

EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL ENTRE GOBIERNOS

Gerald Aksen

Introducción

El uso cada vez mayor, por parte de los gobiernos, de los mecanismos arbitrales constituye en esa materia, uno de los avances más importantes de los últimos tiempos. Durante el último cuarto de siglo ha existido una tendencia definitiva hacia la aceptación del arbitraje comercial por parte de los Estados que se inicia con la Convención de Nueva York en 1958, relativa al Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales y que ha quedado evidenciada recientemente por los eventos dramáticos entre los Estados Unidos e Irán, los que tuvieron como consecuencia la creación de un Tribunal Internacional de Arbitraje en La Haya. Una revisión somera de algunos de estos avances es digna de llevarse a cabo.

Históricamente, las entidades gubernamentales se mostraron renuentes a realizar convenios para someter al arbitraje disputas con partes extranjeros privados. La respuesta legal común que daba un funcionario de gobierno era que carecía de la capacidad para someterse a un tribunal extranjero no judicial, ante la ausencia de un estatuto específico que autorizara al Estado a presentarse ante un foro arbitral. Por ejemplo, cuando una compañía sueca pretendió con fundamento en un compromiso contractual someter sus diferencias en arbitraje en contra del Departamento de Marina de los Estados Unidos, la cláusula compromisoria no era aplicable porque el funcionario a

*Trabajo inédito elaborado por el autor, quien es miembro de la firma Reid & Priest 40 Wall st. New York, New York, U.S.A., traducido por el Sr. Alfonso Esparza Medina.

cargo no tenía autoridad para resolver sobre reclamaciones por daños no liquidados y por lo tanto no podía conferir por contrato tal facultad a los árbitros.¹ Sin embargo, durante la Segunda Guerra Mundial ciertas compañías controladas por el gobierno federal tuvieron la facultad para resolver reclamaciones por medio del arbitraje.

Uno de esos casos fue respecto a un contrato de 1941 que se había celebrado para la compra de caucho en bruto proveniente de las Indias Orientales Holandesas.²

Otro impedimento histórico para la aplicación de acuerdos arbitrales en contra de Estados, ha sido la defensa de la inmunidad soberana. Por ejemplo, los Estados Unidos han evadido el arbitraje en ocasiones como cuando un barco filipino chocó con un destructor americano³ y cuando un barco de guerra también americano encalló frente a las costas holandesas.⁴ Las embarcaciones fueron remolcadas a la costa de acuerdo con los convenios normales sobre salvamento con arbitraje en Londres. De conformidad con la "Ley Pública para Embarcaciones" (Public Vessels Act), los Estados Unidos puede dejar de invocar la inmunidad en casos de salvamento y responsabilidad contractual, pudiendo someter sus reclamaciones ante un tribunal federal de distrito competente. Los tribunales americanos también han reconocido la defensa de la inmunidad soberana cuando están involucradas embarcaciones con banderas extranjeras.⁵

Los gobiernos tradicionalmente han sostenido que tienen el derecho unilateral para terminar los contratos. Pueden, por ejemplo, nacionalizar o expropiar los bienes de una compañía privada con quien tienen un contrato, siempre y cuando se pague una compensación, adecuada, pronta y efectiva. Sin embargo, si tal contrato contiene una cláusula de arbitraje y a través de un acto de estado una compañía

¹32 Decisiones del Interventor General 333 (1953). Ver también, Baum, *The Comptroller General and Arbitration: The Last Word*, 35 Fed. B.J. 228 (1976).

²Ver, e.g., *Reconstruction Fin. Corp. vs. Harrison & Crossfield, Ltd.*, 204 F. 2d 366, (2d Cir. 1953).

³*La United Continental Tuna Corp. vs. United States* 425 U.S. 164 (1976); ver 12 Tex. Int'l L.J. 97 (1977).

⁴*B.V. Bureau Wijsmulier vs. United States*, 1976, Am. Mar. Cas. 2514 (S.D.N.Y. 1976); *McMahon, United States Not Bound By Arbitration Provision of Salvage Contract Signed by Warship's Commander*, 9 J. Mar. L. & Com. 278 (1978); 72 Am. J. Int'l L. 411 (1978).

⁵*Spacil vs. Crowe*, 489 F. 2d 614 (Cir 5 1974) (embarcación cubana); *Southeastern Leasing Corp. vs. Stern Dragger Belegorsk*, 493 F. 2d 1223 1st Cir. 1974) (embarcación soviética); ver, e.g., Leigh, *Sovereign Immunity-The Case of the "Imias"*, 68 Am. J. Int'l L. 280 (1974).

queda nacionalizada, ¿puede el país que expropia, evitar el pago y el recurso en su contra arguyendo que el convenio para el arbitraje fue concluido junto con el contrato que se dió por terminado?. Tres arbitrajes internacionales diferentes negaron tal beneficio a Libia en años recientes cuando ese país nacionalizó algunos intereses de compañías petroleras americanas e inglesas.⁶ Las experiencias que se obtuvieron de los tres arbitrajes internacionales en contra de Libia que involucraban a la British Petroleum TOPCO/Calasiatic y a la Libran American Oil Company sirvieron de apoyo al impacto que ejercen fallos arbitrales sobre los gobiernos y respeto por un precepto de Derecho Internacional.⁷

Más recientemente, el mundo observó con asombro cuando Irán mantuvo a diplomáticos americanos en Teherán como rehenes durante catorce meses. Finalmente, se llegó a un arreglo por el cual los rehenes fueron liberados y los dos gobiernos estuvieron de acuerdo en crear en La Haya, un tribunal internacional arbitral para conocer reclamaciones.⁸ Este cuerpo recién creado decidirá todas las reclamaciones que presentan los ciudadanos americanos, como entidades privadas, en contra del Gobierno de Irán en relación con las pérdidas que sufrieron las compañías americanas cuando el Shah fue depuesto y el gobierno del Ayatolla tomó control de ese país. El establecimiento de este mecanismo arbitral para substanciar todas las quejas, constituye otro ejemplo más de la utilización que hacen los gobiernos del arbitraje internacional.

