

*La inmunidad soberana
de jurisdicción en el arbitraje
comercial internacional.
Evolución y actualidad*





UR

La inmunidad soberana de jurisdicción en el marco del arbitraje comercial internacional.

Evolución y actualidad

La inmunidad soberana de jurisdicción en el marco del arbitraje comercial internacional.

Evolución y actualidad

Nicolás Gamboa Morales



COLECCIÓN TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

© 2007 Editorial Universidad del Rosario
© 2007 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario,
Facultad de Jurisprudencia
© 2007 Nicolás Gamboa Morales
© 2007 Roque J. Caivano, por el prólogo

ISBN: 978-958-8298-80-1

Primera edición: Bogotá, D.C., agosto de 2007
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: María José Díaz Granados M.
Diagramación: Margoth C. de Olivos
Diseño de cubierta: Antonio Alarcón
Impresión: Cargraphics
Editorial Universidad del Rosario
Calle 13 N.º 5-83 Tels.: 336 6582/83, 243 2380
editorial@urosario.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida
sin el permiso previo escrito de la
Editorial Universidad del Rosario.

Gamboa Morales, Nicolás
La inmunidad soberana de jurisdicción en el marco del arbitraje comercial internacional:
evolución y actualidad / Nicolás Gamboa Morales.—Facultad de Jurisprudencia. Bogotá:
Editorial Universidad del Rosario, 2007.
186 p.—(Colección Textos de Jurisprudencia).

ISBN: 978-958-8298-80-1

Derecho Internacional / Derecho comercial / Arbitramento comercial / Inmunidad de
estados extranjeros / I. Título / II. Serie.

341.522 SCDD 20

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

CONTENIDO

Prólogo	8
<i>Por Roque J. Caivano</i>	
I. Introducción.....	15
II. Planteamiento del problema.....	19
III. Antecedentes y fundamentos de la inmunidad soberana	21
IV. Hacia la efectividad del arbitraje comercial internacional	37
V. Desarrollos jurisprudenciales en torno a la inmunidad de jurisdicción	66
VI. Algunas anotaciones en torno a la inmunidad de ejecución	86
VIII. CIADI y arbitraje de inversión. Panorama latinoamericano	96
IX. Comentarios finales	104
Bibliografía y referencias jurisprudenciales	106
A. Libros y artículos	106
B. Casos arbitrales y judiciales	112
Anexo I. CONVENCIÓN DE NUEVA YORK – 1958	118
Anexo II. CONVENCIÓN DE PANAMÁ – 1975.....	127
Anexo III. CONVENIO DE WASHINGTON – 1965.....	132
Anexo IV. Ley Modelo de UNCITRAL	164
Anexo V. Partes de las Convenciones de Nueva York y de Panamá y del Convenio de Washington	181

Prólogo

Al reseñar las dificultades que debió enfrentar el arbitraje para ganarse un lugar entre los métodos de resolución de conflictos, Oppetit menciona la necesidad que tuvo de gozar de un régimen jurídico estable en cuanto a sus fundamentos. Eso explica, dice el maestro francés, “que en aquel estado heroico de lucha por su supervivencia, el arbitraje haya podido llamar la atención de los mejores pensadores jurídicos”. Esta obra es el mejor ejemplo de que el arbitraje sigue concitando la atención de los juristas más reconocidos; de aquellos que –como Nicolás Gamboa Morales– van al corazón de los temas que abordan y reflejan, además del pleno dominio técnico del tema, un pensamiento profundo que muestra el verdadero sentido de las cosas.

Para dar cabal idea de la estatura jurídica de su autor, baste decir que esta obra recoge el trabajo que Gamboa Morales presentó con ocasión de su designación como Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. La prestigiosa institución, que ahora suma a sus connotados miembros a Gamboa Morales, fue fundada en 1894 y es órgano consultivo sobre cuestiones generales de derecho, de ciencia política y de ciencias sociales. Dado que entre sus misiones están las de contribuir al estudio, desarrollo y perfeccionamiento del derecho, y estimular la formación ética de los juristas, ello pone de relieve las elevadas cualidades intelectuales y morales que la comunidad académica, al incorporarlo como miembro, ha reconocido en Gamboa Morales.

