

# LA CONTRATACION ENTRE ESTADOS Y EMPRESAS TRANSNACIONALES

Fabián Novak Talavera\*

## INTRODUCCION

En los últimos años, gran parte de los publicistas han dedicado esfuerzos al estudio del fenómeno transnacional<sup>1</sup>, tratando de comprobar mediante un análisis detallado si se enfrentan al surgimiento de un nuevo sujeto del Derecho Internacional o si por el contrario se trata sólo de falsos rumores.

Para ello, han recurrido a analizar los múltiples aspectos del fenómeno; más no cabe duda, que es el tema de los denominados convenios de estabilidad jurídica o state contract, el que concentra su mayor interés.

Precisamente, este ensayo pretende establecer cuáles son las características centrales de estos convenios y cuáles las causas de su origen, para a partir de allí, poder establecer con meridiana precisión su naturaleza jurídica y el ordenamiento al que finalmente estarían sometidos estos convenios.

---

\* Director del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Internacional Público de las Facultades de Derecho de la Universidad Católica y de Lima.

1 Para efectos del presente artículo debemos tener en cuenta que el término **multinacional** se afianza con el desarrollo de empresas de gran magnitud que, teniendo su casa matriz o sede principal de los negocios en un país, tienen filiales o sucursales en otros países y despliegan sus actividades económicas bajo distintas soberanías y, por ende, están sujetas a diversos sistemas jurídicos, pero de tal manera que esas actividades son capítulos de una estrategia global de dimensión mundial. La palabra **transnacional** por el contrario, se reserva a las actividades que no sólo se realizan fuera de las fronteras del país a que el agente económico pertenece (empresa, banco) sino fuera de toda regulación jurídica soberana (nacional o intergubernamental) y el ejemplo típico son las operaciones financieras comúnmente creadas por los bancos y aceptadas (eurodivisas, euroobligaciones) universalmente. Este es el enfoque que adopta Ph. Kahn para calificar de transnacional la relación jurídica contractual entre un Estado y una empresa extranjera. Sentencia Arbitral del 24 de marzo de 1982, *Clunet*, 1982, p.870.

## 1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA EMPRESA TRANSNACIONAL

Una definición sencilla de una empresa multinacional es que se trata de una firma que posee y maneja unidades económicas en dos o más países. Por lo general, entraña inversión extranjera directa por parte de una empresa y la propiedad de unidades económicas (servicios, industrias extractivas o plantas manufactureras) en varios países. Dicha inversión directa (en contraste con la inversión de cartera) implica la extensión del control gerencial a través de las fronteras nacionales. El funcionamiento internacional de estas empresas es congruente con el liberalismo, pero se opone directamente a la doctrina del nacionalismo económico y al enfoque de los países comprometidos con el socialismo y la intervención estatal en la economía<sup>2</sup>.

Las empresas multinacionales tienen un amplio reservorio de talento administrativo, activos financieros y recursos técnicos, y llevan adelante sus gigantescas operaciones con una estrategia global coordinada. La multinacional tiende a expandirse y a perpetuar su posición en el mercado, a través de una integración vertical y de la centralización de las decisiones corporativas. IBM, Exxon, General Motors, Mitsui, Toyota, Fiat y Nestlé son ejemplos típicos.

Hasta el último cuarto del presente siglo, los dos tipos de inversión extranjera más importantes eran las inversiones manufactureras en las economías desarrolladas de la OCDE y las inversiones en industrias extractivas, especialmente el petróleo, en el mundo menos desarrollado. En las últimas décadas, sin embargo, los servicios también han estado cada vez más dominados por las multinacionales.

Las actividades de estas empresas se desarrollan, en consecuencia, como si no existiesen fronteras nacionales, pero no existe, como ya se ha observado, un status jurídico equivalente para la empresa como estructura organizativa. En este sentido, la empresa transnacional es una empresa de base nacional, que actúa (en una medida significativa) a escala internacional y se sujeta, en cuanto a la calificación de su nacionalidad, por una parte, al derecho del país sede de la casa matriz, y por la otra, a los ordenamientos jurídicos de los países en donde se establecen sus sucursales y filiales, las que podrán recibir el trato de «nacionales», «extranjeras» o, eventualmente, «mixtas» conforme a las definiciones y reglas particulares de cada derecho nacional<sup>3</sup>.

Por otro lado, el fraccionamiento de la base legal y la diversidad de los contenidos legislativos aplicables en cada país estimulan en las empresas transnacionales la evaluación global de los distintos marcos jurídicos, a efectos de compararlos y eventualmente combinarlos entre sí para obtener la fórmula más adecuada a través de las relaciones entre filiales y entre éstas y la matriz, en términos de su estructura organizativa y de la propiedad (filiales simples, sucursales, empresas mixtas), los canales para la remesa de beneficios (intereses, regalías), los mercados de importación y exportación, etc.

---

2 GILPIN, Robert. *La Economía Política de las Relaciones Internacionales*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1990, p. 249.

3 WHITE, Eduardo y Carlos CORREA. «El Control de las Empresas Transnacionales y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados». EN: *Derecho Económico Internacional*, México: Fondo de Cultura Económica, 1976, p.193.

Según Francisco Francioni, las empresas transnacionales, caracterizadas por ser empresas de enorme potencial financiero; con un patrimonio científico-tecnológico y una administración internacionalizada, con una unidad económica y diversidad jurídica, donde el poder de decisión está disperso; comienzan progresivamente desde principios de siglo a partir al exterior por y muy variadas razones: conseguir mano de obra más barata; controlar los mercados a fin de facilitar las exportaciones; controlar las fuentes de materia prima; y evitar la concurrencia de empresas locales.<sup>4</sup>

La expansión y el éxito de esta forma vertical de la empresa multinacional involucró fundamentalmente tres aspectos. El primero fue la internalización o integración vertical de los diversos estados de la producción, primordialmente para reducir los costos de transacción. El segundo es la producción y explotación del conocimiento técnico. Debido al costo cada vez mayor de la investigación y el desarrollo, la firma se consagra a apropiarse de los resultados de su investigación y a retener el monopolio durante el mayor tiempo posible. El tercero es la ocasión de expandirse en el exterior, facilitada por los adelantos en el transporte y las comunicaciones.

La estrategia de una multinacional verticalmente integrada consiste entonces, en ubicar los diversos estadios de la producción en diferentes lugares diseminados por todo el mundo. Una motivación primaria de la inversión extranjera directa es sacar ventaja de los costos más bajos en producción, los beneficios impositivos locales y, especialmente en el caso de las firmas norteamericanas, los esquemas arancelarios que favorecen la producción extranjera de componentes. El resultado de esta internacionalización del proceso productivo ha sido la rápida expansión del comercio intraempresario.

Pero ¿Cuáles son las características centrales de una empresa multinacional?

Brito Moncada señala como características principales de estas empresas, las siguientes<sup>5</sup>:

- a) Centralización de las decisiones importantes con respecto a filiales, pero con delegación de las decisiones ordinarias a éstas;
- b) Control de las filiales (a través de la propiedad total de las mismas, salvo casos excepcionales como el Japón, que se asocia con capitales locales);
- c) Implantación de una lealtad estricta en su personal, rompiendo inclusive los vínculos nacionalistas de sus miembros;
- d) Vinculación con el país de origen (tiende a desaparecer);
- e) Aplicación, en lo posible, de leyes extranjeras en forma extraterritorial;
- f) Poder superior de mercado al de la empresa local; y
- g) Posesión de tecnologías de punta.

---

4 MELLO DE ALBUQUERQUE, Celso. **Curso de Direito Internacional Público**, Renovar: Río de Janeiro, Tomo II. p.452. En una opinión fechada en 1972 el Consejo Económico y Social Francés definió a las Empresas Transnacionales como: «Les Sociétés dont le siège social est dans un pays déterminé et qui exercent leurs activités dans un ou plusieurs autres pays, par l'intermédiaire de sucursales ou de filiales qu'elles coordonnent».

5 BRITO MONCADA, Javier Ramón. **Derecho Internacional Económico. Perspectiva Histórica, Económica, Política y Jurídica**, México: Trillar, 1982, p.56.

Por último, la empresa multinacional también se caracteriza por erigir barreras al acceso a los mercados a través de sus inversiones extranjeras. En las industrias oligopólicas, donde las economías de escala y la demanda interna son factores importantes para la capacidad de competencia internacional, la firma invierte en muchas economías, con el propósito de evitar el surgimiento de rivales extranjeros. En este intento, la empresa por lo general se encuentra apoyada por la política comercial e industrial del gobierno de su país de origen.

En conclusión, la EMN tiende a ser una empresa oligopólica en la cual la propiedad, el manejo, la producción y las actividades de venta se extienden a través de diversas jurisdicciones nacionales. Comprende una oficina principal en un país y un conjunto de subsidiarias en otros países. El objetivo principal de la empresa es asegurar la producción menos costosa posible de bienes para los mercados mundiales; esta meta puede alcanzarse adquiriendo los emplazamientos más eficientes para los mecanismos de producción y obteniendo concesiones impositivas por parte de los gobiernos anfitriones<sup>6</sup>.

## 2. ORIGEN Y EVOLUCION DE LA EMPRESA TRANSNACIONAL.

Desde la expansión de las grandes sociedades comerciales, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, el Derecho se ve obligado a enfrentar la necesidad de su tutela. La evolución de la institución societaria en el plano internacional, con la generalización de los grupos de empresas controladas por una sociedad matriz, hicieron que una institución del Derecho Internacional clásico como la Protección Diplomática se enfrentara a una realidad compleja y multiforme, encontrando serias dificultades para su adaptación satisfactoria.<sup>7</sup>

Así, a partir principalmente de la segunda década de este siglo, comenzó a desarrollarse en gran escala la industria petrolera, que trajo consigo la instalación de importantes sociedades extranjeras en los países productores, en particular en los del Medio Oriente. Después de la Segunda Guerra Mundial, en los años 40, se acentuó también un notable movimiento de inversión de capitales europeos y norteamericanos, esta vez, hacia los países en vías de desarrollo. Numerosas empresas obtuvieron de estos Estados concesiones para prospección y explotación de hidrocarburos, construcción de puertos, ferrocarriles, caminos y otras obras de infraestructura.<sup>8</sup>

A pesar de que la dominación de la economía mundial por parte de las empresas multinacionales parecía asegurada en los años sesenta, en 1973 se produjo un acontecimiento que desafió profundamente y alteró su posición aparentemente invencible en la economía mundial. El embargo de petróleo por parte de la OPEP y el subsiguiente aumento masivo en el precio del petróleo demostró que las naciones-Estado no habían perdido su capacidad de contraataque. En un período de tiempo relativamente breve, las gigantescas compañías petroleras -que previamente eran la quintaesencia de las empresas multinaciona-

---

6 GILPIN, Robert. *Ob.Cit.*, p.254.

7 VICENTE BLANCO, Dámaso. «La Protección de las Inversiones Extranjeras y la Codificación Internacional del Arbitraje». EN: *Anales de Estudios Económicos y Empresariales*, nº 7, año 1992, Valladolid, p. 353.

8 BARBERIS, Julio. *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*, Tecnos: Madrid, p. 167.

les- se encontraron con que se habían nacionalizado muchas de sus subsidiarias extranjeras y habían quedado sometidas a Estados antes considerados serviles y carentes de poder. La historia mundial registra unas pocas redistribuciones de la riqueza y del poder equivalentes, cumplidas en tan corto período.

