



LAS NUEVAS FORMAS JURIDICAS CONTRACTUALES DE RELACION ENTRE ESTADOS Y EMPRESAS EXTRANJERAS

Antonio Javier Adrián Arnaiz

RESUMEN.— La actividad contractual entre Estados y empresas extranjeras responde a una situación jurídica derivada de la reglamentación internacional del comercio y los pagos en un contexto de relatividad espacial del derecho sobre atribución y distribución bienes económicos. Esta actividad está sujeta a profundos cambios estructurales jurídicos y económicos como consecuencia de la conciencia creciente de los países en desarrollo de los posibles efectos perjudiciales de las formas tradicionales de inversión directa extranjera y, en igual medida, por la respuesta y la adaptación de las empresas transnacionales a las cambiantes condiciones económicas del orden económico mundial. Estos hechos consolidan un nuevo modelo de relación contractual entre Estados y empresas extranjeras cuya singularidad viene definida por la separación entre el control y el derecho de propiedad en las nuevas formas de contratación del comercio internacional.

1. Desarrollo histórico y elementos del contrato entre Estados y empresas extranjeras

A. Marco conceptual: la noción del contrato entre un Estado y una empresa extranjera

El problema de los acuerdos contractuales celebrados entre Estados y empresas extranjeras, y de manera particular la cuestión del derecho aplicable a estos contratos, ha sido tratado, a título principal o accesorio, desde numerosos puntos de vista, a veces extremadamente complejos. El interés de la cuestión es evidente, en la medida en que el aumento del número de las empresas transnacionales y la transcendencia económica de sus actividades vienen acompañadas de

una creciente complejidad de las formas contractuales de relación entre este tipo de empresas y los Estados.

En este contexto, el contrato económico internacional es una categoría jurídica privilegiada en el desarrollo de las relaciones comerciales internacionales, pues, cumple la función normativo-típica de garantizar la realización de las expectativas de las partes en la relación obligatoria. Por lo tanto, la particularidad y singularidad del también llamado contrato de Estado reside en su condición de relación de concurrencia para lograr una misma atribución patrimonial: es decir, lo que se conoce en determinados sectores doctrinales como neutralización del poder normativo del Estado¹.

La actividad contractual entre Estados y empresas extranjeras responde a un doble hecho socio-histórico: de una parte, es la consecuencia de una situación jurídica derivada de la reglamentación internacional del comercio y los pagos; y de otra parte, es la respuesta jurídica a las reglamentaciones nacionales sobre establecimiento de personas físicas y jurídicas extranjeras y sus derechos y obligaciones de carácter patrimonial. Dicho de otro modo: la relatividad espacial del derecho sobre atribución y distribución de bienes económicos. Este doble hecho no revela un proceso de líneas jurídicas contrapuestas en el plano del Derecho internacional privado: los Estados y las empresas se relacionan entre sí a causa de los beneficios económicos que ello les reporta. La motivación básica del comercio internacional es la ganancia y los límites políticos que dividen a las zonas geográficas en Estados no alteran en modo alguno la función normativo-típica del Derecho internacional privado en el comercio internacional: suministrar el marco jurídico de referencia que tutele los intereses en presencia de la contratación internacional².

La tutela de estos intereses se ha realizado siguiendo dos modelos normativos contrapuestos: de un lado, la codificación internacional del derecho de obligaciones contractuales; y de otro, la *lex mercatoria* o derecho transnacional. Estos dos modelos de uniformización del comercio internacional han tenido un grado de realización muy desigual que explica, en buena medida, la complejidad de las teorías relativas al derecho aplicable a los contratos de Estado³.

En todo caso, el contexto jurídico-formal del proceso de uniformización del comercio internacional propicia la neutralidad de las formas jurídicas de ordenación de la vida privada internacional, y garantiza el pleno desarrollo de las técni-

¹ La teoría de la neutralización es formulada principalmente por MAYER, P. *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat*. *Journal du Droit International*. 1986, Pg. 8 y ss.

² El aspecto económico de este marco jurídico nos conduce directamente a las nuevas doctrinas sobre la unificación internacional del derecho por la vía de la *lex mercatoria*, véase, MOULY, C. *La doctrine, source d'unification internationale du Droit*. *Revue Internationale de Droit Comparé*. 1986. Las ideas básicas de estas doctrinas las resume adecuadamente a los efectos del contrato de Estado LEBOULANGER, Ph. *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*. Paris. 1985. Pg. 221 y ss.

³ Véase, RIGAUX, F. *Pour un autre ordre international*. *Droit Economique*. Institut des Hautes Etudes Internationales. Paris. 1980. Pg. 288.

cas del Derecho civil —el contrato y el derecho de propiedad— en la conclusión de los acuerdos contractuales entre Estados y empresas extranjeras⁴.

Desde el punto de vista de la dogmática jurídica tradicional es suficiente que figuren los elementos constitutivos del modelo normativo contractual en el contrato de Estado para su plena configuración como institución jurídica⁵. Esta actitud es desmentida por la realidad social⁶. Y ello por la razón fundamental de que, siendo el contrato entre un Estado y una empresa extranjera una relación jurídica normativa, no es, sin embargo, la relación formal el elemento caracterizador de este tipo de contrato, sino la desigualdad jurídica y económica de las partes contratantes. Pues, de lo contrario, la particularidad y singularidad del contrato de Estado trascenderían la realidad social que el derecho de obligaciones contractuales en el plano internacional pretende normativizar conforme a los valores socialmente imperantes en el tráfico jurídico externo.

B. Procesos básicos de desarrollo

Durante un largo período histórico —en algunos casos todavía inconcluso—, el contrato de concesión fue la forma jurídica básica utilizada en el sector de los recursos naturales para propiciar y garantizar el flujo de inversiones privadas hacia los países en desarrollo⁷. En la mayoría de los supuestos, el contrato de concesión fue una forma contractual a través de la cual el Estado concedía a una empresa extranjera todos los derechos de exploración y explotación de los recursos naturales con carácter exclusivo y, por añadidura, la manufacturación y el transporte de los recursos naturales objeto del contrato en un determinado territorio y por un período de tiempo muy amplio⁸.

El proceso de conversión de los contratos de concesión revela el contenido jurídico de estas formas contractuales: relaciones que traducen jurídicamente la desigualdad económica real de los intercambios comerciales internacionales⁹. Los efectos globales de este proceso pueden verse en el cambio experimentado en la naturaleza de la inversión privada extranjera durante los últimos años: declive de las formas de inversión directa respecto de las formas de inversión indirecta¹⁰.

⁴ Véase, RIGAUX, F. Contrats d'Etat et arbitrage international. Rivista di Diritto Internazionale. 1984. Pg. 489 y ss.

⁵ Véase, por ejemplo, LEBOULANGER, Ph. Les contrats entre Etats... op. cit. Pg. 7 y ss.

⁶ Véase, TSCHANZ, P-Y. Contrats d'Etat et mesures unilatérales de l'Etat devant l'arbitre international. Revue critique de Droit International Privé. 1985. Pg. 76 y ss.

⁷ Véase, ADEDE, O. Legal trends in international lending and investment in the developing countries. Rec. des Cours. 1983. II. Pg. 122-123. ADEDE, A.O.

⁸ Véase, ASANTE, S. Restructuring transnational mineral agreements. American Journal of International Law. 1979. Pg. 339. MONDINO, C. Los contratos de servicio en la industria petrolera latinoamericana. Derecho de la Integración. 1977. N° 24. Pg. 50.

⁹ Véase, BOLLECKER-STERN, B. Données générales du droit pétrolier international. Droit Economique. Institut des Hautes Etudes Internationales. Paris. 1978. Pg. 4.

¹⁰ Véase, United Nations Centre on Transnational Corporations. Salient features and trends in

La empresa transnacional es el resultado final de este proceso ¹¹. La consecuencia jurídica inmediata de la transnacionalización de las relaciones comerciales internacionales es la aparición de formas más complejas de la estructura jurídica de la propiedad y de la gestión económica mundial y, por ende, la escasa aptitud funcional de los sistemas nacionales de Derecho internacional privado para normativizar adecuadamente estos cambios sociales ¹². Es bien conocido a este respecto que el Acuerdo General de Nueva York, de 5 de Octubre de 1972, entre la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) y las empresas transnacionales del sector instauró un modelo de conversión contractual de los antiguos contratos de concesión inspirado en un modelo jurídico nuevo en la contratación internacional: la teoría de la participación ¹³. Este modelo jurídico introdujo una nueva fase de relación contractual entre los países productores de materias primas y las empresas extranjeras encargadas de su explotación y comercialización ¹⁴. Relación dialéctica entre concesión y participación que, en definitiva, se convirtió en uno de los factores de aceleración de la crisis económica mundial durante el decenio del año de 1970 ¹⁵.

