

LOS ESTADOS Y LAS EMPRESAS PUBLICAS EN SU CONDICIÓN DE SOCIOS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL (*)

Bernardo M. Cremades

Abogado de Madrid

Catedrático de la Facultad de Derecho

Hasta hace bien poco, la aceptación del arbitraje en el mundo de los negocios internacionales pasaba por el lógico recelo de quienes partían de una concepción clásica del concepto de soberanía, que miraba con malos ojos el hecho de que conflictos comerciales de empresas nacionales estuvieran domiciliados al margen de las fronteras territoriales. La internacionalización de la economía mundial y los fenómenos de cooperación e incluso de integración supraestatal cambiaron la «soberanía de vitrina» hacia una negociación soberana entre Estados. Al ratificar convenios internacionales en materia de arbitraje, el Estado cede voluntaria y negociadamente sus facultades exclusivas de conocimiento de conflictos relativos a las empresas de su nacionalidad, comprometiéndose a ejecutar en sus fronteras las soluciones arbitrales a las que tras el procedimiento pactado entre las partes se pueda llegar. Es decir, el concepto clásico e inmaculado de soberanía pierde terreno por exigencias de la cooperación internacional. El Estado que

(*) Ponencia presentada en el VI Congreso de la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados, celebrada en Mar del Plata (Argentina), el día 20 de noviembre de 1964.

ratifica convenios no por ello pierde sus facultades soberanas, sino que negocia sobre ellas precisamente en ejercicio de su propia soberanía.

Es bien sabido que el carácter latino tiende a exagerar emocionalmente las polémicas. Y no cabe duda de que en torno al arbitraje existe en los países de habla española una viva discusión mitificadora, en unos casos, y agresivamente desmitificadora en otros, sobre el valor que haya que darse dentro del Ordenamiento jurídico a la institución arbitral. Pocas personas estarían tan autorizadas a expresar lo indicado como el Profesor Guasp, cuando nos indica que «frente al arbitraje, no existe ningún grupo de juristas que no reaccionase vivamente, en favor o en contra, y acaso sea la mejor manera de diagnosticar la concepción del derecho que cada uno tiene, la de preguntarle, en sustancia, qué opina del arbitraje». Efectivamente, el arbitraje ha desatado una quizá excesivamente encendida polémica en los países de habla española.

En el arranque de dicha polémica, se encuentra un cierto tufillo tercermundista de protección frente al exterior — la propia del político o incluso del jurista de un país importador de capitales y tecnologías y, al mismo tiempo, exportador de mano de obra y de materias primas — que pretende defenderse frente a eventuales abusos del exterior. Como botón de muestra al respecto me voy a permitir traer aquí a colación la opinión de un respetado jurista español, altamente significativa por reflejar una postura encendidamente polémica frente al arbitraje comercial internacional. El Profesor Federica de Castro, maestro de todos los juristas españoles y antiguo juez de la Corte Internacional de Justicia, escribía todavía en 1979 que la cláusula compromisoria ha sido «impuesta por las fuerzas más o menos ocultas que manejan el tráfico internacional, para liberarse de cualquier disposición legal que les resulte molesta; lo que ha hecho del arbitraje un instrumento tan eficaz como peligroso». Continúa hablando de «la poderosa corriente de intereses y de pensamiento que suele llamarse la nueva *lex mercatoria*». Para el conocido civilista español hay una verdadera campaña internacional de orquestación para conseguir «hacer del arbitraje un

míto, respecto del que parece sacrilegio cualquier consideración crítica».

Si traigo aquí a colación la opinión de este gran jurista, a modo de muestra de lo que todavía puede leerse en ciertos manuales jurídicos hoy estudiados en las Facultades de Derecho, a lo ancho y a lo largo de la geografía mundial en los países de habla española, es precisamente para que quede en el punto de partida de mis observaciones el prisma ciertamente tercermundista que reina todavía en muchos países y que es la causa de no pocas dificultades para entender todo lo relacionado con el mundo del arbitraje. A la postre, la llamada *Cláusula Calvo* es fiel reflejo de cuanto venimos diciendo. Y constituye la cristalización de un ambiente poco favorable al sometimiento a fórmulas de solución de conflictos mercantiles que escapen al monopolio jurisdiccional del propio Estado. El diálogo Norte-Sur se encuentra muchas veces imposibilitado por el hecho de que el lenguaje empleado viene a ser distinto; frente a la aceptación del arbitraje y de fórmulas de autocomposición en el comercio internacional, en los países altamente industrializados, perdura todavía en los no desarrollados la mitificación de sentido contrario del juez estatal y de cuantos organismos y personas estén investidos y respaldados por la soberanía nacional.

El hecho de que muchos empresarios de habla española utilicen con regularidad el arbitraje como solución de sus conflictos mercantiles internacionales, la realidad palpable de que los Estados, sus administraciones y sus empresas públicas firman constantemente cláusulas de arbitraje y se sometan sin problemas ulteriormente al procedimiento que de las mismas surja es buena prueba de que algo importante está cambiando. Quizá no se hayan enterado todavía algunos sectores de la doctrina universitaria, alejados de la realidad vivida en un mundo dinámico y constantemente en evolución como es el del comercio internacional, pero no cabe duda de que efectivamente los empresarios y sus juristas tienen ya acreditada experiencia en procedimientos de arbitraje. En algunos países, incluso, esta variación es ya un hecho y una realidad en la jurisprudencia

de los tribunales, hasta el punto de que, por ejemplo, el Tribunal Supremo español no tuvo inconveniente en indicar en 1981 que quien, tras haber firmado una cláusula de arbitraje, no acudiese al procedimiento pactado, actúa «com un desprecio inadmisibile de los más elementales principios del tráfico jurídico internacional».

