

CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS, A.C.



**LA RENEGOCIACIÓN Y ADAPTACIÓN DE LOS CONTRATOS
INTERNACIONALES DE INVERSIÓN.**

TESINA

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

SANDRA ISABEL SOLÍS LEMUS

**DIRECTOR DE LA TESINA: MAESTRO RICARDO ALBERTO ORTEGA
SORIANO**

MÉXICO D.F., MAYO 2008

AGRADECIMIENTOS

A quienes han estado conmigo durante esta aventura les agradezco su apoyo y su paciencia. Posiblemente hubiera podido hacer esto sin ustedes, pero el camino hubiera sido más largo, tormentoso y definitivamente más aburrido. Su constante o intermitente presencia me sirvió como guía para la construcción de lo que hoy es mi vida:

Mi mamá, porque todo lo que he logrado es por ella y para ella.

Mi papá y hermano, por su incondicional apoyo.

A mis tías y tíos por ser las guías que me ayudan a mantener el rumbo correcto.

La Comunidad, por ser mi constante y ayudarme a encontrarme en el mar de confusiones.

Mis amigos del CIDE, porque algo bueno tenía que salir de esos 4.5 años.

El Maestro Ricardo Ortega Soriano, por ayudarme a organizar mis ideas y plasmarlas en este trabajo.

A mi mamá

ÍNDICE

| | |
|--|------|
| Agradecimientos..... | p.1 |
| Dedicatoria..... | p.2 |
| Introducción..... | p.5 |
| 1. Contratos internacionales de inversión..... | p.9 |
| 1.1. Naturaleza de los Contratos | p.9 |
| 1.1.1. Las partes del contrato..... | p.9 |
| 1.1.2. La inversión como objeto del contrato..... | p.13 |
| 1.2. Derecho aplicable..... | p.15 |
| 1.2.1. Principios generales de derecho..... | p.16 |
| 1.2.2. Elección de derecho aplicable..... | p.17 |
| 1.2.3. La renegociación en el derecho..... | p.22 |
| 1.3. Vulnerabilidad de los contratos..... | p.24 |
| 1.3.1. Factores de riesgo contractual..... | p.24 |
| 1.3.2. Justificación de la renegociación..... | p.26 |
| 2. Renegociación y cláusulas de adaptación..... | p.28 |
| 2.1. Obligaciones de las partes para renegociar..... | p.28 |
| 2.1.1. Cláusulas contractuales..... | p.29 |
| 2.1.2. Obligación para negociar y obligación para acordar..... | p.30 |
| 2.2. Cambio contractual sin cláusula de renegociación..... | p.31 |
| 2.2.1. Fuerza mayor y excesiva onerosidad..... | p.32 |
| 2.2.2. Adaptación..... | p.36 |
| 2.3. Cambio contractual con cláusula de renegociación..... | p.37 |
| 2.3.1. Diferencias con las cláusulas de estabilización..... | p.38 |
| 2.3.2. Contenido de las cláusulas de renegociación..... | p.40 |

| | |
|--|------|
| 2.3.3. Problemas y beneficios de las cláusulas de renegociación..... | p.44 |
| 3. Procedimiento de ejecución..... | p.47 |
| 3.1. La renegociación contractual como disputa legal..... | p.47 |
| 3.1.1. Alternativas para la solución de controversias..... | p.48 |
| 3.2. Renegociación en arbitraje..... | p.52 |
| 3.2.1. Arbitraje comercial internacional..... | p.52 |
| 3.2.2. Renegociación mediante arbitraje..... | p.55 |
| 3.2.3. Identificación de la disputa legal..... | p.58 |
| Conclusión..... | p.63 |
| Bibliografía..... | p.66 |
| Anexo 1 | p.69 |

INTRODUCCIÓN.

Las relaciones entre Estados y compañías transnacionales se presentan usualmente por medio de convenios de larga duración entre los que se encuentran: concesiones, convenios de desarrollo económico, convenios de administración, co-inversiones, contratos de prestación de servicios y convenios de producción compartida, entre otros. Estos convenios de inversión internacional llegan a incluir la explotación de recursos naturales así como el uso de bienes o utilidades nacionales vitales como la electricidad o las telecomunicaciones.¹

Los negocios internacionales entre compañías transnacionales y Estados huésped, se presentan cada vez más en el ámbito del comercio internacional. Los contratos que regulan estas negociaciones pretenden asegurar la estabilidad de la transacción y con ello, la del comercio internacional. Sin embargo, cuando se presentan las negociaciones, ambas partes involucradas buscan los mayores beneficios al momento de la redacción de los acuerdos.

El conflicto entre los inversionistas extranjeros y los Estados huésped se deriva, por un lado, de la preocupación de los inversionistas para obtener estabilidad y certeza. Las grandes corporaciones se preocupan por asegurar la integridad básica de todo el negocio en contra de cualquier variación o revisión que pueda substancialmente disminuir sus ganancias financieras esperadas o alterar radicalmente las reglas operacionales de la transacción.

Por otro lado, los Estados huésped realizan constantes demandas por un régimen contractual más flexible. El Estado es dueño de los recursos naturales objeto del contrato de explotación y desarrollo. Sin embargo, la negociación se realiza en un

¹ Cfr. Samuel K. B. Asante, "Stability of Contractual relations in the Transnational Investment Process", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 28 (1979) p. 401

momento en el que no están claras la extensión, calidad o los futuros precios del mercado. Por ello, el gobierno prefiere un acuerdo flexible y adaptable a las circunstancias políticas y económicas cambiantes tanto a nivel doméstico como a nivel internacional.²

Estas diferencias entre inversionistas y Estados huésped son particularmente conflictivas cuando se presentan en un contrato de larga duración. En convenios internacionales de negocios, una vez alcanzado el acuerdo inicial, el correcto cumplimiento de las estipulaciones del contrato debe ser constantemente monitoreado.³ Las circunstancias propias de cada contrato, dada su naturaleza, hace que las circunstancias iniciales del contrato negociado y aceptado por las partes puedan cambiar. Esto ocasiona mayores costos para una o para ambas partes. Así, la conclusión acordada o incluso la continuación del contrato, se ponen en peligro.

Los efectos de un cambio en las circunstancias iniciales del contrato pueden ser varias. Entre ellas, que el contrato se haga excesivamente oneroso para una o para ambas partes. Esto podría ocasionar una terminación o un incumplimiento contractual. Así, para evitar futuras contingencias y terminaciones contractuales innecesarias es necesario prever, desde un principio, las posibles soluciones en caso de un cambio en las circunstancias.

Sin embargo, los cambios que se quisieran proponer a un contrato después de que éste fue pactado, pueden considerarse como ilegales. Diversas legislaciones en materia de contratos protegen las provisiones originalmente pactadas. La inviolabilidad de los contratos debe ser protegida en contra de cualquier cambio. No obstante, la

² Ibid, pp. 404-409

³ Cfr. Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon, John A. Spanogle; International Business Transactions; West Group, St. Paul Minnesota, 2000. p.37.

realidad en los negocios hace que se replantee la posibilidad de aceptar ciertos cambios contractuales para mantener el negocio.

Si bien es posible pactar diversas provisiones del contrato que pueden estar sujetas a cambio, es prácticamente imposible regular dentro del contrato cada contingencia que se pueda presentar durante su vigencia. Por ello, en la mayoría de los contratos de larga duración las partes prefieren dejar ciertos conceptos indeterminados para una futura renegociación. Con esto se mantiene la expectativa de hallar la mejor solución y el sentimiento de colaboración y cooperación continua.

Este trabajo pretende estudiar la renegociación contractual como una solución a los conflictos que se presentan entre Estados huésped e inversionistas extranjeros, particularmente en los contratos que se refieren a la explotación de recursos naturales. Se plantea que la renegociación, que se basa en el principio *rebus sic stantibus*, no es una violación al derecho de los contratos consagrado en el principio *pacta sunt servada*. Tampoco es un incumplimiento contractual. La renegociación es una alternativa que se incluye dentro de las provisiones contractuales y provee la posibilidad de cambio. Así, se mantiene la inviolabilidad del contrato y al mismo tiempo se asegura la continuación del negocio.

Para esto, se analizará el concepto de la renegociación así como sus diversas modalidades. Después, se estudia su posible aplicación dentro de los contratos bajo una base de derecho comercial internacional. Este análisis implica el estudio en el marco normativo internacional que permita a las partes dentro del contrato, pactar una renegociación. El análisis y mención de diversos conceptos relativos a legislaciones domésticas se realizan como simple comparación, sin la intención de especificar las particularidades de cada país con respecto a la renegociación.

Primero se expondrán las características particulares de los contratos de inversión. Es necesario conocer el porqué de su susceptibilidad o vulnerabilidad ante cambios en las circunstancias originalmente pactadas. Asimismo, se explican las características especiales de los contratos en los que participa el Estado y los conflictos que esto puede ocasionar. Por otra parte, en el estudio de la legislación aplicable, se establece la importancia de una correcta elección para finalmente especificar el tratamiento que otorga el derecho comercial internacional a la renegociación contractual.

Posteriormente, se iniciará el análisis de la renegociación como solución a los conflictos entre inversionista y Estado huésped. Se explicarán las diversas modalidades de adaptación contractual y sus alcances. En el tratamiento del tema, se marcan diferencias con otras cláusulas contractuales para concluir las ventajas y desventajas de la renegociación. Asimismo, se definen los derechos y obligaciones de las partes que derivan de la inclusión de la cláusula contractual de la renegociación.

Finalmente, se estudia la renegociación en el marco de una disputa legal. En el momento en que se presenta un conflicto entre las partes, se plantean diversas opciones para su solución. Después del análisis de las diferentes alternativas, el arbitraje se plantea como el método más apropiado de resolución de las disputas que derivan de una renegociación.

CAPITULO 1.

LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

1.1 Naturaleza de los Contratos

La definición del Contrato Internacional es fundamental para determinar la base jurídica de la relación de inversión. Para ello, es necesario establecer la naturaleza de las partes involucradas así como la definición del objeto del contrato, es decir, la inversión.

1.1.1 Las partes del contrato

Una condición necesaria de este tipo de contratos es la característica del inversor como ente extranjero. Una compañía transnacional entra a un negocio de inversión directamente o mediante una filial incorporada en el Estado huésped. Sin embargo, sea cuál sea la manera en la que el inversor participe en el negocio, su calidad como extranjero se salvaguarda y así asegura el carácter internacional del contrato.

En algunos contratos, se establece claramente una provisión que estipula que al inversor se le considerará como extranjero, es decir, nacional de otro país diferente al Estado huésped. El estatus de extranjero del inversor es relevante cuando consideramos las cuestiones de la ley aplicable y la protección diplomática. Para la naturaleza internacional del contrato, es necesario que las partes involucradas sean de Estados diferentes.⁴

Para determinar la nacionalidad del inversor es necesario diferenciar si es una “persona natural” o una “entidad legal”⁵. Para la persona natural o persona física, se

⁴ Cfr. United Nations Conference on Trade and Development, Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking, United Nations, New York and Geneva, 2007, p. 9

⁵ Ídem.

considera la ley del país cuya nacionalidad se reclama.⁶ Así, se estudiará la legislación referida para determinar si un inversor es nacional de un país. Sin embargo, también se debe considerar la definición de residente permanente ya que bajo ciertas reglas,⁷ éstos también califican como inversores extranjeros.

Por otro lado, las entidades legales determinan su nacionalidad primero con base en la nacionalidad con que se ostenten, el lugar principal de los negocios y finalmente la nacionalidad de los socios, accionistas o controladores. En general, en caso de que se dispute, la nacionalidad del inversor será determinada mediante el tribunal elegido para la solución de controversias. Sin embargo, es claro que deberá pertenecer a un Estado diferente que el Estado huésped para conservar la naturaleza internacional del contrato y poderse sujetar a la legislación aplicable para esos contratos.

Esta cuestión también es de particular importancia si se quiere resolver con conflictos mediante arbitraje. Esto porque ciertas reglas de arbitraje institucionales sólo aceptan su jurisdicción para conflictos entre un Estado y un nacional de otro Estado. Asimismo, si un inversor quisiera protegerse bajo un Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRIS) sería necesario acreditar que es nacional del país parte de dicho acuerdo. En dichos acuerdos, se establecen ciertas definiciones para determinar la nacionalidad de inversor. Por ejemplo, en los Acuerdos firmados por México, se establece que se seguirán la definición de mexicano de acuerdo a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ahora bien, la identificación de la contraparte del inversor como Estado no es siempre correcta, a menos que éste se involucre de manera directa e inequívoca. Sin

⁶ Ídem

⁷ Tratado de Libre Comercio de América el Norte, “Nacional significa una persona física que es ciudadano o residente permanente de una Parte (...)”

embargo, los Estados generalmente utilizan medios indirectos y contratan mediante empresas que están incorporadas bajo legislación pública o privada. La presencia estatal dentro de un contrato tiene importantes implicaciones legales. Las reglas que se aplican al contrato, los problemas de las prerrogativas derivadas del poder, inmunidades y responsabilidades están relacionadas a la figura del Estado.⁸

No obstante, se observan diferentes implicaciones si el Estado participa como tal o mediante una empresa estatal. A diferencia del Estado, una empresa estatal lleva a cabo actividades comerciales por lo que no puede alegar ciertas prerrogativas legales a nivel internacional, por ejemplo, la inmunidad ante la jurisdicción o ejecución. Sin embargo, la separación entre el Estado y su empresa debe ser clara.

