Para colmo de males el gobierno egipcio embargó y remató ilegalmente un pontón en el que el inversionista procesaba el cemento, causándole diversos daños.

⁶⁹ W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, “*International Chamber of Commerce Arbitration*”, 3era. Ed., p. 672.

⁷⁰ Ver Fernando Cantuarias, *Borrador Libro Arbitraje* Capítulo 7, p 422.

Ante esta situación, el inversionista inició el arbitraje ante el CIADI al amparo del BIT Grecia-Egipto y del contrato de Licencia.

En su decisión sobre jurisdicción de 27 de noviembre de 2000, el Tribunal Arbitral se declaró competente únicamente para juzgar las posibles violaciones al BIT, entendiendo que eran las únicas disposiciones en que se sustentaba su competencia, y dado que el contrato de licencia calificaba como una inversión de acuerdo al BIT y al CIADI.

En su laudo del 12 de abril de 2002 se determinó que Egipto era responsable, al considerar que, por la vía indirecta expropió la inversión del demandante sin una adecuada compensación, lo que constituía una violación a lo dispuesto en el BIT pertinente.

En el caso Lanco International, Inc. c. República de Argentina (Caso ARB/97/6),⁷¹ la demandante era parte de un consorcio que tenía un contrato de concesión de un puerto. El contrato contenía una cláusula según la cual cualquier conflicto debía ser resuelto por los Tribunales Federales en lo Contencioso-Administrativo de la Capital Federal argentina.

Pero el artículo 7° del BIT Argentina-Estados Unidos de América, daba al inversionista la opción de recurrir al poder judicial local, a algún mecanismo de solución de disputas acordado o al arbitraje del CIADI.

Presentada la solicitud de arbitraje al CIADI, Argentina sostuvo que debía recurrirse a su Poder Judicial según lo acordado en el contrato, ya que se había pactado en contra de lo establecido en el BIT.

En su decisión sobre jurisdicción de 8 de diciembre de 1998, el Tribunal Arbitral consideró que era competente al amparo del BIT, ya que el pacto de sometimiento al poder judicial del contrato no calificaba como un mecanismo de solución de disputas previamente acordado por las partes, porque según la ley argentina sólo cabía acceder al poder judicial. Además, el Tribunal citó la regla de exclusividad contenida en el artículo 26° del Convenio CIADI⁷² sosteniendo la primacía de las reglas contenidas en el BIT por sobre el pacto contenido en el contrato de concesión. Sin embargo, el sentido y los argumentos usados en este fallo no gozan de consenso y por el contrario han sido duramente criticados.

La diversidad de criterios se muestra en el caso de Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina (caso No. ARB/97/3).⁷³ Se trataba de un contrato de concesión del servicio público de agua potable suscrito por una empresa vinculada a la empresa francesa Compagnie Générale des Eaux, con la Provincia de Tucumán. El contrato se sometía en caso de conflicto a los Tribunales en lo Contencioso-Administrativo de la Provincia de Tucumán. Pero el artículo 8° del BIT Argentina-Francia

⁷¹ Citado por Fernando Cantuarias, *Borrador Libro Arbitraje* Capítulo 7, p. 422-425.

⁷² “Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”.

⁷³ Citado por Fernando Cantuarias, *Borrador Libro de Arbitraje*, Capítulo 7, pp. 425-427.

permitía al inversionista escoger entre ir a las Cortes locales, un arbitraje ad-hoc bajo las reglas del UNCITRAL o el sistema CIADI.

En el laudo de fecha 21 de noviembre de 2000, el Tribunal se consideró competente para juzgar cualquier pretensión referida al BIT, pero reconoció simultáneamente el pacto contenido en el contrato de concesión, el que fue limitado a las controversias estrictamente contractuales. Acto seguido el Tribunal Arbitral se negó a resolver las pretensiones referidas al BIT, señalando la estrecha relación existente con los reclamos relativos al contrato de concesión, y que debían ser resueltos por las Cortes argentinas.

La decisión fue objeto de un proceso de anulación de laudo arbitral, en el que el Comité Ad-Hoc en su fallo de 3 de julio de 2002 anuló el laudo arbitral al considerar que los árbitros habían excedido su poder al haberse negado a pronunciarse sobre el fondo de la controversia. El Comité Ad-Hoc sostuvo que un Estado puede violar un tratado sin violar un contrato de inversión y vice versa y que un mismo hecho puede llevar a cometer ambas violaciones. Sobre la base de este razonamiento concluyó que si las pretensiones esencialmente están referidas a la violación de un contrato, el Tribunal Arbitral efectivamente está en la obligación de reconocer el pacto de solución de controversias previsto en tal contrato, pero si lo que se reclama esencialmente es la violación de un BIT, corresponde que el Tribunal Arbitral asuma jurisdicción. En consecuencia, como el Tribunal Arbitral en el caso materia de comentario era competente según lo dispuesto en el BIT Argentina-Francia, el Tribunal excedió sus poderes al negarse a resolver el caso.

