

LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS BANCOS MULTILATERALES DE DESARROLLO. ANÁLISIS DE LA PRÁCTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

JURISDICTIONAL IMMUNITY OF MULTILATERAL DEVELOPMENT BANKS. AN ANALYSIS OF THE UNITED STATES' PRACTICE

Björn Arp*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL Y ESTADOUNIDENSE. III. LA INMUNIDAD DE LOS BANCOS MULTILATERALES DE DESARROLLO EN LOS LITIGIOS SOBRE RELACIONES LABORALES. IV. LA INMUNIDAD DE LOS BANCOS MULTILATERALES DE DESARROLLO EN LOS LITIGIOS SOBRE SUS ACTIVIDADES FINANCIERAS. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El artículo examina la inmunidad jurisdiccional de los bancos multilaterales de desarrollo (BMD) que tienen su sede en los Estados Unidos de América. Los términos del acuerdo constitutivo de estas instituciones incluyen una cláusula de exclusión de la inmunidad para todos los actos realizados en los mercados financieros internacionales. Dicha renuncia constituye una cláusula especial en lo que respecta al régimen general de la inmunidad de las organizaciones internacionales, que les otorga protección por todos los actos realizados en el ejercicio de sus funciones estatutarias.

Dentro de este marco jurídico, el presente artículo analiza la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos en la aplicación de las cláusulas de exclusión de inmunidad de los BMD contenidas en sus tratados constitutivos. El estudio de esta jurisprudencia permite afirmar que los tribunales de los Estados Unidos no interpretan las cláusulas de conformidad con las normas pertinentes de interpretación de los tratados. En cambio, los tribunales siguen estrictamente los criterios restrictivos para la exclusión de la inmunidad establecidos por el Departamento de Estado, difuminando la separación de los poderes ejecutivo y judicial. Al mismo tiempo, no se aplican con precisión los términos del tratado constitutivo de los BMD. Los propios bancos, a su vez, contemplan con complacencia esta interpretación de los tribunales de los Estados Unidos, ya que les protege de las reclamaciones de personas afectadas por las actividades financieras de la institución.

Fecha de recepción del original: 10 de octubre de 2011. Fecha de aceptación de la versión final: 12 de diciembre de 2011

* Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Alcalá (Bjorn.Arp@uah.es). El presente trabajo fue elaborado en el contexto del proyecto de investigación CC608-UAH/HUM-3923, titulado “La protección de los derechos humanos y del medio ambiente en el arbitraje internacional en la Unión Europea y los Estados Unidos de América”. Además, para este trabajo contamos con el apoyo de la *Beca Benjamin Franklin*, otorgada por el Instituto Benjamin Franklin de Alcalá de Henares, para realizar una estancia de un mes en la American University de Washington, D.C.

ABSTRACT: The article examines the jurisdictional immunity of international development banks (IDB's) that have their seat in the United States of America. The terms of agreement of these institutions include a clause of waiver of immunity for any acts performed in the international financial markets. This broad waiver constitutes a special clause in regard to the general regime of immunity of international organizations, that grants protection for all acts performed in the exercise of their statutory functions. Before this legal background, this article analyzes the case-law of the U.S. courts when applying the waiver clauses of the IDB's terms of agreement. The study of this case-law allows for affirming that U.S. courts do not interpret the clauses in accordance with relevant norms of treaty interpretation. Instead these courts follow strictly the restrictive criteria for waiver of immunity set forth by the Department of State, thus blurring the separation of powers between the executive and the judicial branches, while at the same time not applying with precision the IDB's terms of agreement. The IDB's, in turn, look with complacency to this interpretation by U.S. courts, because it shields them from claims by persons affected by their financial activities.

PALABRAS CLAVE: bancos multilaterales de desarrollo, Banco Mundial, inmunidad de jurisdicción, exclusión de inmunidad, interpretación de los tratados.

KEYWORDS: *International development banks, World Bank, judicial immunity, waiver of immunity, treaty interpretation.*

I. INTRODUCCIÓN

La inmunidad protege a los sujetos de Derecho Internacional (DI) ante interferencias por parte de tribunales extranjeros en el ejercicio de sus facultades soberanas (inmunidad de jurisdicción), y ante actos de ejecución sobre bienes de dichos sujetos situados en otro Estado (inmunidad de ejecución)¹. Estas inmunidades se han ido reconociendo tradicionalmente a los Estados y, más recientemente, su aplicación se ha extendido a las Organizaciones Internacionales (OI)². Esta extensión se vio plasmada en el plano convencional, al adoptarse la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas³ y la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Agencias Especializadas⁴.

La regla general en esta materia es que las OI gozan de una amplia inmunidad ante la acción de los órganos jurisdiccionales de los Estados de sede y de los Estados

¹ Vid. en general sobre la noción de “inmunidad”, JIMÉNEZ PIERNAS, C. (Dir.), *Introducción al derecho internacional público. Práctica de España y de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 184.

² Esto lo ilustra el art. VII.1 del tratado constitutivo del BIRF de 27 de diciembre de 1945 (publicado en *UNTS*, vol. 2, 164, 180; y en España en *BOE* núm. 164, de 10 de julio de 1958); en su versión del 16 de febrero de 1989, disponible en <http://web.worldbank.org> (07.01.2010), en que se explican los objetivos de las inmunidades: «A fin de que el Banco pueda cumplir con las funciones que se le encomiendan [...]». Según el art. I del tratado constitutivo, el BIRF es una institución internacional que persigue asistir en la reconstrucción y desarrollo de los Estados en vías de desarrollo, a través del préstamo de recursos financieros directamente a estos Estados.

³ Adoptada mediante Res. A.G. 22 A(I), de 13 de febrero de 1946, *UNTS*, vol. 1 (1946-1947), p. 15-32, y vol. 90, p. 327 (*corrigendum*); publicada además en el *Diario de la Asamblea General*, I, No. 34, de 7.03.1946; y en UN Doc. A/43, anexo I. España se adhirió a esta convención el 13 de julio de 1974, *BOE* núm. 249, de 17 de octubre de 1974.

⁴ Adoptada por Res. A.G. 178 (II), de 21 de noviembre de 1947, *UNTS* vol. 33, p. 261. España se adhirió a esta Convención el 13 de julio de 1974, *BOE* núm. 282, de 25 de noviembre de 1974.

miembros, que solo puede suspenderse si la propia OI renuncia a la inmunidad⁵. La Comisión de Derecho Internacional (CDI) incorporó la concepción de la inmunidad absoluta en su propuesta de artículo 7 para un convenio sobre el estatuto, inmunidades y privilegios de las OI con la siguiente formulación:

Las organizaciones internacionales, sus bienes, fondos y haberes, cualquiera que sea el lugar donde se encuentren y quienquiera los tenga en su poder, disfrutarán de inmunidad de toda jurisdicción, salvo en la medida en que hayan renunciado expresamente en un caso particular a dicha inmunidad. Se entiende, sin embargo, que la renuncia no podrá extenderse a medidas ejecutivas o de coacción.⁶

Los artículos elaborados por la CDI no se han transformado en un proyecto definitivo o en una convención internacional. En efecto, la CDI abandonó el estudio de esta materia debido a los obstáculos a los que se vio enfrentada, porque no había acuerdo entre los miembros acerca del régimen contemporáneo de inmunidad, ni tampoco acerca de la necesidad de crear un nuevo instrumento internacional adicionalmente a los ya existentes⁷, además de otros problemas metodológicos. De todos modos, los trabajos realizados por la CDI hasta el momento constituyen una herramienta exhaustiva para abordar la evolución de la práctica internacional⁸.

Aunque el proyecto de artículos no prosiguió tras el estudio del Relator, en la práctica, las OI desarrollaron una concepción similar a la preconizada por la CDI en materia de inmunidades. Un buen ejemplo es la práctica de los bancos multilaterales de desarrollo (BMD), que son OI con un objetivo de naturaleza económica. Los BMD se definen como intermediarios financieros entre prestamistas o inversores, privados o públicos, localizados en Estados de exportación de capital, por una parte, y entidades privadas o públicas localizadas en Estados de importación de capital⁹.

El estudio que sigue se centra en el estado actual del régimen de la inmunidad de jurisdicción de los BMD¹⁰. Desde un punto de vista conceptual, se restringe el ámbito de estudio a la aplicación jurisprudencial de las cláusulas de inmunidad y de las excepciones a la inmunidad, previstas en los tratados constitutivos de dichos bancos.

⁵ En algunos tratados constitutivos de OI, se atribuye directamente a su Secretario General la capacidad de renunciar a las inmunidades que le son conferidas, tanto a la OI como a su personal; vid. Art. 6 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, de 1919. Vid sobre ello “Preliminary report on the second part of the topic of relations between States and international organizations, by Mr. Abdullah El-Erin, Special Rapporteur”, *ILC Yearbook*, Volume II, Part One (1977), p. 143, para. 19.

⁶ Para el texto de este artículo, vid. el “Cuarto informe sobre las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema), del Sr. Leonardo Díaz González, Relator Especial”, UN Doc. A/CN.4/424 y Corr. 1, publicado en *Anuario CDI*, 1989, vol. II-1, p. 176.

⁷ Este debate sobre la necesidad de una convención general en una materia ya regulada por varias convenciones internacionales fue suscitado –al menos– por algún miembro de la CDI; vid. “Relations between States and international organizations (Second Part of the topic)”, *ILC Yearbook*, Volume II, Part Two (1990), p. 85, para. 426.

⁸ La decisión de no seguir con el estudio de este tema fue tomada en la 44ª sesión de la CDI, celebrada entre el 4 de mayo y el 24 de julio de 1992; vid. “Records of the General Assembly, Forty-seventh session”, UN Doc. A/47/10, Suppl. No. 10, p. 52.

⁹ Cfr. RIGO SUREDA, A., «The Law Applicable to the Activities of International Development Banks», *RdC*, tome 308 (2004), 9-252, p. 25.

¹⁰ Se prescinde de la inmunidad de ejecución porque no hay práctica relevante al efecto.

Desde un punto de vista geográfico, el estudio se limita a la jurisprudencia estadounidense porque en los Estados Unidos de América tienen su sede diversos BMD, por lo que se ha generado una amplia jurisprudencia en este Estado sobre la materia. No obstante, esta jurisprudencia estadounidense ha sido criticada como una gran “masa de confusión”¹¹, por lo que el presente estudio ofrece una visión sistemática de dicha jurisprudencia y analiza la interpretación ofrecida por los tribunales.

Este estudio pretende responder a dos interrogantes: en primer lugar, si los tribunales estadounidenses aplican la inmunidad de jurisdicción en conformidad con el régimen jurídico internacional; en segundo lugar, si este régimen podría servir de base para presentar reclamaciones por daños producidos por la OI como consecuencia del ejercicio de sus funciones¹², o de actos de dichas instituciones contrarios a ciertas disposiciones de Derecho interno de Estados Unidos¹³.

Para desarrollar este planteamiento, presentamos en la siguiente sección el régimen jurídico internacional y estadounidense en esta materia (sección II), y a continuación la sistematización de la jurisprudencia estadounidense, consagrando una sección a los

¹¹ Vid. la severa crítica en un informe de la Cámara de los Representantes en Estados Unidos: «No one can read the significant Supreme Court cases on sovereign immunity [...] without concluding that the field is a mass of confusion; and if he ventures beyond that to attempt some reconciliation of the courts of appeals decisions, he will find confusion compounded», *House Report*, Pub. L. No. 94-574, 1976 U.S.C.C.A.N. 6121, 6145 (1976), reproducido en G. L. RIOS, E. P. FLAHERT, “Legal Accountability of International Organizations: Challenges and Reforms: International Organization Reform or Impunity? Immunity is the Problem”, *ILSA J Int'l & Comp L*, vol. 16 (2009), 433, p. 434.

¹² Algunas situaciones de este tipo quedan en la actualidad cubiertas por la competencia del Panel de Inspección y del Asesor de Cumplimiento/*Ombudsman*. No obstante, no todas ellas resultan en una solución adecuada para las partes. Podría mencionarse, en el mismo contexto, el asunto de la Mina Marlin en Guatemala, apoyado al inicio por un préstamo de la CFI. En este proyecto se plantearon numerosas reclamaciones por violaciones de los derechos de los pueblos indígenas y de atentados al medio ambiente. Los intentos de la CFI, a través del Asesor de Cumplimiento/*Ombudsman*, de mediar en el conflicto fracasaron después de varios años de negociaciones. La CFI salió del proyecto porque la empresa canadiense Goldcorp devolvió el crédito por anticipado, pero la controversia fue arrastrada a las relaciones entre Goldcorp y las comunidades campesinas afectadas por la mina. Todavía en la actualidad el caso se encuentra sin resolver ante un Comité de Investigación compuesto por tres expertos en materia de derechos humanos y medio ambiente, nombrado por el arzobispo de la ciudad de Guatemala y organizado por la Universidad de Notre Dame en South Bend, Indiana (Estados Unidos), en virtud del Acuerdo firmado el 23 de enero de 2009 (*Terms of Engagement for a Human Rights Impact Assessment of the Marlin Mine*). En esta controversia puede argumentarse que si se hubiese sometido desde el principio a un tribunal competente, se habría facilitado la realización exitosa del proyecto, que consistía en la creación de la mayor mina de oro de Latinoamérica, con sustantivos beneficios de desarrollo para Guatemala, uno de los Estados más pobres del mundo.

¹³ Situaciones de esta naturaleza se podrían plantear en relación con la aplicación de la estadounidense *Freedom of Information Act*, 5 U.S.C. § 552, tal como quedó modificada por la Ley Pública n° 110-175, 121 Stat. 2524. De hecho, se había planteado en relación con la negativa de la CFI de publicar el informe Hair, que el entonces presidente del Banco Mundial Wolfensohn había encargado a Jay Hair para recabar información sobre la práctica de Endesa Chile en relación con la presa del río Bío Bío a principios de los años noventa del siglo XX. De acuerdo con el Derecho estadounidense, este secretismo podría ser interpretado como ilícito, con lo que hubiera podido existir una reclamación judicial. Posteriormente, la CFI comenzó, al igual que otras instituciones financieras internacionales, a adoptar Políticas de Publicidad de Información. La primera “Policy on Disclosure of Information” de la CFI fue adoptada por el Consejo de Directores en julio de 1994.

litigios sobre relaciones laborales (sección III) y otra sección a los litigios sobre las actividades financieras de los BMD (sección IV). El estudio se cierra con las conclusiones sobre el análisis de la jurisprudencia estadounidense a la luz del régimen jurídico internacional (sección V).

