

La lucha contra las prerrogativas estatales en el arbitraje comercial internacional

José Fernando MERINO MERCHÁN

Letrado de las Cortes Generales y del Consejo de Estado (en excedencia).
Profesor Titular de Derecho constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos

Sumario: I. Planteamiento general: las prerrogativas inmunitarias del Estado en el arbitraje comercial internacional. II. Incorporación del Estado y/o de sus agencias públicas en el arbitraje como medio de solución de conflictos comerciales internacionales: 1. El Estado y/o sus agencias en el comercio internacional. 2. Los arbitrajes comerciales internacionales con participación estatal. 3. Problemas que plantea el sometimiento del Estado y/o sus agencias públicas al arbitraje. III. El Estado y/o sus agencias como parte del convenio arbitral. 1. Planteamiento de la cuestión. 2. El problema de la capacidad del Estado para someterse al arbitraje comercial internacional. 3. Naturaleza de la norma sobre la capacidad del Estado. Progresiva implantación de normas materiales adaptadas a la especificidad del arbitraje comercial internacional. 4. Capacidad del Estado para comprometer como cuestión de arbitrabilidad subjetiva. 5. Capacidad del Estado y demás personas jurídico públicas en el ordenamiento convencional; A) Convención de Nueva York; B) Convenio europeo de Ginebra. IV. Derecho aplicable y *ius variandi* del Estado. 1. Derecho aplicable. 2. Medidas correctoras del *ius variandi*: A). Cláusulas de estabilización; B) Teoría del *trunc commum*. 3. Hacia un *ius singularis* en los arbitrajes con participación del Estado. V. La inmunidad de ejecución del estado como pretendido obstáculo al arbitraje comercial internacional. VI. Conclusiones

I. Planteamiento general: las prerrogativas inmunitarias del Estado en el arbitraje comercial internacional

Desde la aparición del Estado moderno se ha venido predicando la teoría de la inmunidad de jurisdicción estatal, reflejada en el adagio *para in parem non habet imperium*, que no significa otra cosa que la proclamación del principio de igualdad soberana en las relaciones entre Estados. Se trataba –y aún se encuentra vigente en ciertos ámbitos de actuaciones estatales– de una prerrogativa en cuya virtud se limita la potestad de los demás Estados de promulgar normas extraterritoriales de competencia judicial internacional. En síntesis, el privilegio inmunitario de jurisdicción del Estado, implica que ese último

no pueda ser demandado ante una jurisdicción distinta a la de la *lex fori* del Estado emplazado judicialmente. Es esta una regla, por lo demás, ampliamente extendida en el Derecho comparado, siendo botón de muestra en el ordenamiento español los arts. 21.1º LOPJ y 36.2.2 LEC¹.

La cuestión de la inmunidad de jurisdicción del Estado, sobre la que ha dicho O. Casanova i La Rosa² que no existe un Convenio que la aborde con carácter general, ha merecido la atención de nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 107/92, cuando afirma que la

“... remisión al Derecho internacional público obliga al intérprete de nuestro Derecho y, en particular, obliga a los órganos jurisdiccionales españoles a adentrarse en dicho ordenamiento para sacar a la luz los supuestos en que puedan verse impedidos de ejercer actividad jurisdiccional –sea ésta de naturaleza declarativa, ejecutiva o cautelar– frente a determinados sujetos amparados por la inmunidad (Estados extranjeros, personas jurídico–públicas extranjeras, personal diplomático y consular; etc.). La remisión implica, en consecuencia, la necesidad de que los órganos jurisdiccionales españoles –incluido este Tribunal– se conviertan en intérpretes y aplicadores de la legalidad internacional, tal y como han tenido que hacer otros Tribunales nacionales, sin que ello suponga en absoluto una interferencia por parte del ordenamiento español en el Derecho internacional público, pues las normas de éste se conforman, entre otras cosas, en función de las prácticas internas adoptadas en cada materia por los Estados miembros de la comunidad internacional”.

Ahora bien, el privilegio inmunitario de jurisdicción del Estado ha sufrido un proceso de decantación histórica tendente a limitar o excluir sus efectos cuando el Estado y/o sus agencias públicas empezaron a intervenir en la actividad comercial internacional, más allá de las relaciones interestatales. O dicho de otra forma, cuando los actos realizados por el Estado no tienen como fuente potestades públicas sino que obedecen a actuaciones comprendidas en el denominado *iure gestionis*, al punto que, como Girar ha dicho, el principio de inmunidad de jurisdicción del Estado es una realidad extraña a la actividad al comercio internacional y más aún a la institución arbitral³.

En efecto, la doctrina entiende que el sometimiento de un Estado a arbitraje –o el de una entidad gubernamental– implica una previa renuncia expresa o tácita a la prerrogativa inmunitaria, por mucho

¹ Vid. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Madrid, Cívitas, 2000, p. 49.

² O. Casanova i La Rosa, “La inmunidad del Estado”, en M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid Tecnos, 2003, p. 285.

³ P. Girar, *Aptitude à compromettre et immunité de juridiction*, en *Recherche sur l'arbitrage en Droit International et Comparé*, París, LGDJ, 1997, pp. 79 ss.

que en algunas ocasiones, cada vez menos, el Estado alegue dicho privilegio ante un tribunal arbitral⁴. Es justamente en este entorno donde hay que situar el art. 2.2º de la vigente Ley de Arbitraje española de 2003⁵, que siguiendo las orientaciones de la Ley Modelo (LMU)⁶, establece que “cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio Derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral”⁷.

Obvio es resaltar el importante significado que el precepto transcrito tiene como técnica de interdicción de las prerrogativas del Estado y corporaciones estatales y cuya justificación se encuentra en la Exposición de Motivos de la Ley, cuando manifiesta que “respecto de las materias objeto de arbitraje se introduce la regla, para el arbitraje internacional, de que los Estados y entes dependientes de ellos no puedan hacer valer las prerrogativas de su ordenamiento jurídico. Se pretende con ello que, a estos efectos, el Estado sea tratado exactamente igual que un particular”.

A lo largo del presente trabajo se irán examinando las dificultades que en el arbitraje internacional se han ido dando tanto en el marco de las Convenciones internacionales como dentro de lo que podemos denominar jurisprudencia arbitral pretoriana, para hacer realidad el principio de igualdad entre las partes de un convenio arbitral del que el Estado forme parte. Pues, como bien ha señalado Olivencia, esa prohibición afecta a cualquier prerrogativa pública, no solo a las que alteran los efectos que deriven del convenio arbitral sino los que puedan alterar la igualdad durante el procedimiento arbitral⁸; debe añadirse, además, que ese precepto al proclamar de forma tan rotunda el principio de igualdad, éste debe alzarse como garantía objetiva que impida asimismo las potestades del *ius variandi* del Estado, en cuan-

⁴ Craig, Park y Paulsson, *International Chamber of Commerce arbitration*, N.Y., 3ª ed., 2000, pp. 661 ss.

⁵ Preceptos similares se encuentran en las Leyes francesa, suiza, italiana y belga.

⁶ E. Verdera y Tuells, *La Ley 60/2003, entre la tradición y la innovación*, Discurso de ingreso en la RAJL, Madrid, 2005.

⁷ El origen de este precepto se encuentra en la jurisprudencia francesa, que abordó el problema, primero desde una perspectiva conflictual para más tarde aplicar una regla sustantiva del arbitraje internacional. *Vid.* B. Hanotiau, “L’Arbitrabilité”, *R. des C.*, 2002, pp. 47 ss; también, Pérez-Llorca, ob. col., *Comentarios al art. 2.2*, Thomson-Cívitas, 2005, p. 37.

⁸ M. Olivencia Ruiz, *Comentarios al art. 2*, en la ob. col. coordinada por J. González Soria, Thomson-Cívitas, 2004, p. 49.

to a la alteración del derecho aplicable, y por supuesto, ha de proscribir la inmunidad de ejecución del laudo.

II. Incorporación del estado y/o de sus agencias públicas en el arbitraje como medio de solución de conflictos comerciales internacionales

1. El Estado y/o sus agencias en el comercio internacional

Si la utilización del arbitraje es conveniente como medio de solución de conflictos internos, por razones de coste/oportunidad y de confidencialidad, en el ámbito de las relaciones internacionales resulta absolutamente necesario, al no existir una jurisdicción común ni una legislación uniforme. Y esto último es aún más cierto cuando una de las partes es el Estado, cuya apariencia de *potentior personae*, solo puede neutralizarse por medio del arbitraje. Tradicionalmente, las controversias entre Estados han pertenecido al ámbito del Derecho internacional público. Esta doctrina ha sido, ciertamente, dominante, hasta que el Estado ha empezado a ejercer funciones comerciales, sean éstas realizadas por él mismo o por medio de una entidad pública o Agencia estatal, entablando una relación comercial con particulares. La idea de que las controversias que se susciten en este ámbito puedan ser sometidas al arbitraje comercial internacional, ha sido patrocinada fundamentalmente por los operadores mercantiles privados que han preferido someter la cuestión a arbitraje antes que a la jurisdicción de los tribunales del Estado afectado, por entender que se tienen más *garantías de neutralidad*, respecto al juez del Estado.

La cuestión del sometimiento del Estado y/o sus Agencias al arbitraje, ha tenido su punto álgido con la aparición de las llamadas *naciones en desarrollo emergente*, que siguiendo el modelo de los antiguos Estados socialistas, tomaron a su cargo la propiedad de los recursos energéticos, flotas mercantiles y aerolíneas y empresas bancarias y de inversión. Tendencia ésta que se ha visto alentada por diversas resoluciones de las Naciones Unidas dirigidas al establecimiento de un *nuevo orden económico internacional*, por el que al atribuírsele al Estado el control efectivo de sus propios recursos, pueden medirse en condiciones de cierta paridad con las empresas no nacionales que operan en sus territorios.

La incorporación del Estado al arbitraje como solución de conflictos comerciales internacionales se ha visto favorecida por la ola de privatizaciones que siguió a la etapa de las nacionalizaciones, pero en las que el Estado ha permanecido presente mediante la *golden share* u otras técnicas en los sectores capitales de la actividad económica.

Todo ello ha propiciado el que se haya dado un gran número de arbitrajes en los que bien el Estado directamente o un organismo estatal sea parte en los mismos. En todo caso, a la hora de valorar la participación del Estado o una Agencia estatal en un arbitraje comercial internacional, hay que ponderar tanto los factores políticos como los de orden económico. En cuanto a los primeros, se trataría de examinar si una negativa al sometimiento del arbitraje puede o no incidir en las relaciones de ese Estado en cuestión con el Estado al que pertenece la demandante extranjera. En cuanto a las consideraciones de orden económico, hay que valorar si tal negativa de sometimiento a arbitraje, puede suponer una merma de las inversiones extranjeras en aquel país.

También existen razones jurídicas que hay que sopesar. De un lado, las posibles limitaciones de orden constitucional y de legalidad ordinaria para que el Estado, desvistiéndose de su condición de *potentior personae*, pueda realizar un acto de disposición como es el sometimiento al arbitraje comercial internacional; pero, por otro lado, el sometimiento a arbitraje implica un levantamiento sin condiciones de la tradicional inmunidad jurisdiccional del Estado, siendo esto último el auténtico nudo gordiano de toda esta cuestión.

Se ha sostenido que el derecho del Estado a reclamar inmunidad frente a los procesos arbitrales es parte de su dignidad soberana. Sin embargo, como manifestó el afamado juez inglés Lord Denning, “resulta mas acorde a la dignidad de un soberanos extranjero someterse a las técnicas del Estado de derecho que pretender estar por encima suyo”⁹.

En cualquier caso, y por encima de las contingencias del presente, históricamente, el arbitraje internacional, como medio de solución de conflictos entre Estados, tiene una rancia y venerable tradición¹⁰, pese al desuso en que cayó con el surgimiento del Estado moderno y las ventajas que a éste le reportaban la irresistibilidad de su soberanía jurídico-política. Así y todo, cabe citar con el advenimiento del cons-

⁹ En *Rahimtoola / the Nizam of Hideraban*, 1958, A.C. 379.

¹⁰ Vid. Merchán Álvarez, *El arbitraje: Estudio histórico-jurídico*, Sevilla 1981, p. 39; vid. también, F. de Castro, “El arbitraje y la nueva Lex Mercatoria”, *ADC*, t. XXXII, pp. 624 ss.

titucionalismo moderno el Tratado de Jay, celebrado en 1794, entre EE UU y Reino Unido¹¹, y por el que se constituyeron varias comisiones arbitrales destinadas a resolver controversias limítrofes y de navegación entre los dos países. Sin embargo, puede mantenerse que fue el arbitraje del asunto *Alabama Claims*, realizado en Ginebra en 1871–1872, el que propició la llegada del arbitraje internacional moderno con participación del Estado. El conflicto surgió entre EE UU y Reino Unido debido a que este último había permitido que el Alabama y su nave de suministros, se construyeran en un astillero británico y se entregara a los Estados del Sur durante la Guerra Civil estadounidense. Sin entrar, ahora, en el fondo de la cuestión planteada, es importante dejar consignado como precedente ineludible que la controversia se resolvió mediante un tribunal, integrado por cada una de las partes y con miembros *neutrales*, designados por el Rey de Italia, el Presidente de la Confederación Helvética y el Emperador de Brasil. Como ha dejado escrito Simpson Fox, de este modo surgió un tribunal arbitral internacional, que marcaría las pautas para muchos otros¹².

2. Los arbitrajes comerciales internacionales con participación estatal

Con todo, la participación del Estado y de las personas de Derecho público en procedimientos arbitrales es hoy un hecho normal en la práctica del comercio internacional. Si en principio pudiera existir una cierta prevención en admitir que los Estados, revestidos del manto de la soberanía y con renuncia a su propio Fuero y a su propio Derecho sustantivo, se sometan al juicio de los árbitros privados, en la práctica se constata una gran utilización de la técnica arbitral en los conflictos que derivan de las operaciones económicas en las que el Estado participa de una u otra forma, en el plano internacional¹³. Las

¹¹ S. Fox, *International Arbitration*, 1959, p. 10; y Merrills, *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 1966.