Como consecuencia de ello, se produjo otro cambio significativo. Aunque algunas de las más viejas y más exitosas empresas multinacionales no son norteamericanas, las empresas estadounidenses habían dominado la escena a todo lo largo de los años sesenta y parte de los años setenta. Después de mediados de la década de los años setenta, sin embargo, su preeminencia se vió desafiada y, en algunos casos, sobrepasada no sólo por empresas europeas y japonesas, sino por las multinacionales de países recientemente industrializados, como Brasil, India y Corea del Sur<sup>9</sup>. El resurgimiento del Estado-nación y la emergencia de poderosas empresas no norteamericanas hicieron que el cuadro se complicara mucho más que nunca hacía mediados de los años ochenta.

En efecto, los países de Menor Desarrollo abrieron aún más sus puertas a las multinacionales en estos años, debido a los efectos de la recesión mundial, la experiencia de la crisis de la deuda global y la disminución en la disponibilidad de otras formas de capital y de medios para adquirir tecnología<sup>10</sup>. A partir de la década del ochenta, las alianzas y la cooperación interempresaria, los acuerdos a menudo sancionados y promovidos por los gobiernos nacionales, se volvieron cada vez más importantes.

El costo progresivamente más alto del desarrollo tecnológico, la importancia de las economías de escala y la expansión del Nuevo Proteccionismo, hicieron de la participación en los tres mercados más grandes del mundo -Estados Unidos, Europa Occidental y el Japón- una necesidad para las empresas multinacionales; esto a su vez, a menudo implicó la necesidad de conseguir un socio local. El resultado fue que las multinacionales invadieron los mercados de origen de las otras desarrollando nuevas prácticas<sup>11</sup>. La nueva United Motor Manufacturing Company establecida en 1983 por dos poderosas rivales, General Motors y Toyota, para producir autos subcompactos en Estados Unidos, será el ejemplo más destacado. Entonces las complejas alianzas empresarias serían cada vez más importantes<sup>12</sup>.

Tales hechos predicen el fin del viejo multinacionalismo. Han pasado los tiempos en que las empresas de Estados Unidos y de otros pocos países desarrollados podían operar libremente en las economías anfitrionas y hasta dominarlas, y en que la inversión extranjera directa significaba la propiedad y el control de subsidiarias totalmente propias. En lugar de ello, se pusieron en vigor una gran variedad de acuerdos negociados: intercambio de licencias de tecnología entre empresas de diferente nacionalidad, sociedades accidentales, acuerdos de comercialización ordenados, fuentes de abastecimiento secundario, producción de componentes en otros países y propiedad compartida de capitales. La alianza General Motors-Toyota fue sin duda precursora de otras muchas que se sucederán en el futuro.

---

9 THE ECONOMIST, 23 de julio de 1983, pp. 55-56.

10 THE ECONOMIST, 19 de febrero de 1983, pp. 86-87.

11 THE ECONOMIST, 11 de febrero de 1984, p.63.

12 BUSINESS WEEK, 21 de julio de 1986.

Las empresas transnacionales en consecuencia, comenzaron gradualmente a cobrar importancia en la vida nacional e internacional. Desde el punto de vista económico por ejemplo, la importancia de algunas empresas transnacionales en la década del 80, sobrepasó la de muchos Estados. Baste señalar que si elaboramos un cuadro comparativo del Producto Nacional Bruto de Estados y el volumen de negocios de Empresas, apreciaremos que hacia 1984, entre las 100 mayores entidades económicas del mundo 51 eran empresas y sólo 49 Estados. Y que en 1971, solamente las 10 mayores transnacionales del mundo efectuaban ventas por un monto superior al Producto Nacional Bruto de 80 países.<sup>13</sup>

«A la primera empresa mundial -la General Motors- le correspondería el tercer puesto de la clasificación de las potencias económicas, entre México y Suecia. Esta empresa, con más de 750.000 empleados, tiene una mano de obra superior a la población de Luxemburgo. El volumen de negocios de la Ford es superior al PNB de Dinamarca, y el de la IBM o el de la Chrysler equivale al de la República de Corea o al de Filipinas. Los activos líquidos de la Standard Oil (Esso) rebasa el valor de las existencias de oro de Estados Unidos. La flota petrolera de esta empresa es superior a la de Grecia. Los ejemplos podrían multiplicarse, pero lo importante es señalar que esta tendencia va en aumento, a grado tal que, se estima que en el futuro, unas 300 multinacionales pueden llegar a controlar el 70% de la producción industrial de todos los países del mundo libre<sup>14</sup>.

Ya en los años 70, Richard Barnet había dicho: «Los gerentes de las empresas transnacionales pretenden poner en práctica una teoría de organización humana que alterará profundamente el sistema nación-Estado en torno al cual la sociedad se ha organizado por espacio de 400 años. Lo que ellos demandan, en esencia, es el derecho de trascender la nación-Estado y, en el proceso, transformar dicha entidad»<sup>15</sup>. El presidente de la IBM sobre lo mismo afirmó en una ocasión que «las fronteras que separan a una nación de otra no son más reales que el Ecuador. Son meras demarcaciones de entidades étnicas, lingüísticas y culturales. No definen necesidades negociables ni líneas de consumo... El mundo fuera de nuestro país de origen ya no se ve como series de consumidores desconectados y expectativas para nuestros productos, sino como la extensión de un solo mercado»<sup>16</sup>. «Dénnos el ambiente propicio y edificaremos pueblos y ciudades en vez de teorías. Les mostraremos cómo alcanzar en paz una total independencia que puede ganarse en el campo de batalla o del otro lado de la mesa de negocios. Sin sacrificar sus tradiciones ancestrales, traeremos la revolución histórica del modo que la gente en todo lugar anhela»<sup>17</sup>.

Dentro de este orden de ideas parece coherente afirmar que la principal fuente de poder de las multinacionales fue y sigue siendo su control de conocimiento, en tres áreas específicas: la tecnología de producción y organización -o sea, el cómo hacer, empacar y transportar; la tecnología de obtención y manejo de capital financiero- o sea, el cómo crear su propia economía global aislada de las vicisitudes de economías nacionales por medio de trasladar ganancias y eludir impuestos; y la tecnología de mercado - o sea el cómo crear y

13 MELLO DE ALBUQUERQUE, Celso. *Ob. Cit.* p. 466.

14 BRITO MONCADA, Javier Ramón. *Ob.Cit.* pp. 49-50.

15 BARNET, Richard J. & MÜLLER, Ronald E., **Global Reach. The Power of the Multinational Corporations.** A touchstone book, published by Simon and Schuster, Nueva York, 1974, p. 15 y 16.

16 *Ibidem*, pp. 14-15.

17 TURNER Louis. **Multinational Companies and the Third World**, Hill & Wang, A division of Farrar, Straus and Giroux, Nueva York, 1973; p.5.

satisfacer una demanda de sus bienes por medio de difundir una ideología de consumo a través del control de la publicidad de medios masivos y de la cultura popular.

Este gran desarrollo alcanzado por las empresas transnacionales en el plano económico, empezaría a extenderse también en el ámbito político, comenzando a amenazar la soberanía y seguridad de los Estados donde éstas operaban.

Las empresas transnacionales comenzaron así por crear verdaderos aliados dentro del Estado, contratando individuos influyentes para sus cargos de dirección; ligándose con las clases dominantes de los países donde iban a operar a fin de obtener mayor estabilidad; creando elites locales que imitaban la «way of life» de los países ricos; y finalmente, reforzando su acción individual con un fuerte apoyo de su Estado nacional, quien los protegería de cualquier «abuso» del Estado receptor de la inversión.<sup>18</sup>

Prueba de este poder político es que, hasta los años setenta, las empresas multinacionales norteamericanas controlaron el acceso a las materias primas, especialmente el petróleo, a todo lo largo y ancho del mundo no comunista, lo cual garantizaba la seguridad del suministro y su obtención preferencial para los consumidores norteamericanos en épocas de escasez. Se ejercía este control también para moderar los aumentos de precios durante los períodos críticos, tales como el de la guerra de Corea y la guerra de Vietnam y, en ocasiones, se lo utilizó como una fuente de influencia política.<sup>19</sup>

En efecto, antes de 1973, Estados Unidos utilizaba su posición cuasimonopólica respecto del petróleo como una arma política. El mejor ejemplo es la crisis de Suez de 1956. La amenaza norteamericana de cortarles el petróleo a los británicos y a los franceses fue un factor significativo para forzarlos a desistir de la invasión.

Pero también se ha considerado a las empresas multinacionales como una herramienta para la diplomacia, en muchos casos, para disgusto de sus directivos empresarios. El gobierno de Estados Unidos por ejemplo intentó en muchas ocasiones, manipular o controlar las actividades de las empresas norteamericanas, con el fin de inducir o coercionar a otros gobiernos a que hicieran su juego. Así, un ingrediente clave en la política de deshielo del secretario de Estado Henry Kissinger con la Unión Soviética, fue prometerle a esta última un incremento del comercio, la inversión y la exportación de tecnología norteamericana. Kissinger esperaba modificar el comportamiento soviético por medio de la creación de una red de interdependencia entre Rusia y el mundo exterior. Por su parte, el presidente Reagan intentó también utilizar la negativa a enviar tecnología norteamericana a la Unión Soviética, como un arma de coerción política y de enfrentamiento económico en el caso del acuerdo relativo al gasoducto soviético-europeo oriental. Hay muchos otros casos similares de intentos, por parte de Estados Unidos y otros gobiernos, de incluir a las multinacionales en la conducción de la política exterior<sup>20</sup>.

En consecuencia, el poder económico y político de las empresas transnacionales se fue consolidando con el tiempo, lo que llevó a múltiples intentos de regulación.

---

18 *Ibid.*, p. 453.

19 GILPIN, Robert. *Ob.Cit.*, pp. 257-258.

20 *Idem*, pp.258-259.

## 2.1 Intentos de Regulación de la Empresa Transnacional

El poder económico y político alcanzado por las Empresas Transnacionales, así como el funcionamiento desarticulado de las legislaciones nacionales, y los conflictos de leyes que podían suscitarse a través de la acción de estas empresas, dió lugar en los últimos años a diversas iniciativas para la coordinación y armonización de los instrumentos jurídicos vigentes y para la creación de nuevas instituciones y mecanismos regulatorios a nivel internacional.

En este sentido, puede advertirse, tanto en los países desarrollados como en los subdesarrollados, un alto interés por la reglamentación global de aquellas empresas. Sin embargo, la convergencia en el objetivo de una regulación internacional no refleja en la mayoría de los casos las profundas diferencias latentes o manifiestas sobre las clases de reglamentación que conviene o a la que aspiran los países pobres y la que desearían o estarían dispuestos a convalidar los países ricos, principales usufructuarios del poder de aquellas empresas.

En el campo **doctrinario** existen propuestas de regulaciones globales de naturaleza mandatoria. George W. Ball<sup>21</sup> sugiere la creación de un cuerpo legal supranacional que permita dar status jurídico internacional a las empresas transnacionales, incluyendo, entre otras, disposiciones de tipo antimonopolio y garantías contra expropiaciones no compensadas. La finalidad básica del derecho de las compañías internacionales así establecido sería la de asegurar a incrementar la libertad de movimiento de dichas empresas, estableciendo límites a los Estados nacionales en las restricciones o condicionamientos que pudieran dictarse y aplicarse con referencia a las mismas. Resulta claro que el alcance con que se concibe por este autor una reglamentación internacional de las empresas transnacionales, no consiste en discutir la viabilidad y dificultades con que se enfrentan las regulaciones nacionales que intentan un cierto tipo y grado de limitación o sujeción de la conducta de aquellas empresas en el ámbito local. La sugerencia de Ball apunta a controlar a los Estados antes que a las firmas. Procura reducir o suprimir las vallas que pueden retardar, trabar o impedir su desarrollo librado a la expansión no restringida de sus fuerzas internas.