La naturaleza jurídica de la empresa estatal es muy compleja y no será estudiada a fondo en el presente trabajo ya que pueden ser públicas o privadas dependiendo de la legislación local. Generalmente, una empresa estatal es una corporación pública basada en un decreto que describe su autonomía administrativa y comercial. Asimismo, se establece la forma y extensión del control del Estado quien crea la empresa y usualmente es dueña del capital.⁹

La participación estatal dentro de un contrato de inversión crea conflictos para definir la naturaleza de la relación. Si bien existe un consenso en el hecho que la relación se forma mediante un contrato, sigue en disputa el hecho de si el contrato se regula mediante las reglas privadas o públicas. Esto crea un conflicto cuando nos

⁸ Cfr. Wolfgang Peter, Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements, Kluwer Law International, La Haya, Boston, Londres, 1995, p. 43-44

⁹ *Ibíd.*, p. 45

referimos al posible derecho del Estado para modificar las provisiones del contrato al modificar su legislación doméstica.¹⁰

Al aceptar que el contrato es público implica una subordinación de los intereses del inversor ante los del Estado, ya que los contratos públicos o administrativos se sujetan, en la mayoría de las legislaciones, a cambios contractuales impuestos. Sin embargo, esta aceptación pondría en desventaja al inversor dado que sus prestaciones quedarían al arbitrio de su contraparte. Por ello, los inversores buscan que, aun cuando participe el Estado, ambos partan de una base igual de derechos y obligaciones. Además, buscan, como el objeto es llevar a cabo actividades comerciales, que su relación sea regulada mediante la legislación contractual privada.

Si bien existen diversas opiniones favorables a la privatización de estas relaciones de inversión, no se puede dejar de lado la problemática que se origina al ser el Estado parte dentro del contrato. Por ello, ya que los poderes reguladores son inherentes a la soberanía estatal, los inversores suelen pactar cláusulas en las que el Estado renuncia a algunas de sus prerrogativas.¹¹ Sin embargo, diversas reglas constitucionales limitan la capacidad de algunos Estados para renunciar a sus prerrogativas adquiridas por la soberanía.

Este trabajo no pretende dar solución al conflicto que se presenta para determinar la naturaleza pública o privada de estos contratos. Se reconoce, sin embargo, que dada la naturaleza del negocio, éstos deberían regirse bajo reglas privadas para asegurar así la equidad contractual. No obstante, en caso de no sujetarse a esas reglas, se reconoce que existen diversas medidas que el inversor puede tomar para asegurar el

¹⁰ *Ibíd.*, p. 48

¹¹ Una renuncia a su derecho de nacionalización o expropiación. Asimismo se renuncia a las prerrogativas en caso de querer llevar el contrato ante un tribunal asumiendo su naturaleza como parte privada dentro del contrato.

mantenimiento de las provisiones pactadas. Así, mediante la inserción de ciertas cláusulas como las de renegociación o la arbitral, se lidia adecuadamente con el conflicto ya que no se pretende determinar la naturaleza de las partes sino la manera en que resolverán las disputas entre ellas.

1.1.2. La inversión como objeto del contrato

Además de la descripción de las partes dentro del contrato, es necesario determinar el objeto del mismo. Los contratos de inversión tienen características particulares en comparación con otros contratos comerciales internacionales como los de bienes, servicios, construcción etc. La noción de inversión implica que el inversor haga contribuciones en capital al proyecto, ya sea financiarlo directamente o mediante otros medios de participación financiera. Usualmente las contribuciones respectivas de cada parte se determinan a voluntad. El inversor contribuye con capital, tecnología o un “know-how” gerencial mientras que el Estado huésped otorga la mano de obra, la tierra, los materiales, los recursos materiales, la infraestructura y el financiamiento en capital¹².

En este sentido, un contrato de inversión difiere de otros contratos comerciales porque las partes no solo intercambian obligaciones de hacer, sino que entran en una sociedad basada en contribuciones de capital. En sí mismo, el contrato de inversión involucra varios contratos ya que para llevar a cabo una inversión es necesario adquirir bienes, adquirir servicios etc. Cuando se supera esta primera instancia, las partes ya se encuentran dentro de una relación en la que han invertido varios recursos.

El contrato de inversión es el punto de partida de una actividad de negocios común entre el inversor extranjero y el Estado huésped.¹³ El éxito del contrato depende del éxito de la inversión. Ahora bien, la inversión usualmente se define de manera

¹² Cfr. Wolfgang Peter, Arbitration and Renegotiation, Op. Cit. p. 16

¹³ *Ibíd* p. 17

amplia para que cubra no sólo el capital sino también todo tipo de activos invertidos en el territorio del Estado huésped. Esta lista de activos comúnmente incluye cinco categorías: propiedad mueble e inmueble, intereses de compañías en las que se incluyen el portafolio y las inversiones directas, derechos contractuales, propiedad intelectual y concesiones de negocios.¹⁴

El determinar el alcance de la definición de inversión es importante ya que en base a ésta se podría identificar si se da el incumplimiento del contrato. Si dentro de la definición pactada de inversión no se consideran cuestiones como préstamos, acciones dentro de las compañías o dinero que se gasta en renovaciones entonces cualquier reclamo que derive por esos activos no podrá basarse en el contrato ni podrá demandarse su incumplimiento.

Por otro lado, la definición de inversión también determinará la posibilidad de utilizar ciertas instituciones arbitrales como método de solución de controversias. En estos casos, las partes no cuentan con una total discrecionalidad en lo que se refiere a definir lo que constituirá la inversión dentro de su contrato. Si las partes desean utilizar un arbitraje institucional para resolver sus controversias deberán atenerse a lo que sus reglas estipulen en cuanto a la definición de inversión. En caso de pactar una definición diferente, el tribunal arbitral podría abstenerse de conocer el caso alegando falta de jurisdicción.

Aun cuando el conflicto entre las partes derive efectivamente de un incumplimiento en base a su definición de inversión pactada en el contrato, las partes pueden encontrarse con problemas si esa misma definición no permite que los tribunales arbitrales ejerzan su jurisdicción. Es importante destacar que es la definición que pacten las partes dentro del contrato la que se considera vinculante.

¹⁴ Cfr. Investor-state dispute settlement, Op. Cit. p.22

La noción de inversión está en constante movimiento.¹⁵ Si bien comenzó basándose solamente en el capital comprometido en la relación de negocios, ahora otros supuestos también se consideran inversión. Así, aquellos contratos que involucran bienes, materia prima, mano de obra, una duración significativa de la relación, la conjunción de varios contratos, etc. deben ser considerados como contratos de inversión y lo que abarcan debe definirse como inversión.

1.2 Derecho aplicable

Como regla general, el contrato original determinará la ley aplicable al contrato y por ende, a la negociación. Si las partes eligen una legislación nacional, esta legislación será la única que aplique.¹⁶ Si prefieren la legislación de un tercer estado, esa ley será la aplicable. Finalmente, si las partes eligen el derecho internacional, se tendrá primero que identificar qué reglas del derecho de los tratados y de la legislación sobre inversiones internacionales son aplicables.

La ley aplicable determina, ente otras cuestiones:¹⁷

- a) Bajo qué circunstancias y hasta qué grado una parte tiene derecho a un cambio contractual;
- b) Las consecuencias legales si una parte se rehúsa a aceptar un cambio contractual, o si las demandas por una renegociación no son exitosas;

¹⁵ Cfr. Wolfgang Peter, Arbitration and Renegotiation, Op. Cit. p. 18

¹⁶ Aunque algunas cuestiones como nacionalizaciones, expropiaciones, o compensaciones usualmente caen bajo las reglas de derecho internacional, particularmente lo que se refiere a la responsabilidad de los Estados sobre las propiedades de los extranjeros.

¹⁷ Cfr. Abba Kolo, Thomas Walde, “Renegotiation and Contract adaptation in the International investment projects: applicable legal principles & industry practices” Oil, Gas & Energy Law Intelligence, Vol. 1 (2003) p. 1

- c) Las consecuencias de cambios unilaterales, como la nacionalización o modificación del contrato por razón de decreto gubernamental o cambio de legislación.
- d) Dirección o guía y en qué medida se llevará a cabo la adaptación, ya sea extra judicialmente o mediante un tercero, juez o arbitro.

1.2.1 Principios Generales de Derecho

El derecho contractual, nacional e internacional, reconoce dos principios generales que regulan toda actividad contractual: *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*. El primer principio establece la santidad de los contratos: los contratos deben ser respetados y las partes deberán adherirse a lo establecido en ellos. El segundo principio reconoce la existencia de un cambio en las circunstancias que hace imposible la continuación del contrato, los contratos son obligatorios siempre y cuando las circunstancias se mantengan sin cambio. En algunos casos, se considera que estos principios son contradictorios dado que uno busca la certeza mientras el otro, la flexibilidad.

Legislaciones nacionales han aceptado y legislado con base a estos principios generales. El primero de ellos ha sido tradicionalmente incluido por congresos y tribunales en sus legislaciones nacionales como la regla general que rige los contratos¹⁸. Sin embargo, también se ha reconocido que éste no siempre puede llevar al mejor resultado. Por ello, se reconoce el segundo principio mencionado anteriormente.

La doctrina del *rebus sic stantibus* es reconocida en diversas legislaciones nacionales. En Estados Unidos se tiene el “commercial impracticability”, el término británico es “frustration of purpose”, en Alemania se reconoce el “Wegfall der

¹⁸Cfr. Chengwei Lei, “Changed Contract Circumstances” Lexway, (2005), p.2

Geschäftsgrundlage” mientras que en Francia el término es “imprévision” y en Suiza “impossibility”.¹⁹

En términos de derecho internacional, cuando nos referimos al derecho de los tratados, regidos por la Convención de Viena de 1969, se observa que éstos contemplan los grandes principios generales de derecho como son el *pacta sunt servanda* (artículo 26) y el *rebus sic stantibus* (artículo 62). La visión actual del derecho internacional, apoyada por resoluciones de la Corte Internacional de Justicia²⁰, es que ambos principios son “reglas de derecho objetivo” por lo que un cambio en las circunstancias de una de las partes puede dar el derecho, en circunstancias precisas y excepcionales, a una terminación bajo ciertas restricciones. Sin embargo, como lo que se busca es mantener la relación contractual, el principio ya no invoca para buscar una terminación sino una renegociación

Si bien en principio estas doctrinas parecen contradictorias, en realidad no lo son. El *rebus sic stantibus* es una excepción al *pacta sunt servanda*. Cuando el primero se pacta, por ejemplo, mediante una cláusula de renegociación, la posibilidad del cambio en las provisiones se convierte en una obligación contractual protegida por el segundo principio.

1.2.2. Elección del derecho aplicable

La autonomía de la voluntad de las partes es un principio fundamental con respecto al derecho aplicable. Este principio es conocido y aceptado universalmente.²¹

¹⁹ Ídem, p.3

²⁰ Corte Internacional de Justicia, Caso concerniente del proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria v. Eslovaquia), Resolución del 25 de septiembre de 1997. p. 65

Corte Internacional de Justicia, Caso de la jurisdicción de pescaderías (República Federal Alemana v. Islandia), Resolución del 2 de febrero de 1973.

²¹ Cfr. Wolfgang Peter, Arbitration and Renegotiation, Ob. Cit., p. 131

Diversos tratadistas han estudiado el principio y han concluido que en todos los sistemas legales, nacionales o internacionales, se reconoce la voluntad de las partes como fundamental en el derecho contractual:

“(...) a pesar de las diferencias, los países que utilizan los sistemas common law, civilista o socialista, han sido afectados igualmente por el movimiento hacia la regla que permite a las partes elegir la propia ley que gobierne su relación contractual”²²

Basándose en el principio antes mencionado, las partes están facultadas para elegir la legislación aplicable a su relación contractual. Además, como se mencionó, es precisamente esta legislación pactada la que regirá todo el contrato. Para la elección de la ley aplicable a su contrato, las partes deben tomar en cuenta varias variables. Es necesario saber qué se busca para poder elegir una ley que nos lo permita.

Legislaciones Potenciales de ser Aplicables

Una legislación que regule un contrato debe ser aquella que regule todo el proceso de inversión. El tratamiento, la liquidación, los pagos, así como conflictos específicos como expropiación o resolución de controversias. Ciertas legislaciones domésticas dan tratamientos diferentes a la inversión. Algunos países lo regulan mediante leyes específicas y algunos otros lo regulan de manera general. Las diferencias entre los países se deben a diversas variables, sistema político, nivel de desarrollo, objetivos para atracción de inversiones, etc.²³

²² Cfr. Julian Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration Dobbs Ferry, Nueva York, 1978, p. 75

²³ Cfr. Wolfgang Peter, Arbitration and Renegotiation, Ob. Cit., p. 26

Para la elección de una legislación nacional, se debe poner particular importancia en pactar una que asegure un trato nacional para el inversor. Existen algunas legislaciones que ofrecen mayores beneficios para los inversores extranjeros. Sin embargo, también hay otros países que imponen más cargas. Además, es pertinente reconocer las actividades que pueden estar sujetas a tal inversión.