En esta obra el autor va introduciendo al lector en el tema, con una metodología impecable. Luego de una breve introducción, formula el planteamiento del problema y dedica el capítulo siguiente a analizar los antecedentes y fundamentos de la inmunidad soberana. En una secuencia lógica, interrumpe el tema central para dar paso a un meduloso capítulo en el que desarrolla los fundamentos jurídicos y filosóficos del arbitraje y su relación –siempre controvertida– con los tribunales estatales. Éste es seguido por un panorama completo de las opiniones y decisiones más importantes sobre la inmunidad de jurisdicción. Luego se analizan someramente –por no formar parte del núcleo temático

que el autor se propuso tratar– la cuestión de la inmunidad de ejecución y el panorama de los arbitrajes de inversión, con especial acento en la experiencia latinoamericana. La obra se completa con un capítulo final, en el que –a modo de síntesis conclusiva– Gamboa Morales resume su pensamiento sobre la actualidad del arbitraje comercial internacional: un afianzamiento que, sin embargo, no impide un permanente estado de autoanálisis y revisión, elementos indispensables para asegurar su continuidad y progreso, estimulando el estudio de la institución con miras a corregir sus falencias. Además de la invitación a los foros intelectuales a profundizar ese estudio desde una perspectiva meramente académica, el autor propone analizar este sistema de solución de controversias a través del prisma de su real utilidad: como factor dinámico de contribución al desarrollo y al mejoramiento del entorno socioeconómico.

La irrefutable conclusión que surge de la lectura de esta obra –que el autor y el editor me han conferido el honor de prologar– es el significativo avance que se ha producido en torno a la admisión de partes estatales en arbitrajes internacionales. Aun a riesgo de salirme del rol que se me ha asignado –al fin y al cabo, un prólogo no tiene como objeto expresar la opinión del prologuista–, no resisto la tentación de exponer algunas breves reflexiones, suscitadas por la lectura de este magnífico aporte de Gamboa Morales.

Es ostensible que las barreras ideológicas, las restricciones constitucionales o legislativas, y las construcciones doctrinarias que han pretendido impedir la participación de los Estados en arbitrajes internacionales, han ido cayendo. Ya no es posible sostener –como principio– que los Estados no pueden someter a arbitraje la solución de las controversias que los involucren, especialmente aquéllas derivadas de relaciones económicas transnacionales. La discusión, en cambio, se ha centrado en aspectos mucho más específicos: cuáles son las materias que, por excepción, deben considerarse no-arbitrables y en qué condiciones son ejecutables forzosamente los laudos arbitrales dictados contra un Estado. En otras palabras, el eje del debate se ha desplazado, de la pretendida inmunidad de jurisdicción del Estado en sí mismo considerado (inmunidad absoluta de jurisdicción o no-arbitrabilidad *ratione personae*), a la inmunidad de jurisdicción respecto de ciertos actos en particular (inmunidad

de jurisdicción relativa o no-arbitrabilidad *ratione materiae*) y a los límites de la inmunidad de ejecución.

Este tránsito no ha sido fácil, como se ocupa de demostrarlo Gamboa Morales. Por un lado, porque la cuestión presenta un inocultable trasfondo ideológico que, aún hoy, despierta pasiones políticas. Por el otro, porque los Estados, históricamente, han sido renuentes a abandonar su posición de privilegio respecto de los particulares con quienes se vinculan, aun cuando ello importe extrapolar indebidamente a la esfera internacional –y respecto de extranjeros ajenos a su ámbito de autoridad– la relación soberano-súbdito que mantienen con sus propios administrados.