Goldberg y Kindleberger<sup>22</sup> por su parte, sustentan la idea de estructurar mecanismos y órganos de supervisión internacional de las empresas transnacionales, como una solución preferible al *laisser-faire* absoluto, y también frente a «un retorno al nacionalismo». El esquema de estos autores se aproxima a la concepción de un «Acuerdo General para la Cooperación Internacional» a semejanza del Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio (GATT), que debería partir de una posición cercana a la del *laisser-faire* y construir un sistema a través de prueba, error y la acumulación de antecedentes. En un foro internacional se investigarán los hechos llevados a consulta por los países o empresas, emitiéndose recomendaciones sin fuerza obligatoria, y permitiendo eventualmente la solución de controversias.

---

21 BALL, George W. «Cosmocorp: The importance of Being Stateless». **World Business, Promise and Problems** 337 (C. Brown ed. 1970).

22 GOLDBERGER, Paul M. y KINDLEBERGER, Charles P. «Toward a GATT for investment: a proposal for supervision of the international corporation», **Law and Policy in International Business**, vol. 2. Verano 1970, núm.2.



Otra propuesta de índole coactiva es la que ha aportado Jack N. Behrman,<sup>23</sup> inspirada básicamente en las posibilidades de cooperación y complementación económica entre los países desarrollados. Se trata de la creación de una «Organización para la Integración Industrial Internacional» que tendría por funciones otorgar responsabilidades en sectores económicos específicos a las empresas transnacionales, teniendo en cuenta una participación equitativa en los mismos, la realización de proyectos conjuntos, el intercambio de información y el control de las políticas de promoción industrial, con el objetivo de incrementar la productividad global de las economías involucradas, y una asignación y utilización más racional y eficiente de los recursos disponibles.

Finalmente, Vagts,<sup>24</sup> apuntando al control de aspectos específicos del comportamiento de las empresas transnacionales, alienta la implantación de mecanismos institucionales que posibiliten, por un lado, la desconcentración de las empresas transnacionales mediante la aplicación de una legislación internacional antimonopólica; y por el otro, la reestructuración de aquellas empresas, para que su acción internacional no se rija exclusivamente por razones y determinantes de índole comercial y de maximización de beneficios, sino que tome en consideración otros factores y variables de interés para los países de su radicación.

Aparte de las posiciones doctrinarias, a nivel de ciertas **Organizaciones Internacionales**, se han planteado también propuestas de regulación. Dos son las más importantes:

a) **Proyecto de Código de Conducta de las Naciones Unidas sobre las Sociedades Transnacionales**

En el seno del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), la Comisión de Empresas Transnacionales estableció, en su segundo periodo de sesiones, celebrado en Lima del 1º al 12 de marzo de 1976, un Grupo Intergubernamental de trabajo sobre un Código de Conducta, mismo que fue aprobado por la decisión 180/LXI del ECOSOC, del 5 de agosto del mismo año.

Este Código fue el resultado de la convergencia momentánea de dos esfuerzos: de una parte, los Estados Unidos que buscaban «moralizar» ciertos comportamientos de las Empresas Transnacionales así como instaurar o restaurar entre ellos las condiciones de igualdad y, con este fin, alcanzar una reglamentación internacional que sustituyera las reglamentaciones nacionales. De otra parte, los países en Desarrollo que buscaban evitar ciertos desbordes de estas sociedades y afirmar las exigencias del Nuevo Orden Económico Internacional.

Sin embargo, esta convergencia momentánea no resistió la prueba de la negociación. Por esta razón, la Comisión de Sociedades Transnacionales de las Naciones Unidas elaboró un Código cuya estructura general satisficiera a unos y a otros.

---

23 BEHRMAN, Jack N. «Sharing International Production through the Multinational Enterprise and Sector Integration», *Law and Policy in International Business*, 2, 1972.

24 VAGTS, Detlev F. «The Global Corporation and International Law. Op. Cit.

El Código se divide en seis partes, claramente definidas:

1. Preámbulo y Objetivos
2. Definición y Campos de Aplicación
3. Actividades de las Sociedades Transnacionales
4. Tratamiento de las Sociedades Transnacionales
5. Cooperación Intergubernamental
6. Aplicación del Código de Conducta

El Código motivó igualmente la oposición de los países en desarrollo contra los países desarrollados respecto al objeto que debía perseguir este instrumento. Los primeros entienden que el Código debe ser una enumeración taxativa de los deberes de las Empresas Transnacionales; mientras los segundos, lo entienden como un verdadero estatuto que define sus deberes y derechos.

Por otro lado, la oposición se extiende a tres problemas fundamentales:

1. La Definición de Sociedad Transnacional.
2. El Equilibrio del Código: Este Código enumera los deberes de la sociedad transnacional en la parte titulada «actividades de las sociedades transnacionales». Pero al comienzo, esta sección no tenía su contraparte en un señalamiento de sus derechos frente al Estado territorial, lo que despertó vivas críticas de los países desarrollados.

Fue así como con el propósito de resolver esta falta de equivalencia se decidió insertar en el Código una parte titulada «tratamiento de las Sociedades Transnacionales»; sin embargo, esto no resolvió totalmente algunos cuestionamientos como los que provienen de la nacionalización o expropiación de estas empresas.

3. La Referencia al Derecho Internacional. Los países desarrollados demandan que los derechos de las Sociedades transnacionales sean definidos con claridad y nitidez, pero, además, que sean estables. Por ello, entienden que el orden jurídico al que deben estar sometidas es el orden jurídico internacional. En este sentido, plantean la inclusión de una «referencia al Derecho Internacional» que comprenda por su generalidad a los Principios Generales del Derecho. Los países en desarrollo, por el contrario, sostienen que se incluya una «referencia a las obligaciones internacionales» que, por su especificidad, incluye las normas convencionales mas no las no convencionales. Este es el principal obstáculo del Código de Conducta.

**b) La Declaración y las Decisiones de la OCDE sobre la Inversión Internacional y las Empresas Multinacionales.**

La reglamentación de la OCDE se compone de:

1. Una Declaración sobre la Inversión Internacional y las Empresas Transnacionales.
2. Tres instrumentos interdependientes:
  - 2.1 Principios Rectores a la Intención de las Empresas Multinacionales;
  - 2.2 Tratamiento Nacional;y
  - 2.3 Estímulos y Obstáculos a la Inversión Internacional

Las decisiones (recomendaciones) son objeto de enriquecimiento progresivo por dos vías distintas: el mecanismo del **reexamen periódico**, que permite evaluar la efectividad de la reglamentación o completar algún aspecto y, el mecanismo de **clarificación**, forma de interpretación que permite una buena y adecuada aplicación de los textos.

Los tres instrumentos se encuentran íntimamente vinculados pues la adhesión a un instrumento implica la adhesión a los otros dos. El primero de estos instrumentos define los deberes de las Empresas Multinacionales con el Estado Territorial; el segundo los derechos de las Empresas Multinacionales con el Estado Territorial y el tercero -establecido ya el equilibrio- elimina los obstáculos e introduce estímulos a la inversión.

Un punto importante lo constituye el empleo del término «Empresa Multinacional», pues traduce una voluntad de neutralidad. En efecto, el término «empresa (y no sociedad) cubre a las entidades públicas y privadas, mientras el término «multinacional» (y no transnacional) rechaza la idea de que las empresas esten sometidas a los ordenamientos jurídicos nacionales.

En síntesis, el **Código de Conducta sobre las empresas multinacionales de Naciones Unidas**, ejemplifica un modelo de «reglamentación» no forzosa, más bien destinado a legitimar y garantizar el movimiento y propiedades de las empresas transnacionales que a poner trabas a sus posibilidades de acción. La característica central de este Código es su aplicación al segmento desarrollado del mundo exclusivamente, que se combina para maximizar el aporte material que aquéllas hacen a su desarrollo, al margen de los efectos sociales y políticos que sus modalidades de comportamiento provocan en los países subdesarrollados. El Código aprobado procura reforzar «la contribución positiva que las empresas multinacionales pueden realizar al progreso económico y social» y, al mismo tiempo, «minimizar y superar las dificultades que pueden originar sus diversas operaciones». Para materializar este objetivo, que está muy lejos de buscar un control global sobre esas empresas, se adopta un mecanismo de coordinación y consulta fundado en el «trato nacional» de las inversiones de las empresas de los países miembros, y el reconocimiento de la necesidad de tener en cuenta los intereses de estos países al adoptar regulaciones de estímulo o restricción de las inversiones extranjeras. Mientras que, el esquema conceptual y operativo del **Código de la OCDE** responde más bien a un planteo neoliberal al estilo de Ball, en el que las obligaciones «morales» impuestas a las empresas, no afectan los cursos de acción determinados por el centro de planificación global<sup>25</sup>

---

25 Es significativo que la iniciativa del Código de la OCDE haya provenido de Estados Unidos, «por razones explicadas con claridad por el jefe de la misión de ese país que participó en las negociaciones». En efecto, según ese alto funcionario, Estados Unidos vio con creciente preocupación los intentos de regulación nacional de las empresas transnacionales en Europa Occidental, Canadá y otras partes del mundo. Consecuentemente, el Gobierno de ese país llegó a la conclusión de que la actitud pasiva frente a esas tendencias restrictivas en el exterior podría resultar en una seria erosión «del clima liberal para la inversión internacional», y que en vista del peligro era menester que se adoptara una política más activa tendiente a establecer en el ámbito de la OCDE (donde radica el 70% de la inversión norteamericana en el exterior) un conjunto de reglas mínimas «de buen comportamiento» de las transnacionales». Véase «La OCDE y las transnacionales: tendencia ominosa», *Comercio Exterior*, vol 26, núm. 6 México, junio 1976. Véase también las «Guidelines for international Investment» de la *Cámara Internacional de Comercio* (1973), en donde se delinean un conjunto de pautas de carácter universal para contribuir y promover el desarrollo de la inversión directa internacional.

### 3. APARICIÓN DE LOS CONTRATOS DE ESTADO

Paralelamente a estos esfuerzos de regulación, comienzan a surgir las primeras desavenencias y controversias entre las empresas transnacionales y los Países receptores de la inversión, originadas, fundamentalmente, por las medidas expropiatorias de estos últimos. En estos casos, las empresas tradicionalmente solían acudir a los órganos judiciales y administrativos del Estado receptor de la inversión con el propósito de agotar la vía interna; luego de lo cual, si no obtenían satisfacción, recurrían a su Estado Nacional en pos de una Protección Diplomática.

Como se sabe, dentro de la estructura clásica del Derecho Internacional, el extranjero (persona natural o jurídica) que ve lesionado alguno de sus derechos por un Estado, se halla amparado por la figura de la Protección Diplomática. En virtud de esta institución un Estado tiene el derecho de proteger o amparar a sus nacionales que se encuentran en un país extranjero, cuando han sufrido agravios o perjuicios de los que se supone es responsable el gobierno de ése país. Sin embargo, esta institución, no fue siempre una garantía útil y eficiente para las empresas inversoras o concesionarias de obras públicas en el extranjero. La Protección Diplomática presentaba algunos problemas que la hacían virtualmente ineficaz.