Existe una política de Estados huésped de imponer su ley local a los contratos firmados por ellos. La legislación nacional será aplicable cuando así lo pacten las partes expresamente. Sin embargo, también será aplicable cuando se pacte una cláusula sometiendo el contrato al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (ICSID por sus siglas en inglés). El artículo 42 (1) de dicho Convenio establece que en caso de no existir cláusula de elección de legislación, será la doméstica del Estado huésped la que aplique.

Sin embargo, como se ha sostenido, la elección de una legislación nacional deja vulnerable el contrato de inversión dado el poder del Estado huésped para cambiar sus leyes. Dado que la legislación doméstica no protege al inversor de cambios legislativos, el único remedio que puede buscar es la protección diplomática de su Estado. Así, es importante, como se determinó en el Capítulo 1, la determinación de la nacionalidad del inversor extranjero.

El hecho de que un Estado o una entidad estatal sea una de las partes de un contrato puede suponer que su posición es más favorable. Esto se da ya que ostenta los poderes legislativo y judicial. Sin embargo, el inversor tiene medios para asegurar, dentro del mismo contrato, el trato igualitario de las partes. Así, se han elaborado ciertas

cláusulas contractuales que pretenden proteger los intereses de los inversores extranjeros ante injerencias arbitrarias e injustificadas.²⁴

Las cláusulas de elección de derecho aplicable, pueden referirse a un derecho sistema de legislación supranacional, como el derecho comercial internacional, los principios generales de la ley o incluso al derecho internacional. Así, se sitúa el contrato en una jurisdicción que trasciende la legislación del Estado huésped. Mediante la elección de una legislación aplicable diferente a la nacional del Estado, el inversor sitúa el contrato en un espacio imparcial y asegura un trato equitativo.

El derecho internacional, es usualmente contemplado como derecho aplicable en las relaciones entre Estados y no para relaciones entre Estados y compañías privadas extranjeras. Sin embargo, ciertos conceptos de derecho internacional son aplicables a las inversiones internacionales y a convenios entre gobiernos y compañías privadas.

Un ejemplo es el concepto de *lex mercatoria* o leyes transnacionales.²⁵ Esta legislación particular utiliza fuentes como los principios generales de derecho, las prácticas comerciales internacionales y las provisiones de diversos contratos²⁶. Sin embargo, la elección de la *lex mercatoria* como la legislación aplicable no libera al inversor de todos los conflictos. La falta de reconocimiento, definición e interpretación clara de estas reglas exponen a las partes a un mayor grado de incertidumbre

Ahora bien, al analizar el derecho internacional como base para el estudio de la renegociación, es necesario contemplar las fuentes del derecho internacional. Se deben

²⁴ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Contratos de Estado, Naciones Unidas., Nueva York, Ginebra, 2004.

²⁵ Jessup define el derecho transnacional como “todo aquel que incluye leyes que regulan acciones o eventos que trascienden las fronteras nacionales. El derecho internacional público y privado están incluidos así como algunas reglas que no entran en esas categorías estándar.” Citado por Peter, p. 151

²⁶ Cfr. Wolfgang Peter, Arbitration and Renegotiation, Ob. Cit., p. 152

analizar los principios generalmente reconocidos, tratados generales y convenciones multilaterales, tratados bilaterales, prácticas generalizadas de los Estados, opiniones emitidas en laudos arbitrales y la doctrina internacional particularmente basada en contratos de inversión así como la costumbre internacional.²⁷

En la práctica internacional, los Estados que pretenden promover la inversión extranjera, lo hacen mediante la suscripción de diversas convenciones que regulan dichas inversiones. Con esto, los Estados aseguran un nivel mínimo de trato a los inversores. Dos convenciones son importantes en este tema: el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convención de Washington) y la Convención para el Establecimiento de la Agencia para Garantizar las Inversiones Multilaterales (MIGA por sus siglas en inglés). Estas convenciones pretenden mejorar el tratamiento de las inversiones y regulan los posibles métodos de solución de controversias.

Además de las reglas multilaterales, existen reglas particulares y bilaterales que firman diversos Estados. Los APPRI proveen de un marco legal internacional para los contratos de inversión. Un APPRI generalmente enuncia una noción general de inversión, estipula los derechos y obligaciones de ambas partes, regula la expropiación, la repatriación de ganancias y la resolución de disputas.

Si no se pacta expresamente legislación aplicable en el contrato, son precisamente estos acuerdos los que resuelven el conflicto. En diversos APPRI se estipula el derecho aplicable a las inversiones entre los países que suscribieron dichos

²⁷ Cfr. Kolo, Walde, “Renegotiation and Contract adaptation”, Op. Cit. p. 1

acuerdos. Por ejemplo, el APPRI firmado entre México y Alemania²⁸ establece lo siguiente:

“Artículo 18

Derecho Aplicable

Un tribunal establecido conforme a esta Sección decidirá la controversia de conformidad con este Acuerdo, y con las reglas y principios aplicables del Derecho Internacional.”

En diversas convenciones se estipula que el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.²⁹ Para esto, cada convención establece sus reglas para la determinación de los vínculos, así como la propuesta para el estudio del contrato completo para la correcta determinación del derecho aplicable. Asimismo, en la práctica arbitral, los tribunales han decidido en la mayoría de las veces que la legislación del Estado huésped de la inversión será el aplicable. Por ello, si no se quiere la aplicación de esa legislación es necesario pactarla expresamente.

1.2.3 La renegociación en el Derecho

Si bien la legislación aplicable al contrato es la que en principio determina los alcances de la renegociación, también es cierto que ninguna legislación regula específicamente este concepto. A nivel del derecho internacional (o incluso a nivel de las legislaciones nacionales) no existe precisión en cuanto a los términos o características esenciales necesarias para la adaptación. Por ello, es por medio de las prácticas internacionales en materia contractual que los interesados han comenzado a regular y crear mecanismos para la resolución de conflictos que surjan en sus negocios.

²⁸ Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, firmado en la Ciudad de México, 25 de agosto de 1998.

²⁹ Artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales y artículo 4 del Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales.

La práctica contractual internacional se ha desarrollado considerablemente para abocarse a la renegociación y adaptación de los contratos. Si bien estas prácticas no son un indicativo de las legislaciones nacionales, reflejan la cultura de la comunidad internacional y su necesidad de balancear las pérdidas y ganancias dentro de un negocio. Una solución que la comunidad internacional encontró fue la especialización de la práctica de redacción contractual. Mediante ésta, se puede asegurar la inclusión de cláusulas que cubran aspectos que la legislación pactada no contempla como la adaptación contractual.

Por otra parte, las instituciones internacionales de comercio y diversas asociaciones también reconocieron la necesidad de una regulación de diversos procedimientos para la adaptación contractual. Así, para solucionar el problema, crearon reglas especiales que otorgarían procedimientos y lineamientos generales para la renegociación. Estas legislaciones multilaterales intentan crear una práctica homogénea.

Ejemplos de estos lineamientos institucionales son las creadas por el Centro para la Resolución de Disputas en Materia de Inversiones del Banco Mundial, las Reglas para la Adaptación de Contratos de la Cámara Internacional de Comercio, las Reglas de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI) o las Reglas del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

En cuanto a los tratados bilaterales entre estados, los inversionistas también pueden encontrar en éstos una fuente de derecho aplicable. Los APPRI's anteriormente mencionados otorgan reglas para un marco de trabajo de las inversiones. Aquí se estipulan derechos y obligaciones de ambas partes, regula la expropiación, repatriación

y solución de controversias y se podría, en su caso, pactar la posibilidad de renegociación en éstos.³⁰

1.3 Vulnerabilidad de los contratos

Como se comentó anteriormente, los contratos internacionales de inversión tienen ciertas características distintivas en comparación con otros contratos comerciales internacionales.³¹ Una característica de todos estos contratos es que son particularmente vulnerables a los disturbios en la balanza comercial, sobre todo, las características económicas accedidas por las partes para el transcurso del contrato. Esta vulnerabilidad se presenta dada la naturaleza de larga duración de los contratos. Ésta los hace particularmente susceptibles a riesgos geológicos, comerciales y políticos que no son previsibles al momento de las negociaciones.

Asimismo, es importante recalcar que la noción de inversión implica que el inversionista deba hacer contribuciones de capital en el proyecto ya sea mediante financiamiento directo y otras formas de financiamiento. En este sentido, en un contrato de inversión las partes no intercambian bienes o servicios sino que inician una relación de negocios basada en la contribución económica.³² El éxito del contrato depende del éxito de la inversión y viceversa.

1.3.1 Factores de riesgo contractual

³⁰ Cfr. Klaus Peter Berger, “Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36 (2003) pp. 1348-1349

³¹ Como contratos de compraventa de bienes o servicios, construcción etc.

³² Cfr. Wolfgang Peter, Arbitration and Renegotiation, Ob. Cit., p. 17

Para el correcto funcionamiento de estos contratos, el inversionista realiza gastos especiales³³ (ej. exploración) al inicio de la transacción. Para poder recuperar su inversión inicial, depende del total cumplimiento del contrato por el periodo de tiempo estipulado y con las circunstancias inicialmente negociadas. Sin embargo, diversos cambios se pueden presentar durante la duración del contrato que provocan que una parte busque un cambio contractual. Por ejemplo, cambios en la geología del lugar sujeto al contrato suelen romper con las circunstancias iniciales pactadas.

Si un inversionista no hubiese encontrado un ambiente geológico propicio, buscaría una manera de modificar las características iniciales del contrato para no generar más pérdidas. Sin embargo, también se puede dar el caso contrario, se pueden descubrir más minerales o depósitos de petróleo, o descubrir tecnología novedosa que reduciría los costos de los inversionistas. En estas circunstancias, el Estado huésped buscaría un método para obtener más beneficios del negocio que rápidamente se convirtió en más productivo.

Cuando los inversionistas han incurrido en grandes costos hundidos y los beneficios que se obtendrían serían más de los esperados, el gobierno utiliza el dilema del prisionero del inversionista para forzar cambios.³⁴ Estos cambios negativos se presentan por medio de arreglos o modificaciones a las leyes relevantes, aumentos en los impuestos o una renegociación forzada. El Estado obliga a una renegociación de las prestaciones iniciales del contrato para permanecer en el negocio. El inversionista no puede darse el lujo de salirse del contrato dados los grandes costos hundidos y prefiere renegociar.

³³ Costos hundidos o costos irre recuperables que se comprometen al principio de la negociación y no pueden recuperarse.

³⁴Cfr. Berger, "Renegotiation", pp. 1348-1349

Los cambios de regulación producidos por el Estado, en vista de la productividad del negocio o por otra causa, también son un factor de riesgo al que se tienen que enfrentar los inversionistas. Éstos prefieren demandar la renegociación para evitar verse sujetos a regulaciones altamente desfavorables. Las compañías se convierten en “víctimas de cambios en el mercado” causados por la intervención del gobierno que no era previsible.³⁵

Otro factor riesgoso proveniente de la característica de larga duración de estos contratos es el ambiental. Presiones de ambientalistas pueden forzar la cancelación o suspensión de un proyecto que se percibe como dañino para el ambiente. Asimismo, adaptar un proyecto ya existente a los nuevos estándares ambientales, nacionales o internacionales, añade costos no previstos.

Finalmente, un cambio de gobierno (especialmente por medios no democráticos) pone presión en la relación contractual. Diversas fuerzas políticas pueden poner presión sobre el cumplimiento de algunos contratos, especialmente en los que se refieren a los recursos naturales. En ocasiones, la protección de ciertos recursos puede convertirse en tema político y de políticas públicas que pueden perjudicar la continuación del negocio. Por otro lado, el cambio de gobierno también puede significar cambios en la asignación del presupuesto, lo que también puede afectar la relación.

Los eventos riesgosos antes descritos pueden producir que el objeto del contrato no pueda ser llevado a la práctica. Asimismo, desde una perspectiva financiera o económica el contrato puede no resultar viable para una de las partes. Lo anterior puede derivar en una terminación del contrato como acuerdo de ambas partes o en el incumplimiento unilateral de la parte más afectada.

1.3.2 Justificación de la renegociación

³⁵ Cfr. Asante, “Stability of Contractual relations”, Op. Cit. p. 12

El completo incumplimiento o terminación del contrato podría destruir cualquier relación de negocios que pudiera seguir entre las partes. Además, en caso de terminación o incumplimiento, la reputación de las partes podría verse perjudicada. Tanto el inversionista como el Estado huésped prefieren mantener la relación contractual y el negocio para no perjudicar su reputación de “buenos para hacer negocios” en la comunidad de los negocios internacionales.³⁶

Un fracaso en un proyecto de inversión es perjudicial a la buena fe y reputación de las partes. Un gobierno puede experimentar una disminución en sus ofertas de inversión y el riesgo político aumenta. Una compañía puede ser criticada por la industria y la prensa financiera y la confianza en la capacidad de administración disminuye, esto produce un impacto negativo en su habilidad para obtener capital y disminuye el precio de sus acciones.³⁷

Algunos eventos vuelven inviable el proyecto política, financiera o técnicamente y, no obstante, las partes desean continuar con la relación. Si tales eventos no fueron contemplados durante las negociaciones originales, ambas partes tienen más interés en renegociar. El interés de continuar con la relación puede darse por beneficios intrínsecos al propio proyecto o para salvaguardar la reputación del gobierno y de la compañía.