La relativamente nueva perspectiva de la participación, utilizada de forma sistemática para reordenar la materia tradicional del contrato de exploración y explotación de recursos naturales, satisfizo, de modo completo, a un sector de países en desarrollo, que gracias al dominio de la gestión, parcial, pero estratégico, de un producto esencial para la economía mundial, transformó el sistema internacional de relaciones económicas y comerciales ¹⁶. Esta transformación, no obstante, no tiene reflejo en la codificación internacional del derecho de obligaciones contractuales, lo que explica, parcialmente, la implantación de las formas jurídicas societarias de exploración y explotación de recursos naturales con la finalidad de materializar —a través de la relación asociativa— la cooperación entre

foreign direct investments. ST/CTC/14. New York. 1983. Pg. 4 y ss. Véase también BASILE, A. Les nouvelles formes d'investissement (NFI). Definition, contraintes et perspectives. *Revue d'Economie Politique*. 1985. Pg. 278-279.

¹¹ Este punto ha sido puesto de relieve por Naciones Unidas: Centro sobre Empresas Transnacionales. Las empresas transnacionales en el desarrollo mundial. ST/CTC/46. Nueva York, 1983. Pg. 11 y ss. Naciones Unidas: ECOSOC. Las empresas transnacionales en el desarrollo mundial: reexamen. S. 78. II.A.5. Nueva York, 1978. Pg. 10 y ss.

¹² Véase, Naciones Unidas: Centro sobre las Empresas Transnacionales. Las empresas transnacionales en el desarrollo... op. cit., Pg. 48. Leyes y reglamentaciones nacionales en materia de empresas transnacionales. ST/CTC/26. Nueva York. 1983. Pg. 16-21.

¹³ Véase, SADEK-EL-KOSHERI, A. Le régime juridique crée par les accords de participation dans le domaine pétrolier. *Rec. des Cours*. 1975. IV. Pg. 256 y ss.

¹⁴ Véase, SEIDL-HOHENVELDERN, I. Propositions algériens pour un nouveau cadre des relations contractuelles entre entreprises des Tires-Monde et des entreprises des pays développés. *Melanges Dehousse*. Vol. I. Bruxelles. 1979. Pg. 107 y ss.

¹⁵ United Nations Centre on Transnational Corporations. Alternative arrangements for petroleum development. New York. 1982. Pg. 3-6.

¹⁶ Véase, LEBEN, Ch. Les modes de coopération entre pays en développement et entreprises multinationales dans le secteur de la production des matières premières minérales. *Journal du Droit International*. 1980. Pg. 575 y ss.

el Estado en desarrollo y la inversión extranjera¹⁷. En todo caso, el perfeccionamiento de las formas jurídicas de asociación corre parejo con la evolución de determinadas formas contractuales que cubriendo una amplia gama de cuestiones fiscales, cambiarias, aduaneras, garantías de inversión, etc., reciben un tratamiento conceptual por la doctrina muy diverso y diferenciado¹⁸. Ahora bien, cabe retener una idea básica a este respecto para definir los nuevos modelos contractuales: las formas jurídicas de acceso libre e incondicional a los recursos naturales son modelos jurídicos derivados de un proceso socio-histórico de las relaciones económicas internacionales de difícil repetición¹⁹.

C. *La forma jurídica del contrato entre Estados y empresas extranjeras: la interpenetración de los factores jurídicos y económicos*

Para aproximarse de una manera correcta a la aparentemente sencilla estructura jurídica de la obligación contractual entre un Estado y una empresa extranjera, es preciso partir de una serie de premisas que condicionan en la actualidad el desarrollo jurídico de las nuevas formas de contratación del comercio internacional.

La primera consiste en la necesidad de diferenciar el plano de las relaciones contractuales y el plano de la estructura del Derecho patrimonial privado; esto es, la superación de la solución dualista —Derecho civil versus Derecho mercantil— del Derecho patrimonial privado²⁰.

La segunda premisa consiste en la necesidad de tener en cuenta que el fenómeno de la generalización y comercialización de las técnicas contractuales del Derecho civil se refleja con toda su intensidad en el proceso de generalización de nuevos tipos contractuales en el tráfico internacional²¹.

La tercera premisa consiste en la redefinición del contexto jurídico-formal en el que se desarrollan las actividades contractuales entre Estados y empresas extranjeras en lo que concierne al concepto de actividad comercial²². A los efectos aquí considerados parece oportuno recordar el marco normativo del artículo 2

¹⁷ Véase, United Nations Centre on Transnational Corporations. Main features and trends in Petroleum and mining agreements. ST/CTC/29. New York. 1983. Pg. 5 y ss. LEBEN, Ch. Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement: Réflexions sur la décennie écoulée. (1976-1986). Journal du Droit International. 1986. Pg. 933 y ss.

¹⁸ Véase, BASILE, A. Les nouvelles formes d'investissement... op. cit. Pg. 282-284.

¹⁹ Véase, ONUDI. La industria en el año 2000: nuevas perspectivas. ID/237. Nueva York. 1979. Pg. 65 y ss. PELS, G. Mining investment in Brazil, Peru and Mexico: a practical methodology. The Georgia Journal of International and Comparative Law. 1984. Pg. 258.

²⁰ Véase, JIMENEZ SANCHEZ, J. Aproximación al tema del concepto del Derecho Mercantil. Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Uría. Madrid. 1978. Pg. 336-338.

²¹ Véase, BRECCIA, U. Le nozioni di tipico e atipico: spunti critici e ricostruttivi. Tipicità e atipicità nei contratti. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale. 1985. Pg. 3 y ss.

²² Véase, MARTINO, G. I commercial acts come criterio di giurisdizione sugli Stati stranieri. Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale. 1985. Pg. 740 y ss.

del Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes de la Comisión de Derecho Internacional: la intersección de los conceptos actividad comercial y contrato mercantil respecto de las nuevas formas jurídicas contractuales²³.

Estas tres premisas suscitan, con carácter inmediato, la cuestión de si la unificación normativa de Derecho patrimonial privado hace aconsejable la autonomía o especialización de determinadas áreas jurídicas, tales como las constituidas con los contratos del comercio internacional, individualizadas por las peculiares características jurídicas o factores económicos concurrentes en el concreto sector de la realidad social que regulan. Y, conforme a este criterio, el reconocimiento de la singularidad que el desarrollo y la transcendencia económica alcanzados por la concreta problemática de los acuerdos contractuales entre Estados y empresas extranjeras²⁴.

La razón de ser de esta singularidad es el resultado de la interacción entre dos series de factores económicos y en igual medida jurídicos: de una parte, la conciencia creciente de los países en desarrollo de los posibles efectos perjudiciales de las formas tradicionales de inversión directa extranjera; y de otra, la respuesta y la adaptación de las empresas transnacionales a las cambiantes condiciones económicas del orden económico internacional, y en particular, al rápido progreso técnico y a las nuevas reglamentaciones de las prácticas comerciales restrictivas²⁵. Pero también esta singularidad es consecuencia de dos factores de similar naturaleza: de un lado, el declive de los procesos multilaterales interestatales en materia de cooperación; y de otro, la creciente importancia de las personas jurídicas privadas en la acción del comercio internacional²⁶.

²³ El texto del artículo 2 es el siguiente: «1. Para los efectos de los presentes artículos: ... g) se entiende por «contrato mercantil»; i) todo contrato o acuerdo mercantil de compraventa de mercancías o de prestación de servicios; ii) todo contrato de préstamo u otro acuerdo de carácter financiero, incluida cualquier obligación de garantía concerniente a ese préstamo o de indemnización concerniente a ese acuerdo; iii) cualquier otro acuerdo o contrato, sea cual fuere su naturaleza, mercantil, industria o arrendamiento de obra o de servicios, pero con exclusión de los contratos individuales de trabajo». Véase igualmente el análisis de los términos jurídicos de este artículo y sus implicaciones económicas en Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 35º período de sesiones: Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1983. Volumen II. Segunda Parte. Pg. 38-39. Esta intersección es igualmente perceptible en la Ley-Tipo del de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre el Arbitraje Comercial Internacional, pues, las formas contractuales recogidas en la Ley susceptibles de ser sometidas al precitado arbitraje son un compendio no exclusivo de las nuevas formas jurídicas contractuales conjuntamente con las formas contractuales clásicas. Véase, Loi-Type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international (telle qu'adopté par la CNUDCI le 21 juin 1985). Revue de l'Arbitrage. 1986. N° 4. Pg. 601.

²⁴ Véase, ESPINAR VICENTE, J. La regulación jurídica de los contratos internacionales de contenido económico. Madrid. 1979. Pg. 24 y ss.

²⁵ Véase, principalmente, Centre au Developpement OCDE. Changing international strategies: the New Forms' of Investment in Developing Countries. CD/R(80) 1314.

²⁶ Véase, UNCTAD/ONUDI. Flows and channels of information on trade and trade-related aspects of industrial collaboration arrangements. ID/WG. 337/2.