Constatar que los Estados, sus administraciones y sus empresas públicas participan hoy activamente en el mundo del arbitraje comercial internacional supone, no tanto admitir que el pacto de arbitraje no atenta a la soberanía de los Estados cuyas empresas así lo convienen, cuanto que lo propios Estados cuando participan en el comercio internacional se someten a las habituales reglas del juego. Y una de ellas, *fundamental*, es la de que la solución de los conflictos en relaciones comerciales desnacionalizadas debe pasar por una institución neutral. Si los jueces estatales son por hipótesis independientes, puede que no sean neutrales tratando de resolver conflictos mercantiles internacionales en los que pueda verse afectado alguien de su nacionalidad; mucho más, si una de las partes es el propio Estado, en cuyo organigrama público se encuentra incardinado el o los funcionarios encargados constitucionalmente de solventar los litigios. En resumen, la presente sesión abre un diálogo en profundidad sobre uno de los temas más vivos y actuales en el Derecho mercantil internacional.

Entidades públicas susceptibles de participar en el comercio internacional

Es clara la diferente situación en la que se encuentra el Estado o sus administraciones públicas respecto de sus empresas públicas. Estas habitualmente adoptan una personificación jurídico-mercantil, de forma que detrás del velo de, por ejemplo, una sociedad anónima se oculta su titularidad jurídico-pública.

La personificación jurídico-privada de las empresas nacionales no hace desaparecer, sin embargo, una problemática en la consideración del tema que nos ocupa. Las empresas nacionales son respaldadas por su propio Estado quien difícilmente,

si no es perdiendo credibilidad internacional, puede dejar caer en quiebra alguna de sus empresas. Es decir, los compromisos contraídos por las empresas nacionales a la postre serán atendidos por el presupuesto público a través de las ampliaciones y disminuciones de capital que legalmente exijan las pérdidas acumuladas en el balance. En no pocos países los Estados han creado instituciones administrativas que actúan a modo de organismo *holding* de empresas nacionales. Es el caso español, por ejemplo y entre otros, del Instituto Nacional de Industria, organismo autónomo de la administración pública española y, al mismo tiempo, titular de buena parte del capital de las llamadas empresas nacionales. Estas, en principio, tienen autonomía propia; sin embargo, están sometidas al fuerte control del organismo propietario de su capital, de forma que bastantes decisiones empresariales requieren la previa autorización del Instituto Nacional de Industria. Naturalmente, tiene el lógico recelo para avalar o afianzar las operaciones de sus diferentes empresas, pues, en tanto que Administración pública, sus compromisos serán cumplidos por el Estado español.

De todo ello puede deducirse que no es lo mismo, desde el punto de vista de la credibilidad internacional de los compromisos, cuando éstos son suscritos directamente por un Estado tras el acuerdo del Consejo de Ministros, por un organismo de la administración central del Estado, por una administración autonómica regional provincial o municipal, o por una empresa pública. En este último caso, cabría esgrimir la limitación de responsabilidad que encubre la personificación jurídico-privada, en los demás las responsabilidades recaerán a la larga, directa o indirectamente, sobre el presupuesto nacional del Estado. Bien puede decirse que los compromisos internacionales de un determinado ayuntamiento afectan exclusivamente a dicha administración pública municipal, pero difícilmente el Estado en cuestión podrá permanecer al margen de los efectos desahreditadores que un incumplimiento tal puede tener en el crédito internacional.

Sin necesidad de que participen directamente entidades públicas en el tráfico comercial internacional, pueden verse

implicadas en el mismo como consecuencia de actividades exteriores de empresas nacionales. La mayoría de los Estados con un cierto nivel de desarrollo industrial se preocupan de dotar a la industria nacional de un sistema privilegiado de financiación en las operaciones con el exterior. Hoy se exporta por la calidad de los productos, pero también por la financiación que pueda ofrecerse al comprador que exige, en no pocos casos como condición indispensable, la existencia de un aseguramiento público frente a la insolvencia del comprador. De esta forma, el Estado queda implicado en operaciones de comercio exterior no sólo de sus empresas públicas sino de aquellas empresas residentes en su territorio que pretendan beneficiarse de la financiación y/o aseguramiento públicos, configurados como eficaces instrumentos para la promoción de las exportaciones.

Com razón se distingue entre las diferentes consecuencias que tiene la aparición del Estado *iure imperii* o *iure gestionis* en el mundo internacional de los negocios, es decir en el ejercicio de facultades soberanas o en su participación en el tráfico mercantil internacional como un comerciante más. En el primero de los casos, es lógico el respeto inmaculado a su soberanía, pues sus actuaciones son producto de la gestión de intereses públicos. Quando participa el Estado en el tráfico mercantil internacional, desciende en cierta forma de suposición soberana, se convierte en comerciante y, como indicó gráficamente Lord Wilberforce, «once a trader, always a trader». La distinción es clara desde un punto de vista teórico, pero la práctica se encarga de su difuminación. Piénsese que, por ejemplo, en no pocos Estados la inversión extranjera que se autoriza va, en cierta forma, orientada al fomento de las exportaciones; se potencian inversiones extranjeras, al objeto de fomentar las exportaciones con la correspondiente repercusión beneficiosa que ello tiene en la balanza comercial; la inversión es el producto de un cierto acuerdo entre la empresa inversora y el país receptor, con posibles consecuencias fiscales, de control de cambios, de participación en un mercado cuya libre competencia en cierta forma se restringe, licencias de importación y exportación, ...¿Dónde comienza en este caso la actua-

ción estatal *iure gestionis* y dónde la *iure imperii*? Los temas antes indicados constituyen, en principio, manifestación indudable del ejercicio de facultades soberanas; pero cuando son concesiones estatales a una estrategia empresarial concertada pierden en buena medida su carácter original. En este punto, la distinción se diluye como lógica consecuencia de otras muchas zonas grises que se introducen en la actividad del Estado moderno, son los efectos jurídicos que conlleva la intervención estatal en diferentes sectores económicos de la sociedad actual.

