

I. Actos de imperio vs. actos gestión . . . . .	189
II. El contrato administrativo. . . . .	193
1. Provisión de bien o servicio público . . . . .	197
2. Explotación de bienes del dominio estatal . . . . .	198
3. La obra pública . . . . .	201
4. La naturaleza del contrato administrativo . . . . .	202
III. Otras figuras alrededor del contrato de Estado internacional . .	211
1. Protección diplomática . . . . .	212
2. Doctrina Calvo . . . . .	219
3. Acciones legales ante terceras jurisdicciones . . . . .	223
4. La facultad expropiatoria. . . . .	231
5. Los tratados bilaterales de inversión . . . . .	248

## CAPÍTULO TERCERO

### FIGURAS LEGALES ALREDEDOR DEL CONTRATO DE ESTADO INTERNACIONAL

#### I. ACTOS DE IMPERIO VS. ACTOS DE GESTIÓN

El Estado nación aparece ante nuestros ojos como una entidad con existencia autónoma respecto de la sociedad y los hombres. Puede ser concebido como el órgano de poder social en algún territorio, sobre determinada población, en tiempo definido, poder que se sitúa por encima de la vida social. Es un poder nacido de la sociedad, pero que se sobrepone a la misma. Característica importante del Estado es que resume el interés general de la sociedad que domina sin confundirse con ella ni con los múltiples intereses privados que la integran.<sup>581</sup>

“La actividad del Estado, es decir, lo que el Estado debe hacer, se define por el conjunto de normas que crean órganos, fijan su funcionamiento y los fines que deben alcanzar. La exigencia lógica del Estado se precisa por los fines o propósitos que una sociedad organizada le ha venido señalando de acuerdo con su propia naturaleza”.<sup>582</sup> Para el logro de dichos fines, los gobiernos se ven precisados a utilizar los recursos de la sociedad, mismos que pueden obtenerse de manera voluntaria o forzosa.

Cuando la colaboración de la sociedad y sus integrantes es forzada el Estado se vale de diversas figuras, entre otras, la impositiva, la expropiación, la requisa, la leva. La colaboración forzosa se da, por tanto, en el ámbito de la unilateralidad.

La participación de la sociedad con el Estado es, sin embargo, la mayor de las veces libre. Éste compra inmuebles y equipo, celebra arrendamientos para sus oficinas, adquiere gasolina, automóviles, papelería de

<sup>581</sup> Córdova, Arnaldo, *op. cit.*, nota 25, pp. 21, 45 y ss.

<sup>582</sup> Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, 7a. ed., México, Porrúa, 1976, t. I, p. 20.

los particulares al precio establecido por el mercado. No obstante su poder de imperio, la obtención de los bienes y servicios que requiere de la sociedad se logra la mayoría de las veces a través de los mercados donde participa como un agente económico más.

La teoría jurídica ha desarrollado un binomio para distinguir cuando el Estado actúa bajo el poder de imperio y cuando no lo hace. Cuando utiliza su poder soberano se dice que realiza actos *jure imperii*, cuando no utiliza su poder estatal se dice realiza acto *jure gestionis*.

La distinción entre actos *jure gestionis* y *jure imperii* se utilizó en la tradición jurídica romano-germana en el área del llamado derecho administrativo. En busca de la definición de los alcances de esta materia se señaló que el derecho administrativo era aplicable a los actos *jure imperii*, en tanto que los actos *jure gestionis* quedaban sometidos al derecho privado.<sup>583</sup> La aplicación del binomio en la delimitación de los alcances del derecho administrativo estuvo llena de problemas desde un principio.

En efecto, la distinción entre actos de autoridad y gestión como base para definir los alcances del derecho administrativo fue cuestionada a fines del siglo XIX, cuando se observó que aparte de los actos de imperio, el derecho administrativo también regulaba actos de un *tertium genus*, actos llevados a cabo por el gobierno que sin ser de carácter autoritario se enmarcan en el derecho administrativo por estar relacionados con la gestión pública. Esta observación la hizo patente la escuela de Burdeos.<sup>584</sup>

La ola de nacionalizaciones de mediados del siglo XX y la posterior marea de privatizaciones comprobó que la prestación de servicios públi-

<sup>583</sup> La teoría jurídica tradicional ha distinguido entre derecho público y derecho privado, el primero es “el derecho que emana del Estado, constituido por la supresión del estado de naturaleza, por consiguiente es el derecho positivo en sentido estricto, el derecho cuya fuerza obligatoria deriva de la posibilidad de que en su defensa se ejerza el poder coactivo que pertenece exclusivamente al soberano”; el derecho privado, por su parte es “el derecho del estado de naturaleza, cuyos institutos fundamentales son la propiedad y el contrato”. Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 19. Para un análisis de dicha distinción véase García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, p. 186.

<sup>584</sup> Duguit, Leon, *Leçons de droit public général*, París, Boccard, 1926, p. 150 ; Jèze, Gastón, *Principios generales de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1949, t. III, p. 322. En España un representante de dicha escuela fue Adolfo Posada, al respecto véase su obra *Tratado de derecho administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, 2a. ed., Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1923, t. I, p. 267. Uno de los últimos exponentes de dicha escuela fue Pequignot, Georges, *Théorie générale du contrat administratif*, París, Editions A. Pedone, 1945, pp. 32 y ss.

cos podía llevarse a cabo no sólo por la administración pública, sino por empresas de derecho privado. Al contrario, actividades que nada tenían que ver con el servicio público, como pudiera ser la fabricación de bicicletas, fueron llevadas a cabo por el Estado en la época de su mayor hipertrofia. Esta multiplicidad de funciones ha hecho caer a muchos administrativistas en la circularidad argumentativa, al sostener que un acto de la administración pública debe ser regulado por el derecho administrativo si dicha actividad puede calificarse como propiamente administrativa.<sup>585</sup>

Debido a la inutilidad del binomio *actos jure imperii-actos jure gestionis* para definir los alcances del derecho administrativo, los estudiosos de dicha rama han caído en la exageración de señalar que es inservible del todo. La utilización del binomio tuvo otro problema, pues con base en él, se dijo que el Estado, al llevar a cabo actos de autoridad, actúa como persona de derecho público, mientras que en los de gestión es una persona de derecho privado, presentándose por tanto dos personalidades.<sup>586</sup> Atacando esta idea de la doble personalidad en un mismo sistema jurídico se ha dicho que la distinción entre actos de imperio y gestión es obsoleta y desacreditada.<sup>587</sup>

Afortunadamente no es del interés de esta investigación definir los límites del derecho administrativo y para ello servirse de la distinción entre actos de imperio y gestión; tampoco tenemos que elucidar sobre qué

<sup>585</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, nota 9, p. 50.

<sup>586</sup> Evidentemente señalar que el Estado cuando lleva a cabo *actos jure imperii* lo hace con personalidad distinta a cuando realiza *actos jure gestionis* es desacertada. En el sistema legal nacional el Estado no tiene dos personalidades, sino una sola. Si un fiscal de la Procuraduría General de la República (PGR) se ve obligado a consumir en un bar en cumplimiento de su deber al estar vigilando a un criminal y la factura sale a nombre de la institución, dicho contrato se celebra bajo la única personalidad legal reconocida a la (PGR) por el sistema legal mexicano. De igual forma si el mismo Ministerio Público logra consignar al criminal, lo hace a nombre de la Procuraduría y con la única personalidad jurídica que tiene reconocida. En ambos actos el fiscal actuó a nombre de la Institución y la personalidad de la misma no cambió, en un caso lo hizo llevando a cabo funciones investigativas y en el otro funciones auxiliares al ejercicio de su función ministerial. No obstante lo anterior cabe subrayar que la distinción entre *actos jure gestionis* y *actos jure imperii* no requiere de una doble personalidad del Estado, sino simplemente de aceptar que el órgano del sistema legal que comúnmente lleva a cabo funciones atribuidas a los gobernantes, como puede ser la función policial, no restringe su actividad a dichas funciones, sino que puede llevar a cabo otras tantas funciones no soberanas. Los órganos de gobierno, aunque son siempre parte del sistema legal, no actúan siempre como soberanos. *Cfr.* García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 138 y ss.

<sup>587</sup> Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, nota 8, p. 71.

actos de la administración pública deben ser regidos por el derecho administrativo y cuáles por el derecho privado; sin embargo, en esas discusiones, muchas veces infructuosas, se ha desperdiciado la gran utilidad que pudiera tener la distinción entre actos *iure imperii* y *iure gestionis*.

Una cosa es cierta y debe tenerse presente: el binomio actos de imperio-actos de gestión es limitado. Con esto en mente, el derecho comercial internacional no ha utilizado el binomio como lo hizo el derecho administrativo.<sup>588</sup> Para el derecho internacional, el binomio actos de imperio vs. actos de gestión debe leerse simplemente como actos de imperio vs. actos que no son de imperio.<sup>589</sup> De esta forma, el binomio, al definir por exclusión abarca el universo de los actos del Estado de manera complementaria uno del otro. En este caso los actos de gestión deben entenderse como aquellos que no son de imperio, y pueden ser de gestión, de promoción, de servicio público, de producción, o de otro tipo, siempre y cuando no sean de imperio.<sup>590</sup>

Así, con motivo de la negativa de la embajada de Irán en Berlín de pagar la reparación de la calefacción y ante el alegato de inmunidad del Sha con base en su calidad soberana, la Corte Constitucional de Alemania señaló que para distinguir entre actos *jure imperii* y *jure gestionis* era necesario referirse a la naturaleza de la transacción o a la relación legal resultante y no al motivo o propósito de la actividad estatal, concluyendo que el contrato para reparación de la calefacción no podía ser considerado una función soberana del Estado extranjero iraní.<sup>591</sup>

<sup>588</sup> Cruz Miramontes, Rodolfo, *La Ley Norteamericana de Inmunidad del Estado Soberano de 1976. Análisis y comentarios*, México, Instituto Mexicano de Comercio Exterior, p. 39; Andrade-Max, Diego, "Las personas morales de derecho público como partes en el arbitraje comercial internacional", *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 22, 1993, pp. 431 y ss.

<sup>589</sup> Carabiber, C., "L'arbitrage international entre gouvernements et particuliers", *Revue des Cours*, v. I, t. 176, 1950, p. 277.

<sup>590</sup> La distinción entre actos de imperio y no imperio ha sido reconocida por la mayoría de los sistemas legales, al respecto es famosa la distinción de la Corte Europea en el caso de Eurocontrol en la que señaló "Que aunque ciertos juicios dados en acciones entre una autoridad pública y una persona gobernada por derecho privado puede caer dentro del área de aplicación de la Convención [27 de septiembre de 1968], esto no es así cuando la autoridad pública actúa en el ejercicio de sus poderes". *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG, Dusseldorf vs. European Organization for the Safety of Air Navigation (Eurocontrol)*, Brusel, European Court Reports, 1976, p. 1541.

<sup>591</sup> *Claim against the Empire of Iran Case*, 1963, 45 International Law Reports 57, Federal Constitutional Court of Germany, pp. 80 y 81.

Para distinguir entre actos *jure imperii* y actos *jure gestionis* no basta que el contrato lo lleve a cabo un ente estatal, o que el propósito del contrato sea efectuar funciones soberanas. En un famoso caso con motivo de la negativa del pago de cemento comprado por el gobierno de Nigeria para construir barracas, lord Denning señaló:

Se ha sugerido que el contrato original por el cemento fue... para la construcción de barracas del ejército. Por tal motivo se ha dicho que los contratos de compraventa fueron actos de naturaleza gubernamental-*jure imperii* y no de naturaleza comercial-*jure gestionis*... [No obstante]... si una oficina de gobierno va a los centros mercantiles del mundo y compra botas o cemento —en una transacción comercial— dicha oficina gubernamental debe sujetarse a las reglas del lugar de la compraventa.

Y más adelante, para determinar si la oficina nigeriana correspondiente podía ser calificada de gubernamental, el famoso juez señaló: "... confieso que no puedo pensar en una prueba más satisfactoria que en averiguar sobre las funciones y el control de la organización u oficina, no creo que su naturaleza dependa de lo establecido en la ley extranjera. Debe analizarse la evidencia para ver si la organización estaba bajo el control del gobierno y ejercía funciones gubernamentales".<sup>592</sup>

## II. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Hemos dicho que en la actividad estatal es posible que el gobierno lleve a cabo contratos con particulares atendiendo las reglas de los mercados en cuanto a precio, calidad y forma. Un ejemplo de ello es cuando las distintas oficinas de gobierno compran gasolina para sus automóviles. En estos casos parece que el Estado se coloca en igualdad jurídica al particular,<sup>593</sup> la relación legal que nace se rige en estos casos por el llamado derecho privado en la tradición romana, lo cual no es óbice a que le sean

<sup>592</sup> *Trendtex Trading Corp. vs. Central Bank of Nigeria* [1977] QB 529, Court of Appeal.

<sup>593</sup> En este tipo de contratos los administrativistas llaman al particular colaborador. La idea subyacente es que el particular ayuda y colabora con la administración en sus soberanas tareas. Desde nuestro punto de vista, produce equívocos llamarle colaborador, sería tanto como al que vende los clavos de una casa le digamos colaborador del arquitecto, en realidad al oferente particular le importa muy poco para qué quiera las cosas el gobierno, simplemente le importa vender sus productos y obtener una ganancia.

aplicables al gobierno las normas propias del derecho público en cuanto a la competencia de sus agentes y formalidades que deben cubrirse para no incurrir en responsabilidad.<sup>594</sup>

Existen, sin embargo, casos donde la administración pública se sitúa en el mismo plano jurídico en que se ubica el particular, y, no obstante, actúa ejerciendo poderes aparentemente exorbitantes, sin poder calificar a los mismos de *imperium*. Este tipo de contratos, tanto en la tradición jurídica romano-germana como en la anglosajona<sup>595</sup> se consideran no poder estar regidos por el derecho tradicionalmente aplicable a los contratos privados, mercantiles o civiles, debido a que las situaciones jurídicas que crean son de profundo interés general.

Tanto en los contratos de tipo común que celebra el Estado como en aquellos en que conserva poderes exorbitantes se tiene un conflicto conceptual si se percibe a éste como un soberano que impone en toda circunstancia su voluntad, lo cual resulta inconciliable con la posición de igualdad entre las partes y el principio *pacta sunt servanda*.<sup>596</sup>

Los contratos de poderes desorbitados pertenecen a la llamada actividad multilateral de la administración pública (contrapuesta a la unilateral). Dentro de dicha actividad multilateral encontramos los conciertos administrativos, convenios de colaboración entre el particular y el Estado, contratos programa, convenios fiscales y los contratos administrativos *strictu sensu*.<sup>597</sup> El propósito de este trabajo no es hacer una distinción entre estas figuras, sino, simplemente, vislumbrar algunos elementos del llamado contrato administrativo, para entender su similitud y diferencia con el llamado contrato de Estado internacional.

El punto de partida de la polémica de un contrato celebrado por el Estado donde éste tiene poderes exorbitantes respecto a su contraparte se alimenta sobre la inicial contradicción que parece tener lugar en pretender insertar en el derecho público la figura por excelencia del derecho privado: el contrato. Esta inserción parece irreconciliable con las notas que tradicionalmente marcan al derecho público: la desigualdad de las partes, la autoridad del gobierno, la prerrogativa soberana, la caracterís-

<sup>594</sup> Berçaitz, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 486, pp. 6 y 7.

<sup>595</sup> *Russell Motor Car Co. vs. U. S.* 261 U.S. 514 (1923), USSC.

<sup>596</sup> Parada, Ramón, *Derecho administrativo I. Parte general*, 12a. ed., Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 252.

<sup>597</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, nota 9, pp. 644 y ss.

tica del gobierno en mandar unilateralmente, mientras que el contrato implica negociación e igualdad de partes.

En todos los sistemas legales existen regímenes especiales para ciertos contratos, tales como aquellos a celebrar entre grandes empresas y los consumidores, entre trabajadores y sus patrones. Estos regímenes implican algunas veces facultades especiales o protección particular para una de las partes, prohibición de ciertas cláusulas y, en ocasiones, jurisdicciones especiales. El contrato administrativo forma parte de esos regímenes especiales de contratación existentes en los sistemas jurídicos.

¿Hasta qué punto son diferentes los contratos de derecho privado y los contratos administrativos? Los teóricos del derecho administrativo señalan que la distinción en un principio se llevó a cabo simplemente por efectos jurisdiccionales que no tuvieron trascendencia en el plano material o sustantivo. Es decir, la distinción tuvo lugar por efectos pragmáticos que no tuvieron lugar por razones de distinta naturaleza contractual. La razón de diversas competencias fue simplemente para que las controversias administrativas fueran resueltas más rápidamente por tribunales con mayor conocimiento de la administración pública. Sin embargo, esta distinción tendría repercusiones posteriores en el proceso de sustantivación de los contratos administrativos que los diferenciaría de los contratos de derecho privado.<sup>598</sup>

Para la escuela de Burdeos, el contrato administrativo se diferenciaba del contrato de derecho privado porque en el primero los contratantes se encontraban en un estado de desigualdad, el Estado acudía representando el interés general, el servicio público y el particular solamente su propio interés. De esta forma, el Estado estaba obligado no sólo a llevar a cabo su obligación contractual, sino a asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, de igual forma y más allá de lo que estableciera el derecho privado, estaba obligado a indemnizar al particular en caso de que una ampliación de sus obligaciones le causará un perjuicio anormal. De esta manera, el contrato administrativo tenía ciertas cláusulas exorbitantes al derecho privado, que le hacían diferente al mismo. La noción de cláusula exorbitante o derogatoria del derecho comúnmente aplicado a los contratos entre privados ha sido considerada el elemento central de la teoría del contrato administrativo.<sup>599</sup>

<sup>598</sup> *Ibidem*, p. 656.

<sup>599</sup> Laubadère, André de, *Traite théorique et pratique des contrats administratifs*, París, R. Pichon et R. Durand-Auzais, 1956, t. I, pp. 85 y ss.

La ola de privatizaciones dejó claro que no se requiere ser gobierno para prestar un servicio público, es más, la condición gubernamental muchas veces es sinónimo de ineficiencia, estos hechos implicaron una revisión a la teoría de Burdeos. La teoría administrativa contemporánea sostiene que en toda clase de contratos en los que participe la administración pública, inclusive los de derecho privado, existe cierta modulación especial, al menos en el procedimiento de formación del contrato.<sup>600</sup> Se sostiene con cierta circularidad que el criterio que distingue a los contratos de derecho administrativo y de derecho privado es que los primeros se ubican en el giro o tráfico peculiar de la administración pública, las obras y servicios públicos, lo que genera ciertas reglas no sólo para la formación del contrato, sino para la ejecución, cumplimiento y extinción de los mismos.<sup>601</sup>

Sin necesidad de tratar de determinar el contenido del tráfico peculiar de la administración pública que da lugar a los contratos administrativos, podemos decir que tienen como objeto o finalidad, al menos para la administración pública, la satisfacción del interés público,<sup>602</sup> de las necesidades colectivas,<sup>603</sup> entendiendo dicho interés en un sentido amplio, acorde con el alcance que modernamente tiene la administración pública.<sup>604</sup>

Las áreas donde se dan estas situaciones de interés comunitario tienen que ver con la provisión de un bien o servicio público, la explotación y

<sup>600</sup> Así, si una oficina pública arrienda un inmueble suyo para obtener una renta, el arrendamiento se regirá por el derecho privado, pero la formación de la voluntad contractual de la entidad administrativa y la selección del contratista deberán acomodarse a las reglas del derecho público.

<sup>601</sup> Este giro o tráfico administrativo no debe identificarse, según la nueva teoría administrativa con el servicio público como quiso la escuela de Burdeos, es decir, como prestaciones encargadas a los particulares, sino de algo más amplio, comprendiendo toda la actividad que los particulares no pueden realizar en cuanto tales. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, nota 9, pp. 50, 660 y ss.

<sup>602</sup> Como vimos en la parte de la teoría general del contrato, el interés público no es una agregación de intereses particulares, sino la intersección de todos ellos, este interés común constituye lo que las partes son y desean ser. Allot, P., *op. cit.*, nota 353, p. 36. “Cuando a un integrante del sistema legal se le otorga competencia para la protección no de sus intereses, sino de los intereses de la comunidad jurídica es un órgano público del sistema social”, García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, p. 188.

<sup>603</sup> Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, vol. I, 1977, pp. 113-115.

<sup>604</sup> Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, 10a. ed., Madrid, Tecnos, 1992, vol. II, p. 52.

aprovechamiento de bienes del dominio del Estado, y la realización de obras públicas.

### 1. *Provisión de bien o servicio público*

La teoría económica más liberal reconoce la necesidad de intervención del Estado en la provisión de ciertos bienes, que el mercado y los agentes privados no suministran, o bien los suministran en cantidades insuficientes, éstos son los llamados bienes públicos.<sup>605</sup>

Ejemplo de estos bienes públicos es el faro que ayuda a la navegación marítima. Los bienes públicos tienen dos características:<sup>606</sup> en primer lugar, no cuesta nada que una persona adicional a las que ya lo hacen disfrute de sus ventajas. Formalmente, el hecho de que un individuo adicional disfrute del bien o servicio tiene un coste marginal nulo. En el límite, el costo del faro no depende del número de barcos que pasen por sus cercanías.

En segundo lugar, en general es difícil o imposible impedir que un tercero que no ha pagado por el bien público disfrute del mismo. Si colocamos un faro en una zona rocosa para que nuestros barcos puedan navegar sin peligro, es difícil o imposible impedir que lo utilicen otros barcos que naveguen por la misma zona. De igual forma es difícil cobrar a cada transeúnte el servicio proporcionado por un farol en la calle.