Convenciones

El número de convenciones multilaterales que tratan el problema del arbitraje proporciona evidencia significativa de la tendencia que los gobiernos tienen a confiar en el proceso arbitral. La Convención del Centro Internacional para la Resolución de Disputas sobre Inversiones (ICSID) no deja lugar a dudas respecto al uso del arbitraje cuando existe una controversia sobre inversiones en contra de un estado, parte de la Convención ICSID.⁹ La Convención Europea de Ar-

⁶Para obtener una información completa y profunda de los tres arbitrajes que involucraron a Libia, ver Von Mehren & Kourides, *International Arbitrations Between States and Foreign Private Parties: The Libyan Nationalization Cases*, 75 Am. J. Int'l L. 476 (1981).

⁷Ver, e.g., Delaume, *State Contracts and Transnational Arbitration*, 75 Am. J. Int'l L. 784 (1981).

⁸Conocidos como los *Algerian Accords*, se encuentran reimprimados en 20 Int'l Legal Materials 224 (1981).

⁹17 U.S.T. 1270, T.I.A.S. No. 6090, 575 U.N.T.S. 159.

bitraje de 1961,¹⁰ la Convención de Nueva York de 1958¹¹ y la Convención Interamericana de 1975,¹² proporcionan mayor reconocimiento a la aplicación de acuerdos internacionales y laudos cuando se está tratando con gobiernos. Estas convenciones, según los creadores de las mismas, abarcan a los Estados.

Ciertamente, la que ha suscitado más comentarios, desde el punto de vista de atención judicial es la de Nueva York que se refirió al Reconocimiento y Aplicación de Laudos Arbitrales Extranjeros. El Anuario sobre Arbitraje Comercial en sus Volúmenes I hasta el VI, de los años 1976 hasta 1981 al analizar esta convención, informa de 137 fallos de tribunales de todo el mundo. Existen hoy en día más de 160 casos que se basan en la Convención de Nueva York. Únicamente en este año, se ha publicado un libro nuevo intitulado, "The New York Arbitration Convention"¹³, que con habilidad cataloga y revisa las sentencias mencionadas en tal forma que permite a los lectores entender y revisar el área de aplicación de la convención y su impacto en lo que se refiere a la ejecución de laudos y convenios internacionales sobre arbitraje.

En los Estados Unidos, por ejemplo, han habido un número de fallos que buscan la ejecución de laudos en contra de otros Estados conforme a la Convención de Nueva York. Casos en contra de Nigeria,¹⁴ Tanzania¹⁵ y Guinea¹⁶ han surgido y tenido como resultados la ejecución del laudo.

Es interesante hacer notar que dos casos de México¹⁷ referentes a la ejecución de laudos arbitrales, se comentan en las publicaciones antes mencionadas. Los tribunales mexicanos han tenido una disposi-

¹⁰The European Convention on International Commercial Arbitration of 1961, 484 U.N.T.S. 349.

¹¹The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 21 U.S.T. 2517, T.I.A.S. No. 6997, 330 U.N.T.S. 3.

¹²Ver, e.g., S. Treaty Doc. No. 97-12, 97 the Cong 1a. Sesión 1-7 (1981).

¹³A.J. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958* (1981).

¹⁴*Iptrade Int'l v. Federal Republic of Nigeria*, 465 F. Supp. 824 (D.D.C. 1978).

¹⁵*Birch Shipping Corp. vs. Embassy of Tanzania*, No. 80-247 (D.D.C. Nov. 18, 1980).

¹⁷Ver, e.g. *Malden Mills Inc. vs. Hilaturas Lourdes, S.A.*, Tribunal Superior de Justicia, Corte de apelaciones Quinta Cámara, (SIC), para el Distrito Federal de México, Agosto 1, 1977 (sin publicar); *Press Office, S.A. vs. Centro Editorial Hoy, S.A.*, Tribunal Superior de Justicia, Juzgado Décimotercero de lo Civil para el Distrito Federal de México, Feb. 24, 1977 (sin publicar).

ción favorable respecto al arbitraje internacional en cuanto a que han reconocido una diferencia entre el arbitraje doméstico y el internacional. Por lo tanto, aunque los estatutos locales mexicanos requieren de notificaciones personales en un arbitraje, se encontró que estos mismos requerimientos rígidos eran innecesarios en el caso de un arbitraje en otro país cuando los acuerdos de las partes permitían la notificación personal por correo y era aplicable la Convención de Nueva York.

