La lucha contra las prerrogativas estatales en el arbitraje comercial internacional[1]

José Fernando Merino Merchán

Titular de la Cátedra de Derecho de Arbitraje
Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos

1.- Planteamiento general: las prerrogativas inmunitorias del Estado en el arbitraje comercial internacional

Desde la aparición del Estado moderno se ha venido predicando la teoría de la inmunidad de jurisdicción estatal, reflejada en el adagio *para in parem non habet imperium,* que no significa otra cosa que la proclamación del principio de igualdad soberana en las relaciones entre Estados.

Se trataba –y aún se encuentra vigente en ciertos ámbitos de actuaciones estatales– de una prerrogativa en cuya virtud se limita la potestad de los demás Estados de promulgar normas extraterritoriales de competencia judicial internacional. En síntesis, el privilegio inmunitorio de jurisdicción del Estado, implica que ese último no pueda ser demandado ante una jurisdicción distinta a la de la *lex fori* del Estado emplazado judicialmente. Es esta una regla, por lo demás, ampliamente extendida en el Derecho comparado, siendo botón de muestra en el ordenamiento español los artículos 21.1 LOPJ y 36.2.2 LEC[2].

La cuestión de la inmunidad de jurisdicción del Estado, sobre la que ha dicho Casanova i La Rosa[3] que no existe un Convenio que la aborde con carácter general, ha merecido la atención de nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 107/92, cuando afirma que la *remisión al Derecho internacional público obliga al intérprete de nuestro Derecho y, en particular, obliga a los órganos jurisdiccionales españoles a adentrarse en dicho ordenami8ento para sacar a la luz los supuestos en que puedan verse impedidos de ejercer actividad jurisdiccional –sea ésta de naturaleza declarativa, ejecutiva o cautelar- frente a determinados sujetos amparados por la inmunidad (Estados extranjeros, personas jurídico-públicas extranjeras, personal diplomático y consular; etc.). La remisión implica, en consecuencia, la necesidad de que los órganos jurisdiccionales españoles –incluido este Tribunal- se conviertan en intérpretes y aplicadores de la legalidad internacional, tal y como han tenido que hacer otros Tribunales nacionales, sin que ello suponga en absoluto una interferencia por parte del ordenamiento español en el Derecho internacional público, pues las normas*

---

1 Artículo finalista en el I Premio de Arbitraje Internacional, organizado por el Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN) del Instituto Universitario de Estudios Europeos.

2 Vid VIRGÓS SORIANO y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Cívitas, Madrid, 2000, pág. 49.

3 CASANOVA i LA ROSA, La inmunidad del Estado, en DÍEZ DE VELASCO, Instituciones de Derecho Internacional Público, Tecnos, 2003, pág. 285.

de éste se conforman, entre otras cosas, en función de las prácticas internas adoptadas en cada materia por los Estados miembros de la comunidad internacional.

Ahora bien, el privilegio inmunitorio de jurisdicción del Estado ha sufrido un proceso de decantación histórica tendente a limitar o excluir sus efectos cuando el Estado y/o sus agencias públicas empezaron a intervenir en la actividad comercial internacional, más allá de las relaciones interestatales. O dicho de otra forma, cuando los actos realizados por el Estado no tienen como fuente potestades públicas sino que obedecen a actuaciones comprendidas en el denominado *iure gestionis*, al punto que, como Girar ha dicho, el principio de inmunidad de jurisdicción del Estado es una realidad extraña a la actividad al comercio internacional y más aún a la institución arbitral[4].

En efecto, la doctrina entiende que el sometimiento de un Estado a arbitraje –o el de una entidad gubernamental- implica una previa renuncia expresa o tácita a la prerrogativa inmunitoria, por mucho que en algunas ocasiones, cada vez menos, el Estado alegue dicho privilegio ante un tribunal arbitral[5]. Es justamente en este entorno donde hay que situar el artículo 2.2 de la vigente Ley de Arbitraje española de 2003[6], que siguiendo las orientaciones de la Ley Modelo[7], establece que *cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral*[8].

Obvio es resaltar el importante significado que el precepto transcrito tiene como técnica de interdicción de las prerrogativas del Estado y corporaciones estatales y cuya justificación se encuentra en la Exposición de Motivos de la Ley, cuando manifiesta que *respecto de las materias objeto de arbitraje se introduce la regla, para el arbitraje internacional, de que los Estados y entes dependientes de ellos no puedan hacer valer las prerrogativas de su ordenamiento jurídico. Se pretende con ello que, a estos efectos, el Estado sea tratado exactamente igual que un particular.*

A lo largo del presente trabajo se irán examinando las dificultades que en el arbitraje internacional se han ido dando tanto en el marco de las Convenciones internacionales como dentro de lo que podemos denominar jurisprudencia arbitral pretoriana, para hacer realidad el principio de igualdad entre las partes de un convenio arbitral del que el Estado forme parte. Pues, como bien ha señalado Olivencia, esa prohibición afecta a cualquier prerrogativa pública, no solo a las que alteran los efectos que deriven del convenio arbitral sino los que puedan alterar la igualdad durante el procedimiento arbitral[9]; debe añadirse, además, que ese precepto al proclamar de forma tan rotunda el principio de igualdad, éste debe alzarse como garantía objetiva que impida asimismo las potestades del *ius variandi* del Estado, en cuanto a la alteración del derecho aplicable, y por supuesto, ha de proscribir la inmunidad de ejecución del laudo.