Cuando en la relación contractual se presenta un cambio en las circunstancias económicas del contrato, alguna de las partes buscará mecanismos para modificarlo. La renegociación se convierte entonces, para ambas partes, en un medio para mantener la relación contractual y de negocios mediante la adaptación del documento contractual.

³⁶ Cfr. Kolo, Walde, “Renegotiation and Contract adaptation”, Ob. Cit., p. 1

³⁷ Idem.

CAPITULO 2

RENEGOCIACIÓN Y CLÁUSULAS DE ADAPTACIÓN

2.1 Obligaciones de las partes para renegociar.

Como se analizó en el capítulo anterior, un cambio contractual depende en gran medida de la legislación aplicable al contrato. Ésta, determinará si una parte tiene el derecho a pedir un cambio contractual y en qué medida. El determinar las obligaciones contractuales de las partes en el proceso de un cambio contractual es esencial para la eficacia del mismo. Estas obligaciones se pueden interpretar de las cláusulas redactadas por las partes siguiendo el principio de libertad contractual. Asimismo, se pueden obtener de las reglas procesales creadas por las instituciones internacionales de comercio.

Si en el contrato se pacta una cláusula para establecer un cambio contractual, se tienen diversas obligaciones generales. Primera, a pesar de sus reglas poco específicas, simplemente al pactar una cláusula que reconozca el cambio contractual, las partes están legalmente obligadas a cooperar en el procedimiento de cambio de manera eficiente.

Segunda, la función de las cláusulas es limitada a adaptar el contrato a las circunstancias que cambiaron. Esto quiere decir que no se justifica el cambiar todo el contrato a menos que esto este claramente expresado en la cláusula. Tercero, en estos procedimientos por consenso es importante recalcar la prohibición de causar daños y aprovecharse de la debilidad de una de las partes para obtener un beneficio en contra del detrimento de la contraparte.

Estas obligaciones generales no son más que puntos de partida para determinar lo que es requerido por las partes en cada caso particular. Después será necesario

analizar la cláusula, la naturaleza del contrato, los efectos de las provisiones especiales y lo acordado por las partes sobre los alcances de la misma cláusula de renegociación.

2.1.1 Cláusulas contractuales

Para más especificidad hay que distinguir diversos tipos de cláusulas que, de acuerdo a su contenido, obligan a las partes a diferentes prestaciones. Por un lado, las cláusulas de estabilización refuerzan el principio *pacta sunt servanda* de la santidad de los contratos. Por otro, un grupo de cláusulas, basadas en el principio *rebus sic stantibus* permite cambios en los contratos. El poder de las partes para cambiar un contrato proviene de la legislación aplicable a ese contrato, sin embargo, los sistemas legales no ofrecen reglas claras para los cambios.

La terminología que se utiliza para los cambios contractuales se redacta en forma de cláusulas. Éstas pueden estipular revisión, renegociación, adaptación, ajuste, reestructuración, re-agendación o variación. Sin embargo, los términos antes mencionados se pueden agrupar en tres categorías. Todas ellas se conocen como cláusulas de renegociación pero tienen efectos diferentes:³⁸

- a) Cláusulas de adaptación, permiten cambios contractuales que sigan patrones predeterminados o automáticos. En general estas cláusulas se diseñan para subsanar lagunas contractuales. En caso de que alguna de las partes encontrase alguna omisión en la redacción del contrato, puede invocar la cláusula para que ésta quede subsanada.
- b) Cláusulas de fuerza mayor, producen un cambio radical ya que pretenden terminar o suspender la relación contractual.
- c) Cláusulas de renegociación, requieren de un esfuerzo de las partes para convenir en un cambio substancial en el contrato. Conceden la posibilidad de que ocurra

³⁸ Cfr . Wolfgang Peter, Arbitration and Renegotiation, Ob. Cit., p. 231

un cambio en las circunstancias económicas en la relación contractual. Éstas pueden o no conducir a una adaptación posterior del contrato.

Las cláusulas de cambio contractual no deben resultar en una ventaja comercial para una de las partes, sino funcionar para mantener o restaurar el equilibrio comercial para que se adapte a las nuevas circunstancias. Estas reglas generales funcionan para mantener la relación contractual de manera equitativa respetando los principios de buena fe y equilibrio contractual.

2.1.2 Obligación para negociar y obligación para acordar

Si se llega a las negociaciones y éstas fallan o no se progresa, la relación contractual puede colapsarse. La cuestión legal a la que se llega es determinar si las partes están obligadas a alcanzar un acuerdo. De nuevo nos encontramos con la importancia de determinar el tipo de cláusula de la que se trata así como de la redacción de la misma.

Al tomar en cuenta la naturaleza de los contratos internacionales de inversión, es claro que muchas de las provisiones no están claras al iniciar el negocio. Por ello, la mayoría de las cláusulas permanece de forma abierta ya que debe prever, en su redacción, varias opciones de consenso para el futuro. El éxito del cambio contractual depende de varias circunstancias no previsibles como la fuerza de las partes dentro de las negociaciones, sus circunstancias comerciales, así como su estrategia y opciones.

De acuerdo con opiniones internacionales, las cláusulas generales como las de adaptación, renegociación o de fuerza mayor sólo contienen una obligación de las partes para realizar su mejor esfuerzo para alcanzar un acuerdo. Estas cláusulas no obligan a

las partes a llegar a un acuerdo. Esto ha sido determinado en las adaptaciones de los convenios de producción compartida relacionado con los convenios internacionales³⁹.

Ya que estas cláusulas no obligan a las partes a llegar a un acuerdo, tampoco establecen responsabilidad alguna de las partes por el fracaso del proceso de renegociación. En legislación internacional, el UNIDROIT establece que ciertas cláusulas sólo obligan a esforzarse para alcanzar el acuerdo. La obligación de negociar basados en una cláusula llega a cumplirse aun cuando las partes no lleguen a un acuerdo.

La obligación de negociar, sin importar que se llegue o no a un acuerdo, también incorpora otra provisión. Las partes deben negociar dentro de un plazo determinado y de buena fe. Si las partes retrasan el acuerdo “sin causa justificada” se considera incumplimiento de contrato.⁴⁰ El negociar de buena fe significa el buscar sinceramente todas las posibilidades para llegar al acuerdo.

No obstante lo anterior, si una parte se rehúsa a comenzar el proceso de renegociación, lo retrasa o lo lleva de mala fe, estará incumpliendo el contrato. Esta violación a la obligación contractual deberá ser sancionada. Para esto, las partes se remiten a su capítulo de sanciones en caso de incumplimiento que hubiesen pactado. Se puede además, recurrir a un litigio o a un arbitraje en los que se deberá evaluar el incumplimiento y la renegociación que las partes debieron haber acordado bajo las reglas de la cláusula.

2.2 Cambio contractual sin cláusula de renegociación.

³⁹ Ver caso Kuwait v Amp. INDAP. Oil Company, citado por Wolfgang Peter, Arbitration and Renegotiation, Ob. Cit., p. 240

⁴⁰ Cfr. Wolfgang Peter, Arbitration and Renegotiation, Op. Cit. p. 247

Si las partes no han incluido un mecanismo especial para afrontar un cambio en el equilibrio comercial del contrato, una renegociación o ajuste del contrato con respecto a las nuevas circunstancias se puede considerar sólo cuando la ley aplicable provee de un punto de partida apropiado.⁴¹ El derecho comercial internacional reconoce dos conceptos que ayudan en casos especiales de cambios en las circunstancias que rodean a los contratos internacionales: La fuerza mayor y la excesiva onerosidad.

2.2.1 Fuerza mayor y excesiva onerosidad

Cuando no existe una cláusula de renegociación expresa, los inversionistas generalmente se basan en la cláusula de fuerza mayor incluida en el contrato. Cada contrato puede estipular su propia definición, sin embargo, existe una idea general acerca del tema. Estas cláusulas, en el sentido tradicional, se refieren a un evento no previsible e inevitable que no permite la continuación del contrato.⁴² Por ejemplo, un evento de fuerza mayor es definido en el artículo 24 del contrato de concesión entre Bougainville Copper Party Ltd y la Administración de Papua y Nueva Guinea:

“Actos de Dios, fuerza mayor, inundaciones, tormentas, tsunamis, terremotos u otros problemas sísmicos, incendios, actos de guerra (ya sea declarada o no declarada) revoluciones, actos de enemigos públicos, motines, conmociones civiles, huelgas, falta de recursos laborales, falla para asegurar trabajadores, mora de los trabajadores.”

Las cláusulas de fuerza mayor usualmente proveen a las partes de una extensión a la actividad contractual por un periodo de tiempo y la posible cancelación del contrato. Sirve como precaución contra los riesgos económicos, políticos y sociales que

⁴¹ Cfr. Berger, “Renegotiation”, Op. Cit. p. 1350

⁴²Cfr. Wolfgang Peter, Arbitration and Renegotiation, Ob. Cit.p. 235

no pueden preverse al momento de la negociación del contrato, pero sin el propósito de asegurar o re-establecer el equilibrio comercial del contrato.

Una cláusula de fuerza mayor, *stricto sensu*, termina una relación contractual ya que su objetivo no es re-establecer el equilibrio comercial del contrato. Sin embargo, estas cláusulas también pueden contener una obligación de las partes para negociar y buscar maneras de sobrevivir la situación que resultó de la intervención de los “actos de Dios”. Esto generalmente sucede en contratos en los que una cancelación resultaría demasiado costosa dada la complejidad y las obligaciones financieras de las partes.

Las cláusulas de fuerza mayor tienen efectos muy similares a las de excesiva onerosidad. Éstas, se utilizan en situaciones en las que el contrato se vuelve imposible de cumplir en un sentido económico y financiero, es decir, costoso. Los principios de los contratos comerciales internacionales UNIDROIT definen el Hardship y sus consecuencias legales de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 6.2.2

Hay “excesiva onerosidad” (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;

(b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;

(c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y

(d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.”

Este concepto tiene como objetivo directo el mantener el equilibrio comercial del contrato en el que una carga hacia una de las partes ha alcanzado el límite establecido por los principios. Como consecuencia legal, las partes están obligadas a renegociar su relación contractual.⁴³ El concepto de la excesiva onerosidad mantiene la misma idea incorporada en las cláusulas de renegociación: hacer las obligaciones contractuales más flexibles en vista de las alteraciones del equilibrio comercial.

Aunque tanto el concepto de excesiva onerosidad y el de fuerza mayor pueden, en teoría, otorgar un punto de partida para la renegociación del contrato en caso de cambio en las circunstancias, esto no sucede en la realidad.⁴⁴ Cuando un Estado huésped advierte una circunstancia de fuerza mayor o de excesiva onerosidad que él mismo produjo (por ejemplo, mediante un cambio en la legislación) no puede basarse en estas cláusulas.

Aun cuando el contrato no se haya firmado con el Estado sino con alguna agencia o corporación gubernamental, (como la mayoría de los contratos de esta naturaleza) se niega el derecho a acogerse a éstas cláusulas ya que son considerados como un componente integral del estado, el cual es responsable del cambio en las circunstancias.⁴⁵

Por otra parte, si el inversor advierte una excesiva onerosidad o fuerza mayor, ocasionada por él, también tendrá problemas para lograr una renegociación del contrato. Asimismo, aun cuando se pueda acceder a una renegociación, sería necesario

⁴³ Artículo 6.2.3 de los Principios UNIDROIT

⁴⁴ Berger, “Renegotiation”, Op. Cit. pp. 1352-1355

⁴⁵ Ídem

agregar otra cláusula que marque un procedimiento para la resolución de los conflictos que se presenten para definir estos dos conceptos.

Ahora bien, si las partes decidieran resolver el conflicto mediante el arbitraje, la aplicabilidad de estas cláusulas dependerá en gran medida del criterio mismo del tribunal arbitral. El conflicto se presenta ya que estas cláusulas son reglas generales que sólo proveen de lineamientos, el trabajo del tribunal se extendería a determinar todas las reglas particulares aplicables al caso. Las cláusulas se limitan a identificar en qué momento es imposible seguir con el negocio, pero no aclara en qué medida se puede llevar a cabo una renegociación, ni bajo que procedimientos.

La posibilidad de una renegociación basándose sólo en estas cláusulas resulta incierta ya que como se explicó, su finalidad no es renegociar. Las cláusulas de fuerza mayor pretenden dar lineamientos para terminar el contrato mientras que la cláusula de hardship propone penas convencionales en caso de no lograr un acuerdo y que el contrato se quede como se pactó o que se termine. Por otro lado, en caso de querer una renegociación, se debería acudir ante algún tercero. Sin embargo, los árbitros internacionales, en su mayoría, son renuentes a variar los contratos que no tienen una base jurídica más específica.⁴⁶

Para ejemplificar el pensamiento de los tribunales arbitrales con respecto a ordenar una renegociación sólo con base en estas cláusulas se observa el siguiente laudo:

“No corresponde al Tribunal Arbitral el cuestionar los motivos o juicios de las partes, sino proclamar sus derechos y

⁴⁶ Laudo arbitral del ICC, No. 1512 (1971), Yearbook of Commercial Arbitrations, 1976, p.129; Laudo arbitral del ICC, No. 2788 (1976), Clunet, 1977, p. 943; Laudo arbitral del ICC, No. 2216 (1974), Clunet, 1975, p. 917; Laudo arbitral del ICC, No. 2404 (1975), Clunet 1976, p. 995.

obligaciones en vista de sus actos y omisiones legalmente significativos (...) El ir más allá de este rol sería traicionar las expectativas legítimas reflejadas por las partes en su acuerdo para el arbitraje así como cuestionar la utilidad internacional del mecanismo arbitral.