En las últimas décadas, sin embargo, el mundo ha asistido a profundas transformaciones de todo tipo: tecnológicas, sociales, políticas y culturales. Como el derecho es, en definitiva, una de las expresiones de la cultura, también ha habido transformaciones jurídicas. En lo que aquí interesa, las más ostensibles han sido el resurgimiento del interés por el arbitraje, concomitante –curiosamente– con un avance del Estado en la mayoría de los ámbitos de la vida de las naciones. La conjunción de estas dos circunstancias –un Estado que participa con carácter frecuente en actividades económicas y un arbitraje en auge– derivó en la presencia habitual del Estado en conflictos con particulares y en la necesidad de idear mecanismos aptos para resolverlos. El Estado pasó, así, de tolerar –y eventualmente auspiciar– el arbitraje entre particulares, a ser usuario del mismo en el ámbito de sus actividades.

Ello encuentra una explicación en uno de los fenómenos más característicos de la segunda mitad del siglo XX: el que se conoce como la “globalización”. Definida por el Diccionario de la Real Academia Española como la tendencia de los mercados y las empresas –también los Estados, nos permitimos agregar– a extenderse más allá de las fronteras nacionales, la globalización apareja una mayor interdependencia económica del conjunto de países del mundo, provocada por el aumento del volumen y la variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los movimientos internacionales de capitales. En el marco de esa tendencia –que, como señaló el Secretario General de la ONU en su Reporte a la Asamblea General en octubre de 1999, no parece ser pasajera– se observa una creciente participación del Estado en transacciones

económicas internacionales, relacionándose con particulares, ora mediante contratos que lo tienen –directamente o a través de entes estatales– como parte, ora mediante el aseguramiento de ciertas condiciones a la inversión extranjera.

En el primer aspecto, como señala Gamboa Morales, el Estado omnipresente, motor del desarrollo y garante del bienestar colectivo, se transformó en el principal contratista y generador de empleo, al erigirse en el promotor y gestor de proyectos de infraestructura. Como muchas veces estos proyectos tienen una envergadura tal que hace imposible hallar, dentro de sus fronteras, empresas con capacidad técnica, operativa o financiera suficientes para llevarlos a cabo, los Estados debieron salir a buscar, fuera de su territorio, a quienes estuvieran en condiciones de tomar a su cargo el proyecto. Ello, en otras palabras, obligó a muchos Estados a “asomarse más allá de sus fronteras y participar en el tráfico comercial internacional”.

En el segundo de los aspectos mencionados, la necesidad creciente de los Estados de captar capitales extranjeros para financiar sus economías internas y atraer las inversiones extranjeras necesarias para sostener sus políticas económicas, o –como señala Gamboa Morales– para conservar competitividad en el mercado global, ha llevado a muchos de ellos a suscribir Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones, conocidos como TBI. Sin perjuicio de perseguir algunos objetivos generales enderezados al fomento y la promoción de la cooperación económica bilateral, estos tratados suelen contener obligaciones y garantías más concretas a favor de los inversores, tales como un tratamiento justo y equitativo, y no discriminatorio respecto de los inversores nacionales, el derecho a recibir una indemnización en caso de medidas de expropiación directa e indirecta, o a recibir el tratamiento dispensado a las inversiones procedentes del país que goce de un tratamiento más favorable. Característica esencial de estos tratados es que esas garantías no forman parte del compromiso directo del Estado receptor respecto del inversor, sino de un deber que aquél asume frente a otro Estado. De modo que la protección a los inversores extranjeros alcanza un rango supralegal, producto de un acuerdo intergubernamental que impide su modificación unilateral por el país receptor de la inversión.