¹² En efecto, el Tratado de Jay de 1794 entre EEUU y el RU, ha sido considerado como un punto de partida en el desarrollo del arbitraje entre Estados, y ha servido de precedente para la creación de tribunales paraestatales como han sido el Tribunal de Reclamaciones Irán–EE.UU. (1981); la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas creada en Ginebra en 1991, para resolver las reclamaciones de empresas públicas y privadas y Estados contra Irak, por la ocupación de Kuwait; y los Tribunales del Holocausto (1997), para dilucidar y liquidar las reclamaciones sobre cuentas inactivas en Suiza procedentes de los expolios producidos durante la II Guerra Mundial.

¹³ De un total de 300 procedimientos anuales en el marco de la Cámara de Comercio Internacional casi una tercera parte de ellos tiene lugar con una parte estatal o paraestatal. S. Jarvin, “Participation á l’arbitrage CCI des États et entreprises publiques”, *Rev. arb.*, 1985, p. 585. En USA, en numerosos casos planteados ante los Tribunales, una de las

razones de ello habría que buscarlas en la propia evolución de las funciones del Estado en los campos comerciales y de cooperación técnica y económica; y también en la específica virtualidad de la técnica arbitral que conserva todavía gran parte de las ventajas que se le imputaron en un principio –confidencialidad, neutralidad, especialidad, “deslocalización”, etc.– y que presenta otras, especialmente a considerar cuando del enfrentamiento entre partes con distinto estatuto jurídico se trata. De hecho, es fácilmente perceptible de manera general que el arbitraje se impone como método general de solución de conflictos entre una persona pública y una persona privada en el ámbito internacional.

A ello ha contribuido no solamente la progresiva participación de los Estados y demás personas de Derecho público en operaciones comerciales y económicas, sino también la correlativa adaptación del Derecho del arbitraje internacional, en la cuádruple perspectiva de la legislación nacional, las Convenciones, los usos de comercio y la jurisprudencia tanto arbitral como judicial, para vencer los obstáculos tradicionales que se han venido oponiendo, y otros que van surgiendo cotidianamente en este ámbito.

Algunos de los asuntos más importantes que han sido sometidos al arbitraje internacional en los últimos tiempos, y que han hecho avanzar el Derecho del arbitraje en general son considerados en su más amplio sentido como contratos de Estado¹⁴.

En los momentos actuales este tipo de contratos ha adquirido, como tendremos ocasión de exponer, una importancia realmente consi-

partes es un Estado o un servicio público extranjero. Vid. M. Domkes, *Arbitration of State trading relations*, en *Law an contemporary pramens*, 1959, pp. 327–328; A.L. Calvo Caravaca y L. Fernández de la Gándara, *El arbitraje comercial internacional*, 1989, p. 46, y la bibliografía allí recogida. Vid. también J. Fernández Armesto (en colaboración con Bergel Sainz de Baranda), “Un vuelco en la jurisprudencia sobre arbitraje comercial internacional”, *La Ley*, n° 5523, 15 de abril de 2002.

¹⁴ Sobre el arbitraje en los contratos de Estado vid. Ph. Fouchard, « Une nouvelle contribution au droit international de l'arbitrage. L'arbitrage *Elf Aquitaine Iran / Nacional Iranian Oil Company* », *Rev. arb.*, 1984, p. 334. Interesa esta sentencia arbitral desde el punto de vista del derecho aplicable, del ejercicio por el Estado de prerrogativas de Poder Público y su enjuiciamiento por arbitraje, y por la declaración de los árbitros sobre su propia competencia. Sobre arbitraje en contratos de Estado, vid. B. Oppetit, “Les états et l'arbitrage: esquisse de systématisation”, *Rev. arb.*, 1985, p. 493, el cual establece una tipología de contratos de Estado y una tipología de partes en los arbitrajes con parte pública.

derable en el contexto internacional, lo que ha atraído la atención de una doctrina rica en matices y profundidad¹⁵.

La complejidad creciente de este tipo de relaciones y la imaginación y sofisticación de las soluciones propuestas para los numerosos problemas planteados ha obligado a un esfuerzo de reconversión de muchas magnitudes jurídicas. Por lo general –hoy en día existe ya una jurisprudencia arbitral amplia y suficientemente conocida, así como decisiones de los Tribunales judiciales igualmente ilustrativas–, los problemas que se reconducen al contencioso–arbitral de los contratos de Estado y de sus “emanaciones”, se refieren a problemas de inejecución, total o parcial de los contratos, como consecuencia de la intervención de áreas (económicas, políticas, administrativas); de interpretación, revisión, readaptación de estipulaciones contractuales; de responsabilidad, etc. Y todo ello agravado por la incidencia específica del arbitraje internacional en estas materias, que obliga a los árbitros y los Tribunales arbitrales a resolver problemas de identificación de partes, competencia, “relativización” de los efectos relativos de los contratos, derecho aplicable al fondo y al procedimiento, eficacia del orden público, etc. Asuntos tales como los *SEEE/Yugoslavia*; *Texaco/Calasiatic*; *Liamco/Gobierno de Libia*; *Aminoil/Kuwait*; *Agip/República del Congo*, o *ELF–Aquitaine*, *Framatome* y más recientemente *Westland Helicopters* o el de la *Meseta de las Pirámides de Gizeh*, no pueden soslayarse en el análisis de la evolución del Derecho del arbitraje internacional y de la presencia en este último del Estado.

Se ha de constatar que el arbitraje derivado de un contrato de Estado raramente desemboca en el campo internacional sino a través de un convenio arbitral¹⁶. Aunque es difícil establecer estadísticas debido al consustancialmente velado mundo del arbitraje, por lo general –aunque también es detectable un gran número de arbitrajes *ad hoc*– se aprecia la progresividad creciente del arbitraje institucionalizado en la organización de arbitrajes con parte pública, sobre todo en la CCI y en el CIRDI, Centro Internacional para la Solución de Di-

¹⁵ J.F. Lalive, “Contrats entre États ou entreprises étatiques et personases privées. Développements récents”, *R. des C.*, 1983, p. 111; Ph. Leboulanger, *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, París, 1985.

¹⁶ Solo el arbitraje *Aminoil / Koweit*, de entre los últimos y más importantes, surgió a raíz de un compromiso. Las razones de esta constatación son bien simples: la cláusula compromisoria pertenece a lo que se ha llamado el dispositivo propiamente jurídico de un contrato, sujeto a negociación; su ausencia no es sinónimo de olvido sino de rechazo. B. Oppetit, “La clause d’arbitrage par référence”, *Rev. arb.*, 1990, p. 504; *id.*, “La Loi type de la CNUDCE sur l’arbitrage commercial international”, *Rev. arb.*, 1986, p. 518.

ferencias Relativas a Inversiones, creado en Washington, en el seno de la Banca Mundial¹⁷.

La participación de los Estados y de las personas jurídico-públicas bajo su control no sólo plantea como problemática la de la capacidad o competencia para someterse al arbitraje y estar a sus resultados. Aspecto éste clásico en esta perspectiva, la intervención de estas personas como partes en un arbitraje internacional presenta ya un frente de cuestiones derivadas de su especial estatuto en el tráfico jurídico y como tal ha sido objeto de especial atención por la práctica arbitral y por la doctrina más consecuente.

Muy sucintamente los aspectos problemáticos a los que afecta el arbitraje con parte pública serían los siguientes:

1) La capacidad de las personas públicas para someterse al arbitraje y estar a los resultados del mismo. Es apreciable en este punto, una vez más, una diferencia entre la regulación del arbitraje internacional, en el que una mayor permisividad es ofrecida y aplicada, y la del arbitraje interno, todavía en muchos confines renuente a la idea de admitir libremente y sin cortapisas la sumisión del Estado y demás personas jurídico-públicas al arbitraje.

2) El concepto de la arbitrabilidad, en este caso de carácter subjetivo, ya que, con superación del esquema propio de la capacidad se entiende que determinadas materias sobre las que intervienen las personas públicas no son susceptibles de someterse a arbitraje.

3) El régimen jurídico propio de este tipo de arbitrajes debido a que las personas públicas están sujetas al principio de legalidad y al de competencia en el desempeño de sus actividades y funciones, por lo que puede existir una incidencia notable, a su vez, sobre las siguientes cuestiones: régimen de formación del consentimiento y de sus efectos para la elaboración y cumplimentación del convenio arbitral; régimen de la eficacia del convenio y de su validez de cara a la específica configuración de la Administración pública actuante; procedimiento y validez del principio de autonomía del arbitraje como tal y necesidad de

¹⁷ No parece que el CIRDI haya conocido demasiado éxito en la atracción de arbitrajes con parte estatal, a pesar de que éste es su objetivo fundacional. Diversas explicaciones se dan de ello: relativa juventud del Centro y larga duración de las inversiones susceptibles de generar controversias; de otra parte, el carácter obligatorio del arbitraje. *Vid.* G. Delaume, "Le CIRDI", *Journ. dr. int.*, 1982, pp. 775 ss; sobre una panorámica general y de futuro *vid.* A. Broches, "L'évolution du CIRDI", *Rev. arb.*, 1979, pp. 323-337.

conciliar los procedimientos administrativos con los procedimientos arbitrales propiamente dichos; Derecho aplicable al fondo del asunto por cuanto es previsible que los árbitros hayan de tener los mismos poderes que el juez, en este punto, pero también ser diferentes; mecanismos para desactivar las prerrogativas del Estado y demás personas jurídico públicas y someter a las partes a un régimen de igualdad, consustancial al arbitraje, con neutralización del poder normativo específico del Estado de cara a su intervención en el ámbito de la relación jurídica sobre la que se suscita la controversia.

4) Y, finalmente, el régimen relativo a la eficacia del laudo recaído frente a la administración, normalmente en una posición privilegiada en cuanto a su ejecución¹⁸.

Son varios y enjundiosos en efecto los aspectos en que se manifiesta la especial problemática derivada de la intervención del Estado en el arbitraje, y específicamente en el ámbito del arbitraje internacional, en el que de manera más temprana y efectiva han aflorado las soluciones propiciadas, a veces con urgencia, por la jurisprudencia y el Derecho positivo. Todos ellos informan, y no solamente el aspecto relativo a la capacidad o poder para comprometer, sino la incidencia que sobre cada una de las fases y elementos de la operación arbitral opera la participación del Estado y demás personas jurídico-públicas por él controladas. Todos los pasos y fases de las operaciones arbitrales resultan afectados por la presencia del Estado y demás personas jurídico-públicas y ello tanto a nivel interno como internacional. Aunque en este último aspecto, conviene resaltarlo, las especiales características del mismo y su efecto derogatorio sobre el derecho del arbitraje interno le confieren un grado notable de autonomía conceptual y operativa.

La formación y emisión del consentimiento que desemboca en el convenio arbitral, es otro de ellos y no ciertamente de los menos relevantes. Todas las vicisitudes propias del convenio relativas a sus efectos aparecen teñidos de la particularidad de la voluntad normada de la Administración y el juego de las competencias, las autorizaciones, o

¹⁸ La intervención del Estado y demás personas públicas en el arbitraje ha suscitado un amplísimo debate doctrinal y ha sido objeto de numerosas decisiones tanto arbitrales como judiciales, por parte de los tribunales. M. De Boisseson, *Le droit français de l'arbitrage, interne et international*, GLN Joly, 1990; B. Audit, "L'arbitrage transnational et les contrats d'État: Bilan et perspectives", *R. des C.*, 1987, pp. 30 ss.

los mecanismos necesarios para que la declaración de voluntad se produzca, se manifieste y tenga efectos jurídicos.

En materia de constitución del tribunal arbitral se pueden concebir al menos teóricamente dos posibilidades: el desarrollo normal por la puesta en marcha de la eficacia del convenio arbitral en su aspecto sustantivo; y el desarrollo anormal en el que la constitución del tribunal arbitral se hace sobre el desacuerdo de las partes y por la intervención pro-activa de un elemento exterior, como puede ser una institución arbitral, una autoridad de designación o por los propios tribunales judiciales internos.

En todos estos casos la presencia de una autoridad administrativa en el arbitraje, modula, ciertamente, la intervención de estas autoridades exteriores que concurren en apoyo y auxilio del arbitraje como tal.

La actitud del árbitro respecto de los actos administrativos, es quizás, el problema más delicado del régimen jurídico del arbitraje en materia administrativa. La presencia en el procedimiento de una persona de derecho público es susceptible de hacer aparecer en el curso de la instancia arbitral una serie de medidas que al emanar de autoridades administrativas han de calificarse justamente como actos administrativos. Son los árbitros los que deban calificar, valorar y controlar estos actos administrativos, lo cual repugnaría en su propio origen a la sustancia de los actos administrativos no sujetos sino al control de legalidad por los tribunales competentes y cuyo poder de anulación aparece reservado constitucionalmente a las jurisdicciones administrativas¹⁹.

La componente del Estado como poder legislativo o normativo constituye un factor de indudable trascendencia a la hora de definir el régimen aplicable a los arbitrajes con parte pública. Ya sea por la preeminencia en la posición que ostenta el Estado y demás personas públicas en los contratos administrativos, ya sea por la titularidad que ejerce en cuanto al poder normativo general, o por otras cualidades de su *status* específico, la intervención del Estado en estas lides se presta a la necesidad de adecuación a los esquemas propios del arbitraje y particularmente en la esfera internacional, en que el Estado y sus "emanaciones" se presentan –deben hacerlo– en un plano de igualdad, con los particulares.

¹⁹ A. Patrikios, *L'arbitrage en matière administrative*, París, LGDJ, 1997, pp. 213 ss.

