

PREFACIO

El presente trabajo parte de la pérdida de autonomía de decisión de los gobiernos, la unificación de los mercados en un sistema económico único de dimensión mundial, la superación de las barreras geográficas, la merma de las prácticas políticas convencionales, la aparición de nuevos órdenes normativos al lado del tradicionalmente regido por el derecho nacional, el derecho conflictual y el derecho internacional clásico; el agotamiento paradigmático del repertorio de categorías, conceptos, procedimientos y teorías, constituido a la luz del Estado-nación y del principio de soberanía.

En esta lucha de teorías legales se enmarca el tema de la presente investigación. Partimos de que “el contrato es el principal instrumento de la globalización jurídica”.¹ Ante la impotente potestad legislativa estatal para asumir un mundo en constante cambio que expande los mercados a niveles planetarios, se advierte la labor extraordinariamente significativa que tiene el contrato en tanto instrumento de globalización y fuente normativa principal de la sociedad mercantil mundial. Es así como la presente investigación se enmarca en el derecho que rige los contratos en la globalización, el llamado derecho internacional de contratos.²

¹ Rivera, Julio César, “El derecho privado en los espacios económicos (Unión Europea, Mercosur, Área de Libre Comercio de las Américas)”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, México, año II, núm. 3, enero-junio de 2005, pp. 264 y 265.

² Fatouros, A., “International Law and the Internationalized Contract”, *The American Journal of International Law*, vol. 74, núm. 1, enero de 1980, p. 139. Al respecto, podemos decir que los contratos son una especie de sistema privado de creación de derecho. Este sistema privado de creación de derecho puede existir transnacionalmente, sin soberanía que resuelva disputas entre las partes, y mientras los tribunales de cada Estado estén disponibles y preparados para reconocer y aplicar las decisiones de los otros, puede llegarse a un derecho comercial global. *Cfr.* Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 121 y 122.

Para efectos de este trabajo debemos distinguir tres tipos de contratos:³

- El celebrado entre dos Estados, que de acuerdo con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, que incorpora el derecho consuetudinario en la materia, puede tener los nombres de tratado, convenio, protocolo, entendimiento o cualquier otro.
- El celebrado entre agentes privados de diferentes nacionalidades con efectos en diferentes países, denominados en este trabajo como contratos transnacionales. Estos contratos se caracterizan por tener efectos en distintos países, por lo que surgen conflictos de soberanías, es decir, conflictos de leyes a aplicar. En estos casos, el problema, en palabras de Niboyet, es que “cada país posee su propio sistema para solucionar los conflictos de leyes... y que no existe un conjunto de reglas cuya observancia sea obligatoria para todos los Estados”.⁴
- El celebrado entre un Estado y un inversionista de nacionalidad extranjera,⁵ tema del presente estudio. Para referirse a este tipo de convenio la doctrina normalmente ha utilizado el término *state contract* o *international contract*, entre otros muchos. Cabe señalar que respecto a este tipo de contrato no existen mayores estudios en nuestro país, a pesar de la enorme importancia que siempre ha tenido.

Los pactos internacionales del primer tipo han sido ampliamente estudiados por el derecho internacional. En virtud de las conclusiones alcanzadas en el capítulo que estudia la relación entre el derecho nacional y el derecho internacional, así como el capítulo referente a la teoría general del contrato, recurriremos con frecuencia a los principios establecidos por el derecho internacional general a este tipo de pactos y los aplicamos a los del tercer tipo.

En cuanto al contrato transnacional, los estudiosos del derecho mercantil, ante la exigencia de resolver los problemas que plantea, acudieron a la analogía medieval de la *lex mercatoria*. La utilización de dicha analogía ha tenido lugar por dos caminos: por un lado, se ha entendido a la

³ Feller, A. H., *The Mexican Claims Commissions. 1923-1934. A Study in the Law and Procedure of International Tribunals*, Nueva York, MacMillan Company, 1935, p. 173.