Los árbitros no pueden usurpar el rol de los oficiales de gobierno o de los líderes de negocios. No tienen autoridad política ni derecho a suponer o imponer su punto de vista personal de lo que pudiese ser apropiado para una solución (...). El objetivo del Tribunal Arbitral debe ser el proclamar el derecho y las obligaciones de las partes sobre los acuerdos contractuales particulares de los cuales deriva su autoridad”⁴⁷

Por lo anterior se concluye que la simple inclusión de una cláusula de fuerza mayor o excesiva onerosidad no garantiza la renegociación en los contratos. Por lo anterior, se requiere de cláusulas que otorguen más especificidad al procedimiento de renegociación. Aun cuando existen ciertas cláusulas llamadas de fuerza mayor en las que incluyen provisiones y procedimientos para la renegociación, éstas en realidad son cláusulas de renegociación.⁴⁸

2.2.2 Adaptación

Este tipo de cláusulas abarca provisiones tales como la especificidad, valuación, variación, escalamiento de precios, y el saneamiento de lagunas contractuales. El cambio contractual que resulta es automático y sigue reglas predeterminadas o subsana vacíos. Sin embargo, no existe un cambio substancial o un alejamiento considerable del

⁴⁷ Laudo del UNCITRAL No. 1,361, (1999), Yearbook of Commercial Arbitration, 2000, p. 13

⁴⁸ Cfr. Wolfgang Peter, Arbitration and Renegotiation, Ob. Cit., 238

contrato original.⁴⁹ La inclusión de estas cláusulas dentro del contrato produce una “flexibilidad pactada”.

En el derecho comercial internacional son reconocidas como apropiadas para ser usadas mediante la intervención de un tercero que emita una decisión vinculante. Para las cuestiones más substanciales, las partes prefieren no delegarle tanto poder al tercero. Sobre todo, porque no otorgan lineamientos directos de cómo llevar a cabo una renegociación. Además, la intervención del tercero para cuestiones más allá de la competencia otorgada por las partes implica el problema del reconocimiento y enforzabilidad del laudo. La extensión del poder del tribunal para adaptar y re-escribir el contrato esta limitada a lo que las partes pacten en la cláusula.

Las reglas de adaptación de la Cámara Internacional de Comercio (ICC) establecen en la práctica contractual la naturaleza de estas cláusulas. Estas reglas se concentran en las imprecisiones contractuales y dejan a las partes los cambios sustantivos del contrato. La adaptación se entiende como un proceso de calificación y precisión más que como uno de nueva redacción a las estipulaciones contractuales originales.

En cuanto al rol de los tribunales arbitrales para decidir sobre estas cláusulas, las reglas del ICC determinan que los laudos se toman como simples recomendaciones y no como opiniones vinculantes. Las reglas del UNCITRAL, siguiendo la lógica del ICC, propone la conciliación como método de solución en caso de controversias con estas cláusulas ya que los laudos arbitrales carecerían de enforzabilidad.⁵⁰

2.3 Cambio contractual con cláusula de renegociación

⁴⁹ Ibid 232

⁵⁰ Cfr. Wolfgang Peter, Arbitration and Renegotiation, Ob. Cit.. 233

En un esfuerzo para equilibrar las demandas contradictorias entre estabilidad y flexibilidad contractual en convenios de larga duración se establecieron diversas cláusulas que obligan a las partes a renegociar. Éstas, a diferencia de las cláusulas de fuerza mayor, adaptación o las de excesiva onerosidad, establecen términos específicos de existencia de cambios en circunstancias y eventos no previstos.

Este tipo de cláusulas estipula que en caso de que se presenten ciertos eventos, las partes estarán obligadas a negociar una solución. Sin embargo, en caso de fallar, se deberá referir el problema ante un tercero que propondrá o decidirá una solución⁵¹. Para el correcto funcionamiento de estas cláusulas es necesario analizar sus implicaciones y determinar cuál es la mejor redacción que aseguraría el éxito de la renegociación.

Ahora bien, la creación de las cláusulas de renegociación se da por la falta de alternativas para las inversiones. Por ello, es importante analizar otro tipo de cláusulas específicas que se pueden pactar dentro del contrato pero cuyo uso no cumplía con las expectativas. Antes que se diera la práctica de la inclusión de cláusulas de renegociación, las de estabilización, que promueven la certeza y no la flexibilidad eran las más utilizadas. No obstante, fue precisamente por las implicaciones prácticas de éstas que se debió buscar otra solución al problema de los cambios contractuales y por ende se llegó a la creación de las cláusulas de renegociación.

2.3.1 Diferencias con las cláusulas de estabilización

Estas cláusulas están diseñadas para proteger al inversionista “congelando” la situación legal del país anfitrión durante la duración del contrato. Así, la transacción se observa como concluida y definitiva al momento de la redacción del contrato. Los

⁵¹ Cfr W. Salacuse, “Renegotiating International Project Agreements” Fordham International Law Journal (2001) p. 1340

regímenes de obligaciones, derechos, imposiciones y beneficios no admiten variaciones o modificaciones durante la duración de la relación contractual.

Sin embargo, la estabilización tiene una interpretación contraria de las inversiones internacionales. Para esta doctrina, estos contratos no conllevan una relación de negocios que acepta los procesos de adaptación de los beneficios e imposiciones. El contrato, se reconoce como una negociación en la que uno gana y otro pierde.⁵²

La consecuencia legal de la implementación de estas cláusulas es que el Estado huésped no puede unilateralmente modificar o abrogar contratos en los que participen inversionistas extranjeros. Por otra parte, también se niega a los Estados la posibilidad de modificar la legislación aplicable al contrato. Así, los inversionistas quedan exentos de la inclusión de regímenes fiscales más gravosos o decretos expropiatorios.

La consecuencia práctica de la implementación de estas cláusulas es que excluye la renegociación en estos contratos. Estas consecuencias producen que el interés contractual del inversionista constituya un derecho adquirido que no puede ser invadido por el Estado aun con la promesa de compensación. Con la inclusión de estas cláusulas, el contrato se convierte en un sistema de derecho independiente y autónomo. Éste, regula todas las relaciones entre gobierno anfitrión e inversionista sin referencia a legislación nacional o internacional.

Las cláusulas de estabilización se dirigen particularmente en contra de:

- a) El aumento de impuestos más allá de las tarifas que operaban en el momento en que se estipuló el contrato.
- b) La imposición de cualquier régimen fiscal de los sectores comerciales o industriales que sea excesivo tomando en cuenta el régimen original.

⁵² Cfr. Asante, “Stability of Contractual relations”, Op. Cit. p. 404

- c) El cambio de legislación, mercantil o fiscal, que estaba en vigencia cuando se acordó el contrato.
- d) Expropiación, nacionalización y cualquier otra forma de intervención estatal en la empresa.⁵³

Si bien estas cláusulas pueden parecer beneficiosas para los inversionistas, los Estados huésped las encuentran demasiado gravosas. Además, en las prácticas comerciales se observa que los propios inversionistas las suelen encontrar demasiado rígidas. La naturaleza de larga duración de estos contratos produce que estas cláusulas sean imprácticas dado que no se adaptan a la realidad económica cambiante nacional e internacional. Las cláusulas de renegociación, por su parte, hacen el contrato más flexible asegurando que las provisiones del mismo sean respetadas. La renegociación debe, por consecuencia, ser parte integrante del proceso de inversión internacional.⁵⁴

2.3.2 Contenido de las cláusulas de renegociación

Las cláusulas de renegociación deben contener elementos esenciales para su correcto funcionamiento. Dado que las cláusulas demasiado generales ocasionan más problemas al momento de la renegociación, es necesario que se establezcan reglas básicas de sustancia y procedimiento. El resultado esperado es continuar con la relación contractual y no dar por terminado el contrato. La funcionalidad de una cláusula de renegociación depende de los prerequisites que contengan para iniciar un procedimiento consensual.

Se identifican cuatro grande rubros en los que hay que tener especial cuidado al momento de redactar una cláusula de renegociación. El primero de ellos se refiere a los eventos causales que son los que determinarán en qué momento se puede llevar a cabo

⁵³ Cfr. Asante, "Stability of Contratcual relations", Ob. Cit.p. 411

⁵⁴ Íbid, p. 413

una renegociación. Asimismo, es importante determinar el alcance ya que pone reglas claras de hasta donde pueden llegar las partes en su interés por renegociar. El procedimiento es otro rubro importante de destacar ya que establece la forma en la que se llevará a cabo la renegociación. Finalmente, es necesario definir las atribuciones de la tercera persona que deberá decidir en caso de que las partes fallen al llegar a un acuerdo.

El primer punto a tratar en las cláusulas es la determinación de los eventos que acarrearán la renegociación. Estos eventos no pueden ser descritos de manera detallada ya que son por naturaleza, complejos, imprevistos e influenciados por determinantes económicos naturalmente volátiles. Una opción con la que cuentan las partes es pactar, dentro de la cláusula de renegociación, una “cláusulas de revisión general”⁵⁵

Estas cláusulas de revisión general que incluyen eventos indeterminados sólo establecen una posibilidad para la renegociación que se queda muy abierta a la interpretación. Los contratos sujetos a este tipo de cláusulas abiertas a interpretación ocasionan temores a la inestabilidad y a conflictos frecuentes. Por ello, no es suficiente estipular que la renegociación se debe dar a consecuencia de tal o cual evento o cambio en ciertas circunstancias. Además, se debe aclarar que el cambio debe ser substancial, imprevisto e inevitable y que los eventos no quedaron bajo control de ninguna de las partes.⁵⁶

Otra opción que tienen las partes para determinar estos eventos, es establecer dichos cambios como accesorios a un evento principal que sí es claramente determinado en la cláusula. Esta opción se formaliza mediante las “cláusulas de riesgos especiales” y establecen eventos tales como incrementos de impuestos, cambios de precios en

⁵⁵ Cfr. Berger, “Renegotiation”, Op. Cit. p.1362

⁵⁶ Cfr. Wolfgang Peter, Arbitration and Renegotiation, Op. Cit. p. 242

materias primas, o cualquier otro riesgo específico. La ventaja de estas cláusulas es que determinan específicamente el momento en que comenzará la renegociación⁵⁷.

Finalmente, se puede definir un evento que acarreará una renegociación en términos de tiempo. Por ejemplo, siete años después de que el inversionista recupere el 40% de su inversión inicial o diez años después de la comercialización de la producción. Mediante este sistema, las partes aseguran determinado número de negociaciones sin la necesidad de esperar a que suceda un evento desafortunado. Sin embargo, puede resultar gravoso tener que renegociar aun cuando el negocio esté funcionando bien.

Es posible encontrar similitudes entre el concepto de la excesiva onerosidad y este tipo de cláusulas que determinar los eventos. Sin embargo, la diferencia radica en que cuando las partes establecen un evento, la renegociación se hace cierta e inevitable. La renegociación no es una solución de emergencia en caso de circunstancias excepcionales, sino un acto previamente pactado en el contrato derivado de un evento también previamente pactado.

Ahora bien, una vez determinados los eventos que acarrearán a una renegociación, es importante definir el alcance de la misma. Una cláusula de renegociación usualmente determina estándares para medir el alcance del cambio contractual. Ésta puede limitarse mediante restricciones apropiadas integradas en la cláusula. El cambio puede sólo incluir una materia particular, por ejemplo la materia fiscal. Asimismo, el límite se puede determinar en cuanto a estándares específicos, por ejemplo, el mantenimiento del equilibrio financiero. Incluso, se puede determinar mediante estándares subjetivos como la equidad o la justicia.

⁵⁷ Cfr. Berger, "Renegotiation", Op. Cit. p. 1362

Sin embargo, para una interpretación precisa de los estándares subjetivos se hace referencia a las metas del contrato así como a la intención de las partes. Así, la renegociación contractual se puede facilitar mediante la inclusión de ciertos criterios objetivos como “la restauración del equilibrio financiero de las partes” ya que la subjetividad hace de ciertos estándares difíciles de determinar. Así, ya sea mediante la fijación de áreas de aplicación o de estándares, es necesario determinar el alcance para saber hasta que medida las partes pueden obligarse a la renegociación.

El paso siguiente para las partes, es acordar un procedimiento mediante el cual se lleve a cabo la renegociación. Este punto se encarga de establecer lo que sucederá una vez que se actualicen los eventos causales basándose en el alcance. El objetivo es que se logre el cambio contractual, ya sea mediante la negociación o mediante la intervención de un tercero. Es necesario, por ello, establecer en la cláusula las obligaciones específicas de las partes. Así, se estipula la obligación de las partes para negociar, en un tiempo determinado y bajo el principio de buena fe contractual.