Entre los problemas que presenta la Protección Diplomática para proteger eficazmente al inversionista pueden mencionarse principalmente cuatro. En primer lugar, el carácter facultativo de esta institución. Como se sabe, la Protección Diplomática, es un derecho exclusivo del Estado nacional, cuyo ejercicio depende en consecuencia enteramente de la voluntad de éste. Entonces, el Estado puede por razones políticas abstenerse de reclamar en favor de su inversionista nacional, quedando el individuo absolutamente desprotegido ante el derecho violado y sin posibilidad siquiera de reclamar a su Estado nacional por esta falta de protección.<sup>26</sup> Asimismo, la Protección Diplomática presenta un segundo problema, y es que el Estado no puede amparar a un inversor nacional frente a todas las disposiciones que un Estado receptor de la inversión pueda tomar; sólo puede garantizar derechos adquiridos en virtud del Derecho Internacional. Entonces, una expropiación dictada en tiempo de paz o una requisición dictada en tiempo de guerra están fuera de los alcances de esta institución.<sup>27</sup>

A todo esto habría que agregar en tercer lugar que la reclamación en la Protección Diplomática es indirecta, en tanto es el Estado y no la empresa afectada, la que se reputa como reclamante. La consecuencia directa de ello es que al no tener el Estado un interés inmediato en la causa, la solución no era siempre la más favorable a los intereses de la empresa.

---

26 Salvo casos de excepción como el asunto Arantzazu Mendi, resuelto por el Tribunal Supremo Español en el cual, se reclamó por la inacción del Estado español frente a un hecho ilícito internacional perpetrado contra uno de sus súbditos.

27 Sentencia Arbitral del 30/6/1930 que pone fin a un litigio entre Portugal y Alemania: «Le droit des gens impose le respect de la propriété privée, mais il reconnaît à l'Etat le droit de déroger à ce principe, lorsque son intérêt supérieur l'exige. Il admet ainsi, en temps de paix, l'expropriation pour cause d'utilité publique, en temps de guerre, la réquisition». *Reports International Arbitral Awards*, Vol. II, p. 1039.

Finalmente, el agotamiento de los recursos internos ante los tribunales del país de explotación, como condición indispensable para el ejercicio de la Protección Diplomática, no siempre resulta fácil o cómodo de cumplir para quienes se apresuran a pedir de su gobierno que exija reparación de los agravios que entienden haber sufrido.

Así, ante la evidente ineficacia de esta institución, es que las empresas transnacionales comenzaron a exigir mayores seguridades y garantías en los contratos celebrados con los Estados receptores de la inversión. Estas mayores ventajas se obtuvieron en parte gracias a la presión ejercida por las propias empresas transnacionales de **no invertir** en aquellos países que no se ajustaran a estas nuevas reglas. A esto se sumó la nueva actitud de los Estados receptores de la inversión destinada ya no al control y contención de las actividades de las transnacionales, sino más bien a aprovechar los beneficios de la inversión extranjera directa, estimulándola incluso en industrias anteriormente vedadas a la propiedad privada y, con mayor razón, a la propiedad extranjera.

Varios factores explican este cambio de actitud. En el plano internacional, las tecnologías nuevas y cambiantes, la expansión mundial de las industrias claves, y el ascenso del sector de los servicios, cambian la naturaleza de la producción y la forma en que los países en desarrollo participan en la división internacional del trabajo. En el plano regional, algunas tendencias apuntan hacia una concentración de la actividad económica en tres regiones principales: Asia, América del Norte y Europa Occidental. Y en el plano nacional, la apertura de la mayor parte de las economías a la empresa privada y la creación de un sistema de mercado que permite el ingreso del capital internacional; marcan una nueva etapa en estas relaciones Estado-Empresas Transnacionales.<sup>28</sup>

Entonces, la vieja concepción de la doctrina jurídica internacional que aceptaba hasta hace poco que «los Estados latinoamericanos eran tradicionalmente sostenedores de sus tribunales nacionales»<sup>29</sup>, que la doctrina Calvo era «el antídoto latinoamericano al arbitraje internacional»<sup>30</sup> y que la «admisión directa del arbitraje internacional por los países latinoamericanos era concebida como una renuncia a su soberanía»<sup>31</sup>, quedó definitivamente atrás.

Se parte en suma de la comprobación que, en el mundo actual, la única manera de establecer y consevar un flujo internacional adecuado de capitales es a través de la fijación y mantenimiento de reglas claras, equilibradas, equitativas e institucionalizadas que configuren un clima satisfactorio para las inversiones.

Los inversores extranjeros temen básicamente la inestabilidad de las normas jurídicas y de las políticas económicas, particularmente los riesgos de ver afectado el valor de sus

---

28 ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS. *Informe sobre la inversión privada en el mundo. 1992.* Nueva York, p. 108.

29 GRAIG, W.L, PARK, W, y POULSSON, J. *International Chamber of Commerce Arbitration*, New York, Oceana, 1984.

30 RINKER. «The Future of arbitration in Latin America», 8 Case. EN: *Western Reserve Journal of International Law*, 480, 1970.

31 BASTID y Otros. *Investissement étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privés*, París: Pedone, 1979.

inversiones por nacionalizaciones o expropiaciones sin la debida compensación o la incertidumbre en cuanto al repatrio de capitales y utilidades.

A fin de cubrir estas circunstancias, que se denominan riesgos políticos -es decir ajenos a las vicisitudes comerciales normales de una operación-, y que son percibidos desde el exterior como disuasivos de las inversiones; y ante la manifiesta ineficacia de la institución de la Protección Diplomática; se decidió, respondiendo a numerosas demandas de los países emisores de capital, celebrar convenios bilaterales de protección de inversiones, denominados convenios de estabilidad jurídica o state contract.<sup>32</sup>

Por otro lado, no debemos olvidar que los esfuerzos de las Naciones Unidas, la OCDE y las organizaciones regionales para imponer un código de reglas internacionales sobre las empresas, no han tenido éxito, ni tampoco lo han tenido los esfuerzos norteamericanos para implementar regulaciones que restrinjan el comportamiento de los gobiernos anfitriones respecto de las multinacionales<sup>33</sup>. Todo lo cual reforzó la necesidad de aparición de estos Convenios.

Estos contratos con mayores seguridades y garantías han alcanzado características tales que hoy, existen dudas, sobre si se trata de un mero contrato o si se trata mas bien de un acuerdo internacional próximo a un tratado.

Veamos cuales son las características de estos convenios.

### 3.1 Características

Los denominados convenios «de estabilidad jurídica» o «state contracts» presentan cuatro características fundamentales:

3.1.1 La primera característica de estos convenios es que se conciertan en un **plano de igualdad**. Esto significa que el Estado no puede prevalerse de su calidad de ente soberano, para modificar unilateralmente su derecho interno, alterando con ello los derechos y las obligaciones pactadas en el acuerdo. Con ese objeto los convenios cuasi-internacionales incluyen una disposición conocida como «cláusula de estabilización,» que les impide adoptar medidas unilaterales que afecten la relación contractual.<sup>34</sup>

32 DI GIOVAN, Ileana. *Derecho Internacional Económico*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 275.

33 GILPIN, Roberto. *Ob.Cit.*, p.268.

34 Puede citarse el art. 39 del contrato entre la National Iranian Oil Company y AGIP Mineraía del 3/8/1957 donde se señala: «...No general or special measure, legislative or administrative, or any other act of this kind emanating from the Iranian Government, central or local, can annul this Agreement, amend or change its provisions, prevent or hold up the necessary and effective execution of these stipulations. The abrogation, amendment or modification of this Agreement shall not take place without the unanimous consent of the parties». Estipulaciones similares están presentes en contratos tales como: Convenio del 19/9/1954 entre Irán y el Consorcio; el art. 38 del Convenio del 24/4/1958 entre la National Iranian Oil Company y Pan American Petroleum Ltd.; el art. 27 del Convenio de 15/1/1961 entre Kuwait y Kuwait Shell Petroleum Development Co. Ltd. Citado por BARBERIS, Julio. *Ob. Cit.* p. 168. Asimismo, el Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada del Perú (Decreto Supremo 162-92-EF), donde en su artículo 24 se señala: «...por medio de los convenios de estabilidad jurídica se otorga excepcionalmente ultractividad al régimen legal que regía al momento de suscribirse el convenio y en tanto se encuentre vigente el mismo, en las materias sobre las cuales se otorga la estabilidad.

Sobre esto existe una copiosa jurisprudencia arbitral. Así tenemos la sentencia del profesor René-Jean Dupuy en el asunto Texaco-Calasiatic donde basado en la regla del Pacta Sunt Servanda, afirma que si el acuerdo no permite al Estado nacionalizar, éste no podrá hacerlo.<sup>35</sup> En el mismo sentido, en la sentencia de la BP Exploration Company, se expresa que la ley libia de nacionalización «constituye un ruptura fundamental de la concesión y que viola claramente el Derecho Internacional Público».<sup>36</sup> Y finalmente, en el caso Aminoil, el Tribunal arbitral presidido por el profesor Paul Reuter, reconoció que es jurídicamente posible que un Estado limite en un acuerdo su derecho a nacionalizar, negando así la tesis planteada años antes en el asunto Liamco, por el árbitro S. Mahmassani donde sostuvo que el Estado, pese a haber suscrito el acuerdo que lo obliga a no nacionalizar, está autorizado a hacerlo.<sup>37</sup> Esta tesis parte de la premisa de que existe un principio de *ius cogens* -que no admite pacto en contrario- según el cual los Estados están prohibidos de renunciar a su derecho de nacionalizar. Sin embargo, no existe tal norma. El Estado tiene plena libertad para concertar tratados y convenios relativos a sus recursos naturales, así como a limitar su ejercicio.<sup>38</sup>

En síntesis, a diferencia de los contratos donde el Estado actúa como Poder Público, donde por razones de interés público o social el Estado puede nacionalizar, expropiar o resolver unilateralmente el contrato, en estos convenios ello no es posible.

3.1.2 La segunda característica de estos convenios es el **sometimiento a una jurisdicción arbitral** quien deberá conocer las controversias que surjan entre las partes como consecuencia de la interpretación o cumplimiento del acuerdo. El arbitraje suele venir acompañado o precedido de otro procedimiento de conciliación, en cuanto previo a aquél, pero sin carácter obligatorio para las partes de la propuesta emanada del órgano conciliatorio.

Con ello, los órganos judiciales del Estado receptor de la inversión quedan exentos de conocer la controversia, lo que implica nuevamente una limitación a un tradicional derecho soberano del Estado.<sup>39</sup>

---

La ultractividad a que se refiere el párrafo anterior implica que a quienes se encuentren amparados por convenios de estabilidad jurídica se les seguirá aplicando la misma legislación que regía al momento de la suscripción del convenio, sin que les afecten las modificaciones que se introduzcan a la misma sobre las materias y por el plazo previstos en dicho convenio, incluida la derogatoria de las normas legales, así se trate de disposiciones que resulten menos o más favorables». Otros casos son el del Acuerdo Fiat-Minas Gerais (Brasil) o el del gobierno de Gana-Valco (Volta Alumimum Company Ltd), que señalan la aplicación de un ordenamiento jurídico existente en un día y año precisados en el contrato. Así en el último se señala: «Except as otherwise expressly provided herein, this agreement and the scheduled documents shall be construed and have effect in accordance with the law of Ghana as it exists at the 22nd day of January, 1962». OLAVO BAPTISTA, Luiz. *Dos Contratos Internacionais. Una Visao Teórica e Prática*, Sao Paulo: Saraiva, 1994, p. 123.