En *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos (Caso ABR/00/4)*,⁷⁴ ocurrió una situación similar. El contrato de construcción de una carretera concedía competencia a las cortes administrativas marroquíes, mientras que el BIT Italia-Marruecos permitía ir a las cortes nacionales, a un arbitraje ad-hoc o al CIADI.

El Tribunal Arbitral al resolver en su fallo de 23 de julio de 2001 sobre jurisdicción, hizo suyo uno de los argumentos del caso *Lanco c. Argentina*, pues dado que el acceso a las cortes marroquíes era impuesto por ley, no se trataba realmente de una opción en el sentido señalado por el BIT. También señaló que el artículo 8° del BIT era aplicable a cualquier controversia, lo que incluía la violación del contrato.

En *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán (Caso No. ARB/01/13)*⁷⁵ se abord  el mismo problema. Se trataba de un contrato que encargaba a SGS la inspección y valuación de bienes a importarse de terceros países a Pakistán para efectos aduaneros. El contrato contenía un convenio arbitral que determinaba un arbitraje en el mismo Pakistán. Por otro lado el BIT Suiza-Pakistán, permitía acudir al CIADI.

La SGS, amparándose en el BIT, demandó que el contrato había sido terminado de manera ilegítima pues fue resuelto sin fundamento por Pakistán, lo que había significado el incumplimiento del contrato y a su vez del BIT, por lo que debían ser indemnizada.

⁷⁴ Citado por Fernando Cantuarias, *Borrador Libro de Arbitraje*, Capítulo 7, pp. 428-429.

⁷⁵ Citado por Fernando Cantuarias, *Borrador Libro de Arbitraje*, Capítulo 7, p. 429.

El Tribunal, en su Decisión sobre Jurisdicción del 6 de agosto de 2003, acogió en parte los fundamentos del Comité Ad-Hoc en el caso Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina. Así reconoció que de un solo hecho pueden derivarse reclamos fundados en el BIT y en el contrato. Acto seguido concluyó que el BIT autorizaba a conocer las pretensiones materia de la controversia. Así el convenio arbitral que señalaba que debía arbitrarse en Pakistán era válido, pero solo aplicable a controversias contractuales. Dijo el Tribunal que si las partes hubieran querido darle jurisdicción al CIADI en temas contractuales así lo hubieran previsto en el BIT, lo que no había ocurrido.

Finalmente comentaremos el caso SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas (Caso No. ARB/02/6)⁷⁶. En este caso también existía un contrato de supervisión de importaciones que sometía cualquier controversia a las cortes regionales de Makati o de Manila y, por otro parte el BIT Suiza-Filipinas sometía controversias sobre inversiones al CIADI.

El Tribunal en su decisión sobre jurisdicción de 29 de enero de 2004, se apart  del análisis efectuado en el caso anterior y consideró que el BIT Suiza-Filipinas que reconocía su aplicación para resolver cualquier controversia sobre inversiones, sin importar si era o no contractual. Yendo más allá incluso, indicó que sólo cabría llegar a un resultado diferente si el BIT hubiera dispuesto expresamente que la cláusula de solución de controversias se aplicara exclusivamente a “disputas referidas a la interpretación de este Convenio” o contuviera una redacción similar, ya que all  sí se limitaría el acceso al arbitraje del CIADI a reclamaciones por la violación de las disposiciones del BIT.

El resultado de su razonamiento lo condujo a formularse dos preguntas: la primera, la interpretación que se debe hacer de la cláusula de solución de controversias contenida en un BIT; y, la segunda, el impacto que tendrá en la jurisdicción de los tribunales identificados en un BIT para conocer las pretensiones referidas a un contrato cuando éste último contiene un pacto de solución de controversias distinto. Cantuarias resume el razonamiento del Tribunal de la siguiente manera:

“Sobre esto último, el Tribunal Arbitral consideró en primer lugar que no era aceptable seguir el análisis desarrollado en el caso Lanco International, Inc. c. República de Argentina. En ese sentido, entendió que con o sin la exigencia legal de sometimiento a una determinada jurisdicción, lo cierto es que el pacto contenido en un contrato es obligatorio para las partes y debe ser respetado, con independencia de que el foro al que se sometan las partes sea uno judicial o arbitral. Además, correctamente afirmó que el artículo 26  del Convenio CIADI contenía una regla de interpretación y no una norma mandatoria.

Seguidamente el colegiado (este vez sólo en mayoría, lo que no es usual en el CIADI) entendió que como el BIT y el contrato identificaban dos jurisdicciones distintas para resolver las controversias referidas al

⁷⁶ Citado por Fernando Cantuarias, *Borrador Libro de Arbitraje*, Capítulo 7, pp. 429-430.

contrato, debía apelarse al principio de que lo especial prima sobre lo general (en este caso el contrato era especial frente a la disposición general que era el BIT). Además, considerando la naturaleza de los BITs, había que entender que éstos no pretenden reemplazar un pacto de solución de controversias libremente acordado por las partes.

