

ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LAS GARANTIAS JURIDICAS INTERNACIONALES PARA LAS INVERSIONES EXTRANJERAS CON REFERENCIA ESPECIAL AL ESTADO DE COSTA RICA

Dr. Hugo Soto Córdoba

Profesor Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

El primer aspecto que se debe considerar en el estudio de las garantías jurídicas internacionales para las inversiones extranjeras es el concepto de inversión extranjera. Este concepto ha sido objeto de numerosas definiciones por parte de los autores de la doctrina y de los organismos internacionales. En general, se entiende por inversión extranjera toda inversión que sea realizada por un sujeto extranjero en un país extranjero, con el fin de obtener un beneficio económico. Sin embargo, el concepto de inversión extranjera ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, y actualmente se ha ampliado para incluir no solo las inversiones de capital, sino también las inversiones de tecnología, conocimientos y servicios.

En segundo lugar, es importante considerar el concepto de garantías jurídicas internacionales. Estas garantías se refieren a las medidas que toman los Estados para proteger las inversiones extranjeras de los riesgos políticos. Entre estas medidas se encuentran: la nacionalización de los recursos, la expropiación, la confiscación, la incautación, la suspensión de pagos, la restricción de divisas, la restricción de repatriación de ganancias, la restricción de repatriación de dividendos, la restricción de repatriación de intereses, la restricción de repatriación de salarios, la restricción de repatriación de honorarios, la restricción de repatriación de pensiones, la restricción de repatriación de jubilaciones, la restricción de repatriación de pensiones de vejez, la restricción de repatriación de pensiones de invalidez, la restricción de repatriación de pensiones de viudez, la restricción de repatriación de pensiones de discapacidad, la restricción de repatriación de pensiones de otros tipos.

En tercer lugar, es importante considerar el concepto de responsabilidad internacional. Esta responsabilidad se refiere a la obligación que tiene un Estado de reparar el daño causado a un inversionista extranjero por una medida que viola las garantías jurídicas internacionales. La responsabilidad internacional puede ser directa o indirecta. La responsabilidad directa se refiere a la obligación que tiene un Estado de reparar el daño causado a un inversionista extranjero por una medida que viola directamente las garantías jurídicas internacionales. La responsabilidad indirecta se refiere a la obligación que tiene un Estado de reparar el daño causado a un inversionista extranjero por una medida que viola indirectamente las garantías jurídicas internacionales.

En cuarto lugar, es importante considerar el concepto de arbitraje internacional. Este arbitraje se refiere al procedimiento que se utiliza para resolver las controversias que surgen entre un Estado y un inversionista extranjero. El arbitraje internacional puede ser obligatorio o voluntario. El arbitraje obligatorio se refiere al procedimiento que se utiliza para resolver las controversias que surgen entre un Estado y un inversionista extranjero cuando el inversionista extranjero ha aceptado previamente someterse a arbitraje internacional. El arbitraje voluntario se refiere al procedimiento que se utiliza para resolver las controversias que surgen entre un Estado y un inversionista extranjero cuando el inversionista extranjero ha aceptado someterse a arbitraje internacional después de haber iniciado el procedimiento de arbitraje.

En quinto lugar, es importante considerar el concepto de seguro internacional. Este seguro se refiere al seguro que se utiliza para cubrir los riesgos políticos que enfrentan las inversiones extranjeras. El seguro internacional puede ser obligatorio o voluntario. El seguro obligatorio se refiere al seguro que se utiliza para cubrir los riesgos políticos que enfrentan las inversiones extranjeras cuando el inversionista extranjero ha aceptado previamente someterse a un seguro internacional. El seguro voluntario se refiere al seguro que se utiliza para cubrir los riesgos políticos que enfrentan las inversiones extranjeras cuando el inversionista extranjero ha aceptado someterse a un seguro internacional después de haber iniciado el procedimiento de arbitraje.

Parece ser importante escribir un ensayo sobre garantías jurídicas internacionales para Inversiones Extranjeras, en una época en la que, sea desde el punto de vista del derecho interno, en el marco del cual se ofrecen garantías nacionales pero que no son objeto del presente trabajo, sea de la política del gobierno se estimulan, con mayor o menor éxito, las inversiones extranjeras. Se hará un análisis desde el ángulo externo, Derecho Internacional Público y también el Privado, para detectar algunos temores y algunos remedios (las garantías), desde el punto de vista jurídico, advirtiendo que éstas se deben completar con otras garantías de tipo social, político y económica, que escapan también al propósito de este ensayo, pero a las cuales me referiré, si bien colateralmente, con el sano propósito de una mejor exposición.