Aunque la satisfacción de los intereses generales no es monopolio del Estado,<sup>607</sup> es razonable suponer que toda actividad de éste tiene un interés general, salvo que perversamente los gobernantes utilicen el poder en beneficio propio. No obstante, el caso de los bienes públicos resulta de especial relevancia, porque aunque hay un claro interés general, no existe el incentivo económico suficiente para que un individuo privado lleve a cabo la provisión de dichos servicios o bienes a su costo. En los bienes públicos, los costos para que un privado los provea son superiores a los beneficios que obtiene.

Al dueño de un barco, aunque sabe de la utilidad del faro, le resulta poco redituable instalar los faros suficientes para poder navegar. El he-

<sup>605</sup> Varian, Hal, *Intermediate Microeconomics*, 3a. ed., Nueva York, W. W. Norton & Company, 1993, pp. 579 y ss.

<sup>606</sup> Stiglitz, Joseph, *op. cit.*, nota 45, pp. 78 y ss.

<sup>607</sup> Así, la construcción de un supermercado por una empresa, aunque persigue el interés particular de quien lo construye, también responde al interés general de la comunidad de allegarse de los productos para su supervivencia.

cho de que los mercados privados no suministren los bienes públicos o lo hagan en cantidad insuficiente a las necesidades de la comunidad justifica la intervención del Estado en la provisión de los mismos.

En la teoría jurídica romano-germana a la provisión de bienes públicos por parte del Estado se le ha denominado régimen de servicio público, y se caracteriza por ser una actividad creada con el fin de dar satisfacción a una necesidad de interés general que de otro modo quedaría insatisfecha, mal o insuficientemente satisfecha.<sup>608</sup>

La gestión de los servicios públicos (provisión de bienes públicos) puede hacerla el Estado directamente a través de organismos creados para tal fin, o bien puede otorgar en concesión a los particulares la prestación de los servicios públicos. La concesión es la gestión del servicio público que se entrega a un empresario privado bajo ciertas condiciones, reteniendo la administración la titularidad última del servicio concedido y con ella las potestades de policía necesarias para su buena prestación.<sup>609</sup> En ocasiones, el órgano concedente delega en el concesionario el ejercicio de estas potestades de policía sobre los usuarios del servicio. Este ejercicio se traduce en ciertos actos, como la imposición de multas, por ejemplo, al usuario que infringe los reglamentos del servicio, cuya virtud y eficacia es la misma que si hubieran sido dictadas por la administración delegante. Se trata, pues, de verdaderos actos administrativos, en la medida en que el concesionario actúa en lugar de la administración pública como delegado suyo.<sup>610</sup>

## 2. *Explotación de bienes del dominio estatal*

Otro tipo de contratos que tradicionalmente se considera no deben guiarse por el régimen jurídico de los contratos privados, civiles o mer-

<sup>608</sup> Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 28a. ed., México, Porrúa, 1989, p. 243.

<sup>609</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, nota 9, p. 39.

<sup>610</sup> Así, la Ley de Aeropuertos de 1995, de México, establece que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes tiene la atribución, como autoridad aeroportuaria, de construir, administrar, operar y explotar aeródromos civiles (artículo 6, F. II). No obstante, la Secretaría puede dar en concesión la construcción, administración, operación y explotación de aeródromos de servicios (artículo 10), y el concesionario tendrá como obligación en materia de administración el coordinar las actividades de los prestadores de servicios y usuarios del aeródromo civil para lograr un adecuado funcionamiento del mismo (artículo 43).

cantiles es cuando el Estado otorga en concesión la explotación de bienes de su dominio. En México, este contrato cobra especial relevancia por el origen histórico de la propiedad. En efecto, en la época colonial, la Corona española era considerada propietaria originaria y original de todo cuanto hubiera en la Nueva España.

Ots Capdequi señala al respecto que “no es aventurado afirmar que todo derecho de propiedad privada de los colonizadores en las Indias, derivaba, originariamente, de la gracia o merced real”.<sup>611</sup> De esta forma,

<sup>611</sup> Ots Capdequi, J. M., *El Estado español en las Indias*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 34 y 124. Al respecto, dice Florescano que “primero, por virtud del descubrimiento de América, luego por la donación otorgada en la burla *Inter Caetera*, y más tarde por la realidad de la Conquista, todas las tierras de las llamadas Indias Occidentales fueron consideradas jurídicamente como regalías de la corona de Castilla. Es decir, la tierra y otros bienes... vinieron a ser patrimonio del Estado... De esta manera, con exclusión de las tierras reservadas a los indígenas... el resto de las extensas tierras que constituyeron el territorio de la Nueva España sólo pudieron pasar a dominio particular o privado por virtud de una *gracia o merced real*”. Cfr. Florescano, Enrique, “Los fundamentos de la propiedad: los títulos originarios de la propiedad de la tierra en la Nueva España”, en Cárdenas, Enrique (comp.), *Historia económica de México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989; *El Trimestre Económico*, núm. 64, p. 331. Al respecto, Levaggi sostiene: “En virtud de los títulos soberanos que poseía la Corona de Castilla sobre las Indias, todas las tierras fueron consideradas, en principio, como una regalía suya, o sea como bienes de la Corona... El modo como el rey se desprendió de la tierra baldía, que no se consideraba de propiedad indígena, fue mediante las llamadas *mercedes de tierras*. Entregaba la tierra, a título oneroso o gratuito, a los vasallos de toda condición, ya por haber sido fundadores de ciudades, haberle prestado algún servicio o simplemente por necesidad”. Cfr. Levaggi, Abelardo, *Manual de historia del derecho argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1987, t. II, pp. 210 y 211. Al respecto, Cruz Barney señala: “Como resultado de la donación hecha de las tierras americanas por el papa a los reyes Católicos, se configuró un dominio eminente en cabeza del monarca, como titular del dominio y la jurisdicción universal sobre las Indias, y se hizo de sus vasallos dueños particulares por medio de la merced real o donación graciosa que el monarca hacía de determinado bien realengo con un fin determinado; ése fue el punto de partida del derecho de propiedad en las Indias. Tal dominio del rey sobre las Indias se justificó no sólo por la donación, sino por el descubrimiento y la ocupación de la tierra, además de la guerra justa. El dominio no sólo se hizo valer a través de la donación papal, sino también como sucesión del rey castellano respecto de los señores indígenas, por lo que sus tierras pasaron a la Corona, lo que implicaba el respeto a la propiedad indígena adquirida con anterioridad al descubrimiento y conquista. Al monarca correspondía el dominio y la jurisdicción sobre las tierras, aguas, montes y pastos indianos... El nacimiento del derecho de propiedad sobre tierras a título particular se manifestó en las capitulaciones, instrucciones y ordenanzas sobre descubrimientos, conquistas y poblaciones”. Cfr. Cruz Barney, Óscar, *Historia del derecho en México*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2004, pp. 509 y 510.

los diputados constituyentes en su propuesta del 25 de enero de 1917 señalaron que:

Por virtud precisamente de existir en dicha legislación colonial el derecho de propiedad absoluta en el rey, bien podemos decir que ese derecho ha pasado con el mismo carácter a la nación. En tal concepto, la nación viene a tener el derecho pleno sobre las tierras y aguas en su territorio, y sólo reconoce u otorga a los particulares, el dominio directo, en las mismas condiciones en que se tuvo por los mismos particulares, durante la época colonial y en las mismas condiciones en que la República después lo ha reconocido u otorgado.<sup>612</sup>

Esta subrogación en los derechos de propiedad de la Corona por la nación mexicana ha sido llamada la teoría patrimonialista del Estado y está siempre presente al ejercer los derechos de reversión que sobre la tierra tiene la nación.<sup>613</sup>

No obstante lo interesante de las teorías que los constitucionalistas han esgrimido respecto a si el Estado o la nación mexicana conservan el dominio eminente sobre la propiedad privada, no es objeto de este estudio entrar a dicho análisis. Tampoco pretendemos discutir las características del dominio directo, inalienable e imprescriptible de la nación mexicana sobre ciertos bienes como el subsuelo. México es un caso extremo en el mundo de lo que se entiende por bienes del dominio público. Baste señalar que en general en los diversos sistemas jurídicos se esgrime el concepto del dominio eminente<sup>614</sup> que sobre la propiedad privada tienen los Estados en aras del bien común.

Cuando la explotación de las riquezas estatales se da en concesión se supone que el Estado busca que dicha explotación se lleve a cabo en la forma más provechosa para la comunidad. El otorgar a un privado el de-

<sup>612</sup> Valdés Abascal, Rubén, “Comentario al artículo 27”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 4a. ed., México, Porrúa-Cámara de Diputados, LV Legislatura-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 247.

<sup>613</sup> Madrazo, Jorge, “Comentario al artículo 27”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985.

<sup>614</sup> En Estados Unidos, por ejemplo, el término *eminent domain* es prácticamente sinónimo del término expropiación utilizado en el estado de Lousiana, de tradición romana. El dominio eminente se entiende como el poder de tomar la propiedad privada para uso público por parte del Estado, las municipalidades, y las personas privadas o las empresas autorizadas a ejercer funciones de carácter público. *Berman vs. Parker*, 348 U. S. 26, 75 S. Ct. 98, 99 L. ED. 27 (1954).

recho de explotar una riqueza le genera la obligación de explotarla de manera adecuada. El supuesto es que el derecho de explotar bienes del dominio del Estado no se ejerce en beneficio exclusivo del que lo explota, sino en beneficio de la colectividad, y por ello existe un régimen especial de explotación. Aunque el derecho del concesionario es oponible *erga omnes*, no es un derecho real regulado por el derecho privado común, sino por el régimen de derecho público.

Existe una diferencia entre las concesiones de servicio público y las de explotación de bienes del dominio estatal: la segunda produce relaciones entre el Estado y el concesionario; en la primera se generan a parte de relaciones entre el Estado y el concesionario, relaciones entre el concesionario y los usuarios del servicio.

### 3. *La obra pública*

Se ha definido a la obra pública como la “cosa hecha o producida por el Estado o a su nombre, sobre un inmueble determinado con un propósito de interés general, y que se destina al uso público, a un servicio público o a cualquier finalidad de beneficio general”.<sup>615</sup>

De acuerdo con el artículo 55 del Reglamento General de Contratación del Estado, del 25 de noviembre de 1975, de España, el contrato de obra tiene como objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la administración. La ejecución del contrato se realiza a riesgo y ventura del contratista.

En atención a la finalidad se han clasificado las obras públicas en:<sup>616</sup> *a)* destinadas al asiento o ejercicio de una función pública, tales como la construcción o remodelación de los juzgados; *b)* las destinadas para servir de infraestructura de servicios públicos, como puede ser la construcción de vías generales de comunicación, y *c)* las destinadas a la gestión o infraestructura económica a cargo del Estado como lo es la explotación de la industria petrolera o eléctrica en México.<sup>617</sup>

<sup>615</sup> Serra Rojas, Andrés, *op. cit.*, nota 582, p. 434.

<sup>616</sup> Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, nota 8, pp. 220 y ss.

<sup>617</sup> Para un estudio más profundo del contrato de obra pública en México se puede consultar Canals Arenas, Jorge Ricardo, *El contrato de obra pública*, México, Trillas, 1991, p. 278.

#### 4. *La naturaleza del contrato administrativo*

Visto lo anterior podemos regresar a la discusión sobre la naturaleza del contrato administrativo. En primer lugar debe señalarse que hubo una discusión sobre si el contrato administrativo era o no un contrato. Algunos autores sostuvieron que el contrato administrativo era un acto administrativo unilateral, cuya eficacia se surtía al otorgar el interesado su consentimiento.<sup>618</sup>

Otros autores sugirieron que el contrato administrativo era de naturaleza mixta,<sup>619</sup> de forma que las concesiones, por ejemplo, debían entenderse como actos jurídicos de triple naturaleza.<sup>620</sup> Por un lado eran actos reglamentarios, ya que fijaban normas a las que se sujetaba la organización y funcionamiento del servicio que se prestaba o la explotación que se propone llevar a cabo. Al tener el carácter reglamentario, el gobierno podía variar la organización y funcionamiento de la explotación en cualquier instante de acuerdo con las necesidades del servicio o la necesidad de una mejor explotación de los bienes en cuestión. Desde este punto de vista, el concesionario era visto como un colaborador del poder público en la prestación del servicio o en la explotación de los bienes del dominio estatal, ya que a éste se le encomendaba o comisionaba para la gestión de un servicio público, y por ello la administración retenía ciertos poderes necesarios para la buena marcha de los servicios de que se trataba.<sup>621</sup>

En segundo lugar, se sostuvo que estas figuras eran de naturaleza condicional al fijar requisitos para que el concesionario pudiera ocupar y explotar ciertos bienes del Estado, gozar de cierta excepción de impuestos, entre otros muchos beneficios.

Finalmente, se debía salvaguardar el interés del concesionario bajo una situación jurídica que no pudiera ser modificada unilateralmente por el Estado. Desde este punto de vista podían ser considerados como contratos.

Parece que hoy día, la discusión ya no está en si los contratos administrativos son o no contratos o tienen otra naturaleza, además de la contrac-

<sup>618</sup> Alessi, Renato, *Instituciones de derecho administrativo*, 3a. ed., trad. de Buena-ventura Pellisé Prats, Barcelona, Bosch, t. I, 1970, pp. 165 y ss.

<sup>619</sup> Calafell, Jorge, "Teoría general de la concesión", *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 26, 1996, pp. 215 y ss.

<sup>620</sup> Fraga, Gabino, *op. cit.*, nota 608, p. 245.

<sup>621</sup> Bermejo Vera, José, *Derecho administrativo. Parte especial*, 4a. ed., Madrid, Civitas, 1999, p. 136.

tual, sino en saber si son sustantivamente diferentes de los contratos de derecho privado.<sup>622</sup> Para efectos de nuestro estudio no es necesario entrar a tal discusión, sino, simplemente, referir algunas características de la modulación de la institución contractual administrativa para luego compararla con el contrato de Estado internacional.

Un punto importante, que puede resultar obvio, es que para que un contrato sea administrativo se requiere que una de las partes de dicho contrato sea la administración pública. No obstante lo anterior, cabe tener presente que aunque necesaria no es condición suficiente para que un contrato sea calificado como administrativo, el que el Estado sea parte contractual. Todo contrato administrativo tiene que estar suscrito por el Estado, pero no todo contrato que éste suscribe es administrativo.

El hecho de que un contrato sea celebrado por el Estado no influye sobre la naturaleza del contrato. Los requisitos formales exigidos para que una persona, como servidor público, obligue al Estado, no influyen en la relación jurídica creada, las obligaciones creadas no dependen de la naturaleza de los firmantes en particular, sino del régimen jurídico que reconozca dicha naturaleza contractual.

Son las reglas de ejecución, interpretación y terminación del contrato las que afectan el carácter que éste reviste. Son las normas que rigen la relación contractual las que definen la naturaleza de dicha relación. ¿Cuáles son dichas reglas? En los contratos administrativos muchas de las disposiciones del derecho común de todo contrato perviven, pero son modificadas por el hecho de que los contratos administrativos tienen como finalidad la prestación de un servicio público<sup>623</sup> y por ello in-

<sup>622</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, nota 9, p. 651.

<sup>623</sup> CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SE DISTINGUEN POR SU FINALIDAD DE ORDEN PÚBLICO Y POR EL RÉGIMEN EXORBITANTE DEL DERECHO CIVIL A QUE ESTÁN SUJETOS. La naturaleza administrativa de un contrato celebrado entre un órgano estatal y un particular puede válidamente deducirse de la finalidad de orden público que persigue, identificada también como utilidad pública o utilidad social, así como del régimen exorbitante del derecho civil a que está sujeto. De ello se infiere que los contratos celebrados por un órgano estatal con los particulares están regidos por el derecho privado cuando su objeto no esté vinculado estrecha y necesariamente con el cumplimiento de las atribuciones públicas del Estado y, por lo mismo, la satisfacción de las necesidades colectivas no se perjudique porque en aquellos actos el Estado no haga uso de los medios que le autoriza su régimen especial. Por el contrario, cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales, de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma

fluye el funcionamiento regular y continuo de dicho servicio, o bien que se trata de la explotación de bienes del dominio del Estado en beneficio de la colectividad.<sup>624</sup>

Se ha dicho que lo que distingue al contrato administrativo de los contratos de derecho privado es el *fait du prince*.<sup>625</sup> Esta institución significa toda intervención de los poderes públicos que tenga como resultado afectar de alguna manera las condiciones jurídicas o de hecho en las cuales las partes de un contrato deben ejecutarlo,<sup>626</sup> en particular es relevante cuando una de las partes es el Estado.

De esta forma, el hecho del príncipe permite a la administración pública mediante la emisión de cierta normatividad reglamentaria modificar unilateralmente un contrato del que sea parte. Un análisis más detenido nos lleva a concluir que dicho poder es independiente del contrato administrativo, y la posibilidad de alterar situaciones jurídicas existentes mediante disposiciones reglamentarias deviene de las facultades propias del Estado. Cuando se habla de hechos del príncipe lo que se refiere no es una característica especial del contrato, sino de potestades estatales que se ubican en planos diversos a la norma convencional, potestades que no sólo pueden afectar contratos administrativos, sino cualquier tipo de contrato, inclusive contratos entre privados mediante alteraciones legislativas que hagan imposible el cumplimiento de las obligaciones contractuales. La confusión de traer a colación los hechos de príncipe como elementos definitorios del contrato administrativo se

de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se estará en presencia de un contrato administrativo, siendo válido estipular cláusulas exorbitantes que, desde la óptica del derecho privado, pudieran resultar nulas, pero que en el campo administrativo no lo son, en atención a la necesidad de asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público. Juicio ordinario civil federal 1/2000. Jesús Guillermo Puente Cutiño. 20 de febrero de 2001. Unanimidad de diez votos. Ausente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Silverio Rodríguez Carrillo. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Jurisprudencia, Contradicción, Tribunal Pleno, Novena Época, vol. XIII, abril de 2001, p. 324.

<sup>624</sup> Así, el contrato administrativo ha sido definido como toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Dormí, Roberto, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997, p. 153.

<sup>625</sup> Acosta Romero, Miguel, *Segundo curso de derecho administrativo*, México, Porrúa, 1989, p. 476.

<sup>626</sup> Laubadère, André, *op. cit.*, nota 599, pp. 24 y 25.

debe a que coinciden en un mismo ente la administración pública, el que emite el reglamento y el contratante.<sup>627</sup>

En cuanto a la compensación, debe distinguirse el hecho del príncipe de la imprevisión, ya que en esta última la compensación puede ser parcial y en el hecho del príncipe la indemnización es integral para el co-contratante de la administración pública.<sup>628</sup>

La naturaleza del contrato administrativo debe buscarse en la relación legal creada en el régimen jurídico especial, reconocido dentro del sistema legal, mismo que por otra parte convive con otros tantos regímenes especiales, como lo son los contratos de trabajo o los de adhesión.

Los contratos administrativos tienen diversas características que los distinguen de los contratos de derecho privado. Los siguientes cinco principios pueden ser considerados como los definitorios del contrato administrativo: continuidad en la ejecución; potestad de dirección y control; mutabilidad o *potestas variandi*; potestad rescisoria, y potestad sancionadora.<sup>629</sup> Algunos autores, sin embargo, consideran que todos esos aspectos pueden englobarse en dos grandes rubros: la inspección y vigilancia en la ejecución del contrato, y la modificación o anulación unilateral por parte de la administración pública.<sup>630</sup> Cabe señalar que la *potestas variandi* no debe confundirse con el *factum principis*, pues el primero tiene lugar con motivo de la *lex contractus*, mientras que el segundo es un poder que tiene el Estado ajeno a la relación contractual.<sup>631</sup>

Un punto adicional a señalar es que todos estos controles se ejercen ejecutoriamente, es decir, previo a cualquier revisión judicial,<sup>632</sup> por ello se ha dicho que la administración actúa “como juez provisional, decidiendo antes del verdadero proceso sobre la interpretación, anulación,

<sup>627</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, nota 9, p. 664.

<sup>628</sup> Badaoui, Saroit, *Le fait du prince dans les contrats administratifs*, París, R. Pichon et R. Durand-Auzais, 1955, p. 140.

<sup>629</sup> Escola, Héctor Jorge, *op. cit.*, nota 603, pp. 382 y ss.

<sup>630</sup> Lajoie, Andrée, *Contrats administratifs: jalons pour une théorie*, Montreal, Les Éditions Thémis, 1984, pp. 118 y ss.

<sup>631</sup> Ariño Ortiz, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios administrativos, 1968, pp. 7 y ss.

<sup>632</sup> Estas características también han dado lugar a una justicia especial vinculada a los actos de la administración pública. Para un estudio al respecto véase Martínez Rosaslanda, Sergio, “La instancia administrativa”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 23, 1994, pp. 153 y ss.

modificación, rescisión, etcétera, de los contratos administrativos... [*dichos poderes son*]... el privilegio de decisión ejecutoria”.<sup>633</sup>

La continuidad de la ejecución deriva de que la finalidad del contrato administrativo es satisfacer el interés público, el cual prevalece sobre cualquier interés particular, por lo que la administración pública tiene el deber de exigir en toda circunstancia la continuación en la ejecución del contrato, es decir, la prestación del servicio público, de modo que éste no se vea interrumpido por causa alguna.