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL Y ESTADOUNIDENSE

1. La inmunidad en los tratados constitutivos de los bancos multilaterales de desarrollo

Los tratados constitutivos de los BMD establecen sus propios regímenes jurídicos de inmunidad. La mayoría de bancos siguen el ejemplo del tratado constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF). Este tratado adopta el régimen jurídico general codificado en la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Agencias Especializadas. Así, el art. VII del tratado constitutivo del BIRF le atribuye inmunidad de jurisdicción y de ejecución. Dicha inmunidad se matiza en el párrafo tercero de este artículo con una cláusula expresa de exclusión de la inmunidad, que permite en ciertos casos demandar al banco ante los tribunales domésticos de sus Estados miembros. Para que opere esta exclusión de inmunidad, el banco debe tener en ese lugar una oficina o un agente, o debe haber emitido o garantizado títulos. El tenor literal del referido artículo es como sigue:

Solo podrá seguirse acción contra el Banco ante un tribunal de jurisdicción competente, en los territorios de un miembro donde el Banco tuviere establecida una oficina, en que hubiere designado un apoderado con el objeto de aceptar emplazamiento o notificación de demanda judicial, o donde hubiere emitido o garantizado títulos. Sin embargo, ninguna acción podrá ser seguida por miembros o personas que representen o que tuvieren reclamaciones contra miembros. Los bienes y activos del Banco, dondequiera se encontraren y en poder de quienquiera estuvieren, gozarán de inmunidad contra cualquiera forma de comiso, embargo o ejecución, mientras no se dicte sentencia definitiva en contra del Banco.¹⁴

Numerosos BMD e instituciones similares, tienen un régimen de inmunidad de jurisdicción idéntico o similar al BIRF. El tratado constitutivo de la Corporación Financiera Internacional (CFI) tiene un régimen idéntico, de manera que la formulación del art. VII.3 del tratado constitutivo del BIRF se ve reflejada en el art. VI.3 del tratado constitutivo de la CFI¹⁵. La misma redacción también se encuentra en el tratado

¹⁴ Art. VII.3 del tratado constitutivo del BIRF, *TIAS* No. 1502; 2 *UNTS* 134; entrado en vigor el 27 de diciembre de 1945; *BOE* núm. 164, de 10 de julio de 1958; modificado el 17 de diciembre de 1945, *TIAS* No. 5929; 16 *UNTS* 1942; *BOE* núm. 304, de 21 de diciembre de 1981.

¹⁵ Tratado constitutivo de la CFI de 5 de diciembre de 1955, 7 U.S.T. 2197, consultado en la versión consolidada de 28 de abril de 1993, disponible en <http://www.ifc.org> (20.08.2011), y publicado en España en *BOE* núm. 306, de 23 de diciembre de 1981. El tenor literal del art. VI.3 es el siguiente: «La Corporación sólo podrá ser demandada ante un tribunal de jurisdicción competente en los territorios de un miembro en donde tuviere una oficina, o en donde hubiere designado un apoderado con el objeto de aceptar notificaciones judiciales, o en donde hubiere emitido o garantizado obligaciones. Sin embargo, ningún miembro, o persona que lo represente o que tenga una reclamación derivada de un miembro,

constitutivo de las instituciones regionales del Banco Interamericano de Desarrollo (BID)¹⁶, de la Corporación Interamericana de Inversiones¹⁷, del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo¹⁸ y del Banco Norteamericano de Desarrollo¹⁹.

podrá entablarle acción alguna. Los archivos y activos de la Corporación, dondequiera que se encuentren y en poder de quienquiera que estén, gozarán de inmunidad contra cualquier forma de apropiación, embargo o ejecución, mientras no se dicte sentencia firme contra la Corporación». La CFI forma parte del Grupo del Banco Mundial y su función consiste en otorgar préstamos a empresas que invierten en Estados en vías de desarrollo.

¹⁶ Art. XI.3 (*Procedimientos judiciales*) del tratado constitutivo del BID de 8 de abril de 1959, con entrada en vigor el 30 de diciembre de 1959, con la última modificación de 31 de julio de 1995, 10 U.S.T. 3068, 3095, publicado en España en *BOE* núm. 263, de 2 de noviembre de 1976, disponible también en <http://www.oas.org/dil/esp/tratados> (03.08.2011), cuyo tenor literal es el siguiente: «Solamente se podrán entablar acciones judiciales contra el Banco ante un tribunal de jurisdicción competente en los territorios de un país miembro donde el Banco tuviese establecida alguna oficina, o donde hubiese designado agente o apoderado con facultad para aceptar el emplazamiento o la notificación de una demanda judicial, o donde hubiese emitido o garantizado valores.

Los países miembros, las personas que los representen o que deriven de ellos sus derechos, no podrán iniciar ninguna acción judicial contra el Banco. Sin embargo, los miembros podrán hacer valer dichos derechos conforme a los procedimientos especiales que se señalen ya sea en este Convenio, en los reglamentos de la institución o en los contratos que celebren, para dirimir las controversias que puedan surgir entre el Banco y los países miembros.

Los bienes y demás activos del Banco, donde quiera que se hallen y quienquiera los tuviere, gozarán de inmunidad con respecto a comiso, secuestro, embargo, retención, remate, adjudicación, o cualquier otra forma de aprehensión o de enajenación forzosa mientras no se pronuncie sentencia definitiva contra el Banco». El BID es una institución regional que otorga créditos a los gobiernos de los Estados miembros para fomentar el desarrollo económico.

¹⁷ Art. VII.3 (*Procedimientos judiciales*) del tratado constitutivo de la Corporación Interamericana de Inversiones, que entró en vigor el 23 de marzo de 1986, y modificado por las resoluciones de 3 de octubre de 1995, 4 de julio de 2001 y 12 de junio de 2002; publicado en España en *BOE* núm. 10, de 11 de enero de 1986, disponible en <http://spanish.iic.int/charter/2009-03-AGREEMENT-ESTABLISHING-THE-IIC-SPA.pdf> (03.08.2011) cuyo tenor literal es el siguiente: «(a) Solamente se podrán entablar acciones judiciales contra la Corporación ante un tribunal de jurisdicción competente en los territorios de un país miembro donde la Corporación tuviese establecida una oficina o donde hubiese designado agente o apoderado con facultad para aceptar el emplazamiento o la notificación de una demanda judicial, o donde hubiese emitido o garantizado valores. Los miembros, las personas que los representen o que deriven de ellos sus derechos no podrán iniciar ninguna acción judicial contra la Corporación. Sin embargo, podrán hacer valer dichos derechos conforme a los procedimientos especiales que se señalen ya sea en este Convenio, en los reglamentos de la institución, o en los contratos que celebren para dirimir las controversias que puedan surgir entre la Corporación y los países miembros. (b) Los bienes y demás activos de la Corporación, dondequiera que se hallen y quienquiera los tuviere, gozarán de inmunidad con respecto a comiso, secuestro, embargo, retención, remate, adjudicación o cualquier otra forma de aprehensión o de enajenación forzosa mientras no se pronuncie sentencia definitiva contra la Corporación». La Corporación es una institución regional que otorga préstamos a empresas cuyos proyectos en los Estados miembros contribuyan a su desarrollo económico.

¹⁸ Art. 46 (*Situación del Banco frente a procesos judiciales*) del tratado constitutivo del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, adoptado en París el 29 de mayo de 1990, y entrado en vigor el 28 de marzo de 1991, publicado en España en *BOE* núm. 109, de 7 de mayo de 1991, cuyo tenor literal es el siguiente: «Sólo podrán emprenderse acciones judiciales contra el Banco ante un Tribunal competente del territorio de un país en el que el Banco haya establecido una oficina, nombrado a un agente a efectos de emplazamientos o notificaciones judiciales, o emitido o garantizado valores mobiliarios. No podrán emprender acción judicial alguna, sin embargo, los miembros o aquellas personas que actúen en representación de los mismos u ostenten derechos sobre ellos. El patrimonio y los activos del Banco, independientemente de su emplazamiento y de quién los tenga en su poder, no podrán ser objeto de embargo, incautación o medidas ejecutivas antes de que se haya pronunciado sentencia definitiva contra

Ahora bien, ciertos tratados constitutivos más recientes limitan la exclusión de inmunidad siguiendo distintas formulaciones. En el caso del Fondo Africano de Desarrollo se especifica con más precisión para qué tipo de acciones judiciales se excluye la inmunidad, puesto que es para «los litigios nacidos o resultantes del ejercicio, por parte del Fondo, de su facultad de aceptar préstamos en conformidad a lo dispuesto en el artículo 8º»²⁰. La misma redacción se encuentra en el tratado constitutivo del Banco Africano de Desarrollo²¹.

el Banco». El Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo fue fundado en 1990 para favorecer la transición a una economía de mercado y para impulsar la iniciativa privada en los Estados del antiguo Bloque Soviético. Esta institución concede préstamos a los Estados miembros de la región de Europea Central y Oriental para fomentar este desarrollo.

¹⁹ Vid. el art. IX, sección 3, del tratado constitutivo del Banco Norteamericano de Desarrollo, contenido en el Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre el Establecimiento de una Comisión de Cooperación Fronteriza para el Medio Ambiente y un Banco Norteamericano de Desarrollo, adoptado en noviembre de 1993 y modificado el 6 de agosto de 2004, acto de ratificación publicado en Estados Unidos en *Ex. Ord. No. 12904*, Mar. 16, 1994, 59 F.R. 13179, disponible en http://www.nadb.org/pdfs/Charter_2004_Eng.pdf (14.08.2011): «Actions may be brought against the Bank only in a court of competent jurisdiction in the territories of a Party in which the Bank has an office, has appointed an agent for the purpose of accepting service or notice of process, or has issued or guaranteed securities.

No action shall be brought against the Bank by the Parties or persons acting for or deriving claims from the Parties. However, the Parties shall have recourse to such special procedures to settle controversies between the Bank and its Parties as may be prescribed in this Chapter, in the by-laws and regulations of the Bank or in contracts or other agreements entered into with the Bank».

El Banco Norteamericano de Desarrollo tiene como objetivo fomentar la inversión privada en la región fronteriza entre Estados Unidos y México, y, en su caso, complementar directamente las inversiones privadas cuando aquellas no son suficientes para ciertos proyectos.

²⁰ Art. 43.1 (*Acciones*) del Acuerdo creado el Fondo Africano de Desarrollo, adoptado en Abidjan el 29 de noviembre de 1972, publicado en España en el *BOE* núm. 35, de 9 de febrero de 1974. El resto de esta disposición refleja el contenido que se puede encontrar también en otros BMD. El Fondo es administrado por el Banco Africano de Desarrollo, y se compone de Estados donantes y Estados receptores. El Fondo otorga tanto financiación para proyectos y programas, así como asistencia técnica.

²¹ Art. 52 (*Judicial Proceedings*) del tratado constitutivo del Banco Africano de Desarrollo, adoptado el 4 de agosto de 1963 y entrado en vigor el 10.09.1964, cuyo tenor es el siguiente (no existe versión oficial española): «1. The Bank shall enjoy immunity from every form of legal process except in cases arising out of the exercise of its borrowing powers when it may be sued only in a court of competent jurisdiction in the territory of a member in which the Bank has its principal office, or in the territory of a member or non-member State where it has appointed an agent for the purpose of accepting service or notice of process or has issued or guaranteed securities. No actions shall, however, be brought by members or persons acting for or deriving claims from members.

2. The property and assets of the Bank shall, wherever located and by whomsoever held, be immune from all forms of seizure, attachment or execution before the delivery of final judgement against the Bank».

De hecho, ante tribunales de otros Estados, esta cláusula de exclusión de inmunidad ha sido interpretada de forma literal. Por ejemplo, en un asunto ante los tribunales belgas se interpretó el art. 52 de tal modo que se excluía la inmunidad del Banco Africano de Desarrollo para los supuestos en que el Banco ejerciera sus poderes de prestatario (*borrowing powers*), pero se aplicó la inmunidad a otras reclamaciones, relacionadas con el pago por servicios prestados en la realización de un proyecto de purificación de agua de lluvia; vid. el asunto *Scimet v. African Development Bank*, Tribunal de Primera Instancia de Bruselas (Bélgica), 14 de febrero de 1997, *Dalcq* (Juez), publicado en *ILR*, vol. 128, 582, p. 585.

El Banco Africano de Desarrollo es una institución de desarrollo económico que financia proyectos o programas realizados por empresas y que persigan el desarrollo económico de los Estados miembros.

Por otra parte, el tratado constitutivo del Banco Asiático de Desarrollo tiene una redacción distinta para reconocer la jurisdicción de los tribunales domésticos en situaciones expresamente delimitadas, a saber, para las actividades relacionadas con sus competencias para prestar dinero, para garantizar obligaciones así como para comprar, vender o negociar con bonos²². También en el caso del Banco Caribeño de Desarrollo se opta por una redacción más pormenorizada de las situaciones en que se excluye la inmunidad de jurisdicción²³.

²² Art. 50 (*inmunidad de procedimientos legales*) del tratado constitutivo del Banco Asiático de Desarrollo, adoptado el 4 de diciembre de 1965, entrado en vigor el 22 de agosto de 1966 y publicado en España en *BOE* núm. 307, de 24 de diciembre de 1985. Su tenor literal es: «1. El Banco gozará de inmunidad contra toda clase de procesos legales, excepto en los casos que se deriven de, o estén relacionados con, el ejercicio de sus facultades para tomar empréstitos, garantizar obligaciones, o comprar, vender o asegurar la venta de valores, en cuyo caso se podrán incoar acciones contra el Banco en un tribunal que tenga jurisdicción competente en el territorio de un país en el que el Banco tenga su sede o una sucursal, o haya nombrado un agente para la recepción de notificaciones judiciales, o en el que haya emitido o garantizado valores.