Es así que, en función del principio de igualdad entre las partes que es consustancial al arbitraje, sería preciso neutralizar o al menos adecuar estas potestades exorbitantes del Estado para hacerlas compatibles con la técnica arbitral propiamente dicha. Y si en el orden interno la cuestión se aborda todavía con reticencias, de mayor o menor fundamento, en lo que respecta al arbitraje internacional, éste ha sido uno de los ámbitos en donde en mayor medida ha prosperado la tesis de un derecho específico del arbitraje, derogatorio del régimen común y justificado en la necesidad de encontrar soluciones al Estado actuante como operador económico en la esfera internacional.

3. Problemas que plantea el sometimiento del Estado y/o sus Agencias públicas al arbitraje

En el mundo globalizado en que vivimos, caracterizado por una permanente y profusa interrelación económica y financiera, el arbitraje ha devenido en el método preferido de solución de las controversias comerciales internacionales. Siendo esto así, ha sido habitual que las legislaciones internas hayan establecido fuertes limitaciones cuando no una interdicción completa al sometimiento a arbitraje en las controversias surgidas entre el Estado y los particulares. Así, *v.gr.*, es paradigmático el caso del ordenamiento francés, en el que el art. 2060 del Código Civil y antiguos 1004 y 83 del Código de Procedimiento Civil, prohibían someter a arbitraje las contiendas referentes a entidades y establecimientos públicos, así como las cuestiones que afectan al orden público. Esta previsión, planteada en términos de rigurosa concepción Estado–Soberanía, ha dejado paso mediante legislación especializada a un régimen de autorización por Decreto para que determinadas entidades públicas industriales y comerciales, puedan suscribir acuerdos de arbitraje. Particularmente ha sido importante la Ley de 5 de julio de 1975, que ha venido a autorizar, sin ambages, el que las controversias surgidas en las actividades industriales y comerciales en las que intervengan Agencias públicas francesas pueden someterse al arbitraje internacional²⁰.

²⁰ *Vid.* como precedente la decisión de la Corte Suprema de Francia en el caso *Galakis*, Cass. Civ. de 2 de mayo de 1966. El Consejo de Estado francés, que se venía mostrando contrario a la facultad de comprometer del Estado y las personas públicas, en sus famosas decisiones: *Arrêt Compagnies du Nord et de l'Est / Ministre de la Marine y Société Nationales des Ventes de Surplus*, ha acabado por admitir la aplicación del arbitraje en las controversias de las que se parte el Estado francés, así, *vid* su Informe sobre *Règler au-*

La experiencia francesa ha influido mucho en su entorno geográfico y cultural, como ha sido el caso de Bélgica, país en el que se pasó de una prohibición absoluta de sometimiento a arbitraje de las entidades de derecho público a un mero régimen de autorización por mor de la Ley de 19 de mayo de 1998. También este ha sido el caso en el ordenamiento italiano, que exige la simple previa autorización para que el Estado pueda suscribir un convenio arbitral.

En el sistema español se partió de una prohibición absoluta y excluyente del arbitraje para resolver litigios derivados de los contratos celebrados con la Administración del Estado, según rezaba el Real Decreto de Bravo Murillo de 27 de febrero de 1852 (art. 12); este riguroso criterio se dulcificó en la vieja Ley de Administración y Contabilidad del Estado de 1911 (art. 6), que exigía a este respecto una ley autorizando el arbitraje; régimen que se mantuvo en la Ley del Patrimonio del Estado de 1964 (art. 41).

El paso hacia la admisión del arbitraje por parte del Estado y las corporaciones públicas, aparece formulado en términos menos limitativos en la Ley General Presupuestaria (art. 39.1º), que eliminó la necesaria habilitación de una ley para utilizar el arbitraje por un decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia y dictamen del Consejo de Estado en pleno. El papel que el Consejo de Estado asume en el procedimiento de autorización del arbitraje puede encontrarse en su Dictamen 46.031, de 1 de marzo de 1998, en el que se señala que la “tradicional regulación jurídico-administrativa de la transacción y del arbitraje, no afecta a su contenido sino que se circunscribe a los requisitos para su válida celebración”.

En este sentido, ha de calificarse como de franca decepción el pobre reconocimiento que del arbitraje hace la reciente Ley de Contratos del Sector público (Ley 30/2007, de 30 de octubre), que en cierta medida significa un paso atrás con respecto al reconocimiento que de la institución arbitral se hacía en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. En la nueva Ley de Contratos del Sector Público, el arbitraje lejos de ser reforzado pasa a ser una figura anecdótica, al reconocerse en su art. 39 que “los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución

tremment les conflicts: Conciliation transaction arbitrage en matière administrative, 1993; y *vid* también, Ikonomou, *Les modes non juridictionnels*, París, 1995.

de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren”. Este precepto encuentra su proyección, en lo que respecta al comercio exterior, en la disp. adic. 1ª, en la que se recoge, en sus apartados 2 y 3 lo que sigue: “2. En los contratos con empresas españolas se incluirán cláusulas de sumisión a los tribunales españoles. 3. En los contratos con empresas extranjeras se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje...”.

Ahora bien, ha sido precisamente la progresiva implicación del Estado español o de sus organismos públicos en actividades de tipo económico y comercial, lo que ha motivado, más allá de consideraciones legales internas, su participación como sujetos en el arbitraje en las controversias suscitadas en el tráfico jurídico externo, lo que ha hecho que se module el tradicional principio de la inmunidad de jurisdicción, haciendo evolucionar este principio de un rigor extremo hacia una inmunidad restringida y que obligaría a distinguir en el plano internacional en el que interviene el Estado entre actos *iure imperii* y actos de *iure gestionis*²¹.

Serían supuestos de *iure gestionis* aquellos casos en que el Estado o sus dependencias económicas actuasen en el tráfico civil o mercantil como agentes gestores y administradores de negocios privados, o en la hipótesis en la que contratasen con personas físicas o jurídicas no nacionales. En todos estos supuestos el convenio arbitral puede y debe ser el instrumento para solucionar las posibles contiendas o litigios. El fundamento hay que buscarlo en que si la competencia jurisdiccional para estos casos es la jurisdicción civil ordinaria, no hay razón válida para no rescatar para el arbitraje esas contiendas, teniendo en cuenta precisamente el art. 2.1º de la vigente Ley española de Arbitraje de 2003, al no concurrir ninguna indisponibilidad objetiva para los particulares. Manifestación de esta realidad fue, *v.gr.*, la firma del convenio arbitral celebrado por el *Estado español con Trastees Limited y la Fundación Colección Thyssen–Bornemisza*, aprobado por RD 1525/1988, de 16 de diciembre, con el Dictamen favorable del Consejo de Estado nº 1034/1993 y en cuya virtud toda controversia que surja como consecuencia de dicho contrato será resuelto por arbitraje, de acuerdo con lo establecido en el mismo (art. 2).

²¹ C. Esplugues en, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, ob. col. cor. Barona Vilar, Thomson–Cívitas, 2004, p. 133.

El Consejo de Estado español, en sus dictámenes habilitantes sobre estas materias, no ha dejado de ponderar la importancia del arbitraje en los negocios del tráfico internacional en que sea parte el Estado español o alguna de sus instituciones con personalidad jurídica independiente. Así, se puede dejar constancia del Dictamen 1338/94, relativo a la adquisición de una partida de aviones Mirage y material asociado, mediante contratación directa con el Gobierno de Qatar, conforme el artículo segundo del RD 1120/1977, de 3 de mayo, regulador de la contratación de material militar en el extranjero, y en cuyo contrato se contenía un pacto de arbitraje (cláusula 6ª), por el que las disputas se solucionarían en Lausanne (Suiza) con arreglo a las normas procedimentales de la CCI por tres árbitros nombrados de acuerdo con dichas normas; siendo la Ley de fondo aplicable al contrato las Leyes Federales Suizas, excluyendo sus disposiciones sobre conflictos de leyes; y en el que el Alto Cuerpo Consultivo mantuvo que

“... ningún impedimento jurídico puede formularse a la inclusión de una cláusula de arbitraje en un contrato de esa naturaleza; ya que no está sometido, obviamente, por razón de las partes intervinientes, a las limitaciones que sobre estos particulares pudieran derivarse de la legislación interna. Y cabe establecer este sistema de dirimir sus diferencias en virtud del principio general de autonomía de la voluntad que ha de operar, con todas sus consecuencias, en el plazo de las relaciones entre Estados”.

Señala también el Consejo de Estado que

“... la sumisión de las eventuales diferencias a la Cámara Internacional de Comercio es no sólo legítima sino sumamente conveniente. Precisamente es la Corte de Arbitraje fundada en 1923 por la Cámara de Comercio Internacional la institución arbitral cuya competencia, tanto geográfica como material, es la más extendida. Se trata de la institución arbitral internacional más característica. Toda persona, sea pública o privada, puede recurrir al arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, cuando el litigio presente un carácter comercial e internacional. Así pues, ningún obstáculo jurídico puede oponerse a que se sometan al arbitraje de esta institución las diferencias que puedan surgir en una relación contractual de carácter comercial entre dos Estados”.

Finalmente, en cuanto a la aplicación de las Leyes federales suizas al fondo del contrato, el Consejo de Estado entendió que

“... por lo que se refiere a la sumisión de las partes contratantes a las leyes federales suizas en cuanto a la interpretación del contrato, con expresa exclusión de sus disposiciones sobre conflictos de Leyes, considera este Consejo de Estado que tal previsión es asimismo conforme con las reglas generales de la institución. El Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional firmado en Ginebra en 21 de abril de 1961 (*BOE*, 4-X-75) prevé expresamente en su art. VIII.1º (“Derecho aplicable”) que “Las partes

podrán, según su libre criterio, determinar de común acuerdo la Ley que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia". De esta previsión se hace uso explícito en el presente proyecto de contrato a las leyes federales suizas, con exclusión, como se ha dicho, de las normas de conflicto. El Consejo de Estado nada tiene que oponer a la aplicación en cuanto al fondo, de las leyes federales suizas, para la interpretación del contrato. La exclusión de las normas de conflicto puede resultar conveniente, al dejar expedito el camino para resolver sobre las cuestiones de fondo. En otro caso, se plantearía como cuestión previa la determinación de la regla de conflicto, en los términos previstos en el inciso segundo del n° 1 del art. VII del citado Convenio de Ginebra de 1961; operación que, de este modo, resulta excluida. La aplicación de las leyes federales suizas para resolver las dudas sobre la interpretación del contrato no puede excluir – como acertadamente señala la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa – que, en primer término, se esté a lo que resulte de las propias estipulaciones del contrato. Se trata éste de un principio general propio no sólo del Derecho español (art. 1281 y concordantes del Código Civil) sino también de otros ordenamientos jurídicos, entre ellos, cabalmente, el ordenamiento suizo. El Código de las Obligaciones –Ley federal suiza que completa el Código Civil suizo, Libro quinto– de 30 de marzo de 1911 establece como regla general de interpretación de las obligaciones resultantes de un contrato, en su art. 18.1º, que para apreciar la forma y las cláusulas de un contrato, hay que investigar la real y común intención de las partes, sin detenerse a las expresiones o denominaciones inexactas de las que uno se pueda servir, sea por error, sea para desfigurar la naturaleza verdadera de la convención. Y con carácter más general, el Código Civil suizo de 10 de diciembre de 1907 proclama como principio general del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de las obligaciones la regla de la buena fe, excluyendo de la protección legal el abuso manifiesto de un derecho (art. 2º).

También el Tribunal Supremo, no ha dejado de admitir la oportunidad del arbitraje comercial internacional, tantas veces como ha tenido ocasión, siendo botón de muestra la Sentencia de 6 de enero de 1987, que reconoció la arbitrabilidad surgida entre la sociedad estatal Hispano Alemana de Construcciones con la empresa privada Ingeniería y Promoción, SA, sin objetar el que la controversia fuese resuelta fuera de la vía jurisdiccional.

La tesis de la autorización para suscribir el convenio arbitral por parte del Estado, como posición superadora de la aprobación de una ley habilitante, ha sido adoptada prácticamente por todos los países del mundo. Al punto de que puede observarse que la doctrina de la inmunidad de jurisdicción del Estado, considerada como un privilegio intangible, se encuentra actualmente en franca decadencia y viene siendo rechazada tanto por los árbitros internacionales como por el Derecho de las Convenciones y por las legislaciones nacionales.

Desde otra perspectiva, el rechazo de la inmunidad de jurisdicción se justifica en otras ocasiones como efecto de la renuncia que significa la suscripción de la cláusula compromisoria (Goldman, Fouchard).

Así se reconoce por numerosas sentencias tanto arbitrales como judiciales²².

La Convención europea de Basilea sobre inmunidad de los Estados, de 1972 establece la imposibilidad para un Estado que ha suscrito un convenio arbitral, de alegar la inmunidad de jurisdicción ante el Tribunal de otro Estado contratante, en lo que respecta a la validez o interpretación del convenio arbitral, el procedimiento o la anulación de la sentencia, a menos que el convenio disponga otra cosa. El carácter limitado de esta Convención –en defecto de la autonomía de la voluntad, y en materias que deriven exclusivamente del *iure gestio-nis*– reduce su alcance efectivo.

Sin olvidar que actualmente existen dos instituciones internacionales que por lo general se dedican únicamente a resolver controversias en las que una de las partes es un Estado o entidad estatal. Se trata del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), y al que ya nos hemos referido con anterioridad, y cuya sede se encuentra en Washington; y la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (CPA)²³.

²² Las sentencias CCI 2321 y 3493, *Solel Bonch y Westland Helicopters*. Vid. M. Domke, "Government immunity in foreign trade Arbitration", *Liber amicorum F. Eisemann*, París, 1978, pp. 45 ss. P.M.C. Goman, *Arbitration clauses as Waivers of immunity from jurisdiction and execution Under The Foreign Sovereign Act of 1976*, Nueva York, Law School Journal of International and Comparative Law. B. Cremades, "Los Estados y las empresas públicas en su condición de socios en el comercio internacional", *La Ley*, n° 1197 y *RCEA*, 1986, p. 19.

