

**La promoción de la
responsabilidad social
en los tratados de inversión.
Los casos de Bolivia y
Venezuela**

**Helena Ancos
Dámaso Javier Vicente**



**LA PROMOCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL
EN LOS TRATADOS DE INVERSIÓN.
LOS CASOS DE BOLIVIA Y VENEZUELA**

**Helena Ancos
Dámaso Javier Vicente**

Madrid, junio de 2009

Con la colaboración de:



Nota:

El estudio en que se basa el presente trabajo ha recibido la financiación de la Fundación Carolina (CeALCI), de la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (MAEC), y de la Universidad Complutense de Madrid (Santander-UCM). Las opiniones y resultados son responsabilidad exclusiva de los autores y no comprometen a ninguna de las instituciones antes mencionadas.

Sobre los autores:

Helena Ancos Franco es Doctora en Derecho Internacional Privado por la Universidad Complutense de Madrid. Sus líneas de investigación comprenden el Derecho de la Competencia, el Derecho del Comercio Internacional, y la Responsabilidad Social Empresarial. Master en Comunidades Europeas por la Escuela Diplomática de Madrid; Master en Desarrollo Sostenible y Responsabilidad Social Corporativa y Diploma en Políticas Tecnológicas e Innovación. Ha sido profesora de Derecho Internacional Privado en varias universidades de Madrid. En la actualidad trabaja como investigadora del Instituto Complutense de Estudios Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid (ICEI) (eancos@pdi.ucm.es). Entre sus principales publicaciones sobre responsabilidad social destacan: *Patentes y desarrollo. El caso del Mercosur*, ebook, Ed. Complutense, 2009; "Multinationales y Derechos Humanos", en *Derechos. Estado. Mercado. Europa y América Latina.*, Lima Torrado, J. (coord.), Ed. Dilex, 2009; "Políticas públicas e Iniciativa privada en la RSE", *Revista del MTAS*, Serie Economía y Sociología, nº 66, 2007; "El mercado de la RSE", *Boletín Económico del ICE*, nº 29292, 2008.

Dámaso Javier Vicente Blanco es Profesor Doctor de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Valladolid. Premio extraordinario de doctorado. Es coautor y editor del libro *La libertad del dinero* (Alemania, Valencia, 2003). Sus principales publicaciones, en revistas especializadas y libros colectivos, son sobre protección y liberalización de inversiones (1995, 2002, 2006 y 2009), sobre el Derecho de extranjería en España y en la Unión Europea (1995, 1997, 2003 y 2009), sobre libertades de circulación comunitarias (1998 y 2009), y sobre la regulación de los Contratos de consumo en el Derecho comunitario europeo (1999). Ha realizado estancias de investigación en la Université des Sciences Sociales Toulouse 1 (Francia) y ha sido profesor visitante en la Pontificia Universidad Católica del Perú (1994, 1997 y 2003), en la Universidad Nacional de Rosario (Argentina, 1997, 1998, 2002, 2003 y 2007), donde colabora con la cátedra del profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani, y en otras universidades europeas y latinoamericanas.

Serie Avances de Investigación nº 30
Publicación electrónica. ISSN: 1885-9135

LA PROMOCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EN LOS TRATADOS DE INVERSIÓN. LOS CASOS DE BOLIVIA Y VENEZUELA

INTRODUCCIÓN.- Helena Ancos	4
-----------------------------------	---

CAPITULO PRIMERO.

Las inversiones españolas en Venezuela y Bolivia, su régimen jurídico en los APPRI y la jurisprudencia del CIADI: ¿hacia una “repolitización” de las controversias sobre inversiones?

Dámaso Javier Vicente	9
I. El proceso de inversión española en América Latina en las décadas del 90 y 2000 y los instrumentos jurídicos de promoción y protección de las inversiones..	9
II. Las inversiones españolas en Bolivia y Venezuela y las circunstancias políticas de la última década	14
III. Los Tratados bilaterales de inversión de España con Venezuela y Bolivia	27
IV. Los casos de Bolivia ante los tribunales arbitrales del CIADI	59
V. Los casos de Venezuela ante los tribunales arbitrales del CIADI	61
VI. Conclusiones	67
- Bibliografía	69

CAPITULO SEGUNDO.

La promoción de la Responsabilidad Social en los Tratados de Inversión.

Helena Ancos	78
I. Inversión Internacional y Promoción de la Responsabilidad social.	78
1.1. La dimensión transversal de la inversión internacional	78
1.2. Condicionantes para un marco internacional de inversión sostenible	7
1.3. La Responsabilidad Social Empresarial en la Agenda Internacional	82
1.4. El trato especial y diferenciado en las negociaciones comerciales internacionales	87
II. La Promoción de la Responsabilidad social en los acuerdos de inversión.	94
2.1. Panorama de los criterios de sostenibilidad en los acuerdos de inversión.	
a) Acuerdos multilaterales de inversión	
b) Acuerdos regionales de inversión	
c) Acuerdos bilaterales de inversión	
2.2. Los casos de Bolivia y Venezuela.	105
2.3. La inserción de criterios de sostenibilidad en los acuerdos de inversión.	108
i. El derecho a regular del Estado anfitrión.	
ii. Definición de la inversión.	
iii. Admisión y establecimiento.	
iv. Requisitos de desempeño.	
v. Expropiación.	
vi. Arbitraje.	

- vii. Tratamiento nacional
- viii. Nación más favorecida.
- ix. No discriminación.
- x. Trato justo y equitativo.
- xi. Otras disposiciones.

Conclusiones.....	144
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. Helena Ancos	148
- Bibliografía	152

INTRODUCCION.-

Las inversiones son principalmente transacciones privadas que tienden a generar tasas de retorno positivas, pero pueden tener implicaciones de largo alcance para el bienestar de los países receptores, incluyendo las perspectivas del desarrollo sostenible, el uso y la protección de los recursos naturales, el empleo, la salud o los ingresos económicos de las comunidades locales. El presente estudio nace de la inquietud de conciliar dos tendencias: el equilibrio entre las preocupaciones sobre el desarrollo y la sostenibilidad asociadas a la inversión y la evolución armónica de la compleja relación entre inversores, estados anfitriones y las comunidades locales.

Desde un punto de vista económico, los acuerdos de inversión internacionales pretenden promover el desarrollo sostenible, sin embargo, existen pocos estudios que avalen los beneficios de los acuerdos de inversión. Mientras los gobiernos enfatizan las oportunidades que crea la inversión extranjera directa, y su principal objetivo es desarrollar marcos que protejan a los inversionistas, la sociedad civil se hace eco de los riesgos que pueden crear los inversionistas extranjeros, y tiende por tanto, a defender enfoques más prohibitivos que minimicen los efectos negativos.

Los acuerdos de inversión constituyen en principio, mecanismos para promover una mejor distribución del capital a través de la no discriminación; al mismo tiempo que la reducción de riesgos políticos determina inversiones con menor rendimiento. Por otra parte, en cuanto a los efectos para el receptor, el mismo Banco Mundial ha reconocido que la miríada de los tratados bilaterales de inversión existentes “no parecen haber aumentado los flujos de inversión hacia los países en desarrollo signatarios”¹.

Sin embargo, las potencialidades de un acuerdo de inversión para la promoción de un desarrollo sostenible y efectivo son enormes. Un acuerdo internacional debe promover la interacción con las instituciones domésticas para equilibrar los derechos del inversor (derechos de entrada, tratamiento no discriminatorio, etc.) frente a los bienes públicos (integridad medioambiental, salud, etc.). En los países en desarrollo el objetivo fundamental de estos acuerdos ha de ser promover las instituciones existentes y desarrollar capacidades institucionales que evalúen, regulen y construyan adecuadamente proyectos de inversión a la luz del interés público y los derechos privados que se tratan de proteger.

Hasta hoy no existe un vínculo entre la responsabilidad social corporativa (RSC) y las negociaciones de acuerdos de inversión. Sin embargo, podemos aventurar la hipótesis de que si la responsabilidad social empresarial pretende avanzar hacia un enfoque más constructivo, tratando de influir en la conducta de las compañías, no mediante la confrontación sino mediante la cooperación, generando soluciones de ganancias mutuas, a través de beneficios sociales, económicos y ambientales, los acuerdos de inversión serían una instancia lógica para abordar estos temas. Así, por ejemplo, uno de los mecanismos que podrían promover la RSC en estos acuerdos sería el de incluir un artículo en el que se inste al inversor a divulgar algunos aspectos claves de su desempeño ambiental.

Por otra parte, desde un punto de vista jurídico, la agenda de la responsabilidad corporativa no es una panacea pero viene a complementar a los marcos legales y obligatorios, que siguen siendo la base sobre la cual un país anfitrión garantiza que el inversionista tenga una conducta responsable en su jurisdicción.

¹ World Bank, *2003 Global Economic Prospects and the Developing Countries Report*, 2002, p. 118.

La autodeterminación económica de los países en desarrollo y en concreto en América Latina tuvo su origen con el movimiento independentista del siglo XIX que tendría su manifestación jurídica en la doctrina Calvo. Esta doctrina influyó en la resistencia latinoamericana a unos estándares internacionales mínimos en el siglo XIX y gran parte del siglo XX, sobre las bases de que los inversores extranjeros tenían derecho a un tratamiento igual a los inversores domésticos. Después, el auge del socialismo y la deslegitimación de la propiedad privada ayudaron a justificar expropiaciones de bienes y servicios extranjeros, a lo que coadyuvó el deficiente desempeño social y medioambiental de muchas multinacionales extranjeras.

Prueba de ello fue el Decreto Supremo nº 28701 de 1 de mayo de 2006 del Presidente de la República de Bolivia prescribe la nacionalización de los hidrocarburos del país, en ejercicio de la soberanía nacional, estableciendo que “sólo podrán seguir operando en el país las compañías que acaten inmediatamente” sus disposiciones, hasta que en un plazo máximo de 180 días “se regularice su actividad, mediante contratos que cumplan las condiciones y requisitos legales y constitucionales”.

Del mismo modo, el gobierno boliviano ha exigido recientemente a los administradores de pensiones entregar “a título gratuito” las acciones que gestionan de las empresas nacionalizadas bajo amenaza de intervención inmediata.

Frente a la decisión totalmente legítima del gobierno boliviano de nacionalización de los bienes en manos de extranjeros y de sus inversiones, el Derecho internacional garantiza el derecho de los extranjeros afectados a una compensación rápida, adecuada y efectiva. El primer problema no se encuentra en el campo de las decisiones políticas sino que es estrictamente jurídico: el de los límites que el Derecho fija a estas decisiones para definir un marco de seguridad para las inversiones realizadas por compañías extranjeras. En segundo lugar, este debate lleva a plantear los límites –no sólo legales- a los posibles abusos de multinacionales extranjeras en los países receptores de la inversión.

En este contexto,

- ¿existen medios para asegurar la eficacia de los principios del orden económico internacional al mismo tiempo que se garantizan los derechos de los países de acogida de las inversiones?
- ¿Es viable promover explícitamente una mejor conducta de los inversores mediante los acuerdos de inversión?
- ¿Es la promoción de la responsabilidad social corporativa una opción que los negociadores comerciales públicos y privados, deberían estar dispuestos a explorar (como alternativa a la propia asunción de la RSC por las empresas y a las iniciativas nacionales)?

Hasta los años ochenta, el inversor extranjero sólo contaba con la eventual protección diplomática del Estado de su nacionalidad. El aumento de los flujos internacionales de capitales y el interés de los países en desarrollo por atraer inversión extranjera condujeron a celebrar Acuerdos bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI). Mediante estos acuerdos los Estados partes se comprometen no sólo a ofrecer un adecuado estándar de protección a las inversiones extranjeras sino, sobre todo, a permitir que, en caso de incumplimiento de sus disposiciones, los inversores afectados puedan acudir directamente al arbitraje internacional frente al Estado infractor, en particular, al arbitraje administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones (CIADI), dependiente del Banco Mundial. Desde este punto de vista, los Acuerdos de protección de inversiones sirven como una especie de “seguro normativo” que permite a los inversores extranjeros que sus inversiones serán tratadas respetando los derechos adquiridos y de conformidad con un estándar internacionalmente aceptado. Hoy

en día se han concluido más de 2000 acuerdos bilaterales de inversiones (ABI) entre países desarrollados y en desarrollo.

Sin embargo, son numerosas las críticas que han recibido este tipo de acuerdos:

1. En primer lugar, la protección de los derechos del inversor extranjero se logra a expensas de objetivos sociales como la protección del medio ambiente y la salud,

2. Por otra parte, en ocasiones la interpretación de principios fundamentales del acuerdo (como el trato nacional y la no discriminación) pone en riesgo la implementación estricta de la legislación ambiental o social y desmotiva reformas en el futuro. Por ejemplo, los inversores, como se ha visto en las disputas en materia de inversión en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (), están dispuestos a cuestionar la función reguladora del Estado en materia ambiental si ésta es perjudicial para sus inversiones, independientemente de si dichas potestades son legítimas o no.

Así por ejemplo, el capítulo 11 sobre inversión del juega un papel central en el debate sobre reglas internacionales para la atracción y protección de la inversión extranjera directa. Para muchas ONG dicho modelo de protección es incompatible con la protección ambiental. Además se critica el desequilibrio entre los generosos derechos otorgados a los inversionistas y las pocas responsabilidades que éstos deben acatar.

Más matizada es la propuesta del art. 19 del ALCA que señala que

“cada una de las Partes se esforzará por asegurarse de que estas leyes no dejen de aplicarse o se menoscaben de alguna otra manera y de que no se ofrezca dejar de aplicarlas o menoscabarlas de alguna otra manera como método para fomentar el establecimiento, adquisición, expansión o conservación de una inversión de un inversionista en su territorio”.

3. Muchos países desarrollados exportan al resto del mundo sus estándares de expropiación regulatoria (*regulatory takings*, que prohíben la nacionalización o expropiación directa a menos que se otorgue una compensación monetaria cuando el gobierno se apropia de derechos privados en nombre del bien público). Parte de la sociedad civil y ONG temen que toda medida que perjudique la viabilidad económica de una inversión sea interpretada por las compañías como equivalente a una expropiación y, por lo tanto, quede sujeta a compensación. O que incluso se adopten medidas que excedan las protecciones establecidas por los estados inversores.

Frente a estos acuerdos, algunos han abogado por su sustitución por un acuerdo multilateral de inversiones, más atractivo para los países más pequeños con gran número de inversiones extranjeras salientes, de cara a proteger de forma más efectiva a sus inversiones.

La Ronda Uruguay estableció algunas pautas iniciales para un acuerdo de inversiones en la OMC a través del Acuerdo sobre medidas de inversión relacionadas con el comercio (AMIC o TRIMS en terminología anglosajona) y las disposiciones sobre inversiones del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS o GATS).

Tras la Ronda Uruguay, se establecieron negociaciones en la OCDE para un Acuerdo Multilateral de Inversiones (MAI). El MAI fue moldeado sobre la base de las disposiciones en materia de inversiones del NAFTA, que era por entonces el más reciente y más desarrollado acuerdo multilateral de inversiones. El MAI incluyó disposiciones diseñadas para asegurar el

trato no discriminatorio (tratamiento nacional y de nación más favorecida), prohibición frente a ciertas “exigencias de cumplimiento”, normas sobre estándares mínimos internacionales en materia de tratamiento y expropiación, y un procedimiento de resolución de controversias basado en las instituciones comerciales de arbitraje existentes (CIADI y UNCITRAL). El MAI atrajo una atención inusual, sobre todo promovida por las preocupaciones medioambientales; sin embargo, las negociaciones fueron finalmente abandonadas.

Todos estos acuerdos y procedimientos se centraban en los derechos del inversor extranjero y las obligaciones del estado receptor.

Ha habido también intentos de desarrollar un acuerdo internacional basado en las obligaciones de los inversores extranjeros, pero no se han relacionado con los acuerdos de inversión de manera vinculante. El Centro de Naciones Unidas para las Empresas Multinacionales –*UN Centre on Transnational Corporations*- empleó varios años en la negociación de un código de empresas multinacionales pero lo abandonó ante la oposición de las multinacionales de los países desarrollados. La OCDE ha dictado una Guía para las empresas multinacionales recientemente revisada, pero su adopción es voluntaria.

Desde el colapso de las negociaciones del MAI ha habido cierta inseguridad sobre cómo proceder, en un ambiente donde los partidarios de un acuerdo multilateral defendían que la OMC era el foro apropiado para las negociaciones en materia de inversiones. Finalmente, la Declaración Ministerial de Doha de la OMC abrió las puertas a negociaciones sobre un acuerdo multilateral de inversiones como parte del compromiso único -*single undertaking*-.

En este contexto, el objetivo de este proyecto es explorar si la normativa de inversiones puede y debe crear vínculos con la responsabilidad social corporativa:

- Si la RSC está creciendo como tendencia internacional en el mundo de las empresas y las compañías tienen la voluntad de mejorar su rendimiento, ¿por qué no debería promoverse a través de los acuerdos de inversión?

- ¿Cómo se podría abordar dicho vínculo en el contexto de las negociaciones de tratados bilaterales de inversión?

Se pretende con ello profundizar en el debate sobre la inserción de responsabilidades efectivas de los inversores en los acuerdos de inversión, desplazándolo de la arena política al de las soluciones en el marco de la Responsabilidad Social Corporativa. Si bien ya se ha formulado algún diseño de acuerdo de inversiones compatible con la inserción de criterios de Responsabilidad Social, como el del Acuerdo Modelo del IISD, el presente trabajo trata de ahondar en el marco institucional para que un acuerdo de similares características tenga lugar, analizando los incentivos necesarios para que las partes cooperen y promuevan conductas responsables, equilibrando los derechos y obligaciones del inversor con los del Estado receptor.

La ubicación de la responsabilidad social corporativa como criterio complementario al marco legal, minimizando los riesgos políticos de cada contexto particular, al mismo tiempo que se promueve el desarrollo económico y social, implica cuestionar los conceptos de riesgo y seguridad jurídicas que tradicionalmente han sustentado la fase previa al establecimiento de la inversión, relacionándola además con las nuevas doctrinas de gobernanza en un contexto globalizado.

El análisis de los recientes flujos de inversión España-América Latina, así como los condicionantes de la inversión y los sectores receptores servirán para contextualizar las expectativas creadas por las empresas españolas en la región así como para testar el grado de satisfacción con la conducta de nuestras multinacionales.

A partir de aquí, habrá que concebir la inversión a lo largo de todo su ciclo de vida, como un proceso biológico, con interacción y participación de múltiples actores, imponiendo la necesidad de transparencia a lo largo de todo el proceso.

Desechada la simple voluntariedad de las iniciativas de responsabilidad social, bien a través de códigos de conducta corporativos, bien a través de instrumentos internacionales, la intervención estatal tendrá una relevancia fundamental, especialmente a través de las agencias de promoción y protección de inversiones. La responsabilidad social y por ende, la sostenibilidad de la inversión, se configuran así como un proceso bilateral con responsabilidades compartidas entre el Estado receptor y el Estado de origen de la inversión.

El panorama de los acuerdos de inversión bilaterales y regionales permitirá poner en evidencia una vez más, el déficit de sostenibilidad de los instrumentos internacionales que, aunque asumidos por países con larga tradición de protección de derechos humanos, sociales y medioambientales, no trasladan a sus inversiones los estándares comprometidos.

A partir de aquí, el examen del clausulado de los acuerdos evidenciará que bajo la excusa del trato no discriminatorio y la igualdad procesal, se ocultan múltiples limitaciones al derecho de los Estados anfitriones a proteger debidamente su medioambiente o su población al mismo tiempo que promueven el desarrollo local. Finalmente, el análisis de la práctica arbitral bilateral más reciente servirá para justificar la imperiosa necesidad de contar con referentes de sostenibilidad en las inversiones que guíen la interpretación arbitral.

Helena Ancos Franco

CAPÍTULO PRIMERO.

LAS INVERSIONES ESPAÑOLAS EN VENEZUELA Y BOLIVIA, SU RÉGIMEN JURÍDICO EN LOS APPRI Y LA JURISPRUDENCIA DEL CIADI: ¿HACIA UNA “REPOLITIZACIÓN” DE LAS CONTROVERSIAS SOBRE INVERSIONES?

Dámaso Javier Vicente Blanco
Profesor CD de Derecho Internacional Privado
Universidad de Valladolid

«La cuestión indígena arranca de nuestra economía».

José Carlos Mariátegui, *La cuestión del indio, Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*, 1928.

«Si hubiéramos de proponer una divisa para nuestra política económica lanzaríamos la siguiente, que nos parece resumir dramáticamente esa necesidad de invertir la riqueza producida por el sistema destructivo de la mina, en crear riqueza agrícola, reproductiva y progresiva: sembrar el petróleo».

Arturo Uslar Pietri, «Sembrar petróleo», *Ahora*, Caracas, 14 de julio de 1936.

I.- El proceso de inversión española en América Latina en las décadas del 90 y 2000 y los instrumentos jurídicos de promoción y protección de las inversiones

Como se sabe, desde inicios de la década de 1990 tuvo lugar un proceso de internacionalización de la empresa española y de expansión de la inversión española en el exterior, especialmente circunscrito al área de América Latina², que devino en una verdadera oleada de inversiones en la segunda mitad del decenio, alcanzando su punto culminante en 1999³. En un limitado período de tiempo, no más de ocho o nueve años (de 1991 a 1999), un importante número de empresas españolas extendieron su ámbito de actuación al exterior, fundamentalmente, como se ha dicho, a los mercados

² Ver, por ejemplo, ALEJANO, A., «Las inversiones españolas en el exterior: 1986-1993», *Revista Economistas (Revista del Colegio de Economistas de Madrid)*, año 12, nº 62, 1994, pp. 17-22; MORÁN REYERO, P. «La inversión directa española en el exterior: evolución reciente», *Información Comercial Española*, nº 735, noviembre de 1994, pp. 3-19.