2. A pesar de lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, no se incoará acción alguna contra el Banco por parte de ningún miembro, ni ningún organismo o agencia de un miembro, ni por ninguna persona o entidad que actúe directa o indirectamente por un miembro; o que derive sus demandas de un miembro o de cualquier organismo o agencia del mismo. Los miembros podrán recurrir, para el ajuste de controversias entre el Banco y ellos, a los procedimientos especiales que puedan estar prescritos en este Acuerdo, en los reglamentos del Banco, o en los contratos hechos con él.

3. Los activos y propiedades del Banco, estén donde estén y en poder de quien sea, serán inmunes contra todas las formas de secuestro o aprehensión, embargo o ejecución, hasta que sea dictada sentencia final en contra del Banco».

El Banco Asiático de Desarrollo es una institución de desarrollo económico que, entre otras cosas, financia proyectos o programas realizados por empresas y que persigan el desarrollo económico de los Estados miembros.

²³ Vid. art. 49 (*Legal Process*) del tratado constitutivo del Banco Caribeño de Desarrollo, que entró en vigor el 26 de enero de 1970, con modificaciones posteriores en relación con el capital autorizado del Banco, disponible en <http://www.caribank.org/> (21.08.2011). El tenor literal de este artículo es como sigue: «1. The Bank shall enjoy immunity from every form of legal process, except in cases arising out of or in connection with the exercise of its powers to borrow money, to guarantee obligations, or to buy and sell or underwrite the sale of securities, in which cases actions may be brought against the Bank in a court of competent jurisdiction in the territory of a member in which the Bank has its principal or a branch office, or in the territory of a member or non-member State where it has appointed an agent for the purpose of accepting service or notice of process, or has issued or guaranteed securities.

2. Notwithstanding the provisions of paragraph 1 of this Article, no action shall be brought against the Bank by any member, or by any agency of a member, or by any entity or person directly or indirectly acting for or deriving claims from a member. Members shall have recourse to such special procedures for the settlement of disputes between the Bank and its members as may be provided for in this Agreement, in by-laws and regulations of the Bank, or in contracts entered into with the Bank.

3. The Bank shall also make provision for appropriate modes of settlement of disputes in cases which do not come within the provisions of paragraph 2 of this Article and which are subject to the immunity of the Bank by virtue of paragraph 1 of that Article.

4. The Bank and its property and assets, wheresoever located and by whomsoever held, shall be immune from all forms of seizure, attachment or execution before the delivery of final judgement against the Bank may be brought against the Bank in a court of competent jurisdiction in the territory of a member in which the Bank has its principal or a branch office, or in the territory of a member or non-member State where it has appointed an agent for the purpose of accepting service or notice of process, or has issued or guaranteed securities».

El Banco Caribeño de Desarrollo es una institución de desarrollo económico que financia proyectos o programas realizados por empresas y que persigan el desarrollo económico de los Estados miembros.

En aplicación de este marco jurídico, los BMD con sede en los Estados Unidos han ido adoptando actos jurídicos en los que se confirma la voluntad de excluir la inmunidad de jurisdicción en ciertos casos. Por ejemplo, a la vista de que la Convención sobre las Inmunidades y Privilegios de los Organismos Especializadas de 1947 preveía un régimen general de inmunidad que no coincidía del todo con el del BIRF, este formuló una declaración para salvaguardar su particular régimen²⁴. Le siguieron también otras instituciones del Grupo del Banco Mundial²⁵.

En el caso del tratado constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) existe una particularidad, ya que el art. 44 del Capítulo VII de su tratado constitutivo indica expresamente que a los pleitos laborales no puede aplicarse la exclusión de inmunidad²⁶. Por tanto, se reconoce inmunidad al Organismo para los asuntos laborales. La razón de esta inmunidad es que los pleitos sobre relaciones laborales son competencia del Tribunal Administrativo del Banco Mundial cuando se creó el MIGA²⁷.

El origen de la cláusula de exclusión de inmunidad de los BMD está en el temor de que la inmunidad pudiera reducir el interés de los demás bancos públicos y privados por adquirir los títulos emitidos por ellos. Otorgar a las personas físicas o jurídicas la posibilidad de demandar al BMD otorgaba seguridad jurídica a todos los que entraban en contacto financiero con el mismo, y con ello la confianza necesaria para adquirir los

²⁴ Este régimen propio del tratado constitutivo del BIRF se incluyó como Anexo VI a la Convención; vid. para la declaración *UNTS*, nº 521 (1949), p. 300. Esta declaración tiene el siguiente tenor: «In its application to the International Bank for Reconstruction and Development (hereinafter called the Bank), the convention (including this annex) shall operate subject to the following provisions: 1. The following shall be substituted for section 4: 'Actions may be brought against the Bank only in a court of competent jurisdiction in the territories of a member of the Bank in which the Bank has an office, or has issued or guaranteed securities. No actions shall, however, be brought by members or persons acting for or deriving claims from members. The property and assets of the Bank shall, wheresoever located and by whomsoever held, be immune from all forms of seizure, attachment or execution before the delivery of final judgment against the Bank'».

²⁵ El 22 de abril de 1959 también la CFI remitió el anexo a la Convención. Vid. el estado de este tratado en el Cap. III.2 de *Status of Multilateral Treaties deposited with the Secretary General*, accesible en *United Nations Treaty Collection* (<http://treaties.un.org>), estado de ratificación a 20.08.2009. Por su parte, no nos consta que MIGA haya enviado ningún anexo a la Convención.

²⁶ Tratado constitutivo de MIGA de 11 de octubre de 1985, publicado en España en *BOE* núm. 59, de 9 de marzo de 1988. El art. VII.44 indica lo siguiente: «Pueden iniciarse contra el Organismo acciones judiciales, distintas de las comprendidas en el alcance de los artículos 57 y 58, solamente ante [el] Tribunal competente con jurisdicción en los territorios de un miembro en el que el Organismo tenga una oficina o haya nombrado un apoderado para efectos de recibir citaciones o notificaciones judiciales. No podrán interponerse tales acciones contra el Organismo i) por los miembros o personas que actúen en su nombre o cuyas reclamaciones provengan de los miembros, ni ii) con respecto a asuntos laborales. Los bienes y activos del Organismo, cualquiera sea su ubicación y quienquiera sea su tenedor, gozarán de inmunidad con respecto a toda forma de embargo, secuestro o ejecución antes de que se dicte sentencia o laudo definitivo contra el Organismo».

²⁷ El Tribunal Administrativo del Banco Mundial fue establecido en 1980 en virtud de su tratado constitutivo, disponible en la siguiente dirección: [http://lnweb90.worldbank.org/crn/wbt/wbtwebsite.nsf/\(resultsweb\)/Statute+&+Rules?opendocument](http://lnweb90.worldbank.org/crn/wbt/wbtwebsite.nsf/(resultsweb)/Statute+&+Rules?opendocument) (21.08.2011).

productos financieros que les ofreciera²⁸. Esta exclusión de la inmunidad continúa en vigor y se podría emplear para demandar al Banco Mundial y otros bancos similares directamente ante los tribunales internos de los Estados²⁹. Es así que el Banco Mundial ha ejercido influencia para que, en los ordenamientos internos de algunos Estados especialmente expuestos a los impactos de los proyectos por él financiados, se adopten normas que amplíen la inmunidad de jurisdicción más allá del estándar de sus tratados constitutivos³⁰. Esta práctica doméstica sigue siendo demasiado escasa y fragmentada para afirmar que los Estados miembros del Grupo del Banco Mundial han modificado por vía consuetudinaria el tratado constitutivo del banco; por tanto, a pesar de su antigüedad, el tenor literal de los tratados constitutivos actuales con respecto a la exclusión de inmunidad sigue en vigor.

²⁸ Cfr. BEKKER, P.H.F., *The Legal Position of Intergovernmental Organizations. A Functional Necessity Analysis of Their Legal Status and Immunities*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, Leiden, 1994, p. 128.

²⁹ En efecto, la doctrina apenas ha advertido sobre la posibilidad de que esta exclusión de inmunidad pueda servir para exigir responsabilidad al Grupo del Banco Mundial por la violación de alguna norma internacional. Antonio Pigrau Solé solo lo menciona de pasada al analizar las vías de reclamación de la responsabilidad al Banco Mundial; vid. PIGRAU SOLÉ, A., “Las políticas del FMI y del Banco Mundial y los Derechos de los Pueblos”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, nº 29-30 (1995), 139-175, p. 163. Namita Wahi tiene una opinión poco optimista sobre las posibilidades procesales de estas cláusulas de exclusión de inmunidad, después de observar que en los Estados Unidos dichas cláusulas sólo fueron usadas para demandar al Banco Mundial en controversias sobre las relaciones laborales con sus empleados (que además no solían ser admitidas por los tribunales al no ser este el objeto de las cláusulas de exclusión de inmunidad); vid. WAHI, N., “Human Rights Accountability of the IMF and the World Bank: A Critique of Existing Mechanisms and Articulation of a theory of Horizontal Accountability”, *U.C. Davis J. Int’l L. & Pol’y*, vol. 12 (2006), 331-407, p. 370. Otro autor, A. McBeth, afirma que a pesar de que los tratados constitutivos del Grupo del Banco Mundial no establecen inmunidad para reclamaciones por violaciones de los derechos humanos, los propios tribunales son los que se abstienen de asumir la jurisdicción como «as a matter of common practice». No obstante, McBeth solo menciona esta idea *en passant*, y no la desarrolla ni la fundamenta con jurisprudencia; vid. MCBETH, A., “Transnational Corporate Responsibility for the 21st Century: A Right by any other Name: The Evasive Engagement of International Financial Institutions with Human Rights”, *Geo. Wash. Int’l L. Rev.*, vol. 40 (2009), 1101-1156, en particular p. 1146, nota 178. Steven Herz, por su parte, no discute las posibilidades de la interpretación literal de las cláusulas de exclusión de inmunidad de los tratados constitutivos de los BMD, sino que acepta que los tribunales de Estados Unidos han matizado la inmunidad de estas instituciones a través de la «necesidad funcional», y presenta dos argumentos para levantar la inmunidad en reclamaciones por derechos humanos. En primer lugar, señala que razones para establecer que el respeto de los derechos humanos forma parte de la «necesidad funcional» que permite a los tribunales domésticos asumir jurisdicción. En segundo lugar, señala que existe una norma emergente en DI que exige a todos los sujetos de DI que se sometan a mecanismos de control en materia de derechos humanos. Mientras que los BMD no estén sometidos a la jurisdicción de otros órganos de control internacionales, esta función deben cumplir los tribunales nacionales; vid. HERZ, S., «Rethinking International Financial Institution Immunity», HUNTER/BRADLOW (eds.), *International Financial Institutions & International Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, 137-165, pp. 161-163.

³⁰ Por ejemplo, en el caso de Bangladesh el Banco Mundial ejerció presión para que su gobierno adoptara en 2004 la *Financial Organisations (Amendment) Act*. Esta ley concede al Banco Mundial plena inmunidad ante cualquier procedimiento que pueda iniciarse contra el Banco ante los tribunales domésticos de Bangladesh. Vid. sobre ello IFI Watch – Bangladesh, «The World Bank and the Question of Immunity», vol. 1, No. 1 (September 2004), p. 5, disponible en http://www.unnayan.org/Other/IFI_Watch_Bangladesh_Vol_1%20No_1.pdf (15.08.2011).

2. La competencia de interpretación de las cláusulas de los tratados constitutivos de los bancos multilaterales de desarrollo: la tensión entre interpretación auténtica e interpretación por terceros

Los BMD, en tanto que OI financieras, dependen de la cooperación con sus Estados miembros para cumplir sus funciones, por lo que se producen situaciones de exposición directa o indirecta de esas instituciones al ordenamiento interno de los Estados donde operan. No obstante, como persona jurídica de DI, cada banco tiene plena competencia para interpretar y aplicar su tratado constitutivo. Para interpretar el tratado en las controversias del banco con su personal, el Grupo del Banco Mundial cuenta con la competencia judicial de su tribunal administrativo, como ocurre en casi todos los demás BMD. Pero debido al limitado alcance de la competencia de estos tribunales, las cuestiones no directamente relacionadas con litigios de personal no pueden ser objeto de resolución judicial ante esos tribunales.

A la vista de la falta de mecanismos judiciales para interpretar los tratados constitutivos, en el caso del BIRF se prevé que los Directores Ejecutivos pueden realizar esta labor de interpretación –sujeta a una posible revisión por el Consejo de Gobernadores– por iniciativa de un miembro del banco³¹. Esta competencia de interpretación incluye la facultad de resolver cualquier controversia entre el banco y sus Estados miembros o entre miembros del banco en relación con el tratado constitutivo. En los primeros años de existencia del banco, se había creado un Comité Permanente de Interpretación que, con la colaboración del Consejo General, elaboraba opiniones que después remitía a los directores ejecutivos. Sin embargo, este procedimiento fue abandonado y desde el 30 de julio de 1964 solo se ha adoptado una única interpretación formal de los tratados constitutivos, relacionada con el dólar indexado al valor de oro³². En la actualidad, se da preferencia a consultas menos formales dirigidas directamente al Consejero General de asuntos jurídicos. Es así que, a partir de los años noventa del siglo XX, el Consejero General de asuntos jurídicos ha emitido numerosas opiniones (*views*) sobre la interpretación de las reglas del Banco Mundial, incluido su tratado constitutivo. El Consejero General remite su opinión a la atención del Consejo de Directores Ejecutivos, quienes muestran su aquiescencia ante dicha opinión actuando en virtud de ella, sin invocar directamente sus poderes de interpretación³³.