Aunque de hecho el lenguaje que se utiliza en esta Convención no contiene estipulaciones específicas en lo que se refiere a la capacidad de un Estado para llevar a cabo convenios arbitrales, el texto del Artículo I (1), que establece que la Convención es aplicable a "las diferencias entre personas, ya sean físicas o jurídicas" ciertamente parece proporcionar prueba de que un gobierno no queda excluido de los términos de la Convención. En efecto, cuando un representante de Bélgica propuso que se utilizara un lenguaje más específico estableciendo que las empresas públicas deberían considerarse como personas jurídicas, su sugerencia fue rechazada como "superflua" porque la frase "físicas o jurídicas" sería suficiente para abarcar a los gobiernos.¹⁸ Todos los comentaristas a la fecha están de acuerdo en que la Convención de Nueva York claramente es aplicable a los convenios de arbitraje y laudos, de los cuales un Estado constituye parte si la transacción a la que se refiere es comercial.¹⁹

En forma semejante, la Convención de Europa de 1961 establece en su Artículo II (1) que "las personas jurídicas consideradas por la ley correspondiente como 'personas jurídicas de derecho público' tienen la facultad de concertar convenios arbitrales válidos".

Inmunidad

El autor no conoce de ningún caso por el cual se haya considerado que un Estado no posee la capacidad de celebrar convenios arbitrales válidos según las Convenciones de Nueva York o de Europa. Existen, sin embargo, varios casos en los cuales los Estados han alegado tener inmunidad respecto a un juicio.

Estas defensas por lo general no han tenido éxito, ya que los tribunales han restringido los casos en los cuales un Estado puede invocar in-

¹⁸Ver, U.N. Doc. E/2704 y Corr. 1, par. 24; Haight, *Report the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, I.C.C. Doc. No. 420/90, en 3 (septiembre 19, 1958).

¹⁹Ver, A.J. and den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, en 279 (1981).

munidad ante un tribunal de otro país.²⁰ Esta tendencia resulta clara por el hecho de que muchos Estados han celebrado contratos con empresas privadas en áreas regidas por el derecho privado.

Además, los fallos de tribunales de los Estados Unidos han sostenido que un Estado que celebra un convenio arbitral con una empresa privada extranjera ha renunciado a una posible defensa por inmunidad de la jurisdicción en actos del tribunal relacionados con arbitraje. Todas las decisiones tomadas en tribunales americanos, a la fecha, han estado de acuerdo en que, según la Ley Sobre Inmunitades Soberanas Extranjeras, el convenio arbitral constituye en sí mismo una renuncia a la inmunidad y los Estados no pueden hacer valer tal inmunidad, con objeto de no someterse al arbitraje.

Se han realizado múltiples esfuerzos para resolver el problema de la inmunidad soberana como ha quedado evidenciado en las convenciones internacionales, tratados bilaterales y legislación nacional. Por ejemplo, la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados de mayo 12 de 1972,²¹ enumera varias situaciones en las cuales un alegato por inmunidad soberana no sería factible bajo la jurisdicción de los tribunales de otro estado contratante. Por lo tanto, la Convención establece en su Artículo 12 que ninguna defensa por inmunidad puede establecerse "si los procedimientos se refieren a la validez de interpretación de un convenio arbitral, o al procedimiento de arbitraje, o bien a ignorar el laudo, salvo que se trate de un convenio arbitral entre estados."

Recientemente, el Comité Asiático-Africano para Consultas Legales (CAACL) en su Sesión 17, de julio 5 de 1976, invitó a la Comisión de las Naciones Unidas Sobre Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL) a considerar un protocolo que se anexaría a la Convención de Nueva York²² el cual, entre otras cosas, añadiría: "Cuando una dependencia gubernamental es parte de una transacción comercial por la cual se haya celebrado un convenio arbitral, no podrá invocar inmunidad soberana con respecto a un arbitraje referente al mencionado convenio." La CAACL indicó que estos asuntos podrían ser importantes no solamente en las regiones Asiático-Africanas, sino también en otras del mundo, y que el tema requería de un estudio profundo y de

²⁰Ver, e.g., Delaume, *State Contracts and Transnational Arbitration*, 75 Am. J. Int'l L. 784 (1981).

²¹Ver, e.g., Sinclair, *The European Convention on State Immunity*, 22 Int'l & Comp. L.Q. 254 (1973); *Comentarios Sovereign Immunity from Judicial Enforcement - The Impact of the European Convention on State Immunity*, 12 Col. J. Transnational L. 130 (1973).

²²Nota del Secretario General, U.N. Doc. A/CN. 9/127.

consideración. Sin embargo, una notificación de Mayo 11, de 1975 emitida por la Secretaría de la Comisión informó que los problemas no "justifican la preparación de un protocolo para la Convención de Nueva York de 1958 con modificaciones a algunos de sus estatutos".²³

En los casos de acuerdos bilaterales entre gobiernos, por lo general referentes a tratados comerciales, se ha renunciado a las defensas por inmunidad soberana. Un ejemplo reciente de lo anterior es el Convenio Comercial de Octubre 18 de 1972, entre los Estados Unidos y la U.R.S.S.²⁴ Según estos términos, a las organizaciones de comercio exterior soviéticas no les es permitido "invocar la inmunidad como defensa para la exención de juicios o ejecución de la sentencia con respecto a transacciones comerciales". La legislación nacional también alienta el debilitamiento de defensas por inmunidad soberana. Como ya se ha indicado, los tribunales estadounidenses han sostenido que una cláusula de arbitraje entre un gobierno extranjero y una empresa privada lleva consigo una renuncia a la inmunidad conforme a la Ley de Inmunidad Soberana. En los Estados Unidos, la determinación del carácter comercial de una transacción gubernamental y si la reclamación por inmunidad soberana se ha de conceder, son ahora asuntos que de acuerdo a esta nueva legislación, serán resueltos exclusivamente por los tribunales.²⁵

Más recientemente, el Reino Unido legisló la Ley de la Inmunidad del Estado del 20 de julio de 1978²⁶ la que en forma semejante, contiene una estipulación expresa sobre arbitraje indicando: "cuando un estado ha acordado por escrito someter al arbitraje una disputa que haya surgido o pudiera surgir, el estado no es inmune en lo que se refiere a los procedimientos ante tribunales del Reino Unido que tienen relación con el arbitraje."