³ Como señala Javier Santiso Guimaras, “en 1999, en el punto álgido de la oleada de inversiones en América Latina, el 65 por 100 del total de las inversiones de las empresas españolas en el extranjero estaba concentrado en esa región” (en SANTISO GUIMARAS, J., «La internacionalización de las empresas españolas: hitos y retos», *Información Comercial Española*, núm. 839, noviembre-diciembre 2007, pp. 113-120). Véase también CASILDA BÉJAR, R., «La década dorada 1990-2000. Inversiones españolas directas en América Latina », *Boletín Económico de ICE*, núm. 2778, septiembre de 2003, p. 56.

latinoamericanos⁴. Sol Meliá (1987), MAPFRE (1989), Telefónica (1991), Iberia (1991), Endesa (1992), Gas Natural (1992), Repsol YPF (1994), Iberdrola, BBVA, BSCH, Unión Fenosa, Dragados, Ferrovial Agromán, Sacyr, Aguas de Barcelona, entre otras, cruzaron el Atlántico con sus inversiones para asentarse en varios de los países de América Latina aprovechando los procesos de privatización de la economía que en ellos se desarrollaban en aplicación de la doctrina del “Consenso de Washington” y bajo las directrices establecidas por las políticas del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial⁵. Latinoamérica se convirtió en la “segunda patria” de las empresas inversoras españolas⁶, que pasaron a adquirir el carácter de Empresas Multinacionales o Transnacionales⁷, hasta el punto de que se ha hablado incluso de una “reconquista española”⁸.

El apoyo institucional, mediante el uso de instrumentos de promoción, se ha juzgado por la administración española como un método necesario para proporcionar a la empresa española competitividad, y superar su desventaja histórica⁹. Así, como veremos, España

⁴ Ver, por ejemplo, CHISLETT, W., *La inversión directa española en América Latina: Retos y Oportunidades*, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, Madrid, 2003.

⁵ El llamado “Consenso de Washington” ha establecido las reglas que debían seguirse para una buena “gestión económica” por los Estados, reglas que ha impuesto con sus recetas el Fondo Monetario Internacional. Las relaciones sociales debían regirse por la ley del mercado, por el hipotético “cálculo racional” económico de beneficios y ventajas. Este pretendido “consenso de ideas” (expresión del pensamiento único) se resumía en diez puntos que debían regir las políticas económicas de los Estados, centrados en el control del gasto público y la disciplina fiscal, la liberalización del comercio y del sistema financiero, la promoción de la inversión extranjera, la privatización de las empresas públicas, la desregulación del mercado y una mínima o inexistente intervención del Estado en la economía para la defensa de intereses públicos, para evitar distorsiones en el mercado. El papel del Estado, sin embargo, debía ser activo exclusivamente para fijar el marco que permitiese el libre juego de las fuerzas del mercado, ya que sólo el mercado sería capaz de repartir de la mejor manera posible los recursos productivos, las inversiones y el trabajo. Se hacía desaparecer el Estado del bienestar y el individuo se convertía en completamente responsable de su suerte. La economía establecía su primacía sobre la política. La lógica liberal de ganadores y perdedores se debía imponer sobre la base de los valores principales del orden económico que el consenso de Washington ha sustentado: la rentabilidad, el libre cambio, la productividad, la competitividad y el trabajo como mercancía y no como una actividad humana digna de protección. Ver, por ejemplo, CASILDA BÉJAR, R., «América Latina y el Consenso de Washington», *Boletín Económico de ICE*, núm. 2803, abril-mayo de 2004, pp. 19-38. Puede verse también STIGLITZ, J.E., *El malestar en la globalización*, Taurus, Madrid, 2002; e ídem, *Los felices noventa, la semilla de la destrucción*, Taurus, Madrid, 2003.

⁶ Ver VELASCO, G., «Latinoamérica, un crisol de oportunidades de inversión», *Bolsa de Madrid*, junio de 2004, pp. 12-23.

⁷ Ver, por ejemplo, CASILDA BÉJAR. (Ed.), *La gran apuesta. Globalización y multinacionales españolas en América Latina. Análisis de los protagonistas*, Granica, Madrid, 2008; y DURAN HERRERA, J.J., *Multinacionales españolas en Iberoamérica. Valor estratégico*, Pirámide, Madrid, 1999.

⁸ Así, por ejemplo, CECCHINI, D.; y ZICOLILLO, J., *Los nuevos conquistadores. El papel del gobierno y las empresas españolas en el expolio de Argentina*, Foca, Madrid, 2002. En realidad se puede hablar de que se trata de una campaña seguida especialmente desde finales de 1999 por medios de prensa anglosajones, como *Time*, *Washington Post*, *Financial Time*, *Wall Street Journal* y *The Economist* que, como afirma Ángel María Casas Gragea, “han venido difundiendo extensas informaciones, reportajes, análisis o artículos sobre este tema que han girado alrededor del juego-histórico de la reconquista, la nueva conquista o los nuevos conquistadores”. Ver CASAS GRAGEA, A.M., «La vuelta de España a América Latina ¿Reconquista o comunidad de intereses?», *Comentario Internacional. Revista del Centro Andino de Estudios Internacionales*, nº 1, I semestre, 2001, pp.133-142.

⁹ MARTÍNEZ BURGOS, F., «El apoyo institucional a la internacionalización de la empresa», *Información Comercial Española*, nº 735, noviembre 1994, p. 43.

llegó a la conclusión de Acuerdos para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones (APPRI, también llamados tratados bilaterales de inversión) con la mayor parte de los Estados de la región¹⁰, firmó y ratificó desde su elaboración el Convenio de Seúl de 11 de octubre de 1985, constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA), y se adhirió, un poco tardíamente, en 1994, al Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, que constituye el CIADI¹¹. Por otra parte, como se ha dicho, desde el punto de vista de la política gubernamental, el establecimiento de inversiones españolas en el exterior incide indudablemente en la política internacional española y en sus relaciones exteriores, en el sentido de favorecer una mayor estabilidad política internacional con objeto de no perjudicar los intereses de sus inversionistas en el exterior¹².

Los instrumentos a los que hacemos referencia fueron gestándose tras la Segunda Guerra Mundial con una finalidad precisa, la de neutralizar el poder normativo del Estado para evitar que lo utilizase ante la inversión extranjera¹³. Responden a la búsqueda de instrumentos eficaces capaces de dotar a las inversiones de seguridad, a través de lo que se ha llamado la “despolitización” del conflicto sobre inversiones, es decir, de evitar el conflicto interestatal (entre el Estado de acogida de la inversión y el Estado de origen) y canalizar así los conflictos a través del uso del arbitraje internacional, facilitando las reclamaciones directamente entre el inversor privado particular y el Estado receptor. Lo que se ha buscado evitar es que el Estado pudiera ejercer su poder soberano y discutir políticamente su actuación frente al Estado nacional de la inversión; y exigirle, a través de la internacionalización de los compromisos que adquiere con el inversionista extranjero, cumplir sus obligaciones con el inversionista como si fuese un particular, despojado de cualquier potestad estatal de uso unilateral, de forma que no pudiera ejercer frente a él sus poderes soberanos¹⁴.

En el contexto de la crisis de la deuda de 1981, y ante los efectos que la reducción de inversiones provocaba en el Tercer Mundo, el Banco Mundial ofreció un nuevo instrumento como medio de fomentar el retorno de la inversión extranjera a los Países en Desarrollo, a través de su aseguramiento: el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA, en sus siglas en inglés), creado por medio del Convenio de Seúl de 11 de octubre de 1985, y

¹⁰ Entre las actuaciones previstas por la Administración española en abril de 1994, en las llamadas *Medidas de Apoyo a la Actividad Exterior de la Empresa Española* se encontraba el impulso en la conclusión de Acuerdos de Protección y Promoción de Inversiones, con la finalidad de dotar de seguridad a las inversiones. Ver RUIZ LIGERO, A., «La internacionalización de la empresa española», *Revista Economistas (Revista del Colegio de Economistas de Madrid)*, año 12, nº 62, 1994, pp. 8-9.

¹¹ En 1994 resultaba incoherente que España no fuera aún parte del Convenio. El 20 de junio de 1994, con la previsión de la celebración en Madrid de la Asamblea del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial los días 4, 5 y 6 de noviembre de ese año, España ratificaba el Convenio de Washington, publicándose en el BOE el 13 de septiembre, y entrando en vigor para España el 14 de octubre, veinte días antes del inicio del evento.

¹² Ver COSTA CLIMENT, J., «Una década de inversión española en el exterior», *Información Comercial Española*, nº 799, abril-mayo 2002, p. 10. Puede verse también, TORAL CUETOS, P., «The insertion of Spain in the new Inter-american State System», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 9, 2005, en www.reei.org.

¹³ MAYER, P., «La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État», *Journal de Droit International*, 1986/1, p. 5-78.

¹⁴ Sobre la presunta “despolitización”, puede verse, SHIHATA, I.F.I., «Towards a greater depoliticization of investment disputes: the roles of ICSID and MIGA», *ICSID Review*, 1986/1, pp. 1-25.

en vigor desde el 12 de abril de 1988¹⁵. El MIGA es un instrumento de carácter sectorial, que lo que ofrece es un sistema de seguro y garantía de las inversiones internacionales¹⁶. El MIGA supuso la aceptación por los Estados receptores de inversión de normas internacionales que incorporaban las disciplinas que habían rechazado en otros foros. En 1991, sólo tres años después de su entrada en vigor, cien Estados (entre ellos ochenta y tres en vías de desarrollo) se habían adherido al Convenio de Seúl, y ciento cincuenta y cuatro en octubre de 2000. Su éxito implicaba un cambio de tendencia, al adherirse la mayor parte de los países latinoamericanos y algunos de los aún países socialistas, antes de la desaparición del bloque soviético. Hay que entender que el MIGA fue recibido como un hito en la evolución histórica del Derecho de la inversión, y su intervención tuvo la capacidad de modificar la norma internacional, al arrastrar con su éxito a los tratados bilaterales de inversión y al CIADI. España ratificó el Convenio de Seúl mediante la Ley 3/1988, de 4 de marzo de 1988 y para ella entró en vigor el 29 de abril¹⁷.

El hecho de haber aceptado ya en un marco multilateral como el MIGA las normas sobre inversiones propugnadas por los países exportadores de capital, y la necesidad de inversión para el desarrollo en el contexto de la crisis de la deuda, hizo que muchos Estados receptores fuesen concluyendo Acuerdos para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) con otros Estados, iniciándose la conclusión generalizada de APPRI, entre todo tipo de Estados (incluso entre los propios Estados en desarrollo), hasta llegar a crear una red de tratados que han ido formando una tupida malla de relaciones bilaterales, hasta el punto de que han alterado profundamente el marco de reglamentación de la inversión internacional¹⁸. Estos tratados han incluido de modo generalizado las cláusulas que atribuían

¹⁵ La crisis de la deuda de los años ochenta dio lugar a una drástica reducción de los flujos de capital hacia los países en vías de desarrollo. Las cifras que se han ofrecido señalan la disminución de los flujos de inversión extranjera directa de 17.000 millones de dólares en 1981 a 8.000 millones en 1983. La crisis debilitó las posturas de los países en desarrollo en relación con las reclamaciones del Nuevo Orden Económico Internacional, removió voluntades y facilitó la implantación de los mecanismos de protección y garantía de inversiones auspiciados por el Banco Mundial y los países desarrollados. Ver TREVES, T., «La convenzione istitutiva della MIGA come codice di condotta in tema di investimenti», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, año XXIII, 1987, p. 2. Ver también PETER, Ch.M., «MIGA and GRIP: two international investment insurance programmes», *World Competition*, vol. 12, 1988-89, pp.95-97.

¹⁶ Ver, entre otros, JOS, E., «L'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements: une contribution positive, mais insuffisante, pour promouvoir les investissements utiles aux Pays en développement», *Revue Gén. de Droit Int. Pub.*, 1994, p. 387-416 y SHIHATA, I.F.I., «The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the legal treatment of foreign investment», *RCADI*, t. 203, 1987-III, pp. 95-320.

¹⁷ BOE de 9 de marzo de 1988.

¹⁸ Ver BROCHES, A., «Bilateral investment protection treaties and arbitration of investment disputes», en *The art of arbitration: Liber amicorum Pieter Sanders* (J. Suchlsz y J. van den Berg, eds.), Kluwer, Dordrecht, 1982, p. 63-72; CARREAU, D.; y JUILLARD, P., *Droit international économique*, 1ª edición, Dalloz, París, 2003; DOLZER, R. y STEVENS, M., *Bilateral Investment Treaties*, Nijhoff, Dordrecht, La Haya, 1995; ; DOLZER, R. y SCHREUER, Ch., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Londres, 2008; JUILLARD, P., «Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France», *Journal de Droit International*, 1979, p. 274-325; JUILLARD, P., «L'évolution des sources du Droit des investissements», *RCADI*, tomo 250, 1994, pp. 5-190; KHALIL, M., «Treatment of foreign Investment in Bilateral Investment Treaties», en SHIHATA, F.I., *Legal treatment of foreign investment. The World Bank Guidelines*, Nijhoff, Dordrecht, 1993, pp. 221-265; LEBEN, Ch. y FLORY, «Les conventions bilatérales d'établissement», *Jurisclasseur de Droit International*, .fasc. 222; LEEKS, A., «The Relationship Between Bilateral Investment Treaty Arbitration and the Wider Corpus of International Law: The ICSID Approach», *University of Toronto Faculty of Law Review*, nº 65/1, marzo de 2007; MANN, F.A., «British treaties for the promotion and protection of investment», *British of Yearbook International Law*, vol. 57, 1981, pp. 241 y ss.; y SALACUSE, J.; y SULLIVAN, N., «Do BITS really work?: An evaluation of Bilateral Investment Treaties and their grand Bargain», *Harvard International Law Journal*, nº 46, 2005, pp. 67-130.

la competencia a tribunales arbitrales del CIADI. Como decimos, los tratados bilaterales de inversión o APPRI han consolidado el acervo de la experiencia práctica internacional sobre normas relativas a inversiones, de modo que recogen reglas más o menos estandarizadas en nueve áreas definidas¹⁹: 1) Normas sobre sujetos beneficiarios de los mecanismos de protección (accionistas beneficiarios); 2) Normas sobre la categorías de inversiones que se benefician de la protección (concepto de inversión protegida); 3) Normas sobre acceso de las inversiones (libre acceso o acceso sometido a control del Estado) y grado de protección debido por el Estado a la inversión (plena protección o seguridad y/o protección del Derecho internacional); 4) Normas sobre el tratamiento que el Estado se obliga a dar a la inversión y a los inversionistas (trato justo y equitativo, trato nacional y trato de la nación más favorecida, entre otros); 5) Normas de prohibición de expropiaciones y nacionalizaciones de las inversiones y sobre indemnizaciones por incumplimiento (indemnización pronta, adecuada y efectiva); 6) Normas sobre transferencia y repatriación de haberes y sobre convertibilidad monetaria (libre transferencia y libre convertibilidad); 7) Normas sobre obligación de cumplimiento de los compromisos adquiridos con la inversión; 8) Normas sobre sistemas de garantías de las inversiones; y, finalmente, 9) Normas sobre solución de diferencias entre los Estados parte del convenio (como diferencia interestatal, ante tribunales internacionales); y de solución de controversias sobre inversiones, directamente entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión, donde se contempla el arbitraje en protección de inversiones (ante el CIADI u otras vías). España se integró a la corriente general de conclusión de APPRI con Países en Vías de Desarrollo (PED) a partir de 1991 y fue creando su propia red de tratados bilaterales de inversión²⁰.

El Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, que crea el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI), constituye otro de los instrumentos jurídicos fundamentales que ha contribuido a cambiar la norma internacional sobre inversiones extranjeras²¹. El CIADI es una institución arbitral, que reglamenta, organiza y da eficacia jurídica a los arbitrajes que resuelven diferencias sobre inversiones entre particulares inversionistas, nacionales (o sociedades bajo control) de un Estado miembro del Convenio, y el Estado miembro donde realizaron la inversión. Durante largo tiempo el CIADI no tuvo éxito, y dio lugar a resultados modestos, tanto por el número de Estados parte del Convenio de Washington, como por el número de casos que se sometían a la jurisdicción arbitral. Hay que tener en cuenta que su aparición coincide con la reivindicación por el llamado Tercer Mundo de la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales, de modo que las soluciones que auspiciaba eran contrarias a la reclamación del Nuevo Orden Económico Internacional. El éxito del CIADI, igual que la universalización de los APPRI, no se producirá hasta finales de los años ochenta y comienzos de los noventa, facilitado por el nuevo contexto económico-político e impulsado por el éxito del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) y la conexión institucional (al pertenecer los dos organismos al grupo del Banco Mundial) y normativa que existe entre ambos Convenios.

¹⁹ Ver, por ejemplo, DOLZER, R. y SCHREUER, Ch., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Londres, 2008.

²⁰ Puede verse GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones exteriores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

²¹ Ver BROCHES, A., *Selected essays. World Bank, ICSID and others subjects Public and Private International Law*, Nijhoff, Dordrecht, 1995; FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Marcial Pons, Madrid, 2008; HIRSCH, M., *The arbitration mechanism of the International Center for Settlement of Investment Disputes*, Graham & Trotman/Nijhoff, Dordrecht, 1993; y VIVES CHILLIDA, J.A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

II.- Las inversiones españolas en Bolivia y Venezuela y las circunstancias políticas de la última década

Las inversiones españolas en Venezuela y Bolivia forman parte de esta ola de inversiones hacia América Latina que hemos referido se desarrolla desde comienzos de los años 90. La relevancia de las inversiones españolas en ambos países es relativa y, por ejemplo, en el período 1993-2000, cuando las inversiones españolas en la región llegaban en un volumen de 5.000 millones de dólares anuales, las inversiones en Venezuela representaron un 3% del total²².

A.- Las inversiones españolas en Venezuela

Venezuela forma parte de uno de los dos focos principales de atracción de inversiones españolas de la región en la década del 90, la Comunidad Andina (en especial Colombia, Perú y Venezuela), que junto con el MERCOSUR (Argentina y Brasil, fundamentalmente) y Chile, constituyeron los destinatarios del mayor volumen de inversiones en el período 1993-2000²³. El salto se produjo en 1997, cuando la entrada de inversión española pasó a representar el 17% de la inversión extranjera, sólo por detrás de los EE.UU., cuando en el período 1992-1996 no había pasado del 3%²⁴. Las inversiones españolas en Venezuela han representado el 10% del total de las inversiones extranjeras que entraron en el país procedentes de Estados Unidos y la Unión Europea²⁵. En la actualidad, estamos asistiendo a una situación de incertidumbre, con situaciones y el riesgo o anuncios de algunas desinversiones significativas. El mayor volumen de inversión española en Venezuela tuvo lugar en la década de 1990, con la entrada de los grandes empresas como el BBVA, el Banco Santander y REPSOL-YPF²⁶. La aseguradora MAPFRE está entre las más tempranas inversoras de la nueva época, pues su inversión se remonta a 1989.

En el período 1993-1997, según el Informe de la CEPAL sobre *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 1999*, las inversiones españolas más relevantes en Venezuela fueron las bancarias²⁷. El BBVA adquirió en 1997 el Banco Provincial, del que se hizo con el 51% del capital. Con este banco se colocaba a la cabeza del sistema bancario venezolano, con una participación en el mercado superior a la que tenía en España²⁸. Por su parte, el BSCH se hizo en 1997 con el Banco de Venezuela, con un 98% del capital, ocupando en ese momento el tercer lugar en el sistema bancario venezolano. De esta forma, los bancos españoles se convirtieron en los protagonistas indiscutibles del mercado

²² Ver ARAHUETES GARCÍA, A., «Las Inversiones Directas de las Empresas de Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y España en América Latina en el periodo 1990-2000», *ICADE. Universidad Pontificia Comillas de Madrid*, nº 54, septiembre-diciembre 2001, pp., 1-25.

²³ CEPAL, *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 1999*, Santiago de Chile, 2000, pp. 142-143.

²⁴ CEPAL, *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 1998*, Santiago de Chile, 1999, p. 121.

²⁵ CHISLETT, W., *La inversión directa española en América Latina: Retos y Oportunidades*, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, Madrid, 2003, p.165.

²⁶ Ver Oficina Económica y Comercial / Departamento de Información de Inversiones y Coordinación (ICEX), *Guía de organismos de apoyo a la inversión en Venezuela*, ICEX, Madrid, 2008.

²⁷ CEPAL, *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 1999*, Santiago de Chile, 2000, p. 143.

²⁸ *Ídem*, pp. 169-174. Sobre la política del BBVA y su cumplimiento de las reglas de Responsabilidad Social Corporativa, puede verse VAN DIJK, M., y SLOB, B., *BBVA. Vinculos financieros con empresas y proyectos controvertidos en el mundo*, Federación SETEM, Madrid, 2007.

bancario de Venezuela²⁹. Hoy, el Banco de Venezuela es el primer banco del país, mientras el Banco Provincial ha sido desplazado al segundo lugar. En agosto de 2008, el presidente Chávez anunció la nacionalización del Banco de Venezuela, después de que el grupo Santander manifestase su intención de venderlo a otro banco venezolano³⁰. A comienzos de diciembre de 2008, el gobierno venezolano no ha hecho efectiva la nacionalización, según parece, a la espera de liquidez para efectuar el pago de la indemnización correspondiente al BSCH o de su depreciación³¹.

En el sector de las telecomunicaciones, en 1991, el gobierno del socialdemócrata Carlos Andrés Pérez privatizó, a instancias del FMI, la empresa de telefonía estatal, la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV). El concurso atribuyó un 40% de la acciones de CANTV al llamado *Consorcio VenWorld Telecom., C.A.*, una entidad constituida en Venezuela en la que participaban diversas empresas, entre otras las estadounidenses GTE e ITT, el Banco Mercantil, la Electricidad de Caracas y en un 16% Telefónica Internacional³². Después de diversas vicisitudes accionariales, el gobierno Chávez anunció la renacionalización de la compañía en enero de 2007, provocando una bajada de las acciones y anticipándose a su venta a intereses empresariales mexicanos. Telefónica vendió al gobierno venezolano su participación en mayo de 2007³³.

En el sector eléctrico, Endesa adquirió en 1993 una participación en la Electricidad de Caracas, S.A.I.C.A. – S.A.C.A. (ELECAR), empresa de distribución y generación, en la que poseía en el año 2000 una participación directa del 7,86 por 100. En junio de ese año, Endesa vendió su participación en Elecar por 162,7 millones de dólares³⁴.