Tanto el procedimiento formal de interpretación del tratado constitutivo del banco, como el procedimiento informal seguido en la actualidad, son realizados por el órgano supremo de gobierno del banco. Ambos procedimientos tienen importancia para el banco por la antigüedad del tratado constitutivo y la correspondiente necesidad de tener

³¹ Art. V.4 en relación con art. V.2.(iv) del tratado constitutivo del BIRF.

³² Vid. SHIHATA, I.F.I., “The Role of the World Bank’s General Counsel”, *ASIL Proceedings*, vol. 91 (1997), 214-222, en particular p. 217.

³³ Vid. RIGO SUREDA, A., “The World Bank and Institutional Innovation”, en BROWN WEISS/RIGO SUREDA/BOISSON DE CHAZOURNES (eds.), *The World Bank, International Financial Institutions, and the Development of International Law. A Symposium Held in Honor of Dr. Ibrahim F. I. Shihata, March 22, 1999*, 1999, 11-20, p. 13. Vid. también *idem*, “The Law Applicable to the Activities of International Investment Banks”, *RdC*, tome 308 (2004), 9-251, pp. 51-52.

una base para aplicarlo de forma evolutiva, dinámica y adaptada a las circunstancias de cada momento³⁴. Esto es aún más importante si se considera el reducido margen de maniobra jurídica y política para una hipotética modificación del tratado constitutivo³⁵.

No obstante, y a diferencia por ejemplo del Derecho de la Unión Europea, el Banco Mundial no dispone de ningún procedimiento para colaborar con los tribunales internos de los Estados miembros y ofrecer soluciones a las cuestiones jurídicas suscitadas por la aplicación del tratado constitutivo. Semejante mecanismo de cooperación podría ser especialmente conveniente para los BMD, puesto que el art. VII.3 del tratado constitutivo del BIRF y los correspondientes artículos del resto de BMD ya preveían la posibilidad de presentar demandas contra los bancos ante tribunales domésticos por parte de personas afectadas por su actuación. Esta norma dejaba abierta la posibilidad de que los tribunales domésticos de un buen número de Estados se enfrentaran al reto de interpretar ese tratado constitutivo, con el consecuente riesgo de dar origen a interpretaciones divergentes.

Ante la falta de un procedimiento que permita a los BMD cooperar con los tribunales domésticos que apliquen sus tratados constitutivos, se han sugerido sobre todo dos métodos para paliar algunos de los problemas que esta situación suscita.

Un posible método es el que sigue el Fondo Monetario Internacional, donde su asesor jurídico ha adoptado la práctica de publicar artículos sobre la interpretación del Derecho del Fondo por los tribunales domésticos, con las oportunas instrucciones para permitir una aplicación homogénea³⁶. Aunque los tribunales domésticos no tienen la obligación de seguir las opiniones del asesor jurídico, no dejan de ser criterios revestidos de un gran rigor técnico y utilidad práctica.

³⁴ Estas ideas fueron también expresadas por el Consejero General de Asuntos Jurídicos del Banco, Ibrahim Shihata, cuando señaló que tomaba en consideración el hecho de que «the Executive Directors do not constitute a court of law» y que el asesoramiento a los Directores Ejecutivos no solo ha de ser jurídicamente correcto, sino que «it is also expected to be such as to enable the Executive Directors to perform their responsibilities in a manner which best suits the requirements of the Bank's business», cfr. SHIHATA, I.F.I., «The Role of the World Bank's General Counsel», *ASIL Proceedings*, vol. 91 (1997), 214-222, en particular p. 217.

³⁵ En efecto, el tratado constitutivo del Banco Mundial ha sido modificado solo dos veces. La primera modificación tuvo lugar por la introducción del art. III.6, que habilita al Banco a hacer préstamos a la CFI, y la segunda modificación se refería al art. VIII, con la que se aumentó el porcentaje del poder de votación para modificar el tratado constitutivo del Banco de «tres quintas partes de los miembros con cuatro quintas partes del poder de votación» a «tres quintas partes de los miembros con ochenta y cinco por cien del poder de votación». Vid. sobre esta modificación, SHIHATA, I.F.I., «Legal Aspects of the Bank's Work», en *idem*, *The World Bank in a Changing World. Selected Essays and Lectures*, vol. II, 1995, 739-780, p. 742.

³⁶ Los resultados de esta iniciativa han sido positivos, porque cada vez son más los tribunales domésticos que siguen estas pautas e instrucciones. Sobre el problema que en la práctica planteaba la divergencia de la interpretación de los tribunales domésticos de las distintas cuestiones reguladas por el tratado constitutivo del Fondo Monetario Internacional y de sus normas de desarrollo, en referencia a los casos decididos por distintas jurisdicciones del mundo, vid. SCHERMERS, H. G y BLOKKER, N. M., *International Institutional Law. Unity within Diversity*, 3ª ed., Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/Boston, 1995, pp. 836-838, para. 1352.

Otro método es la cooperación interinstitucional a nivel doméstico entre el poder judicial y el poder ejecutivo, como ocurre en algunos Estados. En estos casos, los tribunales domésticos piden una opinión jurídica al Ministerio de Asuntos Exteriores de su gobierno para que interprete la cláusula del tratado internacional que presente dudas al juez. Esta técnica se sigue a veces en los Estados Unidos, aunque los jueces no tienen ninguna obligación de plantear una consulta. Puesto que la petición de una opinión al poder ejecutivo lleva implícito el riesgo de menoscabar el principio de la separación de poderes, más recientemente los jueces se abstienen de pedir informes al Departamento de Estado cuando han resuelto sobre cuestiones de inmunidad de jurisdicción de otros Estados o de OI³⁷.

Ninguno de estos dos métodos, ni otros que puedan idearse, son la panacea para aplicar las reglas de los BMD en las jurisdicciones internas de los Estados. En definitiva, los tribunales domésticos tienen que aplicar autónomamente las reglas de estos bancos, en armonía con las demás reglas generales sobre inmunidad. Esto nos lleva a analizar el

³⁷ En los Estados Unidos existía la práctica de pedir informes al Departamento de Estado cuando se trataba de aplicar las inmunidades. Como consecuencia de la grave crisis económica de los años veinte del siglo XX, los tribunales estadounidenses, con el Tribunal Supremo a la cabeza, habían ido otorgando cada vez más competencias y poderes al gobierno federal, sobre todo cuando se trataba de las relaciones internacionales. Una de estas competencias fue la referida a la decisión de quién podía gozar de la inmunidad de jurisdicción en los Estados Unidos. La decisión sobre esta cuestión fue atribuida al Departamento de Estado. Así fue confirmado de manera rotunda por el Tribunal Supremo en el asunto *Republic of Mexico v. Hoffman*, 318 U.S. 30 (1945), al expresarse la más plena servidumbre de los tribunales a la política exterior estadounidense llevada a cabo por el Departamento de Estado, con las siguientes palabras: «It is the duty of the courts, in a matter so intimately associated with our foreign policy and which may profoundly affect it, not to enlarge an immunity to an extent which the Government, though it has had numerous opportunities, has not seen fit to recognize» (*ibid.*, p. 30). Se dijo en este caso que el estudio sobre si habría razones para otorgar a una persona inmunidad habría que hacerse «in conformity to the principles accepted by the department of the government charged with the conduct of our foreign relations» (*ibid.*, p. 35). Posteriormente, el Tribunal Supremo se separó de este criterio, atribuyendo a los tribunales de justicia la plena competencia de decidir sobre su propia jurisdicción. Fue, en particular, el asunto *First National City Bank v. Banco Nacional de Cuba*, 406 U.S. 759 (1972), donde el Juez Powell expresó su oposición a la tradicional regla que exigía a los tribunales «receive the Executive's permission before invoking its jurisdiction. [...] Such a notion, in the name of the doctrine of separation of powers, seems to me to conflict with that very doctrine» (p. 773). Aunque esta es la posición del Tribunal Supremo, en un reciente caso llevado ante el Noveno Circuito de los Estados Unidos, la decisión de la jueza fue criticada y se sugirió que debería haber solicitado la opinión del Departamento de Estado antes de emitir su fallo. Vid. el asunto *Cassirer v. Kingdom of Spain*, 9th Cir. Nos. 06-56325, 06-56406, Opinion of 13 August 2010, op. dis. del Juez Gould, junto con el Juez Kozinski: «The majority's view is not prudent unless sanctioned by the Department of State». Como puede verse a partir de una comparación con la decisión del Tribunal Supremo en *First National City Bank*, esta opinión de los jueces disidentes representaría un paso hacia atrás. En el Derecho comparado se encuentran fenómenos similares al debate que se produjo en los Estados Unidos. En Francia existió hasta 1990 la práctica jurisprudencial según la cual la interpretación de un tratado internacional efectuada por el Ministro de Asuntos Exteriores era vinculante para los jueces nacionales. En el asunto *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, de 29.06.1990, el Consejo de Estado abandonó esta regla porque se consideraba que violaba las disposiciones del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, que exige la solución judicial de las controversias, no a través del Ministro. Vid. LACHAUME, J.-F., «Jurisprudence française relative au droit international», *AFDI*, vol. XXXVII (1991), 893-932, en particular pp. 897-900.

régimen jurídico estadounidense y cómo los tribunales de este Estado han resuelto estos retos.

3. La integración del Derecho Internacional en el ordenamiento estadounidense en materia de inmunidades

El régimen jurídico de la inmunidad de las OI se regula en la *International Organizations Immunities Act* (IOIA) de 1945. Según su art. 2(b), las OI reconocidas por los Estados Unidos gozarán de las mismas inmunidades judiciales que las reconocidas a los Estados extranjeros, salvo que dichas organizaciones renuncien de forma expresa a la inmunidad, bien para determinados procesos, bien en virtud de un contrato. El tenor literal de esta cláusula es el siguiente:

International organizations, their property and their assets, wherever located, and by whomsoever held, shall enjoy the same immunity from suit and every form of judicial process as is enjoyed by foreign governments, except to the extent that such organizations may expressly waive their immunity for the purpose of any proceedings or by the terms of any contract.³⁸

Esta cláusula de la IOIA fue interpretada durante los primeros años de su vigencia en el sentido de otorgar inmunidad absoluta a las OI, porque tal era la concepción generalmente aceptada de las inmunidades de los Estados en el momento de su adopción, en 1945. Los tribunales, además, tienen bien presente la importancia de las inmunidades a la vista de «the growing efforts to achieve coordinated international action through multinational organizations with specific missions»³⁹. En su jurisprudencia más temprana, los tribunales confirmaron que no pueden ejercer jurisdicción sobre OI como las Naciones Unidas, porque mantienen un «sovereign status and may extend that jurisdiction over its agents and employees»⁴⁰.

Basado en el régimen jurídico establecido por la IOIA, la jurisprudencia elaboró su propia doctrina acerca de la inmunidad; la regla general sobre la que se basa establece que la IOIA otorga a las OI inmunidad absoluta ante los tribunales estadounidenses⁴¹. Este carácter absoluto puede ser limitado si la organización renuncia a la inmunidad. La renuncia puede hacerse a través de dos vías: (1) la OI puede renunciar expresamente a su inmunidad; (2) el Presidente de los Estados Unidos puede limitar específicamente las inmunidades de la OI a la hora de declararla beneficiaria de las inmunidades reguladas en la IOIA. Además, el Presidente puede modificar, condicionar o revocar la inmunidad de una OI en cualquier momento⁴².

³⁸ Vid. la *International Organizations Immunities Act*, 22 U.S.C. 288a(b) (2008).

³⁹ Frase prestada de la argumentación jurisprudencial sobre el sentido de las inmunidades en *Mendaro v. World Bank*, 717 F.2d 610, (D.C. Cir. 1983), p. 615.

⁴⁰ *Means v. Means*, 60 Misc. 2d 538; publicado en *United Nations Juridical Yearbook*, 1969, p. 243; y *Menon v. Weil*, 66 Misc. 2d 114, publicado en *United Nations Juridical Yearbook*, 1971, p. 249.

⁴¹ *Mendaro v. World Bank*, 230 U.S. App. D.C. 333, 717 F.2d 610 (D.C. Cir. 1983), pp. 613-614; *Morgan v. International Bank for Reconstruction and Development*, 752 F. Supp. 492 (D.D.C. 1990), p. 493; *Ashford International v. World Bank et al.*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 17286, p. 7.

⁴² Esta jurisprudencia fue desarrollada en el asunto *Mendaro v. World Bank*, 717 F.2d 610, (D.C. Cir. 1983), pp. 613-614, y reiterado después en *Jorge Vila v. Inter-American Investment Corporation, Civil Action No. 06-2143 (RBW), Memorandum Opinion*, p. 7, y numerosos casos posteriores. En efecto, el

La posterior promulgación de la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA), en 1976, aplicable solo a los Estados, abrió el debate sobre el alcance de la inmunidad de la IOIA, porque el carácter restrictivo de la FSIA excluye la inmunidad en los casos de actividades comerciales realizadas por el Estado. El debate se ve reflejado en la jurisprudencia, donde algunos tribunales interpretan que la IOIA no incorporaba solo el estado de desarrollo de las inmunidades en el año 1945, sino también lo establecido en normas posteriores aplicables al caso, sobre todo la FSIA⁴³; mientras que en otros consideraron las dos normas independientes entre sí, puesto que la IOIA tenía un mecanismo específico para limitar la inmunidad a través de una orden ejecutiva del Presidente, con lo que no hacía falta realizar la interpretación por vía de los actos *iure gestionis* propia de los Estados⁴⁴.

De todos modos, la FSIA tuvo como efecto que en Derecho estadounidense se adoptara una postura mayoritariamente restrictiva de la inmunidad de las OI, que atiende a la finalidad de la protección otorgada por la inmunidad; dicha finalidad debe ser el funcionamiento adecuado de la OI, en conformidad con su tratado constitutivo. Esta concepción restrictiva se resume en el *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* de 1987, donde se afirma que:

[U]nder international law, an international organization generally enjoys such privileges and immunities from the jurisdiction of a member state as are necessary for the fulfillment of the purposes of the organization, including immunity from legal process.⁴⁵

Junto con este régimen general de inmunidades regulado en la IOIA y la FSIA, existe un mecanismo para reconocer cada OI individualmente para los efectos del Derecho interno estadounidense. Este reconocimiento se produce por una orden ejecutiva del Presidente de los Estados Unidos. Por tanto, la libertad de apreciación de los jueces

segundo supuesto es el que se da en relación con los tratados constitutivos de los BMD, puesto que corresponde al Presidente de los Estados Unidos declarar la aplicación de la IOIA a estos bancos, incluida la cláusula de exclusión de la inmunidad; para estos actos de reconocimiento, vid. la transcripción de las Órdenes Ejecutivas relevantes *infra*, II-4.