35 *Journal du Droit International*, 1977, pp. 363-380

36 *International Law Reports*, Vol. 53, p. 329.

37 *International Legal Materials*, 1982, p. 1023.

38 Tratado entre Egipto y Estados Unidos del 29/9/1992. *International Legal Materials*, 1982, pp. 934 y ss. En la sentencia del asunto Aminoil se señaló que la obligación de no expropiar o no nacionalizar no puede ser implícita, sino que debe resultar de una manifestación de voluntad explícita además de darse por tiempo limitado. En la sentencia se señaló: «Sans aucun doute, les limitations contractuelles du droit de Etat de nationaliser sont juridiquement possibles, mais cela impliquerait un engagement particulièrement grave qui devrait être expressément stipulé et qui devrait se conformer aux règles régissant la conclusion des contrats avec un Etat; et, en règle générale, elles ne devraient concerner qu'une période relativement limitée».

39 Barberis cita como ejemplos el art. 17 del Convenio entre Persia y William Knox d'Arcy el 28/4/1901; el art. 22 del convenio del 29/4/1933 entre Persia y la Anglo Persian Oil Company; el art. 11 del Convenio del

Aunque el arbitraje entre Estados y particulares no haya llamado la atención de los interacionalistas hasta fecha muy reciente, se trata de un fenómeno menos nuevo de lo que pudiera pensarse, del que ya encontramos un ejemplo en el arbitraje de Napoleón III entre Egipto y la Compañía del Canal de Suez a mediados del siglo pasado<sup>40</sup>. Después, ya en el período entre las dos guerras mundiales, aparece algún caso más, para cuyo arreglo prestó su ayuda la Cámara de Comercio Internacional, y hasta algún procedimiento arbitral fue seguido dentro del marco del Tribunal Permanente de Arbitraje, como ocurrió con la diferencia entre *Radio Corporation of America* con el Gobierno nacional de la República China<sup>41</sup>.

Resulta muy difícil hacer un inventario de las diferencias que han sido sometidas a este procedimiento. Farmanfarma<sup>42</sup> enumeraba ocho: 1. Checoslovaquia contra *Radio Corporation of America*. 2. China contra la misma Sociedad. 3. La Sociedad Rialet contra Etiopía. 4. Losinger y Compañía contra Yugoslavia. 5. La Socobelge contra Grecia. 6. La Guayaquil y Quito Co. contra Ecuador. 7. Lena Goldfields contra la U.R.S.S. 8. Petroleum Development Co. contra el Jeque de Abú Dhabi.

Jiménez de Aréchaga añade a esta lista en 1961 cuatro casos más: Compañía de Aguas de Beyrouth contra Líbano, Sociedad de Estudios y Empresas con Yugoslavia, Rumanía contra ciertos banqueros de Londres, y Costa Rica contra Simmons Construction Co.<sup>43</sup>

Una lista de casos mucho más completa encontramos en la obra de Lador-Lederer, que añade a los arbitrajes anteriormente citados otros muchos, hasta un total de treinta y ocho, escalonados entre el que resolvió en 1859 la diferencia entre U.S. and Paraguay Navigation contra Paraguay hasta el que en 1958 fue dictado entre la Arabian Oil Company contra Kuwait. Aparte de los procedimientos arbitrales seguidos entre Estados y particulares con posterioridad a la última fecha, hay que suponer la existencia de otros no publicados, con lo que es innegable la existencia y arraigo de una institución como la estudiada, aunque no sea siempre clara la naturaleza internacional de cada una de las diferencias y del Derecho aplicado en cada caso por los árbitros para resolverlas.

En consecuencia, la posibilidad de que una empresa transnacional pueda reclamar directamente al Estado infractor se ve reflejada no solo a través de lo que se denomina el Arbitraje Codificado o Institucionalizado sino también a nivel de Arbitraje No Codificado.

---

29/5/1933 entre Arabia Saudita y la Arabian American Oil Company; el art. 26 del Convenio del 3/3/1957 entre la National Iranian Oil Company y AGIP Mineraria; el art. 34 del Convenio del 20/3/1964 entre Qatar y el Consorcio Japonés; entre otros. BARBERIS, Julio. *Ob. Cit.*, p. 168-169.

40 LAPRADELLE Y POLITIS. *Recueil d'arbitrages internationaux* (2ª ed.), t II, París, 1957 pp. 300 - 311.

41 El texto en *Recueil des sentences arbitrales*. Nations Unies. Vol III, pp 1623 - 1636.

42 FARMANFARMA. «*The Oil agreement between Iran and the International Oil Consortium: The law controlling*», 34, *Texas Law Review*, p. 259.

43 LADOR-LEDERER. *International non governmental Organizations and Economic Entities*. Leyden, 1963, pp. 355 - 358.



### A. Arbitraje Codificado o Institucionalizado

A nivel de Arbitraje Codificado son numerosos los tratados internacionales, multilaterales o bilaterales, que dan acceso a las empresas transnacionales a la posibilidad de una reclamación directa. Entre ellos tenemos:

#### A.1. El Centro Internacional para el Arreglo de Controversias sobre Inversiones (ICSID).

Promovido por el Banco Mundial, el ICSID se creó por la Convención de Washington de 18 de marzo de 1965 y entró en vigor el 14 de octubre de 1966. Aquí se busca resolver mediante la conciliación o el arbitraje las controversias entre los Estados miembros y nacionales de otros Estados contratantes por las inversiones que éstos hubieran realizado en los primeros.

Contra lo que pudiera pensarse, por analogía con los tratados bilaterales y multilaterales que han regulado el arbitraje entre Estados, la aceptación del Convenio de 1965 no supone por sí misma que los Estados ligados por él queden obligados a someter a conciliación o a arbitraje las reclamaciones que contra ellos formulen los inversores de capital en su territorio. El Convenio se limita a señalar unas reglas, con carácter casi siempre meramente dispositivo, es decir, que las partes de común acuerdo pueden descartar o sustituir por otras, para el supuesto de que Estados e inversores hayan aceptado la sumisión a aquellos procedimientos. El Convenio establece en su artículo 28 las formalidades para que un Estado contratante o nacional de un Estado contratante promueva un procedimiento de conciliación, y en el artículo 36 para que inicie también unilateralmente un procedimiento de arbitraje, pero ningún precepto del Convenio crea un órgano conciliador o arbitral preconstituido a las diferencias en que puedan entender. Estos órganos, y el consiguiente pacto de sumisión a los mismos, deriva de la voluntad de las partes, manifestada con independencia del Convenio. Medios de expresión de esta voluntad coincidente pueden ser un pacto o cláusula general de sumisión a aquellos medios de arreglo o un compromiso convenido por las partes para una determinada diferencia, una vez surgida ésta.

Se hace por consiguiente necesario, un acuerdo entre las partes, por uno de los medios indicados: pacto de sumisión a conciliación o arbitraje de determinados tipos de diferencias entre ellas, cláusula con el mismo contenido inserta en un convenio más general, o compromiso. El Convenio nada establece sobre tales actos, que quedan, por tanto, a la libre voluntad de las partes, aunque para ellos sea aprovechable la experiencia alcanzada en los procedimientos de arreglo de diferencias entre Estados.

La cuestión aparece resuelta en el artículo 25 del Convenio:

« 1) La Jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional del otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no puede ser unilateralmente retirado.

2) Se entenderá como «nacional de otro Estado contratante»:

b) Toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, los efectos de este Convenio, por estar sometidas a un control extranjero».

Cuando la parte no estatal en una diferencia sea una persona jurídica, el Convenio establece una regla general y un supuesto excepcional. La regla es que la competencia del Centro se subordina a que la sociedad interesada tenga la nacionalidad de uno de los Estados partes en la diferencia; la excepción es que, por vía de ficción jurídica, las partes puedan convenir a efectos de la aplicación del Convenio, las partes admitan de común acuerdo que la sociedad es de nacionalidad extranjera, por razón del control ejercido sobre ella.

El artículo 27 del Convenio dice al respecto:

1) 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.

2) A los efectos de este artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia».

Ya quedó dicho que el Convenio no establece un nuevo tribunal internacional, sino una simple lista de conciliadores y otra de árbitros, pudiendo cada Estado parte designar cuatro personas para cada lista, aun repitiendo nombres para ambas.

En las diferencias entre Estados y particulares se ha presentado un supuesto análogo: en la diferencia entre la Standard Oil y el Gobierno de Irán acerca de la nacionalización por éste de los yacimientos petrolíferos existentes en su territorio, tampoco estimó posible el presidente del Tribunal Internacional de Justicia cumplir el mandato recibido de designar el «tercer árbitro» cuando el Gobierno del Irán había rehusado nombrar uno de los otros dos<sup>44</sup>.

En el Convenio que estudiamos existe una igualdad de procedimiento para la constitución del órgano conciliador o arbitral. Ambos procedimientos se inician por solicitud de una de las partes interesadas (Estado parte en el Convenio o nacional de otro Estado parte), dirigidas al secretario del Centro que se establece en Washington, sede del Banco Mundial. Si a los treinta días de registrada esta solicitud no está designado el conciliador o árbitro único por acuerdo de ambas partes, o hechas las designaciones de un árbitro o conciliador por cada parte y el tercero por acuerdo de ambas, los miembros que falten serán designa-

---

44 JHONSON. «*The Constitution of an arbitral tribunal*» EN: *British Year Book of International Law*, 1953, p. 152 y sigs.

dos por el presidente del Centro, tanto si se trata de la conciliación (art. 30 del Convenio) como del arbitraje (art. 38). Esta solución supone un considerable avance, que es deseable sirva de estímulo para que los Estados la acepten, *mutatis mutandis*, para las diferencias entre ellos.

El Convenio deja, en definitiva, la determinación del ordenamiento jurídico aplicable a la voluntad de partes interesadas. Dice así el artículo 42:

«1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de Derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho internacional privado, y aquellas normas de Derecho internacional que pudieran ser aplicables.

2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la Ley.

3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*».

#### A.2. El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA)

La Convención fue aprobada por el Consejo de Gobernadores del Banco Mundial en Seúl en octubre de 1985, y entró en vigor en abril de 1988.

#### A.3. La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional la UNCITRAL.

Inspirándose en las normas de la Convención de Nueva York, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional acometió los trabajos de elaboración de una ley modelo que fue adoptada por la UNCITRAL el 21 de junio de 1985.

En esta ley, se adopta también la fórmula del arbitraje. Sin embargo, el laudo arbitral no tendrá fuerza obligatoria en el Estado receptor de la inversión en forma automática sino que necesitará del *exequatur* estatal para ser ejecutado.

La ley por tanto se aparta de la tendencia marcada en los dos documentos anteriores, lo que ha sido ampliamente criticado como un retroceso que no tiene en cuenta la singularidad de las controversias sobre inversiones.<sup>45</sup>

#### A.4. El Convenio de Lomé IV entre los países ACP (Africa, Caribe y Pacífico) y la Unión Europea.

Este Convenio de 1989 tiene por objeto la cooperación y el desarrollo de la Comunidad Europea con estos países. Aquí se establece como mecanismo de solución de controversias la conciliación o el arbitraje, en los contratos de obra, suministro y servicios financiados por el Fondo Europeo de Desarrollo.