Uno de esos temores consiste en afirmar que no es incentivo para el desarrollo de las inversiones extranjeras las frecuentes nacionalizaciones y expropiaciones de bienes que se dan en los países en vías de desarrollo. Que además estas últimas son violaciones a acuerdos jurídicos precedentes (por ejemplo contratos) sembrando incerteza jurídica ante la ausencia de garantías internacionales jurídicas que protejan esos bienes y en consecuencia las inversiones extranjeras.

Precisando, cabe comentar que hasta hace pocos años era idea corriente que de frente a violaciones de acuerdos jurídicos, era de mérito, sea desde el punto de vista internacional o nacional, un *restitutio in integrum* de la situación violada, obligaciones jurídicas bilaterales, y si materialmente no se podía entonces ocurría una indemnización.⁽¹⁾

También es de anotar que durante la primera parte de este siglo la ola de nacionalizaciones fue una realidad en distantes partes del mundo y no sólo en los países en vías de desarrollo. De Europa a América, de Asia a África.⁽²⁾ No es sólo por un caso que en las primeras décadas del siglo, también Costa Rica participó en este proceso, concluyéndose el mismo a finales de la década de los cuarenta, con la emisión de la Constitución Política de 1949, donde se prescriben los bienes jurídicos que no pueden, sin excepción, salir del dominio del Estado, que literalmente y en lo conducente dice:

- (1) Ver: Eduardo Jiménez de Aréchaga. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Editorial Tecnos, Madrid, págs. 339 y ss.
- (2) Antonio Cassese. *Il Diritto Internazionale nel Mondo Contemporaneo*. Editorial Il Mulino. Bologna, 1984, págs. 359 y ss. También interesante la descripción de nacionalizaciones en materia petrolífera que hace en la primera parte de su libro: Geovanni Kojanec. *Incetimenti all'Estero*. Editorial Cedam. Padova, 1970.

"No podrán salir definitivamente del dominio del Estado: a) Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional; b) Los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarburadas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional; c) Los servicios inalámbricos...".

Anotando adicionalmente los servicios públicos, la soberanía completa y exclusiva del espacio aéreo, aguas territoriales y la jurisdicción especial de extensión 200 millas sobre mares adyacentes.⁽³⁾

Decía proceso concluido, y con esto tranquilizo a quien lo necesite, porque han pasado ya 35 años y la situación se mantiene igual. Tranquilidad también porque el hecho que esos bienes estén nacionalizados no significa que la inversión extranjera no pueda participar en el proceso de producción o comercialización de los mismos. Lo cierto del caso es que para empresas productivas de esa envergadura (por ej. exploraciones petroleras) se necesita, y Costa Rica no puede negar sus insuficiencias aparte del hecho de la posible materia prima, disponibilidad de capitales, capacidades técnicas y organizativas, además de la comercialización internacional.⁽⁴⁾ Y si esto no basta, existen dentro del derecho interno los esquemas de derecho público, como lo son los contratos administrativos, régimen de concesiones, etc., que garantizan a los inversionistas y al Estado sus posibles ganancias.⁽⁵⁾ Razonamiento aparte merece la expropiación, que es el mecanismo legal para sustraer legalmente del dominio privado los bienes jurídicos no sujetos al régimen anterior, sean éstos nacionales o de extranjeros por motivo de interés público legalmente comprobado y previa la indemnización.⁽⁶⁾ Cabe anotar, primero, que los gobiernos costarricenses históricamente son cautos

(3) Ver: artículos 6, 121, inciso 14 y 140 inciso 19. *Constitución Política de la República de Costa Rica*. Editorial Imprenta Nacional. San José, 1980. Hago mención de la existencia de algunos monopolios estatales: fabricación de licor no su comercialización, seguros, y monopolio de captación de depósitos, cuenta corriente en Bancos del Estado. De anotar finalmente un notable un notable impulso en los últimos años al desarrollo de la banca privada. La constitución actual restringe durante la creación de nuevos monopolios (art. 46).