⁴³ Cuando el Congreso de los Estados Unidos adoptó en 1945 la IOIA, los Estados extranjeros gozaban en los Estados Unidos de una inmunidad prácticamente absoluta. Puede verse, por ejemplo, el asunto *Verlinden B.V. v. Central Bank of Nigeria*, 461 U.S. 480, 486, 103 S.Ct. 1962, 76 L.Ed.2d 81 (1983). Pero a partir de 1952 el Departamento de Estado anunció que había adoptado una concepción restrictiva de la inmunidad, según la cual solo los actos *iure imperii* iban a ser objeto de protección mediante la inmunidad, pero no los actos que exclusivamente tuvieran por objeto actividades comerciales; vid. la carta del Sr. Jack B. Tate, Asesor Jurídico en funciones del Departamento de Estado, al Ministro de Justicia en funciones Philip B. Perlman de 19 de marzo de 1952, publicado en 26 *Department of State Bulletin* 984. Pero ante la apreciable politización de las decisiones que el Departamento de Estado tenía que tomar en cada litigio sobre el carácter comercial o no de las demandas contra Estados extranjeros, el Congreso adoptó en 1976 la *Foreign Sovereign Immunities Act* (Pub.L. No. 94-583, 90 Stat. 2892 (recogida en su versión actualizada en 28 U.S.C. §§ 1602-1611), que codificó la regla de la inmunidad restrictiva y que atribuyó la responsabilidad sobre su aplicación a los tribunales. Vid. sobre ello las amplias explicaciones en el asunto *Atkinson v. Inter-American Development Bank*, 156 F.3d 1335, 332 U.S. App. D.C. 307 (D.C. Cir. 1998), pp. 1339-1340.

⁴⁴ Cfr. *Atkinson v. Inter-American Development Bank*, 156 F.3d 1335, 332 U.S. App. D.C. 307 (D.C. Cir. 1998), p. 1341; y *Bro Tech Corp., Stefan Brodie and Don Brodie v. European Bank for Reconstruction and Development*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 17049, pp. 12-13.

⁴⁵ *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*, § 467(1) (1987).

estadounidenses está limitada por la competencia de reconocimiento de OI centralizada en el Presidente.

A través de este procedimiento de reconocimiento presidencial, se han reconocido los BMD con sede en Washington, Distrito de Columbia. En todos los casos, la orden ejecutiva mediante la cual el Presidente reconoció la personalidad jurídica de las respectivas instituciones, hacía salvaguardia de las excepciones a la inmunidad, con el fin de respetar el particular régimen en esta materia establecido en sus tratados constitutivos⁴⁶.

Además, pueden mencionarse algunas normas internas que confirman la posibilidad de demandar a los bancos ante tribunales estadounidenses. Estas normas atribuyen a los bancos la posibilidad de exigir que, en lugar de los tribunales de los distintos Estados que componen la Federación, sean los tribunales federales los que conozcan de los litigios⁴⁷.

Llegados a este punto, conviene formular una observación relacionada con el uso de los términos en el Derecho estadounidense. Los tribunales vertebran el régimen jurídico de la inmunidad en torno a la idea de “renuncia” (*wavier*), lo que ha consolidado esta expresión en el lenguaje jurídico del Estado. No obstante, esta expresión es imprecisa, porque los BMD no han renunciado a ningún derecho que tenían ante el ordenamiento

⁴⁶ Estas Órdenes Ejecutivas son: (1) BIRF: Orden Ejecutiva 9751, *11 Fed. Reg. 7713* (11 de julio de 1946), donde se hace expreso reconocimiento de la eficacia de las exenciones a la inmunidad del art. VII.3 del tratado constitutivo del BIRF; (2) IDA: Orden Ejecutiva 1966, *42 Red. Reg. 4331* (19 de enero de 1977), donde se explicita la aplicación de las inmunidades y de su renuncia, contenida en el art. VIII.3 del tratado constitutivo de IDA; (3) CFI: Orden Ejecutiva 10680, *21 Fed. Reg. 7647* (2 de octubre de 1956), donde la designación de la CFI como OI a efectos de la IOIA no debe tener ningún menoscabo para la aplicación del art. VI.3 de su tratado constitutivo; (4) BID: Órdenes Ejecutivas 10873, *25 Fed. Reg. 3097* (8 de abril de 1960), y 11019, *27 Fed. Reg. 4145* (27 de abril de 1962). Esta segunda Orden Ejecutiva sirvió «to provide for an exception to the Inter-American Development Bank's immunity from suit specified in the International Organizations Immunities Act» y añadió que las inmunidades de la IOIA no debían interpretarse de tal modo que impidieran la aplicación del art. XI.3 del tratado constitutivo del BID. (5) Corporación Interamericana de Inversiones: Orden Ejecutiva nº 12567, *51 Fed. Reg. 35,495* (2 de octubre de 1986). En esta orden ejecutiva, el Presidente hizo referencia a la cláusula del art. VII del tratado constitutivo del Banco, referida a las inmunidades, salvando plenamente su aplicabilidad. Lo hizo con el siguiente tenor literal en la Sección 1 de la Orden: «The Inter-American Investment Corporation, in which the United States participates pursuant to the Inter-American Investment Corporation Act and the Agreement Establishing the Inter-American Investment Corporation, is hereby designated as a public international organization entitled to enjoy the privileges, exemptions, and immunities conferred by the International Organizations Immunities Act. This designation is not intended to abridge in any respect the privileges and immunities that such organization has acquired or may acquire by treaty or congressional action. This designation shall not affect in any way the applicability of Sections 3 and 9 of Article VII of the Agreement». Por tanto, se acepta expresamente la formulación del tratado constitutivo del banco a efectos del alcance de las inmunidades.

⁴⁷ Así ocurre con el BIRF, 22 U.S.C Subchapter XV, § 286g, donde se le da al banco el derecho de elegir los tribunales federales para conocer de controversias cuando es demandado ante el tribunal de uno de los Estados federados. Lo mismo ocurre en relación con la CFI, vid. 22 U.S.C. Subchapter XI, § 282f (*Jurisdiction and venue of actions*), el BID, vid. 22 U.S.C. Subchapter XII, § 283f (*Jurisdiction and venue of actions*) y la Corporación Interamericana de Inversiones, vid. 22 U.S.C. Subchapter XII-A, § 283gg (*Jurisdiction of United States courts*).

jurídico estadounidense, sino que debido a que el alcance de la inmunidad estaba ya configurado en el tratado constitutivo, la inmunidad estaba simplemente “excluida” o “restringida”, pero no se había “renunciado” a ella. Este régimen se ha integrado posteriormente en el ordenamiento jurídico estadounidense cuando el Estado ratificó el tratado constitutivo⁴⁸. Esto se explica también en el asunto *Mendaro v. World Bank*, donde el tribunal analiza el origen de la exclusión de la inmunidad:

Although there has been no express waiver by the Bank of its immunity to this particular suit, the members of the World Bank *effectively curtailed much of the Bank's immunity from judicial process* in Article VII section 3 by stipulating the conditions under which actions may be brought against the Bank. When President Truman extended the [IOIA]'s privileges and immunities to the World Bank, he limited the Bank's immunity by the terms of the functional waiver contained in the Bank's articles.⁴⁹

Por tanto, el tribunal aclaró que no se había producido ninguna “renuncia” a la inmunidad, sino que la limitación de la inmunidad se encontraba desde el principio regulada en el tratado constitutivo del BIRF.

III. LA INMUNIDAD DE LOS BANCOS MULTILATERALES DE DESARROLLO EN LOS LITIGIOS SOBRE RELACIONES LABORALES

1. La «necesidad funcional» como criterio para determinar el alcance de la inmunidad de los bancos multilaterales de desarrollo

Los tribunales de justicia de los Estados miembros de los BMD han tenido que interpretar las cláusulas de exclusión de la inmunidad contenidas en los tratados constitutivos de los BMD⁵⁰. En el caso de los Estados Unidos, los tribunales solicitaron la opinión del Departamento de Estado, que introdujo el concepto de la necesidad funcional en su informe sobre la interpretación de la cláusula de exclusión de inmunidad contenida en el tratado constitutivo del BIRF. En la parte más relevante señaló que:

The language of the Article does not specify the exact scope of actions which may properly be brought against the Bank under this provision. However, at the time the Articles of Agreement were negotiated, Article VII (3) was intended as a limited waiver of immunity specifically to permit suits by private lenders against the Bank in connection with the Bank's issuance of securities, and to specify the venue for such actions, in order to facilitate the Bank's access to capital markets. [...] It was not designed (and should not now be construed) to subject the Bank to the full range of our

⁴⁸ Este error terminológico ha sido puesto de manifiesto también por la doctrina; vid. REINISCH, A., *International Organizations before National Courts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 216.

⁴⁹ Cfr. *Mendaro v. World Bank*, 717 F.2d 610, (D.C. Cir. 1983), p. 614 (La cursiva es nuestra).

⁵⁰ Los tribunales estadounidenses han reconocido que existe un margen de apreciación en la interpretación de las cláusulas. Lo señaló con tono preocupado el Tribunal del Distrito de Columbia en el asunto *Lutcher* refiriéndose al art. XI.3 del tratado constitutivo del BID: «This provision is hardly a model of clarity»; cfr. *Lutcher S.A. Celulose e Papel v. Inter-American Development Bank*, 382 F.2d 454, 460, 127 U.S. App. D.C. 238 (D.C. Cir. 1967), p. 456.

domestic jurisdiction or to expose the Bank's international personnel and administrative actions to review by our courts and administrative agencies.⁵¹

En este documento, el Departamento de Estado interpreta el objeto y fin de la cláusula del art. VII.3 del tratado constitutivo del BIRF, así como las intenciones de los Estados cuando negociaron y adoptaron los convenios de Bretton Woods. El Departamento de Estado adoptó una interpretación restrictiva de la cláusula de exclusión de inmunidad. Según su criterio, los tribunales solo pueden asumir jurisdicción cuando esto sea necesario para que los bancos accedan con más facilidad a los mercados de capitales.

Esta interpretación del denominado criterio de necesidad funcional diverge de la manera de interpretarlo por la CDI. La CDI ha reconocido que la necesidad funcional es un criterio autónomo, propio del Derecho de las OI, y que es el más significativo para interpretar las inmunidades de las OI⁵². El criterio debe aplicarse a la luz de las circunstancias específicas de cada OI y atender a la finalidad para la que esta haya sido constituida. Se aplica en los casos en que la inmunidad no ha sido expresamente limitada por la propia OI, en cuyo caso la limitación expresa prevalece sobre el análisis de las funciones⁵³. Por tanto, para la CDI la necesidad funcional no sirve para aplicar una cláusula de exclusión de jurisdicción.

Los tribunales estadounidenses, empero, no han tenido en cuenta los argumentos puestos de manifiesto por la CDI, sino que adoptaron el criterio del Departamento de Estado, es decir, la «necesidad funcional», como elemento vertebrador de la cláusula de exclusión de inmunidad. El efecto ha sido restringir la aplicabilidad de la exclusión de inmunidad a los casos estrictamente necesarios para la consecución de la función institucional de los BMD tal como los entienden los tribunales.

Estas ideas fueron aplicadas por primera vez en el asunto *Mendaro v. World Bank*, resuelto en 1983⁵⁴. El tribunal aplicó el criterio de la necesidad funcional para determinar si se podía demandar al Banco Mundial en virtud del art. VII.3 de su tratado constitutivo de la siguiente manera:

⁵¹ Vid. la carta del asesor jurídico del Departamento de Estado, Roberts B. Owen, dirigido a Leroy D. Clark, consejero de la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo, de 24.06.1980, publicada en *AJIL*, vol. 74 (1980), 917-920, en particular p. 918. En esta carta se hace exclusivamente referencia a demandas en el ámbito de las relaciones laborales entre el BMD y sus empleados, poniendo además de manifiesto que los empleados cuentan en estos casos con un tribunal propio, directamente competente, el Tribunal Administrativo del Banco Mundial.

⁵² El origen de la doctrina de la necesidad funcional reside en la manera en que se explica la inmunidad de las Naciones Unidas en la Carta que la constituye. Según su art. 105.1 «La Organización gozará, en el territorio de cada uno de sus Miembros, de los privilegios e inmunidades *necesarios* para la realización de sus propósitos» (la cursiva es nuestra). Sobre este concepto (*doctrine of functional necessity*), vid. SINGER, M., «Jurisdictional Immunity of International Organizations: Human Rights and Functional Necessity Concerns», *Va. J. Int'l L.*, vol. 36 (1995), 53-109, en particular pp. 65-67.

⁵³ Cfr. «Fourth report on relations between States and international organizations (second part of the topic), by Mr. Leonardo Díaz-González, Special Rapporteur», UN Doc. A/CN.4/424 and Corr. 1, publicado en *ILC Yearbook*, Volume II, Part 1 (1989), pp. 160-161, paras. 55-58.

⁵⁴ *Mendaro v. World Bank*, 717 F.2d 610, p. 618.