Finalmente, es necesario determinar la naturaleza de la persona que, en caso de que así se requiera, será la encargada de llevar a cabo la adaptación contractual en caso de que la negociación entre las partes falle. En este punto hay que tener especial cuidado ya que es necesario homologar la redacción total del contrato. Para que sea posible elegir a un tercero para que decida sobre el particular, se debe elegir una legislación aplicable al contrato que reconozca la jurisdicción de un tercero no judicial. Además, en caso de elegir arbitraje institucional, se debe poner atención sobre las definiciones de inversor e inversión para que puedan ejercer su jurisdicción.

Asimismo, dentro de este mismo apartado, se deberán determinar los alcances de las decisiones de los terceros. Así, se puede decidir si éstos pueden adaptar el contrato o simplemente determinar que alguien incumplió en su obligación de renegociar.

Igualmente, deberán establecer los criterios que se usarán para guiar a la tercera persona en el proceso de adaptación. Recordemos que los tribunales arbitrales suelen oponerse a adaptar un contrato si éste mismo no estipula reglas claras de procedimiento que puedan seguir.

2.3.3 Problemas y beneficios de las cláusulas de renegociación

Las cláusulas de renegociación no son la solución a todos los problemas contractuales, también experimentan dificultades y pueden acarrear a las partes a ciertos problemas⁵⁸. Uno de ellos es que estas cláusulas reducen, en cierta medida, la estabilidad contractual. Tanto las empresas como los Estados buscan certeza para emprender sus negocios de inversiones.⁵⁹ Sin embargo, estas cláusulas se crean bajo la idea que una total estabilidad es más perjudicial para el negocio.

No obstante, demasiada flexibilidad puede acarrear incertidumbre y problemas dentro de la relación contractual. Sólo en ciertas circunstancias se permite desviarse del objeto del contrato y estas circunstancias deben ser decididas por las partes durante la negociación del contrato original. Así, la renegociación del contrato queda como provisión contractual, la cual tiene que ser cumplida por las partes para no incurrir en incumplimiento.

Un segundo problema se presenta cuando la inclusión de las cláusulas ocasiona más costos de transacción. Cuando las partes deben enfrentarse a incertidumbre económica, no es claro cuáles serán los costos totales del contrato o para quién será más favorable. Por ello, los inversores se pueden abstener de entrar en un convenio de inversión o estipularlo de tal manera en la que pueda asegurar más certidumbre. Así, si

⁵⁸ Cfr. John Y. Gotanda, “Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts, Revisted”, Vanderbilt Journal of Trasnational Law, (2003)., p. 1463

⁵⁹ Cfr. Jeswald W. Salacuse, “Direct Foreing Investment and the Law in Developing Countries”, Foreing Investment Law Journal (2000) p. 387

un Estado obliga al inversor a pactar una cláusula de renegociación puede perder inversiones u obligarse a pagar más por el capital invertido.

Otro problema resulta cuando las partes no pueden llegar a un acuerdo en la renegociación y buscan a un tercero para que decida. El tercero puede negarse a ejercer su jurisdicción sobre el contrato. El problema sería primero determinar en qué medida se incumplió con el contrato ya que de no existir tal incumplimiento no se podría acudir a un tercero para la solución de la disputa. Sin embargo, como vimos anteriormente, este problema se puede solucionar mediante la correcta redacción de la cláusula, particularmente en lo referente al procedimiento y al tercero.

El cuarto problema que se plantea también se basa en anterior, ya que si las partes fallan en establecer las medidas en las que el tercero debe decidir, el conflicto puede nunca llegar a resolverse. Esto no sólo por la negativa del tercero para ejercer su jurisdicción, sino porque a falta de guía, el tercero puede cambiar todo el contrato original. El resultado puede ser contrario a lo esperado por ambas partes ya que sin un criterio definido el tercero tienen un camino libre de decisión e interpretación. Al igual que el problema anterior, una correcta redacción de la cláusula puede solucionar el problema ya que se establecerían claramente los alcances del actuar de los tribunales.

Por último, es importante destacar que los eventos que disparan la negociación no pueden estar bajo el control de una de las partes. Esto ocasiona que el proceso se use de manera injusta y que altere el convenio. El Estado huésped puede ser el causante de los cambios en las circunstancias y el aplicar la renegociación en estos casos puede ser perjudicial para el proceso de renegociación y para la relación de negocios.

Ahora bien, en cuanto a los beneficios, los más importantes se refieren al mantenimiento de la relación contractual. Las partes involucradas en este tipo de relaciones de negocios utilizan las cláusulas de renegociación como una forma legal

hacer el contrato más flexible y ser capaces de modificarlo en vez de verse forzados a terminarlo. Así, estas cláusulas reducen las posibilidades de disputas entre las partes que ocasionan la terminación de la relación contractual y la relación de negocios. Las cláusulas de renegociación son la manera legal de estabilizar la relación contractual entre las partes mediante la flexibilidad.⁶⁰

Sin embargo, las cláusulas son más aceptables y beneficiosas para los inversores si su rango es limitado a circunstancias no previsibles y que estén fuera del control de las partes. Asimismo, su funcionamiento y aplicabilidad incrementan si se complementa la inclusión de la cláusula de renegociación con una cláusula arbitral que permita que un tercero decida sobre el caso particular.

⁶⁰ Jeswald Salacuse, "Direct Foreign Investment" (2000) p. 389

CAPITULO 3

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN

3.1 La renegociación como disputa legal

Desde un punto de vista legal, la renegociación es un medio importante de cambio contractual. Comienza con la selección de legislación aplicable al contrato que determinará si las partes pueden pedir un cambio contractual y de ser así, la extensión del mismo. La legislación aplicable es la que determina la existencia de la obligación para renegociar y sus alcances. Este primer paso crea entre las partes la oportunidad de negociar el cambio contractual. El segundo paso, nace en el momento en el que las negociaciones entre las partes fallan y es necesario recurrir a un tercero.

Como se aclaró en el Capítulo 1, bajo la legislación internacional, este tipo de cláusulas no establece una obligación para llegar a un acuerdo y por consiguiente, no existe responsabilidad por incumplimiento de una obligación contractual. Lo que estas cláusulas determinan es una meta, el equilibrio comercial entre las obligaciones contractuales de las partes, y un procedimiento que será seguido por las partes para alcanzarla.

En un proceso de renegociación, entre las partes pueden llegar a surgir diferentes disputas. Sin embargo, no todas constituirán una que pueda ser resuelta por un tercero. La primera disputa nace cuando una de las partes incumple con sus obligaciones de llevar a cabo la negociación de buena fe. Como se estableció en el capítulo anterior, cuando las partes pactan la cláusula de renegociación, éstas no se obligan a llegar a un acuerdo. Sin embargo, las partes si están obligadas, bajo la cláusula, a negociar y a hacerlo de buena fe.

Si bajo las provisiones de la cláusula, una de las partes se niega a renegociar o comienza a realizar actos tendientes a impedir el proceso de negociación, ésta incurriría en un incumplimiento del contrato. La parte agraviada puede, entonces, acudir ante los tribunales para buscar remedio en contra de dicho incumplimiento. Así, dependerá de lo pactado en la cláusula y de los criterios de los tribunales para determinar la consecuencia jurídica de dicho incumplimiento. Incluso, dentro del mismo contrato las partes pactan las penas por incumplimiento, así, podrían pactar la pena por el incumplimiento a la obligación de renegociar.

Por otro lado, otra disputa que puede darse entre las partes ocurre cuando éstas no logran llegar a un acuerdo aun cuando ambas actuaron de buena fe. En este caso, las partes deciden recurrir a un tercero para que éste resuelva sobre la adaptación del contrato. Es necesario recordar que para que un tercero pueda adaptar el contrato, se deben haber pactado los procedimientos suficientes que provean una guía para la adaptación.

Así, en caso de que el procedimiento pactado para llegar a la meta de mantener el negocio falle, las partes pueden recurrir a un procedimiento alternativo para mantener la meta y con ella, la relación de negocios. Esto es, asegurar, primero, que las partes lleven a cabo una renegociación de buena fe. Después, si las partes fallan en llegar a un acuerdo entre ellas, recurrir a un tercero para que mediante un procedimiento alternativo llegue a una solución vinculante.

3.1.1 Alternativas para la solución de controversias

Los métodos de solución de controversias se deben de aclarar, negociar y pactar en la redacción inicial de los contratos para que el proceso de solución quede claro antes de que las disputas nazcan. De los procesos formales comúnmente elegidos entre las

partes encontramos el litigio y el arbitraje.⁶¹ Asimismo, muchos contratos utilizan la mediación antes de cualquier proceso formal. Incluso, la mediación es el método preferido por muchos inversionistas.⁶² Este apartado discute algunas consideraciones asociadas con las diversas formas de solución de controversias entre inversionista y Estado.

Corte Internacional de Justicia

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) puede resolver disputas entre inversionistas y Estados bajo ciertas provisiones. Si un Estado huésped viola el derecho internacional, el Estado cuya nacionalidad reclama el inversor puede llevar el caso ante la CIJ. Sin embargo, la acción sólo será válida si la queja del inversor es en contra del Estado o de oficiales del Estado, la mera conducta de un nacional privado no es suficiente. Asimismo, el Estado del inversor tiene poder discrecional para hacer parte al inversor de la queja, y en su caso, pagarle cualquier compensación que otorgue la CIJ. El litigio es entre Estados, las partes privadas quedan al margen de lo que pudiese resultar.

El artículo 36 del Estatuto de la Corte contiene el mandato principal de jurisdicción y provee, en parte, que la jurisdicción de la CIJ comprende todos los casos que los Estados le refieran. Asimismo, la jurisdicción incluye todos los asuntos en los que se provea en tratados y en la Carta de las Naciones Unidas. Los Estados pueden reconocer que la CIJ tiene jurisdicción obligatoria de base recíproca para la interpretación de un tratado o de una cuestión de derecho internacional. Así, la Corte llega a decidir si un hecho en particular puede llegar a constituir un incumplimiento a

⁶¹ Cfr. Folsom, Gordon, Spagnole, *International Business Transactions*, p. 337.

⁶² Ídem.

una obligación internacional. Además, deciden sobre el remedio apropiado para dicho incumplimiento.

Las decisiones de la CIJ pueden incluir provisiones para otorgar dinero por daños, una medida cautelar, y en caso de ser necesario, podría referir ciertos asuntos al Consejo de Seguridad para que se tome alguna acción apropiada. La CIJ usa las fuentes de derecho establecidas en el artículo 38 de su estatuto. En este mismo artículo la Corte reconoce su derecho de decidir *ex aequo bono*⁶³ si las partes así lo acuerdan.

Cortes Nacionales

Una disputa entre un inversor extranjero y un Estado Nacional puede calificar para ser adjudicada a una corte dentro del mismo Estado, o a una corte del Estado del inversor, o incluso dentro de la corte de un tercer Estado. La decisión sobre llevar una disputa a un tribunal nacional se debe tomar considerando la legislación del país que se pretende juzgue sobre el tema. Existen algunas cortes nacionales que no reconocen jurisdicción sobre disputas que surjan entre otros países.

Asimismo, hay que considerar que las cortes nacionales pueden operar de diversas maneras. El más alto tribunal de apelaciones, en algunos países, también es el ente político más importante. Asimismo, en ciertos países se crean tribunales especializados para resolver los conflictos que deriven de disputas comerciales internacionales. En otros, los mismos tribunales que pueden no tener experiencia en los temas de comercio internacional deberán ser los que juzguen.

Los juicios domésticos suelen ocasionar grandes gastos, tanto para los inversores como para los Estados. En cuestión de tiempo, un litigio puede tomar años en resolverse. Por otro lado, los costos del juicio pueden ser demasiados para un inversionista. Por ello, se recomienda que las partes sean expertas en el manejo de los

⁶³ De acuerdo con lo que es bueno y justo.

tribunales del país al que quieren recurrir para resolver su disputa. Finalmente, otro punto importante a considerar es el saber si el Estado del inversor o el Estado huésped de la inversión pueden, bajo su legislación nacional, reconocer una sentencia emitida en otro Estado.

Mediación o Conciliación

La mediación es un método no judicial en donde participa un tercero imparcial en la solución de una controversia.⁶⁴ El trabajo del tercero es esclarecer diversos puntos controvertidos y poner fin a la disputa mediante una opinión que carece en todo sentido de obligatoriedad para las partes. El mediador, además, participa como vía de comunicación entre las partes. El conciliador que interviene generalmente es un técnico en la materia y puede intervenir sólo o de manera colegiada.

La facultad del tercero imparcial nace del acuerdo de voluntades para las partes, el cual puede darse desde el momento de la contratación o con posterioridad a ella. Sin embargo, como ya se mencionó, es preferible que el método de solución de controversias quede pactado desde el momento inicial de la contratación. Así, se evita que la elección del método de solución se convierta en sí misma, en una disputa entre las partes.

La mediación es un método apropiado para disputas surgidas en grandes proyectos en donde varias partes y varios contratos están involucrados. Sin embargo, el tercero da sólo una opinión para decir quién es, a su parecer, el que incumplió. Por ello, en ocasiones es difícil que la parte perdedora acepte esa opinión y enfrente las consecuencias.⁶⁵ Así, se propone que el mejor método de solución de controversias en

⁶⁴ Carlos Rodríguez González-Valadez, México ante el arbitraje comercial internacional, Editorial Porrúa, México 1999, p.40

⁶⁵ *Ibíd.* 41

caso de renegociación sea uno cuya resolución sea vinculante, pero que al mismo tiempo ofrezca flexibilidad procedimental.