²³U.N. Doc. A/CN. 9/169, No. 5.

²⁴Art. 6 (2), reimpresso en 67 Dep't State Bull. 592 (1972).

²⁵Ver, e.g., Brower, Bistline & Loomis, *The Foreign Sovereign Immunity Act of 1976 in Practice*, 73 Am. J. Int'l L. 200 (1979); Delaume, *Sovereign Immunity in America: A Bicentennial Accomplishment*, 8 J. Mar. L. & Com. 349 (1977); von Mehren, *The Foreign Sovereign Immunity Act of 1976*, 17 Col. J. Transnat'l L. 33 (1978).

²⁶17 Int'l Legal Materials 1123 (1978); Delaume, *The State Immunity Act of the United Kingdom*, 73 Am. J. Int'l L. 185 (1979).

En Suiza, se publicó un proyecto de ley sobre derecho internacional privado en septiembre de 1978, junto con un informe explicatorio. Dicho proyecto establece en su inciso once al referirse al arbitraje internacional que, cuando una de las partes es un Estado, no puede apoyarse en su propia ley para recusar la arbitrabilidad del asunto en disputa, objeto mismo del convenio arbitral.

Un buen ejemplo que demuestra la tendencia a restringir la inmunidad entre acuerdos gubernamentales es el litigio reciente que se entabló en contra de la República Federal de Nigeria y su banco central. Había un cierto número de juicios iniciados en contra de dicho gobierno en relación con sus compras de cemento que una compañía francesa transportaba y que no podían desembarcarse en la bahía de Lagos, Nigeria debido a que estaba atestada. El contrato establecía que el arbitraje se llevara a cabo en París bajo Las Reglas de la Cámara Internacional de Comercio y que se aplicaran las leyes de Suiza. El gobierno de Nigeria se rehusó a participar en el arbitraje, alegando exclusivamente inmunidad soberana. Un laudo de un árbitro Suizo por aproximadamente \$ 9 millones de U.S. Dólares, a favor de la compañía francesa, fue confirmado por la corte federal de distrito en Washington, D.C., según las disposiciones de la Convención de Nueva York de 1958, ya que todos los países formaron parte de dicha Convención.²⁷ Al mismo tiempo, los vendedores franceses reclamaron el saldo sin pagar, por el precio de compra del cemento y el cargo por demora, por cartas de crédito irrevocables establecidas por el Banco Central de Nigeria. Cuando bienes del banco fueron intervenidos en Inglaterra,²⁸ los Estados Unidos²⁹ y Alemania,³⁰ el gobierno nigeriano reclamó inmunidad porque el cemento iba a ser utilizado para la construcción de instalaciones militares en Nigeria. En todos los casos, no obstante, se mantuvieron las intervenciones en los fondos depositados por el Banco Central de Nigeria.

²⁷*Iptrade Int'l vs. Federal Republic of Nigeria*, 465 F. Supp. 824 (D.D.C. 1978).

²⁸*Trendtex Trading Corp. vs. Central Bank of Nigeria*, 16 Int'l Legal Materials 471 (1977); ver Higgins, *Recent Developments in the Laws of Sovereign Immunity in the United Kingdom*, 71 Am. J. Int'l L. 423 (1977).

²⁹*National Am. Corp. vs. Federal Republic of Nigeria*, 425 F. Supp. 1365 (S.D.N.Y. 1977), 448 F. Supp. 622 (S.D.N.Y. 1978), 420 F. Supp. 954 (S.D.N.Y. 1978), 420 F. Supp. 954 (S.D.N.Y. 1976).

³⁰*Youssef M. Nada Establishments vs. Central Bank of Nigeria*, 16 Int'l Legal Materials 501 (1977).

Sin embargo, aún existen algunos casos que sostienen puntos de vista distintos, por ejemplo, la inmunidad soberana de los bancos propiedad del gobierno fue apoyada por la "Cour de Cassation" de Francia, cuando al Banco de Japón se le concedió inmunidad cuando actuaba en el manejo de divisas en cooperación con el Secretario de Hacienda, de conformidad con ciertas instrucciones por cuenta del gobierno japonés en el interés de un "servicio público".³¹ En una situación semejante que involucraba al Banco de Indonesia, un tribunal federal de los Estados Unidos negó la pretensión de inmunidad soberana.³²

Otros ejemplos

Además de las convenciones recientes y de legislación tendientes a impedir las defensas por inmunidad, ha existido un patrón histórico por el cual los convenios arbitrales y laudos se han aplicado en contra de entidades gubernamentales extranjeras, cuando la inclusión de cláusulas arbitrales puede ser demostrada con firmeza como práctica establecida. Por lo tanto, por ejemplo después de las dos Guerras Mundiales, se otorgaron préstamos bancarios internacionales a gobiernos de otros países, por lo general a través de un consorcio de banco, cuyos convenios incluían disposiciones arbitrales.³³

La tendencia a reducir las defensas por inmunidad soberana en transacciones comerciales llevadas a cabo por gobiernos, también se ha manifestado en las decisiones de los tribunales británicos. Así, en un caso que involucraba a Pakistán, un propietario de un barco alemán había estado de acuerdo, con una sociedad Pakistana que más tarde se disolvió y que un Departamento del Gobierno de Pakistán se había hecho cargo de sus activos y pasivos, en llevar a cabo el juicio arbitral en Londres. En una acción por demora, se concedió inmunidad a Pakistán porque la causa de la acción había surgido de incidentes que no habían tenido lugar en la jurisdicción del tribunal. Sin embargo, durante la revisión ante el Tribunal de Apelaciones el "Master of the Rolls" estableció:

"Cuando un gobierno extranjero lleva a cabo transacciones comerciales con los comerciantes de este país, si se incorporó a una enti-

³¹Zavicha Blagojevic vs. Banque du Japon, 103 *Journal du Droit International*, 687 (1976).