No creo conveniente deba darse la importancia concedida por algunos, en la doctrina, al hecho de que la participación pública sea en el comercio internacional o en relación a inversiones extranjeras. En ambos casos el concepto es el mismo: participación del Estado o de sus entidades públicas en los negocios internacionales. Lo importante es que pacte un ente soberano con un particular, no que aquél pacte con éste con ocasión del comercio internacional o de una inversión proyectada. Los efectos vienen a ser los mismos.

Lo relevante es, en definitiva, la cualidad jurídico-pública de quienes intervienen en la contratación, para analizar las consecuencias que conlleva la contratación con un ente soberano. Bien entendido que en el momento actual la nitidez de la diferenciación desaparece con frecuencia. Pienso, en concreto, en los acuerdos de cooperación entre Estados soberanos que constituyen verdaderos contratos-marco para la ulterior articulación contractual entre particulares de uno u otro Estado. Me refiero igualmente, a los contratos de compensación que cada día se hacen más frecuentes como retribución en especie y a modo compensatorio de grandes suministros, a menudo de armamento. En estos casos, los acuerdos entre Estados son cumplimentados por diferentes contratos entre empresas privadas de diferente nacionalidad. Pero en todos ellos encontramos a un ente soberano participando en el mundo de los negocios internacionales.

Con razón resalta Böckstiegel la diferente aproximación al respecto en los países socialistas y en los Estados occidentales, aunque el resultado venga a ser el mismo. Y no podría ser de

otra forma porque en el momento contemporáneo, y mucho más en temas de negocios internacionales, asistimos a una pragmática aproximación de las instrumentaciones socialista y occidental de la economía. Es precisamente en este marco en que nos movemos donde por ambas partes se han efectuado más concesiones, originariamente ideológicas, en favor de un entendimiento internacional.

En fin, no quiero concluir estas indicaciones iniciales sin resaltar la importancia jurídica que la matización de internacionalidad lleva consigo. En muchos países del área occidental la jurisprudencia de los Tribunales Supremos ha ratificado la plena validez y eficacia del sometimiento a arbitraje internacional; es decir, se han hecho saltar jurisprudencialmente por los aires las limitaciones existentes en el ordenamiento doméstico frente a eventuales cláusulas de arbitraje. Es conocida la decisión de la Corte de Casación francesa de 1.966 diciendo que no rigen en el comercio internacional las limitaciones establecidas en el Derecho interno, para que pueda someterse a arbitraje la administración pública. Dicha dualidad de regulaciones jurídicas frente al arbitraje, ya sea para el comercio interno o internacional, está haciendo fortuna en bastantes países. En España la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo es clara a la hora de determinar esa diferenciación, estableciendo que la Ley interna de 1.953, reguladora del arbitraje, sólo hace referencia al arbitraje doméstico, mientras que el internacional debe quedar enmarcado en el articulado de los convenios internacionales ratificados por España sobre la materia. Y en concreto España, al igual que otros muchos países, ha ratificado el Convenio Europeo de Ginebra de 1.961, en cuyo artículo segundo se faculta a las personas morales de derecho público para concertar válidamente acuerdos o compromisos arbitrales; si el Estado español no hizo reservas ni limitaciones a la hora de ratificar dicho Convenio, es lógico que los jueces españoles tengan que dar trato diferenciado al arbitraje interno y al arbitraje internacional, muy especialmente con ocasión de la participación de entidades públicas.

La invocación de inmunidades y privilegios de las entidades públicas

La participación de entidades soberanas en el comercio internacional refleja un desdoblamiento entre quien, en su ejercicio de «puissance publique», trata con sus ciudadanos con la lógica y constitucional superioridad y quien, al contratar en el mundo de los negocios internacionales como un comerciante más o como cualquier otro hombre de negocios, se somete a las reglas usuales de comportamiento. Esta es, en definitiva, la lógica interna, en cierta forma contradictoria, entre las facultades soberanas y la participación como uno más en las relaciones económicas internacionales.

El Estado y las administraciones públicas no deben olvidar en su contratación internacional el control presupuestario y sobre todo político, en el marco de sus instituciones jurídico-públicas. Pero tampoco pueden prescindir de sus compromisos frente a terceros al margen de su soberanía.

Las cuestiones fundamentales, que laten detrás de los posibles privilegios de las entidades públicas en su contratación, se centran fundamentalmente en torno a si su condición de Estado soberano le permite invocar inmunidad de jurisdicción ante cualquier procedimiento arbitral que pueda iniciarse en base a la cláusula arbitral convenida en alguno de sus contratos internacionales, y si, ulteriormente, puede esgrimir excepción de inmunidad frente al deseo de ejecutar sobre sus bienes el fallo de la sentencia arbitral condenatoria.

Ambas cuestiones vienen precedidas de la relativa a los requisitos exigidos para la validez del sometimiento a arbitraje de las entidades públicas.

1. *Requisitos para la validez del sometimiento a arbitraje de las entidades públicas:* en este y en todos los temas relativos al régimen excepcional de las entidades públicas para someterse a arbitraje es necesario efectuar una clara excepción al respecto. Me estoy refiriendo al régimen jurídico de las empresas

públicas, las cuales por su personificación mercantil no escapan al régimen general, rigiéndose su validez y eficacia por la normativa establecida al efecto en el tráfico mercantil.