²³ El CIADI fue creado por el Tratado de Washington de 1965, en vigor desde el 14 de octubre de 1966; es esta una institución que ha abierto caminos insospechados para el arbitraje comercial internacional, al permitir que las empresas inversoras en un Estado extranjero pudieran ejercitar acciones contra ese Estado ante un tribunal arbitral internacional, sin tener que esperar a que el gobierno de las empresas inversoras reclamantes apelasen a la llamada *protección diplomática*; pues la acción de los particulares se ejercita directamente contra el Estado en que se hayan producido las inversiones y su solución es por vía del arbitraje (vid. C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001). La CPA fue creada en la ciudad de La Haya en 1899 y modificada en 1907, y puede acoger arbitrajes en los que al menos una de las partes es un Estado o una organización intergubernamental; las partes pueden elegir las reglas procesales, que podrán ser las de las Convenciones de La Haya, el Reglamento Facultativo de la CPA u otras reglas como los Reglamentos de Arbitraje o Conciliación de la CNUDMI (vid. Merrills, *The Contribution of the permanent court of arbitration to international law and to the settlement of disputes by peaceful means in the Permanent Court of Arbitration*, ed. Kluwer, 1999).

III. El Estado y/o sus agencias como parte del convenio arbitral

1. Planteamiento de la cuestión

Como es conocido, nada impide que tengan acceso al arbitraje internacional tanto las personas físicas como las personas jurídicas, y dentro de estas últimas las de carácter jurídico–públicas. Sin embargo, la cuestión se presenta de diversa manera si abordamos la capacidad de las personas parte en un arbitraje, con carácter general, que si contemplamos la especial capacidad del Estado y las demás personas de Derecho público que intervengan en un arbitraje comercial internacional. Si el problema de la capacidad de las partes en general en lo referente a las personas físicas y sociedades ya plantea de por sí problemas, dada la necesidad de determinar la ley aplicable a los sujetos intervinientes, mayor dificultad tiene la cuestión de la capacidad de las personas de Derecho público para someterse al arbitraje, como sujetos específicos. Se trata de saber si, efectivamente, una persona de Derecho público, el Estado, las corporaciones, fundaciones o asociaciones, o las personas de Derecho público de base territorial o descentralizadas por servicios –el Estado y sus “emanaciones” como se dice en la práctica arbitral internacional– tienen capacidad o competencia para someterse a las consecuencias de un arbitraje. Los arbitrajes con parte pública presentan una serie de particularidades dignas de tenerse en cuenta, como para formular dentro de la regulación del arbitraje en general y del arbitraje internacional en particular, todo un derecho singular que les afecta.

Ya se ha visto más atrás, cómo el Derecho interno fue tradicionalmente reacio a que el Estado y sus “emanaciones” pudiesen someter sus controversias con los ciudadanos y operadores mercantiles a un tercero dirimente no jurisdiccional. Se ha mantenido que la Administración tiene encomendada la gestión de los intereses generales, que actúa investida de potestades públicas sometida, por lo que al ordenamiento jurídico español se refiere, al principio de legalidad (artículos 9.3º y 103.1º CE) y que solo los tribunales controlan esas potestades y la legalidad de su actuación (106.1º CE)²⁴. Esta es la razón por la que

²⁴ Así, *v.gr.*, el Consejo de Estado francés, en el informe *Eurodisneyland* de 1987 proclamaba la no arbitrabilidad de los litigios en que son parte las personas públicas porque así lo impiden los “principios del derecho público francés”.

tras un proceso de decantación de estricta prohibición, se ha acabado desembocando, como se ha puesto de relieve más atrás, en una situación en la que se autoriza al Estado y a sus Agencias a ser parte en un arbitraje, mediante un previo control interno meramente autorizativo. Esto significa que antes de celebrar un acuerdo arbitral con un Estado u organismo estatal extranjero, es aconsejable verificar que quienes suscriban el acuerdo en representación del Estado u organismo estatal cuenten para ello con la autorización necesaria. Es conveniente, asimismo, verificar que se realicen todos los trámites necesarios para obtener el consentimiento requerido. Es lógico incluir una disposición a tal efecto en el contrato. Es igualmente recomendable asegurarse de que, con arreglo al Derecho interno pertinente, el objeto del contrato constituya una cuestión “arbitrable” en el sentido que se analiza más adelante²⁵.

Hoy resulta inaceptable que un Estado o una entidad estatal puedan invocar su propio derecho a efectos de frustrar un acuerdo suscrito voluntariamente. El Convenio Europeo de 1961 incorporó un loable intento de resolver este problema. El Convenio estableció que aquellas personas que según el derecho que les resultara aplicable fueran consideradas “personas jurídicas de derecho público” debían tener la facultad de celebrar acuerdos válidos de arbitraje. También determinó que si un Estado deseaba restringir de forma alguna esta posibilidad debía manifestar su voluntad al suscribir o ratificar el Convenio a adherir a éste²⁶. Si bien el Convenio Europeo no logró tanto éxito, los Estados progresistas abordan la cuestión con un enfoque similar. Por ejemplo, la ley suiza establece que: “Cuando una de las partes del acuerdo arbitral es un Estado o una empresa u organización controlada por aquél, no podrá invocar su propio Derecho con el fin de impugnar su capacidad para ser parte en el arbitraje ni la arbitrabilidad de una controversia comprendida en el acuerdo arbitral”²⁷. Se trata de una disposición que deberían adoptar todos los Estados. Uno de los jueces del Tribunal de Apelaciones de Suecia señaló, en relación con una petición de inmunidad del Estado, que: “Durante los últimos años se ha tornado aún más habitual que los Estados y los órganos estatales sean partes contratantes de acuerdos de índole comercial. Cuando dichos acuerdos contemplan el arbitraje, es per se sorpren-

²⁵ Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4ª ed., Thomson Aranzadi, 2006, p. 239.

²⁶ Convenio Europeo de 1961, art. II.1 y 2.

²⁷ Art. 177 (2) Ley DIPr suiza de 1987. No obstante, el Estado afectado presumiblemente intente invocar su propio derecho a efectos de impedir el reconocimiento o la ejecución de cualquier laudo arbitral contrario fuera de Suiza.

dente que posteriormente una de las partes contratantes se niegue a participar en el arbitraje o a respetar un laudo debidamente pronunciado. Cuando está involucrada una parte estatal, es por ende lógico interpretar que dicha parte, al aceptar la cláusula compromisoria, se comprometió a no obstaculizar el proceso arbitral o sus consecuencias mediante la invocación de su inmunidad²⁸.

Algunos autores²⁹ consideran que las restricciones que impone un Estado a su propia capacidad para celebrar un acuerdo arbitral no deberían considerarse cuestiones de capacidad, sino de arbitrabilidad. Se dice que se trata de una restricción autoimpuesta a la que el Estado afectado podría renunciar en cualquier momento. No se trata de una verdadera restricción a la capacidad, como ocurren en el caso de la protección de las personas que sufren de discapacidades mentales. En consecuencia, debería considerársela una cuestión de "arbitrabilidad subjetiva" más que una cuestión de capacidad³⁰.

2. El problema de la capacidad del Estado para someterse al arbitraje comercial internacional.

Muy a pesar de la tradición, el Estado y demás personas de Derecho público actúan desprovistas de las prerrogativas del poder público en las relaciones comerciales internacionales. Es este uno de los ámbitos donde con más frecuencia y también con más nitidez se perfila la actuación del Estado sometido a los moldes del ordenamiento jurídico privado de carácter mercantil. Esta circunstancia determinaría la inadecuación *a priori* de un idéntico tratamiento que en Derecho interno, respecto a su capacidad general para comprometer, bien considerando que, en todo caso, las posibles prohibiciones existentes en Derecho interno dependerían del concepto de orden público interno y no del orden público internacional³¹, bien sea mediante la exclusión de la

²⁸ Tribunal de Apelaciones, Estocolmo, 19 de junio de 1980 (1981) 20 *International Legal Materials* 893.

²⁹ *Vid. v.gr.*, Fouchard, Gaillard y Goldman, *On International Commercial Arbitration* (E. Gaillard J. Savage eds, Kluwer Law International, 1999), párrafo 539; Paulsson, "May a state invoke its internal law to repudiate consent to international commercial arbitration?", *Arb. Int'l*, 1986, 2.

³⁰ Es interesante destacar en este contexto que la Ley suiza, menciona en el mismo artículo tanto la "capacidad" como la "arbitrabilidad", por lo cual es posible que —como mínimo— ambos conceptos se confundan.

³¹ Así, *Arrêt* de 14 de abril de 1964, de la Corte de casación francesa respecto de la prohibición general establecida en el Código de Procedimiento Civil de este país. *Vid.* J. Robert, *L'arbitrage... Droit interne et droit international privé*, 5ª ed., París, 1985, pp. 15 ss.

aplicación de la ley personal para hacer prevalecer un uso de comercio de carácter internacional³², bien como manifestación de la libre autonomía de la voluntad, realizando el aspecto contractual del arbitraje, incompatible con su visión jurisdiccional, bien haciéndolo recaer sobre la actuación de un principio general de Derecho o una norma no escrita de Derecho internacional público³³.

En tanto que el Estado actúa en régimen de simple operador mercantil particular, es posible que la ley aplicable a su capacidad –circunscrita a la contratación de Derecho privado– y a la validez general del contrato de compromiso suscrito, sea una ley extranjera. En este caso, por el juego de las reglas de solución de conflictos, se podría evitar la ley personal y la de incapacidad que en ella se basase³⁴.

Numerosos son los contratos en que el Estado o las personas jurídico–públicas de estatuto diverso, suscriben convenios arbitrales. La delimitación no se hace ya conforme al carácter de las personas en presencia, ni de la noción de servicio público, sino en relación a la naturaleza de la actividad contemplada, los modos de gestión de los servicios públicos o de las actividades que se acometen, el objetivo perseguido y el régimen jurídico al que obedece esta actividad³⁵.

Por ello, no sin cierta dificultad se ha acabado por admitir la capacidad del Estado y demás personas jurídico–públicas para comprometer en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales. La actividad pública sometida a las formas del Derecho privado reclama la posibilidad de acudir al arbitraje y someterse a las obligaciones asumidas. Nada parece contradecir el hecho de que el Estado, desprovisto de prerrogativas de poder público, utilice el arbitraje como medio normal de solución de conflictos jurídicos en el ámbito internacional. La renuncia a la inmunidad que representa el arbitraje puede aceptarse sin trabas en las relaciones jurídico–privadas. El problema surgirá cuando sea preciso establecer una distinción entre la actividad *iure imperii* y la actividad *iure gestionis*, y ante un supuesto concreto. La realidad es más compleja que el planteamiento teórico y en ocasiones la frontera entre ambas pautas de la actividad estatal será difi-

³² Arrêt de 2 de mayo de 1966, *Trésor Public contre Galakis*, Nota J. Robert, Dalloz, 1966, cit.

³³ Ph. Fouchard, “La spécificité de l’arbitrage international”, *Rev. arb.*, 1981, p. 101.

³⁴ Es el asunto de la Corte de Apelación de París de 1 de abril de 1957, *Myrtoon Steam Ship*. Vid. Ph. Fouchard, pp. 93 ss, aunque justamente criticado, en este caso, porque el Tribunal aplicó la ley inglesa en lugar de la ley determinada por el sistema de conflictos francés, es decir, la ley personal.

³⁵ J. Rivero, “Persones morales de droit public et arbitrage”, *Rev. arb.*, 1973, pp. 263 ss.

cil de establecer. La práctica arbitral internacional de los contratos de Estado es pródiga en el surgimiento de una problemática que es específica de los arbitrajes en que participa el Estado.

En el arbitraje comercial internacional la formación y emisión del consentimiento del Estado, aparece teñida de la particularidad de la voluntad normada de la Administración y el juego de las competencias, las autorizaciones, o los mecanismos necesarios para que la declaración de voluntad se produzca, se manifieste y tenga efectos jurídicos.

3. Naturaleza de la norma sobre la capacidad del Estado. Progresiva implantación de normas materiales adaptadas a la especificidad del arbitraje comercial internacional

El primer problema que se suscita a propósito de la capacidad o competencia del Estado para comprometer y ser parte en un arbitraje tiene que ver con la calificación, puesto que es susceptible de contemplarse como una mera cuestión de capacidad, de competencia o como una cuestión autónoma de arbitrabilidad. En este aspecto, aún textos tan claros y contundentes, además de avanzados, como la Convención de Ginebra de 1961 cuyo art. II párrafo 1, por primera vez en un texto convencional declara la facultad para las personas morales de derecho público de concluir válidamente convenios arbitrales, se aparece la cuestión bajo el título de “capacidad de las personas morales de Derecho público para someterse al arbitraje”.

Con frecuencia en el pasado se ha construido la incapacidad de la Administración para recurrir al arbitraje, sobre el carácter y naturaleza de una incapacidad muy semejante a la del menor³⁶. A causa de esta presunta incapacidad, la Administración tendría necesidad de garantías jurisdiccionales que le impedirían solucionar los litigios por vía arbitral. Con toda evidencia no se trataría aquí de un supuesto de incapacidad, puesto que la tutela civil tiene como función la protección del incapaz, mientras que la tutela administrativa tiende a salvaguardar el interés general más que el de la institución tutelada³⁷. Es por ello que el criterio de la capacidad ha ido progresivamente siendo sustituido por un criterio objetivo ligado a la competencia o a la denominada arbitrabilidad subjetiva en este caso. No han sido sólo razones derivadas de la propia conceptualización de la incapacidad en el

³⁶ A. Patrikios, *L'arbitrage en matière administrative*, LGDJ, París, 1997, p. 35.