En ambos casos –cuando un Estado es parte directa en contratos internacionales, o cuando procura crear el marco jurídico para la radicación

de inversiones extranjeras– el recurso al arbitraje aparece casi como una condición estándar, en tanto permite que las controversias sean resueltas en un marco de mayor neutralidad y menores interferencias del Estado. Por lo que, sea bajo la forma de estipulaciones contractuales, sea bajo la fórmula de cláusulas contenidas en los TBI en que los Estados expresan su aceptación del arbitraje como medio de resolver las controversias que puedan surgir al respecto, la participación de Estados en arbitrajes internacionales se ha acrecentado en las últimas décadas.

Como advierte Gamboa Morales, en el campo del arbitraje entre Estados e inversores extranjeros –campo que ha experimentado un impresionante desarrollo en la región, de la mano de la crisis económica argentina de fines de 2001 y de los cambios políticos operados recientemente en Bolivia y Ecuador– la tesis de la inmunidad absoluta de jurisdicción aparece como insostenible, al menos en los países que han aprobado la Convención de Washington de 1965. Este tratado, que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi) establece, de manera categórica, que el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará excluyente de cualquier otro recurso.

La tesis de la inmunidad restrictiva de jurisdicción, cuya legitimidad racional –anota Gamboa Morales– es indudable, presenta una interesante evolución, especialmente en arbitrajes de inversión. La distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis* –clara en la teoría, mas no siempre fácil de aplicar en la práctica– pone en juego el delicado límite entre las incuestionables potestades soberanas del Estado y la necesaria seguridad jurídica de quienes contratan con él. En lo que se relaciona estrictamente con el tema, la cuestión pasa por saber qué materias quedan comprendidas dentro de la jurisdicción de los árbitros y cuáles son aquellas que, razonablemente, deben considerarse excluidas. La más sensata de las explicaciones sobre el tema es la que Gamboa Morales adopta, de boca del autor belga Guy Keutgen: no se trata de mirar la cuestión con un criterio “liberal” o “estatista”, sino de dar pleno efecto a la intención común de las partes. Ello, claro está, requiere que el intérprete se retrotraiga al momento en que existió una intención común, y no atiende a los solapados arrepentimientos que –en arbitrajes estatales tanto como en arbitrajes

privados– suelen presentarse cuando se trata de definir el ámbito del arbitraje frente a una controversia ya planteada.

Es cierto que no es lo mismo el Estado que un particular. El Estado está encargado de velar por el interés general o el “bien común”. Pero de ello no se deriva, necesariamente, que no pueda someterse a arbitraje, ni que su condición de soberano le permita hacer tabla rasa con el principio que impone respetar lo pactado. El principio *pacta sunt servanda*, corolario esencial de la buena fe que la mayoría de los ordenamientos jurídicos reconoce, impone la necesidad de no soslayar esta pauta a la hora de evaluar los efectos o el alcance de un acuerdo arbitral, sea parte en él un Estado o un particular. Es así como, además de los precedentes jurisprudenciales que se citan en esta obra, algunas legislaciones –como la Ley suiza de Derecho Internacional Privado de 1987– contemplan expresamente la imposibilidad del Estado que es parte en un acuerdo arbitral de ampararse en su propia legislación para cuestionar su capacidad para ser parte en un arbitraje y la arbitrabilidad de la controversia contenida en el acuerdo arbitral. De donde el concepto de “actos de Estado” como sinónimo de cuestiones no arbitrables o no sometidas a arbitraje en contratos internacionales del Estado está hoy bajo análisis y, al parecer, con tendencia a ser cada vez más acotado. El ejemplo que Gamboa Morales ofrece para ilustrar esta idea es el denominado “caso argentino” que, en sus propias palabras, “plantea un reto de consideración cual es marcar, por la vía arbitral, la frontera entre la protección de los inversionistas y las facultades soberanas de los Estados, tema que, por lo demás, al reflejar la tensión y disparidad de intereses entre partes privadas y públicas impone certera y detallada evaluación de las circunstancias que puedan conducir a la fijación de un necesario y delicado equilibrio”.

