

Revista Âmbito Jurídico

Nº 107 - Ano XV - DEZEMBRO/2012 - ISSN - 1518-0360

SEPARATA

**La protección de las inversiones extranjeras
y la vigencia de la Cláusula Calvo**

Luis F. Castillo Argañarás

La protección de las inversiones extranjeras y la vigencia de la Cláusula Calvo

Luis F. Castillo Argañarás

Resumo: O objetivo deste trabalho é analisar a natureza e validade da cláusula Calvo da adoção da Convenção de Washington sobre a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados de 1965

Palavras chaves: Cláusula Calvo- Proteção do Investimento Estrangeiro

Abstract: The aim of this paper is to analyze the nature and validity of the Calvo Clause from the adoption of the Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965

Keywords: Calvo Clause – Foreign Investment Protection

Resumen: El objetivo de este artículo es analizar la naturaleza y vigencia de la Clausula Calvo a partir de la adopción de la Convención de Washington sobre Solución de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estado de 1965.

Palabras claves: Clausula Calvo – Protección de Inversiones Extranjeras

Sumario: I. Introducción, II. Génesis y Naturaleza de la Clausula Calvo, III. La Vigencia de la Clausula Calvo, IV. Conclusiones Generales

I. INTRODUCCION

Entre las contribuciones importantes que realizó el Sistema Interamericano al Derecho Internacional encontramos los temas vinculados a 'la condición de extranjero', las 'reclamaciones pecuniarias' y 'las empresas transnacionales', entre otros.^[i]

Pastor Ridruejo enseña que a fines del siglo XIX y principios del XX, la "frecuencia y el volumen de las inversiones de capital privado europeo y norteamericano en los países Iberoamericanos motivaron numerosas reclamaciones internacionales, que no en pocos casos dieron lugar a abusos y fricciones. Idearon entonces los países receptores de capital diversas formulas para poner un límite a tales hechos. Tales formulas fueron denominadas genéricamente con la expresión de *cláusula Calvo* y de ellas nos interesa aquí retener dos: la contenida explícitamente en un contrato por la que el inversionista extranjero renunciaba a la protección diplomática para toda reclamación derivada de las relaciones contractuales, consintiendo ser tratado como nacional; y la cláusula que sometía todas las diferencias que pudiesen nacer del contrato a un arbitraje privado entre el inversionista y el Estado, con renuncia a la protección diplomática"^[ii]. Se les asigna tal nombre en homenaje al juriconsulto argentino Carlos Calvo (1824 – 1906).

En la actualidad, recobró interés la segunda modalidad descrita, ya que ha sido adoptada mediante la Convención de Washington del 18 de marzo de 1965 sobre Solución de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estado.

En ese orden de ideas, surgen las siguientes preguntas: ¿Cuál es la naturaleza de la Clausula Calvo? ¿Tiene vigencia en la actualidad? El objetivo de este artículo es dar respuesta a estos interrogantes.

II. GENESIS Y NATURALEZA DE LA CLAUSULA CALVO

Francisco Tamburini relata que Carlos Calvo nació en Montevideo el 12 de febrero de 1824; pero se traslada a Buenos Aires para estudiar Derecho y obtiene la nacionalidad argentina. Calvo fue vicecónsul argentino en Montevideo de 1852 a 1858, y de Paraguay en Londres y París, hasta que diferencias con el dictador paraguayo Carlos López le obligaron a desarrollar cargos diplomáticos de la República Argentina en París, Berlín y Roma en la Santa Sede.^[iii]

Entre sus numerosas obras se destacan *Colección Completa de los Tratados, Convenios, Capitulaciones, Armisticios y otros Actos Diplomáticos de todos los Estados de la América Latina desde el año 1493* (París, 1962); *Dictionnaire Manuel de Diplomatie et de Droit International Public et Privé* (París, 1985); *Anales Históricos de la Revolución de la América Latina* (París, 1964) y *Le Droit International Théorique et Pratique Précédé d'un Exposé Historique des Progres de la Science du Droit des Gens* (Paris, Rousseau, 1986). Este último se publicó primero en castellano en el año 1968 siendo la versión en francés en seis tomos. Manuel García Mora señala que "Calvo escribió en la edición en castellano de su libro que en el supuesto de insolvencia de un Estado, los extranjeros no tenían derecho a un mayor grado de protección que los acreedores internos y por lo tanto, los extranjeros tenían que presentar sus reclamaciones a los tribunales locales".^[iv] Posteriormente, en la edición francesa de su tratado, Calvo elaboró su doctrina basada en las siguientes proposiciones:^[v]