(4) Ver: Kojanec, *op. cit.*, pág. 3.

(5) Ver: Constitución Política, *op. cit.*, artículo 129, incisos 14 y 15 y artículo 140, inciso 19. Además que ya perdió actualidad discutir desde el punto de vista internacional si Costa Rica actuó conforme a Derecho al nacionalizar. Lo es así del momento a partir del cual con la aprobación del artículo 2, parágrafo 1, de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, que efectuó declarativo de costumbre ya existente lo es, al efecto: "... Chaque Etat détient et exerce librement une souveraineté entière et permanente sur toutes ses richesses, ressources naturelles et activités économiques".

(6) Ver: Constitución Política, *op. cit.*, artículo 45.

en el uso de las expropiaciones; nótese por ejemplo, la ausencia en Costa Rica de las llamadas Reformas Agrarias, y segundo, el requisito constitucional de que la indemnización debe ser *previa*, que es una garantía jurídica nacional, cuando como veremos adelante, el Derecho Internacional no exige ese carácter previo.

Cabe ahora preguntarse y responder a la siguiente hipótesis: ¿Qué pasa si inversionistas extranjeros, que en virtud de acuerdos (acuerdos internacionales, contratos privados o administrativos, concesiones, etc.), entiendan como violación a esos acuerdos las eventuales nacionalizaciones o expropiaciones, hechas en ejercicio de los poderes de derecho público por el Estado receptor de la inversión, que puede o no ser parte de esos acuerdos, podrán pretender en vía ordinaria interna o luego por la vía de la Protección Diplomática, una restitutio in integrum por acto ilícito en este último caso de carácter internacional, pretendiendo la reparación (devolución de bienes) y no sólo una indemnización. En la respuesta a esta cuestión se encuentra envuelta una espectacular evolución del Derecho Internacional.

Se inicia por afirmar que hasta las dos primeras décadas de este siglo, según el decreto internacional vigente, la respuesta era en el sentido de que tales nacionalizaciones y expropiaciones de bienes extranjeros era ilegal, y entonces era posible exigir la restitutio in integrum, como si se tratara de un contrato privado, cuyo carácter sinalagmático, dirigía hacia la eliminación de la violación. Nótese como el derecho internacional toma por vía de la analogía esta institución del derecho civil y además del trato distinto propio del Derecho Internacional, cual es la institución de la protección diplomática.⁽⁷⁾

La situación comienza a cambiar a final de la década de los veinte a raíz de diferentes nacionalizaciones y expropiaciones, al punto que la doctrina importante comienza a dividirse, llegándose a afirmar por:

"... gli inglesi Sir John Fisher Williams e J.L. Brierly, l'italiano A. Cavaglieri, il belga. A. Roisin e il francese L. Duguit. Essi sostenevano che, in assenza di obblighi di natura convenzionali, secondo il diritto internazionale generale gli Stati erano liberi di espropriare senza indennizzo... (todo basado en la) ... dottrina della sovranità statale...".⁽⁸⁾

En otras palabras, en ausencia de tratados, no existían normas generales internacionales.⁽⁹⁾

(7) Eduardo Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, pág. 339.

(8) Antonio Cassese, *op. cit.*, p. 365.

(9) Que el asunto no era sólo doctrinal lo demuestran las reclamaciones por ejemplo, entre las potencias de la época y Rusia en 1917, entre Estados Unidos y México 1938, entre otras. Ver: Antonio Cassese, *op. cit.*, págs. 362 y ss.

En todo caso, la práctica internacional, la jurisprudencia arbitral internacional y la jurisprudencia internacional sucesivas vienen a resolver el punto, que es una fractura importante, entre aquellos que piden restitutio y los otros que dicen no deber nada en ausencia de reglas. La solución será y fue que a raíz de las reclamaciones si bien no cabía una restitutio,⁽¹⁰⁾ sí se hacía necesario *indemnizar*.

La indemnización no es entonces el resultado de la violación de un acuerdo, sino el evitar el enriquecimiento injusto de una de las partes en contra de la otra favorecida por la indemnización.