Bajo este principio se ha desarrollado la importante teoría de la imprevisión. Dicha teoría tuvo origen jurisprudencial en el caso *Gaz de Bordeaux* de 1916. La teoría de la imprevisión sostiene que cuando aparecen circunstancias independientes de la voluntad del privado, imprevisibles al momento de concluir el contrato, que vienen a hacer económicamente imposible para el co-contratante del Estado el cumplimiento del contrato, aquél debe continuar llevándolo a cabo y la autoridad debe ayudarle a solventar la dificultad sobrevenida.

En virtud del principio de la continuidad del servicio público, la teoría de la imprevisión solamente es aplicable a los contratos administrativos, ya que como señaló el Consejo de Estado francés en el caso que se comenta, “el interés general exige la continuación del servicio por la compañía”, en este sentido, el privado tiene la obligación de continuar ejecutando el contrato; por otra parte, el Estado tiene la obligación de colaborar con el co-contratante para que la dificultad no lo ahogue económicamente. Desde esta perspectiva la obligación del Estado previene la *force majeure*.<sup>634</sup>

La mutabilidad del contrato administrativo consiste en la facultad de la administración de modificar unilateralmente sus términos, afectando de este modo la ejecución y variando las prestaciones debidas por el particular. Recordemos que el fin de estos contratos, desde el punto de vista de la administración pública, es satisfacer de la mejor manera posible el interés público. De hecho, se ha sugerido que siempre que el Estado celebra un contrato administrativo busca satisfacer un interés público contractual.<sup>635</sup>

<sup>633</sup> Parada, Ramón, *op. cit.*, nota 596, p. 274.

<sup>634</sup> Laubadère, André, *op. cit.*, nota 599, pp. 71 y ss.

<sup>635</sup> Monedero Gil, José Ignacio, *Doctrina del contrato de Estado*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977, p. 90; Calafell, Jorge Enrique, “La teoría del acto administra-

Se trata de construir la obra pública que demanda el interés general, en las condiciones que exijan en cada momento las necesidades públicas que el servicio está llamado a cubrir. Si para alcanzar estos fines es necesario adaptar a las nuevas necesidades los términos de lo pactado, esta adaptación se considera obligada por la teoría administrativa. La inalterabilidad del fin que es el interés público impone la adaptación,<sup>636</sup> consecuencia de la mutabilidad de las cargas es también la mutabilidad de las prestaciones al privado.

La potestad rescisoria consiste en la prerrogativa de la administración pública de disponer de manera unilateral la rescisión del contrato. Esta rescisión no es debida a falta o culpa contractual del co-contratante o por desaparición del objeto. Tiene lugar con motivo de razones de oportunidad, mérito o conveniencia para el interés público, debido a ello algunos autores llaman a esta facultad revocación,<sup>637</sup> no obstante, el término es más propio para actos unilaterales y no bilaterales como lo es un contrato.

La potestad de dirección y control significa que la administración tiene potestades especiales de dirección y control sobre la forma y modo en como el co-contratante cumple las obligaciones a su cargo. Este principio se justifica porque el interés del privado es puramente particular, y la administración debe velar por la buena marcha de los asuntos públicos. En principio aun en contratos entre privados uno de ellos puede tener la facultad de supervisión en el caso de contratos de obra, no obstante, los actos que lleva a cabo el Estado para verificar y controlar son muy diversos y en cierto sentido exorbitantes a los del derecho común que rige los contratos privados, e incluyen tareas de inspección, análisis, pruebas, muestreos, procedimientos de fiscalización, y revisión de libros de contabilidad.

El poder de dirección y control se complementa por la potestad sancionadora. Las faltas en que incurra el co-contratante al transgredir lo establecido en el contrato o al no acatar o desatender las órdenes e instrucciones son sancionadas por la administración. Estas sanciones van más allá de las cláusulas penales de los contratos comunes, o la simple indemnización por daños y perjuicios causados.

tivo”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 23, 1995-I, p. 134.

<sup>636</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, nota 9, p. 699.

<sup>637</sup> Marienhoff, Miguel, *Tratado de derecho administrativo. Contratos administrativos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, t. III-A, p. 560.

La siguiente definición de concesionario, el co–contratante de la administración pública en uno de los contratos administrativos clásicos, resume lo antes dicho:

Concesionario es la persona físico o jurídica que se compromete contractualmente a realizar una obra pública o que gestiona o explota servicios públicos de titularidad exclusiva de las administraciones, bajo su tutela y dependencia normativa, con sujeción a objetivos de carácter público y a requisitos o condicionamientos técnicos en la prestación, con una garantía de nivel mínimo en la prestación, instalaciones, equipos y material y, especialmente, con regularidad y continuidad.<sup>638</sup>

Visto lo anterior se entiende por qué los contratos administrativos se dice se rigen por cláusulas exorbitantes del derecho comúnmente aplicable a los contratos entre privados. En efecto, la *lex contractus* del contrato administrativo se compone por el *consensus* entre el privado y el Estado y por una *grundlegung* especial que debido al interés público que se pretende resguardar establece características particulares para este tipo de contratos, es un *grundlegung* que exige primariamente la satisfacción del interés general.

Una pregunta es necesaria: ¿cómo es posible que exista una persona dispuesta a contratar con la administración pública bajo el régimen que regula el contrato administrativo siendo aquél tan exorbitante? La respuesta es que la teoría administrativa busca armonizar ambos componentes de la *lex contractus* del contrato administrativo: el *grundlegung* y el *consensus*. Esta armonización lleva a buscar el llamado equilibrio contractual,<sup>639</sup> la proporcionalidad o *aequitas* de las prestaciones respectivas, el *quid pro quo* de todo contrato, que en el administrativo es el contrapeso necesario a la desigualdad funcional del contrato.

Este punto del equilibrio contractual es el más debatido de la teoría del contrato administrativo, pues como vimos en la parte correspondiente a los contratos gratuitos es muy difícil establecer una equivalencia material y objetiva entre las prestaciones, ya que normalmente los contratos se celebran por motivos de desequilibrios económicos subjetivos, de forma que si cada uno de los contratantes no considerara qué gana en el contrato, éste no se celebraría. ¿Cómo pueden dos personas ganar en un

<sup>638</sup> Bermejo Vera, José, *op. cit.*, nota 621, p. 135.

<sup>639</sup> Ariño Ortiz, Gaspar, *op. cit.*, nota 631.

mismo contrato? La respuesta escapa a este estudio, pero creemos que puede buscarse en las teorías de Adam Smith y Wilfredo Pareto sobre el intercambio económico.

Las alteraciones o adaptaciones hechas por el Estado con motivo del interés público en el contrato administrativo deben tener en todo caso su contrapartida en el deber legal de respetar la “ecuación financiera”<sup>640</sup> del contrato. Esta idea fue expresada por el comisionado León Blum, del Consejo de Estado francés, en el caso *Cie. Francaise des Trammways*, el 11 de marzo de 1910, al señalar que “en todo contrato de concesión está implícita, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión”.<sup>641</sup> Mutabilidad del objeto y mantenimiento de la equivalencia económica de las prestaciones son los dos polos básicos del contrato administrativo. Desde esta perspectiva no existen exorbitancias a ultranza, sino bases de *grundlegung* distintas al derecho privado común para alcanzar el equilibrio contractual.

Como lo señalamos más arriba, definir un contrato como aleatorio tiene relevancia cuando se invoca la teoría de la *lesión*, o desproporción notoria entre las prestaciones que tiene lugar debido a la explotación de la ignorancia, miseria o inexperiencia de una de las partes, teoría que algunos sistemas jurídicos reconocen. En el caso de los contratos administrativos, éstos se llevan a cabo por riesgo y ventura del particular,<sup>642</sup> de forma que las aleatoriedades están implícitas en el *quid pro quo*. Podemos decir que el contrato administrativo está sujeto a tres aleas:

a) Aleas administrativo, integrado por el conjunto de modificaciones administrativas que afectan al contrato por la acción unilateral de la administración. Modificaciones que pueden tener lugar por norma o por

640 “Dentro de toda la zona donde la administración ejerce prerrogativas exorbitantes al derecho común, el carácter convencional de los contratos administrativos se manifiesta por el derecho del co-contratante a que, no obstante las modificaciones legítimamente llevadas a cabo por la administración a la ejecución del contrato, el equilibrio financiero debe ser respetado”, Vedel, Georges, *Droit administratif*, París, Thémis, 1973, p. 255.

641 Citado por García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, nota 9, p. 707.

642 “En la concesión, la administración encomienda la explotación de un servicio de la que es titular a un particular que asume los riesgos económicos de la empresa”. *Cfr.* Cruz Barney, Óscar, *El régimen jurídico del curso marítimo: el mundo indiano y el México del siglo XIX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 125.

acto administrativo, y que pueden ser por *factum principis* (no contractual) o por *potestas variandi* (contractual).

b) Aleas empresarial, que son los riesgos internos del negocio, en ellos se encuentran el *error calculi*, daños en las obras *–periculum rei–* y las dificultades del proyecto que lo encarezcan considerablemente.

c) Aleas económico, que es el riesgo externo al negocio, la alteración en condiciones económicas no debidas a la mano del gobierno. En estos casos tenemos incremento en precios y salarios.

En cuanto a la obligación de compensación, reconocer el origen del alea es importante. Cuando se trata de modificaciones unilaterales de la administración pública e internas al contrato, es decir, aquellas en ejercicio de la *potestas variandi*, viene a colación el principio de la equivalencia de las prestaciones. En el caso del *factum principis* normalmente se recurre a otros principios para efectos de la reparación, entre ellos el enriquecimiento ilegítimo, y en el caso de las otras aleas se acude al principio de riesgo y ventura por lo que no existe obligación de compensar nada.

Un punto adicional que ayuda a entender la naturaleza del contrato administrativo es que cuando llega a su extinción por cumplimiento tiene lugar la reversión del servicio a la administración. Antes de su cumplimiento y por razones de interés público. Esta última puede rescatar el servicio para gestionarlo directamente.<sup>643</sup>

En *common law* no existe la teoría del contrato administrativo, sin embargo, se han reconocido contratos gubernamentales que dan poderes especiales al Estado con base en la teoría de la “necesidad vital” y del “interés público”. Así, con motivo de la Primera Guerra Mundial, el Congreso de los Estados Unidos de América expidió la Ley del 15 de junio de 1917, por medio de la cual facultó al presidente de los Estados Unidos de América a “modificar, suspender, cancelar o requisar cualquier contrato existente o futuro para la construcción, producción, o compra de barcos o material” destinado a la lucha armada. La Suprema Corte de aquel país señaló respecto de la cancelación de ciertos contratos llevada a cabo por el Gobierno de los Estados Unidos al finalizar la conflagración que:

Quando la Ley fue expedida estábamos en medio de una gran guerra, misma que exigía la utilización de todos los recursos. Las necesidades fueron

<sup>643</sup> Parada, Ramón, *op. cit.*, nota 596, p. 279.

grandes, más allá del poder del Estado. El gobierno se enfrentó a una *necesidad vital*... pero era una necesidad que el Congreso, sabía que tarde o temprano llegaría a su fin, rápida y completamente. Con la terminación de la guerra... no proveer el cese de la producción, cuando la necesidad había pasado, hubiera sido una completa desatención del *interés público*.<sup>644</sup>

### III. OTRAS FIGURAS ALREDEDOR DEL CONTRATO DE ESTADO INTERNACIONAL

Aunque de alguna forma el contrato de Estado internacional es un contrato administrativo internacionalizado, la teoría administrativa convencional no ha podido dar respuesta a muchas de las interrogantes de este fenómeno de la inversión extranjera, y la jurisprudencia internacional poco a poco ha ido llegando a conclusiones muy similares a las de la teoría administrativista romano-germana.

El contrato de Estado internacional ha sido un vehículo para desarrollar proyectos de inversión en países con problemas de financiamiento; dicho contrato ha sido uno de los tantos mecanismos para canalizar inversión extranjera a países necesitados. Hoy día, el proceso globalizador hace que los flujos de inversión tengan lugar tanto de países ricos a pobres como de pobres a ricos<sup>645</sup> y el derecho internacional acusado de conservador se fortalece y extiende en la utilización del arbitraje.<sup>646</sup> El nacimiento y desarrollo del contrato de Estado internacional se encuentra vinculado inexorablemente a la historia legal de todos los flujos de inversión internacional, y, por ello, resulta útil dar un bosquejo a la historia de diversas instituciones que giran a su alrededor.

Puede pensarse que la historia legal de los procesos de inversión extranjera puede ser tendenciosa o falsa, de forma que no sea más que un medio para alcanzar un objetivo diverso.<sup>647</sup> Sin duda, en materia de inversión extranjera la historia de las figuras jurídicas que le dan vida

<sup>644</sup> *Russell Motor Car Co. vs. U. S.* 261 U.S. 514 (1923), USSC, véase, también, *De Laval Steam Turbine Co. vs. U. S.*, 284 U. S. 61 (1931), USSC.

<sup>645</sup> *Maffezini vs. Kingdom of Spain*, 2000, ICSID, ARB/97/7, Jurisdiction.

<sup>646</sup> Para un análisis del arbitraje y su distinción con otros tipos de soluciones de controversias véase Briceño Sierra, Humberto, "El arbitraje y los negocios", *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 23, 1994, pp. 153 y ss.

<sup>647</sup> Schaff, Adam, *Historia y verdad*, México, Grijalbo, 1971, p. 13.

no puede ni debe ser descontextualizada de la historia de las relaciones económicas entre países exportadores de capital y países importadores de recursos.<sup>648</sup>

### 1. *Protección diplomática*

El padre del derecho internacional señaló que “la soberanía, que se deriva de la propiedad, da a una nación jurisdicción sobre el territorio que le pertenece. Es parte de su soberanía hacer cumplir la ley a lo largo del territorio que gobierna, tomar conocimiento de los crímenes cometidos en el mismo y de las diferencias que surjan entre sus súbditos”,<sup>649</sup> agregando que:

Las otras naciones deben respetar este derecho; y como la administración de justicia necesariamente requiere que cada sentencia, pronunciada en forma por la Corte de último recurso sea considerada como justa y ejecutada como tal, cuando un caso en el cual algún extranjero se encuentre involucrado haya sido decidido en forma, el soberano del litigante no puede revisar dicha decisión. El investigar lo justo de una sentencia definitiva es atacar la jurisdicción de la Corte que la dictó. Por ello, el soberano no debe intervenir en las demandas de sus súbditos en países extranjeros ni otorgarles su protección, excepto en aquellos casos donde la justicia haya sido negada o la decisión sea clara y palpablemente injusta, o el procedimiento apropiado no haya sido observado, o en aquellos casos donde sus súbditos o extranjeros en general, hayan sido discriminados.<sup>650</sup>

Bajo estos principios los soberanos defendieron sus agravios cometidos a través de sus súbditos, dando lugar a la protección diplomática; es decir, el reclamo que un soberano hace a nombre de su súbdito en contra de otro soberano que ha causado un agravio a dicho súbdito. El reclamo toma lugar a través de canales diplomáticos y, en casos extremos, puede tomar la forma, inclusive, de una reclamación judicial a nivel internacional.<sup>651</sup>

<sup>648</sup> Shalakany, Amr A., “Arbitration and the Third World: A Plea for Reassessing Bias under the Specter of Neoliberalism”, *Harvard International Law Journal*, núm. 41, 2000, pp. 419 y ss.

<sup>649</sup> Vattel E., *op. cit.*, nota 77, p. 139.

<sup>650</sup> *Idem.*

<sup>651</sup> Díez de Velasco Vallejo, *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1990, t. I, pp. 486 y ss.

En el caso de las concesiones Mavromatis, la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo que:

Es un principio elemental del derecho internacional que un Estado tiene el derecho de proteger a sus súbditos cuando son agraviados por actos contrarios al derecho internacional cometidos por otro Estado, de los cuales han sido incapaces de obtener satisfacción a través de los canales ordinarios. Al tomar el caso de uno de sus súbditos y recurrir a la acción diplomática o a procedimientos judiciales internacionales a su nombre, un Estado está en realidad afirmando sus propios derechos —su derecho a asegurar, en las personas de sus súbditos— respeto a las reglas del derecho internacional.<sup>652</sup>

De lo anterior podemos destacar los siguientes elementos de la protección diplomática: *a)* ciertos actos atribuidos a los Estados constituyen una violación al derecho internacional; *b)* no obstante la regla general de que el derecho internacional rige las relaciones entre soberanos, estos actos violatorios del derecho internacional causan agravio directo a los súbditos de otro Estado; *c)* en virtud de ser una violación al derecho internacional, la única forma en que dicho súbdito puede encontrar satisfacción a tal agravio es a través de los canales internacionales, y *d)* el privado, aunque ofendido legalmente, carece de capacidad reconocida por el sistema legal internacional para hacer cualquier tipo de reclamo. La satisfacción legal solamente puede ser reclamada por el Estado que lo reconoce como súbdito. Es más, el Estado no está obligado a ejercer protección diplomática, y la relación entre Estado y súbdito es puramente de derecho nacional.<sup>653</sup>

En el caso Mavromatis, Gran Bretaña adujo que en realidad no existía una disputa legal entre dicho país y Grecia, sino que la litis verdadera tenía lugar entre el señor Mavromatis y el Alto Comisionado para Palestina, en virtud del vínculo jurídico establecido por el sistema jurídico palestino en relación a unas concesiones para producir electricidad y dotar de agua potable a Jerusalén. Analizando la defensa de Gran Bretaña, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló que una disputa legal es un desacuerdo en un punto de hecho o de derecho, un conflicto de puntos legales o de intereses entre dos personas, y que la controversia entre

<sup>652</sup> *Mavrommatis Palestine Concessions Case, Greece vs. UK*, Corte Permanente de Justicia Internacional, 1924, Jurisdiction, p. 12.

<sup>653</sup> Bindschedler, Rudolf, “La protection de la propriété privée en droit international public”, *Recueil des Cours*, vol. II, t. 90, 1956, p. 183.

Gran Bretaña y Grecia tenía dichas características; que Grecia “se encontraba afirmando sus propios derechos reclamando del gobierno de Su Majestad británica una indemnización sobre la base de que el señor Mavromatis, uno de sus súbditos, había sido tratado por las autoridades británicas o palestinas en una forma incompatible con ciertas obligaciones internacionales que estaban obligadas a observar”.<sup>654</sup>

En este punto es importante destacar que la Corte distinguió entre el vínculo existente entre las autoridades palestinas (y británicas como titulares del mandato palestino) y el señor Mavromatis surgido de la concesión, y la violación de carácter internacional derivada de la inobservancia del vínculo nacional, la concesión, que estaba protegida por el tratado internacional que había establecido el mandato de Palestina. De esta forma, la Corte reconoció que un vínculo de un sistema jurídico nacional puede estar protegido por el sistema jurídico internacional; la única forma de explicar esto, como hemos señalado,<sup>655</sup> es considerando que el sistema jurídico nacional está vinculado como subsistema al sistema jurídico internacional y que el segundo priva sobre el primero.

La Corte señaló que si bien en primera instancia hubo una disputa entre una persona privada y un Estado —el señor Mavromatis y Palestina (Gran Bretaña)—, al ejercer la protección diplomática Grecia había hecho que la “disputa [entrara] a una nueva fase... al dominio del derecho internacional... [habiéndose] vuelto una disputa entre dos Estados”.<sup>656</sup>

Tres conclusiones se desprenden de lo anterior: *a)* las disputas entre Mavromatis y el Alto Comisionado, y entre Grecia y Gran Bretaña son disputas que se mueven en dominios diferentes, una en el dominio del derecho nacional y otra en el dominio del derecho internacional, la primera se rige por el sistema legal nacional, y la segunda, por el sistema jurídico internacional; *b)* la disputa en el sistema nacional tiene lugar con motivo de la inobservancia de la concesión, la disputa en el sistema internacional nace de la inobservancia del tratado internacional que establece el mandato de Palestina que obliga a respetar las concesiones previas al mandato, y *c)* la incorporación en el tratado del mandato de Palestina de observar las concesiones hace que la violación a un vínculo legal nacional, la concesión, dé lugar a dos disputas en dos sistemas legales: el internacional y el nacional.

<sup>654</sup> *Mavrommatis Palestine Concessions Case...*, *cit.*, nota 652, p. 11.

<sup>655</sup> García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, p. 75.

<sup>656</sup> *Mavrommatis Palestine Concessions Case...*, *cit.*, nota 652, p. 12.

El caso Mavromatis es el parangón de la protección diplomática y vale contrastarlo con otros dos casos que la Corte resolvió cinco años después con motivo de protección diplomática: los préstamos serbios y brasileños. En el caso de los préstamos serbios,<sup>657</sup> los hechos tuvieron lugar con motivo de una disputa entre el reino de Serbia y ciertos tenedores de bonos del gobierno serbio, emitidos y pagaderos en Francia. El conflicto surgió porque los tenedores querían que el servicio de la deuda se cubriera en francos oro, mientras que Serbia sostenía que su obligación debía solventarse en francos nominales. Después de la inflación que siguió a la Primera Guerra Mundial la diferencia en el pago no era menor.