- 1) La igualdad, la soberanía y la independencia son los derechos primordiales de los Estados,
- 2) Los Estados, siendo en igualdad de condiciones, soberanos e independientes, tienen derecho a la no injerencia de otros Estados y,
- 3) Los extranjeros tienen que cumplir con la legislación local del Estado en que residen sin necesidad de invocar la protección diplomática de sus gobiernos en el proceso de reclamaciones derivadas de contratos, insurrección, guerra civil o violencia civil

Esta es la llamada Doctrina Calvo, que ha dado lugar a la Cláusula Calvo. Algunos doctrinarios internacionalistas hacen una clara distinción entre estas dos instituciones. Sin olvidar el hecho de que la

Cláusula Calvo es un corolario de la Doctrina Calvo.^[vi] Donald Shea, citado por Tamburini, señala que "la cláusula Calvo es muy distinta de la Doctrina Calvo, por ser la primera un pacto que el ciudadano extranjero ha suscripto voluntaria y libremente, a diferencia de la doctrina que básicamente alude a un acto unilateral".^[vii] En ese sentido, Francesco Tamburrini concluye que son "dos conceptos distintos (...) aunque generados sobre los mismos pilares teóricos".^[viii]

En la Conferencia Panamericana de 1889- 1890, celebrada en Washington, fue la

oportunidad para difundir el pensamiento de éste jurista. Así, en cada encuentro 'Panamericano', el pensamiento de Calvo aparecía, a veces sin ser nombrado directamente. [\[ix\]](#)

Ian Brownlie enseña que ha sido practica de los Estados Latinoamericanos insertar la "cláusula Calvo" en los contratos de concesión con extranjeros por medio de la cual se renunciaba a buscar la protección diplomática de su propio Estado y someter la cuestión que surge del contrato a la jurisdicción nacional. [\[x\]](#) Brownlie señala que la mayoría de los juristas y gobiernos ha negado la validez de tales cláusulas, pero los tribunales internacionales desde 1926 han comenzado a aceptarlas [\[xi\]](#), y agrega que "el efecto práctico de la cláusula Calvo en arbitraje ha sido prevenir que las controversias contractuales sean objeto de protección diplomática o procesos entre estados en ausencia de denegación de justicia". [\[xii\]](#)

Donald Shea, citado por Benoit Otis Brookens, considera que la clausula Calvo no es solamente una cuestión de derecho sino también una cuestión política y que tiene un rol importante en las relaciones políticas de las Américas. Las consideraciones políticas tienen un importante lugar en el desarrollo de este concepto. [\[xiii\]](#)

Es paradigmático en este tema el asunto "*North American Dredging Co*" resuelto por la Comisión Mexicana – Estadounidense en 1926. En esa decisión redactada por el Profesor Van Vollenhoven, se establece que la renuncia se aplica a "cualquier materia relacionada con el contrato" [\[xiv\]](#) y agrega que esta disposición "no privó al reclamante de su indiscutible derecho para solicitar protección de su propio gobierno, si su actuación ante los tribunales mexicanos, o ante otras autoridades a su disposición, tuvo como resultado una denegación o una demora de la justicia (...). En dicho caso, la queja del reclamante no sería porque su contrato fue violado sino porque se le había denegado justicia". [\[xv\]](#)

III. LA VIGENCIA DE LA CLAUSULA CALVO

A partir del 18 de marzo de 1965, en que se adopta en Washington, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados se crea un mecanismo arbitral. Se establece en su preámbulo que "teniendo en cuenta la posibilidad de que a veces surjan diferencias entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes en relación con tales inversiones" y "reconociendo que aun cuando tales diferencias se someten corrientemente a sistemas procesales nacionales, en ciertos casos el empleo de métodos internacionales de arreglo puede ser apropiado para su solución". En el Art. 26 del Convenio se estableció que "salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio".