Todavía falta por analizar, a la luz del Derecho Internacional, cómo se debía realizar la indemnización (su modalidad). Entonces vale la pena recordar la pretensión de las naciones industrializadas en el seno de Naciones Unidas, en el sentido de que de frente a las nacionalizaciones y expropiaciones, la indemnización debía ser —justa, pronta y efectiva—, basándose en una regla consuetudinaria, regla que se debe entender derogada al no ser aceptada por una gran mayoría de la comunidad internacional que prefiere referirse a indemnización —apropiada—, falta entonces la opinio juris para la primera, pero en cuanto a la segunda tengo mis reservas porque a pesar de contar con una amplia mayoría, es lo cierto que al no aceptar la regla las naciones industrializadas, el radio de acción de la norma no es lo potente que se desea.⁽¹¹⁾

La anterior problemática no se debe descuidar, porque salvo prueba en contrario, generalmente es de los países industrializados de donde llegan las inversiones extranjeras y pienso debemos seguir con atención los desarrollos que se den en estas materias a nivel de derecho internacional particular (tratados) y no sólo el Derecho Internacional General (costumbre).

Indemnización justa, pronta y efectiva parece significar valor real de la inversión, pago rápido y en valores sólidos, e indemnización apropiada pareciera establecer beneficios también al Estado expropiante, como por ejemplo, sería la no obligación de pagar derecho de llave cuando el inversionista extranjero actuó en régimen de monopolio, al no existir competencia.⁽¹²⁾

Finalmente cabe decir que la Constitución Política de Costa Rica, ofrece una garantía nacional jurídica en ventaja del Derecho Internacional, cual es el hecho de que las expropiaciones merecen una indemnización *previa*. Pareciera una garantía a no despreciar, verdad señores inversionistas.

(10) Idem.

(11) La ocasión referida es la discusión que motivó la aprobación del artículo 2, parágrafo 2, letra c) de la carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, 1974, que dice: "...De nationaliser, d'expropier, ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas il devrait verser une indemnité adéquate..."

(12) Ver: Eduardo Jiménez Aréchaga, *op. cit.*, pág. 357.

De esta evolución del Derecho Internacional que va desde la consideración inicial de que la nacionalización y la expropiación son actos ilícitos internacionales a la indemnización por motivo de evitar enriquecimientos injustos, cabe preliminarmente concluir que las nacionalizaciones y las expropiaciones son institutos jurídicos y como tales varían las relaciones jurídicas (orden público) pero en ningún caso las violan. Es evidente que por otras causas, la regla de solicitar la restitutio in integrum, debe encontrar, plena vigencia sea en materia de derecho interno como internacional.

Conclusión: La Garantía Jurídica Internacional existe y se llama indemnización. Que en Costa Rica, aquí el incentivo, el uso de las nacionalizaciones es cosa del pasado y las expropiaciones, que existen por todas partes, se usan en Costa Rica con criterios razonables.

Otra de las ideas corrientes es la que no es incentivo realizar inversiones en los países en vías de desarrollo porque los ordenamientos jurídicos son poco evolucionados, y se dificulta una tutela jurídica que garantice el equilibrio procesal,⁽¹³⁾ además de un derecho de fondo acorde con ese equilibrio,⁽¹⁴⁾ que se logrará con las garantías internacionales. Lo primero que se puede recomendar al operador jurídico y financiero internacional es distinguir entre los países en vías de desarrollo. Hay países que en el ámbito sur-sur, que tienen notables desarrollos jurídicos y creo que Costa Rica es uno de éstos. A veces a un notable desarrollo de lo jurídico no corresponde un igual desarrollo en lo económico.

No es esta la sede de tratar las garantías nacionales, entonces tampoco las características salientes del derecho interno de Costa Rica, admitiendo que la afirmación sobre el estado de evolución del derecho costarricense queda aquí sin demostrar, admitiré yo también que se pueden mejorar nuestras instituciones, por vía de las garantías internacionales, que pueden ser un complemento de aquellas nacionales.

Al concretarse las inversiones extranjeras, el inversionista no se presenta al operador en un único y solo disfraz jurídico. Así se presentará como: persona de derecho privado, física o moral, como ente de derecho público con vocación al extranjero, como Ente Económico Internacional y también como Estado. La parte receptora pueden ser los Estados, los Entes Públicos y los privados y eventualmente también lo pueden ser los Entes Económicos Internacionales. Si a lo anterior, le sumamos la forma que los actos asumen en los negocios entre estos "socios", acuerdos internacionales, contratos, concesiones, etc. lo primero a revelar es que desde el punto

(13) Nótese que en materia de inversiones extranjeras, muchas veces el receptor de la inversión es el mismo Estado; de ahí algunos temores a someter esas relaciones jurídicas a las leyes del Estado receptor y a sus tribunales en consecuencia.