Since the purpose of the immunities accorded to international organizations is to enable the organizations to fulfill their functions, applying the same rationale in reverse, it is likely that most organizations would be unwilling to relinquish their immunity without receiving a corresponding benefit which would further the organization's goals.⁵⁵

En *Mendaro*, un empleado del Banco Mundial lo quería demandar por acoso sexual, que en virtud del ordenamiento jurídico estadounidense constituiría una violación del Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964. El tribunal argumentó que la exclusión de inmunidad en los casos de actos realizados en el funcionamiento interno, como en este caso las relaciones con sus empleados, no servía para promover los objetivos y fines del banco. Más bien al contrario, su efecto era «lay the Bank open to disruptive interference with its employment policies in each of the thirty-six countries in which it had resident missions»⁵⁶. Se entendió, por tanto, que todo posible beneficio para el demandado —el banco— por estar sometido a la jurisdicción nacional del Estado sería desplazado por el agravio que supondría el escrutinio judicial de su discreción para organizar sin interferencia de terceros los procesos de selección y la administración de sus empleados⁵⁷.

Por el contrario, en el mismo asunto *Mendaro*, se aclaró *obiter dicta* que los tribunales estadounidenses pueden conocer de los casos referidos a bonos del Banco Mundial y a garantías de bonos de otros bancos emitidas por el Banco Mundial. La razón por qué los tribunales tendrían jurisdicción sobre estos productos financieros es porque carecerían de valor en el mercado, y apenas suscitarían interés entre los inversores, si no fueran enjuiciables ante los tribunales⁵⁸.

El tribunal también matizó que a la hora de aplicar los criterios generales ya expuestos habría que llevar a cabo una ponderación. Así, prevalecería la inmunidad, a no ser que se produjera un perjuicio significativo para los intereses del banco. Para que hubiera un perjuicio *significativo* se exigía lo siguiente:

When the benefits accruing to the organization as a result of the waiver would be substantially outweighed by the burdens caused by judicial scrutiny of the organization's discretion to select and administer its programs, it is logically less probable that the organization actually intended to waive its immunity.⁵⁹

Como se puede observar a partir de esta afirmación, parece que el tribunal quería atender plenamente al interés del propio banco y no interferir con sus actividades. Desde que recayera la decisión en este asunto *Mendaro* en 1983, ha constituido el precedente jurisprudencial más importante en Derecho estadounidense sobre el alcance de la inmunidad de los BMD. No obstante, el presente caso mezclaba la interpretación del alcance de la inmunidad, si ésta existiera, con el supuesto — presente en los BMD — en que se ha excluido la inmunidad de jurisdicción del banco. Este régimen jurídico previsto en los tratados constitutivos de los BMD expresamente precluía el análisis de las

⁵⁵ *Ibid.*, p. 617.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 618.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 617.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 618.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 617.

necesidades de la organización, porque el tratado constitutivo del banco ya contiene una definición de las necesidades del banco cuando limita su inmunidad⁶⁰. La necesidad funcional requiere la existencia de una inmunidad, que en aplicación de ese criterio se limita, mientras que, en el caso de la cláusula de exclusión de inmunidad, desde el inicio no existe inmunidad alguna cuyo alcance deba interpretarse. Además, esta concepción jurisprudencial sobre la funcionalidad confundía la inmunidad, que es una cuestión de admisibilidad, con la valoración sobre el fondo del asunto.

2. Aplicando el criterio de la necesidad funcional para atribuir inmunidad a los bancos multilaterales de desarrollo en los litigios sobre relaciones laborales

A partir del asunto *Mendaro*, el criterio de la necesidad funcional ha sido aplicado en diversos casos con el resultado de evitar que los tribunales estadounidenses entraran a conocer de los litigios sobre reclamaciones laborales en los BMD. La evolución de esta jurisprudencia fue marcada muy especialmente por el asunto *Atkinson v. Inter-American Development Bank*⁶¹. En ese asunto el tribunal rechazó la jurisdicción sobre el BID para embargar los importes del salario de uno de sus empleados como garantía para ejecutar una sentencia de divorcio en los Estados Unidos. Se consideró que la acción no representaría ningún beneficio para la consecución de los objetivos del BID, por lo que no había razón para aplicar la disposición sobre la exclusión de la inmunidad⁶². En este caso se había ido un paso más adelante, en comparación con el asunto *Mendaro*, al exigir que «the Bank's immunity should be construed as not waived unless the particular type of suit would further the Bank's objectives»⁶³. Se exigía, además de que no hubiese ningún perjuicio por la sustanciación del caso, un beneficio añadido para el banco para que se asumiera jurisdicción. Esta decisión, en efecto, dejó sin aplicabilidad real la cláusula de exclusión de la inmunidad, porque en la práctica esta doctrina jurisprudencial permitía asumir jurisdicción solo si el banco había “renunciado” para el caso concreto a su inmunidad, es decir, cuando este admitía que la reclamación le podría aportar un beneficio. Si el banco no consentía el ejercicio de la jurisdicción, se le aplicaría directamente la inmunidad.

Esta posición restrictiva ante la asunción de la jurisdicción se ha mantenido en casi todos los asuntos que versan sobre relaciones laborales entre los bancos y su personal⁶⁴.

⁶⁰ También la doctrina ha criticado el asunto *Mendaro* por la deficiente distinción entre los distintos supuestos de renuncia, exclusión e interpretación de la inmunidad. Vid. SINGER, M., “Jurisdictional Immunity of International Organizations: Human Rights and Functional Necessity Concerns”, *Va. J. Int'l L.*, vol. 36 (1995), 53-109, en particular p. 84. Singer señaló sobre este asunto que «[i]t would be hard for the court to have confused functional necessity doctrine, voluntary waiver and constitutive waiver more thoroughly. The court ignored the distinction between voluntary waiver and constitutive waiver, and failed to understand that functional necessity is not properly used to interpret either kind of waiver» (*ibid.*).

⁶¹ *Atkinson v. Inter-American Development Bank*, 156 F.3d 1335, 332 U.S. App. D.C. 307 (D.C. Cir. 1998), en particular pp. 1338-1339.

⁶² *Atkinson v. Inter-American Development Bank*, 156 F.3d 1335, p. 1338.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ En el asunto *Weinstock v. Asian Development Bank*, el tribunal del Distrito de Columbia analizó la situación de un empleado detenido en Manila por haber secuestrado una de sus hijas, cuya custodia era de su antigua esposa, con residencia en los Estados Unidos. El demandante, el Sr. Weinstock, presentó una

A estos casos se suman algunos asuntos en que los tribunales no han aplicado siquiera el criterio de la necesidad funcional, sino solo la IOIA⁶⁵ o incluso la FSIA, en cuyo caso la jurisprudencia ha llegado a resultados contradictorios al asumirse jurisdicción en un asunto de relaciones laborales⁶⁶.

reclamación contra el Banco Asiático de Desarrollo por la ayuda que había prestado en su detención. Los tribunales, en este caso, interpretaron la cláusula de exclusión de la inmunidad del tratado constitutivo del Banco Asiático de Desarrollo, que es más restrictiva que la del resto de bancos. A la vista de su redacción literal, el tribunal aceptó la alegación de la inmunidad por parte del banco. Vid. *Dr. Joseph Aaron Weinstock v. Asian Development Bank, John Doe #1, John Doe #2, Civil Action No. 1: 05-CV-00174 (RMC), Memorandum for Opinion*, p. 8. Otro caso similar fue *Aguado v. Inter-American Development Bank*, 85 F. App'x 776, (D.C. Cir. 2004), p. 777, en que el tribunal también confirmó la inmunidad del BID en una demanda de un antiguo empleado por despido improcedente.

⁶⁵ En algunos casos se ha tratado de aplicar la IOIA en relación y a la luz de la FSIA. Aunque no estaba todavía resuelto qué estándar fuera aplicable para interpretar la IOIA (el estándar de la inmunidad absoluta o restringida), en el asunto *Morgan v. International Bank for Reconstruction and Development*, el tribunal del Distrito de Columbia reconoció que controversias entre los empleados y su OI no pueden conducir en ningún caso a la suspensión de la inmunidad de jurisdicción de esa OI. Es decir, aún asumiendo la concepción de la inmunidad restringida de las OI, este tipo de controversias no se consideraron de carácter comercial y, por tanto, se mantenía la inmunidad. Así, el tribunal no entraba a interpretar la cláusula de exclusión de inmunidad que se encuentra en el tratado constitutivo. Vid. *Morgan v. International Bank for Reconstruction and Development*, 752 F. Supp. 492, 493 (D.D.C. 1990), p. 494.

⁶⁶ El asunto *Rendell-Speranza v. Nassim* (932 F.Supp. 19 (D.D.C. 1996)) trataba de una demanda contra el superior jerárquico y contra el empleador, la CFI, por los daños causados por el acoso en el trabajo. Curiosamente, el Tribunal del Distrito de Columbia asumió jurisdicción en virtud de la FSIA (en particular, la sección 1605.a.5), que excluye la inmunidad a los Estados extranjeros por demandas pecuniarias a causa de daños personales producidos como consecuencia de un daño extracontractual cometido en los Estados Unidos (vid. *Rendell-Speranza v. Nassim*, 932 F.Supp. 19, pp. 24-25). El caso demuestra la reducida consistencia de la jurisprudencia estadounidense cuando se trata de interpretar las inmunidades de los BMD. En este caso también aflora la tentación de los tribunales por trazar paralelismos entre la inmunidad de las OI y los Estados mediante el criterio de la necesidad funcional. La CDI criticó estos paralelismos cuando se ocupó de esta cuestión durante su estudio de las relaciones entre los Estados y las OI. La CDI destabaca la distinción entre el régimen aplicable a los Estados del de las OI; vid. "Fourth report on relations between States and international organizations (second part of the topic), by Mr. Leonardo Díaz-González, Special Rapporteur", UN Doc. A/CN.4/424, *ILC Yearbook*, Volume II, Part One (1989), p. 157, para. 25; y "Preliminary report on the second part of the topic of relations between States and international organizations, by Mr. Abdullah El-Erian, Special Rapporteur (sic.)", UN Doc. A/CN.4/304, *ILC Yearbook*, Volume II, Part One, p. 154, para. 76. Estas disposiciones incluidas en los tratados constitutivos son expresiones de la voluntad colectiva de los Estados miembros que se aplican a la configuración individual del régimen jurídico aplicable a este nuevo sujeto de DI nacido del tratado constitutivo. Un solo Estado no puede modificar esta voluntad colectiva a través de la modificación unilateral de la inmunidad por vía pretoriana. También la doctrina ha reconocido la dificultad de dar un paso directo desde la inmunidad de los Estados a la de las OI. Puede verse al respecto HIGGINS, R., *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 93; y JENNINGS, R. Y., "Foreword", en BEKKER, P.H.F., *The Legal Position of Intergovernmental Organizations*, 1994, v-vii, p. vii. Ante la dificultad de equiparar las inmunidades de los Estados con las de las OI, la discusión sobre el tratamiento de la inmunidad se ha desplazado recientemente desde el análisis de la naturaleza de la misma a la cuestión de qué órganos de solución de controversias son competentes para conocer las disputas que puedan surgir al hilo de las actividades de las OI, en el bien entendido de que ninguna disputa debería quedarse sin algún medio de solución de controversias. Vid. sobre esta perspectiva de análisis, REINISCH, A., *International Organizations before National Courts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 727-728. En los Estados Unidos, las actividades comerciales realizadas por las OI no gozan de inmunidad ante la jurisdicción interna, lo que excluiría la inmunidad de los BMD en todas sus actividades relacionadas con la emisión de bonos y otras obligaciones.

Esta interpretación en la actualidad puede entenderse porque todos los BMD disponen de un tribunal administrativo con competencia sobre las relaciones laborales de sus funcionarios. De este modo, los BMD tienen una jurisdicción propia competente para conocer de litigios que afectan directamente su organización interna y donde no existe razón para delegarlos a la jurisdicción interna de alguno de sus Estados miembros. Los tribunales administrativos de los BMD garantizan los derechos fundamentales de las personas afectadas por las acciones de los bancos de tal modo que no se evitan situaciones de indefensión⁶⁷.

IV. LA INMUNIDAD DE LOS BANCOS MULTILATERALES DE DESARROLLO EN LOS LITIGIOS SOBRE SUS ACTIVIDADES FINANCIERAS

1. La aplicación literal de la cláusula de exclusión de inmunidad

A pesar de la importancia que la jurisprudencia estadounidense atribuye actualmente al asunto *Mendaro*, el primer caso en que un tribunal estadounidense se ocupó de la cláusula de exclusión de inmunidad no fue en un asunto de relaciones laborales, sino por las actividades de préstamo que constituyen la función principal de los BMD. El Tribunal de apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia hizo en esta ocasión una interpretación literal del tratado constitutivo de los bancos, una concepción apoyada también por la doctrina de entonces⁶⁸. En concreto, se trataba de la sentencia *Lutcher S.A. Celulose e Papel v. Inter-American Development Bank*⁶⁹, dictada en 1967. En ella, el Tribunal de apelaciones asumió la jurisdicción y conoció del fondo del asunto, aunque finalmente rechazó las pretensiones del demandante por falta de sustentación suficiente. Según el tribunal, la cláusula de exclusión de inmunidad del tratado constitutivo del BID permitía a un prestatario perjudicado por incumplimiento de una promesa recibida por el banco –el motivo para aceptar un préstamo de ese banco–

Aunque no se ha planteado esta cuestión en relación a los mencionados bancos, sí ha habido casos relacionados con Estados. Así, Argentina no fue considerada inmune en los juicios presentados contra ella ante tribunales neoyorquinos, cuando unilateralmente había modificado las condiciones de ciertos bonos emitidos para inversores extranjeros. El caso llegó ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos, que confirmó que Argentina no tenía inmunidad porque la emisión de bonos constituía una “actividad comercial” en el sentido de la FSIA. Cfr. *Republic of Argentina et al. V. Weltover, Inc., et al*, 504 U.S. 607-20 (1992), p. 617.

⁶⁷ Esta idea de que se debe valorar, para que una OI pueda válidamente alegar la inmunidad, si dispone de mecanismos propios de solución de controversias que se desarrollan conforme con los estándares internacionales de debido proceso fue formulada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, primero en el asunto *Waite and Kennedy*, Demanda n° 26083/94, sentencia del TEDH de 18 de febrero de 1999, para. 73; y el asunto *Beer and Regan v. Germany*, Demanda n° 28934/95, sentencia del TEDH de 18 de febrero de 1999, para. 63.