Christoph Schreuer señala que la "práctica arbitral confirma que el agotamiento de los recursos locales no es un requisito en el arbitraje de inversiones contemporáneo". [\[xvi\]](#) En ese sentido, se pronunció el tribunal arbitral en el marco del CIADI que entendió en el caso *Lanco v. Argentina* de 1998. [\[xvii\]](#)

Por otro lado, existen supuestos en debe transcurrir un plazo de tiempo dentro del cual se deben usar los recursos a tribunales nacionales. Vencido tal período de tiempo se puede recurrir al CIADI. Por ejemplo el Tratado Bilateral de Protección de Inversiones entre

Argentina y Alemania^[xviii] establece que si la controversia no puede solucionarse amigablemente debe someterse a los tribunales competentes del Estado receptor de la inversión. Si transcurren 18 meses de que se inició el proceso ante los tribunales nacionales y no hay sentencia, cualquiera de las partes puede solicitar la constitución de un Tribunal arbitral internacional (Art. 10).

En el caso *Maffezini v. Spain* se señala que el fundamento de agotar los recursos internos fue “*dar a los tribunales de las Partes Contratantes la oportunidad de asegurar las obligaciones internacionales garantizadas por los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones*”^[xix] y que el reclamante podía invocar la cláusula de la nación más favorecida para evitar este requisito. ^[xx]

Por otro lado, la Protección Diplomática es una institución de larga raigambre en el Derecho Internacional. Era la solución que se brindaba para las controversias entre un Estado y un inversor extranjero; pero la protección diplomática exige que se agoten los recursos internos en el Estado receptor de la inversión; pero en el Art 27 del Convenio que establece el CIADI se establece:

“(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo”.

Tamburini reflexiona que “este artículo inserta algo parecido a una cláusula Calvo, es decir que los Estados Miembros renuncien a emplear la protección diplomática para solucionar los conflictos usando exclusivamente los mecanismos propuestos por el CIADI”. ^[xxi] Agrega que “este artículo alejó por muchos años a los Estados sudamericanos de la adhesión al tratado del CIADI por entrar éste en conflicto con las piedras angulares de las verdaderas cláusulas Calvo (prohibición de la intervención diplomática a favor únicamente de la jurisdicción local) y muy a menudo se habló del fracaso del CIADI en América del Sur”.^[xxii] Concluye la idea señalando que sin embargo casi todos los países sudamericanos ratificaron la Convención del CIADI con algunas pocas excepciones como Brasil, México y Guatemala. ^[xxiii]

IV CONCLUSIONES GENERALES

Les correspondió a los Estados Latinoamericanos brindar el respaldo y reconocimiento a la Cláusula Calvo. Fueron ellos quienes comenzaron a insertarla en los contratos celebrados con inversionistas extranjeros.

Existen en la historia diferentes versiones de la cláusula. Entre ellas podemos mencionar aquella que está contenida en el contrato y mediante la cual el inversionista extranjero renunciaba a la protección diplomática en cuestiones relacionadas con el contrato consintiendo en ser tratado como nacional. Otra modalidad de la cláusula es la que sometía todas las diferencias que pudiesen nacer del contrato a un arbitraje entre el inversionista y el Estado con renuncia a la protección diplomática.

Desde la creación del CIADI se evidenció un resurgimiento de esta cláusula; ya que se permitió a los inversionistas extranjeros plantear reclamos contra los Estados receptores de la inversión directamente ante tribunales arbitrales; y por lo tanto la renuncia a la protección

diplomática.

Para finalizar, se puede señalar que desde el siglo XIX en que fue concebida la clausula Calvo a nuestros días ha corrido mucha tinta; pero en política internacional siguen existiendo países pobres, ricos y en vías de desarrollo con sus percepciones y sus realidades donde la interpretación de la clausula de acuerdo a sus visiones y necesidades no ha sido ajena.