³⁷ R. Chapus, *Droit administratif general*, tomo 1, 9ª ed., 1995 (T. 2, 8e edition, 1995), París, Montchrestien, p. 361.

plano internacional y de los conflictos de leyes subsistentes, sino precisamente, atendiendo a la naturaleza de las cosas³⁸, las que han estado en el origen de este desplazamiento en el tratamiento de las cuestiones de capacidad del Estado y demás personas jurídico públicas hacia terrenos de una mayor objetividad, sobre la base de criterios de arbitrabilidad.

La capacidad para comprometer se basa ante todo y sobre todo en el poder de disposición: no es arbitrable aquello sobre lo que no se puede disponer o transigir. Así, respecto del Estado y demás personas jurídico-públicas se tiene que hacer frente a un grave obstáculo de principio, puesto que no es posible hablar de capacidad en los mismos términos que en Derecho privado, sino más bien de competencia para actuar en la gestión de los intereses públicos que se les han confiado por el ordenamiento jurídico. Los funcionarios actúan exclusivamente en el marco de su competencia, y no podría dejarse al arbitrio de los mismos la facultad de comprometer o de someterse a un arbitraje. Los bienes patrimoniales del Estado y de las personas públicas son indisponibles. Incluso la capacidad general de Derecho público para contratar está limitada y reglamentada en virtud de lo que se ha dado en llamar voluntad reglada o normada de la Administración.

Es por esa razón que el tema de la capacidad del Estado y demás personas jurídico públicas haya sido tratado con recelo e incluso con franca suspicacia en el Derecho positivo y en la doctrina y práctica arbitrales. Pero el aspecto se presenta de muy diversa manera en el ámbito interno y en el ámbito del arbitraje internacional, en el que progresivamente se ha ido marcando una tendencia en consagrar el principio de su especialidad y por consiguiente de la elaboración y aplicación de normas especiales en este caso.

La calificación de competencia o de poder³⁹ se presenta con mayor fundamento sobre todo cuando no existe prohibición absoluta sino la relativa que se puede alzar por el juego de diversas autorizaciones, en cuyo caso la cuestión se desplaza hacia la competencia de los órganos que conceden estas autorizaciones.

Más que de capacidad propiamente por la razón y las finalidades de la prohibición, se entraría más bien en la esfera de la competencia⁴⁰.

³⁸ De Foussard, "L'arbitrage en matière administrative", *Rev. arb.*, 1990, p. 5; Y. Gaudemet, "L'arbitrage; aspect de droit public, état de la question", *Rev. arb.*, 1992, p. 255.

³⁹ M. De Boisseson, *Le droit français...*, *op. cit.*, p. 583.

⁴⁰ J. Vedel, "Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé", *Rev. arb.*, 1961, p. 116.

Diversos argumentos se opondrían a estas calificaciones: no se trataría de una incapacidad o inaptitud personal para obrar en el propio interés de la persona como se correspondería con una noción elemental de incapacidad, según ha quedado dicho. Antes por el contrario son razones objetivas vinculadas a una cierta actividad del Estado y de las personas jurídico públicas (las que tienen que ver con la actuación *iure imperium*) y no las correspondientes al *iure gestionis* lo que prevalece en su caso, eliminando por su propia raíz el enmarcamiento conflictual como si de una auténtica incapacidad o inhabilidad se tratase.

Debe hacerse notar que es justamente en este ámbito en el que más tempranamente y con mayor vigor irrumpió la jurisprudencia judicial para asentar la especificidad del arbitraje internacional marcando su distancia respecto del interno⁴¹.

Con referencia a la calificación de esta cuestión como de poder o competencia diversos argumentos se alzarían en contra. En todo caso la resultante obligada por la aplicación de un sistema conflictual revertiría igualmente en la ley de la organización del Estado o de la persona jurídico pública lo que iría en contra también del pretendido efecto, muy marcado en el arbitraje internacional, de sustraer los litigios al ordenamiento de un Estado—parte.

Es a propósito de esta materia donde primero se dedujeron principios y normas de carácter sustantivo y material que han ido engrosando el conjunto del derecho positivo, tanto nacional como convencional y la práctica arbitral. Una serie de *arrets* de las jurisdicciones francesas fueron dando sentido a una evolución que culmina con el reconocimiento de la capacidad del Estado y demás personas jurídico públicas para someterse a arbitraje y estar a las resultas de él, sin invocar inmunidad ni el ordenamiento propio de derecho público, y sobre la base de igualdad entre las partes y de alcance de un ámbito equidistante de los derecho estatales, como se corresponde con un arbitraje auténticamente internacional.

Según la doctrina contenida en el asunto *Myrtoon Steamship*⁴² se establece ya claramente la separación entre el arbitraje interno y el

⁴¹ En un *arrêt San Carlo* de la Corte de Casación francesa de 14 de abril de 1964, el tribunal judicial había declarado que la prohibición de los arts. 83 y 1004 del código del procedimiento civil no constituía una cuestión de capacidad, en el sentido del art. 3 del código civil, doctrina que fue consolidada y desarrollada por el *arrêt Galakis*, de 2 de mayo de 1966. *Vid. Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, París, Sirey, 1992, n° 45, p. 357, *RA*, 1984, p. 82.

⁴² Corte de apelación de París de 10 de abril de 1957.

internacional, como que también la prohibición para comprometer del Estado no es de orden público internacional.

Por el *arrêt San Carlo*⁴³ se basa ya la especificidad del apartamiento de la regla de la prohibición del arbitraje en el ámbito interno sobre la especificidad de las necesidades del comercio internacional y de conformidad a los usos del comercio marítimo. Es de señalar que este *arrêt* todavía conserva la adición al sistema conflictual al aprobar la decisión de la Corte de Apelación o tribunal *a quo* de estimar como conexión la ley del contrato y no la ley personal de las partes contratantes, lo que finalmente no evitaba la multiplicidad de soluciones posibles.

En el *arrêt Galakis*, de 2 de mayo de 1966 de la Corte de Casación, se rechazó la calificación de capacidad y directamente se abordó la aplicación de un derecho constituido por reglas sustantivas materiales, y no mediante un sistema de reglas de conflicto y precisamente en razón a la naturaleza específica de un contrato internacional suscrito en atención a las necesidades y a las condiciones propias de los usos del comercio marítimo. Ha sido la jurisprudencia *Galakis* la que más ha contribuido a la “formación de un Derecho comercial de contenido sustancial”⁴⁴. Para el Estado y los organismos públicos, el derecho de comprometer sólo se encuentra vinculado al hecho de su intervención en un contrato de carácter internacional.

En época más moderna, esta jurisprudencia ha sido objeto, como es bien sabido, de incorporación, con escasos matices, en la reforma del Derecho del arbitraje de 1980 y 1981 en Francia, pero ha sido removida con ocasión de otras decisiones famosas entre las cuales cabe citar, sintéticamente, las siguientes:

En el asunto *Walt Disney Productions* el Consejo de Estado francés rechazó la admisión de una cláusula compromisoria en el contrato concluido entre el Estado francés, el departamento de Val du Marne y el establecimiento público de la nueva villa Marne-la-Vallée de una parte y la sociedad *Walt Disney Productions* de otra, para la realización del parque de ocio, por el motivo de que este contrato dependería del orden jurídico interno francés, siendo así que se trataba, por el con-

⁴³ Corte de Casación 14 de abril de 1964.

⁴⁴ 12 de mayo de 1966, *vid. J. Robert, op. cit.*, p. 251. Para B. Goldman, nota en la *Rev. arb.*, 1967, p. 563— la regla contenida en esta jurisprudencia es de orden público internacional; para ROBERT, descansa únicamente en un uso comercial internacional, según el cual el comercio internacional exige para su mantenimiento y desarrollo la asimilación del Estado al particular, al menos en el límite de la suscripción de los convenios arbitrales.

trario, de un contrato suscrito con una sociedad extranjera. Un texto legislativo especial ha sido necesario redactar en términos muy restrictivos, lo que no ha contribuido ciertamente a clarificar la materia⁴⁵.

Según el *arrêt Gatoil* de la Corte de Apelación de París de 17 de diciembre de 1991 se elimina toda sombra de las dudas que la anterior jurisprudencia había dejado sin resolver. En el asunto *NYoc-Gatoil* la parte privada pretendía la nueva aplicación del convenio basado en la prohibición del Derecho iraní que hacía al Estado para comprometer. La Corte de Apelación de París rechaza este argumento sobre consideraciones de orden público en el sentido más clásico, determinando que el orden público internacional privaría a *Nyoc* de la posibilidad de prevalerse de este Derecho para sustraerse *a posteriori* al arbitraje convenido. Ello suponía una extensión y perdurabilidad de la jurisprudencia *Galakis* aplicable a todas las personas jurídico públicas tanto nacionales como extranjeras.

Por el asunto *Bec Freres*⁴⁶ el tribunal judicial declara que “la prohibición a un Estado para comprometer aparece limitada a los contratos de orden interno; y esta prohibición no es en consecuencia de orden público internacional; para dar validez a la cláusula compromisoria incluida en un contrato, basta constatar la existencia de un contrato internacional suscrito en base a las necesidades y en condiciones conformes a los usos del comercio internacional”.

La norma sustantiva de carácter material así deducida y enriquecida ha sido recepcionada ampliamente tanto por las Convenciones internacionales como en el Derecho comparado y en la jurisprudencia arbitral internacional, marcando el punto álgido de una evolución en el grado de especificidad del arbitraje internacional. El art. II parágrafo 1 de la Convención de Ginebra de 1961 traspone por primera vez en un texto de derecho positivo el precepto relativo a la capacidad de las personas morales de Derecho público para suscribir válidamente convenios arbitrales. Pero el triunfo más esplendoroso de la misma en un marco específico es en la Convención de Washington de 18 de marzo de 1965, que crea el CIRDI sobre la base de que la mayoría de los Estados no consideran que los litigios en los cuales participa, no son

⁴⁵ M. De Boisseson, “Interrogations et doutes sur une évolution législative, l’article 9 de la loi du 19 août 1986”, *Rev. arb.*, 1987, 3.

⁴⁶ Corte de Apelación de París 24 de febrero de 1994.

arbitrables⁴⁷. En el Derecho comparado son numerosas las leyes nacionales que han reconocido ampliamente este principio de la capacidad del Estado para comprometer prohibiendo a éste el prevalerse de las disposiciones de derecho interno para oponerse al arbitraje pactado. Entre ellos destaca la Ley federal suiza sobre DIPr de 18 de diciembre de 1987 que dejó establecida de manera clara y contundente esta norma de carácter material: “si una parte en el convenio arbitral es un Estado, una empresa dominada o una organización controlada por él, esta parte no puede invocar su propio derecho para impugnar o negar la arbitrabilidad de un litigio o capacidad de arbitraje”⁴⁸.

En el mismo orden de ideas y ya dentro de la específica jurisprudencia arbitral internacional vemos la sentencia CCI n° 1939, de 1971 por la cual no puede prevalecer la idea de que es aplicable el derecho administrativo del Estado de una de las partes al ser éste de orden público interno y no ser extensible a los contratos internacionales. Como que igualmente el orden público internacional se opondría con fuerza a que “un órgano estatal, tratando con personas extranjeras, pueda suscribir abiertamente, aun sabiéndolo y queriéndolo, una cláusula de arbitraje que hace confiar al co-contratante, y que pueda en consecuencia, tanto en el procedimiento arbitral como en el de ejecución hacer valer su nulidad...”.

Una sentencia CCI 1526 de 1986, así como las sentencias CCI 2521 de 1975 y 4381 de 1986 reconocen todas ellas la inoportunidad de plantear en el curso de los procedimientos arbitrales la pretendida incapacidad del Estado y de las demás personas jurídicas públicas por ser contrarias al orden público internacional, como asimismo al principio universal de la buena fe.

La sentencia *Framatome Atomic Energy Organization of Iran*⁴⁹ resume perfectamente el estado de la cuestión:

“Este principio general, hoy universalmente reconocido, tanto en las relaciones estatales como en las relaciones internacionales privadas, ya se considere el principio como de orden público internacional, como perteneciente a los usos del comercio internacional, o a los principios reconocidos por el Derecho de gentes, o por el Derecho del arbitraje internacional, o por la *lex mercatoria*, prohibiría de todos modos al Estado iraní renegar del compromiso de arbitraje que había suscrito por sí mismo...”.

⁴⁷ RA 1995, p. 361. *Vid.* también M. Urrea Salazar, “El arbitraje en la contratación pública internacional: consideraciones derivadas del arbitraje institucional del CIRDI”, *RCEA*, 1996, pp. 53 ss.

⁴⁸ Art. 177, parágrafo 2 LDIPr suiza.

⁴⁹ 30 de abril de 1982, *Journ. dr. int.*, 1984, p. 58.

El rechazo a extender el ámbito de las prohibiciones de Derecho interno en cuanto a la capacidad del Estado y de las personas públicas para comprometer y someterse al arbitraje, es práctica general de la jurisprudencia arbitral internacional. Más aún, constituye una regla material directamente aplicable, enraizada en los principios generales del Derecho internacional.

Un examen más profundizado de la cuestión nos llevaría a determinar el alcance y la naturaleza de las normas reconocidas por esta jurisprudencia arbitral, no pudiendo evitar el debate, todavía acalorado, de los arbitralistas. En aras de simplificación, podrían centrarse las ideas en torno a tres ejes fundamentales:

– La concepción de la norma como de naturaleza material internacional (Goldman, fundamentalmente), como consecuencia de una funcionalidad positiva del orden público internacional.

– La concepción de la norma como emanada de los usos de comercio internacional (Robert, fundamentalmente) y, por consiguiente, manteniendo el orden público en su estricta funcionalidad negativa⁵⁰.

– La concepción de la norma como derivada de otros principios generales, como la buena fe contractual, la doctrina de los actos propios, la apariencia debida (*Lizardi*) y el abuso de Derecho⁵¹.