En el caso Mavromatis quedó claramente establecido que “un Estado tiene el derecho de proteger a sus súbditos cuando son agraviados por actos contrarios al derecho internacional cometidos por otro Estado”. En los préstamos serbios la Corte hizo un recuento de los casos de protección diplomática y señaló que hasta ese momento

En todos los casos ante la Corte en los cuales habían estado involucrados intereses privados, el reclamo estatal se había basado en una alegada violación a un acuerdo internacional. La controversia sometida a la Corte en el presente caso, al contrario, solamente se refiere a las relaciones entre el Estado deudor y unas personas privadas, es decir, a relaciones que están, en sí mismas, dentro del dominio de un derecho nacional... obligaciones que surgen de contratos.<sup>658</sup>

La Corte observó que en el caso de los préstamos serbios no se alegaba por el Estado que ejercía protección diplomática una violación al derecho internacional, pero señaló que entre los gobiernos francés y serbio existía una “diferencia de opinión”<sup>659</sup> idéntica a la controversia existente entre Serbia y los tenedores de bonos, y que dicha “diferencia de opinión” era lo que la Corte debía solucionar.

De esta forma quedó asentado en la jurisprudencia internacional el antecedente de que la violación a una obligación internacional no era nece-

<sup>657</sup> Los razonamientos del caso de los préstamos serbios fueron repetidos por la Corte Internacional en el caso de los préstamos brasileños. *Payment in gold of Brazilian Federal loans issued in France, France vs. Brazil*, Corte Permanente de Justicia Internacional, judgment núm. 15, serie A, núms. 20 y 21, 12 de julio de 1929, pp. 93-155.

<sup>658</sup> *Payment of Various Serbian Loans Issued in France...*, *cit.*, nota 12, pp. 5-89, en las páginas 17 y 18.

<sup>659</sup> *Idem.*

saría para acudir a protección diplomática, sino que bastaba que se alegara una violación al derecho nacional y que exista una diferencia de opinión entre los Estados al respecto.

El caso de los préstamos serbios nos proporciona un elemento adicional en materia de protección diplomática. En opinión disidente, el juez Pessoa señaló que la protección diplomática debe ejercerse a nombre de un nacional. Que en el caso particular la disputa versaba sobre la forma de solventar una deuda con motivo de ciertos instrumentos mercantiles, de los cuales, debido a su naturaleza, resultaba imposible saber quiénes eran los tenedores verdaderos; de forma que lo más probable, y no obstante haber sido emitidos en Francia con obligación a pagar ahí mismo, fuera que ningún francés los tuviera en su poder. En este sentido, Francia ejerció protección diplomática sobre súbditos no identificados, pues no había hecho llegar a la Corte una lista señalando a cada uno de los nacionales, tenedores de los bonos serbios, de los que había tomado el caso.<sup>660</sup>

La evolución entre el caso *Mavromatis* y los préstamos serbios y brasileños es fundamental, y el hecho de que un tribunal internacional decidiera una “diferencia de opinión” idéntica a una disputa de derecho nacional sirvió de base para reclamos posteriores instituidos por los mismos privados extranjeros en contra de Estados huésped fuera de la figura de la protección diplomática.

En los casos de reclamos entre privados extranjeros y un Estado huésped, conocidos por los teóricos como arbitrajes mixtos,<sup>661</sup> normalmente se evita la discusión de si se está resolviendo una disputa de derecho nacional o una de derecho internacional al incorporar en un tratado internacional la obligación de respetar ciertos vínculos legales establecidos por el orden jurídico nacional, como sucedió en el caso *Mavromatis*, convirtiéndolas, así, en verdaderas disputas internacionales.<sup>662</sup> Así, por

<sup>660</sup> Opinión disidente juez Pessoa, *Payment of various Serbian Loans Issued in France...*, *cit.*, nota 12, pp. 5-89, en la página 64.

<sup>661</sup> Collier, John, *The Settlement of Disputes in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 59 y ss.

<sup>662</sup> “Cualquier contrato que no sea un contrato entre Estados en su capacidad como sujetos de derecho internacional está basado en el derecho interno de algún Estado. La pregunta de a cuál derecho forma la materia de la rama de la jurisprudencia que en el presente se describe usualmente como derecho internacional privado o teoría del conflicto de leyes. Las reglas de ello pueden ser comunes a varios Estados o pueden inclusive estar establecidas en convenciones internacionales o costumbres, en cuyo caso pueden poseer el carácter de verdadero derecho internacional gobernado las relaciones entre Estados”.

ejemplo, las comisiones de reclamaciones internacionales, como el Tribunal de Reclamaciones entre Estados Unidos e Irán<sup>663</sup> han establecido expresamente que el derecho internacional es aplicable a una disputa entre un privado extranjero que contrata con un Estado huésped,<sup>664</sup> al estar el contrato protegido por un tratado inclusive con efectos retroactivos.

Así, un primer paso en esta evolución fue el tránsito de “diferencias de opinión” entre Estados, idénticas a *litis* entre un privado y un Estado regidas por el derecho nacional de dicho Estado, a disputas internacionales sobre dichas *litis* nacionales, protegidas por el derecho internacional mediante tratados.<sup>665</sup> Bajo esta transformación las reglas de derecho internacional público resultaron directamente aplicables a la disputa nacional.<sup>666</sup>

*Payment of various Serbian Loans Issued in France...*, *cit.*, nota 12, pp. 5-89, en la página 41. A este respecto, el artículo 1105(1) del Tratado de Libre Comercio para América del Norte establece que los inversionistas de una de las partes del Tratado deben recibir tratamiento de acuerdo con el derecho internacional.

663 “El Tribunal decidirá todos los casos sobre la base del respeto a la ley, aplicando la elección de reglas de derecho y principios de derecho comercial e internacional que el tribunal determine sean aplicables, tomando en cuenta los usos relevantes del comercio, las provisiones contractuales y el cambio de circunstancias” artículo V, de la Declaración del Gobierno de la República Popular y Democrática de Argelia referente a la solución de controversias entre el gobierno de los Estados Unidos de América y el gobierno de la República Islámica de Irán. <http://www.iusct.org/index-english.html>.

664 “Un tribunal arbitral internacional (el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos) se establece para el propósito de decidir demandas de nacionales de los Estados Unidos contra Irán y demandas de nacionales de Irán contra Estados Unidos, y cualquier contra demanda que surja del mismo contrato, transacción u ocurrencia que constituya la materia de la demanda del nacional, si tales demandas y contra demandas están vigentes al momento de este Acuerdo, hayan sido presentadas o no ante un tribunal, y surjan de deudas, contratos (incluyendo transacciones que estén sujetas a cartas de crédito o garantías bancarias), expropiaciones u otras medidas que afecten los derechos de propiedad...”, artículo II, párrafo 1 de la Declaración del Gobierno de la República Popular y Democrática de Argelia referente a la solución de controversias entre el gobierno de los Estados Unidos de América y el gobierno de la República Islámica de Irán. <http://www.iusct.org/index-english.html>.

665 Séfériadès, Stelio, “Le Problème de l'accès des particuliers a des juridictions internationales”, *Recueil des Cours*, vol. I, t. 51, 1935, p. 37.

666 El 21 de abril de 1914, la Suprema Corte de Colonia señaló en el caso Compañía ferroviaria Aix-la-Chapelle-Maastrich, que en virtud de un tratado internacional, ciertos derechos que tenía el gobierno holandés sobre una mina de carbón ubicada en Prusia, habían pasado a tener naturaleza de “servidumbre internacional”, regida por el derecho internacional, y habían dejado de ser derechos derivados de una simple concesión, regida

En la protección diplomática tradicional, aparte del requerimiento de que el Estado demandado haya violentado alguna obligación internacional hacia el Estado reclamante respecto de uno de sus nacionales, se exige que únicamente la parte a la que se le violó dicha obligación sea la que ejerza la protección diplomática.<sup>667</sup> En este sentido la protección diplomática tuvo lugar con motivo de obligaciones de carácter sinalagmático. Un principio que complementa el hecho de que solamente el agraviado pueda ejercer protección diplomática es el principio de nacionalidad;<sup>668</sup> es decir, que un Estado solamente puede ejercer protección respecto de sus súbditos.

El requerimiento de la nacionalidad es conclusión directa de la doctrina vatteliana. En principio los requerimientos para que alguien sea nacional de un Estado se dejan al Estado mismo,<sup>669</sup> no obstante, la nacionalidad debe ser real y efectiva, es decir, genuina, basada en lazos fuertes de hecho entre la persona implicada y el Estado que lo reclama como nacional.<sup>670</sup> De igual forma la nacionalidad debe ser continua, existir al momento en que se dio la afectación y mantenerse hasta el momento en que se instituya el reclamo.<sup>671</sup> Cabe señalar que, en el derecho internacional el principio que rige es la nacionalidad y no la residencia.<sup>672</sup> En el caso de nacionalidad dual, cualquiera de los dos Estados que reclaman soberanía puede ejercer protección diplomática a un tercero,<sup>673</sup> y en-

por el derecho prusiano. *Cfr. American Journal of International Law*, vol. VIII, Issue 4, octubre de 1914, pp. 858-860.

667 Fuera de litis la Corte señaló años después que las dos bases sobre las que descansa la protección diplomática son: I) que el Estado demandado haya violentado alguna obligación internacional hacia el Estado reclamante respecto de uno de sus nacionales, y II) que solamente el Estado al cual la obligación es debida y violada puede instaurar un reclamo respecto de dicha violación. *Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion, International Court of Justice, 1949.

668 *Flegenheimer Claim, US vs. Italy*, 1958, 25 International Law Reports 91.

669 “Las cuestiones de nacionalidad están, en opinión de la Corte, en principio dentro del dominio reservado [del Estado]”. *Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco case, Advisory Opinion*, Corte Permanente de Justicia Internacional, 1923.

670 *Nottembohm Case, Liechtenstein vs. Guatemala*, Corte Internacional de Justicia, 1955.

671 *Panevezys Saldutiskis Railway co. Case, Estonia vs. Lithuania*, Corte Permanente de Justicia Internacional, 1939.

672 *Martin Roy Feldman Karpa vs. United Mexican States*, Interim decisión on preliminary jurisdiccional issues, ICSID Case, facilidades adicionales, ARB(Af)/99/1, 6 de diciembre de 2000, párrafo 32.

673 Fuera del contexto de la protección diplomática y en acciones directas de particulares en contra de Estados extranjeros, lo único que se requiere en caso de que el particular tenga

tre ellos, el Estado de la nacionalidad dominante puede reclamar al Estado de la nacionalidad subordinada.<sup>674</sup> En el caso de empresas, la nacionalidad se determina no por el control efectivo de la misma, sino por el lugar donde fue creada dicha empresa.<sup>675</sup>

Un requisito final es que “un Estado no puede ejercer protección diplomática y mucho menos recurrir a cualquier procedimiento internacional de reclamo, a menos que su súbdito haya previamente agotado los procedimientos legales ofrecidos por el Estado de cuya acción se queja”.<sup>676</sup> Se ha discutido mucho si el requerimiento de agotamiento de los remedios es de admisibilidad de la demanda o de jurisdicción, es decir, un impedimento procedimental o de fondo.<sup>677</sup> Nosotros sostenemos que es de fondo y que el agravio al particular extranjero no se ha dado sino hasta que se ha negado justicia, por lo cual el privado debe buscar remedio ante los tribunales del Estado que supuestamente le han ofendido. El requerimiento de agotamiento de remedios locales se obvia si el perseguir los recursos no tiene sentido desde un inicio,<sup>678</sup> los remedios deben, por tanto, ser relevantes, suficientes<sup>679</sup> y adecuados.<sup>680</sup>

## 2. *Doctrina Calvo*

La protección diplomática clamó tener como objetivo el obtener justicia para los ciudadanos cuando ésta no era alcanzada por medio de los remedios judiciales del Estado huésped; no obstante, problemas con la aplicación de dicha figura pronto comenzaron a operar. En particular sucedió que los extranjeros acudían a sus gobiernos con muy poca eviden-

varias nacionalidades es que la que alega efectiva, con independencia de que las otras nacionalidades también lo sean o no. *Señor Eudoro Armando Olguín c. República del Paraguay*, CIADI, caso ARB/98/5, 26 de julio de 2001, párrafo 61.

<sup>674</sup> *Merge Claim, US vs. Italy*, 1955, 22 International Law Reports 443.

<sup>675</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Case, Bélgica vs. España*, Corte Internacional de Justicia, 1970, posteriormente *Case Concerning Elettronica Sicula S. P. A. (ELSI)*, *US vs. Italy*, Corte Internacional de Justicia, 1989.

<sup>676</sup> *Interhandel Case, Switzerland vs. US*, Corte Internacional de Justicia, 1959. Véase también *Ambiatelos Arbitration, Grecia vs. UK*, 1956, 23 International Law Reports 306.

<sup>677</sup> Collier, John, *op. cit.*, nota 661, pp. 197 y ss.

<sup>678</sup> *Finnish Vessels in GB during the War*, 1934, 3 RIAA 1479.

<sup>679</sup> *Ireland vs. United Kingdom*, E.C.H.R. serie A, núm. 25 (1978).

<sup>680</sup> *Gallardo Rodríguez vs. México*, IACHR, 1996, 11.430, 43/96.

cia de una violación real, el grado de la misma y sin haber intentado obtener algún remedio a nivel local. Los Estados extranjeros basados en información incompleta y bajo fuerte presión política interna hacían reclamos vía protección diplomática. El problema mayor fue que el recurso de la protección diplomática se hizo dependiente de consideraciones políticas en vez de legales y la fuerza del Estado reclamante pronto determinó el fondo de la disputa, pues la utilización de la fuerza armada para obligar a los gobiernos más débiles a cumplir con dudosas obligaciones no fue infrecuente. Adicionalmente, la mayoría de las veces los daños reclamados estaban fuera de toda proporción al agravio originalmente sufrido.<sup>681</sup>

En efecto, durante el siglo XIX las disputas internacionales se resolvían inclusive con guerra, la cual era calificada como otra forma de hacer política.<sup>682</sup> El siglo XIX fue testigo de una multitud de sucesos de intervención armada en América Latina por parte de diversas naciones europeas en ejercicio de protección diplomática por virtud de una supuesta violación al derecho internacional en la persona de algún súbdito.<sup>683</sup>

La crítica más fuerte a la protección diplomática vino de un eminente internacionalista estadounidense llamado Edwin Borchard.<sup>684</sup> El problema era mayor: Latinoamérica necesitaba fuertes recursos para poder desarrollarse, pero el precio a pagar por abusos reales o imaginarios y la protección diplomática e intervención armada debían detenerse. La mayor parte de la literatura legal internacional desarrollada por América Latina en la segunda parte del siglo XIX y la primera del XX se dedicó fundamentalmente a atender dicho problema.

<sup>681</sup> Shea, Donald, *The Calvo Clause*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955, pp. 11 y ss.

<sup>682</sup> “La guerra no es solamente un acto meramente político, sino un instrumento político real, una continuación de la política comercial que se lleva a cabo por otros medios”, Clausewitz, *On War (Von Kriege) (1832)*, Londres, Penguin Books, 1968, p. 119.

<sup>683</sup> La intervención francesa en México de 1838 (guerra de los pasteles por un reclamo de 600 mil pesos) y 1961 (intervención que terminó con la imposición de Maximiliano de Absburgo y que utilizó entre sus pretextos una deuda a un banco Franco-Suizo), la intervención norteamericana en Santo Domingo en 1904 y las invasiones alemana, británica e italiana a Venezuela en 1903, crearon la impresión de que el derecho internacional y particularmente la protección diplomática era una forma encubierta de ejercer el control y la dominación extranjera.

<sup>684</sup> Borchard, Edwin, “Limitations on Coercitive Protection”, *American Journal of International Law*, t. XXI, abril de 1927, pp. 303 y ss.

El primer intento fue la llamada doctrina Drago,<sup>685</sup> que surgió en una nota de Luis Drago, ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, a los Estados Unidos en 1902, la cual sostenía que “el principio que la Argentina quisiera ver reconocido es que la deuda pública no sea ocasión para una intervención armada, ni mucho menos para la ocupación militar del territorio de las naciones americanas por una potencia europea”.<sup>686</sup>

No obstante, quien se hizo famoso por sus argumentos en contra de la protección diplomática fue el argentino Carlos Calvo, quien señaló que el principio de la igualdad de los Estados impide que se realicen intervenciones utilizando como pretexto aparentes daños a los intereses privados de los súbditos del Estado que realiza la intervención.<sup>687</sup> Carlos Calvo señaló también que los extranjeros no tenían por qué reclamar mayores derechos ni beneficios que aquellos que la legislación nacional del país donde invirtieron concede a los propios nacionales y, por lo tanto, dichos extranjeros debían conformarse con los remedios que proporcionaba la jurisdicción nacional del Estado huésped.

Las ideas de Calvo se desarrollaron de manera distinta en los diversos Estados latinoamericanos, pero todos convinieron en que “la jurisdicción de los Estados dentro de los límites de su territorio nacional aplica a todos los habitantes... nacionales y extranjeros [quienes] están bajo la misma protección de la ley y autoridades nacionales; los extranjeros no pueden reclamar otros derechos o más extensivos a aquellos que gozan los nacionales”.<sup>688</sup> Al respecto, los tratadistas no latinoamericanos señalaron que “se considera como un principio obvio del derecho de gentes la afirmación de que un Estado no cumple totalmente sus obligaciones internacionales por el sólo hecho de otorgar a los extranjeros el mismo trato que a sus nacionales”.<sup>689</sup>

La mayor parte de las veces, la doctrina Calvo se incorporó en contratos de Estado internacionales celebrados entre los Estados latino-

<sup>685</sup> Drago, Luis, “State Loans in their Relation to International Policy”, *American Journal of International Law*, t. I, julio de 1907, pp. 692-726.

<sup>686</sup> Citado por Díez de Velasco Vallejo, *op. cit.*, nota 651, p. 487.

<sup>687</sup> Calvo, Carlos, *Le droit international théorique et pratique*, París, Arthur Rousseau, 1896.

<sup>688</sup> “Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados Adoptada por la Séptima Conferencia Panamericana en Montevideo”, *American Journal of International Law*, 1933, 28, Supp, 75 (1934).

<sup>689</sup> Niboyet, J. P., *op. cit.*, nota 4, p. 38.

americanos y los inversionistas extranjeros en diversas cláusulas que variaban entre sí,<sup>690</sup> así, por ejemplo, se establecieron cláusulas explícitas respecto al requerimiento del agotamiento previo de recursos nacionales. En México, las ideas de Calvo llevaron a establecer la renuncia de los inversionistas extranjeros a solicitar protección diplomática, requerimiento que se incorporó en el artículo 27, fracción I, de la Constitución de 1917 en vigor que a la letra señala:

El Estado podrá conceder el... derecho [de dominio sobre tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas] a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo.

El argumento fundamental en contra de dicha interpretación de la doctrina Calvo es que en el ejercicio de la protección diplomática “el Estado debe ser visto como el único juez que decide cuando la protección será otorgada, en qué medida y cuándo cesará. La protección diplomática es... [por lo tanto]... un poder discrecional [del Estado]”.<sup>691</sup> De esta forma, la renuncia que hace el extranjero de invocar la protección de su Estado, no es oponible a dicho Estado, en virtud de que el derecho de ejercer protección diplomática pertenece al Estado y no al inversionista.<sup>692</sup>

No obstante lo anterior, la cláusula Calvo entendida como renuncia a pedir protección diplomática ha tenido efectos legales. En el arbitraje *North American Dredging Company* se señaló que la cláusula Calvo creaba la obligación de agotar los remedios locales antes de acudir a la Comisión de Reclamación México-Estados Unidos, no obstante que el tratado que estableció la Comisión señalaba que ninguna acción sería negada bajo el argumento de que no se agotaron los remedios nacionales.<sup>693</sup>

<sup>690</sup> Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, México, Porrúa, 1998, pp. 248 y ss.

<sup>691</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Case, Belgium vs. Spain*, Corte Internacional de Justicia, 1970.

<sup>692</sup> Collier, John, *op. cit.*, nota 661, pp. 197 y ss.

<sup>693</sup> *North American Dredging Company*, 1926, 4 UNRIAA 26, p. 33.

### 3. *Acciones legales ante terceras jurisdicciones*

Experiencias de infructuosos reclamos de inversionistas privados extranjeros ante las cortes de los Estados huésped, por daños ocasionados por dicho Estado con motivo de interferencia ilegal con su propiedad y la falta de derecho de acción internacional, *ius standing*, del que carecen las personas privadas, llevaron a los extranjeros inversionistas a buscar remedios judiciales en terceros países.

Estos casos en terceras jurisdicciones, ajenas tanto al Estado del extranjero inversionista como al Estado huésped, han tenido repercusiones allende fronteras. A través de los casos llevados a cabo en terceras jurisdicciones se ha ido desarrollando, poco a poco, una jurisprudencia comercial internacional que se ha ido aplicando a posteriores casos de contratos de Estado internacionales. Dos argumentos esgrimidos por los Estados demandados en dichos procesos resultan relevantes para nuestros propósitos: el acto de Estado, y la inmunidad.

La frase “acto de Estado” no es muy ilustrativa. Cualquier litigio que implique alguna referencia a una ley extranjera o a un sistema legal extranjero involucra de alguna forma un acto de Estado extranjero, ya sea legislativo, judicial o ejecutivo.

La sección 41 del Restatement (second) Foreign Relations Law of the United States define al acto de Estado como “un acto de un Estado extranjero por virtud del cual dicho Estado ha ejercido su jurisdicción para dar efecto a sus intereses públicos”. Una típica acción gubernamental tratada como “acto de Estado” es la interferencia con la propiedad privada por parte de éste dentro de su territorio.<sup>694</sup>

En el caso *Underhill vs. Hernandez*, George Dunhill demandó a José Manuel Hernández ante las cortes de Estados Unidos debido a que el último se había rehusado a otorgarle un pasaporte para dejar Venezuela y lo había dejado confinado en su propia casa cuando era comandante militar en dicho país. La Corte Suprema de los Estados Unidos, en voz del juez Fuller, señaló que los actos de un gobierno extranjero llevados a cabo dentro de su propio territorio no podían ser llevados a juicio en las cortes de Estados Unidos debido a que cada Estado está obligado a respetar la independencia de los otros soberanos,<sup>695</sup> y que se trataba, por tanto, de un acto

<sup>694</sup> *Libyan American Oil Co. vs. Government of Libyan Arab Republic*, LIAMCO arbitration, 1977, 62 *International Law Reports* 140.