Bibliografía general

Alice, Mauricio, *El Sistema Jurídico Interamericano*, ISEN, Buenos Aires, 2006

Brownlie, Ian: *Principles of Public International Law*. Fifth Edition. Clarendon Press. Oxford. UK. 1998

García – Mora, Manuel R., “The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law” en *Marquette Law Review*, Vol. 33, Spring 1950, Nº 4.

Pastor Ridruejo, José A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Tecnos. Madrid. España. 1994

Schreuer, Christoph, “Calvo’s Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration” en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*. 4: 1-17, Koninklijke NV, Leiden, The Netherlands, 2005

Tamburini, Francesco, “Historia y Destino de la Doctrina Calvo: ¿Actualidad u Obsolescencia del Pensamiento de Carlos Calvo?” en *Revista de Estudios Histórico - Jurídicos*. Sección Historia del Derecho Internacional. XXIV. (Valparaíso, Chile). 2002

Notas:

[i] Ver Alice, Mauricio, *El Sistema Jurídico Interamericano*, ISEN, Buenos Aires, 2006. Pág. 174

[ii] Pastor Ridruejo, José A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Tecnos. Madrid. España. 1994. Pág. 262

[iii] Tamburini, Francesco, “Historia y Destino de la Doctrina Calvo: ¿Actualidad u Obsolescencia del Pensamiento de Carlos Calvo?” en *Revista de Estudios Histórico - Jurídicos*. Sección Historia del Derecho Internacional. XXIV. (Valparaíso, Chile). 2002. Pág. 81

[iv] García – Mora, Manuel R., “The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law” en *Marquette Law Review*, Vol. 33, Spring 1950, Nº 4. Pág. 206.

[v] *Ibíd*em

[vi] *Ibíd*em

[vii] Tamburini, Francesco, “Historia y Destino de la Doctrina Calvo: ¿Actualidad u Obsolescencia del Pensamiento de Carlos Calvo?” en *Revista de Estudios Histórico - Jurídicos*. Sección Historia del Derecho Internacional. XXIV. (Valparaíso, Chile). 2002. Pág. 83

[viii] *Ibíd*em

[ix] Ibidem, Pág. 84

[x] Brownlie, Ian: *Principles of Public International Law*. Fifth Edition. Clarendon Press. Oxford. UK. 1998. Pág. 548

[xi] Ibidem, Pág. 549

[xii] Brownlie, Ian: Op. Cit. 1999. Pág. 549

[xiii] Brookens, Benoit Otis, "Diplomatic Protection of Foreign Economic Interests: The Changing Structure of International Law in the New International Economic Order" en *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, Vol. 20, Nº 1, (Feb., 1978. Pág. 40.

[xiv] 4 RIAA, 26

[xv] 4 RIAA, 30

[xvi] Schreuer, Christoph, "Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration" en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*. 4: I-17, Koninklijke NV, Leiden, The Netherlands, 2005. Pág. 2

[xvii] Lanco v. Argentina. Decision on Jurisdiction, 8 december 1998, para. 38-40. Consultado en 40 ILM 457 (2001).

[xviii] Firmado el 9 de Abril de 1991 y entró en vigencia el 8 de noviembre de 1993.

[xix] Emilio Agustín Maffezini v. Spain. Case No. ARB/97/7. Decision on Jurisdiction, 25 January 2000. Paras 38 y ss.

[xx] Ibidem

[xxi] Tamburini, Francesco, Op. Cit. 2002. Pág. 97.

[xxii] Ibidem

[xxiii] Ibidem

CERTIDÃO

Certificamos para os devidos fins de direito e a quem interessar possa que Luis F. Castillo Argañarás teve o trabalho intitulado: La protección de las inversiones extranjeras y la vigencia de la Cláusula Calvo, publicado na Revista Âmbito Jurídico, Revista Jurídica Eletrônica Nº 107 - Ano XV - DEZEMBRO/2012 - ISSN - 1518-0360, de 01/12/2012, editada por Âmbito Jurídico - O seu portal na Internet, em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12565.

Rio Grande, RS, 11 de Fevereiro de 2013



Miguel Antonio Silveira Ramos
Professor/Coordenador