⁶⁸ Así, puede señalarse que en una nota sobre el estatuto, privilegios e inmunidades de las agencias especializadas de NU del año 1948 se señaló sin ningún reparo, en aplicación del tratado constitutivo del BIRF, que «actions may be brought against the [World Bank] by private persons and corporations, but not by members or persons acting through members», cfr. CHEN, K., «The Legal Status, Privileges and Immunities of the Specialized Agencies», *AJIL*, vol. 42 (1948), 900-908, p. 905.

⁶⁹ *Lutcher S.A. Celulose e Papel v. Inter-American Development Bank*, 382 F.2d 454, 127 U.S. App. D.C. 238 (D.C. Cir. 1967).

demandar a este ante los tribunales del Distrito de Columbia. La empresa Lutcher había recibido un préstamo para financiar su inversión en una planta de celulosa en Brasil y la empresa entendía que existía una promesa de no otorgar créditos a empresas competidoras. Según Lutcher, el BID le había causado un perjuicio al otorgar posteriormente créditos mayores a sus competidores, provocando el fracaso de su proyecto empresarial.

El tribunal interpretó el art. XI.3 del BID y afirmó que no solo incluía una «venue provision for actions resulting from individual waivers», sino que «it is a provisional immunity and laying venue for the suits permitted»⁷⁰. En definitiva, se consideraba que permitir la sustanciación de un caso contra el banco por estos motivos le ayudaría a encontrar prestatarios responsables, y así realizar mejor sus objetivos⁷¹. El tribunal dio cuatro razones por las que no aceptaba la alegación del BID, según la cual la limitación de su inmunidad se referiría solo a los casos presentados por titulares de bonos, acreedores y beneficiarios de sus garantías.

En primer lugar, la sentencia señaló que las limitaciones explícitas contenidas en su tratado constitutivo apuntan a que, si los Estados hubieran querido incorporar alguna excepción a la exclusión de la inmunidad, podrían haberlo formulado así al elaborar el texto del tratado constitutivo. Por ejemplo, se hizo referencia expresa a la prohibición de los propios Estados de presentar demandas contra el banco. Si otros sujetos deberían haber quedado excluidos de esta posibilidad, se les debería haber mencionado también expresamente⁷².

En segundo lugar, el tribunal indicó que el tratado constitutivo limita la inmunidad en todos los Estados miembros, no solo en aquellos donde había emitido o garantizado títulos. Por tanto, también otros demandantes, aparte de los acreedores o titulares de títulos, deben tener la posibilidad de reclamar contra el banco⁷³.

En tercer lugar, se comparó la formulación de la amplia limitación de la inmunidad en el tratado constitutivo del BID con la redacción más restrictiva del tratado constitutivo del Banco Asiático de Desarrollo. A la vista de las notables diferencias en la redacción de los tratados constitutivos, no cabe interpretarlos de manera idéntica. Solo se puede inferir de la comparación de estos dos tratados que los supuestos a los que se refiere la exclusión de la inmunidad del BID deben ser más numerosos que los del Banco Asiático⁷⁴.

En cuarto lugar, el tribunal puso en duda el argumento basado en una aplicación del criterio de la necesidad funcional, porque las demandas presentadas por otros demandantes diferentes de acreedores del banco no necesariamente impiden u obstaculizan la consecución de los fines de la OI. Se constató en la sentencia que las

⁷⁰ *Ibid.*, p. 457.

⁷¹ *Ibid.*, p. 458.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*, p. 459.

demandas de prestatarios son igualmente necesarias para realizar los objetivos del banco, porque ellos no querían entrar en relaciones comerciales con el banco si no contarán con la expectativa de tener un remedio judicial en caso de controversia⁷⁵. Esta afirmación se confirmó incluso con la lectura de los trabajos preparatorios del tratado constitutivo del BID; los supuestos de demandas de acreedores del banco, mencionados en estos trabajos como un ejemplo, solo constituían uno entre varios supuestos de demandas ante los tribunales domésticos por los que el banco no debería poder invocar la inmunidad⁷⁶.

Como el tribunal no encontró ningún argumento para extender la inmunidad a las demandas presentadas por acreedores, tampoco aplicó la inmunidad a la demanda presentada por el prestatario en el presente asunto. Aunque se puede criticar esta decisión por no hacer referencia expresa a los criterios internacionales para la interpretación de tratados⁷⁷, al menos por vía de hecho el tribunal empleó fundamentalmente los criterios de la literalidad de las disposiciones y el sentido ordinario de los términos utilizados en el art. XI del tratado constitutivo del BID. Además, atendió al objeto y fin del tratado, ya que se planteaba la cuestión de la finalidad de las inmunidades otorgadas por los Estados a los Estados terceros y a las OI cuando actúan sobre su territorio.

Después de la decisión en el asunto *Lutcher*, parecía haber un fundamento jurisprudencial para que los tribunales estadounidenses siguieran conociendo de reclamaciones contra los BMD por violaciones de sus obligaciones jurídicas, internacionales o incluso nacionales. *Obiter dicta* esta jurisdicción ha sido reconocida en el asunto *Mendaro*, donde el tribunal señaló que «we are persuaded that the members of the World Bank only intended to abrogate the Bank's immunity to actions relating to its external activities and contracts»⁷⁸. Pero en la práctica apenas se ha producido actividad judicial en esta materia; las resoluciones judiciales estadounidenses que han dado curso a reclamaciones contra los BMD son muy escasas⁷⁹.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 459-460.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 459. En el texto se hacía referencia a la comparecencia del subsecretario Mr. Upton ante el Comité de Relaciones Exteriores del Senado y el Comité de Moneda y Banca de la Cámara de Representantes en 1966.

⁷⁷ En el momento de dictarse el asunto *Lutcher*, no existían todavía las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados. No obstante, ya había un amplio consenso sobre las reglas generales de interpretación de los tratados, tal como luego fueron codificadas en los arts. 31 a 33 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado el 23 de mayo de 1969, UN Doc. A/CONF.39/27, con entrada en vigor el 27 de enero de 1980, publicado en *UNTS*, nº 1155, p. 331, y en España en *BOE* núm. 142, de 13 de junio de 1980; y del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales, adoptado el 21 de marzo de 1986, pero aún no entrado en vigor, UN Doc. A/CONF.129/15, y publicado en *ILM*, vol. 25 (1986), p. 543.

⁷⁸ *Mendaro v. World Bank*, 717 F.2d 610, p. 621.

⁷⁹ Aunque no fuera totalmente correcto, porque ya había recaído la sentencia en el caso *Lutcher* contra el BID, en un informe de la CDI de 1989 se afirmó que no había habido “ningún caso” en que no se había reconocido inmunidad a las instituciones del Grupo del Banco Mundial; cfr. “Fourth report on relations between States and international organizations (second part of the topic), by Mr. Leonardo Díaz-González, Special Rapporteur”, UN Doc. A/CN.4/424 and Corr. 1, publicado en *ILC Yearbook*, Volume II, Part 1 (1989), p. 162, para. 71.

Se aplicó la exclusión de inmunidad en un asunto de enriquecimiento injusto presentado por un consultor externo, en el asunto *Vila v. Inter-American Investment Corporation*⁸⁰, y en relación con la responsabilidad precontractual, calificada de *promissory estoppel*, en el asunto *Osseiran v. International Finance Corporation*⁸¹. En ambos casos, los tribunales reconocieron la utilidad de la exclusión de inmunidad de jurisdicción al admitir que los agentes económicos, incluidas las propias partes demandantes, no harían negocios jurídicos con una entidad aislada de procedimientos judiciales. Según los tribunales en estos casos, «promises founded in good faith alone are worth less than obligations enforceable in court»⁸².

A pesar de que parecía existir acuerdo sobre la efectividad de la exclusión de inmunidad en los supuestos señalados en los tratados constitutivos de los bancos, el tribunal estuvo dubitativo en el caso *Osseiran*, divergiendo de la línea jurisprudencial sentada por el asunto *Lutcher*. En este caso, un inversor privado alegaba que la CFI había violado su obligación contractual de adquirir ciertas acciones cuando pospuso su ejecución y finalmente entró en un acuerdo de venta de acciones con otra tercera parte. Como consecuencia de ello, el inversor alegaba que esto impedía que adquirieran las acciones necesarias para controlar una compañía de banca comercial y de inversiones. El tribunal de distrito estadounidense analizó si había argumentos suficientes de parte de la CFI para demostrar que, a pesar de los aparentes beneficios para conseguir sus objetivos, había otros aspectos que contrarrestarían estos beneficios, de tal modo que debería reconocerse inmunidad a la CFI. El tribunal lo expresó de la siguiente manera:

Such a “corresponding benefit” would promote International Finance's chartered objective of revolving its investments.

As against this potential benefit, International Finance identifies no unique countervailing costs [...]. It follows that the broad language of the waiver in International Finance's charter is controlling and that the corporation does not have immunity from Osseiran's claims in counts 2 and 3 of his amended complaint.⁸³

Como se puede observar, el tribunal se consideró facultado para ponderar los

⁸⁰ El asunto *Vila* trataba de un enriquecimiento injusto por parte de la Corporación Interamericana de Inversión, que había hecho promesas al señor Vila para que trabajara, con la remuneración correspondiente, como consultor en la preparación de un préstamo interbancario a favor del banco brasileño Safra. A pesar de las promesas, incluso parcialmente recogidas por escrito en algunos correos electrónicos, no mediaba contrato escrito de consultoría entre la Corporación Interamericana de Inversión y el señor Vila. Cuando la Corporación, al final de su negociación, no le desembolsó sus honorarios, el señor Vila la demandó ante los tribunales locales de la sede de esta OI, en Washington, por *promissory estoppel*. El Tribunal del Distrito de Columbia asumió en este caso su jurisdicción; vid. *Vila v. Inter-American Investment Corporation*, 536 F. Supp. 2d 41, 2008 U.S. Dist. LEXIS 12868 (D.D.C., 2008), confirmado mediante *Vila v. Inter-American Investment Corporation*, 570 F.3d 274; 2009 U.S. App. LEXIS 13279, en particular p. 8.

⁸¹ *Osseiran*, 552 F.3d, p. 840. En este caso, el tribunal consideró que la CFI había renunciado a su inmunidad en una demanda por responsabilidad precontractual (*promissory estoppel*) en relación con promesas o representaciones hechas durante la negociación de la venta de unas inversiones a personas privadas.

⁸² *Osseiran*, 552 F.3d, p. 840; donde se cita también a *Atkinson*, 156 F.3d, p. 1338; *Lutcher*, 382 F.2d, 454, p. 460.

⁸³ *Osseiran*, 552 F.3, p. 840, en particular para. 3 de los fundamentos jurídicos.

argumentos presentados por las partes. Esta ponderación le permitió valorar que mientras que la exclusión de inmunidad pueda ser “beneficiosa” para la consecución de los objetivos de la CFI, podría también haber aspectos que contrarrestaran estos beneficios por existir otras consecuencias negativas para la organización. Esta ponderación de los beneficios de una acción legal ante los tribunales domésticos contra la institución introduce consideraciones de funcionalidad de la inmunidad, tal como había ocurrido con los asuntos sobre relaciones laborales.

Finalmente, existen algunos casos en que los BMD ni siquiera invocan la inmunidad en virtud de sus tratados constitutivos. Podría ser que lo hacen en situaciones en que su falta de inmunidad es muy obvio. Así ocurrió en el asunto *Concesionaria DHM v. IFC*, en que la CFI y la Corporación Andina de Fomento (CAF) fueron demandadas en el contexto de sus actividades de préstamo⁸⁴. En este caso, ambas codemandadas alegaron razones distintas de la inmunidad para defenderse ante una reclamación de la empresa Concesionaria DHM, que estaba construyendo una autopista de peaje en Ecuador y a la que las dos instituciones interrumpieron los pagos periódicos previstos en el contrato de financiamiento⁸⁵. Durante el procedimiento, ni el argumento de las dos instituciones de que el tribunal de Nueva York no había sido el adecuado para ventilar el asunto, ni el argumento subsidiario de la CAF de que existía un supuesto de *forum non conveniens*, condujeron al rechazo de la reclamación⁸⁶. Otros casos similares se pueden encontrar en el contexto de los procedimientos de concurso y liquidación, como ocurrió en el asunto *Kaiser Group International, Inc., IFC v. Kaiser Group International, Inc.*⁸⁷ En este caso, además, el tribunal se pudo basar en las normas estadounidenses sobre el concurso, según las cuales ciertos actos de reclamación de una «entidad gubernamental» implican la renuncia a cualquier inmunidad que ésta pueda tener⁸⁸.

2. Incorporando el criterio de la necesidad funcional en la aplicación de la cláusula de exclusión de inmunidad en controversias sobre préstamos

Como hemos podido observar, el criterio de la necesidad funcional había sido elaborado por el Departamento de Estado y por los tribunales al hilo del asunto *Mendaro* en temas relacionados con las relaciones laborales. No obstante, los tribunales también lo aplicaron en litigios sobre materias propias del ejercicio de sus funciones financieras. También en este contexto, el criterio sirvió a los tribunales para rechazar la jurisdicción, con lo que se transformó lo que originalmente era una exclusión literal de la inmunidad

⁸⁴ Así lo interpreta también REINISCH, A. y WURM, J., «International Financial Institutions before National Courts», en HUNTER/BRADLOW (eds.), *International Financial Institutions & International Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, 103-135, p. 127.

⁸⁵ *Concesionaria DHM v. IFC*, 307 F.Supp. 2d 553 (S.D.N.Y. 2004), pp. 1-9.

⁸⁶ *Concesionaria DHM v. IFC*, 307 F.Supp. 2d 533, p. 27.