⁴ Niboyet, J. P., *Principios de derecho internacional privado*, trad. de Andrés Rodríguez, México, Editora Nacional, 1969, p. 38.

⁵ Los cuales pueden tomar muchas formas: *join venture*, leyes expedidas *ad hoc*, contratos celebrados bajo la sombra de acuerdos bilaterales de inversión entre Estados o tratados de libre comercio, entre muchos otros.

lex mercatoria como un sistema legal nuevo que regula los mercados globales sin importar si invade las competencias de los sistemas jurídicos nacionales o el internacional. Esta propuesta, sin duda, es revolucionaria y debe ser considerada seriamente.⁶

No obstante, la postura anterior no es la común, tradicionalmente se ha entendido a la *lex mercatoria* como una ley que sobrevive al lado del derecho internacional y los derechos nacionales, respetando el ámbito de aplicación de cada una de ellos.⁷ Así, la interpretación de la *lex mercatoria* está enjaulada en la teoría jurídica tradicional y resulta de poca utilidad. Entendida así, resulta ineficaz para resolver los problemas de la red comercial mundial, por estar limitada a los supuestos jurídicos del derecho estatal: reciprocidades entre los que contratan, simetrías entre los que negocian, relaciones sustentadas en la buena fe y continuo trato comercial entre desconocidos; sinalagmas sin vinculación a un sistema legal que se sobreponga a las partes contratantes. Esta segunda acepción de la *lex mercatoria*, no obstante buscar separarse del derecho conflictual, continúa anclada al dogma soberano, y, por ello, es un recurso que está todavía muy lejos de ofrecer una solución real al *comercium* mundial que resulta cada vez más interdependiente, integrado, único.

La dificultad que como sociedad mundial enfrentamos es lograr que la unificación se sustente en la equidad y el derecho, no en el arbitrio de los poderosos. La solución, por tanto, debe partir de la necesidad insoslayable de una conexión lógica e imprescindible entre todos los sistemas jurídicos que hasta hoy día se conciben dispersos, apartados, aislados: los nacionales, el internacional público y la *lex mercatoria*, por mencionar algunos ejemplos. Dicha conexión tiene que ir más allá del reconocimiento de jurisdicciones soberanas y reclama modificar los supuestos jurídicos de inicio para todo análisis.

En cuanto al tercer tipo de contrato, si utilizamos la traducción literal de “contrato internacional”, el objeto de estudio tenderá a confundirse con los contratos que denominamos transnacionales, como los de compraventa de

⁶ Una definición en el sentido señalado es la siguiente: “Un derecho creado por el rango empresarial, sin la mediación del Poder Legislativo de los Estados, y formado por reglas destinadas a disciplinar de modo uniforme, más allá de la unidad política de los Estados, las relaciones comerciales que se establecen dentro de la unidad económica de los mercados”. Rivera, Julio César, *op. cit.*, nota 1, p. 263.

⁷ Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier, *Curso de contratación internacional*, Madrid, Colex, 2003, pp. 50 y ss.

mercaderías entre dos privados de distinta nacionalidad. Por otro lado, si utilizamos la traducción literal de “contrato de Estado”, puede confundirse con el celebrado entre un Estado y un privado de su misma nacionalidad,⁸ dejando fuera el problema que a nosotros nos interesa, esto es, la relación legal *no nacional* que nace entre un Estado y un inversionista extranjero.