2. Caracteres generales de las nuevas formas jurídicas contractuales

Comenzando con la cuestión de la naturaleza jurídica y características generales de las nuevas formas de contratación, hemos de señalar que la variada fisonomía que en la práctica pueden asumir esos contratos y el distinto significado que presentan en sus modalidades o condiciones de aplicación dificulta sobremanera la obtención de una calificación unitaria que permita su caracterización global. En este sentido quizá lo único que pueda afirmarse con carácter general es que en este tipo de acuerdos —calificados en muchos casos de «colaboración» o de «cooperación industrial»—²⁷ se combinan por lo general, y en distintos grados, el componente de comercio tradicional —la venta—, la transferencia de tecnología en distintas formas y la prestación por la empresa extranjera de una serie amplia de servicios²⁸.

Tienen por ello respecto de las formas jurídicas contractuales clásicas un cierto carácter fragmentario, en el sentido de que los acuerdos difieren unos de otros por su contenido y por su alcance, en la medida en que pueden prever o no actividades conjuntas de producción y comercialización, o cierto grado de participación en tales actividades. De ahí, que esa fragmentación implica que los acuerdos pueden estar combinados con una inversión de capital social²⁹.

Es en esta dirección en la que pueden establecerse una serie de características generales para configurar jurídicamente el contenido material de las nuevas formas de contratación entre Estados y empresas extranjeras. Para ello, cabe superar o sortear el error que supone caer en una concepción estricta del tipo contractual, y situar el problema a la luz de unos principios de funcionamiento de los tipos estructurales de los diversos contratos. Ya sea invocando ante todo esos principios, ya sea pensando también y primordialmente, en la naturaleza del control del acuerdo contractual, lo cierto es que el carácter relativo de su novedad no es obstáculo para su consideración jurídica respecto de la teoría general del derecho de obligaciones continental-europeo.

En el primer sentido, es decir en relación con los principios de funcionamiento, se ha podido estimar que las nuevas formas jurídicas contractuales son canales por los que transcurre una proporción cada vez mayor del comercio mundial³⁰. Dentro del cuadro institucional del orden económico internacional, estas nuevas formas jurídicas contractuales son instrumentos claves de la transferencia de tecnología Norte-Sur y Este-Oeste, y, en definitiva, de la remodelación industrial

²⁷ Véase, UNCTAD. Acuerdos de colaboración industrial. TD/B/C.2/179. Pg. 3.

²⁸ Véase, UNCTAD. Acuerdos de cooperación y colaboración industrial en el contexto de la reestructuración industrial TD/185/Supp: 3. Pg. 7-8.

²⁹ Véase, UNCTAD. Aspectos comerciales de los acuerdos de colaboración industrial entre empresas de países en desarrollo y empresas de países desarrollados: formas y cuestiones de política general. TD/B/C.2/212. Pg. 2.

³⁰ Véase, BENCHIKH, M. *Droit international du sons-developpement*. Paris. 1983. Pg. 204 y ss.

mundial³¹. En este sentido se ha podido incluso afirmar que las nuevas formas jurídicas contractuales han venido a completar y sustituir, en su caso, a las formas de inversión directa extranjera³².

En el segundo sentido la tesis que, partiendo de aquellos mismos principios de funcionamiento, pone el acento en la naturaleza del control del acuerdo contractual, aporta nuevos argumentos porque hace visible la diferencia que existe entre la propiedad y el control en las nuevas formas de contratación del comercio internacional. El derecho de propiedad se presenta, por un lado, como un derecho jurídico subjetivo renunciable por la empresa extranjera, pues no en vano la renuncia por parte de la empresa transnacional a la propiedad en las nuevas formas de contratación no ha sido acompañada por el cambio consiguiente del control³³. Las empresas transnacionales mantienen el control de otra manera: aún en los casos en que el grado de participación del capital extranjero sea minoritario o incluso, inexistente, el socio extranjero puede ejercer un control efectivo a través de los contratos de tecnología, gestión, asistencia técnica, etc., sin los riesgos de las formas de inversión directa extranjera. Pero este derecho de propiedad también ha dejado de ser un medio para defender los derechos subjetivos patrimoniales de los que la parte extranjera es titular. Esta falta de simetría en la relación de concurrencia de la atribución de los derechos patrimoniales explica el grado de desarrollo de los nuevos tipos contractuales entre Estados y empresas extranjeras, de ahí que en este punto la cuestión de la participación y el control interno efectivos de las actividades de las empresas transnacionales en el Estado huésped trasciende del grado de participación nacional en la propiedad del capital³⁴.

La separación del control y la propiedad en las nuevas formas jurídicas contractuales, por lo tanto, se nos presenta con una significación unitaria: es el elemento clave de la aparición y posterior consolidación de las nuevas formas jurídicas contractuales. Pero aún es preciso considerar esta cuestión desde otro punto de vista relacionado con la especial naturaleza de las nuevas formas jurídicas contractuales y sus relaciones con la estructura multipartita de muchos de estos acuerdos contractuales. Porque, en efecto, ha de tenerse en cuenta la fuente de financiación de la mayoría de los nuevos tipos contractuales: la introducción del elemento financiero tiende a convertir la relación contractual bilateral en una relación trilateral compleja, en la que además la financiación se caracteriza por la presencia de instrumentos financieros de capital-riesgo en la estructura jurídica

³¹ Véase, UNCTAD. Aspectos comerciales de la colaboración industrial... op. cit., Pg. 1. Naciones Unidas: Centro sobre las Empresas Transnacionales. Las empresas transnacionales en el desarrollo mundial... op. cit., Pg. 189-190.

³² Véase, FEUER, G-CASSAN, H. Droit international du développement. Paris. 1985. Pg. 356 y ss. JEHL, J. Le commerce international de la technologie: Approche juridique. Paris. 1985. Pg. 9 y ss.

³³ Véase, Naciones Unidas: Centro sobre las Empresas Transnacionales. Las empresas transnacionales en el desarrollo mundial... op. cit. Pg. 49.

³⁴ Véase, ONUDI. Elaboración de modelos para alcanzar el objetivo de Lima: el modelo LIDO y sus repercusiones en los arreglos contractuales entre países desarrollados y países en desarrollo. ID/SER/M/8. Supp 1./M.1. Nueva York. 1985. Pg. 10-12.

de los acuerdos³⁵. En una u otra forma, estos instrumentos financieros son condicionados y extienden formas de control de la política de desarrollo del Estado contratante sin asumir los riesgos derivados de los préstamos internacionales³⁶.

Consiguientemente, a pesar del cambio en la propiedad de las materias primas como consecuencia de la reivindicación de los países en desarrollo de la soberanía permanente sobre sus recursos naturales, con la correlativa reducción de la propiedad extranjera de capital social, los acuerdos contractuales distintos de la participación en el capital han traído consigo una disminución de la importancia del papel económico de las filiales de propiedad extranjera total pero, no obstante, el cambio de propiedad no siempre determina un cambio en el control. De tal suerte, que el cambio real opera en otro plano: en la relación de concurrencia para la atribución patrimonial de los recursos naturales.

3. Tipología de las nuevas formas jurídicas contractuales

A. Marco de referencia: la transferencia de tecnología

El significado de la expresión «nuevas formas jurídicas contractuales» así como sus distintos aspectos y sus modalidades de aplicación pueden ser reconducidos a un marco jurídico de referencia unitario: la transferencia internacional de tecnología. No obstante, esta noción fundamental o estructural de los nuevos tipos contractuales plantea el problema todavía no resuelto acerca del término internacional referido a los contratos de transferencia de tecnología. En este sentido el apartado 1.4 del Proyecto de Código internacional de conducta de las Naciones Unidas para la transferencia de tecnología declara que el Código se aplicará a las transacciones internacionales de transferencia de tecnología, sin embargo, no existe acuerdo entre los grupos regionales de la Conferencia a la hora de definir tales transacciones³⁷. El grupo de países industrializados utiliza la expresión «a través de las fronteras nacionales» para caracterizar una transacción internacional de tecnología, pero, contrariamente, el grupo de los países en desarrollo no utiliza el criterio de conexión de «a través de las fronteras nacionales» para determinar el factor de aplicabilidad del Código³⁸.

³⁵ Véase, Touscoz, J. *Coopération industrielle et cofinancements internationaux*. Revue des Affaires Internationales. 1986. N° 7. Pg. 657 y ss.

³⁶ Véase, United Nations Centre on Transnational Corporations. *Transnational banks: operations, strategies and their effects in developing countries*. ST/CTC/16. New York. 1981. Pg. 102 y ss.

³⁷ Véase, UNCTAD. Proyecto de Código de conducta internacional para la transferencia de tecnología. TD/CODE TOT/14. 1979. Pg. 9-12. Conferencia de las Naciones Unidas sobre un código internacional de conducta para la transferencia de tecnología: Nota de información del Secretariado de la UNCTAD. TD/CODE/4. 1978. Pg. 5-8.

³⁸ Véase, UNCTAD. Proyecto de Código internacional de conducta para la transferencia de tecnología. TD/CODE TOT/33. Presidente de la Conferencia: Proyecto de Código internacional de conducta para la transferencia de tecnología. TD/CODE TOT/35, Anexo B, primera parte, párrafo 1.4.