---

45 *Ibid.*, p. 379

A.5. El Convenio de Arbitraje de la CEE destinado a evitar la doble imposición tributaria.

La doble imposición fiscal de una misma actividad económica transfronteriza derivada del juego de los sistemas fiscales de los Estados comunitarios, motivó la suscripción de este Convenio el 23 de julio de 1990 entre los 12 países miembros de la Comunidad.

De un análisis detenido de cada uno de los documentos referidos, puede concluirse en primer término que en ellos se faculta a las empresas transnacionales a acudir al Arbitraje Internacional, lo que ha llevado a que algunos publicistas como Juan Antonio Carrillo Salcedo sostengan que tal hecho «indubitablemente significa reconocerles una cierta subjetividad internacional».<sup>46</sup>

Pero además, estos acuerdos nos permiten también concluir que, salvo la excepción señalada en la Ley Modelo de la UNCITRAL, la tendencia respecto a la ejecución de los laudos arbitrales en el territorio del Estado receptor de la inversión, es que sea directa e inmediata, esto es, sin necesidad de pasar por un procedimiento normal de exequatur.

B. Arbitraje No Codificado.

A nivel de Arbitraje No Codificado son también muchos los ejemplos que podrían citarse. Sólo a manera de referencia tenemos los históricos Acuerdos de Argel de 19 de enero de 1981 entre EEUU e Irán, que establecieron un Tribunal Arbitral para resolver litigios entre ambos. El número de demandas presentadas sólo ante este tribunal ascendió a 3,850. La competencia del Tribunal se extendía a aquellas demandas nacidas de litigios de carácter comercial y de las derivadas de las expropiaciones del régimen revolucionario.

Asimismo, pueden citarse cuatro sentencias dictadas por tribunales arbitrales no institucionalizados, referidos todos ellos a casos de rescisión unilateral de acuerdos de concesión en materia petrolera: BP Exploration Company, Texaco Calasiatic, Liamco y Aminoil. En todos ellos, se afirma la existencia de una obligación internacional de indemnización frente a una medida expropiatoria o de nacionalización, aunque la sentencia en el asunto Liamco no hace de esta obligación una condición de validez de la medida.

Por otra parte, en cuanto a la obligatoriedad de las decisiones del órgano arbitral entre Estados e inversores privados, ésta deriva de la fuerza vinculante de la voluntad de las partes, aun antes de resolver dentro de qué orden jurídico esta voluntad ha de desplegar sus efectos.

En la jurisprudencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, encontramos

---

46 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Derecho Internacional Público*, Tecnos: Madrid, 1992, p. 36. Es importante señalar que para otros autores, el arbitraje entre inversores y Estados se aplica a situaciones tan diferentes, tanto por la naturaleza de la entidad inversora como por la del destino de la inversión, que es imposible, no ya asignar en bloque a tales arbitrajes un contenido interno o internacional, sino señalar de una manera uniforme los elementos propios de cada orden jurídico, internacional e interno, que se encuentran en ellos. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. «Aspectos Jurídicos de las Diferencias entre Estados y Personas Privadas Extranjeras», EN: *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, Vol XXII, Nº 1, 1969, p. 20.

en la sentencia de 15 de junio de 1939, en el asunto de la Sociedad Comercial de Bélgica, la declaración de que las sentencias arbitrales dictadas en diferencias entre el Estado griego y aquella Sociedad eran obligatorias y, según el compromiso, sin posibilidad de apelación<sup>47</sup>. En aquella ocasión, el Tribunal no tuvo necesidad de ser más explícito, puesto que el Gobierno demandado no había contradicho las alegaciones de que las sentencias eran definitivas y obligatorias, hechas por la parte demandante.

Por último, en cuanto al procedimiento arbitral, este se rige por las normas acordadas por las partes o establecidas por el Tribunal. Existe una definida tendencia a independizar la controversia de la ley procesal local; incluso, si estas tienen carácter imperativo.

En este sentido, hallamos la conocida sentencia que pone fin al litigio entre el Reino de Arabia Saudita y la Aramco, donde el Tribunal ajustó su procedimiento a las reglas establecidas en el compromiso arbitral, las cuales fueron luego modificadas y completadas por los árbitros, de acuerdo con la facultad que les otorgaba el artículo 6 de dicho compromiso. Aquí se llegó a afirmar que «el procedimiento arbitral depende del Derecho de Gentes y es enteramente independiente del Derecho vigente en el lugar del arbitraje».<sup>48</sup>

La sentencia del 19/1/1977 en el caso de Libia y las empresas Texaco y Calasiatic invocó el precedente de la Aramco.<sup>49</sup>

En el caso Liamco se señaló: «Es un principio aceptado de Derecho Internacional que las reglas del procedimiento arbitral deben ser determinadas por acuerdo entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, por decisión del Tribunal Arbitral, independientemente de la ley local del lugar del arbitraje».<sup>50</sup>

Lo mismo puede señalarse en los casos Sapphire International Petroleum Ltd. y BP Exploration Co.; en los cuales, si bien el Tribunal decidió aplicar el procedimiento sindical por la ley federal suiza y por el derecho danés, respectivamente; ello no implicó que la sentencia debiera ser considerada una decisión suiza o danesa.<sup>51</sup>

En suma, todos estos casos reflejan el intento de las cortes por independizar el procedimiento arbitral de la competencia judicial estatal, siendo este determinado por libre acuerdo entre las partes.

3.1.3 Una tercera característica de estos convenios está dada por el **Derecho aplicable** a los mismos. La práctica nos dice que Estados y Empresas Transnacionales buscan eludir cuando menos la aplicación exclusiva del Derecho interno del Estado contratante, para someterse por ejemplo a las normas comunes a los ordenamientos jurídicos vigentes en el Estado receptor de la inversión y en el país del inversionista<sup>52</sup>; a los Principios Ge-

---

47 *Cour Permanente de Justice Internationale*. Serie A/B. núm. 78, p. 174

48 Ver el caso Aramco, *Award*, pp. 46 y 47; y el caso The Alsing Trade Co.; donde el juez Python dictó su sentencia el 22/12/1954, donde señaló que aún las reglas que pudiere haber en el derecho procesal suizo deben ceder frente a la voluntad de las partes. Barberis. *Ob.Cit.* p. 179.

49 *International Law Reports*, Vol. 53, pp. 43 y ss.

50 *International Legal Materials*, 1981, p. 42.

51 *J.I.R.*, 1962, p. 283 y *I.R.L.*, Vol. 53, p. 309.

52 Caso de la Radio Corporation of America y la Administración Checa. *ASIL*, 1936, pp. 523 y ss.

nerales del Derecho Internacional<sup>53</sup>; a la equidad; al Derecho Público europeo<sup>54</sup>, en tanto otros expresan que deben ser interpretados en forma razonable. En todo caso, lo importante a resaltar es que en estos contratos se busca eludir el Derecho del Estado nacional contratante.<sup>55</sup>

Estos contratos de estar sometidos al Derecho interno del Estado receptor de la inversión, podrían estar sujetos a los vaivenes de la política estatal. Así el Estado podría modificar su legislación administrativa sobre concesiones, sus normas de derecho laboral o seguridad social, alterar el régimen aduanero o establecer un control de cambios, sin que la empresa pudiera hacer absolutamente nada.

Lo mismo puede decirse respecto al Derecho nacional de la sociedad o al de un tercer Estado, no mostrando las partes por lo general mayor interés en someter el contrato a estos ordenamientos. La razón de tal actitud radica en que, aparte de despertar una natural suspicacia en la otra parte contratante, no sería de gran utilidad para quien pretendiese imponerla, dada la gran probabilidad, rayana en la certeza, de que los tribunales del Estado cuyo Derecho ha sido elegido no podrán ejercer su jurisdicción en cuanto el Estado extranjero demandado ante ellos alegase la prerrogativa de su inmunidad frente a los órganos judiciales de otro estado.

Precisamente, el sometimiento a un derecho o ley aplicable distinta a la imperante en el Estado receptor de la inversión, o a la cualquier Estado, garantiza a la empresa una mayor neutralidad y garantía ante posibles controversias futuras.

Anteriormente, en 1927, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el asunto de los empréstitos serbios y brasileños y la Corte Internacional de Justicia, en 1952, en el Asunto de la Anglo-Iranian Oil Co.<sup>56</sup> -aunque esta última de modo indirecto-negaron la posibilidad de un Derecho Internacional de los contratos internacionales que, según las Cortes estaría siempre regido por un determinado Derecho interno. En el primer caso, la sentencia de la Corte señaló: «Todo contrato que no es contrato entre Estados en tanto que sujeta de Derecho Internacional tienen su fundamento en una ley nacional.»<sup>57</sup> No obstante, la doctrina y la jurisprudencia dictada con posterioridad modificaría esta tendencia.

En efecto, lo más frecuente es que los convenios de inversión señalen como base de decisión a los árbitros los Principios Generales del Derecho reconocidos por las Naciones Civilizadas, aludidos en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, y

---

53 Asuntos Texaco -Calasiatic y Liamco. *I.R.L.* Vol 53, p.329. En el asunto entre el Gobierno Soviético y la Lena Goldfields Ltd. se indica que las partes se regirán por los principios de buena voluntad y buena fe y por una interpretación razonable de los términos del convenio. *The Times*, 3/9/1930.p.7. Un caso análogo es el acuerdo entre Abu Dhabi y la Abu Dhabi Petroleum Co. Ltd. donde se hace mención al principio de la buena fe. *I.C.L.Q.*, 1992, pp.249-250. Finalmente, en el Convenio suscrito entre la National Iranian Oil Company y la Sapphire Internacional Petroleum Ltd; se dispone que el mismo se rija por los principios de buena voluntad y buena fe. *P.L., Middle East*, Vol. I, p. E-27.

54 Asunto Rialet. *T.A.M.*, t. VIII, pp. 748-749.

55 Se señalan como ejemplos del art. 17 del Convenio 11/1/1939 entre Abu Dhabi y Abu Dhabi Petroleum Co. Ltd.; el art. 38 del Convenio del 24/4/1958 entre la National Iranian Oil Company y la Sapphire Petroleum Ltd. Citados por BARBERIS, Julio. *Ob. Cit.* p. 169.

56 *International Law Reports*, 1952, p. 112.

57 CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. Serie A, n 20, p. 41.

hasta se ha dado algún caso, como el contrato de 5 de agosto de 1954 entre las Sociedad nacional de petróleos del Irán y las Compañías petrolíferas, cuyo artículo 46, al declarar aplicables los principios generales del Derecho, agregaba «incluidos los aplicados por los tribunales internacionales»<sup>58</sup>.

En realidad, esta última mención es supérflua, en cuanto los tribunales internacionales no tienen ninguna restricción en cuanto a los principios generales de Derecho que pueden aplicar: en la jurisprudencia internacional, como es sabido, se encuentra tanto la identificación de los principios generales del Derecho con las reglas jurídico-internacionales como la trasposición a este orden de los principios coincidentes en varias legislaciones internas o de los derivados de la idea de justicia.