Cabe pensar en resumen, que si bien en el origen, la norma de la capacidad del Estado para comprometer y someterse al arbitraje, pudo derivar de la contemplación de su encaje dentro de normas y principios no estatales, el devenir del Derecho del arbitraje internacional ha situado la cuestión de la naturaleza en el ámbito de las normas materiales, incorporadas en convenciones internacionales y leyes nacionales y recepcionadas favorablemente por la jurisprudencia arbitral y judicial.

⁵⁰ J. Robert, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 363.

⁵¹ A este propósito obedece la técnica del “estoppel” o la noción más precisa de “promissory estoppel”. *Vid.* E. Gaillard, “L’interdiction de se contredire au détriment d’autrui comme principe general du droit du comerce international. Le principe de l’estoppel dans vuelques sentences arbitrales récentes”, *Rev. arb.*, 1985, p. 241. La decisión *High Trees (Centrl London Property Trust / High Trees Home LPT)*, en C. Reymond, “Souveraineté de l’état...”, *loc. cit.*, 1985, p. 533.

4. Capacidad del Estado para comprometer como cuestión de arbitrabilidad subjetiva

Desplazada, pues, la cuestión de la incapacidad del Estado y de las personas de Derecho público para comprometer dentro del arbitraje internacional hacia la naturaleza de las actividades emprendidas efectivamente, y el carácter de un orden público conformador (positivo o negativo) y de una regla objetiva de carácter internacional, el tema se centraría ahora en el análisis de la específica materia controvertida. Esto es, de la calificación como mera incapacidad, se pasa a contemplar el supuesto bajo el prisma exclusivo de la arbitrabilidad de la controversia. No es tanto la incapacidad, en sentido amplio, la que impide el recurso al arbitraje, sino la imposibilidad de que determinadas materias sean arbitrables.

En suma, se trata de llegar hasta el fondo de la razón última de la pretendida incapacidad del Estado o de su inmunidad de jurisdicción. Si la actividad *iure gestionis* supone para el Estado despojarse de sus atributos de imperio, para marchar en formación con los simples particulares, parece indiscutible que los actos que derivan de su posición de Poder Público no significan la incapacidad, sino la inarbitrabilidad de esas materias.

La argumentación así señalada se comprende fácilmente en aquellos países en los que no existe prohibición interna para acudir al arbitraje, e incluso aquellos en que no existe separación de jurisdicciones comunes y administrativas, o un régimen de Derecho administrativo derogatorio del Derecho común. Pero incluso es perfectamente comprensible respecto de aquellos ordenamientos que permiten la separación y se estructuran con un régimen administrativo. Ello otorga a los árbitros internacionales una insospechada función respecto de contratos que por su naturaleza podrían legítimamente ser considerados como administrativos. En la jurisprudencia arbitral reciente es frecuente que los árbitros entren a conocer sobre las consecuencias de la inejecución de contratos de concesión, por el ejercicio del *iure imperii* del Estado. Así, por ejemplo, a propósito de las medidas nacionalizadoras de ciertos Estados árabes, y que en una perspectiva jus-administrativista serían perfectamente encuadrables en la teoría del hecho del príncipe (*factum principis*). Así vistas las cosas, pudiera parecer que cuando se trata de operaciones económicas internacionales se sobrepasan ampliamente los límites tradicionales de los actos

*iure gestionis*⁵². El carácter del Derecho público alegado por la parte estatal no significaría, pues, un obstáculo para la arbitrabilidad del litigio en materia de arbitraje internacional.

5. Capacidad del Estado y demás personas jurídico– públicas en el ordenamiento convencional.

A) Convención de Nueva York

La Convención de Nueva York (CNY) no contiene ninguna regla específica sobre la capacidad del Estado y las personas de Derecho público para suscribir válidamente convenios de arbitraje. La ausencia de declaración en este punto concreto ha sido interpretada de diversa forma por los comentaristas y por los tribunales de aplicación. Para algunos la amplia fórmula del art. I CNY, que determina el ámbito de aplicación del tratado a las sentencias derivadas de diferencias entre personas físicas y jurídicas, cubre tanto los conflictos entre personas privadas como aquellos que surgen entre Estado y personificaciones jurídico–públicas y particulares. Esta posición parte asimismo del supuesto, no desdeñable, de la real participación de estas personas en arbitrajes internacionales, lo que llevaría a considerar como un principio consolidado y fuera de toda discusión la especial capacidad de éstas para someterse al arbitraje en el plano internacional⁵³. Para

⁵² En la jurisprudencia francesa la actitud ha sido vacilante. El Tribunal de Rouen, en la sentencia Ripert / Panchaud ha aceptado la tesis de la renuncia de la inmunidad de jurisdicción, pero sólo bajo la condición de que se trate de actividad *iure gestionis*. *Rev. arb.*, 1985, pp. 115 y ss. En Inglaterra, hasta la Ley de 1978, la jurisprudencia venía negando la renuncia de la inmunidad de jurisdicción; situación que ha cambiado a partir de dicha Ley y, sobre todo, por la anulación del procedimiento de “Special case”, en la *Arbitration Act* de 1979. Los Tribunales suizos, italianos y belgas limitan la renuncia de la inmunidad a los actos de *iure imperii*. *Vid.* asunto *Mine / Guinea*, *Y.B.*, 1987, p. 488. Una jurisprudencia reciente francesa (*Eurodif / Iran e Iran / Comisariita L'energie Atomique*), *Rev. arb.*, 70, 1985, admite la inmunidad de ejecución. *Vid.*, también, C. Reymond, *loc. cit.*, p. 538. Pero no parece que sea éste el punto de vista de los árbitros, atentos a reconocer lo que pertenece al poder del Estado, distinguiendo de lo que son sus consecuencias sobre el plano privado del equilibrio contractual. Así en los asuntos *B.P. Topco y Liamco con Libia*, *Elf Aquitaine / Iran*. *Vid.* B. Stern, “Trois arbitrages, un même problème, trois solutions”, *Rev. arb.*, 1980, pp. 3 ss.

⁵³ A. Van den Berg, *NYAC*, p. 279; P. Sanders, *La Convention de New York*, UTA (Internacional Comercial Arbitration), tomo II, La Haya, 1960, p. 270; A. Remiro Brotóns, *La ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Madrid, 1980, p. 96, para el que una interpretación constructiva de la Convención de Nueva York permite descubrir las raíces de una norma de derecho material internacional; *vid.* sentencias de Tribunales en *Y.B.*, 1987, p. 488.

otros, finalmente, la ausencia de regla determinante en este sentido es suficientemente expresiva como para deducir consecuencias más allá de la intención de los negociadores o de la letra del precepto⁵⁴.

La capacidad del Estado y demás personas públicas para comprometer se rige por el art. V.1.a). Es decir, que se remite a cada Estado la regulación de esta cuestión en lo que concierne a las personas que de él dependen⁵⁵. La solución dista de ser satisfactoria. Dejar al Estado del país receptor dueño de la potestad para regular la capacidad de las personas jurídico-públicas hace involucrar funciones de juez y parte. Sin embargo, el tenor de la Convención en este punto es claro. La generalidad de la fórmula del art. 1 (personas físicas o jurídicas) permite que se aplique a arbitrajes entre Estados y personas privadas, pero no significa una norma autorizativa de carácter general y material. En todo caso son los Derechos nacionales los que tienen la última palabra conforme lo establecido en el art. V.1.a).

Matiz importante a introducir en esta polémica es el relativo a la forma en que intervienen las personas públicas en el tráfico mercantil: mediante actos de autoridad o mediante actos de gestión, a cuya diferenciación clásica nos hemos referido. Mientras que estos últimos entrarían en el ámbito de aplicación de la Convención⁵⁶, los primeros estarían en principio excluidos de él. La dificultad obviamente comienza al tratar de distinguir con rigor entre los actos *iure gestionis* y los actos *iure imperii*, que es uno de los pivotes sobre los que gira en un momento determinado la evolución de una buena parte del Derecho administrativo.

B) Convenio Europeo de Ginebra

El Convenio europeo de Ginebra de 1961 trata de poner remedio al sistema de la CNY enunciando una norma precisa de carácter material. El art. II dispone: "Las personas morales consideradas por la ley a ellas aplicables como personas morales de Derecho público estarán facultadas para concertar válidamente acuerdos o compromisos arbitrales". El párrafo 2 delimita el alcance del precepto permitiendo que

⁵⁴ Así parecería desprenderse de los trabajos preparatorios y los debates en la conferencia de aprobación de la Convención. R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, París, 1982, pp. 249 y 250.

⁵⁵ A. Calvo Caravaca y L. Fernández de la Gándara, *op. cit.*, p. 62; R. David, *op. cit.*, p. 249.

⁵⁶ P. Sanders, *La Convention de New York*, 1986, p. 298.

“al firmar o ratificar el presente convenio, o al adherirse al mismo, todo Estado contratante podrá declarar que limita dicha facultad según las condiciones concretadas en su declaración”.

La lectura de este artículo nos sugiere dos tipos de consideraciones:

1^a. La cuestión se ciñe al ámbito específico del Convenio, esto es, a los litigios derivados de operaciones de comercio internacional entre personas físicas o jurídicas residentes en diversos Estados parte. Con lo cual se limitaría en principio la actividad de los Estados a la forma del Derecho privado y más concretamente mercantil. No obstante, y pese a la apariencia, resulta difícil en ocasiones separar conceptualmente los actos de imperio de los actos de gestión propiamente dichos. El amplio concepto de “comercialidad”, acuñado por los aplicadores, vendría a paliar, en cierta medida, las consecuencias más sobresalientes de esta dificultad.

2^a. La virtualidad de la norma, que se quiere internacional y material, se ve empañada por la posibilidad de reglamentar de diferente manera la capacidad de los Estados reservantes, con lo que prácticamente nos encontraríamos en el mismo punto de partida de la CNY⁵⁷. La reserva tiene no obstante la ventaja, sobre el sistema de la remisión del art. V.1.a) CNY, de prevenir, en los arbitrajes internacionales con parte pública, lo que se ha dado en llamar la congelación (*freezy*) del derecho aplicable, que impida actuaciones unilaterales por ejercicio de la actividad legislativa o normativa en general del Estado, parte y soberano al mismo tiempo⁵⁸.

IV. Derecho aplicable y *ius variandi* del Estado

1. Derecho aplicable

Por lo general, en los contratos comerciales internacionales en los que es parte el Estado o un organismo estatal, suele determinarse un ordenamiento jurídico específico como Derecho aplicable al propio contrato. Al definirse el Derecho por el que se regirá el contrato y, en consecuencia, las controversias surgidas del mismo, las partes en la

⁵⁷ R. David, *op. cit.*, p. 251.

⁵⁸ Sobre este particular, *vid.* Böckstiegel, *Arbitration and State contract*, 1990, *op. cit.*, p. 52.

práctica suelen optar por un ordenamiento jurídico autónomo. Dicho sistema no es simplemente un conjunto de principios generales y normas jurídicas aisladas. Se trata de un elenco de leyes, reglamentos y ordenanzas interdependientes e interconectadas. En definitiva, de un ordenamiento jurídico completo, concebido para dar respuesta a cualquier cuestión legal que pueda surgir (Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides)⁵⁹.

Con lo anterior, se persigue mantener el equilibrio del contrato entre las partes desactivándose las tradicionales prerrogativas del Estado; en definitiva, el objetivo consiste en reducir cuando no eliminar las potestades vinculadas al *ius variandi* o de actuación exorbitante del Estado y de sus “emanaciones públicas” en los contratos en los que son parte, para establecer y garantizar la igualdad cuando esas entidades públicas actúan en relaciones comerciales internacionales con sometimiento al arbitraje. La tentación a revocar o anular unilateralmente el convenio arbitral por el Estado, sobre todo en materia de contratos de concesión de obras públicas y explotación de recursos naturales, existe porque dentro del marco de las leyes de contratos del sector público, se admite esta posibilidad legal en muchos ordenamientos. Pues bien, aún reconociendo los poderes exorbitantes del Estado en un contrato administrativo (al menos en su concepción continental), en orden a la modificación unilateral, otra regla material internacional de Derecho del arbitraje, esto es, la autonomía de la cláusula compromisoria, jugaría aquí en favor de la investidura de los árbitros y, previamente, de la validez del acuerdo arbitral. Tal ha sido en síntesis la postura de la jurisprudencia *Framatome y ELF / Aquitaine*⁶⁰ respecto del condicionamiento de la eficacia del convenio de arbitraje a una autorización de un órgano del propio Estado. Así fue planteado por NIOC en el asunto de *ELF / Aquitaine*⁶¹, y rechazado en la sentencia arbitral por el árbitro, en base a un principio de Derecho internacional por el cual un Estado no puede derogar unilateralmente los convenios suscritos, a través de disposiciones de su Derecho interno.

Es difícil en la práctica soslayar el hecho de que el Estado, parte en un convenio de arbitraje, es además un sujeto soberano que podrá actuar, en el juego normal de sus potestades legislativas o administrativas, para modificar unilateralmente la relación contractual, desde

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 177.

⁶⁰ El tema ha saltado de nuevo a la palestra con motivo de las consecuencias de las medidas nacionalizadoras de algunos Estados. Ph. Leboulanger, *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, París, 1985, p. 254.

⁶¹ Ph. Fouchard, “L’arbitrage ELF Aquitaine Iran/C. Nyoc”, *Rev. arb.*, 1984, pp. 333 ss.

dentro y desde fuera del contrato. La separación, por otra parte, entre la actividad *iure imperii* y *iure gestionis* del Estado no es tan nítida en la práctica como pudiera parecer teóricamente. Como también la presencia ineludible del hecho del príncipe en la ejecución y desarrollo de estos contratos. Las implicaciones entre lo público y lo privado aparecen con harta frecuencia en el terreno de las relaciones económicas internacionales que enfrentan a partes públicas con privadas. El mantenimiento del equilibrio contractual y la salvaguardia de los intereses en juego exige en partes y árbitros la cautela necesaria para establecer y aplicar un Derecho, de fondo y de procedimiento, acorde con el ideal de armonía que se pretende para el arbitraje internacional. Los supuestos de fuerza mayor, de cláusula *hardship*, de elección del derecho aplicable, de garantías de ejecución frente al eventualmente Estado condenado, son otros tantos aspectos que reclaman elaboración y aplicación de reglas especiales en estos arbitrajes, en que la presencia de las personas dependientes –de una u otra manera y con uno u otro estatuto, de la organización estatal– es circunstancia que sirve para marcarles con el sello de la singularidad⁶².