En el sector del transporte aéreo, Iberia adquirió en 1991, el 60% de la aerolínea venezolana VIASA (Venezolana Internacional de Aviación, Sociedad Anónima), privatizada a instancias del FMI por el gobierno de Carlos Andrés Pérez. Pese a que Iberia quiso hacerse con el 100% del capital, a lo que se opuso el gobierno venezolano del momento, la empresa fue finalmente liquidada entre 1994 y 1997 y desapareció a comienzos de ese año, como parte de la estrategia de saneamiento de Iberia para su posterior privatización en 1999³⁵.

En el sector del petróleo y el gas, Repsol llevó a cabo sus primeras inversiones en Venezuela en 1994, como socio de Exxon. Desde entonces su actividad en Venezuela se desarrolló a través de diversos convenios operativos con la petrolera venezolana PDVSA

²⁹ *Ídem*, pp. 170-172.

³⁰ Ver «Chávez amenaza con nacionalizar la filial venezolana del Banco Santander», *El País*, 1 de agosto de 2008.

³¹ Ver «Posponen hasta enero compra del Banco de Venezuela», *El Nacional*, 2 de diciembre de 2008.

³² Ver BOTTOME, R., «Aló, Aló, aquí AES: La batalla por el control de CANTV», *Veneconomía*, vol. 18, nº 12, septiembre de 2001, en:

http://www.veneconomia.com/site/files/articulos/artEsp1931_1459.pdf.

³³ Ver «Telefónica acepta la OPA de Chávez sobre la operadora venezolana CANTV», *El País*, 22 de mayo de 2007.

³⁴ Ver Comisión Nacional del Mercado de Valores, «Endesa, S.A.», Folleto Informativo Continuado (RFV), 27 de julio de 2000, en <http://www.cnmv.es/FE/FEO3317.PDF>.

³⁵ VIDAL OLIVARES, J., «De la internacionalización a la multinacionalización: Iberia, Líneas Aéreas de España en América Latina, 1966-1996», en M. Cerutti (ed), *Empresas y grupos empresariales en América Latina, España y Portugal*, Monterrey, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2006, pp. 210-239; e *Ídem*, *La Alas de España. Iberia Líneas Aéreas. De compañía de bandera a transportista mundial, 1940-2005*, Valencia, Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2008.

(Petróleos de Venezuela Sociedad Anónima)³⁶. En 1997 PDVSA adjudicó a Repsol el convenio operativo Mene Grande, para explotar durante 20 años el campo del mismo nombre, uno de los más ricos yacimientos petrolíferos del país³⁷. En 2001 se produjeron dos nuevas inversiones, ya como Repsol YPF. En febrero de ese año firmó un acuerdo con PDVSA para incrementar la producción de gas en el campo Quiriquire, con una duración prevista hasta el año 2013. En junio de 2001, el Ministerio de Energía y Minas adjudicó a Repsol YPF una licencia para la exploración y producción de gas en el área Barrancas (Ronda de Gas) y una participación en los bloques Yucal Placer Norte y Yucal Placer Sur, localizados en los estados de Barinas y Guarico, por una duración inicial de 35 años. Repsol se convirtió en la empresa extranjera con mayor presencia en el sector del gas venezolano. Desde entonces Repsol YPF ha incrementado sus inversiones, con la firma en marzo de 2005, exigida por el Gobierno Venezolano, de una serie de acuerdos que permitían incrementar la presencia de Repsol YPF en Venezuela a cambio de la creación de una empresa mixta, constituida en un 51% por PDVSA y un 49% por Repsol YPF, que tendría derechos de explotación y producción de hidrocarburos en las áreas donde Repsol ya se encontraba presente³⁸. El gobierno Chávez puso el plazo del 31 de diciembre de 2005 para que las empresas petroleras extranjeras transformasen sus convenios cooperativos en empresas mixtas, siendo Repsol YPF una de las primeras empresas en aceptar el cambio³⁹. En agosto del mismo año 2005, se adjudicó a Repsol YPF una licencia para explotar un nuevo yacimiento petrolífero, la *Faja Petrolífera del Orinoco*, en el sureste del país, la principal reserva de crudo pesado y extrapesado del mundo, considerada como uno de los mayores yacimientos del planeta. Además, existen plantas de producción de electricidad a partir del gas construidas por Repsol y planes de gasificación de todo el país.

Inversión española en Venezuela: 1997-2006 (en millones de euros)										
Año	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Inversiones	347	391	66	75	1.152	38	24	170	31	94

Fuente: SOSA GÓMEZ, F. A., y RAMÍREZ ALESÓN, M., «Caracterización de las empresas españolas inversoras en Venezuela», *Boletín Económico de ICE*, núm. 2946, agosto de 2008, p. 35⁴⁰.

Otras empresas españolas como Elecnor, Iberdrola, Air Europa, Inditex, Barceló, el Grupo Prisa o Sol Meliá han invertido en el país en los últimos años⁴¹. Así, en enero de 2006, Iberdrola Ingeniería y Construcción (Iberinco) se adjudicó un contrato de la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (Cadafe) de Venezuela para reforzar la infraestructura eléctrica del Estado de Falcón por 79,4 millones de dólares

³⁶ Ver el informe de PDVSA, «Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) y sus Filiales. Propiedad de la República Bolivariana de Venezuela. Información Financiera y Operacional al 31 de diciembre de 2007», Ministerio del Poder Popular para la Energía y el Petróleo del Gobierno Bolivariano de Venezuela, Caracas, 2008.

³⁷ «Repsol consigue entrar en Venezuela tras ofrecer el doble que sus rivales», *El País*, 5 de junio de 1997.

³⁸ Ver «Repsol acuerda con Venezuela aumentar un 60% su producción de hidrocarburos. El acuerdo, que se firmará el miércoles, incluye la creación de una sociedad mixta con la estatal PDVSA», *El País*, 29 de marzo de 2005.

³⁹ Ver Observatorio de la Deuda en la Globalización, *Dossier Repsol IPF*, Campaña Repsol 2006.

⁴⁰ Tomado del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de España (2007).

⁴¹ Un listado completo de las empresas españolas que tienen inversiones registradas en Venezuela puede encontrarse en Oficina Económica y Comercial / Departamento de Información de Inversiones y Coordinación (ICEX), *Directorio de Empresas Españolas Implantadas en Venezuela*, ICEX, Madrid, 2008.

En todo caso, como muestra el cuadro comparativo de inversiones españolas en Venezuela entre los años 1997 y 2006, las entradas de inversiones son irregulares, destacando el pico del año 2001, donde se llevan a cabo las inversiones de los convenios operativos petrolíferos. El total de entrada de inversión española en Venezuela en ese período asciende a 2.388 millones de euros, lo que representa el 1,21 por 100 del total de inversiones españolas en el exterior⁴². El escaso volumen de inversiones en los años 2002 y 2003 coincide con los momentos de inestabilidad. El repunte de las inversiones en 2004 se dirige en especial, además de los sectores bancario, seguros y energético, hacia otros sectores como la hostelería, la gestión de agua, el eléctrico y el editorial⁴³. Fuera del cuadro, cabe mencionar la cifra del año 2007, que se ha quedado en 89 millones de euros⁴⁴, de forma que de 2005 a 2007 se vuelve a producir una ralentización de las inversiones.

B.- Las inversiones españolas en Bolivia

Bolivia también ha sido un significativo receptor de inversiones españolas, aunque en un volumen más modesto que Venezuela. Entre 1993 y 2008, la inversión española en Bolivia alcanzó los 235,147 millones de euros⁴⁵. La distribución ha sido altamente desigual. En 2001, la inversión no fue más allá de 1,86 millones de euros, aumentando significativamente en 2002 hasta alcanzar 92,86 millones de euros, para caer en 2003 a 0,08 millones de euros y subir a 15,26 millones de euros en 2004 y no obtener cifras significativas de 2005 a 2007. Las principales empresas españolas con inversión en Bolivia son Repsol-YPF, Iberdrola, Red Eléctrica Española, BBVA, el Grupo Prisa, Santillana, Maxam-Fanesa y Abertis⁴⁶.

Repsol-YPF es el principal inversor español en Bolivia, donde opera desde 1994, cuando sólo era Repsol⁴⁷. Su primera inversión la hizo asociada con otras empresas petroleras para explorar el bloque Secure, entre los departamentos de Cochabamba (centro) y Beni (noreste). Las inversiones en el bloque se repartieron entre Repsol, Elf Aquitaine (Francia), BHP (Australia), con un 29,16% cada una y la norteamericana Maxus, con un 12,5%. La parte de Maxus fue adquirida en 1995 por la argentina YPF, por lo que con la fusión de Repsol, en 1999, terminaría en manos de Repsol-YPF, así como los derechos y participaciones de YPF en las empresas de exploración-explotación resultantes de la privatización en 1996 de la empresa petrolera estatal boliviana YPFB. Se calcula que Repsol ha invertido desde 1994 hasta 2006 más de 900 millones de euros en Bolivia, llegando a generar más de 3000 puestos de trabajo. Su actividad ha sido múltiple, pues ha desempeñado tareas de exploración-producción, a través de sus afiliadas Andina y Repsol YPF E&P, y también tareas de abastecimiento, comercialización y exportación. En enero de 2005, a causa de las presiones sociales, se promulgó una Ley de Hidrocarburos que

⁴² Si se toma el período 1993-2008, la cifra se eleva a 2.647 millones de euros. Inversiones brutas, no ETVE. Datos obtenidos en DataInvex, portal de la Secretaría de Estado de Comercio sobre estadísticas de inversión española en el exterior, en http://datainvex.comercio.es/principal_invex.aspx.

⁴³ Ver SOSA GÓMEZ, F. A., y RAMÍREZ ALESÓN, M., «Caracterización de las empresas españolas inversoras en Venezuela», *Boletín Económico de ICE*, núm. 2946, agosto de 2008, p. 35.

⁴⁴ Ver «Apéndice estadístico. Inversiones extranjeras *Boletín Económico de ICE*, núm. 2943, julio de 2008, p. 345.

⁴⁵ Inversiones brutas, no ETVE. Datos obtenidos en DataInvex, portal de la Secretaría de Estado de Comercio sobre estadísticas de inversión española en el exterior, en http://datainvex.comercio.es/principal_invex.aspx.

⁴⁶ Ver Oficina Económica y Comercial / Departamento de Información de Inversiones y Coordinación (ICEX), *Guía de organismos de apoyo a la inversión en Bolivia*, ICEX 2007.

⁴⁷ Ver «Repsol YPF califica de "injusto" el decreto boliviano y reclama seguridad jurídica», *El País*, 3 de mayo de 2006; y «Repsol continuará en Bolivia actividades que comenzó en 1994», *El Economista*, 29 de octubre de 2006.

gravaba con un nuevo impuesto del 32% la producción de gas natural y petróleo. Con la llegada de Evo Morales al poder, en enero de 2006, se produjo la nacionalización del sector en mayo de ese año y la obligación de renegociar los contratos petroleros, reajustando los beneficios que el Estado boliviano recibía de las empresas y devolviéndole el control de la explotación de los hidrocarburos al ente público YPFB. Repsol terminó llegando un acuerdo que se firmó a finales de octubre de 2006, casi al término del ultimátum puesto por el decreto⁴⁸. Entre tanto, el gobierno había acusado en los meses anteriores a Repsol YPF y a Petrobrás de incumplir los acuerdos de venta de gas a Brasil, de evasión tributaria y a los ejecutivos de Repsol en Bolivia de presunto contrabando de petróleo, por lo que llegaron a ser temporalmente detenidos. Por otro lado, Repsol ha sido duramente criticada por su política de gestión y la falta de cumplimiento de los compromisos de Responsabilidad Social Corporativa, tanto en lo relativo a la protección medioambiental como en lo que se refiere a la participación del Estado en los beneficios obtenidos, así como en el respeto de los derechos laborales y la seguridad en el trabajo, los derechos humanos y los derechos indígenas⁴⁹.

Iberdrola gestiona desde 1995 un alto porcentaje de la distribución eléctrica de Bolivia por medio de dos empresas, Electropaz y Electricidad y Fuerza de Oruro (ELFEO), de las que es propietaria en un 57% y 59%, respectivamente. En conjunto, en 2006 suministraron el 37% de toda la energía distribuida en el país⁵⁰.

En 1997, Unión FENOSA entró en el sector del transporte eléctrico de alta tensión al comprar, con otro socio y por 39,9 millones de dólares, la empresa boliviana Transportadora de Electricidad, S.A. (TDE), la propietaria y operadora de la red nacional de transporte de energía, que atiende el 85% del mercado nacional. Unión Fenosa se hizo con el 69% del capital de TDE, mientras que el Banco Central Hispano compró otro 10%. En el año 2002, Red Eléctrica Española Internacional adquirió el 99,94% de sus acciones a Unión Fenosa y BSCH, por 91 millones de euros. La licencia es por tiempo indefinido y cuenta con unos 2.000 km de líneas y 19 subestaciones⁵¹.

Desde 1997, el BBVA opera en Bolivia en el sector de la administración de fondos de pensiones a través de *BVA Previsión AFP Administradora de Fondo de Pensiones*, constituida el 25 de febrero de 1997, tras el desmantelamiento del sistema público de pensiones boliviano, que se transformó con la Ley de Pensiones de noviembre de 1996 en un sistema de capitalización individual con administración privada⁵². La filial de BBVA administra las pensiones de más del 50% de los afiliados al sistema de pensiones y gestionaba hasta 2006 el Fondo de Capitalización Colectiva, que es un fondo que estaba

⁴⁸ « Repsol pacta con Morales continuar en Bolivia », *El País*, 29 de octubre de 2006.

⁴⁹ Ver INTERMÓN-OXFAM, *Repsol-YPF en Bolivia: una isla de prosperidad en medio de la pobreza*, Informe de Intermón-Oxfam, Barcelona, mayo de 2004; GAVALDÀ, M.; y CARRIÓN, J., *Repsol-YPF. Un discurso socialmente irresponsable*, Ágora Nord-Sud/ODG, Barcelona, 2007; el número especial, «Quién es y qué hace Repsol YPF en Bolivia?», de la revista *Petropress*, nº 9, abril 2008; y ACSUR-Las Segovias/CEDIB, *¿Responsabilidad Social Corporativa o Derechos Sociales?*, ACSUR/CEDIB, Madrid, junio de 2008.

⁵⁰ Ver, entre otros, ERGUETA TEJERINA, A., *El retorno de Colón. Inversión española en el sector eléctrico de Bolivia*, CEDLA, La Paz, Bolivia. Agosto 2006.

⁵¹ Puede verse REE, *El libro de los 20 años. Red Eléctrica de España 1985-2005*, Red Eléctrica de España S.A., 2005.

⁵² Ver CEPAL, *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 2002*, Santiago de Chile, 2003, pp. 96-103; y TORRECILLA, F., *Bolivia y la integración gasífera sudamericana: ¿un proceso incluyente?*, Área de recursos energéticos y planificación para el desarrollo, IDICSO (Instituto de Investigación en Ciencias Sociales), Universidad del Salvador, Buenos Aires, 2005, p 48.

integrado por la mitad de las acciones de las empresas públicas capitalizadas⁵³. En mayo de 2006, el gobierno exigió por Decreto a las empresas la devolución al Estado boliviano de la gestión de las acciones⁵⁴, y en julio de 2008 anunció la renacionalización del sistema de pensiones⁵⁵.

El Banco Central Hispano adquirió en julio de 1998, antes de su fusión con el Banco Santander, el 90% del Banco Santa Cruz. Con la previsión de la llegada de Evo Morales al poder, el BSCH intentó vender en diciembre de 2005 su participación al Grupo boliviano León Prado, propietario del Banco Bisa, pero la operación no frugó y en marzo de 2006 terminó vendiéndolo al Banco Mercantil⁵⁶. En la actualidad, el BSCH se encontraba financiando la construcción de un polémico complejo hidroeléctrico en el Río Madera, entre Brasil y Bolivia, pero las presiones de las ONG, a causa de los efectos medioambientales, laborales y sobre las poblaciones indígenas, le han llevado a retirarse de la segunda fase del proyecto⁵⁷.

En 1999, la Unión Española de Explosivos (hoy Grupo Maxam) llevó a cabo una inversión en Bolivia, al adquirir la Fábrica Nacional de Explosivos y Accesorios S.A., Fanexa SAM a la Corporación de las Fuerzas Armadas para el Desarrollo Nacional (Cofadena), creando UEE-Fanexa (hoy Maxam-Fanexa)⁵⁸.

En el sector periodístico, en octubre de 2000 el Grupo Prisa realizó una inversión en Bolivia por medio de la constitución de una sociedad con la primera empresa de comunicación boliviana, el Grupo Garafulic, lo que le permitió ser accionista mayoritario de los diarios *La Razón*, *El Nuevo Día* (de Santa Cruz) y el sensacionalista *Extra*, y participar en la red nacional de televisión ATB⁵⁹. Con posterioridad, ante el conflicto con sus socios del Grupo Garafulic, terminó por asumir en solitario el control de los medios del grupo⁶⁰. Además,

⁵³ Ver MONTERO SOLER, A., «Bolivia: transnacionales españolas», *VientoSur*, nº 87, julio 2006, p. 10.

⁵⁴ «El BBVA entrega las acciones que pide Bolivia, pero recurre el decreto», *El País*, 19 de mayo de 2006.

⁵⁵ «Golpe de efecto con las pensiones», *El País*, 11 de agosto de 2008.

⁵⁶ Ver ERGUETA TEJERINA, A., *El retorno de Colón. Inversión española en el sector eléctrico de Bolivia*, CEDLA, La Paz, Bolivia. Agosto 2006, pp. 23-24; y Oficina Económica y Comercial / Departamento de Información de Inversiones y Coordinación (ICEX), *Guía de organismos de apoyo a la inversión en Bolivia*, ICEX 2007, p. 21.

⁵⁷ Ver DUCH GUILLOT, G., MAESO I AZTARAIN, V., Y VARGAS, M., «BSCH en la Amazonía: financiamiento social y ambientalmente irresponsable», *Boletín del Observatorio de la Deuda en la Globalización*, septiembre de 2008, en:

http://www.odg.cat/es/inicio/comunicacio/5_deute.php?id_pagina=5&id_butlleti=64&id_deutes=232; y la noticia «Banco Santander se retira de un proyecto que afectaba a indígenas de Brasil», *Europa Press*, 11 de diciembre de 2008. Ver también VAN DIJK, M., y SLOB, B., *Banco Santander. Vínculos financieros con empresas y proyectos controvertidos en el mundo*, Federación SETEM, Madrid, 2007.

⁵⁸ Ver LOAYZA F., y FRANCO, I., «Dinámica de la aglomeración minera en Oruro en un contexto de crisis», *Aglomeraciones mineras y desarrollo local en América Latina*, (Rudolf M. Buitelaar, compilador), Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (CIID)/CEPAL, Alfomega, Bogotá, 2001, pp. 251-272.

⁵⁹ Ver «PRISA entra en Garafulic, el grupo líder de comunicación en Bolivia», *El País*, 24 de octubre de 2000.

⁶⁰ Ver CASTRO, C., *Industrias de Contenidos en Latinoamérica*, Documento de Grupo de Trabajo eLAC2007, EuropeAid, Oficina de Cooperación, 2008, p. 32, en www.cepal.org/Socinfo; y también, «El Grupo PRISA reorientará sus inversiones en Bolivia» y «PRISA asume el control de tres periódicos en Bolivia», *El País*, 17 y 18 de julio de 2003; «El grupo Garafulic, condenado a pagar 20 millones a PRISA», *El País*, 5 de mayo de 2005; y «PRISA y Garafulic cierran un acuerdo sobre empresas comunes», *El País*, 22 de noviembre de 2005.

vinculadas al Grupo Prisa, están las inversiones que desde 1994 posee en Bolivia el Grupo Santillana de Ediciones S.A., donde tiene una posición dominante en el sector de los libros de texto⁶¹. Las relaciones entre el gobierno de Morales y los medios del Grupo Prisa en Bolivia distan de ser cordiales e incluso pacíficas⁶².

Desde febrero de 2005, AENA y Abertis poseen una inversión en Bolivia al adquirir conjuntamente la compañía boliviana SABSA (Servicios de Aeropuertos de Bolivia S.A.; Abertis adquirió el 90% y AENA el 10% restante), que gestionaba desde 1997 los tres principales aeropuertos del país, en El Alto, Cochabamba y Santa Cruz. Con la llegada al poder de Evo Morales, el gobierno boliviano se planteó recuperar el control de la gestión de los aeropuertos⁶³.

C.- Las circunstancias políticas en Bolivia y Venezuela en la última década: los fenómenos de Hugo Chávez y Evo Morales

El fenómeno de la inversión extranjera es altamente sensible a los vaivenes políticos que atraviesan los países. De hecho, la presencia de empresas multinacionales o transnacionales tiene una dimensión política de indudable trascendencia, pues constituyen en realidad, como refiriera hace ya treinta años François Rigaux, un “poder económico privado”, lo que se manifiesta en la acción diplomática del Estado estableciendo su protección, que si antaño era *a posteriori*, a través de la institución de la protección diplomática, hoy se expresa *a priori* en la negociación entre Estados de los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones⁶⁴.

Durante los años sesenta y setenta del siglo pasado, tras la descolonización de los territorios de los imperios coloniales posterior a la segunda guerra mundial, se inició un período de reclamación por los Países en Vías de Desarrollo de la plena soberanía sobre sus riquezas y recursos naturales, en el que expresamente se contestaban por los Estados que llegaban a la independencia las normas del Derecho internacional clásico, relativas a la obligación de indemnizar por nacionalizaciones o expropiaciones y de la protección diplomática. La máxima expresión de esta tendencia fueron las resoluciones 3201 (SVI) y 3202 (SVI), ambas de 1 de mayo de 1974 que contenían respectivamente la Declaración y el Plan de acción del Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI); y la resolución 3281 (XXIX) de 12 de diciembre de 1974 que contiene la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados⁶⁵. Estas resoluciones de escasa eficacia, pero que dieron alas al

⁶¹ Ver ERGUETA TEJERINA, A., *El retorno de Colón. Inversión española en el sector eléctrico de Bolivia*, CEDLA, La Paz, Bolivia. Agosto 2006, p. 26; y SOLER, A., «Bolivia: transnacionales españolas», *Viento Sur*, nº 87, julio 2006, pp. 3-4.