La sumisión del arbitraje al Derecho internacional, aunque sea en la fórmula indirecta de principios generales del Derecho, no siempre aparece con la suficiente precisión. Cabe la posibilidad de que, a pesar del mandato recibido por los árbitros de resolver conforme a un determinado Derecho interno, éste sea tan rudimentario o lleno de lagunas que resulte imposible encontrar en él base para una decisión. Es inevitable en este particular la cita de la diferencia entre el Jeque de Abú-Dhabi y la Compañía Petroleum Development Limited, en la que el árbitro Lord Asquith of Bishopstone, obligado a aplicar el Derecho de Abú-Dhabi, se encontró con que en aquel territorio no existía más administración de justicia que la que, de manera patriarcal, impartía el Jeque con base en algunas reglas del Corán, resolviendo la dificultad declarando aplicables y aplicando unos *principles rooted*

---

58 Mijaa de la Muela señala al respecto que, resulta carente de sentido elegir como aplicable a las relaciones entre Estados e inversores el Derecho internacional, aunque claramente se percibe en las referencias a él hechas en cláusulas compromisorias y en determinados laudos arbitrales el deseo de los inversores de aprovechar, en su beneficio, la copiosa doctrina jurisprudencial de los tribunales internacionales sobre responsabilidad del Estado por daños causados a extranjeros.

Un árbitro encargado de cumplir su función entre Estados y particulares, dentro de una base de decisión tan amplia e imprecisa como los principios generales del Derecho, se encuentra entre tal gama de posibilidades de decisión que muy difícilmente puede predecirse en que sentido orientaría ésta. Los principios aplicables a las inversiones prácticamente identificables con la totalidad del Derecho internacional en la materia, se encuentran repartidos en dos categorías perfectamente diferenciables: por un lado los principios y reglas proclamados por la jurisprudencia internacional de la era capitalista, tales como el absoluto respeto a la propiedad privada extranjera, aun en el supuesto de cambio de soberanía territorial, y la obligatoriedad de resarcimiento de los daños causados a los inversores, y, por otra parte, reglas y principios que han sido reiteradamente proclamados, especialmente en Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, tales como el derecho de los pueblos a sus riquezas y recursos naturales y a un régimen de trabajo de acuerdo con el respeto a los derechos humanos, que para ciertos sectores del pensamiento internacionalista se encuentran ya incorporados al Derecho vigente, mientras otros juristas estiman que aún no han logrado integrarse en el Derecho internacional positivo. En este sentido, es de recordar la postura del profesor Jiménez de Aréchaga en el Instituto de Derecho Internacional, cuando calificaba de unilateral la ponencia de su colega Wortley, por su atención prácticamente exclusiva a los intereses de los inversores protegidos por el Derecho internacional clásico, con olvido de las necesidades y aspiraciones de los pueblos de explotación.

En esta situación, es explicable que resulte prácticamente equivalente la sumisión de un arbitraje entre Estados e inversores al Derecho internacional o a los principios generales del Derecho reconocido por las Naciones civilizadas. Tanto en un supuesto como en otro, el órgano arbitral se encuentra carente de unas normas inequívocamente aplicables, sino entre la posibilidad alternativa de inclinarse por una solución conservadora, que casi siempre resultaría favorable para los inversionistas, o de buscar una orientación para su decisión en el nuevo Derecho internacional *in fieri*, en el que ocupan lugar tan relevante los derechos humanos de los pueblos subdesarrollados y su soberanía sobre los productos y recursos naturales que ofrecen su propio territorio. MIAJA DE LA MUELA. Ob. Cit., pp. 16-17.

*in the good sense and common practice of the generality of civilised Nations, a sort of moderne Law of nature.*<sup>59</sup>

Se establece incluso que, siempre que resultara aplicable un derecho nacional, aquellas normas no deberían ser manifiestamente contrarias a los Principios Generales del Derecho Internacional. En consecuencia, el Derecho Internacional tiene una función rectora respecto al Derecho interno. Así, la Carta de Derechos y Deberes de los Estados (Resolución 3281/XXIX) establece que, en caso de diferendos relativos a expropiaciones, aquéllos serán sometidos a los tribunales del Estado que expropia. Empero, la doctrina y la jurisprudencia internacional han entendido que, en todo caso, las decisiones del tribunal nacional no pueden desconocer los Principios Generales del Derecho Internacional.

Por otro lado, la situación se complica cuando en el compromiso o en la cláusula arbitral se dispone que el árbitro aplique a la vez un Derecho interno y el Derecho internacional o los principios generales del Derecho, como aconteció en el caso de la *Aramco* (Arabian American Oil Company), en su diferencia con el gobierno de Arabia Saudita, resuelta por el arbitraje dictado en Ginebra el 23 de agosto de 1958, por los señores Sauser-Hall, Hassan y Saba Habachi, en relación a la compatibilidad de un convenio entre las partes con un contrato concertado posteriormente entre el Gobierno de Arabia y el señor Onassis. Los árbitros se encontraban ligados por un compromiso cuyo artículo IV disponía:

«El tribunal arbitral resolverá este litigio:

- a) Conforme al Derecho árabe saudita, tal como se define a continuación, en la medida en que se trata de cuestiones que entren en la jurisdicción de la Arabia Saudita.
- b) Conforme al Derecho que el Tribunal Arbitral juzgue aplicable, en la medida en que se trate de cuestiones fuera de la jurisdicción de Arabia Saudita».

De una manera implícita en esta diferencia se atribuía al Tribunal arbitral que había de dirimirla una tarea previa a la aplicación de los dos órdenes jurídicos: la delimitación entre las diferentes cuestiones debatidas entre las partes, o que aparecían como previas o incidentales a las mismas, de las cuestiones dentro y fuera de la jurisdicción -entendido este concepto en la acepción inglesa de competencia, más amplia que la española de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado- de un determinado Estado. Como esta delimitación no puede hacerse con otro criterio que el derivado del Derecho Internacional, es explicable que Batiffol haya podido decir que en este caso el arbitraje ha dependido del Derecho Internacional Público mientras que el convenio que ha dado lugar a él se encontraba encuadrado en el marco del Derecho privado<sup>60</sup>. Y Madame Bastid ha podido realizar sobre el laudo de la *Aramco* un análisis de gran profundidad, en el que ha mostrado tanto la aplicación por los árbitros de reglas y principios de Derecho Internacional Público como la no toma en consideración de ciertos principios jurídicos de Derecho interno, que es posible hubieran sido tenidos en cuenta por un tribunal internacional<sup>61</sup>.

59 Citado por HAMBRO. «*Quelques remarques sur les relations entre le Droit international public et le Droit international privé.*» EN: **Journal du Droit International**, 1962, pp. 367 - 382.

60 BATIFFOL. «*La sentence Aramco et le droit international privé.*» EN: **Revue critique de Droit international privé**, 1964, p. 662.

61 BASTID. «*Le Droit international public dans la sentence arbitrale de l'Aramco.*» EN: **Annuaire français de Droit international**, 1961, pp. 300 - 311.



Por otro lado, resulta también importante precisar para nuestro análisis, qué sucede cuando el convenio no contiene una disposición sobre el Derecho aplicable al mismo. En estos casos, la jurisprudencia internacional ha recurrido a criterios diversos. Un primer criterio consiste en tratar de deducir del texto mismo del convenio la voluntad presunta de las partes.<sup>62</sup> Otro, toma como regla para determinar la ley aplicable los principios generales de conflictos de leyes del Derecho Internacional Privado.<sup>63</sup>

No obstante, en muchos casos, los Tribunales Arbitrales han aplicado normas del Derecho Internacional Público para resolver la controversia. Así en el Asunto *Lena GoldFields Ltd.* el Tribunal Arbitral fundó su decisión en el enriquecimiento sin causa, al que reconoció la categoría de Principio General del Derecho<sup>64</sup>. Y en la controversia entre la *National Iranian Oil Company* y la *Sapphire International Petroleum Ltd.*, la sentencia aplicó el principio por el cual se debe indemnizar por los daños y perjuicios que una parte irrogue a la otra<sup>65</sup>.

Incluso, algunos Tribunales han aplicado a estos contratos normas consuetudinarias. Es el caso de la sentencia *Aramco* o la relativa al asunto *Sapphire International Petroleum Ltd.*, donde se aplicaron normas tales como el respeto a los derechos adquiridos, la interpretación según el sentido natural y ordinario de los términos, el que la indemnización debe comprender el lucro cesante y el daño emergente, el que un Estado no puede prevalecerse de su Derecho interno para incumplir una obligación internacional, entre otros; todos ellos, de origen netamente consuetudinario<sup>66</sup>. Finalmente, la norma consuetudinaria del *Pacta Sunt Servanda* fue aplicada en los casos de la Compañía Universal del Canal de Suez, de la *Sapphire International Petroleum Ltd.*, de la *Aramco* y en las tres sentencias arbitrales relativas a las nacionalizaciones libias<sup>67</sup>.

Todo lo cual pone en evidencia que, cuando las Cortes no han tenido señalada en forma expresa la ley aplicable al convenio, han optado en varios casos por desconocer la ley imperante en el Estado receptor de la inversión, para luego resolver la controversia en base al Derecho de Gentes, como si se tratara de un tratado internacional.

3.1.4 Finalmente, en cuarto lugar, en lo que respecta a la formalidad de estos convenios, ellos son generalmente sometidos por los Estados Parte, al **mismo procedimiento interno que es aplicable a la aprobación de los tratados internacionales.**

---

62 Caso de la *International Marine Oil Company* y el *Jeque de Qatar*, donde el Tribunal llegó a la conclusión que la concesión debía estar regida por los «principios de justicia, equidad y buena conciencia». *International Law Reports*, 1953, pp. 544 y 545. En la controversia entre la *Société d' Electricité d' Athènes et du Pirée* y el Gobierno Griego, el Tribunal concluyó por el contrario que «la voluntad de las partes era regirse por los Principios Generales del Derecho». (Exposición de Motivos, p. 21). BARBERIS, Julio. *Op. Cit.* p. 172.

63 Asunto de la *Caja Autónoma de los Monopolios del Reino de Rumania*, donde la sentencia aplicó el derecho inglés y norteamericano; o el caso *Aramco* donde el Tribunal expresó: «En la presente causa, el acuerdo de las Partes no se refiere a un derecho único. En la medida en que el Tribunal arbitral es competente para determinar el derecho aplicable, lo hará recurriendo a la doctrina general del Derecho Internacional Privado». (Arbitraje entre *Arabia Saudita* y la *Arabian American Oil Company*, *Award*, p. 48). *Ibid.* p. 173.

64 *The Times*, 3/9/1930, p. 7.

65 *J.I.R.* 1962, p. 289.

66 *J.I.R.*, 1962, pp. 290 y 291; *Aramco*, *Award*, pp. 66 y ss.

67 BARBERIS, Julio. *Op.cit.* p. 177

Si bien ello obedece más a un esfuerzo de los Estados por demostrar al inversor su voluntad de cumplir con las cláusulas del acuerdo que, la convicción de que tales acuerdos son en realidad tratados, es cierto también que no se les da un tratamiento similar a cualquier contrato.

Como señala Ileana Di Giovan:

«...la estructura jurídica, el modo de celebración y conclusión y las formas que asumen algunos acuerdos internacionales entre un Estado y ...una persona jurídica privada, resisten el encuadramiento dentro del régimen jurídico de los tratados del Derecho Internacional Público tanto como repelen la aplicación de cualquier legislación nacional.<sup>68</sup>

En consecuencia, estamos ante un convenio de características muy particulares, que comparte elementos propios de un tratado internacional.