Los Estados y sus administraciones suelen tener en todos los ordenamientos jurídicos limitaciones que en muchos casos tienen rango constitucional. La división de poderes y el lógico control presupuestario de las administraciones públicas se reflejan en preceptos constitucionales como los citados a continuación de la vigente Constitución Española: «Las administraciones públicas sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes» (art. 133, párrafo 4.º), o «Los presupuestos generales del Estado incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal» (art. 134).

Para evitar eventuales fugas al control presupuestario del poder legislativo sobre el ejecutivo es frecuente en muchos ordenamientos encontrar disposiciones parecidas a la contenida en el artículo 39 de la Ley Presupuestaria española cuando nos dice que «no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, y previa audiencia del de Estado en pleno». Es decir, el ordenamiento jurídico quiere establecer unos requisitos especiales para que las administraciones públicas acudan a arbitraje o a solución transaccional; la idea es bien clara: sólo los jueces del propio Estado pueden, desde su independencia, establecer las consecuencias de ciertos compromisos, y para precisar éstas al margen de la actividad judicial se imponen especiales requisitos.

Como es bien sabido, el tema ha sufrido una especial agilización en materia de arbitraje comercial institucional. El Convenio Europeo de 1.961 precisa en

su artículo segundo que «las personas morales consideradas por la ley a ellas aplicable como personas morales de derecho público estarán facultadas para concertar válidamente acuerdos o compromisos arbitrales». Los Estados a la hora de ratificar el convenio en cuestión, pueden establecer las limitaciones que tengan por conveniente, entendiéndose que si no lo hicieran — como en el caso español — la ratificación tiene lugar de forma general e indiscriminada.

La construcción jurídica de todo lo indicado tiene una base clara y sólida: frente a sus ciudadanos, el Estado necesita especiales requisitos para transigir extrajudicialmente o para someter sus eventuales litigios a arbitraje, como medida de especial garantía al eficaz control presupuestario sobre la actividad y los compromisos de la administración pública; los acuerdos de arbitraje comercial internacional que puedan establecer las administraciones públicas españolas se introducen de lleno en el marco de las reglas de juego del tráfico mercantil internacional y, entre ellas, la agilización producida por los tratados sobre arbitraje. La diferenciación no constituye sino la normal manifestación y consecuencia lógica del desvestimiento de soberanía del Estado y de sus administraciones, cuando actúan en el tráfico mercantil internacional.

2. *La eventual inmunidad de jurisdicción:* una vez que el Estado o sus administraciones públicas han suscrito una cláusula de arbitraje, se han comprometido con carácter internacional y de forma irrevocable. Es decir, el convenio arbitral implica *per se* una renuncia a eventuales excepciones de inmunidad de jurisdicción. Esta no existe ni se puede utilizar como excepción cuando la actuación del Estado o de sus administraciones públicas se encuentra dentro de lo que se ha venido en calificar *iure gestionis*; pero incluso en el caso de sus actividades *iure imperii*, el

convenio arbitral ha de entenderse como renuncia implícita a toda inmunidad de jurisdicción.

A mi juicio, no valdría argüir el hecho de que quienes firmaran el acuerdo arbitral, en representación de las administraciones públicas de un Estado, no hubieran cubierto los requisitos internos establecidos por su ordenamiento jurídico público para la validez de las cláusulas arbitrales. Así se puede argumentar en base a lo dispuesto en el artículo segundo del Convenio Europeo de 1.961 y de forma más global por lo que implica de participación del Estado en el tráfico mercantil internacional, sometiénose a sus específicas reglas del juego. De la misma forma que quien con apariencia innegable de poder suscribe unos compromisos en representación de una empresa, los convierte en eficaces por exigencias de la seguridad en el tráfico; igualmente emerge la presunción de validez contenida en la apariencia de apoderamiento que supone contraer unos compromisos por representantes de administraciones públicas frente a terceros en el tráfico mercantil internacional. Todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudieran incurrir aquellos representantes que firmaran convenios de arbitraje, en representación de administraciones públicas, sin haber solicitado previamente las autorizaciones que su propio ordenamiento pudiera establecer al efecto. Sin embargo, frente a terceros, los compromisos contraídos serían perfectamente vinculantes, salvo que pudieran cuestionarse poniendo en duda los requisitos esenciales para la validez y eficacia de los contratos. Pero esta cuestión presupone, por hipótesis, el abandono de privilegios de inmunidad y obliga a descender a la arena de la discusión jurídico-privada.

3. *Posible excepción de inmunidad de ejecución:* desde la óptica del ordenamiento jurídico interno de un país, ya hemos visto que sólo es posible, como regla gene-

ral que las administraciones públicas sean condenadas por sus jueces y tribunales estatales. Incluso, cuando éstos han pronunciado una sentencia condenatoria, es frecuente encontrar disposiciones que prohíban «dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda Pública» (art. 44 de la vigente Ley Presupuestaria Española). Se dice que, el cumplimiento de las resoluciones judiciales corresponde «exclusivamente a la autoridad administrativa que sea competente por razón de la materia», y que ésta «acordará el pago en la forma y con los límites del respectivo presupuesto, y si para el pago fuere necesario un crédito extraordinario o un suplemento de crédito, deberá solicitarse de las Cortes uno u otro dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial (igualmente, art. 44 de la mencionada Ley)». El principio de separación de poderes implica el control presupuestario y la necesaria intervención de la administración pública para el cumplimiento de las sentencias judiciales que hubieran sido dictadas en su contra.