3.2 Renegociación en arbitraje

3.2.1 Arbitraje comercial internacional

El arbitraje es la manera más eficiente y a la que, con mayor frecuencia, las partes someten la resolución de sus controversias que se derivan de su actividad comercial. Este método se utiliza alternativamente para evitar someter las diferencias al conocimiento de los tribunales nacionales ya que éstos utilizan procedimientos complejos en los que las partes pierden tiempo y dinero. Asimismo, las cortes nacionales están sujetas a grandes cargas de trabajo que no les permiten atender con prontitud todos los casos. Además, los litigios comerciales internacionales requieren conocimientos altamente especializados de los cuales los jueces carecen.⁶⁶

La primera norma que rige al arbitraje es el principio de la voluntad de las partes. El acuerdo es un requisito de existencia para que pueda desarrollarse el arbitraje. Este acuerdo se plasma a manera de cláusula dentro de un contrato y se conoce como cláusula arbitral. Es en ésta en la que las partes establecen las reglas aplicables al arbitraje tanto en la parte sustantiva como en la procedimental.

El arbitraje comercial se puede regir en la parte sustancial por una gran variedad de normas. Entre éstas están: los propios acuerdos que dan origen al compromiso de someter la controversia a un procedimiento arbitral (cláusula arbitral), normas de derecho nacional, normas de derecho internacional, las creadas por la *lex mercatoria*,

⁶⁶ Cfr. Leonel Pereznieta Castro, Arbitraje Comercial Internacional, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2000, p. 7

entre otras.⁶⁷ Por otra parte, las reglas procedimentales se realizan tomando como base reglas establecidas por instituciones especializadas en el arbitraje.

El arbitraje es un procedimiento de solución de controversias entre comerciantes y se funda, como se mencionó, en la autonomía de la voluntad de las partes. El acuerdo arbitral vincula a las partes a someterse a las reglas elegidas por ellos. La decisión que provenga del tribunal arbitral será entonces vinculante para las partes. Sin embargo, si una de las partes no respeta el laudo y la responsabilidad que de éste se desprende, la otra parte puede recurrir a los tribunales domésticos para que ejecuten y obliguen a su cumplimiento.

Otro aspecto importante a considerar con respecto al arbitraje, particularmente en el arbitraje de los contratos de inversión, es la naturaleza de las partes que intervienen en el contrato. Los arbitrajes entre particulares generalmente no presentan mayores dificultades. Sin embargo, cuando un Estado se involucra en el procedimiento es necesario hacer ciertas aclaraciones. Esto, ya que el principal obstáculo que suele haber en estos arbitrajes es el privilegio de inmunidad por soberanía que invocan los Estados.

En la mayoría de los sistemas jurídicos, los Estados cuentan con diversos privilegios en relación con los reclamos jurídicos que se presentan en su contra. Estos privilegios van desde restricciones en las prestaciones que se pueden reclamar hasta llegar a la inmunidad absoluta. Los argumentos para defender estos privilegios se centran en la naturaleza del Estado como defensor del interés público así como en su soberanía.⁶⁸

⁶⁷ Cfr. Luis Enrique Gram. Tapia, El arbitraje comercial, Themis, 2000, p. 1

⁶⁸ *Ibíd.* P. 29

Esta problemática se presenta tanto en el rechazo al sometimiento arbitral o bien en la negativa de sus tribunales al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. El rechazo al sometimiento arbitral se puede presentar de forma expresa, invocando su soberanía, o de forma tácita, actuando en rebeldía al llamado del tribunal arbitral. Sin embargo, la celebración de la cláusula arbitral se debe interpretar como una renuncia al privilegio de inmunidad que pudiere corresponderle al Estado. Asimismo, al Estado no se le permite invocar a su ley propia para eludir un arbitraje que aceptó previamente⁶⁹.

Como se mencionó en el Capítulo 1, este tipo de contratos de inversión entre un inversionista privado y un Estado crea conflictos en lo que se refiere a la naturaleza de las partes. Sin embargo, dado que el objeto del contrato y la actividad que se pretende establecer son meramente privados, las partes en el contrato se deben entender como privadas.

Otro aspecto importante en el arbitraje en el cual participa un Estado es lo relativo a los actos del Estado que afectan la relación contractual. En un primer acercamiento parecería simple argumentar que a un tribunal arbitral no le corresponde examinar los actos que el gobierno realiza en ejercicio de sus funciones. Sin embargo, existen ocasiones en los que dichos actos de gobierno están vinculados con la relación contractual materia del arbitraje. Así, cuando el Estado causó el cambio en las circunstancias económicas del contrato mediante un acto administrativo, el tribunal arbitral está claramente facultado para intervenir y decidir sobre la renegociación.

Los beneficios que otorgan los tribunales arbitrales, particularmente en materia de contratos internacionales de inversión, producen que las partes acuerden llevar su controversia ante éstos. Entre estos beneficios están la elección tanto de la conformación del tribunal arbitral, así como el lugar, el lenguaje y el derecho aplicable.

⁶⁹ *Ibíd.* p. 30

Asimismo, cuando las partes eligen un tribunal arbitral aseguran la confidencialidad del asunto dado que los laudos pueden no ser publicados. Asimismo, la flexibilidad del procedimiento permite a las partes más oportunidades para preparar o prescindir de cada etapa del procedimiento. Así, gracias a esa flexibilidad las partes pueden fijar plazos que hacen más rápido el proceso para obtener una resolución especializada⁷⁰.

La existencia y validez de una cláusula arbitral es sólo la base de la efectividad del procedimiento. La cláusula es realmente efectiva si cumple su propósito de operar correctamente para evitar conflictos. Esto significa que todo el procedimiento, desde el nombramiento de los árbitros hasta la emisión del laudo y su ejecución, debe ser asegurado. Ya sea que las partes elijan un arbitraje institucional o uno *ad-hoc*, debe asegurar que la cláusula cuente con lo mínimo necesario para llevar la renegociación del contrato ante un tribunal arbitral.

3.2.2 Renegociación mediante arbitraje

El arbitraje se identifica como un método alternativo de solución de controversias. Así, para que el tribunal arbitral tenga plena jurisdicción para conocer sobre un caso es necesario que exista una controversia o una disputa legal entre las partes. Es importante, entonces, determinar en qué momento nace la disputa legal o la controversia entre las partes en un procedimiento de renegociación. Es decir, en qué momento las partes podrán demandar de su contraparte una responsabilidad por incumplimiento de una obligación contractual.

Como se comentó, el sólo hecho de no alcanzar un acuerdo no se considera un incumplimiento de la obligación contractual. Por ello, la resolución del conflicto derivado de este hecho no se considera una disputa legal con características arbitrales. Sin embargo, si el *no acuerdo* es causado por una mala disposición o mala fe de una de

⁷⁰ Rodríguez, México ante el arbitraje, pp. 56-59

una de las partes, se puede considerar incumplimiento de contrato. Por ejemplo, cuando una parte actúa de mala fe y ocasiona un retraso injustificado en las negociaciones se puede alegar incumplimiento. Asimismo, hay incumplimiento cuando las propuestas de adaptación promovidas por una parte son rechazadas por razones no justificadas bajo una lógica normal de negocios.⁷¹

En tales circunstancias, el problema es probar cuando una conducta es la causante de la falla de la renegociación. Además, otros conflictos pueden derivar de la cuantificación del daño causado por dicha conducta. Así, el primer paso a determinar por el tribunal arbitral es la existencia y posterior arbitrabilidad de un conflicto, o la ausencia de tal conflicto, y por ello, ausencia de incumplimiento.

Para determinar la existencia de tal conflicto, es necesario basarse en las reglas arbitrales aplicables al contrato, tanto en las procedimentales como en las sustantivas. Así, los casos de renegociación se pueden dividir en dos grupos dependiendo de la disputa que las partes pretenden que el tribunal arbitral resuelva. Así, se determina la jurisdicción de los tribunales y se definen los alcances de su intervención en el caso particular.

En el primer grupo de casos no hay duda de la existencia de una disputa como requisito para iniciar el arbitraje. En este grupo se encuentran, por ejemplo, la disputa que tienen las partes sobre la interpretación de la cláusula arbitral. Así, puede existir una disputa entre las partes acerca de si los requisitos para iniciar la renegociación ya han sido cumplidos. Asimismo, la disputa sobre interpretación de las condiciones acordadas en la cláusula para una posible adaptación automática.

Igualmente, en caso de una negociación fallida, nace la disputa entre las partes para determinar si existen las condiciones necesarias para exigir daños por

⁷¹ Cfr. Berger, "Renegotiation" pp. 1368-1369

incumplimiento de una obligación contractual de acuerdo con la cláusula de renegociación. En estos casos es clara la existencia de una disputa legal. El tribunal arbitral, en estos casos, no se constituye para crear una decisión legal creativa sino para decidir sobre los derechos y obligaciones de las partes.⁷²

Por otra parte, existen los casos en los que la disputa entre las partes no es tan clara. Aquí, las partes no quieren una decisión del tribunal arbitral que interprete la cláusula de renegociación para poder iniciar el proceso de renegociación. Por el contrario, acuden ante el tribunal arbitral para que éste adapte el contrato su en lugar. En realidad, no es clara la existencia de un conflicto o disputa en este tipo de casos.

En este tipo de casos, la labor del tribunal arbitral sería crear una decisión en base a lo que él mismo cree que las partes deben hacer y el resultado económico que el mismo tribunal considera apropiado para éstas. Dado que el resultado de una negociación es tan amplio y existen tantas opciones a considerar, la diferencia de opiniones entre las partes sobre la manera de adaptar el contrato no se puede considerar como un caso apto para el arbitraje.

Este grupo de casos es particularmente conflictivo dada su naturaleza. El contrato hecho entre las partes mediante la cláusula arbitral para cambiar sus obligaciones contractuales y adaptarlas a las nuevas condiciones económicas es remplazado por una decisión tomada por un tribunal arbitral. Al considerar el amplio espectro de posibilidades que tiene el tribunal para tomar la decisión, su trabajo ya no es tomar una decisión legal basada en un contrato, sino cambiar toda la relación contractual de las partes.

En los casos de interpretación contractual o de asignación de daños por responsabilidad, no existen dudas sobre su arbitrabilidad. Asimismo, el problema de los

⁷² Cfr. Berger, “Renegotiation”, Op. Cit. p. 1372

casos en donde en principio no existe disputa, se ha resuelto que las mismas partes pacten las atribuciones especiales que se otorgarán al tribunal arbitral para que éste realice la adaptación al contrato. Sin embargo, esta facultad del tribunal arbitral no es reconocida por todas las instituciones especializadas en arbitraje. Por ello, al momento de elegir las reglas procedimentales aplicables al arbitraje, será necesario recurrir a aquellas reglas que sí prevean esta situación.

3.2.3 Identificación de la disputa legal

Ya dentro del arbitraje, las partes que decidan recurrir ante él, pueden elegir entre arbitrar sus disputas derivadas de la interpretación y aplicación del contrato, o conflictos más específicos limitando al arbitraje a cuestiones particulares. Por ejemplo, limitar la cláusula a la renegociación por cuestiones fiscales, cambios en divisas o cuotas de producción.⁷³ Sin embargo, es preferible no excluir materias del arbitraje y contar con una amplia descripción de los eventos arbitrales para evitar conflictos o desafíos a la jurisdicción del tribunal arbitral.

Las partes deben ser muy cuidadosas para no limitar el alcance de la cláusula de arbitraje al restringirla sólo a algunas materias o circunstancias, o de hacerlo, deberán describir tales eventos de tal manera que no se deje espacio para diferentes interpretaciones. En caso de limitar las cláusulas y no describir los eventos que las partes llevarán ante los tribunales arbitrales, el arbitraje perdería su efectividad al estar sujeto a la interpretación contractual para su correcto funcionamiento.

Asimismo, para que el laudo pueda ser ejecutable, la disputa debe ser de una materia que pueda ser sujeta a arbitraje de acuerdo con la legislación del lugar donde se desarrollará el arbitraje y con la legislación aplicable a la disputa⁷⁴. Algunas materias

⁷³ Artículo 13.01 del Convenio entre Reynolds y Kaiser's Jamaica Bauxita.

⁷⁴ Artículo 2 de la Convención de Nueva Cork.

que quedan fuera del arbitraje por mandato de ley son las disputas en cuanto a competencia económica, patentes y marcas, concursos mercantiles entre otros⁷⁵.

Al tener una cláusula arbitral clara y precisa, el examen de los árbitros para determinar si las condiciones para una renegociación están completas está enteramente en su jurisdicción. Así, al considerar el fracaso de la renegociación, el tribunal arbitral puede:

- a) otorgar daños basándose en que una parte ha incumplido el contrato por la negativa no razonable a los cambios propuestos
- b) adaptar el contrato en lugar de las partes.

En ambos casos el árbitro deberá hacer un juicio sobre el acuerdo que las partes debieron haber alcanzado como base para otorgar los daños o adaptar el contrato. Sin embargo, dado que la obligación de las partes en materia de renegociación se limita a la obligación para renegociar de buena fe, los árbitros pueden considerar que su jurisdicción incluye la determinación de la responsabilidad de cada parte en caso de que éstas no lleguen a un acuerdo.