<sup>695</sup> *Underhill vs. Hernandez*, 168 US 250 (1897).

de Estado. Ahora bien, el acto de Estado no aplica cuando los hechos tienen lugar fuera del país que lo impone. Así, por ejemplo, en el caso de un asesinato cometido en Washington, aunque ordenado en Chile, la doctrina fue declarada inoperante.<sup>696</sup>

Los países que reconocen la teoría del acto de Estado señalan que el mismo es aplicable aun si el acto se aduce se ha cometido en contravención al derecho internacional, ello no porque un acto de Estado pueda estar sobre el derecho internacional, sino por que las Cortes nacionales no tienen jurisdicción para decidir el derecho internacional.<sup>697</sup>

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado que la teoría del acto de Estado tiene como base constitucional la división de poderes, una decisión del poder judicial que cuestione la validez de un acto de un gobierno extranjero tendría serias consecuencias para el ejercicio del Poder Ejecutivo, el cual tiene a su cargo la política exterior.<sup>698</sup>

<sup>696</sup> *Letelier vs. Chile*, 488 F. Supp 665 District Court, DC (1980).

<sup>697</sup> El caso *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino* surge con motivo de una enmienda a la Sugar Act en 1960, dicha enmienda permitió una reducción a la cuota de azúcar importada de Cuba por Estados Unidos. El gobierno cubano calificó la enmienda como “agresión” y decidió expropiar ciertos intereses estadounidenses como contramedida. Las cortes inferiores de los Estados Unidos señalaron que la doctrina del “acto de estado” era inaplicable cuando se violentaba el derecho internacional, y que en el caso de la expropiación cubana ello sucedía, ya que la misma no había sido motivada por un propósito público sino como represalia, fue discriminatoria por estar enfocada solamente a intereses norteamericanos y no se había proporcionado una compensación adecuada. La Suprema Corte de los Estados Unidos, en *certiorari* señaló que la doctrina del acto de Estado era aplicable y que las Cortes de Estados Unidos carecían de competencia para decidir sobre el derecho internacional. *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*, USSC, 376 U. S., 1964, p. 398.

<sup>698</sup> *Idem*. Reconociéndose el efecto que pudiera tener una decisión judicial en la política exterior, con el afán de hacerlas compatibles y tratando de revertir la decisión *Sabbatino*, tuvo lugar la llamada segunda enmienda Hickenlooper. 1974, Foreign Assistance Act, 22 U. S. C. § 2370(e)(2). (2) Notwithstanding any other provision of law, no court in the United States shall decline on the ground of the federal act of state doctrine to make a determination on the merits giving effect to the principles of international law in a case in which a claim of title or other rights to property is asserted by any party including a foreign state (or a party claiming through such state) based upon (or traced through) a confiscation or other taking after January 1, 1959, by an act of that state in violation of the principles of international law, including the principles of compensation and the other standards set out in this subsection: Provided, That this subparagraph shall not be applicable (1) in any case in which an act of a foreign state is not contrary to international law or with respect to a claim of title or other right to property acquired pursuant to an irrevocable letter of credit of not more than 180 days duration issued in good faith prior to the time of the confiscation or other taking, or (2) in any case with respect to which

Cabe señalar que no todo acto gubernamental puede ser llamado acto de Estado. Así, por ejemplo, la emisión de patentes no llega a cubrir los requerimientos de acto de Estado,<sup>699</sup> mientras que la acción de guerra, sin duda, tiene dichas características.<sup>700</sup>

El segundo argumento importante para efectos de nuestro estudio esgrimido por los Estados demandados ante terceras jurisdicciones es el de la inmunidad a la jurisdicción. El punto de partida para el análisis de las inmunidades a la jurisdicción de un Estado es la decisión de 1812 del juez Marshall, presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *The Schooner Exchange vs. McFaddon*.<sup>701</sup> Los hechos que dieron lugar al litigio fueron los siguientes: un barco de guerra francés atracó en Filadelfia para ser reparado después de una tormenta. John MacFaddon y otros demandantes ejercieron acción posesoria sobre el barco señalando que era suyo, ya que en realidad se trataba del *Schooner Exchange*, asegurado por Francia en alta mar en 1810 por un decreto de Napoleón.

El juez Marshall al resolver el caso estableció las bases de la inmunidad a la jurisdicción de un Estado al señalar que dentro del territorio de una nación su jurisdicción es exclusiva y absoluta, y que cualquier excepción a dicha jurisdicción debe ser consentida por dicho Estado. En el ámbito internacional, apuntó el juez Marshall, una nación, al colocarse dentro de la soberanía de otro Estado, lo hace suponiendo que al entrar a dicho Estado tiene la licencia expresa y la confianza de que las inmunidades que le pertenecen como soberano independiente, aunque no hayan sido expresamente estipuladas, se respetarán. De esta forma opera el principio *par in parem non habet imperium*. Marshall señaló que la inmunidad a la jurisdicción de un Estado se basaba en la dignidad del príncipe extranjero, la perfecta igualdad de los Estados, la absoluta independencia entre soberanos, la cortesía y reciprocidad internacionales

the President determines that application of the act of state doctrine is required in that particular case by the foreign policy interests of the United States and a suggestion to this effect is filed on his behalf in that case with the court. Para un análisis de los eventos políticos respecto a dicha enmienda véase Wesley, Roger, "Expropriation Challenge in Latin America: prospects for Accord on Standards and Procedures", *Tulane Law Review*, núm. 46, 1971, p. 245.

<sup>699</sup> *Mannington Mills Inc. vs. Congoleums Corporation*, 595 F2nd 1287 (1979).

<sup>700</sup> *Saltany vs. Reagan & Thatcher*, 702 F Supp 319 1988.

<sup>701</sup> *The Schooner Exchange vs. McFaddon*, 1812, USSC, 11 US 116 (Cranch).

que obedecen al interés común y al continuo intercambio internacional. En estas bases sentadas por Marshall puede verse claramente que la inmunidad no destruye la jurisdicción de un Estado, sino que simplemente constituye una barrera para que dicho Estado ejerza su jurisdicción.

Ahora bien, la jurisprudencia comercial internacional ha señalado que no todo acto estatal da lugar a inmunidad a la jurisdicción de otros Estados. En el caso *Trendtex Trading Corp vs. Central Bank of Nigeria*,<sup>702</sup> resuelto en apelación por las cortes inglesas, se hizo la distinción entre actos *jure imperii* y *jure gestionis*, señalando que la inmunidad de un Estado a la jurisdicción de otro Estado solamente tiene lugar respecto del primer tipo de actos.<sup>703</sup> En el mismo caso se señaló que la inmunidad a la jurisdicción solamente puede ser reclamada por un gobierno extranjero, un departamento de Estado, o cualquier cuerpo que pueda ser considerado como un “alter ego u órgano” del gobierno de dicho Estado. Las leyes internas del país que reclama inmunidad son irrelevantes para el efecto de determinar si se trata de un alter ego; la respuesta debe buscarse en la naturaleza del órgano que reclama inmunidad de jurisdicción, en sus funciones y en el control ejercido por el gobierno. El punto relevante para la doctrina de la inmunidad es que los hechos por los cuales se reclama inmunidad hayan sido llevados a cabo “en ejercicio de autoridad soberana”.<sup>704</sup>

<sup>702</sup> Los hechos que dieron lugar a la disputa fueron que en 1975 el Banco Central de Nigeria emitió una carta de crédito a favor de los demandantes, una compañía suiza, para cubrir el precio de cierta cantidad de cemento que sería vendido por los segundos a una empresa inglesa; esta última había asegurado un contrato con el gobierno nigeriano para proveer de cemento a un proyecto de construcción de barracas en Nigeria. Bajo instrucciones del gobierno nigeriano el Banco rehusó pagar la carta de crédito. Debido a que el Banco Central de Nigeria tenía activos en Inglaterra, los demandantes ejercieron una acción contra dicho Banco en las cortes inglesas. *Trendtex Trading Corp vs. Central Bank of Nigeria* [1977] QB 529, Court of Appeal.

<sup>703</sup> La misma tesis fue sostenida posteriormente en I Congreso del Partido [1983] 1 AC 244, ahí la corte señaló que la teoría restrictiva de la inmunidad surge del deseo de los Estados de entrar en transacciones comerciales o de derecho privado con individuos. Dicha teoría, según el tribunal, tiene dos fundamentos: I) el necesario interés por la justicia a los individuos que llevan a cabo tales transacciones con Estados de forma que se les permita llevar sus disputas a las cortes, y II) el requisito de que un Estado que responde a un reclamo judicial no implique un reto o una investigación en uno de los actos soberanos o gubernamentales de dicho Estado.

<sup>704</sup> *USA and France vs. Dollfus Mieg* [1952] AC 582.

La teoría de la inmunidad distingue entre inmunidad absoluta en el caso de acciones *in personam* en contra de jefes de Estado y diplomáticos<sup>705</sup> e inmunidad relativa en el caso de acciones *in rem*.<sup>706</sup> No obstante, las recientes decisiones en *Arab Monetary Fund vs. Hasim*<sup>707</sup> y *Pinochet*<sup>708</sup> respecto a que ciertos actos, como el robo y la tortura, respectivamente, no pueden entenderse como actos llevados a cabo en función oficial parecen sentar precedentes hacia una limitación a la teoría de la inmunidad absoluta.

La distinción entre actos en función oficial y privada no ha sido reconocida por la Corte Internacional de Justicia, para cuyo tribunal la inmunidad absoluta en el caso de las relaciones diplomáticas debe mantenerse. No obstante, la Corte señaló que inmunidad de jurisdicción no significa impunidad, inmunidad a la jurisdicción criminal y responsabilidad penal son conceptos diferentes. Mientras la inmunidad a la jurisdicción es de naturaleza procesal, la responsabilidad criminal es una cuestión de derecho sustantivo. La inmunidad a la jurisdicción puede impedir que alguien sea consignado por un cierto periodo de tiempo, por ciertas ofensas, pero no puede exonerar a una persona de responsabilidad penal. Por otro lado, la Corte apuntó que:

Las normas que rigen la jurisdicción de las cortes nacionales deben distinguirse de las normas que rigen la inmunidad de la jurisdicción: jurisdicción no implica ausencia de inmunidad, mientras que ausencia de inmunidad no implica jurisdicción. De esta forma, aunque existen varias convenciones internacionales que imponen la obligación a los Estados de juzgar o extraditar, y por lo tanto exigen la ampliación de su jurisdicción criminal, tal extensión de jurisdicción de ninguna manera afecta las inmunidades bajo derecho internacional consuetudinario.

<sup>705</sup> La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, del 18 de abril de 1961, señala en su preámbulo que el propósito de los privilegios e inmunidades es “asegurar la ejecución eficiente de las misiones diplomáticas como representantes de los Estados” de forma que sólo el Estado de origen puede renunciar a tal inmunidad.

<sup>706</sup> *The Philippine Admiral* [1977] AC 373.

<sup>707</sup> *Arab Monetary Fund vs. Hasim* [1991] 1 All ER 871 House of Lords.

<sup>708</sup> *R v Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte Pinochet*, 1999 2 All ER 97.

Finalmente, la Corte dejó en claro que la doctrina de la inmunidad a la jurisdicción de un Estado aplica únicamente entre Estados, entre iguales, pero que no tiene lugar respecto a tribunales internacionales.<sup>709</sup>

La doctrina de la inmunidad de un Estado a la jurisdicción de otro Estado se inscribe en el derecho internacional vatteliano y fue expresada para respetar la soberanía entre los Estados. En el derecho del mundo global no tiene sentido y así lo expresó la Corte internacional, frente a tribunales internacionales, la doctrina de la inmunidad es inoperante.

La doctrina de la inmunidad de un Estado a la jurisdicción de otro Estado ha sido expresada como una barrera al ejercicio de la jurisdicción exclusiva y absoluta de un Estado dentro de su territorio. Desde este punto de vista, el alegato de inmunidad puede ser catalogado como un problema de admisibilidad, es decir, aun siendo el tribunal competente no puede conocer del caso por ser el otro Estado inmune a su jurisdicción. En un símil, la inmunidad se presenta como un requisito de procedibilidad para que un tribunal ejerza su jurisdicción, parecido a lo que en derecho mexicano se denomina fuero. En contraste, la doctrina del acto de Estado no impide que un tribunal conozca de un asunto, sino que el acto de Estado es un argumento de defensa dentro del juicio. La teoría del acto de Estado ha sido desarrollada principalmente en los Estados Unidos, mientras que, para efectos similares, otros Estados se han basado en la doctrina de las inmunidades.<sup>710</sup>

La doctrina de la inmunidad debe distinguirse también de la doctrina de lo no justiciable. La primera aplica en razón de la materia, actos en ejercicio de actividad soberana, mientras que la segunda implica falta de jurisdicción debido a que no existe materia para juzgar. Así, aplicando la doctrina de lo no justiciable, la Casa de los Lores declinó competencia para decidir un caso entre dos empresas petroleras que requería, entre otras cosas, determinar la frontera entre dos Estados del Golfo

<sup>709</sup> *Arrest Warrant of 11 April 2000, Congo vs. Belgium*, 2002, Corte Internacional de Justicia, párrafos 55, 59, 60 y 61.

<sup>710</sup> *Compañía Naviera Vascongado v Cristina* [1938] AC 485. En este caso España clamaba inmunidad y la corte inglesa sostuvo un argumento parecido al acto de Estado: "The courts of this country will not allow the arrest of a ship, including a trading ship, which is in the possession of, and which has been requisitioned for public purposes by, a foreign sovereign state, inasmuch as to do so would be an infraction of the rule well established in international law that a sovereign state cannot directly or indirectly be impleaded without its consent".

Pérsico;<sup>711</sup> en este caso dicho tribunal señaló no tener competencia para pronunciarse sobre un problema de derecho internacional igual que hizo la corte norteamericana en el caso *Banco Nacional de Cuba vs. Sabatino*, pero distinguiendo los problemas de inmunidades de la justicia-bilidad de un caso.

Un problema fundamental se presenta en materia de inmunidades y doctrinas similares. Todas ellas son desarrolladas en los países exportadores de capital, donde por determinada circunstancia los países importadores de flujos de inversiones poseen activos sobre los que pueda ejecutarse una sentencia. La doctrina contemporánea del derecho internacional vatteliano ha dejado en las manos de dichos países la determinación y creación del derecho en la materia, mientras que el resto del mundo permanece pasivo.

Debido a esta pasividad se quedan muchas preguntas en el tintero: ¿quién puede renunciar a la inmunidad?, ¿esta respuesta debe darla el derecho nacional o el internacional?, ¿opera la renuncia a la inmunidad en actos *jure gestionis*? Un punto de arranque puede ayudar a contestar estas preguntas: desde el arbitraje Alabama ha quedado claro que el derecho interno no puede oponerse para cumplir una obligación internacional.<sup>712</sup>

En México, la fracción X, del artículo 89, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que es facultad y obligación del presidente de la República dirigir la política exterior. Evidentemente esta disposición está inscrita en los límites soberanos y en la perspectiva del derecho internacional de Vattel. La visión de que el único contacto con el mundo exterior lo haga el presidente de la República o ciertas personas especializadas llamadas diplomáticos está muy lejos de la realidad del mundo comercial actual.

El problema central de la inmunidad puede ser señalado en unas cuantas palabras:

Existe acuerdo general en que en algunas situaciones el derecho internacional requiere inmunidad de un Estado extranjero de la jurisdicción local de otro Estado. Existe un considerable cuerpo de opinión de que en otros casos (descritos variablemente como “comerciales”, “*jure gestionis*”, “de

<sup>711</sup> *Buttes Gas & Oil Co. vs. Hammer*, [1982] AC 888, 938.

<sup>712</sup> *Alabama Claims*, US/UK, 1872; Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Washington, 1898, vol. 1, p. 496.

dererecho privado”) la inmunidad no es requerida. Y es frecuentemente negado que el derecho internacional contenga, o pueda contener, criterios que distingan las transacciones de inmunidad de las que no son de inmunidad. La incoherencia no necesita demostración. La distinción es referida a la discreción del forum (en cuyo caso la regla de la inmunidad desaparece) o la validez de tal distinción es negada sobre bases *a priori*, en cuyo caso la excepción desaparece.<sup>713</sup>

Nosotros sostenemos que en una verdadera comunidad internacional, no paritaria, los jefes de Estado no pueden ir renunciando a inmunidades juicio a juicio.<sup>714</sup> La distinción entre actos de imperio y actos comerciales debe ser establecida a nivel mundial de forma que en el último tipo de actos los tribunales extranjeros ejerzan jurisdicción sobre el “alter ego” del gobierno sin mayor trámite ni autorización presidencial.<sup>715</sup> La forma de lograr esto permanece en discusión.

<sup>713</sup> Crawford, James, “Execution of Judgements and Foreign Sovereign Immunity”, *American Journal of International Law*, vol. 75, 1981, p. 854.

<sup>714</sup> El proyecto de contrato de compromiso de capacidad de generación de energía eléctrica y compraventa de energía eléctrica asociada, proyecto CC Mexicali II, de la Comisión Federal de Electricidad, versión del 14 de marzo de 2002, establece en su cláusula 25.4 lo siguiente: “Inmunidad. Tanto la Comisión como el productor acuerdan que el presente Contrato y las operaciones contempladas en el mismo constituyen actividades comerciales de las Partes. En la medida en que la Ley aplicable así lo permita, cada una de las Partes por este medio renuncia expresa e irrevocablemente a cualquier derecho de inmunidad de cualquiera de ellas o de sus activos que tenga o adquieran en el futuro (sea caracterizada como inmunidad soberana o de otra forma) respecto a cualquier procedimiento arbitral llevado a cabo conforme a la Cláusula 25.3 o de cualquier procedimiento legal seguido para ejecutar cualquier laudo que sea el resultado de cualquier procedimiento arbitral, sea en México o en cualquier jurisdicción extranjera, incluyendo, sin limitación, inmunidad para ser emplazado, inmunidad de jurisdicción o de la sentencia de cualquier corte o tribunal, inmunidad de ejecución de sentencia, e inmunidad de embargo precautorio sobre cualquiera de sus bienes; en la inteligencia de que conforme a las leyes aplicables, un tribunal mexicano no puede ordenar un embargo precautorio o uno para asegurar la ejecución de una sentencia, o una ejecución, sobre bienes de la Comisión”.

<sup>715</sup> En el argumento de inmunidad México ha tenido bastante experiencia en las cortes de los Estados Unidos. Entre los casos más representativos destacan: *Sedco, Inc., vs. Petroóleos Mexicanos*, Compañía Petrolera Nacional de México, 84-2512, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos de Norteamérica, 12 agosto de 1985; *Petróleos Mexicanos vs. Crawford Enterprises, Inc.*, 643 F. Supp. 370, 3 de septiembre de 1986; *Estados Unidos de Norteamérica vs. Petróleos Mexicanos*, 91-2800, Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, quinto circuito, 4 de junio de 1992, entre otros. En estos casos básicamente las cortes han reconocido que Pemex puede considerarse un Estado

Una forma de evitar los problemas con la definición de inmunidad es establecer en el CEI que la transacción es de naturaleza comercial o privada<sup>716</sup> y permitir a los entes de gobierno que puedan hacer tal calificación al CEI. De esta forma, por ejemplo, el párrafo segundo, del artículo 14 de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios, reformada en enero de 2002, señala que en “actos jurídicos de carácter internacional, Petróleos Mexicanos o sus organismos subsidiarios podrán convenir la aplicación de derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto”.

#### 4. *La facultad expropiatoria*

Básicamente existen dos posturas respecto a la facultad expropiatoria: por un lado, la heredada del absolutismo y que sostiene que el príncipe tiene el *dominium eminens* sobre todo cuanto existe en su reino; por otro lado, la derivada del derecho natural que llegó a su clímax con Hegel, y para quien la esencia de la personalidad se encontraba en la libre voluntad y en la propiedad: “propiedad, como existencia de la personalidad”.<sup>717</sup> Para Hegel, la propiedad puede ser reconocida y garantizada por el sistema legal, pero de ninguna manera puede pensarse que la crea. La propiedad, al ser reconocida, porque existe previamente, tampoco puede ser destruida.

Sin entrar en la discusión sobre estas dos posturas, cabe señalar que comulgamos más con la idea de que la facultad expropiatoria es inherente al sistema jurídico que crea las figuras legales que convergen en el llamado derecho de propiedad. Bajo esta corriente algunos autores sostienen que no tiene caso preguntarse por los sustentos de la facul-

soberano para efectos de la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera y, por lo tanto, en principio goza de inmunidad salvo que se demuestre que ha renunciado explícita o implícitamente a tal defensa, que realiza actividades *iure gestionis* y que los efectos sean directos y previsibles en los Estados Unidos. Para un análisis de todos estos casos y los argumentos esgrimidos en los mismos, véase Zenteno Barrios, Javier (coord.), *Inmunidad y soberanía*, Petróleos Mexicanos, 1999.

<sup>716</sup> Delaume, Georges, “Economic Development and Sovereign Immunity”, *American Journal of International Law*, vol. 79, 1985, p. 339.