⁸⁷ *Kaiser Group International, Inc., IFC v. Kaiser Group International, Inc.*, 399 F.3d 588 (3rd Cir. 2005), p. 560. La misma situación, en que la CFI no alegó inmunidad, se presentó en el asunto *Enron Corporation v. IFC*, U.S. Dist. LEXIS 75626 (S.D.N.Y. 2007). En este asunto, el tribunal de apelaciones confirmó la primera instancia, que había conocido del fondo de una reclamación de Enron contra la CFI sin tomar en cuenta la cuestión de una eventual inmunidad de esta institución internacional. La propia CFI tampoco lo había planteado como defensa.

⁸⁸ Vid. Sección 106(b) del Código de Concurso Público de Estados Unidos (11 U.S.C. § 106(a)).

contenida en los tratados constitutivos en una amplia inmunidad de jurisdicción.

En el asunto *Dujardin v. International Bank for Reconstruction and Development*⁸⁹, el Tribunal del Distrito de Columbia afirmó que el BIRF gozaba de inmunidad ante demandas de difamación tales como la presentada por un antiguo empleado de un prestatario del banco. El tribunal aplicaba el criterio jurisprudencial según el cual la cláusula de exclusión de la inmunidad tendría que fomentar la consecución de los objetivos del banco. Puesto que en opinión del tribunal un asunto sobre difamación no fomenta los objetivos del banco, el tribunal rechazó la reclamación, preservando la inmunidad del banco. En este asunto puede haber dudas de si se aplicó consecuentemente el criterio de la funcionalidad de la cláusula de exclusión de inmunidad, porque la inadmisión de una demanda por difamación puede poner en tela de juicio la credibilidad del propio banco. Podría argumentarse que para el banco sería más conveniente defenderse ante un tribunal de justicia y eventualmente ganar ese juicio de difamación, para demostrar públicamente que el banco no ha difamado a la persona en cuestión.

Otro asunto en esta misma línea restrictiva es *Ashford International v. World Bank et al.*⁹⁰, que se dirigió contra el BIRF, la Asociación Internacional de Fomento y el BID; la causa fue que, en opinión del demandante Ashford International Inc., una empresa de tecnología de la información, dichas instituciones no habían ejercido la debida diligencia para supervisar los procesos de concurso público celebrados por sus Estados miembros, quienes utilizaban el dinero de estos BMD. Esto causó a la empresa demandante una serie de perjuicios al quedar excluida de los concursos, a pesar de haber presentado las propuestas más económicas.

En este asunto, un tribunal de Georgia mantuvo que, en aplicación de los criterios establecidos por la jurisprudencia en *Mendaro* y *Atkinson*, el ejercicio de la jurisdicción no promocionaría los fines de los bancos⁹¹. Al decidir así, el tribunal no valoró que los propios bancos solían realizar un estricto procedimiento de debida diligencia con el fin de supervisar el seguimiento de los Estados miembros a los proyectos⁹². El presente asunto hubiera podido ser una extraordinaria oportunidad para analizar la relación entre estas reglas de la propia OI y el ejercicio de la jurisdicción en virtud de la cláusula de exclusión de la inmunidad.

⁸⁹ *Dujardin v. International Bank for Reconstruction and Development*, 2001 WL 584173 (D.C. Cir. 2001), confirmando la decisión *Dujardin v. International Bank for Reconstruction and Development*, No. 99-3398 (D.D.C. July 27, 2000). Vid., para un resumen del caso, *United Nations Juridical Yearbook*, 2001, Part III (Chapter VIII. Decisions of national tribunals. Part Three. Judicial decisions on questions relating the United Nations and related intergovernmental organizations), pp. 517-518.

⁹⁰ *Ashford International v. World Bank et al.*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 17286.

⁹¹ Para ello, le valió al tribunal una argumentación muy somera; vid. *ibid.*, en particular pp. 9-10.

⁹² La base jurídica para realizar este control sobre los Estados lo constituyen las Políticas Operacionales y los Procedimientos Bancarios del Banco Mundial, junto con algunos otros documentos para cuestiones específicas de los proyectos. Las Políticas y el resto de la documentación relevante que el Banco Mundial toma en consideración como base legal para la realización de proyectos, puede encontrarse en el *Manual de Operaciones* en <http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/EntireOpManualExternal.pdf> (15.08.2011).

En otro asunto, el tribunal tampoco aplicó la cláusula de exclusión de la inmunidad; se trata de *Atlantic Tele-Network Inc. v. Inter-American Development Bank*⁹³. En ese caso la parte demandante, la empresa estadounidense Atlantic Tele-Network Inc., había concluido un contrato con el gobierno de Guyana para construir un sistema de telecomunicación. El contrato estipulaba que la empresa mantendría ciertos derechos de propiedad tras la construcción del sistema. Sin embargo, llegado ese momento, la empresa demandó al BID por haber concedido un préstamo para financiar la construcción de un sistema que competía con el de la empresa demandante y que además violaba los derechos de licencia exclusiva garantizados por el gobierno de Guyana⁹⁴. Aunque parecía que el BID no había respetado los derechos de terceros y las obligaciones de Guyana, y a pesar de que este asunto recordaba a *Lutcher*, el tribunal no aplicó la cláusula de exclusión de la inmunidad. Rechazó el ejercicio de su jurisdicción argumentando lo siguiente:

Were suit to be allowed, virtually any U.S. citizen with a commercial grievance against a debtor nation could challenge an IDB loan to that nation without any 'corresponding benefit' accruing thereby to the IDB whatsoever.⁹⁵

Parece difícilmente explicable la razón por la que habría que interpretar la cláusula de exclusión de la inmunidad en términos tan estrechos. Precisamente la opción de dejar en manos de un tribunal la decisión sobre la posible violación de obligaciones frente a terceros por parte del BID podría contribuir al ejercicio efectivo de sus funciones estatutarias.

Esta estrecha interpretación sirvió también para rechazar la reclamación del Banco de Seguros del Estado contra la CFI en un caso decidido en 2007⁹⁶. El origen de este caso estaba en que el Banco Montevideo había desarrollado actividades bancarias irregulares, en particular, la expedición de créditos a favor de personal interno del Banco. Cuando el volumen de estos créditos alcanzó entidad criminal, el Banco Central Uruguayo intervino al Banco Montevideo y lo liquidó. Uno de los acreedores del Banco Montevideo, el Banco de Seguros del Estado inició a continuación un procedimiento civil contra la CFI porque no había actuado con la diligencia debida en el ejercicio de sus funciones, al tener el derecho de nombrar uno de los miembros del consejo de administración del Banco. Curiosamente, los tribunales de Nueva York, al aplicar el criterio de la necesidad funcional, confirmaron que había que interpretar de manera restrictiva la limitación de inmunidad⁹⁷, y así mantuvieron la inmunidad de la CFI⁹⁸. El tribunal justificó su decisión con el argumento de que hasta el momento no había habido

⁹³ *Atlantic Tele-Network Inc. v. Inter-American Development Bank*, 251 F. Supp. 2d 126, 132 (D.D.C. 2003).

⁹⁴ *Ibid.*, p. 128.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 132.

⁹⁶ *Banco de Seguros del Estado v. International Finance Corporation*, No. 06-2427, 2007 U.S. Dist. LEXIS 69741 (S.D.N.Y. September 20, 2007).

⁹⁷ *Mendaro v. World Bank*, 717 F.2d 610, (D.C. Cir. 1983), p. 611; y *Banco de Seguros del Estado v. International Finance Corporation*, No. 06-2427, 2007 U.S. Dist. LEXIS 69741 (S.D.N.Y. September 20, 2007), p. 15.

⁹⁸ *Banco de Seguros del Estado v. International Finance Corporation*, No. 06-2427, 2007 U.S. Dist. LEXIS 69741 (S.D.N.Y. September 20, 2007), p. 23.

ningún caso en que se había reconocido jurisdicción para conocer de una responsabilidad extracontractual. Lo explicó, después de analizar la jurisprudencia relevante, de la siguiente manera:

None of the cases regarding the IOIA, including *Lutchor* (sic.), have interpreted the waiver of immunity for creditors, bondholders, and guarantee beneficiaries to extend to those related as tenuously through the theories of vicarious liability argued by Plaintiffs in their Complaints. [...] IFC has no direct relationship with Plaintiffs; Plaintiffs are depositors and noteholders of a bank in which IFC held a majority share or of other financial entities in which IFC has no interest at all. Plaintiffs and IFC have no contracts or agreements between them, Plaintiffs owe no debts to IFC, and IFC owes no debts to them.⁹⁹

Los casos analizados en esta sección demuestran que los tribunales estadounidenses interpretan la cláusula de exclusión de inmunidad en estrecha relación con un criterio de funcionalidad entendido como amplificador de la inmunidad de los BMD. Puede cuestionarse si esta práctica es la más idónea para interpretar el tratado constitutivo de una OI, porque la funcionalidad no es un criterio independiente para determinar el alcance de la inmunidad, sino la explicación que justifica la existencia de esa inmunidad. Para determinar el alcance concreto de la inmunidad habría que hacer uso del Derecho aplicable, es decir, fundamentalmente, sus tratados constitutivos¹⁰⁰.

Existe, además, una diferencia importante entre los pleitos por el ejercicio de las funciones financieras de los BMD y las relaciones laborales de esos bancos. Mientras que los bancos han creado tribunales administrativos para ofrecer vías jurisdiccionales de solución de controversias sobre relaciones laborales, no ocurre lo mismo con las funciones financieras. Sólo existen unos mecanismos de control de naturaleza política, ante los que las personas afectadas pueden reclamar. En el caso del BIRF y la Asociación Internacional de Desarrollo, es el Panel de Inspección, creado en 1994, y en el caso de la CFI y MIGA es el Asesor en Cumplimiento – *Ombudsman*, creado en 1999. Su competencia está muy limitada porque solo las violaciones expresamente recogidas en las normas propias de estas instituciones, que son fundamentalmente las Directrices Operacionales y Estándares de Cumplimiento, pueden dar lugar a procedimientos ante estos órganos. Así, la gran mayoría de reclamaciones que podrían formularse contra los BMD se quedan excluidas de su competencia.

V. CONCLUSIONES

Este estudio ha puesto de relieve la tensión entre el régimen jurídico internacional de la inmunidad de jurisdicción de los BMD con sede en los Estados Unidos y la aplicación de estas normas por los tribunales estadounidenses. El régimen de inmunidad contenido en el tratado constitutivo del BID fue respetado en el asunto *Lutcher*; sin embargo, después,

⁹⁹ *Ibid.*, p. 17.

¹⁰⁰ Esto fue advertido también por la jurisprudencia de otros Estados. Vid, por ejemplo, la jurisprudencia muy oportuna al respecto dictada en Bélgica; en el asunto *Scimet v. African Development Bank*, Tribunal de Primera Instancia de Bruselas (Bélgica), 14 de febrero de 1997, Dalcq (Juez), publicado en 128 *ILR* 582.

el informe del Departamento de Estado del año 1980 introdujo una nueva concepción de las inmunidades basada en el criterio de la necesidad funcional. Este criterio fue tomado prestado del régimen jurídico general de las inmunidades de las OI y de la inmunidad de jurisdicción de los Estados, y se aplicó a una cláusula convencional de exclusión de jurisdicción, que constituye *lex specialis* frente al régimen general de inmunidad.

El contenido que los tribunales estadounidenses han dado al criterio de la necesidad funcional ha llevado a que los tribunales ponderan en cada caso si la asunción de la jurisdicción podría causar un perjuicio para el respectivo banco internacional de desarrollo (asunto *Mendaro*) o incluso si implicaría un beneficio sustantivo para el mismo (asunto *Atkinson*). Llegados a ese punto, prácticamente se pierde el sentido de la cláusula convencional de exclusión de inmunidad, puesto que el banco puede decidir libremente participar o no en el proceso iniciado por alguna persona ante los tribunales nacionales, admitiendo que el procesamiento de ese caso le beneficiaría. Si el banco alegara argumentos para demostrar que el caso no le beneficiaría, los tribunales automáticamente inadmitirían el caso.

Esta aplicación jurisprudencial de los tratados constitutivos de los BMD tiene una explicación política evidente, puesto que los tribunales procuran evitar que una excesiva exposición de estos bancos a pleitos presentados ante tribunales estadounidenses obstaculice el pleno funcionamiento de los bancos. Estrechamente relacionado con ello está el riesgo de que los Estados decidan articular su financiación para el desarrollo a través de mecanismos puramente bilaterales, de Estado a Estado, lo que reduciría los recursos financieros disponibles para la financiación del desarrollo económico y permitiría una mayor polarización del poder en manos de algunos pocos Estados con mayor capacidad financiera.

Mientras que desde un punto de vista político no existe dificultad alguna para entender la interpretación jurisprudencial de las cláusulas de inmunidad, desde un punto de vista jurídico esta jurisprudencia no se concilia con el régimen convencional originalmente establecido para los BMD. En una realidad social en la que se cuestiona desde muchos puntos de vista la eficacia del Banco Mundial y de otros BMD, los tribunales estadounidenses podrían contribuir significativamente a un mayor escrutinio de estas OI, si actuaran con independencia del poder ejecutivo de su Estado y aplicaran las reglas internacionales sobre interpretación a los tratados constitutivos de los BMD.

El ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales internos ayudaría también a superar los problemas prácticos del reducido grado de institucionalización de los mecanismos propios del Grupo del Banco Mundial para responder ante reclamaciones de personas afectadas por su actividad. El Panel de Inspección del BIRF y de la Asociación Internacional de Desarrollo, y el Asesor en Cumplimiento – *Ombudsman* de la CFI y MIGA no ofrecen las garantías de independencia y de juicio justo de un verdadero tribunal internacional.

En resumen, la jurisprudencia tiene que elegir entre una interpretación parroquial y políticamente influenciada, otorgando inmunidad casi absoluta a los BMD, y una

interpretación dispuesta a aceptar las cláusulas de exclusión de la inmunidad, expresamente recogidas en los tratados constitutivos y refrendadas por las Órdenes Ejecutivas del Presidente de Estados Unidos. La última opción –probablemente también del gusto de los abogados estadounidenses– implicaría la apertura de las puertas de los juzgados de este Estado a las demandas de personas afectadas por actos de los BMD, haciendo su gestión más transparente y fiscalizada para la sociedad civil.