(14) Se ha llegado a hablar de derecho rudimentario. Ver: *Gli Organismi Economici Internazionali nell'Ordinamento Interno degli Stati*, Rivista di Diritto Internazionale, 1958, págs. 548 y s.s.

de vista jurídico un tratamiento unitario de las figuras parece bastante difícil. Se hace necesario utilizar conceptos del Derecho interno y del Derecho Internacional, pero en la pretensión de que la unidad de tratamiento lo darán las nociones Inversión Extranjera y la de Garantía.

No son sujetos del Derecho Internacional las personas físicas (salvo en algunas zonas del mundo en materia de derechos humanos) y morales.⁽¹⁵⁾

Tampoco lo son los entes públicos estatales con vocación extranjera y lo son desde el punto de vista de su creación y estructura, pero no lo son desde el punto de vista de su actividad comercial (operaciones financieras) los entes económicos financieros,⁽¹⁶⁾ que usan el Derecho Interno del lugar donde operan sus "socios", sometiéndose a éste o bien buscando soluciones jurídicas extranacionales (arbitraje comercial por ejemplo), pero sin contar al efecto de "status" de internacionalidad al negociar.⁽¹⁷⁾ Tanto para las multinacionales como para la parte que interesa de los entes económicos internacionales, se les quiere dar el "status" de internacionalidad, por ahora sin suceso, argumentó su producción jurídica propia, por ejemplo en el primer caso de un jus mercatorum.

En cuanto a los Estados no hay duda de que son sujetos del derecho internacional, pero tampoco hay duda en el sentido de que no siempre actúa (el Estado) como sujeto del derecho internacional. Todavía aun tratándose del Estado debe uno preguntarse con quién "negocia" inversiones para lograr una adecuada calificación de la relación jurídica.

Vista la heterogeneidad de los sujetos y de las formas jurídicas de acuerdo, pero teniendo como base el elemento común de las inversiones extranjeras (bienes jurídicos), cabe afirmar que la tendencia histórica⁽¹⁸⁾

(15) Existe una fuerte corriente de opinión y doctrina que pretende dar un "status" de sujeto internacional o de cuasi-internacionalidad a las multinacionales, que por ahora no lo son. Entre los argumentos usados está el poderío económico y el hecho de que producen un nuevo derecho que no es ni internacional y no es nacional, es el jus mercatorum. Nombres de no poca fama, Verdross, Jessup. Ver: Giovanni Kajanec, *op. cit.*, págs. 66 y ss.

(16) De este tipo son: Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, entre otros.

(17) Sobre esta interesante problemática remito a: Angelo Piero Sereni, *op. cit.*, y a Luigi Ferrari Bravo, *Le Operazioni Finanziarie Internazionali*. Anuario di Diritto Internazionale, 1965.

(18) "Negli anni successivi alla nascita della comunità internazionale, le relazioni economiche fra gli Stati erano raramente oggetto di disciplina internazionale. Lo si comprende facilmente se si pensa che sin quasi all'inizio del nostro secolo gli Stati non si sono preoccupati del complesso e variegato mondo della vita economica, ma hanno preferito lasciare gli imprenditori privati liberi di dedicarsi al commercio internazionale e all'attività finanziaria con stranieri..." Antonio Cassese, *op. cit.*, pág. 360.

y la tendencia jurídica,⁽¹⁹⁾ es la de afirmar que la gran mayoría de esas relaciones jurídicas se desarrollan en el marco del Derecho Internacional Privado y no en el Derecho Internacional Público, con el efecto consiguiente que es el uso privilegiado del Derecho Interno, algunas Instituciones del Derecho Internacional (por ejemplo el arbitraje), y el uso del llamado jus mercatorum. Lo anterior lo que quiere significar es una evolución lenta, pero evolución al fin.