<sup>717</sup> Hegel, G. W. F., *op. cit.*, nota 154, pp. 41 y 51.

tad expropiatoria del Estado, sino tomarla como un hecho.<sup>718</sup> Enterría, por ejemplo, señala que:

El tema clásico de la justificación de la potestad de expropiar no tiene sentido sustantivo. Es un poder concreto que se integra dentro del poder genérico y ordenador del Estado. La justificación del poder de expropiar entra, por ende, dentro de la justificación del poder del Estado en abstracto, y está afectado por los mismos límites. Sólo desde el dogma del carácter originario y absoluto de la propiedad privada pudo cobrar sentido este tema académico que en la Edad Media surge por la ausencia de una idea abstracta y general del poder público, herencia de la concepción regalística (las “regalías” como títulos concretos de poder). Para nuestra conciencia actual no tiene más sentido preguntarse por la justificación del poder de expropiar que el que tendría inquirir la justificación del poder estatal de regular las herencias, o la dote, o el contrato de sociedad.<sup>719</sup>

En concordancia con lo que sostiene Enterría, no analizaremos si la facultad expropiatoria es eminente o no al poder del Estado, sino los límites reconocidos por el derecho internacional a dicha facultad.

En los diversos sistemas legales la facultad expropiatoria ha sido limitada constitucionalmente. La doctrina medieval del *dominium eminens*, por ejemplo, evolucionó en los países anglosajones, menos influidos por las ideas revolucionarias francesas, pero sin duda grandes receptores de las ideas liberales. El *dominium eminens* sostiene que el soberano tiene el poder de reasumir la plenitud de su dominio latente sobre las cosas de su territorio. Gracias al movimiento constitucional dicha reasunción ha quedado sujeta a dos requisitos: uso o propósito público, y justa compensación económica.<sup>720</sup>

Debe tenerse en mente que aunque el *dominium eminens* es inherente al gobierno<sup>721</sup> y solamente puede ser ejercido mediante legislación o a

<sup>718</sup> Orrego Vicuña, Francisco, “Some International Law Problems Posed by the Nationalization of the Copper Industry by Chile”, *American Journal of International Law*, vol. 65, núm. 4, octubre de 1973, p. 712.

<sup>719</sup> García de Enterría, Eduardo, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzososa*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956, pp. 45 y 46.

<sup>720</sup> *Berman vs. Parker*, 348 U. S. 26, 75 S. Ct. 98, 99 L. ED. 27 (1954). De acuerdo con la quinta enmienda: “nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

<sup>721</sup> “It has not been seriously contended during the argument that the United States government is without power to appropriate lands or other property within the States for

través de delegación legislativa, usualmente a otro órgano gubernamental, dicho poder puede ser delegado también a empresas privadas como las encargadas de los monopolios naturales o *utilities*<sup>722</sup> en áreas de ferrocarriles o puentes, cuando promueven un propósito público válido.<sup>723</sup>

Para la Europa continental, la institución legal de la expropiación nace a partir de la Revolución francesa. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, establece en su artículo 17 que “la propiedad es un derecho inviolable y sagrado del cual nadie puede ser privado sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija de manera evidente y bajo la condición de una justa y previa indemnización”.<sup>724</sup> De esta forma, los revolucionarios franceses consagraron como sagrado e inviolable el derecho de propiedad, al mismo tiempo, aceptaron el poder estatal de expropiar, pero lo limitaron de toda una eventualidad de garantías, concretamente tres: a) necesidad pública evidente (*causa expropriandi*); b) constatación por la ley de ese caso límite,

its own uses, and to enable it to perform its proper functions. Such an authority is essential to its independent existence and perpetuity. These cannot be preserved if the obstinacy of a private person, or if any other authority can prevent the acquisition of the means or instruments by which alone governmental functions can be performed... No one doubts the existence in the State governments of the right of eminent domain, a right distinct from and paramount to the right of ultimate ownership. It grows out of the necessities of their being, not out of the tenure by which lands are held. It may be exercised, though the lands are not held by grant from the government, either mediately or immediately, and independent of the consideration whether they would escheat to the government in case of a failure of heirs”. *Kohl vs. US*, 91 U. S. 367 (1875).

<sup>722</sup> Para una explicación de lo que es un monopolio natural y un *utility* véase García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 60, pp. 93 y ss. Véase, también, López Velarde Estrada, Rogelio, “La Ley Federal de Competencia Económica y algunas consideración desde la perspectiva del derecho internacional privado”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 23, 1995-I, pp. 281 y ss.

<sup>723</sup> Mediante una ley de febrero de 1888, el Congreso de los Estados Unidos autorizó a una compañía privada a construir un ferrocarril a través del territorio sureste indio. La Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo al respecto que “el Congreso ha indicado su punto de vista de que la ley simplemente autoriza el ejercicio del derecho de dominio eminente” mediante otra ley de 1894, el Congreso señaló: “será legal para la nueva empresa construir y operar ramales de su ruta principal y para tal propósito tomará y usará los derechos de vía... Bajo compensación hecha por tal motivo, tal como se proveyó en el caso de la toma de tierra para su ruta principal”. *Noble vs. Oklahoma City*, 297 U. S. 481 (1936).

<sup>724</sup> “La propriété étant un droit inviolable et sacré; nul ne peut en être privé si ce n’est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l’exige évidemment, et sous la condition d’une juste et préalable indemnité”.

y *c*) indemnización de justa cuantía (*justum pretium*). La regulación de la expropiación se articula así en el reconocimiento de la facultad estatal (potestad activa), y en un sistema de garantías compatibles con la idea de que la propiedad es sagrada (garantía del sujeto pasivo).<sup>725</sup>

Al respecto, García de Enterría ha señalado que:

La potestad de expropiar es construida legalmente como un poder circunscrito a límites concretos, aunque más o menos extensos, que se funcionalizan específicamente como presupuestos de validez de tal potestad, de modo que sólo dentro de los mismos el ataque al patrimonio privado puede calificarse de poder jurídico; todo el contorno negativo definido por tales límites integra automáticamente una zona protegida, pues al margen de esos límites no existe expropiación, sino “vía de hecho”, no un poder jurídico, sino un despojo ilegal contra el cual el ordenamiento reacciona por su propia virtud y eficacia.<sup>726</sup>

En el argot del derecho internacional, el término expropiación tiene una connotación amplia y comúnmente engloba todo tipo de desposesión, mediante indemnización o sin ella, producto de una sanción penal o por causa de utilidad pública u otro título.<sup>727</sup> Nosotros utilizaremos la palabra expropiación<sup>728</sup> para la interferencia legal del Estado en el patrimonio privado. Cuando sea ilegal le llamaremos, siguiendo la terminología propuesta por Schwarzenberger,<sup>729</sup> confiscación, aunque *taking of property* es más común en el derecho internacional.<sup>730</sup> Debe distinguirse la

<sup>725</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo II*, Madrid, Civitas, 1990, p. 195.

<sup>726</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 719, p. 97.

<sup>727</sup> Se distingue también la nacionalización de la confiscación y la expropiación en que el carácter de la primera es de orden general y tiene por objeto eliminar, por razones políticas, empresas privadas en ciertos sectores económicos. *Cfr.* Petré, S., “La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu”, *Recueil des Cours*, vol. II, t. 109, 1963, p. 493.

<sup>728</sup> Cabe señalar que en los países anglosajones el término *expropriation* es utilizado para una confiscación sin compensación.

<sup>729</sup> Schwarzenberger, Georg, *Foreign Investments and International Law*, Londres, Stevens & Sons, 1969, p. 17.

<sup>730</sup> Para interferencia no legal con la propiedad privada además de *taking of property* y confiscación se utilizan en derecho internacional los términos de nacionalización, desposesión, privación, aseguramiento, requisición, secuestro y transferencia de propiedad, entre otros.

expropiación del embargo o aseguramiento, es decir, la toma de la propiedad que hacen las cortes como medida precautoria para reparar el daño; del decomiso que tiene lugar en materia penal<sup>731</sup> y de la liquidación judicial en sentencia que soluciona una controversia.

Fuera de lo anterior, no todo acto gubernamental que afecte la propiedad privada puede considerarse una expropiación. En Estados Unidos, por ejemplo, el *taking of property*,<sup>732</sup> entendida como la situación que surge cuando una acción del gobierno interfiere directamente con, o sustancialmente, perturba el uso y disfrute de la propiedad de una persona, se distingue de la *regulation*, es decir, las reglas y órdenes emitidas en ejercicio de una facultad administrativa para hacer cumplir la ley en virtud del poder de policía,<sup>733</sup> y que no es indemnizable. Esta distinción es toral y debe tenerse presente en lo que resta del tema.

En el derecho internacional nunca se ha llegado al extremo de negar la potestad activa del Estado por expropiar o ejercer el *dominium eminens*. De hecho, en la era de las Naciones Unidas los principios de “autodeterminación económica” y “soberanía permanente sobre la riqueza y los recursos naturales”<sup>734</sup> han refinado esta facultad estatal.

En tribunales arbitrales algunos países señalaron que el principio de soberanía permanente sobre la riqueza y recursos naturales era un principio

<sup>731</sup> Sin embargo debe tenerse cuidado de que el decomiso por motivos de sanción penal no sea un pretexto para expropiar como lo fue en la Alemania nazi. *Cfr.* Bindschedler, Rudolf, “La protection de la propriété privée en droit international public”, *Recueil des Cours*, vol. II, t. 90, 1956, p. 212.

<sup>732</sup> *Black's Law Dictionary*, Minnesota, West Publishing, Centenal Edition 1991. La Corte Internacional de Justicia ha sostenido que el término *taking* es más amplio que el de *espropriazione*. *Case Concerning Elettronica Sicula S. P. A (ELSI)*, U. S. vs. Italy, Corte Internacional de Justicia, 1989, §113.

<sup>733</sup> Autoridad conferida por la Constitución de los Estados Unidos en la décima enmienda sobre los Estados, y a su vez a los gobiernos locales, por el cual se faculta a establecer un departamento de policía y adoptar regulaciones para prevenir la comisión del fraude y el delito, asegurar la promoción y mantenimiento del bienestar, la moral, la seguridad y la salud. 57 North Western Reporter 331, 333.

<sup>734</sup> “La soberanía, expresión de la «supremacia» única, entera e indivisible del poder del Estado dentro de «los límites de las fronteras territoriales» y también expresión de «la independencia de éste en relación con cualquier otra potencia», expresa el derecho del Estado de explotar libremente sus recursos y sus riquezas, sobre la base de su independencia económica”. *Cfr.* Elian, George, “Souveraineté sur les ressources nationales”, *Recueil des Cours*, vol. I, t. 149, 1976, p. 9.

de *ius cogens*; por lo tanto, en términos del artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, era un principio no derogable y solamente podía ser modificado por otra norma de igual jerarquía por lo que tampoco era renunciable por parte de los Estados. Al respecto, los tribunales señalaron que aunque la soberanía permanente es un principio de derecho internacional consuetudinario no llega al rango de *ius cogens* y, por lo tanto, su existencia no implica la prohibición al Estado de comprometerse internacionalmente a no ejercer su facultad expropiatoria respecto de ciertos bienes o personas, ejercerla de determinada manera, o no ejercerla durante cierto tiempo.<sup>735</sup> El compromiso internacional de no ejercer la facultad expropiatoria en ciertos casos puede tener lugar con un privado extranjero o bien con un Estado. Así, por ejemplo, el artículo 60. de la Convención referente a Silesia del Norte, concluida en Ginebra en 1922 entre Polonia y Alemania, señalaba:

Polonia puede expropiar en Silesia Polaca del Norte de conformidad con lo previsto en los artículos 7o. a 23, negocios pertenecientes a la categoría de industrias pesadas incluyendo depósitos minerales y propiedades rurales. Excepto lo señalado en los citados artículos, la propiedad, derechos e intereses de los nacionales alemanes o de compañías controladas por nacionales alemanes no puede ser liquidada en Silesia Polaca del Norte.

De esta forma, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló que el ejercer la facultad expropiatoria cuando el Estado se ha obligado a no hacerlo constituye un acto ilegal comparado a una confiscación que no puede ser llamado expropiación.<sup>736</sup>

En el caso de limitaciones contractuales a la facultad expropiatoria éstas deben cumplir tres requisitos para ser jurídicamente posibles: *a)* estar expresamente estipuladas en el contrato, *b)* caer dentro de las regulaciones que gobiernan la celebración de los contratos de Estado internacionales y *c)* se espera que deberían cubrir solamente un periodo de tiempo relativamente limitado.<sup>737</sup>

De acuerdo con un famoso laudo, la “expropiación puede ser definida como la transferencia compulsiva de derechos de propiedad y puede in-

<sup>735</sup> *Kuwait vs. American Independent Oil Co.*, AMINOIL Case, 1982, 66 International Law Reports 519.

<sup>736</sup> *Chorzow Factory Case, Germany vs. Poland*, Indemnity, Corte Permanente de Justicia Internacional, 1928, Judgment 13, p. 46.

<sup>737</sup> *Kuwait vs. American Independent Oil Co.*, *cit.*, nota 735.

cluir cualquier derecho que pueda ser objeto de una transacción comercial. Esto es libremente vendido y comprado y, por lo tanto, de un valor monetario”.<sup>738</sup> En el derecho internacional la discusión se ha dado sobre los límites a la facultad expropiatoria. Los argumentos han girado en torno al binomio “estándar mínimo de trato internacional” vs. “estándar nacional”. La primera doctrina ha sido avanzada por los países exportadores de capital, la segunda, por los países receptores de inversión extranjera, en particular hemos ya analizado las doctrinas Drago y Calvo como representantes de la doctrina del “estándar nacional”.

El problema del estándar mínimo no está limitado por supuesto al derecho internacional, sino que surgió desde hace mucho tiempo en el derecho nacional a través de la doctrina de los derechos humanos, sólo que ahora el discurso se ha internacionalizado. Los aspectos más sensibles del estándar internacional mínimo de justicia cristalizan alrededor de dos áreas: por un lado, el problema del *debido proceso*, entendido como complejas salvaguardas procesales designadas a proteger al individuo contra las arbitrariedades en el trato de un Estado extranjero; por el otro lado, la pregunta de los límites que el derecho internacional impone sobre la libertad de cualquier Estado para interferir en la vida, libertad y propiedad de un extranjero.<sup>739</sup> En este trabajo nos enfocamos más a los aspectos sustantivos del llamado estándar mínimo de trato y únicamente vemos aquellos referentes a la expropiación.

Si bien la facultad expropiatoria es reconocida como un atributo de la soberanía estatal, los países exportadores de recursos han señalado repetidamente que la interferencia gubernamental con la propiedad privada extranjera solamente puede tener lugar bajo un “estándar mínimo internacional”. Podemos decir que de forma similar a la expropiación nacional, la facultad expropiatoria a extranjeros tiene dos aspectos: reconocimiento al ejercicio de la potestad expropiatoria y garantías para el expropiado.

Un primer elemento de este estándar mínimo internacional es que la expropiación debe ser atribuible al Estado.<sup>740</sup> Así, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló que cuando un particular tiene el dere-

<sup>738</sup> *Amoco International Finance Corp vs. Iran*, 1987, *US vs. Irán*, Irán US CTR.

<sup>739</sup> Friedman, W., *op. cit.*, nota 79, p. 501.

<sup>740</sup> *Tradex Hellas, S. A. vs. Republic of Albania*, ICSID Case number ARB/94/2, laudo final, 29 abril 1999, § 136.

cho de requerir una expropiación se rompe la legalidad de la misma.<sup>741</sup> Además de que un particular no puede pedir que se lleve a cabo una expropiación, es importante que el órgano gubernamental ejerza funciones de imperio, ya que no cualquier órgano de gobierno puede llevar a cabo actos atribuibles al Estado que puedan ser llamados expropiaciones.<sup>742</sup>

Ahora bien, para el ejercicio de la facultad expropiatoria no es necesario que el Estado cumpla con alguna formalidad; inclusive, no es necesario que se dé una transferencia en los títulos de propiedad y ni siquiera que exista el *animus expropriandi* por parte del Estado.

Básicamente podemos distinguir dos tipos de expropiaciones: directa e indirecta. La directa importa la apropiación forzada por el Estado de la propiedad tangible o intangible de particulares a través de actos administrativos o acción legislativa. La indirecta incluye expropiaciones de dos tipos, *de facto* y *creeping*. Se habla de expropiaciones *de facto*<sup>743</sup> cuando se presentan medidas que neutralizan los beneficios de la propiedad, actos gubernamentales que intervienen tanto con los derechos de propiedad que éstos se vuelvan sin sentido<sup>744</sup> y entonces tiene lugar una expropiación.<sup>745</sup> En estos casos los bienes pue-

741 “La Corte sostiene, por lo tanto, que debido a que M. Rutenberg poseía el derecho de pedir la expropiación de las concesiones Mavromatis, la cláusula en cuestión era contraria a las obligaciones [del gobierno británico]”, *Mavrommatis Palestine Concessions Case...*, *cit.*, nota 652, p. 40.

742 *Schering Corp. vs. Iran*, 1984, Iran US CTR

743 Sacerdoti, Giorgio, “Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection”, *Recueil des Cours*, t. 269, 1997, p. 382.

744 “It follows from the above considerations that the continuous denial of the applicant’s access to her property in northern Cyprus and the ensuing loss of all control over the property is a matter which falls within Turkey’s «jurisdiction» within the meaning of article 1 and is thus imputable to Turkey. B. Interference with Property Rights”, *Loizidou vs. Turkey* (Merits), (40/1993/435/514), 18 de diciembre de 1996, European Court of Human Rights, § 57.

745 “It is undisputed in this case that the government of Iran did not issue any law or decree according to which the project was nationalised or expropriated. However, it is recognised in international law that measures taken by a state can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated even though the state does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner”. *Starrett Housing Corp vs. Iran*, Interlocutory award, *US vs. Iran*, 1983, Iran US CTR. Véase, al respecto, Contreras Garza, Joaquín, “Algunas consideraciones sobre la protección a la inversión extranjera directa a la luz del derecho internacional privado”, *Anuario del Depar-*

den ser o no transferidos a un tercero distinto al Estado expropiador o bien pueden no ser transferidos a nadie. Se habla de expropiación *creeping* cuando los actos tienen lugar en forma gradual o creciente.

A parte de las dos clásicas expropiaciones, directa e indirecta,<sup>746</sup> algunos tribunales han dicho que una interferencia incidental con la propiedad que tenga el efecto de privar al propietario, en todo o en parte significativa del uso o de los beneficios económicos razonablemente esperados de la propiedad puede llegar a constituir una expropiación, aunque ello no necesariamente redunde en un beneficio para el Estado huésped.<sup>747</sup> No obstante esta interferencia incidental que llega a ser catalogada de expropiación<sup>748</sup> no ha sido alegada como parte del derecho internacional general, sino, simplemente, como producto de regímenes particulares de inversión.<sup>749</sup> En cualquier caso:

*tamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 23, 1995-I, p. 153. Para el caso de medidas impositivas que llegan a ser expropiatorias *Marvin Feldman contra México*, Caso ARB(AF)/99/1, EIADRI, 16 de diciembre de 2002. Para el caso de regulación bancaria, como la revocación de una licencia a una sucursal que no llega a constituir expropiación, véase Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc., y A. S. Baltoil vs. *The Republic of Estonia*, ICSID Case núm. ARB/99/2, 25 junio 2001.

<sup>746</sup> Higgins, Rosalyn, “The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law”, *Recueil des Cours*, vol. III, t. 176, 1982, pp. 322 y ss.

<sup>747</sup> *Metalclad Corporation vs. United Mexican States*, 2000, ARB (AF)/97/1, ICSID, §103. Para un análisis al respecto véase Dodge, William, “Metalclad Corporation vs. México. ICSID Case núm. ARB/(AF)/97.1.40 ILM 36”, *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, pp. 910-919; Cruz Barney, Óscar y Rábago Dorbecker, Miguel, “Protección al medio ambiente y a la inversión extranjera en el TLCAN: ¿objetivos contradictorios? Una mirada desde la práctica arbitral”, *Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades*, Argentina, Zavalia, 2004, pp. 336 y ss.

<sup>748</sup> “Puede notarse que el artículo 1110(1) distingue entre expropiación directa o indirecta por un lado y medidas equivalentes a expropiación por la otra. Una expropiación indirecta es aún una confiscación. En contraste, cuando una medida equivalente a expropiación es alegada, puede no haber transferencia real, confiscación o pérdida de la propiedad por una persona o entidad, sino en vez de ello un efecto sobre la propiedad que hace las distinciones formales de propiedad irrelevantes”. *Waste Management, Inc., vs. United Mexican States (award)*, ICSID, facilidades adicionales, caso ARB(AF)/00/3, 30 de abril de 2004, párrafo 143.