Sin embargo, este esquema no rige para los compromisos contraídos al margen de nuestras fronteras, cuando éstos son objeto de sentencias judiciales o arbitrales dictadas fuera del territorio soberano. El juez al ejecutar sus propias sentencias judiciales o las arbitrales no está sometido a todas estas restricciones respecto del Estado extranjero contra el que se pide la ejecución. Con razón dice el artículo 55 del Convenio de Washington de 1.965, que lo dispuesto en materia de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, en el marco de dicho tratado, no puede ser interpretado «como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado contratante, relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero». El sometimiento a arbitraje y el desarrollo ulterior del procedimiento arbitral afectan a la

inmunidad de jurisdicción, pero la pretendida inmunidad de ejecución camina por otros cauces.

La problemática en torno a la inmunidad de ejecución se encuadra más en el ordenamiento del país donde se solicita la ejecución que el del país contra el que se pretende ejecutar, pues si la ejecución se solicitara en este último el cumplimiento de los compromisos debería pasar por los cauces establecidos al efecto por la ley presupuestaria. La ejecución contra un Estado o una administración pública extranjera en un determinado país, es un problema de difícil solución jurídica y sobre todo diplomática. En algunos casos muy claros, el tema está solucionado por el Convenio de Viena de 18 de Abril de 1.961, relativo a los privilegios e inmunidades diplomáticas, cuando dice que los bienes afectos a la actividad de los agentes diplomáticos están amparados por la inmunidad, tanto de jurisdicción como de ejecución. Pero hay otros muchos bienes no cubiertos, a mi juicio, por el Convenio de Viena que son los que han exigido diversas precisiones en las legislaciones nacionales, entre las que constituyen un prototipo las dictadas en Estados Unidos, en el Reino Unido, o en Canadá. Sin embargo, constituiría un grave error de óptica pretender generalizar los criterios contenidos en legislaciones domésticas al respecto, pues sólo tienen validez y eficacia dentro del país en cuestión. El intento de generalizar las distinciones y matizaciones efectuadas por dichas legislaciones domésticas a otros países carece totalmente de sentido. Constituyen una pieza más del Derecho procesal interno del país en cuestión.

En otros muchos ordenamientos jurídicos hay que acudir a la jurisprudencia de los tribunales para ver cuál es el comportamiento diario sobre la materia. Antes, la jurisprudencia más generalizada en muchos países era la de admitir y aplicar la llamada teoría absoluta de la inmunidad de ejecución. Hoy parece

tener más adeptos la llamada *teoría relativa*, la que sólo admite la excepción de inmunidad de ejecución para aquellos casos que no impliquen participación del Estado o de sus administraciones públicas en el comercio internacional y tengan su origen, exclusivamente, en actos propios del *iure imperii*. Igualmente existe una tendencia, bastante generalizada en la jurisprudencia de muchos países occidentales, que distingue la eficacia de la inmunidad de ejecución, según que se trate de bienes de un Estado extranjero afectos en cierta medida a una actividad comercial o de aquellos otros que son única y exclusivamente utilizados para funciones públicas o actividades soberanas. Como es lógico, estas líneas jurisprudenciales no son sino líneas de comportamiento y por lo tanto dejan, en la práctica, importantes zonas grises; me estoy refiriendo, por ejemplo, al comportamiento no claro y definitivo de los tribunales estatales en torno a la posible ejecución, o no, de compromisos contractuales frente a cuentas corrientes de los Bancos centrales extranjeros.

Toda esta materia tiene una gran relación con la llamada protección diplomática, de difícil caracterización jurídica. ¿Hasta qué punto un Estado que ha renunciado a su inmunidad de jurisdicción, sometándose a un procedimiento arbitral en el extranjero, puede solicitar de otro Estado la protección diplomática para impedir la ejecución del eventual laudo arbitral sobre bienes de propiedad o de sus administraciones públicas situados al margen de sus fronteras?. Si estos bienes no están cubiertos por la inmunidad diplomática concedida a nivel internacional por un convenio, colocará al Estado que recibe la solicitud de protección diplomática en una comprometida situación. Esta consiste principalmente en el hecho de que recibe presiones de un Estado extranjero en favor de garantizar su inmunidad en fase de ejecución,

pero por otro lado corresponde a sus jueces conceder o denegar con total independencia la excepción al respecto, pues estos con arreglo a cualquier constitución occidental deben ser «independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley» (art. 117 de la vigente Constitución Española). ¿Hasta qué punto la intervención de los funcionarios del Ministerio de Asuntos Exteriores puede ser eficaz y en qué medida puede constituir una presión tipificada en el Código Penal por intromisión ilícita en actividades de la exclusiva competencia de los jueces?

En materia de inmunidad de ejecución cobran especial importancia los términos en los que se encuentre redactada la cláusula de sometimiento a arbitraje. Cuando una de las partes sea un Estado soberano, o una de sus administraciones públicas, es aconsejable se incluya una clara renuncia, tanto a la inmunidad de jurisdicción como a la inmunidad de ejecución. Salvo en los casos de cobertura por vía de tratado internacional o de aplicación de una legislación doméstica clara sobre la materia, los jueces deberán atender, más que a las presiones diplomáticas, a la redacción del texto de renuncia a tales posibles excepciones. En la idea de que si se ha renunciado de forma tajante, la excepción del Estado extranjero deberá ser, no sólo denegada, sino considerada como verdadero y auténtico abuso de derecho, generador de las responsabilidades que puedan derivarse del *venire contra factum proprium*. En cualquier caso, contraria a las reglas de la cortesía que no son sino clara manifestación de los principios generales del Derecho internacional que deben regir la conducta de los Estados.