2. Medidas correctoras del *ius variandi*

Con el objeto de mantener el equilibrio del contrato, neutralizándose las prerrogativas tradicionales del Estado y demás personas jurídico públicas que intervienen en el comercio internacional, se han ido afianzando cláusulas impeditivas de una actuación exorbitante por esos sujetos públicos. Estas medidas correctoras son de tres tipos: las cláusulas de estabilización; la teoría del *trunc commun*; y la configuración de un *ius singularis* en los arbitrajes con participación del Estado.

A) Cláusulas de estabilización

Las cláusulas de estabilización han sido uno de los medios desarrollados en las transacciones en las que es parte el Estado, y en particular en los contratos de concesión de petróleo. Por estas cláusulas, el

⁶² Es frecuente que la parte opuesta a la de los Estados y sus emanaciones en una concreta relación arbitral pretenda la sumisión de éstos en régimen de igualdad evitando el uso de las prerrogativas de derecho público y aquellas otras que les sitúan en una posición especial. Y en mayor medida buscan una neutralización del poder normativo del Estado. Vid. P. Mayer, *La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière des contrats d'états*, SPI1986, pp. 5–78.

Estado contratante se compromete a no modificar los términos del contrato mediante actos legislativos sin contar para ello con el consentimiento de la contraparte. En uno de los arbitrajes surgidos como consecuencia de las nacionalizaciones del petróleo en Libia, el árbitro determinó que el acto de nacionalización por parte del Gobierno libio implicaba la violación de determinadas cláusulas de estabilización y, en consecuencia, constituía un acto ilegal bajo el derecho internacional, por lo cual autorizaba a las empresas a que se les restituyeran sus concesiones⁶³. Generalmente se critica esta decisión por considerarse que llegó demasiado lejos, no solamente al rechazar al derecho libio como componente básico de la cláusula de derecho aplicable y por la llamada “internacionalización” del contrato de concesión petrolífera, sino también por su decisión a favor de la *restitutio in integrum*⁶⁴. En otro de los arbitrajes resultantes de la nacionalización del petróleo en Libia, generado en torno a hechos prácticamente idénticos, el árbitro único interviniente *no* interpretó que las cláusulas reestabilización impedían el acto de nacionalización del gobierno. Sostuvo que dicha nacionalización importaba el ejercicio legítimo del poder soberano en la medida en que se la acompañara con una “indemnización equitativa”⁶⁵. En el arbitraje del caso *Aminoil*, el tribunal arbitral determinó por mayoría (con un voto disidente) que, si se la interpretaba correctamente, la cláusula de estabilización del contrato de concesión (que debía extenderse por un plazo de 60 años) no impedía el acto de nacionalización por parte del Gobierno kuwaití⁶⁶.

Al igual que las disposiciones destinadas a congelar el Derecho aplicable, las cláusulas de estabilización intentan preservar un régimen jurídico específico existente, a menudo por un período considerable, sin importar los cambios que pudieran registrarse en el entorno político, social y económico del país en cuestión⁶⁷.

⁶³ Arbitraje del caso *Texaco*, párrafo 2–50 más adelante.

⁶⁴ *Vid.*, especialmente, F. Rigaux, “Des dieux et des héros: Réflexions sur une sentence arbitrale”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1978, p. 435 y B. Stern, *loc. cit.*, *Rev. arb.*, 1980, 1, p. 2.

⁶⁵ El arbitraje del caso *Liamco*, *Yearbook Comm. Arb'n*, VI, 1981, p. 89 párrafo 104 y 113. En Greenwood, “State Contracts in International Law, The Libyan Oil Arbitrations”, *B.Y.B.I.L.*, t. 53, 1982, p. 27 se discuten con mayor detalle los tres arbitrajes por la nacionalización del petróleo en Libia.

⁶⁶ Arbitraje del caso *Aminoil* (1982) 21 *I.L.M.*, 976, voto disidente de Sir Gerald Fitzmaurice Q.C., párrafo 1027.

⁶⁷ Las cláusulas de estabilización se debaten más detalladamente, *v.gr.* en Wetter, *The International Arbitral Process: Public and Private*, 1979, vol. 1, p. 407; Toope, *Mixed International Arbitration* (Grotius Publications Ltd, 1990), pp. 52 ss.; Nagla Nassar, *The Sanctity of Contracts Revisited*, Martinus Nijhoff, 1994). *Vid.* E. Gaillard, “The Role of the

B) Teoría del *trunc commum*

Por la teoría del *trunc commum* se ha venido consagrando en el arbitraje comercial internacional un sistema de protección contra las potestades exorbitantes del Estado. Consiste en estipular que el propio derecho interno del Estado parte de la controversia, resulte aplicable en la medida en que se ajuste al derecho internacional público o a los principios generales de derecho o a algún otro sistema que cumpla criterios mínimos internacionalmente reconocidos⁶⁸.

Es ejemplo paradigmático de lo anterior, el Convenio de Washington, mediante el cual se creó el CIADI, y utiliza este sistema de ordenamientos jurídicos concurrentes. El Convenio contempla la resolución de controversias suscitadas entre un Estado u organismo estatal y un particular, establece que en caso de surgir una controversia y ante la falta de elección del Derecho aplicable por las partes, el tribunal arbitral deberá aplicar el Derecho del Estado contratante y “aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables”. De esta forma no se ofende a nadie. El propio derecho del Estado recibe el reconocimiento que corresponde. No obstante, mediante la referencia al Derecho internacional público se pone coto a cualquier acción que pueda resultar injusto o arbitrario.

Se trata de un sistema de ordenamientos jurídicos concurrentes. Así, es de suponer que un Estado que desee rescindir un contrato de inversión a largo plazo mediante un acto de nacionalización procederá válidamente con arreglo a su propio Derecho. No obstante, dicho acto de nacionalización no sería válido de conformidad con el Derecho internacional a menos que pudiera demostrarse que se trató de un acto no discriminatorio y destinado a satisfacer un fin público, y que medió el ofrecimiento de la indemnización correspondiente. De esta forma, se traerá a colación del Derecho internacional para establecer un criterio mínimo que el tribunal arbitral estaría autorizando a hacer cumplir en su laudo⁶⁹.

La teoría del *trunc commum*, fue aplicada con notable éxito en los arbitrajes resultantes de la nacionalización del petróleo en Libia, en

Arbitrator in Determining the Applicable Law”, *The Leading Arbitrators’ Guide to International Arbitration*, Juris Publishing Inc, New York, 2004, p. 186.

⁶⁸ Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, *op. cit.*, p. 183.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 184.

cuyo pacto de determinación del Derecho aplicable, se estableció la combinación del Derecho nacional con el derecho internacional⁷⁰.

En esos arbitrajes la determinación del Derecho aplicable incluía una cláusula que decía lo siguiente: “La presente concesión se regirá por aquellos principios del Derecho de Libia que coincidan con los principios del Derecho internacional y, en ausencia de tales principios en común, por los principios generales del derecho, incluidos aquellos que puedan haber aplicado los tribunales internacionales, y se interpretará de conformidad con ellos”.

Aunque la interpretación dada por los árbitros en cada uno de esos tres arbitrajes (*Texaco*, *BP* y *Liamco*) no fue conteste, sin embargo, la doctrina contenida en los laudos finales respondía al mismo fin, esto es, la prevalencia de los principios del Derecho internacional cuando el Derecho interno libio fuera contrario a los mismos.

Otra manifestación de la teoría del *trunc commum* fue el asunto *Aminoil*, empresa ésta que acordó con el Gobierno de Kuwait un convenio arbitral que dirimiera mediante arbitraje los actos de nacionalización de ese Gobierno. En este supuesto, la elección del Derecho aplicable se dejó al arbitrio del tribunal arbitral, si bien, sujeta a que este último considerase “la calidad de las partes, el carácter transnacional de la relación y los principios del Derecho...”.

El tribunal a la hora de fijar el Derecho aplicable mantuvo que:

“Las distintas fuentes del Derecho que, por ende, deben aplicarse no se contradicen, al menos en este caso. De hecho, si, como se mencionó anteriormente, el derecho internacional forma parte integral del derecho de Kuwait, los principios generales del derecho entonces reconocen los derechos del Estado en su carácter de protector supremo del interés general. Si bien los distintos elementos jurídicos en juego no siempre ni en todos los casos se combinan tan bien como en este caso, es, sin embargo, del aprovechamiento de sus recursos y del fomento de esta tendencia a la unificación que dependerá el futuro de un orden económico verdaderamente internacional en el campo de las inversiones”⁷¹.

Ha sido, desde luego, en el caso *Aminoil* donde la doctrina del *trunc commum* ha tomado la relevancia necesaria hasta convertir la libertad de los árbitros en la elección del derecho aplicable, como funda-

⁷⁰ Arbitrajes de los casos *Texaco*, *BP* y *Liamco*, *Yearbook Comm. Arb'n*, t. IV, 1981, p. 89. *Vid.* también Greenwood, “State Contracts in International Law, The Libyan Oil Arbitrations” (1982) 17 *I.L.M.* 14; F. Rigaux, *loc. cit.*, pp. 435–459 y B. Stern, *loc. cit.*, p. 43.

⁷¹ Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, *op. cit.*, p. 186.

mento del equilibrio que debe guardarse entre el Derecho interno del Estado interviniente y el Derecho internacional.

También el caso *Sapphire* se ha convertido en paradigma de la protección de los particulares que celebran un contrato con un Estado, ante las posibles modificaciones que ese Estado puede realizar sobre su Derecho interno. En efecto, el asunto *Sapphire* consistía en un contrato de concesión suscrito entre la Empresa Petrolera Nacional Iraní y un particular, y entre cuyas cláusulas aparecía una en cuanto a la elección del derecho aplicable que decía: “dada la distinta nacionalidad de las partes del presente, el Contrato se regirá, interpretará y ejecutará de conformidad con los principios del Derecho comunes a Irán y las diversas naciones en las que se constituyeron las otras partes contratantes; en caso de no existir tales principios en común, se regirá, interpretará y ejecutará de conformidad con los principios de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas en general, entre ellos los que pudieran haber sido aplicados por los tribunales internacionales”.

A simple vista, la lectura de esa cláusula parece un auténtico galimatías; sin embargo, el árbitro actuante solucionó el problema planteado a través de la doctrina del *trunc commun*, sosteniendo que “la intención de las partes fue excluir la aplicación del derecho iraní..., pero no eligieron otro ordenamiento jurídico positivo... lo que apunta —razona el árbitro— a que las partes pretendieron que la interpretación y cumplimiento de lo contrato se atuviera a los principios de derecho generalmente reconocidos por las naciones civilizadas...”. En definitiva, lo que hizo el árbitro en el caso *Sapphire* fue integrar o combinar ordenamientos jurídicos diferentes pero en los que subyacían, tomando como denominador común, los principios generales⁷². Ahora bien, la búsqueda de esos principios implica una sutil actividad creativa por parte del árbitro, sobretodo cuando las partes no indican en el convenio arbitral la aplicación prevalente de un Derecho sobre otro⁷³.

⁷² Vid. sobre la doctrina del *trunc commun*, Rubino-Sammartano, “Le *trunc commun* des lois nationales en présence. Réflexions sur le droit applicable par l’arbitre international”, *Rev. arb.*, 1987.

⁷³ Esto último ha tenido una manifestación práctica en los contratos del proyecto para la construcción del *Túnel del Canal*, como el propio Rubino-Sammartano se ha encargado de poner de manifiesto en “The Channel Túnel and the *trunc commun* doctrine”, *J. Int’l Arb.*, 1993.

3. *Hacia un ius singularis en los arbitrajes con participación del Estado*

A la vista de cuanto queda expuesto, la cuestión del arbitraje internacional entre los Estados y demás personas jurídico-públicas y particulares no puede reducirse a un mero problema de capacidad o de aptitud legal para someterse al arbitraje, como tampoco debe quedar reducida al socaire del arbitrismo del *ius variandi* de aquellos y estar a sus resultas. Antes bien, existen claves suficientes en el tratamiento que se ha hecho de este fenómeno, que induce a pensar que estamos en presencia de un *ordenamiento especial* configurado por la “jurisprudencia” que los árbitros internacionales han ido elaborando.

No se trata tan solo, en efecto, de poner en evidencia la especial capacidad del Estado para concluir válidamente convenios de arbitraje, bajo premisas de generalidad y uniformidad en el tratamiento de las condiciones requeridas para ello en el ámbito internacional privado. Los arbitrajes con parte pública y singularmente estatal inciden directamente –una vez que con mayor o menor fortuna los problemas iniciales han sido resueltos y se acepta sobre el plano del Derecho la innegable realidad de la práctica habitual– sobre aspectos que rebasan ampliamente los temas relativos a la capacidad. Fundamentalmente, problemas de determinación del Derecho aplicable (al procedimiento y al fondo), al reconocimiento y ejecución de la sentencia o del convenio en el mismo Estado o en otro cualquiera.

Estos y otros problemas son todos ellos subsumibles en una idea básica: la necesidad de dotar a los arbitrajes internacionales con parte pública de un estatuto peculiar que afiance la neutralidad y el equilibrio contractual mediante la aplicación de un Derecho procedimental y de fondo desvinculado de cualquier marco estatal, y muy especialmente del marco del Estado parte. Las especiales características de una de las partes en el arbitraje, que puede a su vez modificar el *statu quo* normativo por el ejercicio de sus potestades soberanas, introduce no pocas variantes en el tratamiento del tema. Variantes que por su profusión y su motivación apuntan ya a la elaboración de una serie de reglas y principios que están en la base de la concepción de un ordenamiento singular.