Esquemáticamente presentada, la oposición entre ambos puntos de vista puede sintetizarse de la manera siguiente: disfuncionalidad del sistema de Derecho internacional privado conflictual ante los profundos cambios operados en la realidad económica internacional. Esto es así, en la medida en que en el Informe del Presidente del Comité Interino de la Conferencia destinado a conciliar las posturas encontradas de los distintos grupos regionales se recogiese la propuesta concerniente a que los Estados en sus respectivas legislaciones nacionales sobre reglamentación internacional de tecnología hiciesen extensiva la aplicación del Código a las transacciones de tecnología que se celebren entre partes —incluso de la nacionalidad del Estado— dentro de sus fronteras nacionales³⁹.

En el orden de las figuras jurídicas concretas que canalizan las corrientes internacionales de tecnología, podemos afirmar que el contrato de licencia de patente es el instrumento formal que sirve a estos fines. La estructura y forma general del acuerdo de licencia de patente es la siguiente: el cedente autoriza al licenciatario para utilizar determinada tecnología o conjunto de tecnologías a cambio de un pago⁴⁰. La transferencia de tecnología puede estar en forma de patentes, marcas, conocimientos técnicos o una combinación de esos elementos; la transferencia de tecnología puede también comprender, y en las nuevas formas jurídicas contractuales comprende una asistencia técnica y capacitación incluido los secretos comerciales, los procesos no patentados y otras técnicas industriales y comerciales no asequibles a terceros no autorizados⁴¹. En este último caso, el pago al cedente no suele consistir en una suma global fija o en una regalía periódica como sucede en los de licencia clásicos o unitarios, sino que generalmente la forma de pago se realiza mediante la entrega con descuento de bienes producidos por el cesionario combinados con algunos elementos clásicos y la transferencia de acciones de capital⁴².

Consiguientemente, cabe retener una idea central respecto de la tipología de los nuevos tipos contractuales: dada la rapidez del progreso tecnológico, los conocimientos técnicos —patentados o no— son el elemento clave de los contratos de licencia y, por añadidura, de la estructura jurídica de las nuevas formas de contratación del comercio internacional. A este respecto, y en relación con España, cabe señalar que está fuera de toda duda que en varios sectores fundamentales de nuestra economía el desarrollo económico español se ha apoyado en la adquisición de tecnología extranjera y, por lo tanto, existe una cierta dependencia tecnológica del exterior y que los efectos de tal dependencia sobre los contratos suscritos por la Administración del Estado español con empresas extranjeras re-

³⁹ Véase, UNCTAD. Negociación de un Código internacional de conducta para la transferencia de tecnología. TD/CODE TOT/37. 1983. Pg. 2.

⁴⁰ Véase, ONUDI. Experiencias nacionales en la adquisición de tecnología. Serie «Desarrollo y transferencia de tecnología». Núm. 1. Nueva York. 1978. Pg. 5-6.

⁴¹ Véase, UNCTAD. Aspectos comerciales de los acuerdos de colaboración industrial... op. cit. Pg. 5. Véase también LENTDECKER, P. Le technicien du commerce international. Paris. 1986. Pg. 219-220.

⁴² Véase, UNCTAD. Manual de adquisición de tecnología por los países en desarrollo. UNCTAD/TT/AS/5. Pg. 23-24.

sultan todavía inciertos a la hora de valorar el grado de control real por parte de empresas extranjeras de sectores económicos españoles⁴³. En todo caso, el control de las adquisiciones de transferencia de tecnología procedentes de transferencias del exterior se ha realizado a través del Decreto de 21 de Septiembre de 1973 y la Orden Ministerial de 5 de Diciembre del mismo año que regulan la selección de tecnología, tanto en precio como en condiciones de adquisición. El concepto de tecnología es, en esta normativa, muy amplio y sus efectos sobre el régimen jurídico de fabricaciones mixtas instaurado por el Decreto-Ley de 30 de Junio de 1967, por el que se establecen bonificaciones arancelarias importantes a la importación de determinadas mercancías con componentes tecnológicos destinadas a la construcción de bienes de equipos utilizados posteriormente en contratos de Estado, son considerados como muy positivos desde sectores de la propia Administración española⁴⁴.

B. La subcontratación internacional industrial

La subcontratación es una modalidad contractual consistente en la fabricación por el subcontratista, de conformidad con las especificaciones establecidas por la empresa principal, de partes, componentes o productos semielaborados, que la empresa principal ultima o incorpora al producto final, que ella misma vende⁴⁵. Esta forma de subcontratación es conocida con el nombre de subcontratación industrial, en oposición a la subcontratación comercial, que consiste en la fabricación de productos acabados que no requieren trabajo adicional y que sólo son vendidos por la empresa principal⁴⁶.

Para diferenciar la subcontratación internacional de la subcontratación interna se han propuesto dos criterios de conexión: por un lado, la distinta situación geográfica nacional de la empresa principal y el subcontratista; por otro, el carácter o naturaleza jurídica de las empresas participantes —independientes, controladas desde el exterior o filiales de empresas transnacionales—, que puede no

⁴³ Véase, SANCHEZ MUÑOZ, P. La dependencia tecnológica española: contratos de transferencia de tecnología entre España y el exterior. Madrid. 1984. Pg. 341 y ss. Si bien, las consecuencias de las implicaciones económicas asumidas por la economía española respecto de los pagos de regalía y otros servicios de asistencia técnica en determinados sectores —por ejemplo, la industria automovilística y los contratos entre el INI y FIAT o WOLSWAGEN— pueden valorarse como un reflejo del papel de la tecnología extranjera en la configuración del sistema productivo español. Véase, con carácter general, BRAÑA, J. BUESA, M-MOLERO, J. El Estado y el cambio tecnológico en la industrialización tardía. Un análisis del caso español. Madrid. 1984. Pg. 299.

⁴⁴ Véase, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ciencia y Tecnología para el Desarrollo: Monografía Nacional de España para ser sometida a la Conferencia. A/CONF. 81/NP.11. 20 de Octubre de 1978. Pg. 7-10.

⁴⁵ Véase, UNCTAD. Aspectos comerciales de los acuerdos de colaboración industrial... op. cit. Pg. 10. MERCADAL, B.-JANIN, Ph. Les contrats de cooperation inter-entreprises. Paris. 1980. Pg. 279-280.

⁴⁶ Véase, BISMUTH, J., Le contrat international de sous-traitance. Revue des Affaires Internationales. 1986. Pg. 535-537.

coincidir con la condición jurídica que les atribuye las respectivas leyes nacionales de las partes contratantes⁴⁷. Aplicando estos dos criterios de conexión, cabe distinguir al menos cuatro formas contractuales básicas de acuerdos internacionales de subcontratación. En primer lugar, los llamados acuerdos puros de subcontratación, celebrados entre dos empresas independientes establecidas en distintos países. En segundo lugar, los acuerdos entre una empresa controlada desde el extranjero o una filial de una empresa transnacional y empresas jurídicamente nacionales, situadas en el mismo país. En tercer lugar, los acuerdos entre filiales de distintas empresas transnacionales, domiciliadas en el mismo país huésped. En último lugar, los acuerdos concertados dentro del grupo de sociedades de una sola empresa transnacional⁴⁸. Conforme a la concepción tradicional del Derecho internacional privado conflictual, sólo los acuerdos primero y cuarto deberían ser calificados de internacionales, mientras que la presencia del elemento de extranjería en los acuerdos segundo y tercero es de difícil apreciación en el mejor de los supuestos.

En todo caso, a los efectos aquí considerados interesa señalar que la extensión de la subcontratación internacional como categoría jurídica contractual enraizada en la realidad económica internacional se debe, principalmente, a que es una forma de inversión que permite al inversionista comprometer un mínimo de capital, de tal suerte que incluso ha podido calificarse a la subcontratación como una forma contractual de no inversión⁴⁹.

C. Las formas tripartitas de coproducción y especialización

Estos acuerdos contractuales son en realidad un modalidad de subcontratación internacional caracterizada por la relación contractual trilateral de las partes intervinientes en el contrato. Esta modalidad tripartita opera generalmente entre partes de niveles económicos homogéneos o, en su caso, entre empresas de dimensiones comparables⁵⁰.

Estas formas tripartitas funcionan a nivel del comercio Norte-Sur, pero su incidencia y extensión crecientes están en el comercio entre sistemas económicos y sociales diferentes⁵¹. A este respecto, la introducción del elemento financiero —una institución financiera de un país desarrollado— revela que la multilateral-

⁴⁷ Véase, UNCTAD. Aspectos comerciales de los acuerdos de colaboración industrial... op. cit. Pg. 10. INTAL. La subcontratación internacional industrial en América Latina. 1982. Pg. 2-3.

⁴⁸ Véase, MICHALET, Ch. International subcontracting: A State of the Art. OCDE: Subcontracting International, a new form of investment. Paris. 1980. Pg. 50.