⁶² Ver BAJO, R., y SERRANO, P.M., «Guerra mediática en Bolivia», en *Le Monde Diplomatique en español*, año XIII, nº 158, diciembre de 2008, p. 22.

⁶³ Ver «La Paz revisará los contratos de Abertis y AENA en aeropuertos» y « Abertis no abandonará Bolivia "salvo que se ponga imposible"», *El País*, 17 y 18 de mayo de 2006.

⁶⁴ « la propia naturaleza de la acción diplomática descubre el significado político de la presencia en un país A de un poder económico unido por una relación de sometimiento al país B», en RIGAUX, F., «Pour un Autre Ordre International», en *Droit Economique II*, París, Institut des Hautes Études Internationales de Paris, Pedone, 1979, pp. 332-333.

⁶⁵ La bibliografía es sumamente extensa, pueden citarse, entre los más próximos y más relevantes desde diferentes perspectivas: BORRÁS, A., «El Nuevo Orden Económico Internacional y Derecho del comercio internacional», *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor Antonio Truyol i Serra*, Centro de Estudios Constitucionales/Universidad Complutense, Madrid, 1986, pp. 201-222; CARREAU, D., «Le nouvel ordre économique international», *JDI (Clunet)*, 1977, pp. 595-605; CASTAÑEDA, J., « La Carta de los derechos y deberes económicos de los Estados desde el punto de vista del Derecho internacional», en *Justicia internacional*, Fondo de Cultura Económica, México,

movimiento reivindicador de los países en desarrollo, así como la ola de nacionalizaciones y expropiaciones de los años 60 y 70, motivaron que se hablase desde los países desarrollados de una “politización” del conflicto sobre las inversiones extranjeras.

El hecho indudable es que en materia de inversiones extranjeras se produce una contraposición de valores e intereses entre concepciones políticas y económicas que otorgan un papel diferenciado al Estado en la gestión de la economía nacional. Contraposición que se traduce en no pocas ocasiones en un conflicto entre Estados receptores y Estados exportadores de inversiones (y sus empresas transnacionales o multinacionales). Y de hecho, el Derecho actualmente vigente en materia de inversiones es el resultado, el precipitado histórico de ese conflicto que se remonta a la institución de la protección diplomática y a la contestación en América Latina, desde el momento inmediatamente posterior a su independencia, durante todo el siglo XIX y comienzos del XX, de las normas internacionales de protección de extranjeros y de sus bienes en el exterior⁶⁶. La tradición de América Latina ha sido una tradición en la elaboración de reglas y doctrinas jurídicas de defensa de la soberanía nacional sobre las propiedades y bienes existentes en su territorio. Así, la doctrina del canciller argentino Irigoyen en 1876, negando la nacionalidad de las sociedades; la doctrina de Carlos Calvo, sobre el derecho de los Estados a no tratar de forma más favorable a los extranjeros que a sus súbditos; y la doctrina del canciller Drago, en contra del uso de la fuerza por los Estados en las reclamaciones pecuniarias a otros Estados, constituyen hitos en el Derecho internacional creados bajo las singularidades y la idiosincrasia latinoamericana⁶⁷.

1976, pp.81-120; FEUER, G., «Les Nations Unies et le nouvel ordre économique international (1974-1976)», *JDI (Clunet)*, 1977, pp. 606-629; GALINDO POHL, R., «El Nuevo Orden Económico Internacional: Instituciones y Principios Jurídicos que Intervienen en su Elaboración, V Curso de Derecho Internacional, agosto, 1978, organizado por el Comité Jurídico Iberoamericano. Secretaría General de la OEA, Washington, 1979, pp. 109-156; GARCÍA-AMADOR, F.V., Hacia un Nuevo Orden Jurídico Internacional, VIII Curso de Derecho Internacional, agosto, 1981, organizado por el Comité Jurídico Iberoamericano. Secretaría General de la OEA, Washington, 1982, pp. 64-102; GROS ESPIELL, H., «El Nuevo Orden Económico Internacional», en *Derecho Económico Internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, pp.81-120; ORREGO VICUÑA, F., Las nuevas estructuras del comercio internacional », en *Derecho Internacional Económico II*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pp. 9-27; TINENBERGEN, J. (Coord.), *Reestructuración del orden internacional. Informe al Club de Roma*, Fondo de Cultura Económica, México, 1977; TORRELLI, M., «L'apport du Nouvel Ordre Économique International au Droit international économique», en *Les Nations Unies et le Droit international économique*, Pedone, París, 1986, pp. 51-76; VV.AA., *Le Nouvel Ordre Économique International. Aspects commerciaux, technologiques et culturels/The New International Economic Order. Commercial, technological and cultural aspects. Colloque., La Haye, 23-25 octobre 1980—Workshop, The Hage, 23-25 october 1980*, Nijhoff, La Haya, 1981; WITE, R.C.A., «A New International Economic Order», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 24, 1975/3, pp. 542-552.

⁶⁶ Pueden verse nuestros trabajos «El proceso de gestación de las fuentes jurídicas que regulan las inversiones extranjeras: el conflicto sobre la reglamentación de la inversión internacional», en *Derecho de la integración*, Rosario (Argentina), vol. 12, 2002, pp. 32-51; y «El conflicto histórico por el régimen de la inversión extranjera directa», en *La libertad del dinero* (Dámaso Javier Vicente Blanco, ed.), Germanía, Valencia, 2003, pp. 41-85.

⁶⁷ Ver, por ejemplo, BARBERIS, J.A., «Les règles spécifiques du Droit international en Amérique Latine», *RCADI*, 1992-IV, pp. 186-206. Sobre la doctrina Calvo, pueden consultarse, PUIG, J.C., «Renuncia individual a la protección diplomática. El problema de su legalidad internacional», *Rev. de Derecho internacional y ciencias diplomáticas* (Rosario, Argentina), núms. 35 y 36, 1969, pp. 108-130; y SHEA, D.R., *The Calvo clause*, University of Minnesota press, Minneapolis, 1955.

Más allá del carácter caudillista o populista que se atribuye a los triunfos y las maneras de Hugo Chávez y Evo Morales en Venezuela y Bolivia⁶⁸, el actual tiempo político surgido en ambos países responde a razones históricas y sociales que hacen reaparecer la reclamación de soberanía nacional y el derecho permanente de los pueblos sobre sus riquezas y recursos naturales⁶⁹. En forma simplificada, hay que decir que las políticas seguidas en ambos países derivadas del desarrollo de los principios del “Consenso de Washington” no dieron los frutos prometidos en desarrollo y riqueza. Como se ha dicho, por un lado, la agenda del Consenso de Washington era una agenda única que en ningún momento fue adaptada a las circunstancias de cada país, por otro lado, las reformas que promovió – la liberalización del comercio, del mercado de capitales y del sector financiero – expusieron a los países a un mayor riesgo y cosecharon sonoros fracasos en no pocos de ellos, al contribuir a aumentar en ellos la desigualdad y la pobreza⁷⁰. Frente a la pretensión casi única de las políticas del Consenso de Washington de reducir el papel del Estado, parece lógico que su fracaso haya desencadenado una revalorización de la función del Estado en la economía en todo el subcontinente latinoamericano como reacción lógica frente a las falsas previsiones de los fundamentalistas del mercado en relación con que los mercados privados se bastarían por sí solos para estabilizar la economía. Así, Bolivia y Venezuela, en el Informe sobre las Inversiones en el Mundo correspondiente al año 2008 (*World Investment Report 2008*), aparecen citados, junto con Ecuador, como ejemplos de países que han introducido restricciones a las inversiones en el sector de las industrias extractivas en los años 2006 y 2007⁷¹.

En el caso venezolano, la llegada de Hugo Chávez al poder en noviembre-diciembre de 1998 produjo un revulsivo que, como se ha dicho, desencadenó un proceso contra las instituciones políticas, económicas y sociales de Venezuela y desde entonces no se ha producido una verdadera estabilización del país sino que se ha entrado en una incesante dinámica propia, frente al interior o frente a los enemigos externos⁷². La llamada “Revolución bolivariana” transformó las instituciones, movilizó los sectores sociales susceptibles de apoyarla y buscó una completo replanteamiento de la economía nacional⁷³. Como es de

⁶⁸ Puede verse el monográfico dedicado por la *Revista de Occidente* a la cuestión, titulado “Una enfermedad mortal. Del caudillismo al neopopulismo”, núm. 305, octubre 2006.

⁶⁹ Ver, para Venezuela, MARTÍNEZ DALMAU, R., «De punto fijo a la constituyente. Los bolivarianos, de la acción a la reacción», en *Venezuela a contracorriente. Los orígenes de la revolución bolivariana* (Juan Torres López, coord.), Icaria, Barcelona, 2006, 13-31; y para Bolivia, GONZÁLEZ PAZOS, J., *Bolivia. La construcción de un país indígena*, Icaria, Barcelona, 2007.

⁷⁰ Ver STIGLITZ, J.E., «El rumbo de las reformas. Hacia una nueva agenda para América Latina», *Revista de la CEPAL*, núm. 80, agosto 2003, pp. 7-40.

⁷¹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT WORLD, *Investment Report 2008. Transnational Corporations, and the Infrastructure Challenge*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2008, pp. XVI, XVIII, 13, 61, 63 y 64.

⁷² Ver MAILOLD, G., «Presentación. Venezuela y el desarrollo del proyecto chavista», en *Venezuela en retrospectiva. Los pasos hacia el régimen chavista*, (Günther Maiold, Ed.), Iberoamericana/Vervuert, Berlín, 2007, p. 8.

⁷³ Ver CABO DE LA VEGA, A., «Las transformaciones institucionales»; VICIANO PASTOR, R., «La columna vertebral de la revolución: el fenómeno participativo en la Venezuela bolivariana»; TORRES LÓPEZ, J., «La economía en tiempos de convulsión: luces y sombras»; MONTERO SOLER, A., «Petróleo, el maná de la discordia», en el ya mencionado *Venezuela a contracorriente. Los orígenes de la revolución bolivariana* (Juan Torres López, coord.), Icaria, Barcelona, 2006, pp. 33-44; 45-60; 61-81 y 83-98. También pueden verse PEELER, J., «Elementos estructurales de la desestabilización de una democracia consolidada: la desconsolidación en Venezuela»; COMBELLAS, «El proceso constituyente y la Constitución de 1999»; ELLNER, S., «La transformación del movimiento sindical y la sociedad civil en Venezuela: ¿revolución y paralelismo?»; BRAIG, M., «¿La longue durée del populismo o el populismo como sombra de la democracia?», en el también mencionado *en retrospectiva. Los pasos hacia el régimen chavista*, (Günther Maiold, Ed.), Iberoamericana/Vervuert, Berlín, 2007, pp. 21-45, 47-76, 204-224, 291-296.

entender, de esa dinámica que afectaba también y sustancialmente al ámbito de la economía no han escapado en absoluto las inversiones extranjeras. Como se desprende de algunos de los avatares que hemos referido al hacer el repaso de las inversiones españolas en Venezuela, la dinámica política ha condicionado la suerte de la inversión extranjera y la española en particular. Con todo, se ha conjugado la planificación de las reformas económicas con el pragmatismo y un cierto tacticismo, en función de la posición de fuerza o debilidad en la que se encontraba la mayoría gubernamental⁷⁴. El decreto ley de Hidrocarburos de 2 de noviembre de 2001, que exigía la transformación de todas las concesiones petroleras en empresas mixtas compartidas con la empresa pública venezolana de petróleo, PDVSA, antes del 31 de diciembre de 2005, es expresión de una planificación desarrollada en etapas. Con todo, no hay que olvidar que los cambios económicos están dando resultados efectivos al país, y que como refería el *Informe sobre el Comercio y el Desarrollo 2006* de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo, “en Venezuela, la reformulación de los contratos con empresas privadas ha incrementado las ganancias percibidas por el país productor, lo cual ha tenido el efecto de crear un ingreso ‘neto’ positivo”⁷⁵. La ya referida renacionalización de la compañía de telecomunicaciones, de la que Telefónica tenía una participación, en enero de 2007, se produjo inmediatamente después de revalidar la victoria electoral en diciembre de 2006, y ante el anuncio de su venta por los propietarios a empresarios mexicanos. E inmediatamente antes, en noviembre de 2006, el gobierno venezolano promovió el registro de las oficinas de Iberia en Caracas, al acusar a la compañía española de quiebra fraudulenta de la aerolínea venezolana Viasa en 1997; y en febrero de 2008, pidió la detención del ex-presidente de Iberia, acusándolo de los mismos cargos⁷⁶. Finalmente, como ya mencionamos, en agosto último, el presidente Chávez anunció la nacionalización del Banco de Venezuela, propiedad del Grupo Santander, cuando éste expresó su voluntad de venderlo a otro banco venezolano. En función de lo expuesto, el clima de seguridad de las inversiones españolas en Venezuela es muy limitado, pero es cierto, por un lado, que hay situaciones de cooperación y de fomento de la actividad, y que los procesos de nacionalización efectuados por el gobierno Chávez han llevado hasta ahora al pago de las correspondientes indemnizaciones, otra cosa es si se realizan exactamente al precio del mercado. En cualquier caso, en septiembre de 2008 se hacía público un informe del Banco de España que colocaba a Venezuela, junto con Argentina, entre los países de alto riesgo para las inversiones y la economía española⁷⁷.

En el caso de Bolivia, el acceso de Evo Morales a la Presidencia de la nación supuso un hito histórico en la historia boliviana y de América Latina. Fundamentalmente porque significaba el acceso de un indígena a la primera magistratura del Estado, un representante del sector excluido de la población no sólo en Bolivia sino en toda América Latina, con el sólo precedente de Benito Juárez en México (ocupando la presidencia en periodos entre 1858 y 1872)⁷⁸. Pero además, desde una perspectiva económica, Bolivia había sido sometida a

⁷⁴ Ver «Venezuela toma el control», *El País*, 21 de enero de 2007.

⁷⁵ Conferencia de Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo, *Informe sobre el Comercio y el Desarrollo 2006*, UNCTAD/Naciones Unidas, Ginebra y Nueva York, 2006, p. 28. Según otras cifras, Venezuela ahorra hasta 3000 millones de dólares diarios por la producción de 500000 barriles de petróleo al día. Véase LAMRANI, S., «La nueva Venezuela del presidente Hugo Chávez», en *Le Monde Diplomatique en español*, año XIII, nº 158, diciembre de 2008, p. 23.

⁷⁶ Ver «Registran las oficinas de Iberia en Caracas por la quiebra de Viasa», *El País*, 23 de noviembre de 2006; y «Venezuela pide la detención del ex presidente de Iberia», *El País*, 14 de febrero de 2008.

⁷⁷ GARCÍA-POSADA, M., y VILARRUBIA, J.M., *Mapa de exposición internacional de la economía española*, Documentos Ocasionales, nº 0807, Banco de España, Madrid, 2008, p. 29.

⁷⁸ Ver GONZÁLEZ PAZOS, J., *Bolivia. La construcción de un país indígena*, Icaria, Barcelona, 2007, p. 158.

mediados de los 80 a un tratamiento de choque, según las recetas de la escuela de Chicago y el respaldo del Fondo Monetario Internacional, del que pagaron los costes las capas más humildes de la sociedad, a algunas de cuyas familias las condujeron, para subsistir, a la economía de la coca. Entre las familias a las que les tocó esa suerte se encontró la del propio Evo Morales⁷⁹. El movimiento cocalero, como movimiento de contestación al *statu quo* surgido a partir de la desarticulación económica y social que provocó el *shock* de 1985, creció y se desarrolló a lo largo de los años 90, en un contexto de liberalización de todos los sectores de la economía boliviana y de privatizaciones de las propiedades estatales y los servicios públicos que puso en evidencia la incapacidad del Estado y la clase política tradicional para proteger en forma eficaz los intereses nacionales⁸⁰. La llamada “guerra del agua”, que se abrió con la privatización a finales de 1999 del suministro de agua potable en la ciudad de Cochabamba a instancias de la Sociedad Financiera Internacional (SFI) del Banco Mundial y las garantías del MIGA, tuvo una relevancia fundamental en el proceso que condujo a Evo Morales y su partido, el MAS, al dominio político⁸¹. Las circunstancias en que se produjo, y sus consecuencias, las examinaremos más tarde, pues dio pie a una reclamación contra Bolivia de la multinacional estadounidense Bechtel ante un tribunal arbitral del CIADI. El movimiento social y político que se desarrolló a partir del año 2000, desencadenó también la llamada “guerra del gas”, en octubre de 2003, y la reclamación, en 2005, de la nacionalización del petróleo⁸². En el caso de la “guerra del gas”, se trató de una reclamación popular contra la política del gobierno en materia de explotación y exportación de las reservas de gas natural, pues se pretendía su exportación a Estados Unidos y México, a través de Chile, a precios muy bajos. Las reclamaciones principales de la guerra del gas estaban en el bloqueo de la exportación del gas natural hasta que existiese una política de abastecimiento del mercado interno, cuando gran parte de las familias bolivianas cocinaban con leña. La respuesta gubernamental contra las movilizaciones produjo una verdadera masacre entre los días 10 y 13 de octubre, con la muerte de 26 manifestantes el 12 de octubre en El Alto, y alrededor de las 60 personas en total. Los efectos de los acontecimientos concluirían con la dimisión del presidente del país el 17 de octubre, después de que junto a la protesta contra la política de represión, se produjese el distanciamiento de miembros de su propio gobierno⁸³. La elección de Evo Morales como Presidente de la República tuvo lugar en el contexto de estos acontecimientos y de la reclamación popular de la nacionalización del petróleo en los meses previos de mayo y junio de 2005. El colofón de la anterior exigencia de octubre de 2003, en la no exportación del gas, estuvo en la reclamación de la nacionalización de los hidrocarburos, que desestabilizó

⁷⁹ Ver KLEIN, N., *La doctrina del shock*, Paidós, Barcelona, 2007, pp. 192-209; TOUSSAINT, E., *El Banco del Sur y la nueva crisis internacional*, El Viejo Topo, Barcelona, 2008, pp. 130-135.

⁸⁰ Ver GONZÁLEZ PAZOS, J., *Bolivia. La construcción de un país indígena*, Icaria, Barcelona, 2007, pp. 74-101; y TOUSSAINT, E., *El Banco del Sur y la nueva crisis internacional*, El Viejo Topo, Barcelona, 2008, pp. 133-136 TOUSSAINT, E., *El Banco del Sur y la nueva crisis internacional*, El Viejo Topo, Barcelona, 2008, pp. 133-136.

⁸¹ Ver CRESPO, C.; y FERNÁNDEZ, O., «Factores y dispositivos de poder en la guerra del agua de Cochabamba», *Cuadernos del CENDES*, tercera época, año 22, n° 59, CENDES, Centro de Estudios del Desarrollo, Universidad Central de Venezuela, Caracas, mayo-agosto 2005, pp. 1012-2508; HERBAS CAMACHO, G. «Cochabamba y la nueva conciencia sobre el agua», Foro Boliviano sobre el medio ambiente (FOBOMADE), La Paz, Bolivia. 2001; KRUSE, Th., «La "Guerra del Agua" en Cochabamba, Bolivia: terrenos complejos, convergencias nuevas», *Sindicatos y nuevos movimientos sociales en América Latina* (Enrique de la Garza Toledo, compilador), Colección Grupos de Trabajo, CLACSO, Buenos Aires, Argentina. 2005, pp. 121-161.

⁸² Ver CABEZAS FERNÁNDEZ, M., «Caracterización del ¿ciclo rebelde¿ 2000-2005», en *Bolivia en movimiento: acción colectiva y poder político* (Jesús Espasandín López y Pablo Iglesias Turrión, coords.), El viejo topo, 2007, pp. 189-219.

⁸³ *Ídem*; y también GONZÁLEZ PAZOS, J., *Bolivia. La construcción de un país indígena*, Icaria, Barcelona, 2007, pp. 130-141.

el sistema político y desembocó en las elecciones presidenciales de 18 de diciembre de 2005, ganadas por Evo Morales⁸⁴.

Tras su victoria, el decreto presidencial de 1 de mayo de 2006 (Decreto Supremo nº 28701) estipulaba la nacionalización de los hidrocarburos y ordenaba que las empresas extranjeras se convirtiesen en prestatarias de servicios de la empresa estatal YPFB (Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos), a través de la renegociación de sus contratos. Es decir, como en los casos de las renegociaciones de los contratos petroleros de los años 50, 60 y 70, la nacionalización supuso la transformación de las concesiones en contratos de prestación de servicios⁸⁵. La renegociación de Repsol YPF y la firma de los nuevos contratos han supuesto, hasta el presente, un reparto más equitativo de los beneficios derivados de los hidrocarburos, pues en 2002, por ejemplo, Repsol llegó a tener una tasa de rentabilidad del 1000%, sacando diez dólares de cada dólar invertido, según la declaración de un ejecutivo de Repsol YPF en Bolivia, Roberto Mallea⁸⁶. Si ya la Ley de Hidrocarburos de enero de 2005, a la que aludimos más arriba, gravó con nuevos impuestos la producción de gas natural y petróleo⁸⁷, la aceptación de las renegociaciones han supuesto un más razonable equilibrio en los beneficios de las petroleras⁸⁸. Se trata de un numeroso conjunto de contratos que refleja el acervo de intereses de la empresa en el país⁸⁹. Sin embargo, la

⁸⁴ Ver GONZÁLEZ PAZOS, J., *Bolivia. La construcción de un país indígena*, Icaria, Barcelona, 2007, pp. 150-156.

⁸⁵ Ver, por ejemplo, ASANTE, S.K.B., «Stability of contractual relations in the transnational investment process», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 28, 1979, pp. 401-423; *idem*, «Restructuring Transnational Mineral Agreements», *American Journal of International Law*, vol. 73, 1979, pp. 335-372; BOLLECKER-STERN, B., «Problèmes récents de Droit pétrolier», *Droit économique*, Pedone, París, 1978; y BOSSON, R. y VARON, B., *The mining industry and the developing countries*, Oxford University Press/Banco Mundial, 1977.