Por lo tanto, aquí el colegiado entendió que el problema no era uno de jurisdicción (ya que el Tribunal Arbitral tenía jurisdicción en base al BIT para conocer las reclamaciones referidas al contrato), sino uno de admisibilidad de la demanda, en el sentido que si el contrato contiene un pacto de solución de controversias, corresponde acudir a él, salvo fuerza mayor o supuestos similares.

En conclusión, el Tribunal Arbitral por mayoría fue de la opinión que no debía ejercer jurisdicción contra las reclamaciones referidas al contrato, ya que las partes habían acordado otra cosa. Ello, sin embargo, no impedía que el colegiado asumiera jurisdicción respecto a cualquier alegada violación al BIT, como de hecho la asumió respecto a las supuestas violaciones de los artículos X(2) y IV del BIT, aunque seguidamente por mayoría decidió suspender el arbitraje por prematuro, al considerar que como la disputa estaba referida a un monto de dinero que se debía de acuerdo al contrato, se requería que previamente se siguiera la vía pactada contractualmente.”⁷⁷

Como se puede ver se trata de una discusión abierta y donde es evidente que no es fácil predecir el resultado de una discusión sobre si prima el tratado o el convenio arbitral pactado entre las partes.

La última jurisprudencia, sin embargo, parece reconocer un cierto valor al pacto contractual, pero solo respecto de las controversias originadas en el propio contrato.

En todo caso es importante apreciar la evolución dinámica del arbitraje como la opción para resolver controversias vinculadas incluso a facultades de imperio del Estado. Ello, que era impensable bajo la perspectiva clásica que inspira al Derecho Administrativo, es hoy “pan de todos los días”, lo que ha determinado una suerte de sometimiento de temas de Derecho Público al método de solución de controversias más característico del Derecho Privado. El CIADI, sin perjuicio de basarse en un sistema de tratados generados al amparo del Derecho Internacional Público, es por definición un sistema privado que ha permitido generar confianza en las relaciones entre los Estados y los inversionistas.

6.3. La Discriminación a favor de los Extranjeros.

Un curioso fenómeno generado por la rápida evolución del arbitraje internacional ha sido justamente un tratamiento más favorable a los inversionistas extranjeros que a los nacionales. Ello se ha derivado principalmente del mantenimiento de un cierto nivel de

⁷⁷ Citado por Fernando Cantuarias, *Borrador Libro de Arbitraje*, Capítulo 7, pp. 434-436.

poder monopólico del Estado sobre los inversionistas nacionales de los que los inversionistas extranjeros se han liberado gracias a la competencia entre Estados por atraer inversión.

Así, por ejemplo, esquemas como el CIADI no suelen estar al alcance de los inversionistas nacionales, al menos de manera directa. Ello conduce a que sea más difícil liberarse de los problemas de jurisdicción de las cortes locales. La paradoja es que la introducción en las leyes y Constituciones Latinoamericanas de términos inspirados en la cláusula Calvo, dirigida a reducir un tratamiento diferenciado entre nacionales y extranjeros, contribuyó en realidad a segregar, por la vía del desarrollo del arbitraje internacional, a los nacionales para alcanzar esos mismos canales para la solución de sus controversias.

Esto no significa que no hayan habido avances favorables al desarrollo del arbitraje doméstico como una alternativa, pero sus avances distan mucho de los alcanzados a nivel del arbitraje internacional, con la creación de elementos como el arbitraje sin convenio, de arbitraje sin revisión por cortes nacionales (como en el CIADI) la no oponibilidad del derecho interno para limitar la arbitrabilidad, la aplicación de la cláusula de la nación más favorecido, entre otros elementos que favorecen al inversionista extranjero.

7. Conclusión.

El espacio disponible no ha permitido el desarrollo de todo el detalle que hubiera merecido el arbitraje en los contratos administrativos. Se trata de un fenómeno del que aún no somos totalmente conscientes de sus implicancias y alcances. Bajo esta figura está ocurriendo una auténtica revolución de las concepciones más tradicionales del Derecho Administrativo, revolución que está llevando esta rama a una suerte de privatización.

Es cada vez más común que al surgir una controversia entre un administrado y la administración, los abogados que tengamos que contratar no sean abogados administrativistas sino expertos en arbitraje comercial. Este fenómeno lo entiendo como positivo.

La asimetría Estado-ciudadano, favorable al primero, ha sido aceptada de manera excesivamente pacífica, cuando es el Estado el que se debe al ciudadano. El arbitraje está contribuyendo a volver las cosas a su sitio, al darle a los particulares el sitio que merecen.

El arbitraje y la contratación administrativa nacieron como enemigos irreconciliables, como polos opuestos. Pero están aprendiendo a intimar, a encontrarse y con ello a generar esquemas en los que el Derecho Administrativo se vuelva más confiable y el arbitraje comercial se haga más importante. En ese encuentro se genera confianza y con la confianza ganan los Estados, ganan los inversionistas y sobre todo los ciudadanos de los países receptores de la inversión.