---

4 GIRAR, P., Aptitude à compromettre et immunité de juridiction, en Recherche sur l'arbitrage en Droit International et Comparé, LGDJ, París, 1997, pp. 79 y ss.

5 CRAIG, PARK y PAULSSON, *International Chamber of Commerce arbitration,* N.Y., 3ª ed., 2000, pp. 661 y ss.

6 Preceptos similares se encuentran en las Leyes francesa, suiza, italiana y belga.

7 VERDERA, E., La Ley 60/2003, entre la tradición y la innovación. Discurso de ingreso en la RAJL, Madrid 2005.

8 El origen de este precepto se encuentra en la jurisprudencia francesa, que abordó el problema, primero desde una perspectiva conflictual para más tarde aplicar una regla sustantiva del arbitraje internacional. Vid, HANOTIAU, L'Arbitrabilité, R. des C., 2002, pp. 47 y ss; también, PÉREZ-LLORCA, ob. col., Comentarios al artículo 2.2, Thomson-Cívitas, 2005, pág. 37.

9 OLIVENCIA RUIZ, Comentarios al artículo 2, en la ob. col. coordinada por GONZÁLEZ SORIA, Thomson-Cívitas, 2004, pág. 49.

2.- Incorporación del Estado y/o de sus agencias públicas en el arbitraje como medio de solución de conflictos comerciales internacionales

2.1.- El Estado y/o sus agencias en el comercio internacional

Si la utilización del arbitraje es conveniente como medio de solución de conflictos internos, por razones de coste/oportunidad y de confidencialidad, en el ámbito de las relaciones internacionales resulta absolutamente necesario, al no existir una jurisdicción común ni una legislación uniforme. Y esto último es aún más cierto cuando una de las partes es el Estado, cuya apariencia de *potentior personae*, solo puede neutralizarse por medio del arbitraje.

Tradicionalmente, las controversias entre Estados han pertenecido al ámbito del derecho internacional público. Esta doctrina ha sido, ciertamente, dominante, hasta que el Estado ha empezado a ejercer funciones comerciales, sean éstas realizadas por él mismo o por medio de una entidad pública o Agencia estatal, entablando una relación comercial con particulares. La idea de que las controversias que se susciten en este ámbito puedan ser sometidas al arbitraje comercial internacional, ha sido patrocinada fundamentalmente por los operadores mercantiles privados que han preferido someter la cuestión a arbitraje antes que a la jurisdicción de los tribunales del Estado afectado, por entender que se tienen más *garantías de neutralidad,* respecto al juez del Estado.

La cuestión del sometimiento del Estado y/o sus Agencias al arbitraje, ha tenido su punto álgido con la aparición de las llamadas *naciones en desarrollo emergente,* que siguiendo el modelo de los antiguos Estados socialistas, tomaron a su cargo la propiedad de los recursos energéticos, flotas mercantiles y aerolíneas y empresas bancarias y de inversión. Tendencia ésta que se ha visto alentada por diversas resoluciones de las Naciones Unidas dirigidas al establecimiento de un *nuevo orden económico internacional*, por el que al atribuírsele al Estado el control efectivo de sus propios recursos, pueden medirse en condiciones de cierta paridad con las empresas no nacionales que operan en sus territorios.

La incorporación del Estado al arbitraje como solución de conflictos comerciales internacionales se ha visto favorecida por la ola de privatizaciones que siguió a la etapa de las nacionalizaciones, pero en las que el Estado ha permanecido presente mediante la *golden share* u otras técnicas en los sectores capitales de la actividad económica.

Todo ello ha propiciado el que se haya dado un gran número de arbitrajes en los que bien el Estado directamente o un organismo estatal sea parte en los mismos. En todo caso, a la hora de valorar la participación del Estado o una Agencia estatal en un arbitraje comercial internacional, hay que ponderar tanto los factores políticos como los de orden económico. En cuanto a los primeros, se trataría de examinar si una negativa al sometimiento del arbitraje puede o no incidir en las relaciones de ese Estado en cuestión con el Estado al que pertenece la demandante extranjera. En cuanto a las consideraciones de orden económico, hay que valorar si tal negativa de sometimiento a arbitraje, puede suponer una merma de las inversiones extranjeras en aquel país.

También existen razones jurídicas que hay que sopesar. De un lado, las posibles limitaciones de orden constitucional y de legalidad ordinaria para que el Estado, desvistiéndose de su condición de *potentior*