<sup>749</sup> Murphy, Sean, “U. S. Interpretation of Core NAFTA Investment Standards”, *American Journal of International Law*, vol. 95, núm. 4, octubre de 2001, p. 884. Un razonamiento de un tribunal más tradicional respecto de lo que debe considerarse “expropiación” puede encontrarse en *S. D. Meyers vs. Government of Canada*, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, p. 70. Para un estudio al respecto véase Weiler, Todd, “Substantive law

La pérdida de beneficios o expectativas no es un criterio suficiente [para considerar que ha habido una expropiación], aun cuando es un criterio necesario... una empresa no es expropiada solamente porque sus deudas no son pagadas u otras obligaciones hacía ella no son cumplidas... ausente una intervención arbitraria por parte del Estado que equivalga a una confiscación virtual o una esterilización de la empresa.<sup>750</sup>

Podemos decir que existe responsabilidad por una confiscación llevada a cabo por actos atribuibles al Estado que privan a un extranjero de sus derechos de propiedad, sin importar si el Estado obtuvo o no algún beneficio; la responsabilidad no se ve afectada porque los actos hayan sido intencionales o no; la responsabilidad tampoco requiere de transferencia de propiedad alguna. El punto sutil es que la responsabilidad no surge de actos que están comúnmente aceptados dentro de los poderes de policía y de actos impositivos de los Estados,<sup>751</sup> finalmente la responsabilidad no se ve afectada porque el Estado haya actuado por razones legítimas económicas o sociales y de conformidad con su legislación interna.<sup>752</sup>

El grado en que una medida regulatoria afecta el valor de los bienes es un primer parámetro para distinguir si la medida cae dentro de las facultades regulatorias, expresión normal de la autoridad estatal en ejercicio del poder de policía, o es una expropiación *de facto*, que priva de toda sustancia real a tales bienes o derechos. Además, se entiende que medidas adoptadas por un Estado, de naturaleza regulatoria o no, revisten las

developments in NATFA arbitration”, *Mealey’s Internacional Arbitration Report*, Lexis Nexis, 2001, núm. 17, pp. 7 y ss. Como sea, el término expropiación está en continua evolución en derecho internacional, lo anterior puede percibirse en el siguiente párrafo: “No puede excluirse que bajo ciertas circunstancias se consideraría una expropiación si el Estado permite la privación del uso de la tierra de un joint venture basado en inversión extranjera o si falla en otorgar protección contra interferencia si un deber legal para proteger se encuentra que existe”. *Tradex Hellas, S. A. vs. Republic of Albania* (jurisdiction) ICSID case number ARB/92/2, 24 diciembre 1996, p. 185.

<sup>750</sup> *Waste Management, Inc., vs. United Mexican States (award)*..., *cit.*, nota 748, párrafos 159 y 160.

<sup>751</sup> “¿Cuándo un acto gubernamental que interfiere con derechos de propiedad deja de ser una reglamentación válida y se transforma en una expropiación? Es difícil de contestar y nadie ha podido trazar una línea divisoria” *Marvin Feldman vs. México*, Caso ARB(AF)/99/1, EIADRI, 16 de diciembre de 2002, párrafo 100.

<sup>752</sup> Aldrich, George, “What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran-United States Claims Tribunal”, *American Journal of International Law*, vol. 88, 1994, pp. 585-610.

características de una expropiación indirecta en su modalidad *de facto* si es irreversible y de carácter permanente, y si los bienes o derechos alcanzados por tal medida han sido afectados de tal forma que toda manera de explotarlos ha desaparecido; es decir, el valor económico de la utilización, goce o disposición de los bienes o derechos afectados por el acto o decisión administrativo ha sido virtualmente neutralizado o destruido.<sup>753</sup>

Un segundo requisito internacional es que la desposesión legal solamente tiene lugar al momento de la desposesión de facto; la simple emisión de una ley sin el acto de ejecución heteroaplicativo no es suficiente para constituir desposesión.<sup>754</sup> El estándar internacional es más exigente que algunos estándares nacionales; así, en Estados Unidos *taking of property* puede tener lugar sin que exista toma física o apropiación de la cosa, de forma que cualquier interferencia real o material con los derechos de propiedad constituye un *taking* y requiere compensación justa.

Un tercer elemento de derecho internacional para el ejercicio de la facultad expropiatoria es que “un Estado... solamente puede expropiar por razones de utilidad pública”.<sup>755</sup> “El derecho a expropiar propiedad extranjera por un propósito público es hoy unánimemente aceptado, aun por los Estados que rechazaban el principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales, considerado por la mayoría de las naciones como el fundamento legal del derecho de expropiación”.<sup>756</sup>

Respecto al concepto de propósito público, interés público, utilidad pública, uso público “una definición precisa... no ha sido alcanzada en

<sup>753</sup> *Técnicas Medioambientales TECMED, S. A., vs. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, Caso ARB(AF)/00/2, 29 mayo 2003, §§ 115 y 116.

<sup>754</sup> “A claim for the expropriation of property must be held to have arisen when the possession of the owner is interfered with and not when the legislation is passed which makes the later deprivation of possession possible”... “Practical common sense indicates that the mere passage of an act under which private property may later be expropriated without compensation by judicial or executive action should not at once create and international claim on behalf of every alien property holder in the country”. *Mariposa Development Company Case*, Panamá US Claim Commission, 1933, 6 UNRIAA 338. Para un razonamiento en contrario, véase *Ethyl Corporation vs. The Government of Canada* (Jurisdiction) NAFTA/UNCITRAL Case, 24 de junio de 1998, pp. 33 y ss.

<sup>755</sup> *Mavrommatis Palestine Concessions Case...*, *cit.*, nota 652, Merits, p. 40; *Chorzow Factory Case, Germany vs. Poland*, Merits, Corte Permanente de Justicia Internacional, 1926, judgment 7, p. 22.

<sup>756</sup> *Amoco International Finance Corp. vs. Iran*, 1987, *US vs. Iran*, Iran US CTR.

derecho internacional y ni aún ha sido sugerida. Como resultado de la aceptación moderna del derecho a expropiar el término es interpretado ampliamente”.<sup>757</sup> De esta forma el propósito público “difícilmente puede ser cuestionado a menos que esté completamente más allá del límite razonable... [y] cualquier ausencia de propósito público normalmente será difícil de probar”.<sup>758</sup>

Un caso donde el propósito público estuvo ausente fue cuando Libia adujo ante el Consejo de Seguridad como razón para justificar la expropiación de British Petroleum que el Reino Unido se había rehusado a intervenir para prevenir que Irán ocupara las Islas Tunb en el Golfo Pérsico. Las islas eran territorio del Estado Crucial de Ras-Al-Khaymah, que al momento de la ocupación estaba bajo la protección del Reino Unido por un tratado. El árbitro del caso, profesor Lagergren, señaló que la desposesión violaba el derecho internacional debido a que “había sido hecha por extrañas razones puramente políticas”.<sup>759</sup>

Un cuarto elemento exigido por el derecho internacional para la expropiación y que complementa el anterior para que no sea arbitraria es que la misma no sea discriminatoria, enfocada solamente a extranjeros o a una nacionalidad en particular. En el caso de British Petroleum, el 49% de las acciones de dicha empresa eran propiedad del gobierno británico y el árbitro consideró por ello que la expropiación había sido discriminatoria y contraria al derecho internacional.<sup>760</sup> No obstante, la expropiación puede darse dentro de una política coherente de reforma estructural y razonablemente puede operar gradualmente en etapas sucesivas.<sup>761</sup>

El derecho internacional reclama, además, que las inversiones sean tratadas justa y equitativamente. Así, un acto atribuible al Estado que cause daño al inversionista será violatorio del estándar de trato justo y equitativo:

<sup>757</sup> *Idem*.

<sup>758</sup> Domke, Martin, “Foreign Nationalizations”, *American Journal of International Law*, vol. 55, issue 3, julio de 1961, p. 585.

<sup>759</sup> *British Petroleum vs. Libya*, 1974, Lagergren Arbitrator, 53 *International Law Reports* 297.

<sup>760</sup> “The taking by the respondent of the property, rights and interest of the claimant clearly violates public international law as it was made for purely extraneous political reasons and was arbitrary and discriminatory in character”. *British Petroleum vs. Libya*, 1974, Lagergren Arbitrator, 53 *International Law Reports* 297.

<sup>761</sup> *Amoco International Finance Corp vs. Iran*, 1987, *US vs. Iran*, Iran US CTR.

... si la conducta es arbitraria, extremadamente desleal, injusta o peculiar al individuo, es discriminatoria y expone al demandante a presiones excluyentes o raciales, o implica una falta del debido proceso que lleva a un resultado que ofende la integridad judicial como puede ser el caso de una manifiesta falla de justicia natural en procesos judiciales o una falta completa de transparencia y objetividad en un proceso administrativo. Al aplicar este estandar es relevante que el trato sea en violación de las representaciones hechas por el Estado huésped en las que razonablemente descansó el demandante.<sup>762</sup>

Para que la interferencia con propiedad extranjera sea legal, es decir, pueda ser llamada expropiación, se requiere que exista una indemnización<sup>763</sup> o compensación. De acuerdo con la famosa fórmula Hull,<sup>764</sup> esta compensación debe reunir tres características: ser adecuada;<sup>765</sup> efectiva<sup>766</sup> y pronta.<sup>767</sup> Cabe señalar que la fórmula Hull no representa derecho internacional consuetudinario,<sup>768</sup> sino un parámetro

<sup>762</sup> *Waste Management, Inc., vs. United Mexican States (award)*, ICSID, facilidades adicionales, caso ARB(AF)/00/3, 30 de abril de 2004, párrafo 98.

<sup>763</sup> Indemnizar viene de dos vocablos latinos *in* y *damnum*. *In* significa “sin” y *damnum* quiere decir “daño”. En realidad indemnización y expropiación no son cosas distintas sino caras de la misma moneda. Sanabria Enzastiga, Armando, “Tratamiento fiscal de la indemnización en materia expropiatoria”, *Ars Juris. Revista del Instituto de documentación e investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, núm. 30, 2003, pp. 238 y ss.

<sup>764</sup> “The right to expropriate property is coupled with and conditioned on the obligation to make adequate, effective and prompt compensation. The legality of an expropriation is in fact dependent upon the observance of this requirement”. Nota con motivo de la Expropiación Petrolera Mexicana de 1938, del secretario de Estado del gobierno de los Estados Unidos, Mr. Hull, al gobierno mexicano en 1940.

<sup>765</sup> El requerimiento de adecuada es similar a “justa”, “equitativa”, “razonable”. La compensación es adecuada si ni el tiempo ni la forma de pago la transformen en una medida confiscatoria o un simple despojo de la propiedad privada. Secciones 185 a 188 del Restatement (Second), Foreign Relations Law of the United States.

<sup>766</sup> Para que una compensación sea efectiva se requiere que tenga lugar en moneda libremente convertible. Sacerdoti, Giorgio, “Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection”, *Recueil des Cours*, t. 269, 1997, p. 402.

<sup>767</sup> Pronto pago tiene como sinónimos “inmediato”, “tan pronto como sea posible”, “razonable periodo”.

<sup>768</sup> Dolzer, Rudolf, “New Foundations of the Law of Expropriation of Allien Property”, *American Journal of International Law*, vol. 75, núm. 3, julio de 1981, p. 572; Schachter, Óscar, “Compensation for Expropriation”, *American Journal of International*

que algunos países sostienen debe eventualmente alcanzarse y que es pertinente analizar.

Respecto a lo adecuado de la reparación, debe tenerse bien claro que la compensación que acompaña la expropiación y que la hace legal no tiene la naturaleza de una sanción. La compensación expropiatoria no es consecuencia de un deber violado, sino requisito para que la expropiación sea legal.<sup>769</sup>

El paradigma en el punto es el caso de la fábrica de Chorzow. En dicho caso la Corte Permanente de Justicia Internacional hizo una clara distinción entre una expropiación y una confiscación, es decir, una desposesión legal y una desposesión ilegal de propiedad privada.<sup>770</sup> Dicha distinción ha sido confirmada en posteriores casos, de los cuales dos de los más famosos son *Aminoil*<sup>771</sup> y *Amoco*.<sup>772</sup>

De acuerdo con Chorzow, al tener lugar una desposesión ilegal de propiedad surge como consecuencia del ilícito la obligación de reparar todos los daños ocasionados al propietario. “Es un principio de derecho internacional que la violación a un compromiso implica la obligación de reparar en una forma adecuada”.<sup>773</sup> “La reparación del ilícito debe consistir en una indemnización correspondiente al daño que el nacional del Estado afectado ha sufrido como resultado del acto contrario al derecho internacional”.<sup>774</sup> Así, en el caso de una infracción al derecho internacional en el tema de reparación surgen tres cuestiones fundamentales: *a)* la existencia de la obligación incumplida a reparar, *b)* la existencia del daño

*Law*, vol. 78, núm. 1, enero de 1984, pp. 121 y ss.; Davis, Robinson, “Expropriation in the Restatement (revised)”, *American Journal of International Law*, vol. 78, núm. 1, enero de 1984, pp. 176 y ss.

<sup>769</sup> *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, Affaire CIRDI ARB/95/3, 10 febrero 1999, § 135.

<sup>770</sup> Norton, Patrick, “A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation”, *American Journal of International Law*, vol. 85, 1991, p. 476.

<sup>771</sup> *Kuwait vs. American Independent Oil Co.*, *cit.*, nota 735.

<sup>772</sup> *Amoco International Finance Corp vs. Iran*, 1987, *US vs. Iran*, Iran US CTR.

<sup>773</sup> *Chorzow Factory Case, Germany vs. Poland*, 26 de julio de 1927, judgment núm. 8, Jurisdiction, p. 21.

<sup>774</sup> *Ibidem*, 13 de septiembre de 1928, Indemnity, judgment núm. 13, p. 27. Véase, al respecto, Moyano Bonilla, César, “Principio de la primacía del derecho internacional”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 23, 1995-I, pp. 313 y ss.

que debe servir de base para el cálculo del monto de la indemnización y c) la extensión del daño.<sup>775</sup>

En el caso de una desposesión ilegal,

... la compensación debida... no necesariamente es el límite del valor de lo tomado al momento de la desposesión más los intereses al día de pago. Este límite solamente sería admisible si... [*la desposesión hubiera sido legal*]... y si el único problema fuera no haber pagado... el justo precio de lo expropiado... tal consecuencia no solamente sería injusta... sería tanto como volver una liquidación legal y una desposesión ilegal indistinguibles en lo que respecta a su resultado financiero.<sup>776</sup>

De esta forma, en el caso de desposesión ilegal aplican las reglas de la responsabilidad internacional del Estado. Éstas sugieren como compensación *restitution in integrum*.<sup>777</sup> Por otro lado, una expropiación (legal) da lugar al pago de una compensación justa, el precio adecuado de lo expropiado.<sup>778</sup>

Obviamente el precio de lo expropiado no varía de acuerdo con la legalidad o ilegalidad de la desposesión. En cualquiera de los dos casos y en el lenguaje tradicional del derecho internacional el *damnum emergens* debe ser compensado. La diferencia es que si la desposesión es legal, el valor de lo tomado al tiempo de la desposesión es la medida y el límite de la compensación, mientras que si la desposesión es ilegal, este valor es, o puede ser, solamente una parte de la reparación a pagar.<sup>779</sup>

<sup>775</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>776</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>777</sup> En el derecho internacional el remedio de *restitutio in integrum*, aunque otorgado por los tribunales, rara vez ha sido exigido literalmente; a conocimiento de quien escribe únicamente se exigió en el caso *Texaco Overseas Petroleum Co. / California Asiatic Oil Co., vs. The Government of the Libyan Arab Republic*. *International Law Materials*, vol. 53, 1979, pp. 389 y ss., por el árbitro Dupuy. *Restitutio in integrum* más bien ha servido como vehículo para establecer el monto de la compensación a pagar. *Cfr.* Mehren, Robert y Kourides, Nicholas, "Internacional Arbitration between Status and Foreign Private Parties: The Libyan Nationalization Cases", *American Journal of International Law*, vol. 75, 1981, p. 536.

<sup>778</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd vs. Arab Republic of Egypt*, 1992, 3 ICSID 112.

<sup>779</sup> *Amoco International Finance Corp vs. Iran*, 1987, *US vs. Iran*, Iran US CTR.

En cualquier evento de desposesión ilegal el daño verdaderamente sufrido es la medida de la reparación, y no existe indicación de qué daños punitivos sean considerados.

Este *damnum emergens* o compensación por la pérdida sufrida comprende tanto daño directo al acreedor como daño indirectamente causado.<sup>780</sup> La guía fundamental para determinar la compensación por la pérdida sufrida es “el valor de lo tomado al momento de la desposesión más los intereses al día de pago”.<sup>781</sup>

En cuanto al valor de lo tomado, éste debe determinarse considerando “todas las circunstancias relevantes al caso concreto evitando caer en discusiones teóricas, de forma que una cláusula estabilizadora, que prohíbe tomar medidas confiscatorias, crea expectativas legítimas que deben ser consideradas en un contrato de largo plazo”.<sup>782</sup>

El valor incluye dos elementos: el valor de lo tomado al momento de la expropiación<sup>783</sup> más las ganancias que se hubieren obtenido después de esa fecha hasta el día del juicio. En cuanto al valor de lo tomado, se deben incluir tres categorías: propiedades corpóreas, derechos contractuales y otros valores intangibles como pueden ser prospectos futuros. Estos últimos deben distinguirse de las pérdidas en ganancia (*lucrum cessans*). Los primeros hacen referencia a una empresa en marcha y desde este punto de vista son predecibles con cierta seguridad, los segundos, a ganancias que hipotéticamente se hubieren tenido y, por lo tanto, no son totalmente predecibles.<sup>784</sup>

<sup>780</sup> Nwogugu, E. I., “Legal Problems of Foreign Investments”, *Recueil des Cours*, La Haya, vol. IV, t. 157, 1977, p. 223.

<sup>781</sup> *Chorzow Factory Case, Germany vs. Poland*, 1928, Indemnity, p. 47. Al respecto se ha dicho que “El hecho de que los laudos arbitrales normalmente requieran el pago de intereses sobre la compensación otorgada de la fecha de la desposesión indica que la obligación de pago nace inmediatamente después de dicho acto” véase Shawcross, “The Problems of Foreign Investment in International Law”, *Recueil des Cours*, I, t. 102, 1961, p. 345.

<sup>782</sup> *Kuwait vs. American Independent Oil Co*, AMINOIL Case, 1982, 66 International Law Reports 519.

<sup>783</sup> Cabe señalar que para efectos de valuación el valor debe hacerse al momento en que la interferencia gubernamental con la propiedad tornó los derechos sobre la propiedad sin valor o inútil; no al momento en que jurídicamente se concretó la expropiación. *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S. A. vs. The Republic of Costa Rica*, Laudo final, ICSID Case ARB/96/1, 17 de febrero de 2000, párrafo 78.

<sup>784</sup> *Amoco International Finance Corp vs. Iran*, 1987, *US vs. Iran*, Iran US CTR.

Para propósitos de la justa compensación el valor de mercado es el estándar más recurrido;<sup>785</sup> sin embargo, muchas veces este valor es ambiguo o no existe mercado,<sup>786</sup> fenómeno recurrente en el caso de empresas extractivas.<sup>787</sup> En dicho caso los tribunales arbitrales recurren al método de la empresa en marcha que se determina usualmente por el método del descuento del flujo futuro de ganancias.<sup>788</sup>

La compensación que acompaña una expropiación debe ser pronta. Esto es, si bien el pago no debe ser inmediato debe haber una oferta seria de compensación. Así, en el caso de *British Petroleum*, el árbitro consideró que dos años sin hacer una oferta de compensación debían ser considerados suficientes para hacer de la toma de propiedad privada de carácter confiscatorio.<sup>789</sup>

Finalmente, cabe señalar que si bien lo normal es otorgar interés simple,

en derecho internacional el interés compuesto no es desconocido ni está excluido. Sobre todo se otorga cuando el propietario de una propiedad ha pedido el valor de sus activos en un punto en el tiempo y no ha recibido el equivalente monetario que entonces se le debía, el monto de la compensación debe reflejar, al menos en parte, la suma adicional que su dinero hubiera ganado, si lo hubiera reinvertido cada año a la tasa de interés prevaleciente.<sup>790</sup>

No obstante todo lo anterior, en la práctica la discusión legal muchas veces se obvia y entran otro tipo de consideraciones al momento del pago. En grandes proyectos de expropiación se acostumbra recurrir a negociación diplomática y buscar la recuperación de la compensación en con-

<sup>785</sup> El artículo 1110 (2) del TLACN señala que los “criterios de valuación deberán incluir el valor de la empresa en marcha, valor de activos incluyendo el valor de los impuestos declarados de la propiedad tangible y otros criterios, apropiados para determinar el valor justo del mercado”.

<sup>786</sup> *Amoco International Finance Corp. vs. Iran*, *cit.*, nota 784.

<sup>787</sup> Steiner, Henry y Vagts, Detlev, *Transnational Legal Problems*, Nueva York, The Foundation Press, 1976, p. 417.

<sup>788</sup> Rosenn, Keith, “Suggested Principles for Regulating Foreign Investment”, *Consulting Assistance on Economic Reform Discussion Papers no. 26*, Harvard Institute for International Development, abril de 1998.

<sup>789</sup> *British Petroleum vs. Libya*, 1974, 53 *International Law Reports* 297.

<sup>790</sup> *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S. A. vs. The Republic of Costa Rica*, *cit.*, párrafos 103 y 104. Véase, también, *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S. A. vs. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case ARB/99/6, 12 abril 2002, §174.

junto de forma que se llega a un acuerdo de suma fija, que por no tener carácter legal y no obstante lo recurrentes que han sido, no desvirtúan lo antes dicho.