⁴⁹ Véase, GERMIDIS, D. International Subcontracting and industrialization of the third world. OCDE: International Subcontracting... op. cit. Pg. 32.

⁵⁰ Véase, BARANSON, J. North-South technology transfer. Financing and institution building. Maryland. 1981. Pg. 31-32. OCDE. Transfert de technologie entre l'Est et l'Ouest. Les aspects commerciaux et économiques. Paris. 1986. Pg. 307.

⁵¹ Véase, CEPE. Structure juridique et financement de la coopération industrielle tripartite. TRADE/R.470. 1983. Pg. 1-2.

zación contractual es un factor de selección de las nuevas formas de contratación del comercio internacional. Esta relación tripartita tiende a convertir a cada una de las distintas modalidades de coproducción y especialización en formas autónomas según sea su respectiva fuente de financiación. En cualquier caso, las modalidades fundamentales son tres. Primeramente, contratos en virtud de los cuales cada parte fabrica componentes pertenecientes a un producto final, siendo la tecnología proporcionada por una de las partes. En segundo lugar, contratos en virtud de los cuales cada parte fabrica componentes de un producto final utilizando su propia tecnología. Por último, acuerdos con tecnología derivada de actividades conjuntas de investigación y desarrollo ⁵².

Si bien, las modalidades de financiación son muy variadas, con la introducción de las formas de capital-riesgo, lo cierto es que las cláusulas incluidas en los acuerdos de coproducción y especialización prevén restricciones territoriales respecto de la comercialización de los productos finales. En general, la parte perteneciente a un país de economía de planificación central sólo puede comercializar el producto en su propio país y en determinados países con idéntico sistema económico ⁵³.

D. Los acuerdos para la ejecución de proyectos de industrialización: los contratos llave en mano, producto en mano y mercado en mano

El alcance y el contenido de estas formas contractuales también conocidas con los nombres de contrato de obra o para el suministro de instalaciones y equipos, varía según la gama de servicios que el inversionista —una empresa u organismo gubernamental de un país en desarrollo— pueda necesitar del contratista —una o varias empresas extranjeras— ⁵⁴. Habitualmente, sin embargo, de lo que se trata es de que una o varias empresas extranjeras ejecuten un proyecto en nombre del inversionista, con diversos grados de participación de entidades nacionales. Dependiendo de la naturaleza del proyecto, los contratos pueden concertarse por varios años, y pueden ir seguidos por nuevos acuerdos contractuales para la solución de problemas más específicos ⁵⁵.

El contrato llave en mano es un convenio contractual de conformidad con el cual una de las partes —el propietario o comprador— acuerda con la otra parte —contratista— para que le suministre un conjunto de bienes y servicios necesarios para la construcción y puesta en marcha de un proyecto de industrialización.

⁵² Véase, CEPE. La coopération industrielle Est-Ouest. TRADE/132. 1980. Pg. 8 y ss. BORNSTEIN, M. Transfert de technologies entre l'Est et l'Ouest. Le transfert de technologie occidentale à l'U.R.S.S. OCDE. Paris. 1985. Pg. 78-79.

⁵³ Véase, CEPE. Structures juridiques et financement... op. cit. Pg. 6-7.

⁵⁴ Véase, UNCTAD. Aspectos comerciales de los acuerdos de colaboración industrial... op. cit. Pg. 20.

⁵⁵ Véase, BRABANT, A. Le contrat international de construction. Bruxelles. 1981. Pg. 68 y ss. HOFFMAN, J.-WILLMA, G. Les contrats internationaux en matière d'ingénierie-conseil. Revue des Affaires Internationales. 1985. N° 6. Pg. 724-726.

Los problemas de la responsabilidad contractual del contratista vienen incorporadas en las cláusulas contractuales, y varían según los respectivos proyectos pero en muchos casos se tiende a incluir el diseño básico y la ingeniería de la planta industrial, el suministro de tecnología y de los conocimientos necesarios, el suministro de ciertos equipos, etc.⁵⁶.

Este tipo tradicional de contrato llave en mano ha sido una de las modalidades básicas de desarrollo convencional de las nuevas reglas del comercio internacional surgidas del proceso de conversión de los antiguos contratos de concesión. No obstante, esta modalidad de hecho sólo aseguraba al comprador la entrega de una planta industrial al completo y cuyo funcionamiento técnico posterior corría a cargo exclusivamente del propietario-comprador. La práctica demostró bien pronto que en una etapa posterior a la puesta en marcha del proyecto pueden surgir dificultades de funcionamiento de la planta si el comprador no está en condiciones de movilizar los conocimientos técnicos necesarios para garantizar la buena marcha de la planta⁵⁷.

Por consiguiente, y como respuesta jurídica a las dificultades que pueden presentar los contratos llave en mano, algunos países en desarrollo han optado unilateralmente por insertar nuevas cláusulas contractuales de renegociación de este tipo de contrato llave en mano en orden a extender las responsabilidades del correcto funcionamiento de la planta industrial al vendedor⁵⁸. Esta ampliación del marco jurídico de las responsabilidades contractuales del vendedor supone, en definitiva, el aseguramiento de todas las operaciones de la planta industrial en sus fases iniciales y, en su caso, incluso hasta que el producto fabricado en la planta esté finalizado⁵⁹.

Estas formas jurídicas contractuales modificadas de los contratos llave en mano son conocidas con el nombre de contratos producto en mano. La razón subyacente de estas formas contractuales es la consecución por parte del comprador de una transferencia de tecnología capaz de permitirle en el futuro el correcto funcionamiento de la planta industrial sin necesidad de participación técnica extranjera⁶⁰.

Otra forma jurídica contractual modificada del contrato llave en mano es la conocida con el nombre de contrato mercado en mano. En este supuesto, el contratista-vendedor asume también las responsabilidades de la venta del producto fabricado por la planta industrial y, en consecuencia, esta forma contractual exi-

⁵⁶ Véase, KOPELMANAS, L. *L'adaptation des règles juridiques du commerce international aux relations particulières entre les pays industrialisés et les pays en développement*. Droit Economique. Institut des Hautes Etudes Internationales. Paris. 1978. Pg. 143-146.

⁵⁷ Véase, Naciones Unidas: Centro sobre Empresas Transnacionales. *Las empresas transnacionales en el desarrollo mundial...* op. cit. Pg. 313-315.

⁵⁸ Véase, SCHNEIDER, M. *Turnkey contracts. Concept, liabilities, claims*. The International Construction Law Review. 1986. Pg. 339-340.

⁵⁹ Véase, FEUER, G.-CASSAN, H. *Droit international du développement...* op. cit., Pg. 362.

⁶⁰ Véase, UNCTAD. *Aspectos comerciales de los acuerdos de colaboración industrial...* op. cit. Pg. 23-24.

ge el respaldo adicional de los seguros cubiertos en la generalidad de los casos por empresas aseguradoras de países industrializados ⁶¹.

E. Los contratos de gestión

Estas formas contractuales consisten en que una empresa extranjera —generalmente una empresa transnacional importante— presta una serie de servicios a un proyecto de industrialización realizado por un Estado o empresa estatal a cambio de un precio determinado ⁶². El objeto del contrato de gestión es heterogéneo, si bien lo normal es que la tarea asignada a la empresa extranjera sea desempeñar determinadas funciones derivadas de la puesta en marcha del proyecto de industrialización. Estas funciones de apoyo implican que la parte extranjera aporta sus conocimientos técnicos y recursos humanos para la consecución de los objetivos señalados en el contrato y, por lo tanto, exigen la capacitación de personal nacional del Estado contratante y la transmisión a este, después de un período de tiempo estipulado contractualmente, de las funciones desempeñadas por la empresa extranjera ⁶³.

F. Formas contractuales en el sector primario

1. Ideas generales

No es posible entrar aquí en la discusión acerca si se ha producido o no en el sector primario de la economía mundial el desarrollo de las nuevas formas jurídicas contractuales entre Estados y empresas extranjeras o, al menos, con la importancia y significación que este fenómeno ha tenido en el sector industrial. La fragmentación y sectorialización de los contratos de Estado en el sector de los recursos naturales son evidentes y permiten mantener abierta esta controversia doctrinal respecto sobre todo del sector de los combustibles y los minerales duros. Máxime, si tenemos en cuenta que las diferentes modalidades de inversión directa extranjera coexisten con formas contractuales derivadas de los contratos de Estados utilizados en el sector industrial, y que esta coexistencia refleja en realidad un modelo contractual mixto de relación entre Estados en desarrollo y empresas extranjeras de países desarrollados ⁶⁴.

⁶¹ Naciones Unidas: Centro sobre Empresas Transnacionales. Las empresas transnacionales en el desarrollo mundial... op. cit. Pg. 306.

⁶² Véase, Naciones Unidas: Centro sobre las Empresas Transnacionales. Los contratos de gestión en los países en desarrollo: análisis de sus disposiciones fundamentales. ST/CTC/27. New York. 1983. Pg. 1-2.