³²Martrópico Compañía Naviera, S.A. vs. Pertamina, 428 F. Supp. 1035 (S.D.N.Y. 1977).

³³Adede, *Loan Agreements Between Developing Countries and Foreign Commercial Banks - Reflections on Some Legal and Economic Issues*, 6 *Syr. J. Int'l & Com.* 235 (1978).

dad legal para comprar y vender mercancías, si tenía una dependencia estatal que alquilaba y fletaba barcos, ingresó por lo tanto, al mercado comercial internacional y debe observar las reglas del mismo. Un gobierno extranjero debe cumplir con sus obligaciones como otros comerciantes, y si no lo hace, debe quedar sujeto a las mismas leyes y a los mismos tribunales que dichos comerciantes. No existe norma de derecho internacional donde se establezca que tales entidades legales o dependencias tengan derecho a reclamar inmunidad soberana."³⁴

Asimismo, otra decisión reciente tomada por el "Privy Council" hizo propio el concepto de inmunidad restringida en un caso en que un convenio marítimo del gobierno filipino se consideró como transacción comercial, por lo tanto revocando el fallo de la Suprema Corte de Hong Kong.³⁵ La Suprema Corte de los Estados Unidos, en el caso famoso de *Alfred Dunhill de Londres, Inc. vs. República de Cuba*,³⁶ evaluó el carácter comercial de las actividades del gobierno cubano y determinó que los interventores cubanos que habían confiscado empresas tabacaleras y se habían negado a entregar pagos anteriores a la intervención a los importadores extranjeros, no ejercieron la autoridad gubernamental sino que actuaron meramente en una función comercial. Por lo tanto el concepto de un acto de estado (excluyendo la revisión de las actividades de un Estado extranjero en su propio territorio), no fue ampliado para incluir el repudio de una obligación puramente comercial, ie., reembolso, por parte de un soberano extranjero o por una de sus agencias comerciales. Sin embargo, aún se pueden encontrar casos, aunque no involucran arbitraje, en donde la defensa de la inmunidad soberana fue reconocida, cuando la transacción con el gobierno no fue puramente con carácter comercial.³⁷

La ejecución de laudos arbitrales en contra de Estados puede surgir no solamente en el país del pronunciamiento, sino también en otros países. Por ejemplo, en el caso de un laudo Suizo en contra del gobierno de Yugoslavia por un contrato con una compañía francesa para la construcción de un ferrocarril, la Suprema Corte Holandesa negó su

³⁴*Thai-Europe Tapioca Serv. Ltd. vs. Government of Pakistan*, (1975) I.W.L.R. 1485 (C.A.); ver 17 *Harv. Int'l L.J.* 172 (1976).

³⁵*The Owners of The Ship Philippine Admiral vs. Wallen Shipping (Hong Kong) Ltd.*, (1976) 2. W.L.R. 214 (P.C.); ver 25 *Int'l & Comp. L.Q.* 448 (1976).

³⁶425 U.S. 682 (1976); ver 70 *Am. J. Int'l L.* 828 (1977).

³⁷*Aerotrade, Inc. vs. Republic of Haiti*, 376 F. Supp. 1281 (1974); ver Lowenfeld, *Litigating a Sovereign Immunity Claim - The Haiti Case*, 49 *N.Y.U.L. Rev.* 377 (1974).

ejecución en una decisión que dictó en 1975.³⁸ Sin embargo, la compañía francesa tuvo finalmente éxito en ejecutar el laudo en Francia, en donde la "Cour de Cassation" no tomó en cuenta ninguna defensa por inmunidad. El tribunal sostuvo que el arreglo entre la compañía francesa y el gobierno yugoslavo en 1950, no obligaba a la compañía y por tanto no impedía la ejecución del laudo. En otra decisión francesa, se negó la inmunidad al gobierno de Madagascar, que no participó en un arbitraje surgido de un contrato para la explotación de bosques. Al rehusar la inmunidad respecto a la ejecución de las tres decisiones provisionales de los árbitros franceses, el tribunal sostuvo que al acceder al arbitraje, el gobierno renunciaba por adelantado a cualquier inmunidad, incluyendo el procedimiento para ejecutar un laudo.³⁹

De la misma forma se le negó inmunidad a la Compañía Nacional Petrolera Iraní, una empresa propiedad del gobierno en su totalidad, cuando un laudo arbitral suizo en favor de una compañía canadiense fue asignado más tarde a una compañía holandesa la ejecución de las reclamaciones de la compañía iraní en contra de los deudores holandeses, respecto a una entregas de petróleo.⁴⁰

Otro asunto que se refiere a la ejecución de laudos en contra de otros Estados surge bajo la Convención de 1965 de Washington,⁴¹ en cuyo Artículo 54 impone sobre cada Estado contratante la obligación de reconocer y de ejecutar "obligaciones pecuniarias impuestas por ese laudo en sus territorios como si fuera una sentencia definitiva de un tribunal en ese estado." Sin embargo, la Convención también establece que nada de lo dicho en el Artículo 54 podrá considerarse como derogatorio de la ley en vigor en ningún estado contratante relacionado con la inmunidad del Estado o de la ejecución de cualquier Estado extranjero. Otras acciones de tribunales que involucraban a Curazao,⁴² Egipto⁴³ y Etiopía,⁴⁴ también se referían a reclamaciones

³⁸Société Européenne d'Etudes vs. République Federale de Yugoslavia, 14 Int'l Legal Materials 75 (1975).