Cuando se celebra un contrato entre un Estado y uno de sus súbditos, la teoría francesa le denomina “contrato administrativo”; dicho término es ampliamente utilizado por los juristas mexicanos debido a la influencia de Francia en nuestra cultura jurídica. El objeto del presente estudio es un “contrato administrativo internacional”; sin embargo, el derecho administrativo ha sido incapaz de abordar el tema debido a que para dicha disciplina “los actos de carácter internacional no se imputan a la administración pública interior, sino al Estado en cuanto sujeto de relaciones internacionales, no estando sometidas por dicha razón al derecho administrativo, sino, más bien, a la Constitución y al derecho internacional”.⁹

La teoría del contrato administrativo, elaborada bajo el esquema soberano, es poco amigable en sus conceptos cuando se pretende aplicarla a fenómenos, como el pacto celebrado entre un inversionista extranjero y un Estado huésped para desarrollar un proyecto de inversión. El tamaño y costo del proyecto requieren, frecuentemente, que los arreglos sean de largo plazo para asegurar recuperar costos y la diferencia de intereses entre las partes las capacidades son grandes y cambian a lo largo del tiempo.¹⁰ Ejemplos de dichas categorías del contrato administrativo son los binomios derecho público/derecho privado y soberano/súbdito. Ya que el propósito del presente estudio es abordar los problemas desde la perspectiva del derecho internacional en el mundo global,¹¹ hemos optado por llamarle “contrato de Estado internacional” (CEI).

⁸ Se ha utilizado el término “contrato del Estado” para referir el convenio celebrado entre un Estado y un privado de su propia nacionalidad. Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo. Contratos*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas 2003, p. 109.

⁹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 5a. ed., Madrid, Civitas, 1991, t. I, p. 30.

¹⁰ Vagts, Detlev, “Dispute Resolution Mechanisms in International Business”, *Recueil des Cours*, La Haya, vol. III, t. 203, 1987, p. 28.

¹¹ Se ha señalado con extrañeza que “en la reflexión teórica y analítica sobre la racionalidad normativa que ha surgido con el fenómeno de la globalización, una de las tendencias en el ámbito jurídico ha sido utilizar los conceptos del derecho internacional co-

En el CEI el inversionista extranjero ha padecido una terrible inseguridad en la relación legal que nace al contratar con el Estado huésped. Si dicha relación se enmarca en el sistema jurídico del Estado, éste, en uso de facultades soberanas, está tentado a tomar acciones unilaterales en perjuicio del inversionista. El Estado huésped, por su parte, tiene plena justificación; desde su perspectiva, sostiene que debe prevalecer el interés general nacional por sobre cualquier interés particular extranjero.

La conciliación de intereses entre extranjero y Estado ha llevado a que las partes busquen fórmulas que logren cierta seguridad para los privados no nacionales y un margen de cierta discreción a los Estados. Uno de los métodos para conciliar dichos intereses se basó en evitar que la relación fuera regida por el sistema legal del Estado huésped.

Para lo anterior se retomó la teoría de la autonomía de voluntad contractual de los contratos transnacionales. Desde el punto de vista del Estado huésped, vincular dicha relación legal a un sistema jurídico de cualquier otro Estado hubiera significado una cesión soberana insostenible.¹² La solución fue, entonces, que el vínculo legal entre el contratista extranjero y el Estado huésped no estuviera regido por legislación alguna de otro Estado.

Para que el contrato no quedara en el vacío se pensó en “internacionalizarlo”, de forma que la relación legal entre el Estado huésped y el inversionista extranjero quedara regulada por el derecho internacional (de manera similar al derecho internacional de tratados entre Estados). Un efecto inmediato fue brindar derecho de acción ante un tribunal internacional, *ius standing*, al particular extranjero para que en arbitraje internacional pudiera reclamar al Estado huésped el incumplimiento de sus obligaciones.

Podemos señalar que el tema del contrato de Estado aborda varias cuestiones difíciles del derecho internacional: su indefinición respecto a si forma

mo marco de referencia para la identificación del perfil de la cultura, de las regulaciones y de las instituciones jurídicas surgidas con la transnacionalización de los mercados”. *Cfr.* Faria, José Eduardo, *op. cit.*, nota 2, p. 127. Desde nuestra perspectiva, la tendencia a utilizar el derecho internacional para explicar los fenómenos de globalización y transnacionalización de mercados, requiere dejar de utilizar el derecho internacional de tipo vatteliano y redefinir un nuevo derecho internacional para el mundo global.