⁶³ Véase, Naciones Unidas: Centro sobre las Empresas Transnacionales. Los contratos de gestión... op. cit. Pg. 5-6.

⁶⁴ Véase, Naciones Unidas: Centro sobre Empresas Transnacionales. Las empresas transnacionales en el desarrollo mundial... op. cit. Pg. 284 y ss.

Siendo esto así, parece lógico señalar que el cauce jurídico propio de los contratos entre Estados y empresas extranjeras viene dado por la interpenetración constante de las nuevas formas jurídicas y las formas jurídicas clásicas⁶⁵. El proceso de conversión contractual de los antiguos contratos de concesión entre Estados y empresas extranjeras que propició el surgimiento de la OPEP y su correspondiente modelo —el contrato de servicios— entra en decadencia en el decenio de 1980. En relación con el sector de los combustibles, el retorno a formas contractuales de asociación mixtas es un dato jurídico relevante del momento actual y, junto con ello, el mantenimiento de las formas contractuales tradicionales en la esfera jurídica de los países industrializados. Sin embargo, algunos de estos países —Reino Unido o Noruega— son proclives a la utilización de los mecanismos jurídicos de renegociación y revisión de los contratos de Estado utilizados en épocas precedentes por los dos países en desarrollo⁶⁶.

En esta esfera, el contrato de compraventa de gas natural licuado entre la empresa estatal argelina SONATRACH y la empresa española ENAGAS ilustra acerca de la crisis de estas formas contractuales en el comercio entre Estados con diferentes sistemas económicos y sociales. Pues, en definitiva, este contrato es una forma tradicional de contrato de suministro a largo plazo combinada con cláusulas atípicas en un contrato de venta: cláusula de la fórmula del precio de pago y la cláusula de no discriminación. Esto es así, en la medida en que la cláusula del precio acordada en el reciente Protocolo de renegociación del contrato entre SONATRACH y ENAGAS es una modalidad a sensu contrario de los contratos de compra garantizada, mientras que la cláusula de no discriminación evoca no sólo a la cláusula de la nación más favorecida sino específicamente a los acuerdos de producción compartida⁶⁷.

2. Principales tendencias

Las nuevas formas jurídicas contractuales de relación entre Estados y empresas extranjeras en el sector primario pueden ser ordenadas en torno al tipo contractual básico del contrato de servicios. Esta forma contractual viene caracterizada por el hecho de que el Estado acuerda con un contratista extranjero la ejecución de un proyecto de exploración y explotación de un recurso natural dado, recibiendo la empresa extranjera un pago a cambio de su trabajo⁶⁸. Entre las responsabilidades contractuales asumidas por el contratista extranjero está la vinculación entre la exploración y los derechos de explotación de los recursos naturales

⁶⁵ Véase, LEBEN, Ch. Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement... op. cit., Pg. 933 y ss.

⁶⁶ Véase, LEBEN, Ch. Les investissements miniers... op. cit. Pg. 947.

⁶⁷ Protocolo de Acuerdo entre España y Argelia para resolver las diferencias sobre el gas entre SONATRACH y ENAGAS hecho en Argel el 13 de Febrero de 1985. B.O.E. 21 de Mayo de 1985. Pg. 14579.

⁶⁸ Véase, MONDINO, P. Los contratos de servicios en la industria petrolera latinoamericana. Derecho de la Integración. 1977. Nº 24. Pg. 46.

en cuestión en orden a cubrir los riesgos de la primera operación y los derechos preferenciales de la segunda⁶⁹. Asimismo, las formas contractuales de servicios raramente incluyen como objeto del contrato a la comercialización de los recursos naturales⁷⁰.

Una forma contractual modificada del contrato de servicios es el contrato de administración. Esta forma responde al supuesto en que la empresa extranjera retiene la responsabilidad de la administración cotidiana del proyecto, pero no mantiene un control importante de las operaciones en marcha⁷¹. Esta modalidad contractual puede suponer también que la empresa extranjera se comprometa a actuar como agente para el Estado en orden a cubrir los riesgos de la venta del recurso natural explotado en los mercados mundiales, y a cambio de una comisión que consiste generalmente en la retención de un porcentaje variable del producto de la venta⁷².

También cabe señalar que en Asia contratos similares a menudo se denominan contratos de operaciones o contratos de participación en la producción⁷³. En la esfera de los acuerdos de participación en la producción, y como consecuencia del proceso de renegociación y revisión de los contratos relativos a combustibles, se han generalizado las cláusulas de ganancia reservada mediante las cuales los beneficios obtenidos por la empresa extranjera a causa de los incrementos de los precios del petróleo más allá del nivel de inflación de los costos de producción quedan reservados al Estado contratante⁷⁴.

G. Formas contractuales en el sector de los servicios

En la esfera del sector de los servicios, las nuevas formas jurídicas de relación entre Estados y empresas extranjeras tienen una significación relativa respecto del ámbito de actividad que se reserva a las libertades de comercio y de empresa en los contratos de Estados concluidos en los otros sectores del comercio internacional. Sucede, además, que este tipo de transacciones comerciales a escala internacional está sometido a restricciones globales importantes respecto del sistema general de intercambios comerciales de manufacturas y semi-manufacturas, y a restricciones parciales regionales que bloquean el acceso de empresas extranjeras a la concurrencia libre en los mercados públicos de trabajo y de suministros.

⁶⁹ Véase, Naciones Unidas: Centro sobre Empresas Transnacionales. Las empresas transnacionales en el desarrollo mundial... op. cit. Pg. 304-305.

⁷⁰ Véase, United Nations Centre on Transnational Corporations. Main features and trends in petroleum and mining agreements. ST/CTC/29. Pg. 13.

⁷¹ Véase, United Nations Centre on Transnational Corporations. Alternative arrangements for petroleum... op. cit. Pg. 54-56. Main features... op. cit. Pg. 8.

⁷² Véase, MONDINO, P. Los contratos de servicios... op. cit. Pg. 69.

⁷³ Véase, Naciones Unidas: ECOSOC. Las empresas transnacionales en el desarrollo mundial: reexamen... op. cit. Pg. 124 y ss.

⁷⁴ Véase, Naciones Unidas: Centro sobre Empresas Transnacionales. Las empresas transnacionales en el desarrollo mundial... op. cit. Pg. 287.

Por consiguiente, la práctica contractual entre Estados y empresas extranjeras es muy limitada y se reduce en todo caso al ámbito de países con un nivel de desarrollo elevado en orden a garantizar procesos de integración económica regional.

En este contexto, y en relación con la reducida práctica contractual española cabe señalar el Programa Airbus, llevado a cabo por el Grupo de Interés Económico Airbus Industrie y un conjunto de fabricantes asociados, que diseña un complejo modelo de relaciones contractuales entre los Estados signatarios⁷⁵ y empresas públicas o privadas de los Estados signatarios. La subcontratación y el acuerdo de licencia de patentes son las formas jurídicas contractuales de base del Programa Airbus. El acuerdo de coproducción y el contrato de suministro de equipo son las formas jurídicas contractuales subsidiarias de participación de las empresas en la realización del programa. Residualmente las empresas de terceros países no signatarios del Programa Airbus pueden acceder a la ejecución del programa mediante acuerdos de subcontratación con los fabricantes asociados y previo acuerdo de los gobiernos signatarios⁷⁶.

La compatibilidad entre el Programa Airbus y el Derecho comunitario derivado —Directivas 77/62/CEE y 80/767/CEE— que garantiza la concurrencia en los mercados públicos de terceros países firmantes de los Acuerdos del GATT sobre contratos del Estado, no tiene necesidad de instrumentalización, pues, el sector de los transportes aéreos está excluido del ámbito de aplicación de las citadas Directivas; si bien a escala comunitaria y en el contexto del Mercado Interior total la compatibilidad está garantizada a través del mecanismo de la subcontratación y el acuerdo de licencia, cuyas funciones consisten en conciliar la libertad contractual del Estado con la libertad contractual de la empresa en el marco del Tratado de Roma⁷⁷.

Otro tanto cabe decir del artículo 9 del Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de Mayo, por el que se modifica la Ley de Contratos del Estado para adaptarla a las directivas de la Comunidad Económica Europea, y de los artículos 24 y 25 del Real Decreto 2528/1986, de 28 de Noviembre, por el que se modifica en el mismo sentido el Reglamento General de Contratación del Estado, cuyas funciones normativas trascienden de las implicaciones económicas del principio de igualdad en la contratación pública en la Comunidad. No obstante, la división del trabajo de desarrollo del Programa Airbus y sus formas jurídicas de ejecución revelan que el Estado español y las empresas españolas asumen responsabili-

⁷⁵ La República Federal de Alemania, Francia, Reino Unido y España en el caso del Programa Airbus A-310, y la República Federal de Alemania, Francia, Países Bajos y España en el caso del Airbus A-300B.