Las relaciones jurídicas con elemento de extranjería (inversiones, bienes y sujetos), son un tema típico del derecho internacional privado, entonces y por lo general derecho interno, notamos entonces y entendemos como razonable que los inversionistas quieran protegerse de posibles abusos de los derechos internos, planteando la salida de las garantías jurídicas internacionales para esas inversiones. Lo cierto del caso es que el Derecho Internacional general no se ha ocupado tradicionalmente de este problema, como vimos, y resulta que tradicionalmente también es un resorte del derecho interno, y esto no fue un invento de los países en vías de desarrollo, sino más bien una realidad que ha cubierto todo el mundo interesado en el desarrollo del comercio internacional.

Admitiendo en vía de principio la necesidad de las garantías internacionales, que pueden complementar las nacionales, veamos ahora algunos mecanismos interesantes como lo son:

La Protección Diplomática. Al encontrar ulterior desarrollo las relaciones jurídicas con elemento de extranjería, sea en acuerdos internacionales, contratos privados, contratos administrativos dependiendo de la dirección de la inversión, es lo cierto puede suceder que existan discrepancias, controversias, que el inversionista extranjero deberá someter a conocimiento del juez nacional. Si agotados estos recursos internos considera que la violación persiste puede solicitar a su gobierno la Protección Diplomática.⁽²⁰⁾ Esta garantía internacional es criticada desde varios ángulos: uno es la parte del inversionista que la considera lenta con respecto al valor de los bienes económicos en juego, y por otro lado, la actitud nacida en algunos países en vías de desarrollo que han tendido a eliminarla, con la inclusión ex lege

(19) "... la perfecta protección de las inversiones extranjeras no constituye la meta ni la ratio legis de las leyes del Derecho Internacional General en la materia..." Eduardo Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, p. 346. Más categórico todavía: "... sia la giurisprudenza internazionale sia quella arbitrale privata mettono in rilievo la dipendenza dall'ordinamento interno dei rapporti costituiti tra Gli Stati e gli enti privati stranieri, siano essi di diritto pubblico o privato, e, in quest'ultimo caso, sottolineano la necessità del ricorso alle norme di diritto internazionale privato per la determinazione del diritto applicabile..." Giovanni Kojanec, *op. cit.*, p. 77.

(20) Sobre el estado actual de la Protección Diplomática y el agotamiento de recursos internos, ver: Eduardo Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, págs. 341 y ss.

o ex contractu de la cláusula Calvo.⁽²¹⁾ No resulta en cambio de mi experiencia que Costa Rica no haya respetado esta garantía internacional.

Las cláusulas de Estabilización. Estas se presentan generalmente ex contractu. Así en los contratos de inversiones u otros instrumentos pueden aparecer estas cláusulas que consisten en comprometerse de frente al inversionista extranjero, a no modificar el clausulado del contrato por ejemplo plazos, porcentajes de ganancia, exención de impuestos, sin previo acuerdo de las partes. Proteger el acuerdo por ejemplo de tempestivas expropiaciones. Según el estado del Derecho Internacional cabe afirmar que la violación de la cláusula no garantiza la restitutio in integrum, pero sí da derecho a una adicional y especial compensación.⁽²²⁾ Lo anterior es así porque dependiendo del contenido de la cláusula, por ejemplo impuestos, el Estado no puede renunciar hacia el futuro, en virtud de los intereses generales que protege, de legislar en materia. En todo caso la parte receptora de la inversión debe ser cauta o promover la cautela en este campo.

Los contratos-ley. Figura jurídica criticada en Costa Rica hace algunos años y ligada un poco a la historia de los "contratos bananeros".⁽²³⁾ Motivó en su época una reforma a la constitución costarricense, en específico al artículo 140, inciso 19, cuyo texto actual es:

"... suscribir los contratos administrativos no comprendidos en el inciso 14) del artículo 121 de esta Constitución, a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa cuando estipulen exención de impuestos o tasas, o tengan por objeto la explotación de servicios públicos, recursos o riquezas naturales del Estado. La aprobación legislativa a estos contratos no les dará carácter de leyes ni les eximirá de su régimen jurídico administrativo...".⁽²⁴⁾

El contrato-ley sin duda sirve a que en acuerdos internacionales las diferentes cláusulas de estabilización no sufran variaciones al elevarse estos acuerdos a la categoría de ley interna. A pesar de que se debe entender derogado el régimen en Costa Rica, atención, esto no significa, que los receptores de inversión no puedan ofrecer exenciones fiscales varias, siempre y cuando la asamblea legislativa lo apruebe por ley, no confirmando el contrato tal rango y lógicamente de frente a que en el futuro el tratamiento fiscal puede cambiar.