¹² “En este caso en un Estado soberano que no puede presumirse haya hecho la sustancia de su deuda y la validez de sus obligaciones aceptadas por el mismo al respecto, sujetas a cualquier ley que no sea la propia”. *Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, Corte Permanente de Justicia Internacional, judgment núm. 14, serie A, núms. 20 y 21, 12 de julio de 1929, pp. 5-89, en la página 42.

parte del derecho internacional público o privado, la cuestión de quiénes son sujetos de derecho internacional y los límites de la competencia nacional.¹³

Un punto importante a subrayar es que el tema del contrato de Estado internacional (CEI) presentado en este trabajo no toma al derecho internacional tal como está estructurado actualmente y extrapola, sin más, los conceptos, categorías, y principios a la relación entre un Estado y un privado, un soberano y un súbdito. Desde nuestra perspectiva, un intento de dicha naturaleza está condenado al fracaso. En el capítulo dedicado a la relación existente y que debe existir, en el mundo global, entre los sistemas jurídicos nacional e internacional, nos adherimos a nuevas lecturas del derecho internacional y nos basamos en ellas a lo largo de la presente investigación. Estas lecturas se alejan de la tradición vatteliana de comunidades entre pares soberanos y se acerca a la tradición kantiana de una comunidad mundial universal,¹⁴ donde conviven Estados, empresas y seres humanos.¹⁵

Algunos autores han sostenido que el derecho internacional público ha retomado fuerza como argumento discursivo en la economía global porque carece de coerción organizada y porque sus conceptos y categorías han evolucionado en la perspectiva de la *composición* de intereses, la garantía de coexistencia y estrategias de cooperación, en vez de la *imposición* de una determinada voluntad.¹⁶ Esto es verdad para el derecho internacional positivo, si nos quedamos en ese paradigma conceptual no iremos muy lejos para alcanzar la comunidad mundial que la sociedad reclama. Requerimos revoluciones en las representaciones morales,¹⁷ *eunomia*,¹⁸ *pactum subjectionis*.¹⁹ Dicho lo anterior cabe expresar los cuestionamientos de la presente investigación: ¿cuál es el sistema legal que rige el contrato de

13 Cfr. Weil, Prosper, “Contrats entre Etats et particuliers”, *Recueil des Cours*, vol. III, t. 128, 1969, p. 102.

14 Simma, Bruno y Paulus, Andreas, “The «International Community»: Facing the Challenge of Globalization”, *European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 2, 1988, <http://www-ejil.org/journal/Vol19/No2/art2.html>.

15 Rigaux, François, “Hans Kelsen on International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 2, 1998, <http://www-ejil.org/journal/Vol19/No2/art2.html>.

16 Faria, José Eduardo, *op. cit.*, nota 2, pp. 128 y 129.

17 Habermas, Jürgen, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, 1988, p. 26.

18 Allott, Philip, *Eunomia. New Order for a New World*, Oxford, Oxford University Press, 1990, p. XXVII.

19 Ferrajoli, Luigi, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 178.

Estado internacional?, ¿cuál es la naturaleza jurídica del contrato de Estado internacional?, ¿existe un sistema jurídico especial que regule al contrato de Estado internacional diferente al sistema legal nacional o al internacional?, ¿qué relación existe entre el sistema jurídico que regula el contrato de Estado internacional y el derecho internacional?, ¿qué relación existe entre el sistema jurídico que regula el contrato de Estado internacional y los derechos nacionales?, ¿qué relación existe entre el sistema jurídico que regula el contrato de Estado internacional y la llamada *lex mercatoria*?, ¿cuáles son los alcances y límites del sistema jurídico que regula el contrato de Estado internacional?, ¿cuáles son los elementos del contrato de Estado internacional de acuerdo con el sistema jurídico que lo regula?