⁸⁶ «...la rentabilidad en la industria del petróleo y gas en Bolivia es sumamente alta: por cada dólar invertido, la empresa petrolera gana 10 dólares. En el sector hidrocarburífero, la rentabilidad es buena cuando es tres a uno, qué decir entonces de una rentabilidad de 10 a uno dentro de la industria petrolera que se da en Bolivia», en INTERMÓN-OXFAM, *Repsol-YPF en Bolivia: una isla de prosperidad en medio de la pobreza, Informe de Intermón-Oxfam*, Barcelona, mayo de 2004, p. 27.

⁸⁷ Ocho compañías petroleras anunciaron su intención de demandar a Bolivia ante el CIADI frente a los incrementos impositivos. Repsol YPF E&P Bolivia S.A., BG Bolivia Corporation, PAE E&P Bolivia Ltda., Vintage Petroleum Boliviana Ltda., Mobil Boliviana de Petróleos Inc., Pluspetrol Bolivia Corporation S.A., Total Exploration Production Bolivia y Petrobras Bolivia S.A.

⁸⁸ Ver «La petrolera Repsol YPF se muestra dispuesta a renegociar los contratos», *El País*, 2 de mayo de 2006; y también INTERMÓN-OXFAM, *Letra pequeña, grandes abusos. Por qué los contratos petroleros en América Latina son un obstáculo para el desarrollo, Informe de Intermón-Oxfam*, Barcelona, julio de 2008.

⁸⁹ Los contratos renegociados son la LEY Nº 3557 del 03 Diciembre 2006.- Se aprueba el Contrato suscrito entre YPFB, con la empresa Repsol YPF E&P, Bolivia S.A. BG Bolivia Corporation y Empresa Petrolera Chaco S.A., que tendrá a cargo el área de Charagua, Campo Itatiqui; LEY Nº 3562 del 03 Diciembre 2006.- Se aprueba el Contrato suscrito entre YPFB, con la Empresa Repsol YPF E&P Bolivia S.A., que tendrá a cargo el área de Monteagudo, Campo Monteagudo; LEY Nº 3575 del 03 Diciembre 2006.- Se aprueba el Contrato suscrito entre YPFB, con la Empresa Repsol YPF E&P Bolivia S.A., que tendrá a cargo el área de Mamoré I (SRBNO); Ley 3576 del 03 Diciembre 2006.- Se aprueba el Contrato suscrito entre YPFB, con la Empresa Repsol YPF E&P Bolivia S.A., que tendrá a cargo el área de Tuichi; Ley 3577 del 03 Diciembre 2006.- Se aprueba el Contrato suscrito entre YPFB, con la Empresa Repsol YPF E&P Bolivia S.A., que tendrá a cargo el área de Surubí, Campo Paloma, Surubí, Bloque Bajo; LEY Nº 3578 del 03 Diciembre 2006.- Se aprueba el Contrato suscrito entre YPFB, con la Empresa Repsol YPF E&P Bolivia S.A., que tendrá a cargo el área de Cambeiti, Campo Cambeiti; Ley 3592 - 3 de diciembre de 2006.- Se aprueba el Contrato suscrito entre YPFB, con la Empresa Repsol YPF E&P Bolivia S.A. - BG Bolivia Corporation - PAE E&P Bolivia Ltda., que tendrá a cargo el área de Caipipendi, Campo Margarita; Ley 3642 - 23 de abril de 2007.- Aprueba el Contrato de Operación suscrito en fecha 28 de octubre de 2006, por Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) con REPSOL YPF E&P BOLIVIA S.A., COMPAÑÍA PETROLERA EXPLORACION

renegociación no fue fácil, a causa de la tensión que provocaron las presiones sobre directivos de Repsol YPF-Andina, las detenciones, los registros de sedes de Repsol YPF, la persecución a los directivos, imputados por contrabando de petróleo⁹⁰, las protestas formales, las intervenciones al más alto nivel ministerial o la reclamación de Bolivia en Nueva York por la propiedad de las reservas gestionadas por Repsol YPF en Bolivia⁹¹. Con todo, la renegociación supuso la exigencia de acudir a tribunales arbitrales locales, que deberán celebrarse en la sede de YPFB. Su validez y aplicabilidad, frente a la existencia de los APPRI, resulta problemática y podría llegar a entenderse como cuestionable. Por otro lado, los casos ya referidos de *BVA Previsión AFP* y de AENA y Abertis, con las amenazas de nacionalización del sistema de pensiones y de la gestión de los aeropuertos, son expresión de una situación de inseguridad jurídica.

Como veremos, la experiencia de Bolivia con los tribunales arbitrales del CIADI, en particular, el caso *Aguas del Tunari*⁹², y la convicción de que el sistema arbitral del CIADI es un instrumento desigual, llevó a Bolivia a notificar el 2 de mayo de 2007 su retirada del Convenio de Washington de 1965, que crea el CIADI. La retirada de Bolivia se hizo efectiva el 3 de noviembre de 2007, seis meses después de su comunicación a la Secretaría General del CIADI⁹³. Así mismo, Ecuador anunció en diciembre de 2007 su rebeldía frente a los procedimientos en curso contra él ante el CIADI, restringiendo el ámbito de las reclamaciones admisibles⁹⁴.

Y EXPLOTACION "PETROLEX" S.A., EMPRESA PETROLERA ANDINA SOCIEDAD ANONIMA EPAN S.A. y "PETROBRAS BOLIVIA S.A." correspondiente al Área Monteagudo, Campo Monteagudo, ubicada en el Departamento de Chuquisaca; Ley 3651 - 23 de abril de 2007.- Aprueba el Contrato de Operación suscrito en fecha 28 de octubre de 2006, por Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) con REPSOL YPF E&P BOLIVIA S.A., correspondiente al Área Mamoré I, Campo Surubí Noroeste, ubicada en el Departamento de Cochabamba; Ley 3652 - 23 de abril de 2007.- Aprueba el Contrato de Operación suscrito en fecha 28 de octubre de 2006, por Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) con REPSOL YPF E&P BOLIVIA S.A., correspondiente al Área Surubí, Campo Paloma, Surubí, Surubí Bloque Bajo, ubicada en los Departamentos de Cochabamba y Santa Cruz; Ley 3674 - 23 de abril de 2007.- Aprueba el Contrato de Operación suscrito en fecha 28 de octubre de 2006, por Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) con REPSOL YPF E&P BOLIVIA S.A. BG BOLIVIA CORPORATION-SUCURSAL BOLIVIA y EMPRESA PETROLERA CHACO S.A. "EPCHA S.A.", correspondiente al Área Charagua, Campo Itatiqui, ubicada en el Departamento de Santa Cruz; Ley 3668 - 23 de abril de 2007.- Aprueba el Contrato de Operación suscrito en fecha 28 de octubre de 2006, por Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) con REPSOL YPF E&P BOLIVIA S.A. correspondiente al Área Tuichi, ubicada en los Departamentos de La Paz y Beni; Ley 3653 - 23 de abril de 2007.- Aprueba el Contrato de Operación suscrito en fecha 28 de octubre de 2006, por Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) con REPSOL YPF E&P BOLIVIA S.A., correspondiente al Área Cambeiti, Campo Cambeiti, ubicada en el departamento de Santa Cruz; y Ley 3665 - 23 de abril de 2007.- Aprueba el Contrato de Operación suscrito en fecha 28 de octubre de 2006, por Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) con REPSOL YPF E&P BOLIVIA S.A. BG BOLIVIA CORPORATION-SUCURSAL BOLIVIA Y PAE E&P BOLIVIA LIMITED (SUCURSAL BOLIVIA), correspondiente al Área Caipipendi, Campo Margarita, ubicada en los Departamentos de Chuquisaca, Tarija y Santa Cruz.

⁹⁰ El presidente de Repsol YPF Bolivia, Julio Gavito, en una acusación finalmente archivada en octubre de 2007. Ver «Archivada la causa contra Repsol en Bolivia», *El País*, 1 de noviembre de 2007.

⁹¹ Ver «Registros y amenazas», *El País*, 29 de octubre de 2006.

⁹² Caso *Aguas del Tunari S.A. c. República de Bolivia* (Caso CIADI, n° ARB/02/3).

⁹³ Ver «Bolivia Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention», 16 de mayo de 2007, en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/ViewNewsReleases.jsp>.

⁹⁴ Por su parte, Ecuador decidió y comunicó al CIADI el 5 de diciembre de 2007 la restricción de acuerdo con la cual,

«La República de Ecuador no consentirá en someter a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), las diferencias que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento

Los países de la llamada “Alternativa Bolivariana para las Américas” (ALBA), Bolivia, Cuba, Nicaragua y Venezuela, acordaron en la cumbre del 29 de abril de 2007 retirarse del Convenio de Washington y afirmaron de forma contundente su rechazo al sistema arbitral:

«los países miembros del ALBA-TCP rechazan enfáticamente las presiones jurídicas, mediáticas y diplomáticas de algunas empresas transnacionales que habiendo vulnerado normas constitucionales, leyes nacionales, compromisos contractuales, disposiciones regulatorias, medioambientales y laborales, se resisten a la aplicación de decisiones soberanas de los países amenazando e iniciando demandas de arbitraje internacional contra los estados nacionales en instancias como el CIADI»⁹⁵.

La pretendida “despolitización del conflicto sobre inversiones” se ve puesta en cuestión con el tiempo por diferentes acontecimientos, éstos ahora mencionados entre otros, que debe entenderse ofrecen una nueva “repolitización” del conflicto sobre inversiones. Los avatares de otros casos, como el *Caso Pey Casado c. República de Chile*⁹⁶, o la reacción de Argentina frente a la verdadera ola de reclamaciones presentadas frente a ella, expresan también el riesgo de “repolitización” o, más bien, la imposibilidad real de despolitizar completamente las controversias sobre inversiones⁹⁷.

III.- Los Tratados bilaterales de inversión de España con Venezuela y Bolivia

Los APPRI firmados por España con Venezuela y Bolivia son en realidad tres, como mencionamos más arriba, pues el primer Convenio firmado con Bolivia el 24 de Abril de 1990, y que entró en vigor el 12 de Mayo de 1992⁹⁸, fue sustituido por un nuevo Convenio firmado el 29 de octubre de 2001 que entró en vigor el 9 de septiembre de 2002⁹⁹. En cuanto al Convenio con Venezuela de 2 de noviembre de 1995, entró en vigor el 10 de septiembre de 1997¹⁰⁰, de modo que lleva una vigencia de diez años. Es significativo hacer notar que nos encontramos con tres APPRI elaborados durante un período de once años (1990-2001) con una diferencia temporal de cinco años de uno a otro, los que nos podría permitir observar las modificaciones que con el tiempo se producen en las preferencias adoptadas por España en cada una de las materias, según los cambios de modelo de APPRI que se utilice.

de recursos naturales como petróleo, gas, minerales y otros. Todo instrumento contentivo de la voluntad previamente expresada por la República de Ecuador en someter esta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, que no se haya perfeccionado mediante el expreso y explícito consentimiento de la otra parte previa la fecha de presentación de esta notificación, es retirado por la república del Ecuador, con eficacia inmediata a partir de esta fecha».

Ver «Ecuador's Notification under Article 25(4) of the ICSID Convention», 5 de diciembre de 2007, en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>.

⁹⁵ Ver «Evo denuncia que el Consejo Internacional de Arbitraje de Inversiones castiga a los pueblos», *Comunicado de Prensa de la Presidencia de la República*, La Paz, 30 de abril de 2007, en http://www.presidencia.gov.bo/prensa/marc_vpr.asp?id=200704301.

⁹⁶ *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende v. República de Chile* (Caso CIADI, n° ARB/98/2).

⁹⁷ Ver nuestro trabajo «Normas sobre inversiones, respeto a los derechos y criterios de justicia. Las reclamaciones contra Argentina ante el CIADI», en "Derechos. Estado. Mercado. Europa y América Latina", Dilex, 2009.

⁹⁸ BOE de 15 de junio de 1992.

⁹⁹ BOE de 15 de octubre de 2002.

¹⁰⁰ BOE de 13 de octubre de 1997.

Ya dijimos que la lógica política de la elaboración de los APPRI españoles es un tanto paradójica, pues no parecen seguirse unas motivaciones directamente relacionadas con las inversiones existentes en cada país concreto. En el caso de Bolivia, el primer APPRI se firma cuando aún los flujos de inversión españoles a América Latina eran reducidos, y aún más en el caso específico de Bolivia. La renegociación que daría lugar al Convenio de 2001 parece responder ya a razones específicas y concretas de mejora de los mecanismos protectores, cuando en ese momento existe un volumen significativo de inversiones españolas en el país. En el caso de Venezuela, la firma en 1995 parece coherente con el momento de expansión de la inversión española en América Latina y la implantación de inversiones de envergadura que precisan un marco regulatorio que les otorgue seguridad jurídica.

A.- Los preámbulos

Los preámbulos de los APPRIS más próximos en el tiempo y actualmente vigentes, el de Venezuela y el último con Bolivia, son idénticos. Se trata de preámbulos particularmente escuetos, que comienzan por afirmar la finalidad cooperativa de las inversiones, su beneficio recíproco, para pasar a identificar su objetivo de “crear condiciones favorables para las inversiones” y terminan por reconocer que la promoción y la protección de inversiones promueve las iniciativas en ese campo. Así, dice el preámbulo de APPRI con Bolivia de 29 de octubre de 2001:

«El Reino de España y la República de Bolivia, en adelante ‘las Partes Contratantes’, Deseando intensificar la cooperación económica en beneficio recíproco de ambos países, Proponiéndose crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por inversores de cada una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante, y Reconociendo que la promoción y protección de las inversiones con arreglo al presente Acuerdo estimula las iniciativas en este campo, Han convenido lo siguiente».

Hay que tomar en consideración que los preámbulos son parte de los APPRI y como tal son útiles para su interpretación. Así, el preámbulo expresa la intención o propósito del convenio y da luz sobre el sentido de las disposiciones que contiene permite dilucidar, como se ha dicho, el “objeto y fin” de los APPRI, que no es otro que el de “crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por inversores de cada una de las Partes Contratantes en el

territorio de la otra Parte Contratante¹⁰¹. Es decir, no la protección del inversor, sino la protección de sus inversiones¹⁰².

Frente al laconismo de este modelo de preámbulo, y a la omisión de toda referencia al desarrollo económico del país de acogida y al respeto a su soberanía en la gestión de la política de desarrollo, el preámbulo del primer APPRI de España con Bolivia contenía menciones expresas al “proceso de desarrollo económico”, al “derecho de cada Parte contratante de determinar este papel (el de la inversión extranjera) y de definir las condiciones en las cuales las inversiones extranjeras podrían participar en este proceso”, así como a la obligación de “respetar la soberanía y las leyes del país receptor que tenga jurisdicción sobre ellas, actuar de forma compatible con las políticas y las prioridades adoptadas por el país receptor y esforzarse por contribuir a su desarrollo”¹⁰³. La inclusión de tales cuestiones en el modelo de APPRI se explican en un clima de desconfianza hacia los APPRI, pero desaparecerán muy pronto en modelos inmediatamente posteriores en el tiempo cuando se “normaliza” la conclusión de los tratados para los países en desarrollo¹⁰⁴.

¹⁰¹ Como señaló el tribunal arbitral del CIADI en el párrafo 81 de la Decisión de jurisdicción de 3 de agosto de 2004, en el caso *Siemens A.G. c. República Argentina* (Caso CIADI nº ARB/02/8):

«El Tribunal considera que el Tratado no debe ser interpretado ni restrictiva ni libremente, ya que ninguno de estos adverbios forma parte del Artículo 31(1) de la Convención de Viena. El Tribunal debe guiarse por el propósito del Tratado como se expresa en su título y preámbulo. Es un tratado “para proteger” y “para fomentar” inversiones. El preámbulo recoge que las partes han aprobado las disposiciones del Tratado con el propósito de crear condiciones favorables para las inversiones de los ciudadanos o sociedades de uno de los dos Estados en el territorio del otro Estado. Ambas partes reconocen que el fomento y protección de estas inversiones por un tratado pueden estimular la iniciativa económica privada e incrementar el bienestar de los ciudadanos en ambos países.76 La intención de las partes es clara. Es la de crear condiciones favorables para las inversiones y estimular la iniciativa privada».

¹⁰² Ver DÍEZ-HOCHLEITNER, J., y IZQUIERDO, C., «Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRIS celebrados por España con países de Latinoamérica», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº, 7, 2003, p.17.

¹⁰³ Dice así el preámbulo en su integridad:

- «Deseosos de reforzar la cooperación económica entre los dos Estados,
- Reconociendo el importante papel de las inversiones de capitales privados extranjeros en el proceso de desarrollo económico y el derecho de cada Parte contratante de determinar este papel y de definir las condiciones en las cuales las inversiones extranjeras podrían participar en este proceso,
- Reconociendo que la única manera de establecer y mantener un flujo internacional adecuado de capitales es mantener mutuamente un clima de inversiones satisfactorio y, por lo que respecta a las inversiones extranjeras, respetar la soberanía y las leyes del país receptor que tenga jurisdicción sobre ellas, actuar de forma compatible con las políticas y las prioridades adoptadas por el país receptor y esforzarse por contribuir a su desarrollo.
- Deseosos de crear condiciones favorables para la inversión de capitales en los dos Estados y de intensificar la cooperación entre inversores de los dos Estados, especialmente en el ámbito de la tecnología, la industrialización y la productividad.
- Reconociendo la necesidad de proteger las inversiones de los inversores de ambos Estados y estimular la transferencia de capitales con vistas a promover la prosperidad económica de ambos Estados,

Han convenido lo siguiente...»

¹⁰⁴ Así, ese mismo preámbulo está presente también en los APPRI españoles con Marruecos, de 27 de septiembre de 1989, y con Túnez, de 28 de mayo de 1991. No obstante, el preámbulo de los otros dos APPRI objeto de nuestro estudio ya estaba presente en el APPRI de España con Hungría, de 9 de noviembre de 1989, así como en los firmados con la extinta URSS, de 26 de octubre de 1990, y con la también desaparecida Checoslovaquia, de 12 de diciembre de 1990 (ambos vigentes hoy con los países derivados de sus escisiones).

La presencia (y la ausencia) de tales referencias puede entenderse que expresa también una determinada voluntad política, susceptible de afectar a la interpretación de las disposiciones del APPRI.

B.- Las sujetos (inversionistas) beneficiarios de los mecanismos de protección de los APPRI

En términos generales, el concepto de inversor de los dos convenios actualmente vigentes busca proteger exclusivamente a las personas “que realicen inversiones”, es decir, con ello debe entenderse que busca dejar fuera la protección de los extranjeros en cuanto a su “propiedad pasiva”, la que pueda considerarse que no tiene el carácter de “inversión”¹⁰⁵.

En primer lugar, respecto de las *personas físicas*, los dos convenios actualmente vigentes con Bolivia y Venezuela se refieren, en su artículo primero, apartado 1, a los nacionales de cada una de las partes¹⁰⁶. La redacción del primer APPRI con Bolivia, el de 1990, recogía una solución harto particular, pues para las personas físicas españolas contemplaba que sólo se beneficiarían “las personas físicas residentes en España”, y no los nacionales españoles¹⁰⁷. Esta solución para las personas físicas no se justifica, por ejemplo, en relación con los españoles que para realizar su inversión en el país de acogida desplazan a éste su residencia y a cambio se ven privados de la protección del APPRI. Además, la solución resulta abiertamente problemática, pues priva a determinadas personas físicas – los nacionales españoles no residentes en España y a los residentes en España no nacionales españoles – de los beneficios del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965. Esto es así, porque el Convenio de Washington utiliza el criterio de nacionalidad para otorgar sus beneficios, de modo que si el APPRI consideraba el criterio de residencia en territorio español para que se beneficiasen las personas físicas, sólo podían beneficiarse los españoles residentes en España¹⁰⁸. Es decir sólo éstos podían acudir a la instancia arbitral del CIADI. La modificación realizada en el APPRI con Bolivia recoge la misma solución que el existente con Venezuela, mucho menos problemática y más razonable.

¹⁰⁵ Así, el Convenio con Bolivia de 29 de octubre de 2001 señala en su artículo 1, apartado primero:

«1. Por inversor se entenderá cualquier nacional o cualquier sociedad de una de las Partes Contratantes que realice inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante»

En el caso del Convenio con Venezuela, esto se recoge al determinar las personas físicas beneficiarias. Ver la redacción en la nota siguiente.

¹⁰⁶ El Convenio con Venezuela de 2 de noviembre de 1995 dice:

«1. Por «inversores» se entenderá:

a) Personas físicas que tengan la nacionalidad de una de las Partes Contratantes con arreglo a su legislación y realicen inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante».

Por su parte, el Convenio con Bolivia recoge la siguiente redacción, respecto de las personas físicas;

«a. Por nacional se entenderá toda persona física que tenga la nacionalidad de una de las Partes Contratantes de conformidad con su legislación».

¹⁰⁷ Esta ha sido la tendencia de los primeros APPRI españoles y una posición mantenida hasta 1995, en los Convenios con Bulgaria e Indonesia.

¹⁰⁸ La identificación de los particulares beneficiarios se establece en el artículo 25. 2 del Convenio de Washington, estableciendo para las personas físicas la siguiente reglamentación:

«a) toda persona natural que tenga en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado 3 del artículo 28 o en el apartado 3 del artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia».

En relación con las personas jurídicas, los dos convenios en vigor utilizan soluciones divergentes. El Convenio con Bolivia de 2001, actualmente vigente, recoge para las sociedades beneficiarias de ambos países el criterio clásico español de nacionalidad de las sociedades¹⁰⁹, esto es la exigencia de sede social en el territorio y constitución de acuerdo con su Derecho (del otro Estado parte del Convenio):

«b. Por sociedad se entenderá toda persona jurídica o cualquier otra entidad legal constituida o debidamente organizada de conformidad con las leyes de esa Parte Contratante y que tenga su domicilio social en el territorio de esa misma Parte Contratante, tales como sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, colectivas o asociaciones de empresas, entre otras»¹¹⁰.