⁷⁶ Los acuerdos citados entraron en vigor en España el 22 de Marzo de 1984 —B.O.E.— Pg. 7953 y 7957.

⁷⁷ Véase, Parlement Européen. Rapport sur la communication de la Commission au Conseil sur les marchés publics de la fourniture.- constat et orientations. Doc. A2-38/85. Pg. 8. Comisión de las Comunidades Europeas. La contratación pública en la Comunidad. COM(86) 375 final. Pg. 9 y ss. Sobre la realización de la adaptación de la normativa española al Derecho comunitario véase, RODRIGO, J. Mercados públicos y contratación administrativa. Información Comercial Española. 1987. Nº 641. Pg. 25 y ss.

dades subordinadas respecto del fabricante principal y, en consecuencia, las cláusulas de «mercado asegurado» del Programa Airbus prueban que en el sector de los servicios es la concentración de recursos económicos en manos de un grupo reducido de empresas lo que imposibilita las formas contractuales de relación entre Estados y empresas extranjeras.

4. Derecho aplicable y solución de controversias

A. Sistemas en presencia

Tres teorías han sido sostenidas a la hora de saber cuál es el derecho aplicable a los contratos entre Estados y empresas extranjeras: sometimiento del contrato al Derecho internacional privado —teoría clásica—, al Derecho internacional —teoría de la internacionalización de los contratos—, a los principios generales del derecho —teoría de la deslocalización de los contratos—.

Las diversas doctrinas de inspiración clásica participan del pensamiento fundamental de que todo contrato que no sea un convenio entre Estados se basa en un sistema estatal de Derecho internacional privado. Esta conclusión está corroborada por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en su sentencia relativa a los préstamos serbios y brasileños⁷⁸, por el artículo 42.1 del Convenio de Washington de 18 de Marzo de 1965 sobre las diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados⁷⁹, el artículo 7 del Convenio de Naciones Unidas sobre los contratos de venta internacional de mercancías⁸⁰, el artículo 7 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercancías⁸¹, el artículo 28 de la Ley-Tipo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de Junio de 1985⁸². La teoría clásica se configura, pues, como una opción conectada con los sistemas estatales de Derecho internacional privado referentes a la ordenación jurídica de las reglas de atribución y distribución de bienes económicos. En este punto las tesis clásicas se presentan bastante más complicadas, puesto que dos cuestiones de capital importancia inciden sobre sus principales desarrollos convenciona-

⁷⁸ Véase, C.P.J.I. *Affaire relative le paiement des divers emprunts serbes émis en France.- Affaire relative au le paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France.* Serie A. N° 20/21. pg. 41.

⁷⁹ Véase, Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. *Transnational Contracts.* (Ed: G. Delaume). Vol. V. New York. 1980. Pg. 34 y ss.

⁸⁰ Véase, *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises.* A/CONF.97/18. Annexe I.

⁸¹ Véase, *Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationales de marchandises.* *Revue critique de Droit International Privé.* 1985. Pg. 775-776.

⁸² Véase, *Loi-Type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international.* *Revue de l'Arbitrage.* 1986. Pg. 610-611.

les: de una parte, la aptitud funcional del método de la norma de conflicto en esta materia; y de otra, la función del principio de la autonomía de la voluntad en el plano internacional. Pues, no en vano, lo que ha cambiado en las nuevas formas jurídicas contractuales es la función normativo-típica de la libertad contractual en cuanto que centro individual de la acción económica de los agentes del comercio internacional en sus relaciones particulares. Dicho de otro modo: las nuevas formas de relación entre Estados y empresas extranjeras reflejan la disociación de los conceptos jurídicos de libertad contractual e intercambio conmutativo inherentes al derecho de obligaciones contractuales.

La teoría de la internacionalización de los contratos es la respuesta jurídica al proceso de conversión contractual y de nacionalización de los recursos naturales, teniendo como punto de arranque la revisión que lleva a cabo el árbitro Dupuy en el asunto *Texaco/Calasiatic c. Lybia* del tratado internacional respecto del contrato de Estado⁸³. Esta tesis resulta una materialización de las formas jurídicas de la cooperación industrial respecto de los intereses de los operadores económicos privados en el comercio internacional. A este respecto, la teoría internacionalista se revela insatisfactoriamente desde el punto de vista general de las estructuras jurídicas imperantes en los países del círculo jurídico occidental, pues resulta incongruente con el principio contractual que gobierna el derecho de obligaciones contractuales en las diferentes legislaciones nacionales. De la doctrina internacionalista resulta también francamente irregular el hecho de que se pueda hablar de la existencia de un derecho de *restitutio in integrum* sin que exista un deudor titular del mismo. Estas circunstancias han forzado a sus defensores a modificar los propios puntos de partida de la teoría internacionalista⁸⁴. Y así, se han visto obligados a precisar que en realidad los principios de Derecho internacional que operan en los contratos entre Estados y empresas extranjeras son principios deducidos por vía de la jurisprudencia arbitral de los principios generales del derecho comunes a las partes contratantes⁸⁵.

Esta construcción, además de su simplicidad, ofrece notables ventajas sobre la construcción internacionalista: la primera consiste en permitir una inserción sistemáticamente congruente del contrato entre un Estado y una empresa extranjera dentro de un sistema de categoría de valores —el derecho transnacional o *lex mercatoria*— gobernado por el principio contractual en su forma más abso-

⁸³ Véase, *Texaco/calasiatic c. Gouvernement Libyen*. *Journal du Droit International*. 1977. Pg. 358-359.

⁸⁴ Con desigual fortuna en el arbitraje *Revere Cooper and Brass c. Incorporated Overseas Private Investment*. *International Legal Materials*. 1978. Y con mejores fundamentos técnicos y jurídicos en *Elf Aquitaine Iran c. National Iranian oil*. *Revue de l'Arbitrage*. 1984. Pg. 401 y ss. Véase también DAVID, N. *Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers*. *Journal du Droit International*. 1986. Pg. 93 y ss.

⁸⁵ Véase, *Liamco c. Libye*. *International Legal Materials*. 1981. Pg. 35. *B.P. c. Libye*. *Yearbook Commercial Arbitration*. 1980. Pg. 329. Un análisis de las diferencias jurídicas de fondo entre estas dos sentencias respecto del arbitraje *Texaco/Calasiatic* puede verse en STERN, B. *Trois arbitrages, un même problème, trois solutions: les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international*. *Revue de l'Arbitrage*. 1980. Pg. 3 y ss.

luta⁸⁶. La segunda ventaja radica en lo que podríamos calificar de congruencia socio-histórica, dado que esta teoría de la deslocalización de los contratos es la que mejor se adapta a la voluntad típica de las partes intervinientes en el comercio internacional y también a la experiencia del tráfico comercial internacional, a tenor de las cuales el momento crucial del contrato es el momento en que surge la controversia. Es perceptible, en este sentido, la regla no convencional que impone a todos los operadores económicos privados el deber de abstenerse de recurrir a las jurisdicciones estatales en sus relaciones comerciales recíprocas⁸⁷. Una tercera ventaja estriba en que la base jurídica de ese hipotético ordenamiento conocido con el nombre de derecho transnacional se asienta sobre un principio estructural de la relación jurídica: el principio *pacta sunt servanda*, cuya función normativo-típica en esta esfera es garantizar la realización de las expectativas de las partes contratantes⁸⁸. Este aspecto es subrayado con especial énfasis en los desarrollos arbitrales relativos a incumplimientos contractuales como consecuencia de medidas nacionalizadoras, si bien el alcance del principio *pacta sunt servanda* es susceptible de una valoración jurídica hasta cierto punto contradictoria⁸⁹.

B. La vinculación al arbitraje de los medios de solución de controversias

El arbitraje es un medio no jurisdiccional de solución de controversias que aspira a superar a la jurisdicción del Estado y a reemplazarla por un modelo en el que se realicen ampliamente los postulados individualistas del pensamiento liberal en el comercio internacional. Tal vez convendría precisar asimismo que el arbitraje es un procedimiento que tiende a plantearse la cuestión del derecho aplicable a los contratos entre Estados y empresas extranjeras en un contexto jurídico bien definido: la transnacionalización de la realidad económica internacional⁹⁰.

Se trata entonces de indicar que el Derecho internacional privado no sirve como marco jurídico de referencia para la determinación de la ley aplicable a la

⁸⁶ Véase, por ejemplo, LALIVE, P. *Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international*. *Revue de l'Arbitrage*. 1986. Pg. 342 y ss.

⁸⁷ Tesis implícita del artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París.

⁸⁸ Véase, LEBEN, Ch. *Les investissements miniers internationaux...* op. cit. Pg. 955.