(21) Sobre la cláusula Calvo ver: Leonel Pereznieta Castro. *Derecho Internacional Privado*, Editorial Harper and Row Latinoamericana. México. Segunda edición, pág. 102. También G. Kojanec, *op. cit.*, págs. 127 y ss.

(22) Ver: Eduardo Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, pág. 365.

(23) Ver: Paul Woodridge. *El contrato-ley*. Editorial Costa Rica.

(24) Constitución Política, *op. cit.*

Mención aparte merece el llamado "crédito público" al estar excluido expresamente de la normativa citada:

"No se aplicará lo dispuesto en este inciso a los empréstitos u otros convenios similares, a que se refiere el inciso 15) del artículo 121, los cuales se regirán por sus normas especiales...".⁽²⁵⁾

El "crédito público" son todos aquellos recursos financieros externos (en el sentido que me interesa) contratados por el Poder Ejecutivo. Estos acuerdos en la actualidad revisten un carácter de acuerdos internacionales, logrados de frente a entes financieros internacionales o entes económicos internacionales, pero desde el punto de vista estrictamente interno, también sujetos a un control aprobatorio de la asamblea legislativa,⁽²⁶⁾ bajo votación de mayoría calificada. Estos acuerdos internacionales, de los cuales luego se derivan otros menores, contienen cláusulas sobre el destino del dinero, cómo usarlo, criterios de elección en materia de contratación de servicios y obras, y logran para el inversionista extranjero el marco del contrato-ley, al estar excluidos expresamente de la normativa restrictiva, no configurándolos como tratados. Aquí tenemos una garantía de uso internacional. Las relaciones jurídicas con elemento de extranjería están sujetas al Derecho Internacional Privado, entonces al Derecho Interno, caracterizado el elemento de extranjería por el tipo de sujeto y el bien jurídico en acción (inversión extranjera). Entonces de frente a posibles controversias es importante revelar el papel del sistema conflictual nacional, que por medio de sus factores de conexión (procedimiento) indicarán el Derecho Interno aplicable, sea nacional o extranjero (fondo), con el límite usual "public policy".

En principio cabe afirmar también, porque lo cobija el derecho internacional privado, que se puede por medio de acto voluntario (autonomía voluntad) desplazar totalmente la jurisdicción interna, en el acuerdo internacional, salvo norma expresa en contrario, afirmando que esto es posible aunque lógicamente no es obligatorio.⁽²⁷⁾ La idea que se introduce ahora es que interesa este desplazamiento (relaciones jurídicas extranacionales), a fin de lograr que no se aplique el derecho nacional del receptor de la inversión (recordar los temores), pero tampoco la aplicación del derecho nacional del inversionista, buscando un tercer derecho no común a las par-

(25) Artículo 140, inciso 19, Constitución Política, *op. cit.* Y artículo 121, inc. 15 del mismo cuerpo legal.

(26) Parece estar incluido sólo el crédito público a este control. La norma en cuestión dice: "...aprobar o improbar empréstitos... celebrados por el Poder Ejecutivo...". *Ibidem*.

(27) El sentido de acuerdo internacional, se usa para indicar la presencia de la inversión extranjera e inversionistas extranjeros que no son sujetos del derecho internacional. De ahí la insistencia en indicar que estos acuerdos no son tratados.

tes.⁽²⁸⁾ Cabe preguntarse todavía cómo se logra jurídicamente este desplazamiento de la relación. En primer lugar revelando el papel de la autonomía de la voluntad y determinando la ausencia de impedimento. En materia de inversiones extranjeras es sin duda donde se estima el valor del contrato o acuerdo, ahí están en inicio las "ventajas" y "desventajas" para las partes. Es en el contrato donde se logra el desplazamiento con cláusulas al efecto, y éstas determinarán ese nuevo equilibrio procesal, ni tu juez ni el mío, y ese nuevo de derecho de fondo aplicable, ni el tuyo ni el mío.