El APPRI con Venezuela, sin embargo, recoge como criterio fundamental el criterio de constitución, con una apertura final al criterio de control de las sociedades de la otra parte contratante, extendiendo el criterio de sociedad beneficiaria:

b) Personas jurídicas, incluidas compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles, sucursales y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho

¹⁰⁹ Sobre nacionalidad de las sociedades, pueden verse AZTIRIA, E., *La nacionalidad de las sociedades mercantiles en la Academia interamericana*, Editora Argentina, Buenos Aires, 1948; BASTID, S., «La nationalité des sociétés et la protection diplomatique» en *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, años 27 a 30, París, Librairie Dalloz, 1970, pp. 247-265; EGEA IBÁÑEZ, R., *Nacionalidad de las Sociedades. Adquisición por una Sociedad Extranjera de la Nacionalidad Española*, Murcia, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, 1984; FERNÁNDEZ COSTA, M.A.G., «Da nacionalidade das sociedades comerciais», *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento vol. XXVII, Coimbra, 1984; GIMÉNEZ ARTIGUES, F., *La nacionalidad de las sociedades mercantiles*, Bosch, Barcelona, 1949; LEBEN, Ch., «Une tentative de perception globale: le recours à la nationalité des sociétés», en *L'entreprise multinationale face au Droit* (B. Goldman y Ph. Francescakis, dirs.), Litec, París, 1977, pp. 187-235; LÉVY, Ph., *La nationalité des sociétés*, LGDJ, París, 1984; MARQUES DOS SANTOS, A., «Algumas Reflexões sobre a Nacionalidade das Sociedades em Direito Internacional Privado e em Direito Internacional Público», en *Homenagem ao Prof. Ferrer Correia*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, número especial, 1985, pp. 279-510; MEREMINSKAYA, E., «Nacionalidad de las personas jurídicas en el Derecho internacional», *Revista de Derecho* (Valdivia, Chile), vol. XVIII, n° 1, julio 2005, pp. 145-170; METZGER, S.D., «Nationality of corporate investment under investment guaranty schemes. The Relevance of *Barcelona Traction*», *American Journal of International Law*, vol. 65, 1971, pp. 532-543; NIBOYET, J.P., «Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés?» en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1927, pp. 402-417; ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A., «Cuestiones de nacionalidad y de extranjería de las personas jurídicas: La sucesión de Estados y la nacionalidad de las sociedades», *Derecho internacional privado español y Derecho comunitario europeo*, Universidad Complutense, Madrid, 1988, pp. 551-594; TRAVERS, M., *La nationalité des sociétés commerciales*, t. 33, *RCADI*, 1930-III, pp. 1-111.

¹¹⁰ En cuanto al primer APPRI entre España y Bolivia, las reglas establecidas para determinar las sociedades beneficiarias eran diferentes para cada uno de los países. Mientras que para España se utilizaba el criterio de sede social y constitución, para las sociedades bolivianas, sólo se exigía el criterio de constitución conforme a su legislación. Decía en su artículo primero:

«A los fines del presente Acuerdo, los inversores son:

a) Por lo que respecta al Reino de España, las personas físicas residentes en España y las personas jurídicas con domicilio social en España y constituidas de acuerdo con las leyes españolas.

b) Por lo que respecta a la República de Bolivia, toda persona física con nacionalidad boliviana en virtud de la legislación en vigor en la República de Bolivia, así como toda persona moral o sociedad de personas y otra asociación o entidad cuyo estatuto provenga de dicha legislación».

La renegociación ha extendido, por tanto, el criterio de sede social en el país de origen también a las sociedades bolivianas beneficiarias.

de esa Parte Contratante, así como las que están constituidas en una de las Partes Contratantes y estén efectivamente controladas por inversores de la otra Parte Contratante.

Esa limitada apertura al criterio de control, se restringe exclusivamente a reconocer como beneficiarias las sociedades constituidas de acuerdo con el Derecho de una parte y “efectivamente controladas” por inversores del otro Estado parte del APPRI, de modo que permite incorporar a la protección a las filiales de las sociedades del Estado exportador de inversiones, pero sólo a las constituidas en el Estado receptor de la inversión. La exigencia de “control efectivo” restringe también el alcance de la apertura, pues no bastará con tener un “interés esencial” o un “interés suficiente” en la participación de capital, sino que debe poseerse una participación que posibilite el “control efectivo”, esto es, que permita la toma de decisiones en el Consejo de Administración¹¹¹.

Con todo, como veremos, los APPRI permiten también extender la protección fijada en el convenio a las sociedades controladas, no sólo a través del concepto de beneficiario de la protección, sino a través del concepto de inversión, entendiendo que la participación en una sociedad local es una inversión protegida y que cualquier daño a los derechos de la sociedad será un daño a la inversión realizada en el país por el nacional del otro Estado. De modo que el hecho de que no se fije en un APPRI el criterio de control en las reglas que determinan los beneficiarios, no excluye su presencia a través del concepto de inversión.

Los tipos societarios u organizativos a los que se refieren la normas no tienen restricciones, tengan forma de sociedades mercantiles, asociaciones de empresas o *joint venture*, al encontrarse redactadas las disposiciones de manera abierta, haciendo referencia a “entre otras”, en el caso del APPRI con Bolivia, y a “otras organizaciones” en el celebrado con Venezuela.

C.- Las inversiones protegidas por los APPRI

El concepto de inversión en cualquier APPRI contiene siempre dos elementos que la configuran: un *elemento sintético* y un *elemento analítico*¹¹². El elemento sintético recoge usualmente un precepto de carácter muy general, con una definición de inversión que hace

¹¹¹ Sobre el criterio de control, pueden verse BASTID, S., «La nationalite des sociétés et la protection diplomatique», *op.cit.*, pp. 247-261; BATIFFOL, H., LAGARDE, P., *Traité de Droit international privé*, tomo I, 8ª ed., Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, París, 1993, pp. 339-345; BLANCO MORALES-LIMONES, P., *La transferencia internacional de sede social*, Aranzadi, Madrid, 1997, pp. 42-47; CALVO CARAVACA, A.L., «Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional», *Revista General de Derecho*, , año XLIV, nº 525, junio-1988, pp. 3679-3700; DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., «La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires», *RCADI*, 1974-I, tomo 141, pp. 122-124; FRANCIONI, F., *Imprese Multinazionali, Protezione Diplomatica e Responsabilità Internazionale*, Milano, Giuffrè Editore, 1979, pp. 74-77; HOCHÉPIED, J.-P., *La Protection Diplomatique des Sociétés et des Actionnaires*, Editions A. Pedone, Paris, 1965, pp. 59-72; LEVY, L., *La nationalité des sociétés*, *op.cit.*, pp. 200-224; LOUSSOUARN, Y., *La condition des personnes morales en Droit interenational privé*, *RCADI*, vol. 96, 1959-I, pp. 460-481; MARQUÉS DOS SANTOS, A., «Algumas Reflexões sobre a Nacionalidade...», *op.cit.*, pp. 345-353; MAYER, P., *Droit international privé*, 5ª edición, Montchrestien, París, 1994, pp. 662-665; SACERDOTI, G., «Barcelona Traction Revisited: Foreign owned and controlled Companies in International Law», en *International Law at a time of perplexity, Essays in honor of Shabtai Rosenne*, Nijhoff/Dordrecht/Boston/Londres, 1989, pp. 699-716; SACERDOTI, G., «Bilateral treaties and multilateral instruments...», *op.cit.*, pp. 319-320; TRAVERS, M., *La nationalité des sociétés commerciales*, *op.cit.*, pp. 58-61; y VISSCHER, P., «La protection diplomatique des personnes morales», en *RCADI*, 1961-I, tomo 102, pp. 440-445.

¹¹² JUILLARD, P., «Les conventions bilatérales d'investissement...», *op.cit.*, pp. 316-317.

referencia a todos los *haberes* o *activos*, con independencia de su carácter. Este elemento sintético no distingue entre inversiones directas (en las que se produce un control de la empresa) e inversiones indirectas (como las inversiones en cartera, donde no se sustancia el control), cubriendo todas las formas comerciales e industriales de inversión.

Así en el APPRI con Venezuela, el elemento sintético se refiere a “todo tipo de activos invertidos por inversores de una parte contratante en la otra parte contratante”, recogándose una redacción muy similar en la última versión del Convenio con Bolivia, aunque éste incorpora una exigencia añadida:

«Por inversiones se designa todo tipo de activos que hayan sido invertidos por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con la legislación de esta última, incluyendo, en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes...»¹¹³.

Esta exigencia es la de que se hayan invertido “de acuerdo con la legislación” del Estado de acogida de la inversión. Tal requisito habitualmente se incluye en los APPRI que siguen variantes de los modelos de la OCDE, como los españoles, aunque en ocasiones no en el concepto de inversión, sino en las normas sobre acceso de la inversión. En cualquier caso, lo que revela es un determinado respeto al país de acogida de la inversión que ve garantizado a través del APPRI el cumplimiento de sus normas jurídicas por el inversor extranjero¹¹⁴.

En cuanto al elemento analítico de la definición de inversión en los APPRI, opera por medio de la enumeración de supuestos de inversión, y supone la incorporación en el Tratado de una lista *ad exemplum* de tipos de activos, haberes, bienes, derechos o actividades que van a considerarse inversiones. No se trata de una lista cerrada, pues generalmente se utiliza una expresión del tipo «incluyendo, en particular, *aunque no exclusivamente*». Así, el Convenio con Bolivia lo señala en el artículo primero del siguiente modo:

«Por inversiones se designa todo tipo de activos que hayan sido invertidos por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con la legislación de esta última, *incluyendo, en particular, aunque no exclusivamente*, los siguientes:

- a. La propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales, tales como hipotecas, derechos de prenda, usufructos y derechos similares;
- b. Acciones, títulos, obligaciones y cualquier otra forma de participación en sociedades;
- c. Derechos a aportaciones monetarias y a cualquier otra prestación contractual que tenga valor económico y esté vinculada a una inversión;
- d. Derechos de propiedad intelectual: Derechos de propiedad industrial tales como signos distintivos, patentes, diseños y dibujos industriales; derechos de autor y derechos conexos; circuitos integrados y obtentores de variedades vegetales;

¹¹³ El viejo APPRI con Bolivia, en su artículo primero, recogía una redacción distinta, y en lugar de referirse a “activos”, decía que “El término ‘inversiones’ engloba la adquisición de toda categoría de bienes y haberes”. En la práctica, la diferencia terminológica, pese a que el término “activos” puede interpretarse como más inmaterial y finalista que los términos “bienes” o “haberes”, no tiene una consecuencia real.

¹¹⁴ Ver SALEM, M., «Le développement...», *op.cit.*, pp. 597-598.

- e. Derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados por ley o en virtud de un contrato, incluidas las concesiones para la exploración, prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales».

Los cinco grupos que se observan en el concepto de inversión del Convenio con Bolivia son los usuales: a) derechos de propiedad y derechos reales sobre cosas en su forma más tradicional; b) derechos de participación en sociedades en cualquiera de sus formas (en algunos modelos, pero no en este caso, ni en el Convenio con Venezuela, se recogen también derechos de participación en “empresas” en general¹¹⁵); c) derechos usuales que forman parte del concepto de inversión, y que consisten en aportaciones monetarias, reclamaciones o *deudas pecuniarias*, derechos contractuales u operaciones que tengan valor económico; d) los *derechos inmateriales*, de propiedad intelectual e industrial, es decir, todos los derechos comerciales como los derechos de patente, las marcas, los diseños, los modelos de utilidad, el *know how*, y las creaciones artísticas y literarias se conciben como derechos económicos, como inversiones protegibles por los convenios bilaterales; y e) las concesiones y derechos análogos, atribuidos por ley o por contrato, para el ejercicio de las actividades de prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales. Al respecto, las modificaciones por la renegociación del Convenio con Bolivia no parecen, *a priori*, relevantes. En cuanto al Convenio con Venezuela no establece tampoco particularidades significativas en la materia¹¹⁶.

En general, el concepto de inversión en los APPRI aparece como un concepto deliberadamente abierto, concretable según las circunstancias específicas y la finalidad de la actividad o los bienes implicados, de lo que no son una excepción los convenios que aquí

¹¹⁵ Parece que al referirse ambos APPRI a “cualquier participación en sociedades”, cabría integrar en la noción formas de participación de cualquier tipo, incluso inversiones en cartera, e incluso *joint ventures*. Ver SORNARAJAH, M, *The International Law on Foreign Investment*, 2ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 9-10.

¹¹⁶ El artículo 1 del APPRI contiene el listado del elemento analítico del concepto de inversión con el siguiente tenor:

2. Por «inversiones» se designa todo tipo de activos, invertidos por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante y, en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes:

- a. Acciones, títulos, obligaciones y cualquier otra forma de participación en sociedades;
- b. Derechos derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico; se incluyen expresamente todos aquellos préstamos concedidos con este fin;
- c. Bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales tales como hipotecas, derechos de prenda, usufructos y derechos similares;
- d. Todo tipo de derechos en el ámbito de la propiedad intelectual, incluyendo expresamente patentes de invención y marcas de comercio, así como licencias de fabricación, conocimientos técnicos y fondo de comercio;
- e. Derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados por la Ley o en virtud de un contrato, inclusive los relacionados con la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales.

analizamos, más aún si tenemos en cuenta que los APPRI españoles deben ser considerados convenios de “Alta protección”, según los criterios de la UNCTAD¹¹⁷.

Hay que mencionar, además, que el Convenio actualmente vigente con Bolivia, de 2001, contiene en el concepto de inversión una previsión que incorpora la protección de las sociedades locales “propiedad” o que “esté efectivamente controlada por inversores de la otra Parte Contratante”, de forma que aquí el criterio de control se encuentra presente en el concepto de inversión, pero también exclusivamente circunscrito a las sociedades locales¹¹⁸.

Finalmente hay que referirse a que este mismo Convenio con Bolivia, contiene una disposición en la que se reserva el carácter de inversión para aquellas inversiones que modifiquen su forma pero sigan existiendo, así como para las reinversiones, con objeto de mantener en su beneficio los mecanismos del tratado¹¹⁹.

D.- Las normas sobre promoción y acceso de las inversiones

Habitualmente, las normas sobre promoción de inversiones en los APPRI no son más que meras declaraciones de principios exentas de cualquier eficacia normativa real, salvo en lo que afecta al Estado receptor de la inversión, que asume compromisos de recibir las inversiones¹²⁰. Los artículos segundo de los dos APPRI vigentes con Bolivia y Venezuela

¹¹⁷ Ver UNCTAD, *Taking of property*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UNCTAD/ITE/IIT/15, United Nations, Nueva York y Ginebra, 2000, pp. 49-50.

¹¹⁸ Dice expresamente en el artículo 1, apartado 2, párrafo segundo:

Las inversiones realizadas en el territorio de una Parte Contratante por una sociedad de esa misma Parte Contratante, pero que sea de propiedad o esté efectivamente controlada por inversores de la otra Parte Contratante, se considerarán igualmente inversiones realizadas por estos últimos inversores, siempre que se hayan efectuado conforme a las disposiciones legales de la primera Parte Contratante.

¹¹⁹ La disposición, localizada en el artículo 1 del APPRI con Bolivia de 29 de octubre de 2001, dice así:

Ninguna modificación en la forma en que estén invertidos o reinvertidos los activos afectará su carácter de inversión, siempre que dicho cambio se realice de acuerdo con la legislación de la Parte Contratante receptora de la inversión.

Ver sobre ese tipo de disposiciones, DOLZER, R. y STEVENS, M., *Bilateral Investment Treaties*, *op.cit.*, p. 30; y SACERDOTI, G., «Bilateral treaties and multilateral instruments...», *op.cit.*, p. 310.

¹²⁰ Son muy pocos los APPRI que contienen normas con medidas específicas sobre promoción de inversiones, en sentido estricto. En el tratado entre Malasia y los Emiratos Árabes Unidos, de 11 de octubre de 1991, puede encontrarse, en su artículo 2, la siguientes disposiciones:

«6. Las Partes Contratantes se consultarán periódicamente sobre las oportunidades de inversión en el territorio de la otra parte en diversos sectores de la economía para determinar en dónde pueden ser más beneficiosas las inversiones de un Estado Contratante en el otro, en interés de ambos Estados Contratantes.

7. para lograr los objetivos del Acuerdo, los Estados Contratantes fomentarán y facilitarán la formación y establecimiento de las entidades legales mixtas adecuadas entre los inversores de los Estados Contratantes, para elaborar, desarrollar y ejecutar proyectos de inversión en distintos sectores económicos en conformidad con las leyes y reglamentos del Estado huésped».

Junta de Comercio y Desarrollo, Comisión de la Inversión..., *Reunión de Expertos en Acuerdos Internacionales sobre Inversión conceptos que permiten alguna flexibilidad en interés de la promoción del crecimiento y el desarrollo*, TD/B/COM.2/EM.5/2, 5 de febrero de 1999, CNUCD, p. 25. Una visión más completa puede encontrarse en UNCTAD, *Investment Promotion Provisions in International Investment Agreements*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, UNCTAD/ITE/IIT/2007/7, United Nations, Nueva York y Ginebra, 2008.

recogen en sus artículos segundo, apartado primero, la disposición programática sobre la promoción de las inversiones¹²¹.

No obstante, los modelos españoles aceptan siempre que el Estado receptor de las inversiones “las admitirá conforme a sus disposiciones legales”. Los APPRI que siguen el modelo europeo OCDE, como los españoles, no buscan, a diferencia de los APPRI norteamericanos y canadienses, la libre circulación de las inversiones, sino que por el contrario respetan el ejercicio de la soberanía estatal del país de acogida, reconociendo su competencia para decidir qué inversiones pueden acceder y cuáles no a su territorio¹²². En consecuencia, tanto el APPRI con Venezuela como el Convenio con Bolivia de 2001 establecen que la obligación que tiene el país de acogida, en el acceso de las inversiones, es la de admitirlas “conforme a sus disposiciones legales”.

Singularmente, el Convenio con Venezuela de 1995 recoge una disposición en el apartado 2 del artículo segundo, donde hay una previsión de información recíproca entre los Estados de las posibilidades de inversión en su territorio, que dice así:

«Con la intención de incrementar significativamente la promoción recíproca de la inversión, las Partes Contratantes se informarán mutuamente y de manera detallada respecto de las oportunidades de inversión dentro de su territorio»¹²³.

Sin embargo, la virtualidad de este tipo de disposiciones resulta difícil de determinar, especialmente si de ella pudieran derivarse compromisos precisos y algún tipo de responsabilidad por incumplimiento.

Con una sistemática un tanto discutible, el APPRI de 29 de octubre de 2001 con Bolivia recoge, dentro del artículo segundo, destinado a la «Promoción y admisión de las inversiones», una disposición en el apartado 2, más propia de las normas sobre tratamiento, que dice así:

«Cuando una Parte Contratante haya admitido una inversión en su territorio, concederá, de conformidad con sus disposiciones legales, los permisos necesarios en relación con dicha inversión y con la realización de contratos de licencia, de asistencia técnica, comercial o administrativa. Cada Parte Contratante se esforzará en conceder, cada vez que sea necesario, las autorizaciones requeridas en relación con las actividades de consultores o de personal cualificado, cualquiera que sea su nacionalidad».

¹²¹ En el APPRI con Bolivia, la disposición dice lo siguiente: «Cada Parte Contratante promoverá en su territorio, en la medida de lo posible, las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante y admitirá estas inversiones conforme a sus disposiciones legales». Por su parte, en el vigente APPRI con Venezuela, la redacción es casi idéntica, salvo que no existe la entradilla que afirma “en la medida de lo posible”.

¹²² Los modelos de APPRI norteamericanos – y canadienses, a partir de la mitad de los años 90 – liberalizaron el acceso de las inversiones, sustrayendo al Estado receptor, a través de la aplicación de cláusulas liberalizadoras, el ejercicio de la competencia para controlar el acceso de las inversiones, admitiéndolas o rechazándolas. Ver DOLZER, R. y STEVENS, M., *Bilateral Investment Treaties*, *op.cit.*, pp. 50 y 56-57; y también UNCTAD, *Admisión y establecimiento*, Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales en materia de inversión, UNCTAD/ITE/IIT/10 (vol. II), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1999.

¹²³ También en alguno de los primeros APPRI celebrados por los Estados Unidos, como es el caso de tratado con Egipto de 29 de septiembre de 1982, se contemplaba un mecanismo de consultas e intercambio de informaciones, para examinar la incidencia de la reglamentación nacional del Estado de acogida en las inversiones proyectadas por nacionales del otro Estado. Ver SALEM, M., «Le développement...», *op.cit.*, p. 609.

En rigor, la previsión de concesión de permisos, autorizaciones, etc. para llevar a efecto la inversión, una vez admitida forma en realidad parte no de las normas de admisión, sino del cumplimiento de normas de protección. Lo dejamos, pues, para examinarlo en el epígrafe inmediatamente posterior.

Uno de los defectos de los APPRI, seguramente por su carácter netamente instrumental y su elaboración por prácticos e incluso por economistas, es que no siempre responden a una técnica y una sistemática jurídicas muy estrictas, sino bastante irregulares y en ocasiones poco precisas.

E.- Las normas sobre protección de las inversiones

El APPRI con Venezuela de 1995 recoge una sistematización mucho más estricta y adecuada que el Convenio con Bolivia de 2001, y en su artículo tercero, bajo el epígrafe de "Protección", establece en su apartado 1, el estándar general de protección, así como la prohibición de las medidas arbitrarias y discriminatorias que obstaculicen la inversión:

«1. Cada Parte Contratante otorgará plena protección y seguridad conforme al Derecho Internacional a las inversiones efectuadas en su territorio por inversores de la otra Parte Contratante y no obstaculizará, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, el desarrollo, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones».