Restricciones a la libre elección de ley aplicable

El Derecho Internacional actual ha sido hasta hace bien poco el aluvión de un largo proceso que se remonta a la Europa

de la Edad Media. El resultado ha sido un protagonismo exclusivo y, en ciertos momentos, excluyente del Estado como sujeto por excelencia de las relaciones internacionales. Además, el surgimiento del llamado Derecho Internacional Privado como conjunto sofisticado de métodos posibles para la regulación jurídica del tráfico externo, la coordinación entre el derecho extranjero y el derecho del foro como método de atribución, aparece en muchas ocasiones como construcción puramente dogmática de un conjunto de elementos enzarzados con una rígida lógica jurídica. El llamado Derecho Internacional Privado aparecía hasta hace bien poco como un mosaico de normas jurídicas dictadas por los diferentes Estados, que actuaban en el mundo de las relaciones internacionales a modo de reinos de Taifas. La labor del jurista venía quedando reducida al estudio de los conflictos de leyes y al establecimiento de unas lógicas normas de conflicto, presididas en buena medida por la implacable eficacia de una guadaña, utilizada a veces jurisprudencialmente con exceso, llamada *orden público*.

La lectura de algunos manuales españoles de Derecho Internacional Privado da la impresión de que sus autores contemplan con enorme complacencia el ombligo de la existencia de su propia disciplina, pero sin acercarse a la realidad de la cooperación internacional en el momento actual. La encendida polémica en torno a las ventajas y los inconvenientes del método conflictual pueden dejar perplejo en gran medida al práctico de las relaciones económicas internacionales. En pocos sectores del ordenamiento jurídico español hay un alejamiento más distante entre la ciencia y la práctica. Todo ello agravado en los países de habla española por el encumbramiento que realiza gran parte de la mejor doctrina — anclada con exceso en el positivismo jurídico — del juez estatal y de la legislación doméstica. La consecuencia ha sido el desorbitado uso y abuso del *orden público* «como el medio más cómodo y fácil de fundamentar la competencia de la ley española respecto de relaciones y situaciones de tráfico jurídico externo, hasta tal punto de que es lícito preguntarse aquí si, en la dialéctica entre ley nacional y orden público, el papel jugado por éste en la prác-

tica española es el de regla más que el de excepción» (Carrillo Salcedo).

La actividad mercantil internacional escapa en buena medida a los esquemas y al método de trabajo del llamado Derecho Internacional Privado, excessivamente conectado todavía en España a sus orígenes civilísticos. Las normas materiales de derecho internacional privado, como reconocimiento de una regulación sustantiva vivida y vigente en el comercio internacional, son una de las primeras grietas en ese edificio lógico y tan aparentemente bien construido, pero de escasa solidez si se trata de utilizar sobre las bases de un extraordinario cambiante quehacer en el mundo de los negocios internacionales. Los empresarios han generado espontáneamente su derecho profesional, no como escapatoria a las legislaciones nacionales, sino precisamente porque éstas no han sabido dar respuesta a un fenómeno que escapa a sus posibilidades de captación: la desnacionalización en buena medida del tráfico mercantil, como consecuencia de la cooperación internacional. Esta grave fisura que ha supuesto, sin lugar a dudas, la aparición de un derecho desnacionalizado y el surgimiento de un derecho mercantil unificado por tratados internacionales o respaldado inter-estatalmente en el marco de las Naciones Unidas, a través de la diaria labor de la UNCITRAL, ha visto agravadas sus consecuencias con la directa participación de los Estados y de sus administraciones públicas en el comercio internacional.

A partir de entonces, la cuestión es si el llamado Derecho Internacional Privado puede hacer frente al nuevo fenómeno internacional de cooperación y, sobre todo, si sus raíces civilísticas impiden la fertilidad de sus postulados y deben ceder el paso a la nueva óptica de internacionalización de los expertos en los diferentes sectores del ordenamiento jurídico y, en concreto, de los mercantilistas. Para ser más concretos en nuestro planteamiento, la gran duda consiste en saber si el llamado Derecho Internacional Privado ha dejado de ser *privado* para tener que admitir en su seno también al Derecho Público de

los Estados, como consecuencia lógica de un doble fenómeno: la encarnación de la principal actividad comercial en un marco jurídico público y la necesaria consecuencia de que la intervención del Estado o de sus administraciones públicas, aunque a título de comerciantes o de hombres de negocios, no puede separarse del ordenamiento jurídico-público que regula su vida y existencia.

Pensemos en un caso tan puramente jurídico-privado como es un contrato de *suministro* internacional, simplemente caracterizado por ser de grandes magnitudes. El fomento de la exportación aparece hoy en día como punto crucial de cualquier economía en un país medianamente industrializado. Hoy no se vende tanto por la calidad del producto y por su precio como por las facilidades de que el vendedor disponga para la financiación de su pago. No suele ser muy raro el supuesto de que en grandes contratos de suministro aparezca una empresa pública estatal vendiendo sus productos, con la financiación de bancos estatales en forma de crédito al comprador, asegurando el riesgo de incumplimiento o insolvencia de éste por medio de una compañía estatal del país exportador y financiador, todo ello complementado con especiales créditos flojos que, de una u otra forma, aparecen consignados en el Presupuesto Nacional bajo el epígrafe de ayuda a países en vías de desarrollo. ¿Hasta qué punto puede decirse que un contrato, en teoría puramente comercial, escapa a las disposiciones jurídico-públicas reguladoras del fomento a la exportación, de la financiación exterior al comprador, del aseguramiento frente al riesgo de insolvencia de éste o, sobre todo, de la ley presupuestaria que aprueba las partidas relativas a las ayudas a los países en vías de desarrollo?. El Derecho privado y el público aparecen inseparablemente unidos en éstos y en otros muchos temas, de forma que el llamamiento a una ley nacional como reguladora de un determinado contrato no puede ni debe dejar al margen el Derecho público de la legislación en cuestión. Y no porque tenga carácter de legislación de policía o de seguridad o de orden público, sino porque las partes buscan los productos objeto del suministro pero en determinadas condiciones de

financiación y aseguramiento que no pueden tener sino respaldo público ante las magnitudes de las cifras y de los riesgos.