La presente investigación se ubica, por tanto, en la discusión de la relación existente entre el derecho internacional y los derechos nacionales u otros tipos de derecho, como la *lex mercatoria*. En cuanto a la materia, y desde el punto de vista del derecho nacional, el tema es parte de la llamada regulación de la inversión extranjera; según el derecho internacional, se trata de la regulación de los flujos de inversión por el sistema internacional, desde esta perspectiva el tema forma parte del derecho internacional de contratos;²⁰ este último forma parte del derecho internacional consuetudinario, constituye un fragmento de la nueva aproximación al derecho internacional general, se opone al derecho internacional de tipo vatteliano y se acerca al derecho internacional de tipo kantiano.

Nuestro trabajo trata de la contratación internacional en general, y en particular del contrato de Estado internacional. Debido a que en el *commercium* internacional confluyen intereses particulares de los contratantes y de la sociedad internacional, situación que ha sido ignorada por las leyes nacionales y el derecho internacional general, partimos de las exigencias de la comunidad mercantil mundial y de ahí hacemos propuestas para la discusión legal. Consideramos que el orden jurídico debe tomar conocimiento de unos y otros intereses y establecer el régimen legal más conveniente a todos.

Desde esta perspectiva, el presente esfuerzo busca dar una explicación coherente a la realidad global. Un punto adicional es necesario. Si bien se enfoca en las necesidades, se deja el cómo para otros trabajos.

El trabajo se integra de cinco secciones. En la introducción se ubica al CEI en el contexto de la globalización. Se distingue al proceso globalizador de los procesos de internacionalización. Se analiza la relación que

²⁰ Fatouros, A., *op. cit.*, nota 2, p. 139.

guarda la globalización con las teorías del Estado nacional, en particular la teoría soberana. Se describe la visión legal internacional anterior al proceso globalizador y la necesidad de nuevas explicaciones conceptuales a partir de este último fenómeno.

En el capítulo primero se analiza la relación entre los sistemas jurídicos nacionales y el internacional. Se parte del supuesto de que para poder entender la norma contractual que constituye el CEI es necesario ubicarla en el sistema legal al que pertenece. Al ser el CEI un contrato relacionado a diversos sistemas legales, en este capítulo se busca explicar la relación entre dichos sistemas legales para después ubicar al CEI en cada uno de ellos.

El capítulo segundo analiza la confusión entre el procedimiento contractual y la naturaleza de la norma contractual en general. Este capítulo y el anterior constituyen el marco teórico de la investigación.

El capítulo tercero analiza diversas figuras legales relacionadas con el CEI. En efecto, el CEI, al ser un vehículo para canalizar inversión extranjera a un país, se encuentra vinculado a diversas instituciones relacionadas con el derecho internacional de la inversión extranjera. Por otro lado, la mayor parte de las veces el CEI cobra vida mediante instituciones de derecho nacional. En este capítulo se analiza la diferencia entre actos de imperio y gestión; se diferencia al CEI del contrato administrativo; se explica la relación que guarda con las teorías de expropiación, protección diplomática, doctrina Calvo, jurisdicción ante terceros países, tratados de protección a la inversión.

El capítulo cuarto analiza el CEI en su vertiente de proceso contractual y norma. Discute la desigualdad legal de las partes y su diversa naturaleza, los objetivos que se pretenden con este tipo de contratos, los principios que le rigen y las cláusulas que le integran. Asimismo, se discute la teoría tradicional sobre el CEI y se proponen nuevas aproximaciones que, en nuestro parecer, explican mejor el fenómeno. Finalmente se describen las consecuencias legales durante la vida del contrato de su ejecución y los remedios en caso de incumplimiento.

Cabe advertir que a lo largo del trabajo muchos términos se conservan en el idioma en que generalmente son utilizados por la doctrina, la traducción al español muchas veces no existe, es impropia o simplemente no se usa en el foro. Las citas de las resoluciones de los diversos tribunales nacionales o internacionales siguen la nomenclatura utilizada por cada Corte. Si bien ello significa heterogeneidad en el trabajo, ayudará a los lectores interesados en un caso, a su rápida localización.