El estándar general de protección del APPRI con Venezuela es, por tanto, la "plena protección y seguridad conforme al Derecho internacional". La "plena protección y seguridad se trata de un estándar habitual en los APPRI (*full protection and security*) que los Estados Unidos consideraron como parte del estándar internacional de trato a los extranjeros, aunque hasta hace no tanto tiempo no era aceptado como tal por todos los Estados desarrollados¹²⁴. Su inclusión en los APPRI ha sido progresiva y se ha generalizado con claridad a partir de los años ochenta en los acuerdos franceses¹²⁵. Su sentido exacto ha resultado no muy fácil de determinar, dado su origen en los poco precisos Tratados de Amistad, Comercio y Navegación norteamericanos¹²⁶. En términos generales, se considera que su sentido no es otro que el de establecer un estándar general que impone la obligación para el Estado anfitrión de ejercer la debida diligencia en la protección de la inversión extranjera, frente a lo que sería una responsabilidad estricta (u objetiva) del Estado por cualquier destrucción de la inversión, aun cuando fuera causada por personas cuyos actos no pudiera atribuirse al Estado¹²⁷. El debate en los últimos tiempos se ha centrado en torno

¹²⁴ Ver JUILLARD, P., «La réseau français des conventions bilatérales d'investissement: à la recherche d'un Droit perdu?», *Droit et pratique du Commerce International*, t. 13, 1987, pp. 39-40. Un intento de concreción comúnmente citado del estándar internacional de trato aparece en el caso *Neer* resuelto en 1926 por la Comisión de reclamaciones entre los Estados Unidos y México:

«Para que el trato dado a un extranjero constituya delito internacional, es necesario que suponga un ultraje, mala fe, omisión culposa en el cumplimiento de un deber, o una deficiencia en el cumplimiento de la actividad gubernamental tan opuesta a las pautas internacionales que cualquier persona razonable e imparcial considere sin titubeos como insuficiente».

Citado por AKEHURST, M., *Introducción al Derecho internacional*, Alianza Editorial, Madrid, 1992, p. 100.

¹²⁵ JUILLARD, P., «La réseau français des conventions...», *op.cit.*, pp. 39-40.

¹²⁶ Ver WILSON, R.R., *United States commercial Treaties and International Law*, Hauser, Nueva Orleans, 1960, p. 6.

¹²⁷ Ver DOLZER, R. y STEVENS, M., *Bilateral Investment Treaties*, *op.cit.*, pp. 60-61. Esa fue la interpretación de la sala del Tribunal Internacional de Justicia que conoció el caso de la *Elctronica*

a si la plena protección y seguridad protegía la inversión frente a daños físicos o si también incluía otro tipo de daños, a lo que las soluciones arbitrales han respondido entendiendo que no tenía por qué restringirse sólo a los daños o riesgos físicos¹²⁸.

El estándar de plena protección y seguridad también está recogido en el APPRI de 2001 con Bolivia, pero aparece acompañado (en el apartado 1 del artículo tercero) por el estándar de trato justo y equitativo, cuando este último, formalmente, no es un estándar de “protección”, sino de tratamiento y en una sistemática mínimamente exigente debería recogerse en el epígrafe dedicado al tratamiento y no en el de la protección:

«1. Las inversiones realizadas por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante recibirán un *tratamiento justo y equitativo* y disfrutarán de *plena protección y seguridad*. Ninguna de las Partes Contratantes deberá, en ningún caso, otorgar a tales inversiones un tratamiento menos favorable que el requerido por el Derecho Internacional».

Esto es, una perspectiva formal, pues en la práctica el estándar de plena protección y seguridad puede venir entrelazado en algunos APPRI con el trato justo y equitativo y aún se considera que el estándar de plena protección y seguridad puede estar parcialmente contenido en el estándar de trato justo y equitativo¹²⁹.

Junto al estándar de “plena protección y seguridad”, el tratado con Venezuela recogía la prohibición de las medidas arbitrarias y discriminatorias que obstaculizasen la inversión en cuanto a “la gestión, el mantenimiento, el desarrollo, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones”, lo que también se recoge en redacción idéntica, en el apartado 2 del artículo tercero del APPRI de 2001 con Bolivia, que dice expresamente:

«2. Ninguna de las Partes Contratantes obstaculizará en modo alguno, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute, la disposición, la venta o, en su caso, la liquidación de tales inversiones».

La norma hace referencia a las actuaciones de disponibilidad y poder del inversionista sobre la inversión y a las medidas públicas que podrían ponerlas en peligro. La calificación de las medidas como “arbitrarias” o “discriminatorias”, que acompaña la prohibición de

Sicula, en la sentencia de 20 de julio de 1989, cuando debió precisar el alcance de la expresión “*plena protección y seguridad constantes*”, recogida en artículo V del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre los Estados Unidos y la República Italiana, de 2 de febrero de 1948. La sala del TIJ entendió que no otorgaba una responsabilidad absoluta del Estado, lo que tendría como efecto automático la obligación de resarcir, sino que lo que el estándar fijaba es la exigencia de *diligencia debida* del Estado, respondiendo por no desempeñar sus funciones ordinarias de protección. Ver *Case concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, (*Unites States of America vs. Italy*), *Judgment of 20 July 1989*, *ICJ Reports, 1989*, pp. 15-82, párrafo 110.

¹²⁸ Pueden verse al respecto los casos *Rankin c. República Islámica del Irán*, Laudo nº 326-10913-2, Laudo del 3 de noviembre de 1987, 17 Iran-U.S. C.T.R. 135, párrafo 30 (c); *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/98/4), Laudo del 8 de diciembre de 2000, párrafos 84-95; *CME Czech Republic B.V. (Países Bajos) c. la República Checa*, Laudo parcial del 13 de septiembre de 2001 (CNUDMI), párrafo 613; *Československá Obchodní Banka A.S. c. la República Eslovaca* (Caso CIADI No. ARB/97/4), Laudo del 29 de diciembre de 2004, párrafo 170; *Eureka B.V. c. República de Polonia*, Laudo parcial, 19 de agosto de 2005, párrafos 236-237; *Azurix Corp. c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12), Laudo del 14 de julio de 2006, párrafo 406; y *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3), Laudo final de 20 de agosto de 2007, párrafos 7.4.13-7.4.17.

¹²⁹ Ver *Azurix Corp. c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12), Laudo del 14 de julio de 2006, párrafos 407 y 408.

obstaculizar, expresa el carácter de los obstáculos prohibidos por los tratados, pues el tratamiento “obstaculizador” deberá ser arbitrario o ser discriminatorio¹³⁰.

Como referimos, también los APPRI recogen normas de protección relativas a la necesidad de concesión de los permisos y autorizaciones necesarios para desarrollar la actividad de la inversión y de su personal. Así se recoge en el artículo tercero, apartados 2 y 3 del APPRI con Venezuela:

«2. Cada Parte Contratante se esforzará por conceder las autorizaciones necesarias en relación con estas inversiones y permitirá, en el marco de su legislación, la ejecución de contratos laborales, de licencia de fabricación, asistencia técnica, comercial, financiera y administrativa.

3. Cada Parte Contratante se esforzará igualmente por otorgar, cada vez que sea necesario, las autorizaciones requeridas en relación con las actividades de consultores o expertos contratados por inversores de la otra Parte Contratante».

En la práctica, lo que significan estas normas es que se acepta la aplicación de las leyes del Estado receptor de la inversión, pero además que éste no puede imponer requisitos adicionales a los generales existentes en su normativa para el desarrollo de la inversión, evitando la arbitrariedad y cualquier tipo de discriminación.

F.- Las normas sobre el tratamiento que el Estado se ve obligado a dar a la inversión

Los tratados bilaterales de inversión contienen estándares de tratamiento de la inversión y a los inversores, que se clasifican diferenciando entre estándares “contingentes” y estándares “no contingentes”¹³¹. Los estándares “contingentes” son variables con el tiempo y con las modificaciones de la realidad, como el “tratamiento nacional”¹³² o la “cláusula de nación más favorecida”¹³³, pues toman como referencia el tratamiento que se da en cada momento a otros sujetos, sean los nacionales del propio Estado o los nacionales del Estado a los que se otorga el trato más favorable. Los estándares “no contingentes”, en principio no variarían con el tiempo de igual modo que los contingentes, son más estables, pues su contenido generalmente no es externo ni referencial, sino sustantivo, como sucede con el “trato justo y

¹³⁰ Organización de Estados Americanos, *Acuerdos sobre inversión en el Hemisferio Occidental: Un compendio*, elaborado para el Grupo de Trabajo de la Inversión del ALCA, en <http://www.ftaa-alca.org/NGROUPS/ngin/publications/spanish99/intro99.asp>.

¹³¹ Ver el análisis, a propósito de los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación norteamericanos en WALKER, H., «Modern Treaties of Friendship, Commerce and Navigation», *Minnesota Law Review*, vol. 42, 1958, p. 805-824.

¹³² BREWER, T. L., YOUNG, S. «Investment Policies in Multilateral and Regional Agreements: A Comparative Analysis», *Transnational Corporations*, vol. 5, nº 1; y UNCTAD, *National Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/11(Vol.IV), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1999.

¹³³ Ver, por ejemplo, FAYA RODRÍGUEZ, A., «The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements. A Tool for Treaty Shopping?», *Journal of International Arbitration*, 2008, vol. 25(1), pp. 89–102; FORNER I DELAYGUA, J.-J., *La cláusula de la nación más favorecida. la excepción de las uniones aduaneras, de las zonas de libre cambio y de las uniones económicas*, Civitas, Madrid, 1988; GROS ESPIELL, H., «La cláusula de nación más favorecida. Su sentido actual en el Acuerdo General de Aranceles y Comercio», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXI, nº 1, enero-marzo, 1968, pp. 37-53; SAUVIGNON, E., *La clause de la nation la plus favorisée*, Press Universitaires de Grenoble, 1972; y WONG, J., «The Application of Most-Favored-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions in Bilateral Investment Treaties», *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, 2008, vol. 3, nº 1, pp. 171-198.

equitativo”, el “trato mínimo del Derecho internacional” o el ya examinado de “la plena protección y seguridad.

En los dos APPRI vigentes con Bolivia y Venezuela, así como en el ya extinto con Bolivia de 1990, el punto de partida está en el estándar no contingente que exige un “tratamiento justo y equitativo”, para incorporar después, conjuntamente, los estándares contingentes del tratamiento nacional y la cláusula de nación más favorecida. Así se establece en los apartados 1 y 2 del artículo IV del APPRI con Venezuela, que dicen:

«1. Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo, conforme al Derecho Internacional, a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante.

2. Este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones realizadas y a los rendimientos obtenidos en su territorio por sus propios inversores o por inversores de cualquier tercer Estado».

Como ya vimos, el estándar de “tratamiento justo y equitativo en el APPRI vigente con Bolivia se recogía en el artículo 3, junto al estándar de plena protección y seguridad, y respecto a los estándares de tratamiento nacional y la cláusula de nación más favorecida, recogen una redacción en lo sustancial equivalente a la del APPRI con Venezuela¹³⁴.

Respecto del estándar de “*tratamiento justo y equitativo*”, hay que señalar que se ha convertido en una de las estrellas de los laudos de fondo de los arbitrajes del CIADI. El motivo de la notoriedad está en el cambio interpretativo que se ha producido desde hace ocho años y que paulatinamente ha ido consolidándose. La interpretación clásica del estándar de “trato justo y equitativo”, consideraba que se vinculaba con el estándar mínimo del Derecho internacional, un nivel de trato mínimo que, se sostenía, el Derecho internacional imponía a los Estados en el tratamiento de los nacionales de otros Estados y que podía ser superior al “tratamiento nacional”, singularmente en aquellos casos en los que los Estados trataban de forma tan arbitraria e injusta a sus ciudadanos que no servía como estándar de trato en el orden internacional¹³⁵. En cuanto a su contenido, la interpretación clásica, lo definía como un tratamiento que incluye el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones asumidas; el principio de no discriminación; la obligación de poner a disposición del extranjero los remedios judiciales del Estado, sin dar lugar a una denegación de

¹³⁴ Dice el apartado 1 del artículo cuarto:

«1. Cada Parte Contratante otorgará en su territorio a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante un tratamiento que no será menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversores o a las inversiones de inversores de cualquier tercer Estado, el que sea más favorable al inversor».

¹³⁵ Este estándar puede hallarse mencionado en algunas decisiones arbitrales de inicios del siglo XX, por ejemplo, en las sentencias relativas a la expropiación de bienes de españoles, franceses e ingleses en Portugal en el asunto de las propiedades religiosas, donde el tribunal no hablaba exactamente de un trato justo y equitativo, pero aplicaba esta calificación a la solución consistente en el pago de una indemnización que debían recibir los expropiados:

«Considerando que no ha estado en la intención del Gobierno de la República portuguesa buscar en la incautación de estos bienes una fuente de aprovechamiento pecuniario, que no estaba en la intención de los reclamantes atentar contra el respeto debido a las leyes instituciones de Portugal; que en estas condiciones, la solución que sigue de las reclamaciones, objeto del presente arbitraje, aparece como *justa y equitativa*, y de naturaleza para satisfacer las legítimas pretensiones respectivas de las Partes, todas las reclamaciones, cualquiera que sea su objeto, sea de los reclamantes, sea del Gobierno portugués, relativas a los bienes reclamados, siendo declaradas definitivamente resueltas y extinguidas en lo sucesivo»

Citado por JULLIARD, P., «L'évolution des sources du Droit des investissements», *RCADI*, tomo 250 de la colección, 1994, nota 4, p. 23.

justicia, prohibida por el Derecho internacional; y la obligación de asegurar un trato sustantivamente justo, a los extranjeros y sus bienes, sin actuaciones ni mediadas de carácter arbitrario¹³⁶. Uno de los aspectos fundamentales de la concepción histórica del estándar era que se vinculaba con la existencia de dolo o negligencia clara en el cumplimiento de sus deberes por parte del Estado que dañaba a la inversión¹³⁷. Esta posición clásica, aplicada reiteradamente en la materia, fue aceptada por diversos tribunales arbitrales en el marco del CIADI, así, en el caso *Azinian* contra México, en 1999¹³⁸, y en el caso *Genin* contra Estonia, en 2001¹³⁹.

Sin embargo, en abril de 2001, en un caso resuelto en el marco del TLCAN bajo las reglas arbitrales de la UNCITRAL, el caso *Pope & Talbot*, el Tribunal arbitral consideró que el estándar del “trato justo y equitativo del TLCAN no era el estándar mínimo de trato del Derecho internacional, sino que era un estándar independiente cuyo contenido no comprendía la mala fe o la negligencia por parte del Estado, sino que se trataba de un estándar objetivo que era vulnerado cuando la actuación del Estado frustraba las expectativas de ganancia del inversionista en su inversión¹⁴⁰. La diferencia de interpretación es sustancial, pues si en la primera interpretación es preciso una actuación de mala fe o negligente en el ejercicio de las obligaciones estatales para implicar la responsabilidad del Estado y la obligación de indemnización al inversionista, de acuerdo con la segunda interpretación basta que una medida de política legislativa del Estado –aún en protección de intereses generales, como el medio ambiente o los trabajadores– *perjudique las expectativas de ganancia del inversor* para que tenga obligación de resarcir. Es decir, de acuerdo con la segunda interpretación, el ejercicio de la potestad del Estado en protección del interés general está sometida a indemnización y se trata como una medida expropiatoria si afecta a las expectativas de ganancia de la inversión¹⁴¹.

¹³⁶ WEILER, «*Fair and equitable treatment* for investments: some old cases and some new» (1999), en www.cyberus.ca/~tweiler. Acceso el 20 de diciembre de 2000. También, SALEM, M., «Le développement de la protection conventionnelle», *Journal de Droit International*, vol. 113, 1986, p. 607.

¹³⁷ El referente histórico más citado para fundamentar este estándar de tratamiento es la decisión en el caso *Neer*, dictada por la Comisión Mixta de Reclamaciones de Estados Unidos y México en 1926 (Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, 1926, IV, pp. 60 y ss.). En su decisión la Comisión afirmó que para constituir una violación del Derecho internacional, el tratamiento dado al extranjero debía derivar de un daño a la dignidad, de la mala fe, de la omisión deliberada de cumplir sus obligaciones o de la insuficiencia de la acción gubernativa, en tal nivel inferior a las normas internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial reconociera de forma inmediata esta insuficiencia. OCDE, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, Working Paper on International Investment, OECD, 2004/3, pp. 8-10.

¹³⁸ *Robert Azinian y otros v. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI n° ARB(AF)/97/2, Laudo de 1 de noviembre de 1999, parágrafos 83 y 87.

¹³⁹ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. Republic of Estonia*, Caso CIADI N° ARB/99/2, Laudo de 25 de junio de 2001, parágrafo 367.

¹⁴⁰ Ver *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, Award on the Merits, de 10 de abril de 2001, en http://ita.law.uvic.ca/documents/Award_Merits2001_04_10_Pope.pdf. Apoyándose en una opinión doctrinal de comienzos de los años 80 y en un documento de análisis de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, el Tribunal arbitral abandonó la posición que hasta el momento había sido unánime en las decisiones arbitrales. La posición doctrinal era la de MANN, F.A., «British treaties for the promotion and protection of investment», *British of Yearbook International Law*, vol. 241, 1981, pp. 241-251; y el documento de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo es el siguiente, UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1999.

¹⁴¹ Sobre la cuestión pueden verse BEN HAMIDA, W., «L'arbitrage Etat-investisseur étranger: regards sur les traités et projets récents», en *Journal de Droit International*, n° 2, 2004, pp. 428-430; CARREAU, D.; y JUILLARD, P., *Droit international économique*, 1ª edición, Dalloz, París, 2003, pp. 438-439; DUMBERRY, P., «The Quest to Define "Fair and Equitable Treatment" for Investors under International Law. The Case of the NAFTA Chapter 11 Pope & Talbot Awards», *The Journal of World Investment*, 2002, vol. 3, pp. 657-691; y OCDE, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, OCDE, Working Papers on International Investment, n° 2004/3,

Esta interpretación se ha ido consolidando en los laudos arbitrales de los tribunales del CIADI. Los laudos dictados en el marco del TLCAN en el momento inmediatamente posterior al laudo de *Pope & Talbot*, entre 2002 y 2004, en los casos, por ejemplo, *Mondev*¹⁴², *ADF*¹⁴³, *Tecmed*¹⁴⁴, *Loewen*¹⁴⁵, y *Waste*¹⁴⁶, todos ellos reafirmaron la concepción amplia del concepto de trato justo y equitativo sostenida en el caso *Pope & Talbot*¹⁴⁷. Lo fundamental del nuevo concepto, al entender que asegura que no se perjudiquen las expectativas de ganancia del inversor, es que está operando como una cláusula de estabilización del Derecho que rige la inversión, es decir, se garantiza que el Estado no pueda modificar las normas que afectan a la inversión salvo que pague una indemnización. En el momento presente, algunas voces están abogando por una interpretación estricta del concepto, precisamente para evitar una aplicación tan desproporcionada que convierta en indemnizable cualquier medida estatal que afecte a las ganancias empresariales¹⁴⁸.

En cuanto a los estándares de *tratamiento nacional* (TN) y de la *cláusula de nación más favorecida* (CNMF), son “cláusulas de tabla rasa” que contienen la exigencia de nivelar mecánicamente el tratamiento dado a la inversión del inversionista del país parte del APPRI en relación con el tratamiento dado a los nacionales (TN) o a los inversionistas mejor tratados de cualquier otro Estado (CNMF). La procedencia de ambos principios viene de la práctica convencional de los Estados, atribuyéndose mediante pactos determinados beneficios de forma facultativa. Es el juego de ambos principios el que otorga en gran medida el grado de cobertura que recibe la inversión en el tratado, el que da su “color” particular a cada convenio¹⁴⁹.

septiembre de 2004. En el caso *Pope & Talbot*, la participación comercial en el mercado estadounidense de esa empresa de productos forestales de los EE.UU., que operaba en Canadá, disminuyó como consecuencia de la política del gobierno canadiense y el Tribunal consideró que la propia participación en el mercado era un activo del inversionista protegido por el estándar de “trato justo y equitativo” y que la actuación de Canadá había frustrado sus expectativas. Como se puede comprender, esta interpretación puede tener como consecuencia que cualquier medida estatal aplicable al comercio sea susceptible de vulnerar el estándar de trato justo y equitativo porque son susceptibles de afectar a la participación en el mercado. La Comisión de Libre Comercio del TLCAN, formada por representantes de los tres Estados miembros, emitió una nota interpretativa contra la diferenciación efectuada por el Tribunal arbitral entre los dos estándares de tratamiento y a favor de una concepción estricta de la noción identificada con el estándar de trato consuetudinario del Derecho Internacional. Puede verse en http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/Controversias/nota_interpretativa/interpretacion_CLC_espanol.pdf.

¹⁴² *Mondev International Ltd. v. The United States of America*, Caso CIADI N° ARB(AF)99/2, Laudo de 11 de octubre de 2002, parágrafo 116.

¹⁴³ *ADF Group Inc. c. United States of America* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1), Laudo de 9 de enero de 2003, parágrafo 179.

¹⁴⁴ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2), Laudo de 29 de mayo de 2003, parágrafo 154.

¹⁴⁵ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. United States of America* (Caso CIADI No. ARB(AF)98/3), Laudo de 26 de junio de 2003, parágrafo 132.

¹⁴⁶ *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/3), Laudo de 30 de abril de 2004, parágrafo 98.

¹⁴⁷ Y consideran como antecedentes del laudo en el caso *Pope & Talbot*, los fallos de los casos *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N° ARB(AF)/97/1, Laudo, de 30 de agosto de 2000, parágrafos 74-101; y *S.D. Myers v. Canada*, un arbitraje del TLCAN bajo las reglas de arbitraje de la UNCITRAL, Laudo parcial de 13 de noviembre de 2000.

¹⁴⁸ Así, MAYEDA G., «Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties», *Journal of World Trade*, vol. 41/2, 2007, pp 287-288.

¹⁴⁹ JUILLIARD, P., «La réseau français des conventions...», *op.cit.*, p. 32.