### 5. *Los tratados bilaterales de inversión*

El estándar mínimo de trato siempre fue considerado por los Estados importadores de capital como una intromisión a su soberanía. Por otro lado, el derecho internacional consuetudinario resultaba poco preciso en cuanto a los derechos y obligaciones que tenían las partes de un contrato de Estado internacional. De esta forma se pensó que lo que en el derecho internacional general (consuetudinario) no estaba del todo claro debía quedar fijado en derecho internacional particular: “es extremadamente importante que la regla existente de derecho consuetudinario sea formulada y reafirmada en acuerdos de carácter comercial, acuerdos de garantías de inversión y convenciones de responsabilidad estatal”.<sup>791</sup>

Una técnica destinada a favorecer los contratos de Estado internacionales y la inversión internacional a través de la disminución de los riesgos es la creación de seguridades de inversión a través de un tratado marco de protección o cobertura (*umbrella agreement*) entre el Estado de origen del operador extranjero y el Estado huésped. Dicho tratado crea un marco legal de base, *grundlegung*, claro para ambas partes del contrato de Estado internacional que permite una negociación más fácil y ágil, y en caso de problemas puede sin mayor dificultad ser elemento para la interpretación de obligaciones.<sup>792</sup>

Un primer antecedente en materia de protección a la inversión extranjera fueron los tratados de Amistad, Comercio y Navegación (ACN) celebrados por los Estados Unidos con distintos países. Después de la guerra de independencia Estados Unidos envió un grupo de personalidades, entre las que destacaban Thomas Jefferson, John Adams y Benjamín Fran-

<sup>791</sup> Domke, Martín, *op. cit.*, nota 756, p. 616.

<sup>792</sup> De esta forma, en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija, S. A. & Compagnie Générale des Eaux, demandantes c. República de Argentina, Demandada*, Laudo, Caso CIADI ARB/97/3, 3 de julio de 1991, el tribunal sostuvo que no obstante que el contrato de concesión que dio lugar a la disputa señalaba que “A los efectos de la interpretación y aplicación de este Contrato las partes se someten a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Tucumán”, ello no constituía una renuncia de los derechos de los demandantes bajo el Tratado Bilateral de Inversión entre Argentina y Francia.

klin, a negociar una serie de Tratados ACN con varios países europeos, incluyendo Francia, España, Prusia, Holanda y la misma Gran Bretaña.

Un segundo grupo de tratados ACN fueron negociados con posterioridad por los Estados Unidos con los recientemente independientes países latinoamericanos, y una tercera y cuarta ronda tuvieron lugar entre las guerras mundiales y final de la segunda. El propósito de todos estos tratados era establecer relaciones comerciales entre Estados Unidos y diversos países. Aunque el contenido de dichos instrumentos resultaba enfocado a los problemas vinculados con el ambiente propicio para el intercambio comercial, los tratados ACN preveían algún tipo de protección menor a la inversión extranjera; dicha protección se reflejaba en cláusulas que prohibían la expropiación de propiedad perteneciente a los extranjeros sin el pago de compensación, y han tenido fuertes efectos en materia de jurisprudencia internacional como lo demuestran los casos de Nicaragua,<sup>793</sup> ELSI<sup>794</sup> y plataformas petroleras.<sup>795</sup>

Después de la Segunda Guerra Mundial, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio se convirtió en el marco para regular el intercambio comercial internacional. Dada la presencia de este instrumento multilateral, los acuerdos bilaterales ACN de tipo tradicional perdieron su razón de ser. En ese momento, Estados Unidos decidió dar un nuevo enfoque a sus tratados ACN y agregarles cláusulas de protección a la inversión. Así, entre 1946 y 1966 Estados Unidos suscribió veintiún tratados ACN enfocados simultáneamente a la creación de las condiciones favorables para el intercambio comercial y a la protección de la inversión extranjera.

En Europa el pionero en tratados de protección a la inversión fue Alemania, que decidió promover la suscripción de tratados exclusivamente dedicados a la protección de la inversión extranjera, de forma que entre 1962 y 1972 concluyó cuarenta y seis tratados. Una diferencia importan-

<sup>793</sup> *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua, Nicaragua vs. US*, International Court of Justice, jurisdiction and admissibility, 1984.

<sup>794</sup> *Case Concerning Elettronica Sicula S. P. A (ELSI), US vs. Italy*, International Court of Justice, 1989. Para un análisis del caso véase Mann, F. A., "Foreign Investment in the International Cour of Justice: The ELSI Case", *American Journal of International Law*, vol. 86, 1992, pp. 92-102.

<sup>795</sup> *Case concerning Oil platforms, Iran vs. US*, International Court of Justice, Preliminary objection, 1996.

te entre los tratados alemanes y los ACN estadounidense era que los primeros se enfocaban exclusivamente a la protección de la inversión.

De la experiencia europea, los Estados Unidos decidieron lanzar un programa para la suscripción de tratados exclusivamente dedicados a la protección de la inversión. El 7 de marzo de 1977 el Departamento de Estado de los Estados Unidos dio a conocer la propuesta de los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT por su acrónimo en inglés que es el que normalmente se utiliza). Tres razones sustentaban el lanzamiento del programa: una legal, una política y una económica.<sup>796</sup>

La consideración legal era construir una red de tratados que adoptaran el principio de que la expropiación de la inversión extranjera era ilegal a menos que fuera acompañada de una compensación pronta, adecuada y efectiva. Se puede decir que este fin fue el más importante del programa BIT estadounidense.

Es importante, a este respecto, considerar el contexto en que el programa BIT de Estados Unidos fue lanzado. Entre 1960 y 1970 tuvieron lugar múltiples expropiaciones de propiedad estadounidense en diversos países en vías de desarrollo, estas expropiaciones comenzaron en 1959 con una filial de AT&T en Brasil y siguieron con las expropiaciones de Fidel Castro en Cuba. La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados adoptada por la Asamblea General en 1974<sup>797</sup>

<sup>796</sup> Vandavelde, Kenneth, "The BIT Program: A Fifteen-Year Appraisal", *Proceedings to the 86th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, abril de 1992, p. 534.

<sup>797</sup> Charter of Economic Rights and Duties of States, 1974, General Assembly Resolution 3281. "Article 2o., § 1. Every state has and shall freely exercise full permanent sovereignty... over all its wealth, natural resources and economic activities. § 2. Each State has the right: (a) To regulate and exercise authority over foreign investment within its national jurisdiction in accordance with its laws and regulations and in conformity with its national objectives and priorities. No State shall be compelled to grant preferential treatment to foreign investment... (c) To nationalize, expropriate or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid... taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State consider pertinent... In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals, unless it is freely and mutually agreed by all States concerned that other peaceful means be sought on the basis of the sovereign equality of State and in accordance with the principle of free choice of means". Para un estudio al respecto véase Weston, Burns, "The Charter of Economic Rights and Duties of States and the Deprivation of Foreign-Owned Wealth", *American Journal of International Law*, vol. 75, 1981, pp. 437-475.

constituyó la pieza central del Nuevo Orden Económico Internacional,<sup>798</sup> esta Carta plasmó los intereses de los países en desarrollo, rebasando lo reconocido por los países industrializados en materia de inversión extranjera en la Resolución 1803 sobre la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales de 1962,<sup>799</sup> dicha Carta parecía sugerir que gran parte de la comunidad mundial receptora de recursos extranjeros

<sup>798</sup> El Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI) pretendió ser la esfera normativa por medio de la cual los países menos desarrollados, que integraron en 1960 el “grupo de los 77”, pretendían promover el desarrollo económico, mejorar los términos de intercambio con los países industrializados, asegurar la transferencia de tecnología, cambiar las reglas tradicionales del derecho internacional económico. El primer paso al NOEI fue la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1962, denominada “Soberanía permanente sobre los recursos naturales”, que fue basada en el principio de autodeterminación de los pueblos. Cabe citar el principio citado en el párrafo 4 de dicha resolución “4. El Nuevo Orden Económico Internacional deberá estar fundado en el pleno respeto a los siguientes principios:... (e) Plena y permanente soberanía de cada Estado sobre sus recursos naturales y actividades económicas. Con el fin de salvaguardar tales recursos, cada Estado está facultado para ejercer control efectivo sobre ellos y su explotación con los medios adecuados a su propia situación, incluyendo el derecho a nacionalizar o transferir la propiedad a sus nacionales, siendo este derecho una expresión de la soberanía permanente del Estado. Ningún Estado será sujeto de coerción económica, política o de otro tipo para prevenir el libre y completo ejercicio de este derecho inalienable”. Respecto a cómo surge este concepto véase Brownlie, I., “Legal Status of Natural Resources”, *Recueil des Cours*, vol. I, t. 162, 1979, pp. 253 y ss.; Seidl-Hohenveldern, *op. cit.*, nota 96, pp. 24 y ss.; Verwey, Wil y Schrijver, Nico, “The Taking of Property under International Law: A New Legal Perspective”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XV, 1984, pp. 3-96.

<sup>799</sup> Esta resolución reconoció por ejemplo la posibilidad de que el Estado celebrara contratos de Estado internacionales regidos por el derecho internacional, es decir, pactara con entes diversos a otros Estados, señalando que dichos compromisos debían ser honrados en buena fe. “La Asamblea General declara... 1. El derecho de los pueblos y naciones a la soberanía permanente sobre su riqueza natural y recursos debe ser ejercido en el interés de su desarrollo nacional y en el bienestar del pueblo del Estado de referencia... 4. Las nacionalizaciones, expropiación o requisiciones deberán basarse en bases o razones de utilidad pública, seguridad o interés nacional que se sobrepongan al puro interés privado o individual, sea éste nacional o extranjero. En tales casos el propietario deberá ser pagado de una compensación apropiada, de acuerdo con las reglas en vigor en el Estado que toma tales medidas en ejercicio de su soberanía y de acuerdo con el derecho internacional. En cualquier caso donde surja una cuestión de compensación de lugar a una controversia, la jurisdicción nacional del Estado que toma las medidas deberá ser agotada. Sin embargo, bajo acuerdo de los Estados soberanos y otras partes interesadas la solución de la controversia puede llevarse a cabo bajo adjudicación o arbitraje internacional... 8. Las inversiones extranjeras libremente celebradas por o entre Estados soberanos deberán ser observadas en buena fe...”.

sostenía la legalidad de expropiaciones no acompañadas del pago de compensación completa.<sup>800</sup>

Podemos decir que la hostilidad general a la inversión extranjera en el mundo durante el periodo comprendido de 1959 a 1975 preocupó de sobremanera a los Estados Unidos, al ser éste un país exportador de capital. Varias acciones fueron tomadas al respecto, las enmiendas Hickenlooper<sup>801</sup> y

<sup>800</sup> El término en inglés de *full compensation*, incluye el que la compensación sea pronta, adecuada y efectiva.

<sup>801</sup> De 1962, Foreign Assistance Act, 22 U. S. C. § 2370(e)(1). Sec. 2370. Prohibitions against furnishing assistance. (e) Nationalization, expropriation or seizure of property of United States citizens, or taxation or other exaction having same effect; failure to compensate or to provide relief from taxes, exactions, or conditions; report on full value of property by Foreign Claims Settlement Commission; act of state doctrine. (1) The President shall suspend assistance to the government of any country to which assistance is provided under this chapter or any other Act when the government of such country or any government agency or subdivision within such country on or after January 1, 1962. (A) has nationalized or expropriated or seized ownership or control of property owned by any United States citizen or by any corporation, partnership, or association not less than 50 per centum beneficially owned by United States citizens, or. (B) has taken steps to repudiate or nullify existing contracts or agreements with any United States citizen or any corporation, partnership, or association not less than 50 per centum beneficially owned by United States citizens, or (C) has imposed or enforced discriminatory taxes or other exactions, or restrictive maintenance or operational conditions, or has taken other actions, which have the effect of nationalizing, expropriating, or otherwise seizing ownership or control of property so owned, and such country, government agency, or government subdivision fails within a reasonable time (not more than six months after such action, or, in the event of a referral to the Foreign Claims Settlement Commission of the United States within such period as provided herein, not more than twenty days after the report of the Commission is received) to take appropriate steps, which may include arbitration, to discharge its obligations under international law toward such citizen or entity, including speedy compensation for such property in convertible foreign exchange, equivalent to the full value thereof, as required by international law, or fails to take steps designed to provide relief from such taxes, exactions, or conditions, as the case may be; and such suspension shall continue until the President is satisfied that appropriate steps are being taken, and provisions of this subsection shall not be waived with respect to any country unless the President determines and certifies that such a waiver is important to the national interests of the United States. Such certification shall be reported immediately to Congress. Upon request of the President (within seventy days after such action referred to in subparagraphs (A), (B), or (C) of this paragraph, the Foreign Claims Settlement Commission of the United States (established pursuant to Reorganization Plan No. 1 of 1954, 68 Stat. 1279) is hereby authorized to evaluate expropriated property, determining the full value of any property nationalized, expropriated, or seized, or subjected to discriminatory or other actions as aforesaid, for purposes of this subsection and to render

González,<sup>802</sup> y provisiones similares en la Trade Act de 1974, así como la iniciativa para la Cuenca del Caribe,<sup>803</sup> todas las cuales imponían sanciones a los Estados extranjeros que expropiaran propiedad estadounidense sin el pago de compensación completa.

En este contexto es que los políticos estadounidenses decidieron dar un apoyo a la posición tradicional de Estados Unidos en el sentido de que el derecho internacional general requería el pago de compensación pronta, adecuada y efectiva para que una expropiación pudiera ser considerada legal. Los asesores sugirieron que una red de tratados que incorporaran sin excepción este principio sería una manera de fortalecer la *inveterata consuetudo* y la *opinio juris* requerida por el derecho internacional consuetudinario para apoyar la posición tradicional norteamericana.<sup>804</sup>

El fin económico del programa BIT fue proteger la inversión estadounidense localizada en el resto del mundo.<sup>805</sup> Esto se lograría de diferentes formas: a) establecer un umbral mínimo de protección, sin ello no era posible lograr el nivel de protección nacional o el tratamiento de la nación más favorecida; b) asegurar que las leyes del Estado huésped que

an advisory report to the President within ninety days after such request. Unless authorized by the President, the Commission shall not publish its advisory report except to the citizen or entity owning such property. There is hereby authorized to be appropriated such amount, to remain available until expended, as may be necessary from time to time to enable the Commission to carry out expeditiously its functions under this subsection.

<sup>802</sup> Bajo esta enmienda de enero de 1973 la administración Nixon buscó presionar al gobierno de Salvador Allende que había nacionalizado las empresas de cobre en Chile. La enmienda ordenaba a los representantes del gobierno de Estados Unidos en organismos internacionales de préstamo, a votar en contra del otorgamiento de créditos a gobiernos que hubieran expropiado sin el pago de compensación. Foreign Relations, 1969-1976, vol. IV, Foreign Assistance, International Development Trade Policies, 1969-1972, U. S. Department of State, <http://www.state.gov/r/pa/ho/frus/nixon/iv/15229.htm>.

<sup>803</sup> Se denomina Iniciativa de la Cuenca de Caribe a un conjunto de programas comerciales englobados en la *Caribbean Basin Economic Recovery Act*, por medio de la cual Estados Unidos buscó fortalecer el desarrollo y diversificar la exportación de las economías de la Cuenca del Caribe. [http://www.ustr.gov/Trade\\_Development/Preference\\_Programs/CBI/Section\\_Index.html](http://www.ustr.gov/Trade_Development/Preference_Programs/CBI/Section_Index.html).

<sup>804</sup> Kishoiyian, Bernard, "The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law", *Journal of International Law & Business*, invierno de 1994, p. 374.

<sup>805</sup> Vandeveld, Kenneth, "The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty", *American Journal of International Law*, vol. 92, núm. 4, 1998, pp. 621-641.

regulaban la inversión fueran abiertamente reconocidas y difundidas, este concepto recibió el nombre de transparencia; y *c*) asegurar que hubiera un procedimiento de solución de controversias vinculante para el Estado huésped de forma que pudiera garantizarse la protección a la inversión. Los conceptos de umbral mínimo de trato o al menos de trato de nación más favorecida, transparencia y resolución de disputas vinculante fueron los pilares del programa BIT.

El objetivo político del programa BIT fue evitar que el gobierno estadounidense estuviera continuamente involucrado en problemas de protección diplomática vinculados con expropiaciones a inversiones norteamericanas, ello sin disminuir la efectividad de los remedios disponibles a los inversionistas. El objetivo era despolitizar las disputas sobre inversión extranjera.

Antes de los BIT y debido a la limitada posibilidad en obtener compensación en las cortes nacionales de los países expropiadores, los inversionistas estadounidenses frecuentemente recurrían a la asistencia de su gobierno. La esperanza era que Estados Unidos hiciera suyo el caso y buscara un remedio a través de la negociación diplomática o bien ante una corte internacional, o que al menos impusiera sanciones económicas al país que expropiaba y no pagaba compensación completa. La enmienda Hickenlooper, así como otras medidas legislativas, por ejemplo, se emitieron exigiendo al presidente de los Estados Unidos impusiera sanciones a países que expropiaban sin pagar compensación.

Esta presión resultaba embarazosa, ya que de tiempo en tiempo un problema de inversión extranjera podría interferir con negociaciones sensibles en otros aspectos de la relación internacional de Estados Unidos que fueran considerados más importantes. El objetivo para los estadounidenses era crear un remedio efectivo para los inversionistas que no requiriera intervención alguna gubernamental.

El corazón de cualquier BIT siempre fue el artículo de expropiación. Esta cláusula señalaba que una expropiación era ilegal a menos que: *a*) fuera llevada a cabo por un propósito público, *b*) fuera no discriminatoria, *c*) estuviera acompañada de una compensación pronta, adecuada y efectiva, *d*) fuera realizada cumpliendo con las garantías del debido proceso legal, y *e*) no fuera inconsistente con algún acuerdo previo.

Los BIT también tenían una provisión referente a las transferencias de capital, la cual exigía al país huésped permitir las transferencias de capi-

tal de manera libre tanto hacía fuera como adentro del Estado huésped y ello sin retraso alguno. Normalmente esta provisión siempre fue objeto de negociación, pues aún el Fondo Monetario Internacional reconoce ciertas limitaciones a las transferencias de capital en el caso de problemas con balanza de pagos.<sup>806</sup>

La tercera disposición crítica del BIT fue el requerimiento de que la inversión gozara de tratamiento no menos favorable que el requerido por el derecho internacional. De esta forma, al estar formado el derecho internacional básicamente por derecho consuetudinario, todo el derecho internacional general y no solamente el particular de tratados entre el Estado huésped y el Estado exportador de capital era incorporado en el BIT. Así, cualquier violación al derecho internacional general violaba automáticamente el BIT, con la implicación práctica de que el inversionista podría recurrir a los mecanismos de solución de controversias a su disposición de las que no contaba en derecho internacional general. Violaciones al derecho internacional consuetudinario podrían ser reclamadas mediante mecanismos diseñados para violaciones al BIT.

Así, una gran innovación de los BIT fue el mecanismo de solución de disputas entre el inversionista y el Estado huésped. Bajo el BIT un inversionista podía obligar al Estado a llevar una disputa a arbitraje internacional vinculativo. Si el Estado huésped se rehusaba a participar, el BIT preveía la designación de árbitros a nombre del Estado de forma que el procedimiento pudiera seguir adelante aun sin la cooperación del Estado demandado. Esta provisión en solución de controversias fue novedosa porque fue la primera vez que inversionistas privados de Estados Unidos tenían acceso a un recurso de defensa internacional sin necesidad de que el reclamo fuera tomado por el gobierno de los Estados Unidos vía protección diplomática. Más aún, la mayoría de los BIT se decidió por la “i griega en el camino”, es decir, el recurso a remedios locales excluía recurso a adjudicación internacional y viceversa.<sup>807</sup> En otras palabras, no solamente el BIT no requería el agota-

<sup>806</sup> Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, artículos VI, sección 3, VII, sección 3 b, y XIV, sección 2.

<sup>807</sup> La teoría ha señalado que la exclusión de jurisdicción nacional y arbitral internacional en el caso de controversias entre particulares y Estados debe ser considerada como derecho consuetudinario en virtud de que la regla de agotamiento de remedios locales solamente tiene sentido en protección diplomática. *Cfr.* Schwebel, Stephen y Wet-

miento de los recursos nacionales, sino que hacía del uso de dichos recursos una barrera al procedimiento del BIT.

En cuanto a la relación de los BIT con algún contrato de Estado internacional, éstos requerían que el Estado huésped honrara cualquier acuerdo que hubiera celebrado previamente respecto a una inversión. El BIT pasaba a formar parte de esta manera del *grundlegung* que sostiene el *consensus* del contrato de Estado internacional. Bajo esta provisión el efecto fue que cualquier violación al contrato de Estado internacional se tornaba una violación al BIT mismo, cualquier violación al contrato referido significaba la posibilidad de que la misma fuera reclamada bajo el sistema de solución de controversias previsto en el BIT.

Concluimos esta sección con una famosa cita de Mann:

La comercialización de los tratados y la internacionalización de los contratos son aspectos diferentes de la misma idea fundamental. No es ya atractivo sugerir que el derecho internacional público y el derecho privado respectivamente tienen campos de aplicación que están claramente y quizá inflexiblemente definidos y que son determinados por concepciones a priori, tal como la fórmula de que el derecho internacional público solamente es aplicable entre personas internacionales o que todas las relaciones entre personas internacionales deben estar regidas por derecho internacional público.<sup>808</sup>

ter, Gillis, "Arbitration and the Exhaustion of Local Remedies", *American Journal of International Law*, vol. 60, núm. 3, julio de 1966, pp. 484 y ss. La regla de la exclusión de acciones ha sido incorporada también en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte en su artículo 1121 y sostenida por los tribunales arbitrales. *Cfr. Waste Management, Inc. vs. United Mexican States*, ICISD, facilidades adicionales, caso ARB(AF)98/2, 2 de junio de 2000.

<sup>808</sup> Mann, F. A., "The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons", *British Yearbook of International Law*, 1959, p. 56.