³⁹Societe Bruynzeel Deurenfabrik N.V. vs. republique Malgache, (1971) Juris Classeur Juridique No. 16810.

⁴⁰Sapphire Petroleum Ltd. vs. National Iranian Oil Corp., 35 I.L.I. 136 (1963).

⁴¹Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 575 U.N.T.S. 160.

⁴²Island Territory of Curacao vs. Solitron Devices, Inc., 480 F. 2d 1313 (2d Cir. 1973), cert. denied, 416 E.U.A. 986 (1974).

⁴³Parsons & Whittemore Overseas Co. vs. Société Generale de l'Industrie du Papier, 508 F. 2d 969 (2d Cir. 1974).

⁴⁴Imperial Ethiopian Gov't vs. Baruch Foster Corp., 535 F. 2d 334 (2d Cir. 1976).

de gobierno extranjeros o de empresas estatales extranjeras en contra de compañías americanas, para la ejecución de laudos pronunciados en el exterior en donde no se consideraron las cuestiones de inmunidad soberana.

Un punto final que puede impedir la institución del arbitraje con gobiernos extranjeros, es el requisito de que los recursos locales judiciales o administrativos debieran agotarse antes de que se permita cualquier recurso al arbitraje. El Artículo 26 de la Convención de Washington de 1965 y la cláusula modelo Número XVII recomendada por su Centro Internacional expresamente establecen que el Estado sede puede específicamente requerir se agoten todos o solamente algunos de tales recursos, como condición para aceptar un arbitraje. Este asunto potencialmente molesto, aún continúa siendo un problema no esclarecido en la doctrina y la práctica del arbitraje con los gobiernos.

Dos avances recientes

Tal vez los avances recientes más alentadores, que son de interés para el mundo en general y para México en particular, se refieren a la Convención Inter-Americana sobre Arbitraje Comercial, adoptada por la primera Conferencia Especializada en Derecho Internacional Privado de la Organización de Estados-Americanos (OEA), en la Ciudad de Panamá el 30 de enero de 1975, y la reciente creación en La Haya del Tribunal de Reclamaciones Irán- Estados Unidos.

a. La Convención de Panamá de 1975

La Convención Interamericana es semejante en propósitos y efectos a la de Nueva York en 1958. Sin embargo, la Inter-Americana ha sido ratificada por un mayor número de Estados de la OEA. Solamente Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México y Trinidad y Tobago se han adherido a la Convención de Nueva York. Hasta el momento, Chile, Costa Rica, El Salvador, Honduras, México, Panamá, Paraguay y Uruguay han ratificado la Convención Interamericana. Esta Convención esperamos que proporcione una oportunidad para asegurar beneficios más amplios para el reconocimiento y la ejecución de acuerdos internacionales sobre arbitraje comercial así como de laudos, entre un número mayor de países en este hemisferio. De interés significativo es el hecho de que México y Chile hasta ahora son los únicos países signatarios de las dos convenciones mencionadas. Sin embargo, los Estados Unidos están actualmente en el proceso de ratificar la Convención de Panamá. El Presidente ha enviado el asunto al Senado para su estudio y aprobación y puede esperarse que dicha Convención quede

ratificada para 1982. Es difícil predecir el éxito de la misma o lo útil que podrá ser. Hubiera sido igualmente posible para los países latinoamericanos firmar y ratificar la Convención de Nueva York. Pero no sabemos por qué razones, la OEA decidió promulgar su propia Convención, aunque con términos que son esencialmente similares a los de la Convención de Nueva York, particularmente con respecto a las bases para la ejecución de laudos arbitrales extranjeros. También resulta desafortunado que la Convención Interamericana no establezca expresamente si es aplicable a gobiernos que forman parte de convenios arbitrales. No obstante es de esperarse que esa haya sido la intención de los autores de la Convención y que así sea como se interprete en el futuro. Hoy en día, el autor no conoce de ninguna aplicación judicial de esta Convención en ningún país de América. Lo que es útil, sin embargo, es el mero hecho de que se haya promulgado tal Convención, adoptado y ratificado por un buen número de países latinoamericanos. Aparentemente esto significa un cambio de actitud que antes era dudosa y algunas veces hostil hacia el arbitraje internacional por parte de varios países latinoamericanos.

Tal vez puede existir alguna confusión cuando las dos Convenciones mencionadas coincidan parcialmente, en especial para los países que firmaron ambas. Además, los Estados Unidos en la legislación que va a implantar aclarará esta cuestión y definirá cual de ellas es aplicable en el caso de países que se han adherido a ambas. Los Estados Unidos ha decidido que mantendrán una reserva para establecer claramente la aplicabilidad de la Convención de Nueva York en los casos apropiados. Esta salvedad permitirá que cuando ambas Convenciones sean aplicables a un caso en particular, los Estados Unidos estarán obligados a utilizar las estipulaciones de la Convención Interamericana si una mayoría de las partes del convenio arbitral son ciudadanos de un Estado o Estados que hayan ratificado o accedido a esta Convención y sean miembros de la OEA. En todos los demás casos, los Estados Unidos estarán obligados por y aplicarán las estipulaciones de la Convención de Nueva York.⁴⁵

También es posible que la Convención Interamericana resulte auxiliada por la Convención Interamericana Sobre la Validez Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales-Extranjeros, firmada en Montevideo el 8 de mayo de 1975, que se refiere a los laudos arbitrales en todos los asuntos que no cubre la primera. Una vez esclarecidas estas dos Convenciones Interamericanas reciente, podrá dársele mayor realce al concepto de arbitraje y su posible uso con los gobiernos será estimulado.