El último factor de discusión en la materia es el relativo a la inmunidad de ejecución de los laudos que involucran a partes estatales. Como acertadamente apunta Gamboa Morales, la tendencia es favorable a la dispensa de la misma. Éste, uno de los últimos bastiones de las tesis restrictivas a la participación del Estado en arbitrajes, está en franco proceso de debate. Por un lado, se advierte que esta inmunidad es renunciable aunque, en ciertos casos, esa renuncia puede inferirse tácitamente del sometimiento a un reglamento arbitral –como el de la CCI– que contemple el compromiso de las partes de “cumplir sin

demora cualquier laudo que se dicte”, y de renunciar “a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente”. Por el otro, se comienza a diferenciar entre bienes del Estado usados para fines de servicio público y bienes que carecen de esa condición, quedando restringida la inmunidad de ejecución sólo a los primeros. En palabras de Gamboa Morales, esta solución reconoce la misma lógica que los conceptos de actos *iure imperii* y *iure gestionis*, y traduce un adecuado equilibrio entre el interés público y el privado, situando en un contexto racional las expectativas de partes estatales y privadas en torno a la efectividad de los laudos arbitrales.

A fin de no distraer el lector de su verdadero objeto –leer lo que Gamboa Morales ha escrito– no alargaremos innecesariamente este proemio. Simplemente diremos, para terminar, que esta obra ofrece al lector un estudio sistemático del problema de los arbitrajes con partes estatales. Muestra de manera exhaustiva los criterios doctrinarios y las decisiones jurisprudenciales más relevantes. Pero no se limita a ello. Gamboa Morales expresa sus opiniones y no vacila en señalar cuando ellas se contraponen a otras igualmente reconocidas. Escrita, además, en un lenguaje cuidado y prolijo, que evita el recurso –más efectista que efectivo– a complejas estructuras semánticas, tiene la extraña virtud de explicar, en términos comprensibles aun para el iniciado, un tema de gran complejidad técnica. La obra que dejamos prologada reúne, así, claridad de ideas y facilidad de lectura, tanto como profundidad de pensamiento y rigurosidad en la investigación jurídica. Una publicación, en suma, destinada a ser material obligado de consulta para los estudiosos del arbitraje.

Roque J. Caivano,
Buenos Aires, julio de 2007.

Luego de haber compartido su sabiduría de árbitro internacional y pensador en el campo de la resolución de desavenencias, a través de la publicación –en estas Ediciones– de sus *Apuntes sobre arbitraje internacional*, el Doctor Nicolás Gamboa Morales le presenta en este volumen a la comunidad jurídica sus finas reflexiones sobre los avances y límites del arbitraje internacional con partes estatales.

Su exposición de los avances del arbitraje internacional, con relación a posturas más o menos dogmáticas en cuanto al alcance de la soberanía estatal, es de una precisión y claridad contundentes: la inexorable extensión del arbitraje internacional –a pesar de sus límites y derivas– ha sido tal en los últimos tiempos, que hoy día es considerado mecanismo natural de resolución de controversias entre sociedades privadas y partes estatales. El análisis de los límites del arbitraje internacional con partes estatales que efectúa el Doctor Gamboa Morales es pertinente y oportuno. El “caso argentino” es la mejor prueba. Es menester analizar, con la profundidad que él propone, la inarbitrabilidad de ciertos litigios con Estados soberanos, los intereses y las políticas enfrentados en el arbitraje en materia de inversión y las dificultades que –a pesar de un liberalismo creciente– todavía presenta la famosa inmunidad de ejecución del Estado soberano.

El lector descubrirá el trasfondo filosófico del arbitraje internacional con partes estatales, leyendo la obra del Doctor Gamboa Morales. No es por nada que este trabajo corona su merecido ingreso a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, en calidad de Miembro Correspondiente.

Eduardo Silva Romero
Director de la Línea de Investigación sobre Arbitraje,
Universidad del Rosario
Agosto de 2007