Por otro lado, la intervención de un Estado o de sus administraciones públicas colorea en buena medida el carácter público de las disposiciones invocadas como ley aplicable. Si el Estado español suscribe un contrato regido expresamente por la ley española, ¿por qué limitar el contenido de ésta al ámbito de lo jurídico-privado, si la actividad de la administración pública difícilmente puede separarse del Derecho administrativo que la regula?. ¿Si el Estado español suscribe ese mismo contrato sometido a una ley extranjera, cómo justificar que su ley personal reguladora de la capacidad jurídica y de obrar no se encuentra referida al Derecho administrativo español?.

Es lógico que nos preguntemos también si la situación actual del comercio y de los negocios internacionales no exigen un replanteamiento de la línea diferenciatoria entre Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público. ¿Hasta qué punto los contratos mercantiles suscritos por un Estado soberano no son verdaderos contratos de Derecho Internacional Público?. Con razón ha definido Jiménez de Aréchaga el *tratado internacional* «como toda concordancia de voluntades entre dos o más sujetos del Derecho internacional, destinada a producir efectos jurídicos; es decir, a crear, modificar o extinguir un derecho». ¿Cuándo nos encontramos ante un tratado internacional?. La respuesta a esta pregunta, como también ha resaltado Jiménez de Aréchaga, no ha tenido fácil ni clara contestación en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia; mucho menos, en la práctica diaria de las relaciones internacionales. Cada día son más frecuentes los acuerdos de cooperación entre Estados soberanos, precisamente ejecutados por un conjunto de contratos exclusivamente mercantiles celebrados entre múltiples empresas. Sin ir más lejos, el campo más fértil en el momento actual de los acuerdos internacionales de compensación mercantil o industrial son precisamente los celebrados como contrapartida de acuerdos entre Estados para el suministro o la cooperación en materia de armamento. ¿Dónde comienza y dónde termina la naturaleza

jurídico-privada o pública de estos contratos internacionales que entrelazan indudables acuerdos de Derecho internacional público con contratos mercantiles de exclusiva naturaleza jurídico-privada?.

Si los tratados como fuente del Derecho Internacional Público presuponen la concordancia de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho internacional, ¿por qué no decir que la participación del Estado y de sus administraciones públicas en el comercio internacional no confiere una cierta personificación, aunque sea relativa, en las relaciones de Derecho internacional público a las personas físicas o jurídicas?. Si un Estado pacta con un particular le inviste un cierto y especial *status*, al ser sujeto de derechos y obligaciones frente a un Estado soberano. Hoy en el mundo de la banca internacional se ha acuñado el concepto de «riesgo soberano» como el de máxima garantía de solvencia. El hecho mismo de pactar con un Estado soberano le confiere al individuo o a la persona jurídica, al menos, el derecho de demandarle ante el Tribunal judicial o arbitral pactado.

En suma, los límites de lo *público* y lo *privado* en el Derecho internacional se confunden en extremo ante la importancia del intervencionismo estatal en temas económicos y más cuando éstos tienen eficacia transnacional, confusión que queda amalgamada como consecuencia del hecho cada día más frecuente de la participación de entidades soberanas en el tráfico mercantil internacional.

La grave crisis que ha introducido el dinamismo del tráfico mercantil internacional, tanto en el Derecho internacional privado como en el público, y la desconexión del legislador nacional al igual que su incapacidad para captar los fenómenos internacionales han dado lugar al progresivo fortalecimiento de lo que se ha venido en llamar nueva *lex mercatoria* como solución espontánea a una situación de crisis normativa. El 12 de julio de 1.929 el Tribunal Internacional de Justicia no tuvo inconveniente en declarar que «todo contrato que no es un acuerdo entre Estados, en tanto que sujetos de Derecho internacional, tiene su fundamento en una ley nacional». Desde

entonces hasta el momento actual las circunstancias han cambiado. Los árbitros en no pocas ocasiones no poden, sin faltar a la justicia, sacar conclusiones de uno u otro Derecho que resultara aplicable en función de las partes o de los objetos que intervienen en el conflicto, y a veces hay que acudir a una normativa desnacionalizada que late en el mundo de los negocios internacionales. El actuar así ha sido motivo de recursos ante los Tribunais judiciales estatales frente a decisiones arbitrales; se ha entendido que la decisión arbitral fundamentada en la nueva *lex mercatoria* internacional supondría un salirse del actuar en derecho para acudir a una formulación del laudo arbitral «*ex aequo et bono*», sin estar en su caso expresamente facultado por las partes para ello. Son extraordinariamente reconfortantes, en la actividad de los árbitros, las sentencias de los jueces estatales en la decisión de los recursos interpuestos que ratifican la conformidad al Derecho, al Derecho internacional mercantil de origen profesional, del actuar de aquellos árbitros que fundamentan su sentencia en esa nueva normativa que espontáneamente surge en torno a los comerciantes y a los hombres de negocios en su actividad internacional.