⁴⁵Un resumen de la propuesta para implementar la legislación se encuentra en 75 Am. J. Int'l L. 901, 982-86.

b. El Tribunal Irán-Estados Unidos

Este último esfuerzo realizado en materia de arbitraje internacional es claramente el mejor. Cincuenta y dos rehenes americanos fueron liberados en Irán en enero de 1981, debido a la Declaración conjunta de los Estados Unidos y ese país, acordada con la ayuda de Argelia. Esta Declaración creó un Tribunal en La Haya para las Reclamaciones Irán-Estados Unidos, a través del cual los ciudadanos americanos podrían hacer sus reclamaciones para una reparación arbitral.

Es cierto que las cuestiones que la Declaración abarca se refieren a actos de nacionalización y expropiación, por lo que no hay, un caso de acto de estado⁴⁶ o impedimentos similares, que obstaculicen la posibilidad del sometimiento al arbitraje ante el Tribunal.

De conformidad con el Acuerdo para la Resolución de Reclamaciones del 19 de enero de 1981, un jurado de nueve miembros árbitros ha sido designado por los dos gobiernos y actualmente se encuentra funcionando en toda su capacidad en La Haya, Holanda. Las tres personas asignadas por los Estados Unidos son: el señor Howard M. Holtzmann, anterior Presidente del Consejo de la Asociación Americana de Arbitraje, el señor George H. Aldrich, anterior miembro de la Comisión Internacional de Derecho, y el señor Richard M. Mosk, que formó parte del personal de la Comisión Presidencial que investigaba el asesinato del Presidente Kennedy. Los tres árbitros iraníes son todos profesores de la Escuela de Derecho de la Universidad Nacional de ese País. El grupo está encabezado por el señor Mahmoud M. Kashani e incluye al señor Shafey Shafeiei, que anteriormente fue juez, y Seyyed H. Enayat, que fue consejero legal de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Los últimos tres miembros del Tribunal son juristas distinguidos de un tercer país. El señor magistrado Gunnar Lagergren, Ministro del Reino en Suecia, quien es el Presidente del Tribunal; el señor Magistrado Nils Mangard, también de Suecia, pertenece al Tribunal de Apelaciones de Estocolmo; y el señor Magistrado Pierre Bellet quien es el inmediato anterior Presidente del Tribunal Supremo de Francia. Estos árbitros de terceros países, cada uno con experiencia en el arbitraje internacional, presidirán las tres cámaras en las que el Tribunal se ha dividido para atender los casos individuales. Por lo tanto, cada cámara estará compuesta por un iraní, un americano y un juez de un tercer

⁴⁶Para un conocimiento excelente de desarrollo de los problemas vinculados con actos de estado, ver nota, *International Arbitration and the Inapplicability of The Act of State Doctrine*, 14 N.Y.U. J. Int'l L. & P. 65 (1981).

país un arreglo típicamente tripartita de un grupo de expertos. Las reclamaciones que se presenten ante este Tribunal se asignarán a estas tres cámaras por sorteo. Se piensa que podrán existir como quinientos casos importantes que se presenten ante el Tribunal y tal vez varias miles de reclamaciones pequeñas también.

Estas últimas (menores de \$ 250,000 dólares) son presentadas ante el Tribunal por el Gobierno de los Estados Unidos y no por los demandantes mismos. Las que excedan los \$ 250,000 Dólares se presentan ante el Tribunal de acuerdo con los Reglamentos Arbitrales del UNCITRAL, y de acuerdo con alguna guía adicional que proporcione el Tribunal bajo el título de Directivas Administrativas, estableciendo el formato y procedimiento para el registro de reclamaciones y defensas.⁴⁷

El Tribunal empezó a recibir estas demandas de reclamaciones el 20 de octubre de 1981. Todas ellas deben presentarse en un plazo no mayor a tres meses o no más tarde de enero 19 de 1982. Deberán hacerse en dos idiomas, Inglés y Farsi, con doce copias de cada una. Aquéllas que no se presenten antes de la fecha indicada no serán aceptadas.

Para proporcionar a los demandantes un método justo y facilitar la carga de trabajo administrativo, el Tribunal ideó un procedimiento de presentación por prioridades. Ha dividido el período para entablar demandas en tres etapas de un mes o "ventanas" ej.; Octubre 20 - Noviembre 19, Noviembre 20 - Diciembre 19 y Diciembre 20 - Enero 19, 1982. En esta forma cualquier reclamación que se presente dentro del plazo de alguna de las tres "ventanas", se le maneja como si se hubiera entablado el primer día de esa "ventana". En otras palabras, se considerará que todas las reclamaciones se han presentado en una de las siguientes fechas: Octubre 20, 1981, Noviembre 20, 1981 o Diciembre 20, 1981. El Tribunal ha establecido también que no habrá prioridad para la programación de audiencias o pronunciamiento de laudos sobre las bases de la fecha en que se entablaron las reclamaciones. Esto refleja una evaluación inteligente e indica que en general, las reclamaciones serán atendidas en el orden listado. De la misma manera, los laudos se pronunciarán conforme se decidan las reclamaciones por las cámaras respectivas.