Así, por ejemplo, en algunos laudos arbitrales del ICC se ha decidido que el fracaso de negociar y acordar de buena fe se debe dividir entre las partes en términos de responsabilidad. Así, se atribuyó a las partes la responsabilidad mediante porcentajes para determinar los daños, 70% de responsabilidad para una de las partes y 30% de responsabilidad para la otra.⁷⁶

En el caso de la adaptación del contrato por parte de los árbitros es necesario considerar la legislación aplicable al contrato, así como los tribunales que llevarán a

⁷⁵ Wolfgang Peter, Arbitration and Renegotiation, Ob. Cit., p. 279

⁷⁶ Laudo arbitral del ICC No. 4724 (no publicado), citado por Wolfgang Peter, Arbitration and Renegotiation, Ob. Cit., p. 280.

cabo la ejecución del laudo de ser necesario. Si bien hay que considerar que algunas reglas arbitrales no otorgan la facultad a los tribunales arbitrales de adaptar el contrato, también es cierto que diversos tribunales nacionales tampoco reconocen la jurisdicción de los árbitros para adaptar un contrato en lugar de las partes.

La visión del arbitraje como método de solución de controversias produce que la jurisdicción de éste y, por ende, la validez del laudo, requiera de la existencia de una disputa. Así, si un tribunal local quisiera hacer efectivo el laudo emitido en el arbitraje, se tendría que estudiar si los árbitros tuvieron plena jurisdicción para decidir sobre el caso. La jurisdicción del tribunal arbitral se determinaría, entonces, mediante la prueba de la existencia de una disputa entre las partes en la que el trabajo del tribunal sería decidir sobre los derechos y obligaciones de las partes.

En algunos casos presentados en arbitraje internacional, la defensa cuestionó la jurisdicción del tribunal arbitral argumentando que no existía una disputa entre las partes.⁷⁷ En este contexto, las reglas de arbitraje bajo el sistema ICSID asumen que los tribunales arbitrales no están autorizados para adaptar contratos ya que en estos casos no se estaría decidiendo sobre los derechos y obligaciones de las partes. Con respecto a estas reglas, especialistas comentaron que:

“La expresión "diferencia de naturaleza jurídica"⁷⁸ se ha utilizado para dejar aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden

⁷⁷ Laudo arbitral del ICC No. 4265 (1983), Clunet, 1984, p. 922

⁷⁸ El término “diferencia de naturaleza jurídica” se utiliza como sinónimo de “disputa legal”.

legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal.”⁷⁹

Para poder sobreponerse a un problema disputa sobre la jurisdicción de los tribunales arbitrales para decidir sobre un caso de renegociación, las partes deberán pactar, en la cláusula arbitral que su deseo es que, en caso de que las negociaciones fallen, los árbitros adapten el contrato por ellos. Asimismo, deberán pactar que, la ejecución del laudo se hará en tribunales nacionales en donde se acepte esta facultad en el arbitraje.

El evitar los conflictos futuros referentes a la ejecución de un contrato cuando se presenta un incumplimiento es de suma importancia. Para ello, la efectividad de la cláusula arbitral es en general es factor decisivo para introducir a las partes a una resolución de conflictos amigable y mediante la negociación. Asimismo, el arbitraje propone soluciones más efectivas dada la naturaleza flexible y simple de sus reglas. No obstante esta flexibilidad, el arbitraje también otorga certidumbre para las partes gracias sus características:⁸⁰

- a) El consentimiento para el arbitraje es irrevocable (cláusula arbitral)
- b) El arbitraje se conduce y el laudo se expide aun cuando una parte rehúse participar en el procedimiento.
- c) Existe un respeto para los estándares contractuales y legales (ej. reconocerse la validez de las cláusulas de estabilización y renegociación)

⁷⁹ Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Informe anual de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 18 de marzo de 1965.

⁸⁰ Wolfgang Peter, Arbitration and Renegotiation, Ob. Cit., p. 324

- d) Si las partes no han acordado sobre la legislación aplicable, la legislación internacional puede ser utilizada en forma correctiva para una interpretación (o manipulación) abusiva de la legislación doméstica.⁸¹
- e) Las cortes nacionales no pueden interferir con los tribunales arbitrales
- f) El reconocimiento y la ejecución de los laudos esta asegurada por las cortes locales.⁸²

Por lo anterior, se concluye que el arbitraje es el medio más viable para la ejecución de la cláusula de renegociación. Sin embargo, hay que recordar que la renegociación nace como un procedimiento consensual. Por ello, si las partes no convinieren en ella, un tribunal arbitral no puede crear un laudo que determine la cooperación entre un inversionista y un Estado. Existen límites definitivos a los poderes de los árbitros para adaptar un contrato.

⁸¹ Ver artículo 42 (1) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados

⁸² De acuerdo con las provisiones de la Convención de Nueva York.

CONCLUSIÓN

La renegociación es una realidad en el mundo de los negocios internacionales, particularmente cuando nos referimos a inversiones. Como resultado de los cambios en las circunstancias económicas, los involucrados en este tipo de negocios han ideado estrategias para entender este fenómeno y planear estrategias para lidiar con él de manera efectiva. Así, ambas partes dentro de una inversión consideraron que era más efectivo para el negocio global el mantener la relación de negocios aunque eso significara cambiar la relación contractual.

Diversos detractores de la renegociación la consideran una manera de incumplimiento contractual. Argumentan que la renegociación tiende a acabar con las expectativas de estabilidad contractual. Asimismo, que el agregar una cláusula de renegociación al contrato invita a las partes a solicitarla sin fundamento alguno y en cualquier momento. Además, es complicado formular una cláusula general de renegociación que defina específicamente cuando un cambio en las circunstancias es materia de la renegociación.

Sin embargo, la renegociación, que se basa en el *rebus sic stantibus*, no es como una violación al principio *pacta sunt servanda* y por ende no es un incumplimiento de contrato. La renegociación y la adaptación contractual son procedimientos consensuales en los que las partes acuerdan que ciertas prestaciones deberán ser revisadas si existiere un cambio en las circunstancias iniciales del contrato que hacen imposible su realización. Las partes se basan en derecho tanto para solicitar la renegociación como para ejecutarla en caso de ser necesario.

Si las nuevas negociaciones para cambiar las prestaciones originales fallan, y dada la importancia de mantener el negocio, las partes pueden recurrir a un tribunal arbitral que resolverá sobre el conflicto planteado. De nuevo el procedimiento es

consensual por lo que las partes aseguran tanto su flexibilidad como su certeza. La cláusula arbitral debe ser también lo suficientemente específica para no dejar lugar a una interpretación ambigua de su deseo de someterse al procedimiento arbitral bajo las reglas convenidas.

Las diversas legislaciones tanto nacionales como internacionales no regulan expresamente la renegociación. Sin embargo, aceptan los principios en los que se basan los derechos de las partes para solicitarla. Dado el silencio conceptual en diversas legislaciones, los involucrados han optado por la creación de diversos convenios e instituciones que reconozcan su derecho. No obstante, es claro que para el correcto funcionamiento de una renegociación, es necesaria la inclusión de la cláusula específica dentro del contrato.

Dada su naturaleza consensual, la renegociación debe pactarse de manera expresa en el contrato de inversión mediante una cláusula. Sin embargo, la simple mención de esta figura no es suficiente para alcanzar el objetivo. Los eventos particulares de los que derivará la renegociación deben estar detallados y no dejar error de interpretación. De la redacción de la cláusula contractual depende la efectividad de la misma.

La comunidad de los negocios internacionales considera la renegociación de los contratos de larga duración como normal. De esto da cuenta la práctica común en los contratos internacionales así como el desarrollo de instituciones especializadas. Esto es un claro indicador que la actitud actual es que las partes dentro de un negocio no deben ser obligadas a cumplir con unas prestaciones excesivas y no pactadas. Lo más importante para la realidad internacional es mantener la base de la relación de negocios, así como la reputación de ambas partes.

La esencia de la renegociación es el conducir un negocio de buena fe, sin coerción, sin recriminación mutua por responsabilidades derivadas de un incumplimiento. El cambio en las circunstancias económicas en un contrato de larga duración es una realidad, el objetivo es plantear una solución que beneficie a ambas partes al mantener el balance comercial del acuerdo original y permita que la relación de negocios prospere.

Un acercamiento demasiado formal a las realidades económicas de los negocios internacionales puede ocasionar más inestabilidad de la que intenta evitar. Asimismo, demasiada incertidumbre puede generar más costos y provocar una total inviabilidad de un contrato. La solución contractual, legal, económica y política más factible para regular una relación de negocios es la renegociación ya que otorga tanto flexibilidad como certeza.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Carlos Rodríguez González-Valadez, México ante el Arbitraje Comercial Internacional,

Editorial Porrúa, México, 1999

Leonel Pereznieto Castro, Arbitraje Comercial Internacional Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2000.

Luis Enrique Graham Tapia, El Arbitraje Comercial, Editorial Themis, México, 2000.

M. Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, Reino Unido, 2004.

Ralph H. Folson, Michael Wallace Gordon, John A. Spanogle; International Business Transactions; West Group, St. Paul Minnesota, 2000.

Wolfgang Peter, Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements, Kluwer Law International, La Haya, Boston, Londres, 1995.

Artículos Académicos

Abba Kolo, Thomas W. Walde, “Renegotiation and Contract adaptation in the International investment projects: Applicable Legal Principles & Industry practices”, Oil, Gas & Energy Law Intelligence, 2003.

Chengwei Liu, “Changed Contract Circumstances”, Law School Institute of International Commercial Law, 2005.

Hans van Houtte, “Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda” Transnational Law Database, (1996)

Jeswald W. Salacuse, “Renegotiating International Project Agreements”, Fordham International Law Journal, 2001.

Jeswald W. Salacuse, “Direct Foreign Investment and the Law in Developing Countries”, Foreign Investment Law Journal, 2000.

John Y. Gotanda, “Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts Revisited”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003.

Klaus Peter Berger, “Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003

Norbert Horn, “Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European Laws and in International Law” en Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, Antwerp, Boston, 1985.

Samuel K. B. Asante, “Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1979

William A. Stoeber, “Renegotiations in International Business Transactions” reviewed by Attila Yaprak, *Journal of International Business Studies*, 1982.

Laudos arbitrales

Laudo arbitral de la Cámara Internacional de Comercio No. 1512, 1971

Laudo arbitral de la Cámara Internacional de Comercio No. 2216, 1974

Laudo arbitral de la Cámara Internacional de Comercio No. 2404, 1975

Laudo arbitral de la Cámara Internacional de Comercio No. 2708, 1976

Laudo arbitral de la Cámara Internacional de Comercio No. 4265, 1984

Laudo arbitral de la Cámara Internacional de Comercio No. 4724 (no publicado)

Laudo arbitral de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 1999, reimpresso en 25 Y.B. COM. ARB, 2000

Leyes

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York).

Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Conciliación Comercial Internacional

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional

Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales

Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

Otros

Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Informe anual de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 18 de marzo de 1965.

United Nations Conference on Trade and Development; Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking, United Nations, New York and Geneva, 2007.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Contratos de Estado, Naciones Unidas., Nueva Cork y Ginebra, 2004.

ANEXO 1

METODOLOGÍA

1. Hipótesis.

La hipótesis que se plantea en el presente trabajo es que la renegociación es una alternativa legal para la realización de un cambio contractual.

2. Objetivo General.

El objetivo del presente es la realización de un estudio sobre la figura de la renegociación y su aplicación en los contratos internacionales de inversión.

3. Objetivos Específicos.

- Señalar la naturaleza jurídica del contrato internacional de inversión así como sus características especiales.
- Explicar la legalidad de la renegociación y porqué no es un incumplimiento.
- Establecer los métodos de renegociación y sus posibles contingencias.
- Realizar una comparación entre los diferentes métodos para la ejecución de la renegociación para proponer la más conveniente.

4. Alcance del Proyecto.

- Demostrar que la renegociación es una opción jurídicamente viable para resolver posibles contingencias dentro de los contratos internacionales de inversión.
- Proponer la utilización de la cláusula de renegociación junto con la de arbitraje para resolver las vulnerabilidades en éstos contratos.

5. Delimitaciones y limitaciones.

- Para la aplicabilidad de la renegociación se realizará un análisis de las diversas disposiciones internacionales sin entrar a fondo en los marcos normativos locales de ningún país.

- Se reconocen diversas cuestiones importantes dentro del ámbito de los contratos internacionales de inversión, sin embargo, en ciertos casos me limito a mencionarlos ya que su resolución no es objetivo del presente trabajo.

6. Métodos.

De acuerdo al objetivo de esta investigación, la metodología es la de un estudio analítico, descriptivo de tipo propositivo.

7. Técnicas de Investigación.

La técnica utilizada en el presente trabajo será documental. Para la obtención de información me refiero a las siguientes fuentes:

- Fuentes primarias de información
 - a) Libros especializados en arbitraje y el uso de la renegociación en diversos contratos.
 - b) Artículos académicos referentes a temas particulares.
 - c) Informes técnicos publicados por instituciones globales especializadas.
- Fuentes secundarias de información
 - a) Laudos publicados en almanaques especializados.
 - b) Tratados internacionales, Convenciones y principios internacionales.