Este último viene dado por reglas y criterios recogidos en la denominada *lex mercatoria*, que en el decir de Goldman constituye una fuente autónoma del derecho aplicable a las relaciones económicas

internacionales⁷⁴, y en la que se integran costumbres y prácticas uniformes que finalmente han sido consideradas como derecho necesario y obligatorio en esas relaciones, y a la cual han recurrido los árbitros internacionales para fundamentar sus laudos.

Otros principios incorporados al acervo arbitral han sido los denominados *principios de Unidroit* y los *Incoterms*, que han venido siendo interpretados y aplicados por los árbitros atendiendo a las partes contratantes, a las circunstancias del caso y a la finalidad del contrato.

Asimismo, a partir de la *Carta de Derechos y Deberes económicos de los Estados*, adoptada por las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 1974, se ha generado un *corpus* jurídico denominado *Derecho internacional del desarrollo*, que ha servido de base para enjuiciar por parte de los árbitros controversias que enfrentaban Estados emergentes con particulares sobre concesión y explotación de recursos de los primeros.

Finalmente, la *shari'ah*, repudiada por lo general como parámetro normativo de referencia en el comercio internacional, ha sido sin embargo un dato normativo de referencia entre los países musulmanes, que aunque pertenezcan a una misma religión y se rijan todas ellas por el Corán, sin embargo tienen ordenamientos jurídicos diferentes. Por ello, a través de la *shari'ah* –que comprende no solo el Corán sino también las demás fuentes del Derecho islámico– y los principios generales en ella contenidos, han servido para que los árbitros internacionales puedan resolver en ese ámbito las controversias planteadas⁷⁵.

Mayor problema, sin embargo, se ha planteado en los casos de relaciones económicas y financieras entre Estados islámicos y operadores mercantiles occidentales, y en las que se preveía que los conflictos se regirían por el Derecho interno del operador accidental salvo en la medida en que éste no fuera compatible con la *shari'ah* islámica, en cuyo caso prevalecería esta última. En estos supuesto, los tribunales judiciales del Estado del operador occidental, han venido rechazando los recursos contra los laudos fundados en aquellas normas, una vez que se pudo comprobar que el laudo impugnado evaluaba todas las cuestiones y era correcto en todos sus aspectos⁷⁶.

⁷⁴ B. Goldman, "La *Lex Mercatoria* dans les contrats d'arbitrage internationaux", *Journ. dr. int.*, 1979.

⁷⁵ El Ahdar, "L'arbitrage dans les pays arabes", *RCEA*, 1988/1989, p. 473.

⁷⁶ Vid. Nudrat Majeed, "Good faith and Due Process: Pesson from the *Shari'ah*", 2004.

V. La inmunidad de ejecución del Estado como pretendido obstáculo al arbitraje comercial internacional

El principio histórico del Derecho internacional por el que un Estado no puede ser ejecutado en sus bienes y derechos ante un conflicto en el que se ha dictado una sentencia contraria a aquél, se presenta como un complemento necesario del principio de inmunidad jurisdiccional del Estado. Ya hemos visto a lo largo de este trabajo como este último principio ha quebrado en el ámbito del comercio internacional en el que el Estado interviene en actividades mercantiles. De la misma forma, se puede afirmar que la llamada inmunidad de ejecución del Estado y demás personas públicas se bate en franco y definitivo retroceso en el marco del arbitraje internacional. No existen razones mercantiles para preservar los bienes de los entes públicos ante la eventualidad de la ejecución de un laudo dictado en el ámbito de una disputa en el tráfico comercial internacional.

Es cierto que todavía existen disposiciones en buen número de países que defienden la intangibilidad de los bienes públicos y la salvaguardia contra actuaciones ejecutorias de los tribunales judiciales y arbitrales, fundamentándose en el dogma de la autotutela de las Administraciones públicas, que hace que sólo sean susceptibles de traba y realización los bienes públicos a cargo de los órganos administrativos y conforme a su ordenamiento peculiar. Estas disposiciones deben considerarse, en todo caso, como de carácter doméstico, cediendo ante normas de Derecho internacional, ya estén recogidas en textos Convencionales, como en disposiciones de Derecho nacional. La jurisprudencia de muchos países admite la llamada inmunidad de ejecución relativa, de manera que sólo se acepte sobre bienes afectos a actividades *iure imperio*. En todo caso, la práctica del arbitraje internacional no pone reparos a una renuncia amplia –en la cláusula compromisoria– de la inmunidad de jurisdicción, como de la inmunidad de ejecución⁷⁷.

En el plano del Derecho interno español, también se viene observando una progresiva e incesante atenuación del principio de inmunidad de ejecución⁷⁸ contra los bienes y derechos del Estado y de las personas públicas, pues como señala el Tribunal Constitucional español en su STC 107/92, de 1 de julio,

⁷⁷ B. Cremades, "Los Estados y las empresas públicas en su condición de socios en el comercio internacional", *La Ley*, nº 1197.

⁷⁸ O. Casanovas i La Rosa, *loc. cit.*, pp. 298 ss; C. Esplugues Mota, *loc. cit.*, pp. 138 ss.

“... la relatividad de la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros se asienta en la distinción entre bienes destinados a actividades *iure imperii* y bienes destinados a actividades *iure gestionis*... la inmunidad de ejecución garantizada por el ordenamiento internacional y, por remisión, por el art. 21.1º LOPJ, solo alcanza a aquéllos que estén destinados a la realización de actos *iure imperii*, pero no a aquellos destinados a la realización de actividades *iure gestionis*. De este modo los Tribunales ordinarios, para satisfacer el derecho a la ejecución de sentencias, están habilitados para dirigir la actividad de ejecución forzosa frente a aquellos bienes que estén inequívocamente destinados por el Estado extranjero (o nacional) al desenvolvimiento de actividades industriales y comerciales en las que no esté empeñada su potestad soberana para actuar conforme a las reglas de tráfico jurídico-privado”.

Ese reconocimiento que hace el Tribunal Constitucional español a favor del derecho a la ejecución de sentencias contra los bienes y derechos de los Estados en el ámbito del *iure gestionis*, es perfectamente predicable respecto del arbitraje no solo por imperativo de los propios tratados internacionales, *v.gr.*, el Tratado de Nueva York, como por el carácter que al arbitraje le ha atribuido el propio Tribunal Constitucional como equivalente jurisdiccional (SSTC 43/88, 62/91, de 22 de marzo o 174/95).

A pesar de lo anterior, podría aún plantearse si el Estado haciendo uso de sus potestades públicas y aún dentro de un ámbito estrictamente comercial, pudiera expropiar el contenido económico del laudo como forma de eludir sus efectos, dado el amplio espectro en el que opera la institución expropiatoria (“que puede comprender cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos e intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan”)⁷⁹. La contestación a este dilema pasa por reconocerse que potencialmente esa potestad pueda usarse pero en la práctica sería hartamente difícil que fuese utilizado este medio para dejar inejecutado un laudo, y ello, no solo en razón a las sanciones “morales” que la comunidad internacional pudiera imponer al Estado expropiante sino también porque la expropiación comporta en todo caso una compensación económica (indemnización) justa, proporcional y equilibrada, con lo cual los efectos perseguidos con la expropiación perderían totalmente su sentido; y ello, sin contar con el control jurisdiccional interno e internacional a que pudiera ser sometida la *causa expropriandi* y las razones de utilidad pública e interés social del instituto expropiatorio en estos casos.

⁷⁹ *Vid.* art. 1 Ley Expropiación Forzosa española.

Cuestión diferente y más grave aún sería la de la confiscación del laudo, ya que, bajo este supuesto no se produce ninguna garantía no solo procesal sino tampoco de compensación económica para el operador afectado. Esta sería una reacción impensable en el mundo globalizado actual. En los países que forman parte de los tratados de libre comercio, la confiscación está pura y simplemente proscrita de sus ordenamientos jurídicos, pero ello no aleja la posibilidad teórica de que algún Estado económicamente emergente y por razones puramente políticas pudiera utilizar este mecanismo para evitar los efectos de un laudo desfavorable para el Estado en cuestión. Posiblemente medidas de este tipo condenarían a los Estados que las adoptasen a una situación de ostracismo económico y financiero.

VI. Conclusiones

Parece oportuno en un trabajo como este que se propongan algunas conclusiones, si quiera sea con carácter provisional. Las conclusiones que se exponen son las siguientes:

1^a.— Si el arbitraje comercial internacional es el medio idóneo de solución de conflictos entre operadores mercantiles, con mayor razón puede predicarse esto respecto a los convenios en los que una de las partes es un Estado o una corporación pública, en la medida en que el arbitraje es la única institución que garantiza la igualdad ante el procedimiento y el Derecho aplicable a la controversia.

2^a.— Las tradicionales prerrogativas inmunitarias del Estado no pueden hoy alzarse como barreras infranqueables para la participación del Estado o de sus “emanaciones públicas” en el arbitraje comercial internacional, por implicar un ataque a la libertad de comercio.

3^a.— Las restricciones que aún persisten no son tanto un problema de capacidad o arbitrabilidad subjetiva de carácter impeditivo, cuanto que de mero control gubernativo interno. En todo caso, es notorio resaltar como la labor y el empuje del Derecho de las convenciones internacionales y la jurisprudencia arbitral internacional en este campo ha acabado transformando las rígidas técnicas de la ley habilitante de sometimiento a arbitraje por el simple expediente autoritativo.

4^a.— Los Convenios internacionales referentes al arbitraje comercial internacional han cumplido un papel de intermediación con res-

pecto al derecho nacional interno. O dicho de otra forma, los Convenios representan una red o malla de reglas que han favorecido la unificación de las leyes nacionales en materia de arbitraje. Lo mismo puede decirse respecto a la Ley Modelo que ha aportado un impulso significativo en la convergencia de las leyes nacionales sobre el arbitraje internacional. Es botón de muestra de ello, en los arbitrajes internacionales con participación estatal el art. 2.2º de la vigente Ley española de Arbitraje.

5ª.— En las controversias internacionales con participación del Estado o una entidad estatal, si las partes no han fijado el derecho aplicable al fondo en el convenio, los árbitros en un proceso de indagación buscarán aquellas normas que tengan una conexión más estrecha con las partes, bien a través del derecho concurrente (*trunc commun*), el Derecho transnacional (*lex mercatoria*, principios de *Unidroit*, Derecho internacional del desarrollo y los usos comerciales). Resultando siempre inadmisibles la aplicación del privilegio del *ius variandi* propio del ejercicio de las potestades públicas en los contratos del Estado en el ámbito del Derecho interno.

6ª.— Los Convenios internacionales, de los que son parte el Estado, junto con la vocación de universalidad de la Ley Modelo, han resultado ser el medio más efectivo para vincular los sistemas jurídicos nacionales, que aún difiriendo en su redacción, ofrecen la vía más garantista para impedir que el privilegio de la inmunidad de ejecución estatal se convierta en una excusa o pretexto para ineficaces los laudos arbitrales.

RESUMEN: Desde la aparición del Estado moderno se ha desarrollado la teoría de la inmunidad de jurisdicción conforme al adagio *para in parem non habet imperium*, que no es otra cosa que la proclamación del principio de igualdad soberana en las relaciones interestatales. Este trabajo examina las dificultades que se desarrollan en el arbitraje internacional tanto en el contexto de los convenios internacionales como en la jurisprudencia pretoriana arbitral, que evidencia el principio de igualdad entre las partes en el acuerdo arbitral aunque una de ellas sea un Estado. Como ha señalado el profesor Olivencia, esta regla afecta a todas las prerrogativas públicas no sólo a las que derivan del acuerdo arbitral sino también a las relativas al procedimiento. Cabe añadir que dicha regla proclama de forma tan remarcada el principio de igualdad que debería erigirse en una garantía que se proyecte al poder de *ius variandi* del Estado en lo que respecta al cambio de la ley aplicable y, por supuesto, a la exclusión de la inmunidad de ejecución del laudo.

PALABRAS CLAVE: ARBITRAJE - ARBITRO - PRERROGATIVAS - ESTATALES, PRIVILEGIOS DEL ESTADO - CONFIDENCIALIDAD - PROTECCIÓN DE DATOS EMPRESARIALES - PROTECCIÓN DE DATOS PROFESIONALES - ARBITRAJE COMERCIAL - INMUNIDAD ESTATAL - INMUNIDAD DEL ESTADO - DATOS PERSONALES - ARBITRAJE DE LAS AGENCIAS PÚBLICAS.

ABSTRACT: Since the advent of the modern state has been preaching the theory of immunity from state jurisdiction, as reflected in the adage para in parem non habet imperium, which means nothing other than the proclamation of the principle of sovereign equality in relations between states. Throughout this work will examine the difficulties in international arbitration have been giving both within the framework of international conventions and within what we can call arbitral jurisprudence Praetorian, to realize the principle of equality between the parties an arbitration agreement that the State's part. Well, as pointed out by Olivencia, the ban affects all public prerogative, not only to alter the effects arising from the arbitration agreement but which may affect the equality during the arbitration proceedings; should be added further that this precept to proclaim so outright the principle of equality, it should stand as objective guarantee that also prevents the powers of ius variandi State, as far as the alteration of the applicable law, and of course, has to outlaw the immunity from execution of the Laudo.

KEY WORDS: ARBITRATION - ARBITRATOR - PREROGATIVES OF STATE, PRIVILEGES OF STATE - CONFIDENTIALITY - BUSINESS DATA PROTECTION - PROFESSIONALS DATA PROTECTION - COMMERCIAL ARBITRATION - INMUNITY OF STATE - PERSONAL DATA - PUBLIC AGENCIES ARBITRATION.