Esta tendencia ha sido detectada en la doctrina,⁽²⁹⁾ pero también de carácter más importante en las propuestas hoy tratados internacionales suscritos entre Estados, propuestas digo del Banco Mundial, cito la "Convention Pour le Règlement Des Différends Relatifs Aux Investissements Entre Etats Et Ressortissants D'Autres Etats", conocida como Convención de Washington de 1965.⁽³⁰⁾ Y para que podamos sentir la ola de cerca que les parece la "Inter-American on International Commercial Arbitration, Convención de Panamá de 1975, la cual ha sido suscrita por gran cantidad de países latinoamericanos (incluido Costa Rica). Esta última promovida en el marco de la O.E.A.

Equilibrio procesal. Como ya dije, el desplazamiento de la relación jurídica con elemento de extranjería, se logra primero con cláusulas en el contrato o acuerdo y aún fuera del mismo, con respecto a la escogencia de la jurisdicción, la tercera jurisdicción.⁽³¹⁾ Se promueve el uso de la institución del arbitraje, aquí llamada arbitraje extranacional. Cabe advertir que el árbitro podría eventualmente ser nacional del Estado receptor de la inversión, pero preferiblemente que no lo sean los tribunales ordinarios. Lo importante es detectar que en materia de inversiones se quiere promover también la figura de un cierto tipo de árbitro, ya no juristas de gran prestigio, políticos, tribunales, sino más bien en el ámbito del comercio internacional, la figura de las cámaras de comercio, o bien de las Comisiones de arbitraje, que al efecto han aprobado como regla interna previamente un procedimiento que es distinto en principio de las reglas procesales ordinarias del Estado en el cual funciona la cámara o la comisión.⁽³²⁾

(28) Geovanni Kojanec, *op. cit.*, pp. 77 y ss. Este autor utiliza para referirse a este fenómeno la expresión "dislocalizzazione del rapporto". Yo uso desplazar o desplazamiento de la relación.

(29) Ver: Luigi Ferrari Bravo, *op. cit.*, pág. 109.

(30) También citar la "Convención Europea sobre Arbitraje Comercial, Convención de Ginebra 1961.

(31) Ver: Art. 1º, Inter-American Convention on International Arbitration, Convención de Panamá 1975.

(32) Ver: Artículo tercero de la Inter-American Convention on International Commercial Arbitration, Convención de Panamá 1975.

Cabe responsablemente preguntarnos, conocemos en Costa Rica el procedimiento de la Inter-American Commercial Arbitration Commission?

El Derecho de Fondo aplicable. Bajo el mismo mecanismo que el anterior, las partes acuerdan por vía del clausulado, el derecho de fondo aplicable, caso de controversia, a la relación jurídica con elemento de extranjería ya desplazada también jurisdiccionalmente. El famoso tercer derecho de fondo puede ser el recurso al Derecho Internacional, a los principios generales de las naciones civiles, el derecho de fondo de un tercer Estado y por qué no, el nuevo *ius mercatorum*. Es evidente el papel primordial del contrato como punto de referencia inicial a ese derecho de fondo.

Falta todavía un último punto a considerar; tenemos el contrato o acuerdo, tenemos el tercer juez, tenemos el tercer derecho de fondo. De todo lo anterior, saldrá como es lógico, una sentencia, una sentencia arbitral extranacional, la pregunta final cómo se logra la ejecución de la misma en territorio nacional? Los Umbrella Treaties (tratados paraguas). La idea es que los Estados se comprometan internacionalmente (tratados), a obedecer y ejecutar estas sentencias arbitrales, con los límites de orden público descritos en los mismos tratados. O sea se obliga a los tribunales nacionales a ejecutar una sentencia extranacional por medio de una obligación a carácter internacional. Ejemplos de estos tratados paraguas son "Convención para el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Convención de New York, 1958". Y para que no pensemos estar muy alejados del asunto, la convención suscrita por Costa Rica, "Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgements and Arbitral Awards, Convención de Montevideo 1979, o bien el artículo quinto de la ya citada Convención de Panamá 1975.

Concluyendo. El Estado de Costa Rica ofrece sin duda garantías nacionales, aunque esta afirmación aquí no encuentra demostración, pero además ofrece las garantías internacionales unas ya desarrolladas otras están "a la vuelta de la esquina".

Debo y debemos aprender a usarlas responsablemente porque en el fondo está la dialéctica entre el individuo y sus intereses frente a la soberanía nacional.