Los árbitros no están sometidos en su actividad decisoria al corsé de la legislación nacional, cuyas normas de conflicto necesariamente deben aplicar los funcionarios judiciales estatales. Por el contrario, se está generalizando el criterio, ya recogido en el Convenio Europeo de 1.961, en el sentido de que «los árbitros aplicarán la ley que proceda de conformidad con la regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada en el caso en cuestión» (art. 7). A los árbitros corresponde, en un momento de crisis tan aguda como el que atraviesa en el momento actual el Derecho internacional — tanto privado como público — frente al tráfico mercantil, la tarea de actuar a modo de *praetor peregrino*. Al igual que el *praetor* en la época romana se configuraba como puente entre los ciudadanos y los peregrinos — los primeros verdaderos titulares de derechos y obligaciones, los segundos influyentes motores del tráfico internacional —, en un momento de crisis del Derecho tradicional, hoy los árbitros deben solventar las deficiencias de un Derecho

internacional de origen estatal, alejado de los empresarios, incapaz de solventar las incongruencias de las diferentes legislaciones aplicables, desprovisto en muchos casos de conexión práctica con el mundo real de los negocios y, sobre todo, ajeno al amalgamiento entre lo *público* y lo *privado* que constituye la consecuencia lógica y esencial del actual Estado Social de Derecho que cada uno de nosotros queremos construir en nuestro respectivo País.

Excepciones a las reglas y usos del comercio internacional que implica la participación de entidades públicas

La participación del Estado o de sus administraciones públicas, en el mundo de los negocios internacionales, implica en ocasiones un replanteamiento de los criterios normales de funcionamiento entre los comerciantes o entre los hombres de negocios. Ello es así, en primero lugar, por la inevitable connotación pública de cualquier intervención de una entidad soberana, su en principio mayor repercusión debe estar dotada de unas consecuencias específicas. Por otro lado, la conexión entre quien negocia un contrato y quien se encuentra, al mismo tiempo, dotado de facultades legislativas que permitan en cierta forma modificar unilateralmente su encuadre, obliga a la otra parte contratante por lo menos a especiales cautelas.

La inevitable connotación pública de la actividad, aunque sea mercantil, de una entidad soberana cambia con frecuencia el espíritu de las relaciones contractuales. Pienso por ejemplo en el contrato de *comisión*; si el agente mediador ha de cumplir su función consiguiendo acuerdos de entidades públicas, ha de cuidarse en extremo la selección del comisionista, pues sus especiales vinculaciones hacia la entidad pública contratante puede desviar un contrato mercantil hacia zonas peligrosas del Código Penal. El contrato de agencia al servicio de Estados o entidades soberanas extranjeras tiene, en no pocos ordenamientos jurídicos, especiales repercusiones relacionadas con la normativa anticorrupción.

Las vinculaciones entre la entidad soberana contratante y los órganos legislativos, que puedan modificar eventualmente el encuadramiento normativo del contrato que se suscribe, obliga a los contratantes a reforzar el contenido y la precisión de ciertas cláusulas. Me refiero, por ejemplo, a la de fuerza mayor, que en estos casos debe tener especialísimas precisiones para evitar dejar en la mano unilateral de uno de los contratantes la validez y eficacia futuras de los acuerdos contractuales. Lo mismo sucede con las cláusulas de «hardship» o el condicionamiento suspensivo o resolutorio de un contrato a la obtención de autorizaciones administrativas. La cualidad de las partes que intervienen en tales contratos exige mayores precisiones, precisamente en garantía del fiel cumplimiento de los compromisos contractuales que se suscriben.

El carácter de entidades soberanas puede tener igualmente consecuencias ya que, en buena medida, escapan a ciertas restricciones habituales al comerciante. Me refiero, por ejemplo, a la normativa reguladora de la libre competencia en el mercado, cuando el Estado dispone de unos medios y participaciones sociales totalmente inaccesibles a la empresa privada. Un parecido planteamiento podría realizarse en materia de legislación anti-dumping; suele ser práctica bastante frecuente en el fomento de las exportaciones conceder subvenciones que faciliten el acceso al crédito internacional para la financiación de las exportaciones al comprador; con técnicas más refinadas, las empresas públicas se encuentran en muchos casos dotadas de beneficios financieros, no tanto por la financiación de entidades bancarias estatales en condiciones mejores a las de mercado, sino por el simple hecho de que las pérdidas de uno o varios ejercicios sociales pueden ser fácilmente subsumidas por disminuciones y correlativos aumentos de capital suscritos por el Estado.

El Estado y sus administraciones o empresas públicas son, en general, el mejor socio para actividades en su respectivo país. Sin embargo, la connotación pública que inevitablemente lleva su intervención y la conexión con los organismos con facultades legislativas o con las administraciones públicas

encargadas de controlar determinadas actividades, exige que las medidas de precaución y prudencia en la redacción de los compromisos comerciales sean extremadas. Mucho más, según hemos visto con anterioridad, si se piensa en la posible excepción de inmunidad y sobre todo de ejecución que pueda, en su día, esgrimirse en caso de litigio.

El nuevo moderno Derecho internacional mercantil no se centra tanto en la técnica — que tampoco puede ni debe abandonar — exigida para la búsqueda de la legislación aplicable a una determinada relación contractual, sino que desea que los contratos sean cumplidos en sus propios términos, tengan eficacia nacional o internacinal y sean ejecutados de buena fe según el «sentido recto, propio y usual» de lo acordado (art. 57 del Código de Comercio español) tanto por escrito como verbalmente. Todo ello sin preocupación por los límites nacionales de una regulación, pues la contratación mercantil no conoce hoy en día abanderamiento. Ni tampoco por las dudas que pudieran surgir ante la participación de entidades públicas, pues si se dedican habitualmente al comercio adquieren la condición de comerciante a efectos legales (art. 1.º del Código de Comercio español). El derecho público, en consecuencia, se amalgama con el privado, de forma que ya no resulta totalmente cierta la en otro momento acertada observación de Barclay de que «el derecho público sólo es invocado cuando el Estado comerciante no quiere cumplir sus compromisos comerciales».