⁸⁹ Véase, en particular, *The American Independent Oil Company c. The Government of the State of Kuwait*. *International Legal Materials*. 1982. Pg. 998 y ss. Véase también REDFERN, *The arbitration between the Government of Kuwait and Aminoil*. *British Yearbook of International Law*. 1984. Pg. 100 y ss. TSCHANZ, P-Y. *Contribution of the Aminoil Award to the Law of State Contracts*. *The International Lawyer*. 1984. Pg. 257 y ss. KAHN, Ph. *Contrats d'Etat et nationalisation*. *Les apports de la sentence arbitrale du 24 mars 1982*. *Journal du Droit International*. Pg. 855 y ss.

⁹⁰ Véase, *Cour d'arbitrage de la C.C.I. Affaire n° 3131*. *Revue de l'Arbitrage*. 1984. Pg. 530. Véase también GOLDMAN, B. *Une bataille judiciaire autour de la Lex Mercatoria*. *Revue de l'Arbitrage*. 1984. Pg. 392 y ss.

solución de controversias entre Estados y empresas extranjeras⁹¹. Esto es así, en la medida en que la libertad de determinar el derecho aplicable sin referirse a un sistema de Derecho internacional privado previamente establecido es la consecuencia real de una realidad jurídica: la ausencia de una *lex fori* arbitral⁹².

A pesar de su singular relieve, la causa de este problema no puede reducirse a la controversia entre formas jurídicas contractuales clásicas y contratos de estructura compleja. Parte de la explicación se encuentra también en otra discusión de claro significado jurídico: el enfrentamiento, primero, entre los partidarios de la inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus bienes y los partidarios de la inmunidad de jurisdicción restringida y, por añadidura, entre los partidarios de una reglamentación del arbitraje a escala universal a través de instrumentos jurídicos obligatorios y los partidarios del arbitraje transnacional⁹³. Por otro lado, interesa destacar que la razón última del debate no radica en el ámbito del derecho aplicable al fondo del arbitraje, sino en el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales. Es de advertir, que el recurso al Centro Internacional para la Reglamentación de las Diferencias relativas a Inversiones —creado por el Convenio de Washington de 18 de Marzo de 1965— obedece en buena medida a los mecanismos de exequatur automático de la sentencia arbitral prevenidos en el citado Convenio⁹⁴. Y así se llega a que las recientes sentencias arbitrales del Centro Internacional sean receptivas a las tesis clásicas del derecho aplicable a los contratos entre Estados y empresas extranjeras. Esta recepción tiene un doble aspecto: de una parte, respecto de la competencia por razón de la materia del Centro para conocer de un arbitraje⁹⁵; y de otra, del alcance de la interpretación del artículo 42.1 del Convenio de Washington en lo que concierne a las nuevas formas jurídicas de relación entre Estados y empresas extranjeras⁹⁶.

Las resistencias encontradas para la ejecución de la sentencia Klöckner contrastan con las reacciones favorables a la concesión del exequatur por el Tribunal

⁹¹ Véase, a este respecto, las sentencias arbitrales emitidas por el Tribunal de Controversias Irano-Norteamericanas de la Haya en orden a litigios contractuales en la esfera del derecho privado. Un análisis de las más significativas —en particular, *A. Craig c. Ministry of Energy*— puede verse en AUDIT, B. *Le Tribunal des Différends Irano-Américains (1981-1984)*. *Journal du Droit International*. 1985. Pg. 843 y ss.

⁹² Véase, *Cour d'Arbitrage de la C.C.I: Affaire n° 4381*. *Journal du Droit International*. 1981. Pg. 1102 y ss., nota DERAIL, Pg. 1109.

⁹³ Sobre la primera controversia véase, notablemente SUCHARITKUL, S. Sexto Informe sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Adición: el arbitraje. A/CN.4/376/Add.2. 18 de Abril de 1984. Respecto de la segunda, debe destacarse el análisis de LALIVE, P. *On the neutrality of the Arbitrator and the Place of Arbitration*. SWISS ESSAYS ON International Arbitration. Zürich. 1984. Pg. 23 y ss.

⁹⁴ Véase, DELAUME, G. *Transnational Contracts. II. Booklet 17: Convention for Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. Issued October. 1986. Pg. 76 y ss.

⁹⁵ Véase, *Amco et al c. Indonésie*. *International Legal Materials*. 1984. Pg. 360-362. Véase también RAMBAUD, P. *Deux arbitrages C.I.R.D.I. Annuaire Français de Droit International*. 1984. pg. 392-395.

⁹⁶ Véase, *Klöckner et al c. Cameroun*. *Journal du Droit International*. 1984. Pg. 425-426. Véase también PAULSSON, J. *Les obligations des partenaires dans un accord de développement économique: la sentende arbitrale Cameroun c/ Klöckner*. *Revue de l'Arbitrage*. 1984. Pg. 28 y ss.

de Distrito de Amsterdam a la sentencia arbitral concerniente al asunto de las Pirámides de Guizeh, sentencia esta última proclive a las tesis internacionalistas⁹⁷. Esta ruptura entre el arbitraje institucionalizado y el arbitraje transnacional se conecta estrechamente con la funcionalidad del sistema arbitral como medio no jurisdiccional de solución de controversias contractuales, cuya generalización ha venido a consagrar una jurisdicción estatal: el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *Mitsubishi c./ Soler*, de 2 de Julio de 1985⁹⁸.

La clave de todo sistema codificado —y por extensión, del arbitraje, que es el núcleo de este sector de problemas— es la previsibilidad de las respuestas jurídicas frente al conflicto social⁹⁹. Esta previsibilidad tiene dos aspectos. El establecimiento del sistema normativo, en primer lugar. Y, en segundo lugar, la racionalización de las reglas de seguridad del tráfico de ese sistema normativo. La sentencia *Mitsubishi* se mueve en el respecto a estas dos premisas, pero, al mismo tiempo, actúa con realismo —calificado incluso desde sectores de la doctrina de realismo transnacional¹⁰⁰— una recomposición del sistema general del arbitraje en el comercio internacional: la arbitrabilidad de las diferencias relativas a la aplicación de normas de aplicación inmediata —normas de ordenación del mercado en el sector de la atribución y distribución de bienes económicos—¹⁰².

5. Consideraciones finales

Los rasgos configuradores de las nuevas formas jurídicas contractuales de relación entre Estados y empresas extranjeras y la orientación de sus normas reguladoras expresan las notas difusas características del momento de transición en el que están el marco económico y jurídico en los cuales el llamado contrato de Estado se inserta.

Situar en el tiempo actual la figura jurídica del contrato entre un Estado y una empresa extranjera y su tratamiento normativo requiere contemplar los siguientes dos extremos: en primer lugar, el intento de neutralizar el poder normativo del Estado contratante. Este es el contexto jurídico-político preponderante. En segundo lugar, el desarrollo de formas complejas de la estructura jurídica de la propiedad y de gestión de los recursos naturales mundiales. Esto tiene una no-

⁹⁷ Véase, S.S.P. et S.P.P. c. La Republique arabe d'Egypte. *Revue de l'Arbitrage*. 1986. Pg. 113 y ss. Véase también LEBOULANGER, R. Etat, politique et arbitrage. *L'affaire du Plateau des Pyramides*. *Revue de l'Arbitrage*. 1986. Pg. 22-23.

⁹⁸ Los antecedentes de este asunto pueden verse en *Mitsubishi Case: Brief of the American Arbitration Association*. *Journal of International Arbitration*. 1985. Pg. 82 y ss.

⁹⁹ Véase, ROBERT, J. Une date dans l'extension de l'arbitrage international: *L'arrêt Mitsubishi c./ Soler*. *Revue de l'Arbitrage*. 1986. Pg. 185 y ss.

¹⁰⁰ Véase, ROBERT, J. Une date dans l'extension... *op. cit.* Pg. 183.

¹⁰¹ Véase, *Mitsubishi Motors corp. c/ Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* *Revue de l'Arbitrage*. 1986. Pg. 273 y ss. Véase también PATRICK, J. Arbitration and U.S. Antitrust Law: A conflict of policies. *Journal of International Arbitration*. 1985. Pg. 53 y ss.

table significación: la disfuncionalidad de los sistemas nacionales de Derecho internacional privado para regular estas transformaciones de la realidad económica internacional.

En el plano estrictamente jurídico, otro dato importante es el de la difuminación de los conceptos tradicionales de actividad comercial y contrato mercantil en el plano internacional. No es fácil determinar la relevancia que pueda tener en el futuro esta difuminación sobre la creciente asimetría de la relación obligatoria en el contrato de Estado, en particular respecto de la separación de la propiedad y el control en las nuevas formas jurídicas contractuales. En todo caso, la desregulación normativa del comercio internacional —la desjuridificación del mercado internacional— es un reflejo inmediato de este proceso.

Las consecuencias de los caracteres generales técnico-jurídicos de las nuevas formas de relación entre Estados y empresas extranjeras sobre los medios de resolución de controversias contractuales son evidentes: extensión de las formas de arbitraje calificadas de transnacionales. En el mismo plano, esta extensión opera sobre las materias sujetas a procedimientos arbitrales, y lo hace en función de reducir el ámbito de aplicación de las normas de policía económica o de ordenación del mercado.