Según lo establecido en los Acuerdos Argelinos, un billón de dólares de activos iraníes, que previamente habían sido retenidos en institu-

⁴⁷Estas Directrices fueron publicadas en la Fed. Reg. en Julio 20 de 1981 (46 37418), Octubre 7, 1981 (46 49695), noviembre 9 de 1981 (46 55468), y Diciembre 2, 1981 (46 58631).

ciones bancarias norteamericanas, se habían transferido y colocado en una cuenta de valores con intereses en el Banco "N.V. Settlement" de Holanda, con el propósito de asegurar el pago y liquidar los laudos del Tribunal en favor de los nacionales de E.U.A. El gobierno y el Banco Central de Irán (Banco Markaz) están obligados a proveer el dinero necesario cuando el saldo de la cuenta de valores descienda a menos de \$500,000,000 dólares como consecuencia del pago de los laudos.

Es también interesante hacer notar que existen varias disputas entre los dos gobiernos que también están siendo sometidas a arbitraje. Durante las negociaciones que condujeron al establecimiento de la cuenta de valores, los Estados Unidos e Irán, al no poder ponerse de acuerdo, consintieron en someter al Tribunal las siguientes cuatro cuestiones:

- 1).- ¿Qué pasará con el interés que se obtenga en esa cuenta?
- 2).- ¿Podrán pagarse de esa cuenta las reclamaciones que entablen las partes directamente afectadas?
- 3).- ¿Cómo podrían los costos por manejo de cuenta distribuirse entre los dos gobiernos? y
- 4).- Las obligaciones respectivas de los dos gobiernos de indemnizar al banco holandés por pérdidas en que incurra relacionadas con dicha cuenta.

De acuerdo con el Departamento de Estado de los Estados Unidos, la posición de este País respecto a estas cuestiones es la siguiente:

1. El interés que se obtenga de la cuenta deberá permanecer en la misma para asegurar y pagar las reclamaciones en contra de Irán.
2. Los fondos de la cuenta no podrán utilizarse como pago directo en arreglos privados. Podrán, sin embargo, utilizarse para pagar "laudos sobre términos acordados" (según los Reglamentos de Arbitraje de UNCITRAL) basados en arreglos privados, cuando las reclamaciones solucionadas estén dentro de la jurisdicción del Tribunal y los laudos representen una determinación razonable de esas reclamaciones.
3. Irán debe ser responsable de todos o de una parte importante de los honorarios del banco.
4. Irán deberá compartir con los Estados Unidos la responsabilidad para la indemnización del Banco y de su Banco Central.

Queda entendido que los argumentos legales iniciales relativos a estas cuatro cuestiones han sido sometidos por escrito al Tribunal y se espera una decisión para principios de 1982.

El Tribunal Arbitral de Irán-Estados Unidos apenas está iniciando sus labores. Sin embargo, los Acuerdos Argelinos de 1981 que crearon este mecanismo arbitral dan una prueba más del desarrollo del arbitraje internacional, como un modelo para resolver las reclamaciones por y con los gobiernos anfitriones. El hecho de que se negociada como una solución ad-hoc respecto a un dilema internacional entre dos gobiernos soberanos, de ninguna manera es un detrimento de la utilidad del arbitraje. Al contrario, demuestra, a mi manera de ver, que el arbitraje ha alcanzado una posición reconocida como derecho internacional consuetudinario con antecedentes previos, un valor actual y un futuro ilimitado.

Un punto final que vale la pena mencionar es el papel de México en estos avances del arbitraje internacional entre gobiernos. Parece ser que México podrá desempeñar un papel muy importante en el futuro, como escenario para algunos de tales casos. Desde un punto de vista geográfico, está localizado idealmente como un lugar neutral entre Norte, Centro y Sud-América. La Ciudad de México tiene una Barra activa en cuestiones internacionales con instalaciones excelentes para auditorios, traducción y las otras funciones administrativas que se requieren para un local adecuado para el arbitraje. Su moderno aeropuerto permite que los viajes sean accesibles desde los centros comerciales más importantes alrededor del mundo.

Como ya se dijo, México es uno de los pocos países que ha ratificado la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención Interamericana de 1975, así que su compromiso con el arbitraje internacional es doblemente seguro. Los casos más recientes en que se han ejecutado laudos arbitrales extranjeros proporcionan indicios seguros de una aceptación judicial para el reconocimiento y aplicación de laudos extranjeros. Es tal vez el único país que posee una Academia de tiempo completo para la capacitación de árbitros. El Presidente de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), la institución nombrada en la Convención de Panamá como una sección arbitral administrativa, está localizada en la Ciudad de México. El hecho de que la CIAC haya revisado recientemente su reglamento para adoptar e incorporar los Reglamentos de la UNCITRAL también demuestra que la organización se encuentra al día con sus procedimientos administrativos.

En conclusión, termino donde empecé. El arbitraje internacional con los gobiernos ha sido apoyado y favorecido por un número de avances

recientes al respecto. Las perspectivas de acudir al arbitraje internacional se amplían en un mundo que requiere del intercambio de mercaderías y del comercio entre los Estados como parte contratantes activas con empresas privadas extranjeras. El futuro del arbitraje internacional por y con gobiernos aparece más prometedor que nunca. Con planeación y estudio, México puede convertirse en una parte muy importante de ese futuro tan brillante.