### 3.2 Orden Jurídico Aplicable a los Convenios de Estabilidad Jurídica

Con respecto al orden jurídico que regula los convenios de estabilidad jurídica pueden señalarse cuatro posibilidades:

#### a. Orden Jurídico Estatal

Una primera teoría sostenida por Paul Guggenheim y la doctrina alemana<sup>98</sup>, señala que estos Acuerdos se encuentran sujetos a un **Derecho estatal**, pues si bien en ellos se puede estipular la aplicación de Principios del Derecho Internacional e incluso de la Costumbre Internacional, ello es posible porque el Derecho interno lo permite. Se afirma que los principios o la costumbre se aplicarían entonces en forma indirecta o mediata; se trataría de una aplicación material.

Algunos autores sin embargo, como Julio Barberis acertadamente critican esta postura, señalando que sujetar un convenio de esta naturaleza a un Derecho estatal, implicaría que tal convenio pueda ser impugnado en caso de contravenir normas imperativas, de orden público o de buenas costumbres consagradas en la legislación del Estado contratante; lo cual, ha sido expresamente rechazado por la jurisprudencia internacional arbitral.<sup>70</sup>

Más aún, la jurisprudencia nunca ha examinado si el Derecho elegido por las partes está o no conforme con el Derecho interno del Estado contratante. Por último, el hecho de

68 DI GIOVAN, Ileana. *Ob.Cit.*, p. 106.

69 GUGGENHEIM, Paul. *Tratado de Derecho Internacional Público*, 2ª ed., Ginebra, 1967, T.I, p. 311.

70 En el caso de la Compañía de Aguas de Beirut, el Estado alegó la inconstitucionalidad de la prórroga de una concesión por falta de homologación legal y la nulidad de unos acuerdos sobre aprobación de cuentas por incompetencia de los funcionarios firmantes. La sentencia rechazó ambos pedidos. En el litigio entre la Société d' Electricité d'Athènes et du Pirée y el Gobierno Griego, el Tribunal dijo que el convenio suscrito «prevalece en las relaciones entre las partes sobre el derecho griego, aun el promulgado con posterioridad al convenio». Cosa similar pasó entre Ecuador y la Guayaquil and Quito Railways Company; o en el caso Aminoil, cuya sentencia arbitral del 24 de marzo de 1982 rechazó la posibilidad de anular la cláusula de estabilización pactada entre Kuwait y la Compañía, por el sólo hecho de contravenir la Constitución del primero. Citado por Barberis, Julio. *Op. cit.* p. 171.

poder establecer o pactar un procedimiento arbitral distinto del nacional, incluso de sus normas procesales imperativas o de orden público, demuestra que estos convenios no dependen del Derecho interno.

#### b. Un Tercer Derecho

Una segunda teoría postula el sometimiento de estos contratos a un tercer Derecho (Derecho Transnacional o *Tertium Genus*). Tal postura tiene dos vertientes:

La primera, defendida por Alfred Verdross, afirma que el convenio regula exhaustivamente la relación entre las partes y que constituye en sí mismo un orden jurídico independiente.

La segunda, defendida por Francois Rigaux, afirma que el convenio estaría más bien sometido a un orden jurídico diferenciado de los derechos estatales y del Derecho Internacional. Este tercer Derecho, al que denomina «Derecho Transnacional,» poseería una coercibilidad autónoma y distinta a la física, que apoyaría la hipótesis de la existencia de ese tercer orden autónomo.<sup>71</sup>

En apoyo de esta última postura se pronuncia Di Giovan, al señalar que estamos en presencia de acuerdos que están sometidos a reglas de origen internacional, cuyo objeto y estructura normativa son internacionales y que no son ni «tratados» internacionales en sentido clásico ni «contratos» sometidos al Derecho Internacional Privado.<sup>72</sup> Carreau sobre lo mismo apunta: «después de muchas dudas y controversias doctrinales y jurisprudenciales, parece configurarse un nuevo *corpus juridicum* en la materia con el nacimiento de un verdadero *Derecho Internacional de los Contratos Internacionales*».<sup>73</sup>

Contra estas posturas, sin embargo, se alega que resulta jurídicamente inadmisibles plantear la existencia de un tercer orden jurídico.

En efecto, una relación jurídica sólo puede configurarse como una relación de subordinación o de coordinación. La relación de subordinación se presenta en el Derecho Interno, donde el Estado impone a sus miembros un conjunto de normas respaldadas por su poder de coacción. La relación de coordinación, propia más bien del Derecho Internacional, supone por el contrario un plano de igualdad entre las partes.

Hay pues, sólo dos alternativas: subordinación o coordinación, que se traducen en Derecho Interno o Derecho Internacional, respectivamente. Entonces, la hipótesis de un tercer orden jurídico es imposible.

Por otro lado, a la vista del arbitraje de la *Aramco*, que puede calificarse de equidistante de ambos extremos, constituidos, de una parte, por los casos en los que actúa como parte una entidad de Derecho público, y, de otra, por las diferencias en que se aplica

---

71 RIGAU, Francois. «Soberainité des Etats et Arbitrage Transnational». EN: *Etudes Offertes á Bertold Goldman. Le Droit des Relations Economiques Internationales*, París, 1982.

72 DI GIOVAN, Ileana. *Ob. Cit.* pp.106 y 107.

73 *Ibid.*

exclusivamente el Derecho del Estado que contrató con un inversor privado, se puede llegar a la conclusión de la imposibilidad de sentar una doctrina general a base de generalizar las enseñanzas que hayan podido obtenerse de un determinado fallo arbitral.

Por este motivo no parece aceptable incluir el fenómeno del arbitraje entre Estados y particulares como un todo unitario en la cómoda categoría de un *tertium genus* de orden jurídico, intermedio entre el Derecho internacional y los ordenamientos jurídicos internos<sup>74</sup>.

#### c. Carencia de un Orden Jurídico

Una tercera postura, sostiene que estos convenios no están regidos por el Derecho de Gentes ni por un Derecho estatal, pero tampoco por un tercer orden, sino que se trata de acuerdos carentes de orden jurídico.<sup>75</sup>

Se sostendría que estos convenios estarían regulados por los Principios Generales del Derecho, que no constituyen en sí mismos un orden jurídico. Los convenios según Pazarci, no se hallarían sujetos a ningún orden jurídico, sino a los Principios Generales del Derecho. Serían entonces acuerdos carentes de orden jurídico pero no carentes de regulación.<sup>76</sup>

No obstante, contra esta postura tendría que señalarse que, si bien estos principios no constituyen en sí un ordenamiento jurídico autónomo, si son normas pertenecientes al Derecho Internacional Público Positivo. Por lo que resulta errado y hasta contradictorio afirmar que a pesar de estar regidos estos convenios por Principios del Derecho Internacional, no son parte de este ordenamiento.

#### d. Orden Jurídico Internacional

Finalmente, una cuarta teoría, sostenida por Cruchaga y Tocornal ya en 1948, y por Julio Barberis y Carrillo Salcedo en la actualidad, señala que las características del contrato así como la jurisprudencia internacional confirman que tales convenios se sitúan en el ámbito del Derecho Internacional. Dicha afirmación resultaría válida si consideramos que en estos contratos estamos ante una relación de coordinación entre iguales, típica del Derecho Internacional. Y que además, se trata de una relación que se ve regulada por las normas del Derecho Internacional según se desprende de la jurisprudencia existente.<sup>77</sup>

Así, por ejemplo, la sentencia arbitral de 19 de enero de 1977 en el Asunto Texaco-Calasiatic, afirmó el carácter internacional del Derecho regulador de estos contratos. La corte en este caso señaló:

«L'évolution qui s'est produite par rapport à la vieille jurisprudence de la Cour Per-

74 MIAJA DE LA MUELA. *Ob. Cit.*, p. 19

75 VERDROSS, Alfred. *Gibt es Verträge, die weder dem innerstaatlichen Recht noch dem Völkerrecht Unterliegen?*, 1965, pp. 133-1334. Citado por BARBERIS, Julio. *Ob. Cit.* p. 183

76 PAZARCI. «La Responsabilité Internationale des Etats à l'occasion des trats conclus entre Etats et personnes privées étrangères». EN: *RGDIP*, 1975, p. 388 y ss.

77 MELLO, Celso. *Ob. Cit.*, p. 466

manente de Justice Internationale tient à ce que, alors que pour celle-ci, le contrat ne pouvait pas relever du droit international parce qu'il ne pouvait pas être assimilé à un traité entre Etats, **dans la conception nouvelle, les traités ne sont pas les seuls accords régis par ce droit. Encore qu'ils ne se confondent pas avec les traités, les accords entre Etats et personnes privées peuvent néanmoins, sous certaines conditions, relever d'une branche particulière et nouvelle du droit international: le droit international des contrats**<sup>78</sup>.

En esta sentencia además, se reconoció a las empresas transnacionales la posibilidad de hacer valer en el plano del Derecho Internacional, los derechos derivados de un contrato celebrado con un Estado.<sup>79</sup>

Una consecuencia de este reconocimiento, sería considerar a las empresas transnacionales como sujetos de derechos y obligaciones internacionales, por lo cual, gozarían de cierta Personalidad Jurídica Internacional. En este mismo sentido, parecería pronunciarse el informe de la CEPAL al señalar: «El proceso de globalización obliga a modificar el paradigma de las relaciones internacionales previamente vigente, que confería a los Estados-Naciones el carácter de actores principales y predominantes del sistema. Este pasa ahora a constituir solo una parte de un sistema mayor: el sistema global. Las interacciones corresponden a dos tipos de actores y a sus respectivos sistemas: El «Estado-Céntrico», con los Estados-Naciones como unidades principales y los Organismos Internacionales; y el sistema «Multi-Céntrico» constituido por las Empresas Transnacionales ...»<sup>80</sup>.

La práctica actual, en consecuencia, registra una progresiva internacionalización de las empresas transnacionales así como del régimen jurídico de los contratos celebrados por éstos, tanto en la legislación y jurisprudencia interna como en la jurisprudencia internacional arbitral.

Tampoco debemos exagerar, pues se debe considerar que se trata de una práctica fragmentaria. Sin embargo, parecería que la tendencia actual estaría inclinada en este sentido.

#### 4. Conclusión

En síntesis, de todo lo expuesto hasta aquí debemos concluir que los convenios cuasi-internacionales o de estabilidad jurídica son una respuesta a la insuficiencia de la institución de la Protección Diplomática, para amparar a las empresas transnacionales de las modificaciones futuras que el Estado pueda introducir en su legislación interna, permitiéndoles, además, una intervención directa en la reclamación.

---

78 CARREAU, Dominique, Flory THIEBAUT y JUILLARD Patrick. *Droit International Economique*, 3<sup>o</sup> ed., 1990, p. 665.

79 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Ob. Cit.*, p. 36.

80 SISTEMA ECONOMICO LATINOAMERICANO. *Escenarios de Cambio Mundial*, XIX Reunión Ordinaria, Caracas, 25-29 de octubre de 1993, p.27.

Asimismo de las características de estos convenios, es posible desprender su naturaleza internacional, sin que esto signifique, en estricto sentido, equipararlos a un tratado interestatal.

La relevancia de las empresas transnacionales en las relaciones internacionales contemporáneas es innegable, lo que explica que el Derecho Internacional se ocupe progresivamente de estas entidades no estatales.

En este sentido, su reconocimiento como nuevos sujetos del Derecho Internacional no habrá de esperar mucho tiempo. Mientras tanto seguiremos en esta suerte de etapa de transición.