El problema de estos estándares está en que exigen nivelar el tratamiento automáticamente, sin atender a las razones de la diferencia de trato ni a las consecuencias de la nivelación. El efecto que es susceptible de tener la aplicación del tratamiento nacional sobre las economías locales puede llegar a ser muy perjudicial para las sociedades nacionales, que ven entrar en su mercado en igualdad de condiciones a las grandes compañías multinacionales, así como para las políticas públicas de desarrollo, que deben abandonar sus programas de apoyo a las empresas y a la industria nacionales¹⁵⁰, pues el principio de tratamiento nacional en su versión más extensa exigiría extender los beneficios de esos programas a los nacionales o sociedades del otro Estado parte del tratado¹⁵¹. La concesión de la cláusula NMF tiene una importancia sustancial en materia de inversiones, igual que en el resto de ámbitos comerciales, pues a los operadores económicos del Estado exportador de inversiones los coloca en el mercado del Estado de acogida cuando menos en igualdad con los competidores extranjeros que tengan las mejores condiciones¹⁵².

Existe una particularidad en el APPRI con Bolivia de 2001, pues incluye una disposición singular, en el apartado 2 del artículo cuarto, donde expresamente se especifica la aplicación de los dos últimos estándares a actividades concretas relacionadas con la inversión:

«2. Ambas Partes Contratantes concederán a los inversores de la otra Parte Contratante, en lo que respecta a la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute, la disposición, la venta o, en su caso, la liquidación de tales inversiones realizadas en su territorio, un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversores o a los inversores de un tercer Estado, el que sea más favorable al inversor».

La aplicación de los estándares de tratamiento nacional (TN) y cláusula de nación más favorecida (CNMF) posee, en todo caso, excepciones en ambos APPRI vigentes, en particular dos, que se recogen del siguiente modo en el convenio con Venezuela:

«3. Este tratamiento no se extenderá, sin embargo, a los privilegios que una Parte Contratante conceda a los inversores de un tercer Estado, en virtud de su asociación o participación actual o futura en una unión aduanera, o en virtud de cualquier otro acuerdo internacional de características similares.

4. El tratamiento concedido con arreglo al presente artículo no se extenderá a deducciones, exenciones fiscales ni a otros privilegios análogos otorgados por cualquiera de las Partes Contratantes a inversores de terceros países en virtud de un acuerdo para evitar la doble imposición o de cualquier otro acuerdo en materia de tributación».

La CNMF no se aplicará en relación con los beneficios otorgados en el marco de procesos de integración económica (tratados de libre comercio o uniones aduaneras, como la Unión Europea o el Mercosur; aunque el APPRI con Venezuela lo restringe exclusivamente a uniones aduaneras, no así el APPRI con Bolivia), ni con los que se otorguen bajo el amparo de los convenios para evitar la doble imposición fiscal o en convenios en materia tributaria¹⁵³. Por un lado, si la cláusula de nación más favorecida extendiese los derechos

¹⁵⁰ Junta de Comercio y Desarrollo, Comisión de la Inversión..., *Reunión de Expertos en Acuerdos Internacionales Sobre Inversión: conceptos...*, TD/B/COM.2/EM.5/2, CNUCD, *op.cit.*, pp. 18-19.

¹⁵¹ Ver SORNARAJAH, M., *The international law...*, *op. cit.*, pp. 234-235.

¹⁵² SACERDOTI, G., «Bilateral treaties and multilateral instruments...», *op.cit.*, pp. 350.

¹⁵³ En el APPRI con Bolivia de 2001, se recoge con el siguiente tenor:

«3. El tratamiento concedido en virtud de los apartados 1 y 2 del presente artículo no se interpretará en el sentido de obligar a cualquiera de las Partes Contratantes a hacer extensivo a los inversores de la otra Parte Contratante y a sus inversiones el beneficio de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de

otorgados en los procesos de integración regional éstos no podrían mantener su especificidad y coherencia, por otro lado, hay que tener en cuenta que, junto a las redes de acuerdos de promoción y protección de inversiones, se han ido creando redes de acuerdos tributarios para evitar la doble imposición fiscal, y que el tratamiento y las técnicas que en ellos se adoptan difícilmente pueden extenderse por medio de la cláusula NMF¹⁵⁴.

El APPRI de 2001 con Bolivia contiene además una excepción más a los dos estándares contingentes, bastante singular por su ubicación sistemática, relativa a las medidas adoptadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas:

«5. Las medidas que se adopten por razones de orden público o seguridad y salud pública no se considerarán tratamiento menos favorables en el sentido del presente artículo».

La incorporación de esta excepción a los modelos de APPRI procede de los tratados de liberalización comercial¹⁵⁵, y no existen precedentes de su interpretación en tribunales arbitrales¹⁵⁶. En todo caso, puede imaginarse sin muchos problemas que, en ocasiones, se puedan aplicar reglas de seguridad nacional singulares para los extranjeros que no se apliquen a los nacionales.

El APPRI con Bolivia de 1990 establecía además, en el artículo 4, apartado 4, una excepción particular, que expresaba una consideración especial con la soberanía estatal en materia de política de desarrollo, excepción desaparecida tras la renegociación:

«4) Los inversores de una Parte contratante no podrán prevalerse del tratamiento previsto en el apartado 2 del presente artículo para beneficiarse de medidas de carácter incitativo (facilidades de créditos, donaciones, primas de equipamiento, garantías o seguros) acordadas por el Gobierno de la otra Parte a sus propios nacionales en materia de política de desarrollo nacional».

G.- Las normas sobre prohibición de expropiaciones, nacionalizaciones de las inversiones (y medidas de efecto equivalente) y sobre indemnizaciones por incumplimiento

Las normas sobre nacionalización y expropiación de bienes constituyeron uno de los más enconados debates del Derecho internacional del desarrollo. Los APPRI tratan los problemas de la desposesión desde la perspectiva de la protección de la inversión, estableciendo una íntima vinculación con la exigencia de seguridad jurídica¹⁵⁷. De este modo, las nacionalizaciones y expropiaciones toman un carácter excepcional. El discurso en

su asociación o participación, actual o futura, en una zona de libre comercio, unión aduanera o económica o en cualquier otra forma de organización económica regional.

4. El tratamiento concedido en virtud de los apartados 1 y 2 del presente artículo no se refiere a las ventajas que una de las Partes Contratantes conceda a las inversiones o inversores de terceros Estados como consecuencia de un Acuerdo para evitar la Doble Tributación u otros Acuerdos de carácter tributario».

¹⁵⁴ SACERDOTI, G., «Bilateral treaties and multilateral instruments...», *op.cit.*, pp. 353-354. Sin embargo, como se ha dicho el modelo de los Países Bajos incluye las cuestiones fiscales en su artículo 4, aplicándolas los estándares de trato nacional y NMF. Ver DOLZER, R. y STEVENS, M., *Bilateral Investment Treaties*, *op.cit.*, p. 212.

¹⁵⁵ Como en realidad todos los estándares contingentes, que se incorporaron en materia de inversiones a través de los tratados norteamericanos de Amistad, Comercio y Navegación, a los que aludimos más arriba.

¹⁵⁶ SORNARAJAH, M., *The international law...*, *op. cit.*, p. 235.

¹⁵⁷ JUILLIARD, P., «La réseau français des conventions...», *op.cit.*, p. 42.

torno a la expropiación deliberadamente abandona en los convenios bilaterales el terreno de lo político para situarse en el terreno de lo técnico¹⁵⁸. Los APPRI contienen normas usuales sobre compromisos de los Estados de respetar la propiedad de las inversiones. En el Convenio con Bolivia de 2001 se recoge del siguiente modo:

«1. Las inversiones de inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante no serán sometidas a nacionalización, expropiación ni a cualquier otra medida de efectos similares (en adelante expropiación), excepto por razones de utilidad pública, con arreglo al debido procedimiento legal, de manera no discriminatoria y acompañada del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva».

El Convenio con Venezuela utiliza una fórmula análoga¹⁵⁹. El compromiso de no nacionalizar ni expropiar las inversiones de los inversionistas del otro Estado no cuestiona formalmente el derecho soberano del Estado sobre sus recursos y sus bienes naturales, ni se siente la necesidad de recordarlo, pero el ejercicio del derecho de expropiación se coloca en los APPRI en un marco restringido de condiciones formales y materiales que imponen la responsabilidad internacional del Estado con todas las consecuencias. Así, el primer compromiso que se adquiere por el Estado receptor de la inversión al efecto, es el de no llevar a cabo ninguna medida de nacionalización o expropiación¹⁶⁰. Esto hace que la despolitización y la tecnificación de la cuestión queden consumadas en los APPRI.

Así, el Estado se compromete a que en caso de nacionalizar o expropiar, que sea cumpliendo determinadas condiciones:

- a) por razones de utilidad pública,
- b) a través del debido procedimiento legal,
- c) de forma no discriminatoria y
- d) con la obligación de compensar a través de una indemnización
 - a. pronta,
 - b. adecuada y
 - c. efectiva.

Las condiciones fijadas están formalmente destinadas a evitar la arbitrariedad del poder público frente a la inversión extranjera, a impedir las “expropiaciones disfrazadas”, a prevenir la discriminación injusta, a asegurar la salvaguarda de las garantías jurídicas y de los procedimientos legales, y a proteger no sólo el valor de la inversión, sino incluso el de las expectativas de ganancia de la inversión (según la interpretación del estándar de trato justo y equitativo, anteriormente referida) y asegurar el pago de una indemnización por su frustración. Así lo establecen los apartados 2,3 y 4 artículo quinto del APPRI de 2001 con Bolivia¹⁶¹, y el apartado 2, también del artículo quinto, del Convenio con Venezuela¹⁶².

¹⁵⁸ SALEM, M., «Le développement...», *op.cit.*, p. 610.

¹⁵⁹ Dice el apartado 1 del artículo quinto del APPRI de España con Venezuela:

«1. Las inversiones realizadas en el territorio de una Parte Contratante por inversores de la otra Parte Contratante no serán sometidas a nacionalizaciones, expropiaciones, o cualquier otra medida de características o efectos similares salvo que cualquiera de esas medidas se realice exclusivamente por razones de utilidad pública, conforme a las disposiciones legales, de manera no discriminatoria y con una compensación al inversor o a su causahabiente de una indemnización pronta, adecuada y efectiva».

¹⁶⁰ JUILLIARD, P., «La réseau français des conventions...», *op.cit.*, pp. 42-43.

¹⁶¹ Que afirman:

«2. La indemnización será equivalente al valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de que se adopte la medida de expropiación,

La obligación de indemnizar se recoge a través de la llamada fórmula Hull, que exige que la indemnización sea “pronta, adecuada y efectiva”¹⁶³, recuperando a través de la indemnización el valor justo de mercado de la inversión, calculado al momento inmediatamente anterior a la fecha de expropiación. La enunciación más divulgada de la fórmula de la compensación «pronta, adecuada y efectiva» está en el *Restatement Foreign Relations Law* estadounidense, en virtud del cual, se entiende por *pronta*, cuando se realizó en un tiempo que se considere razonable; *adecuada*, si la cantidad representa el valor completo de la propiedad, más los intereses al momento del pago; y *efectiva*, si se realiza en la moneda del Estado nacional del afectado o en moneda fácilmente convertible a ella, o en bienes convertibles en dinero¹⁶⁴.

Unas disposiciones especiales en ambos convenios aseguran también frente a las expropiaciones y las nacionalizaciones a las participaciones de capital de los inversionistas del otro Estado en sociedades locales, obligando a indemnizar en forma pronta, adecuada y efectiva¹⁶⁵.

se notifique oficialmente, o antes de que la inminencia de la misma sea de conocimiento público, lo que suceda primero (en adelante fecha de valoración).

3. El valor de mercado se calculará en una moneda libremente convertible, al tipo de cambio vigente en el mercado para esa moneda en la fecha de valoración. La indemnización incluirá intereses a un tipo comercial fijado con arreglo a criterios de mercado para dicha moneda desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago. La indemnización se abonará sin demora, será efectivamente realizable y libremente transferible.

4. El inversor afectado tendrá derecho, de conformidad con la legislación de la Parte Contratante que realice la expropiación, a la pronta revisión de su caso, por parte de la autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente de dicha Parte Contratante, para determinar si la expropiación y la valoración de su inversión se han adoptado de acuerdo a los principios establecidos en este artículo».

¹⁶² Que dice:

«2. La compensación por los actos referidos en el párrafo 1 será equivalente al valor real de la inversión inmediatamente antes de que las medidas fueran tomadas o antes de que las mismas fueran anunciadas o publicadas, si esto sucede antes. La indemnización se abonará sin demora, en moneda convertible y será efectivamente realizable y libremente transferible de acuerdo con las reglas estipuladas en el artículo VII».

¹⁶³ La obligación de indemnizar en forma compensación «pronta, adecuada y efectiva», consagrando la repetida fórmula con los tres requisitos, aunque tiene precedentes en la jurisprudencia, se remonta a 1938, como respuesta del Secretario de Estado Cordell Hull a las nacionalizaciones mexicanas, y a partir de entonces sería invariablemente reiterada por el gobierno estadounidense en supuestos de nacionalización, incluida por él en acuerdos bilaterales en protección de la propiedad norteamericana celebrados con Estados afines, recogida por sus tribunales internos y por un sector de la doctrina norteamericana (ver NOVOA MONREAL, E., «La nacionalización en su aspecto jurídico», en *Derecho Económico Internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, p. 156, nota 50; RIBEIRO, R., «Propiedade Estrangeira, sua Nacionalização e Direito Internacional», *III Curso de Derecho Internacional, jul.-agost., 1976*, organizado por el Comité Jurídico Iberoamericano. Secretaría General de la OEA, Washington, 1977, pp. 251-252; y SORNARAJAH, M., *The international Law of foreign investment*, Cambridge University Press, 2004, pp. 37-38, 111, 147-148, 243-245, 438-443 y 460-476).

¹⁶⁴ American Law Institute, *Restatement Foreign Relations Law of United States*, 1965, párrafos 187-190; también STEINER, H.J. y VAGTS, D.F., *Transnational Legal Problems*, The Foundation Press, 1976, pp. 431-432.

¹⁶⁵ El apartado 3 del Convenio con Venezuela, que dice:

«3. Si una Parte Contratante toma alguna de las medidas referidas en los párrafos anteriores de este artículo en relación con los activos de una empresa

En materia de expropiaciones y nacionalizaciones tiene particular interés la referencia existente en los convenios a lo que se ha venido a llamar las “*Medidas de Efecto Equivalente a una Expropiación*” (MEEE), que aparecen recogidas en los dos APPRIS examinados (apartados 1 de los respectivos artículos “quinto”) cuando se refieren a “cualquier otra medida de efectos similares” (en el Convenio vigente con Bolivia) o a “cualquier otra medida de características o efectos similares” (en el Convenio con Venezuela). El concepto de MEEE viene a ampliar la noción tradicional de expropiación¹⁶⁶. Se consideran MEEE aquellas medidas legislativas o administrativas, que sean atribuibles a los poderes del Estado de acogida de la inversión, y que tengan sobre la inversión un efecto equivalente a una expropiación, privando al inversionista de sus derechos o del control sobre el capital o la inversión, o de las ventajas fundamentales de la inversión¹⁶⁷. Mientras que el concepto de expropiación o de nacionalización implica una transferencia de propiedad, el concepto de MEEE no exige apropiación o toma de bienes, sino que basta con una simple privación de la rentabilidad de la inversión o la eliminación del efecto productivo de la inversión inmaterial para que se considere que se abre la responsabilidad del Estado y se obliga a indemnizar. Ésta es una disposición capaz de afectar, en su aplicación, al poder soberano del Estado en la protección de los intereses generales, al exigir una compensación para el inversionista cuando del ejercicio de tales competencias derive un daño al beneficio de la inversión. Singularmente, este concepto de MEE puede afectar a las reglamentaciones que expresan criterios de política legislativa del Estado en beneficio del interés general, como la legislación laboral y la legislación medioambiental, cuando tengan por efecto reducir los beneficios de la inversión.

Se trata de una de las reglas más perjudiciales para los intereses generales que debe proteger el Estado, si bien no son exclusivas de los tratados estadounidenses, sino que ya estaban presentes en los APPRI de la etapa anterior, pero se han invocado con su más clara expresión en los supuestos derivados de la aplicación de las reglas sobre inversiones del artículo 11 del TLCAN. Uno de los ejemplos más citados al respecto es el que se refiere al caso *Ethyl Corporation vs. Canadá*, que constituye un modelo de lo que se entiende por MEEE, en virtud del artículo 1105 del TLCAN, y sus efectos sobre los intentos de los poderes públicos de promulgar nuevas reglamentaciones estatales en protección de intereses generales¹⁶⁸. En el caso en cuestión, el Canadá había establecido una

constituida de acuerdo con la ley vigente en cualquier parte de su territorio, en la cual exista participación de inversores de la otra Parte Contratante, garantizará a éstos una compensación pronta, adecuada y efectiva conforme a las disposiciones recogidas en los párrafos anteriores de este artículo».

Y el apartado 3 del Convenio con Bolivia, donde afirma:

«5. Si una Parte Contratante expropiara los activos de una empresa que esté constituida en su territorio de acuerdo con su legislación vigente y en la que existe participación de inversores de la otra Parte Contratante, la primera Parte Contratante deberá asegurar que las disposiciones del presente artículo se apliquen de manera que se garantice a dichos inversores una indemnización pronta, adecuada y efectiva».

¹⁶⁶ Hasta el punto que incorpora conductas que no son indemnizables de acuerdo con el Derecho Federal de los Estados Unidos, según las propias resoluciones del Tribunal Supremo norteamericano (la “mera disminución en el valor de la propiedad, con independencia de cuán significativa sea, es insuficiente para configurar una expropiación”).

¹⁶⁷ Ver NOUVEL, Y., «Les mesures équivalent à une expropriation dans la pratique récente des Tribunaux arbitraux», *Revue Générale de Droit International Publique*, 2002/1, pp. 79-101 ; y también nuestro trabajo «El conflicto histórico por el régimen de la inversión extranjera directa», en *La libertad del dinero* (Dámaso Javier Vicente Blanco, ed.), Alemania, Valencia, 2003, pp. 41-85.

¹⁶⁸ El caso *Ethyl Corporation v. Canada*, Decisión sobre jurisdicción de 24 de junio de 1998, puede verse en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Ethyl-Award.pdf>. Ver BACHAND, R., «Les poursuites

reglamentación por la que prohibía la importación y el transporte interprovincial de MMT (metilciclopentadienil manganeso tricarbonil), un compuesto de manganeso utilizado como aditivo de la gasolina, en cuya utilización industrial estaba especializada *Ethyl Corporation* en Canadá desde 1977. La reglamentación se fundaba en el principio de precaución, pues pese a que los efectos nocivos para la salud y el medio ambiente del producto no se hallaban totalmente demostrados, había serios indicios y estudios que indicaban que su componente en manganeso tenía un efecto similar al plomo, y al inhalarse se concentraba en el cerebro dando lugar a graves enfermedades. La empresa *Ethyl Corporation* alegaba que los riesgos para la salud no estaban totalmente comprobados en ese momento, y que la medida gubernamental constituía una MEEE del artículo 1105 del TLCAN. Presentada la reclamación por un montante de 251 millones de dólares, y contestada la competencia del tribunal arbitral por el Canadá, el tribunal se declaró competente, y Canadá terminó por negociar el pago de una indemnización a la sociedad por daños y perjuicios, por un montante significativamente elevado.

Lo que muestra el caso *Ethyl Corporation* es que el concepto de MEEE afecta a diferentes tipos de medidas adoptadas en diversas áreas por los Estados en beneficio de los intereses generales, y que su reglamentación en el sentido que hace el TLCAN implica que el Estado pierde el poder soberano de llevarlas a efecto, salvo que asuma resarcir económicamente a las empresas extranjeras que se vean afectadas con una indemnización equivalente al valor de la pérdida de beneficios que le suponga la medida¹⁶⁹.

Junto a las normas sobre nacionalizaciones y expropiaciones, son también usuales en los APPRI las normas sobre compensación por pérdidas en casos de guerra, rebelión o disturbios civiles. Estos daños a la inversión suelen tener, por su particularidad, un régimen diferente al de las nacionalizaciones y expropiaciones, que en los dos APPRI que analizamos es idéntico, la aplicación del estándar de tratamiento nacional y de la cláusula de nación más favorecida. Es decir, los inversionistas recibirán idéntico trato que los nacionales ante el mismo supuesto, o el de los inversores de otro Estado, el que les resulte más favorable. Así lo recoge el APPRI con Venezuela:

«Artículo 6. Compensación por pérdidas.

A los inversores de una Parte Contratante cuyas inversiones o rentas de inversión en el territorio de la otra Parte Contratante sufran pérdidas debidas a guerra, otros conflictos armados, un estado de emergencia nacional, rebelión o motín, u otras circunstancias similares, incluidas pérdidas ocasionadas por requisita, se les concederá, a título de restitución, indemnización, compensación u otro arreglo, tratamiento no menos favorable

intentées en vertu du chapitre 11 de l'ALENA. Quelles leçons en tirer?», *Groupe de recherche sur l'intégration continentale*, Université de Québec à Montreal, <http://www.unites.uqam.ca/gric>, formato pdf .

¹⁶⁹ En el mismo sentido pueden verse los casos *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N° ARB(AF)/97/1, Laudo, de 30 de agosto de 2000, párrafos 102-112; *S.D. Myers v. Canada*, un arbitraje del TLCAN bajo las reglas de arbitraje de la UNCITRAL, Laudo parcial de 13 de noviembre de 2000; y *Methanex c. Estados Unidos*, un arbitraje del TLCAN bajo las reglas de arbitraje de la UNCITRAL, Laudo parcial de 7 de agosto de 2002 y decisión final de 3 de agosto de 2005. Ver BACHAND, R., «Interprétation et légitimation : Les tribunaux arbitraux formés en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA ont-il peur de la contestation aux États-Unis ?», *Groupe de recherche sur l'intégration continentale*, Centre Études internationales et Mondialisation/Institut d'études internationales de Montréal, Université de Québec à Montreal, abril de 2006, <http://www.unites.uqam.ca/gric>, formato pdf ; y UNCTAD, *Taking of property*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UNCTAD/ITE/IIT/15, United Nations, Nueva York y Ginebra, 2000.

que aquel que la última Parte Contratante conceda a sus propios inversores o a los inversores de cualquier tercer Estado»¹⁷⁰.

H.- Las normas sobre transferencia y repatriación de haberes y sobre convertibilidad monetaria (libre transferencia y libre convertibilidad)

Los APPRI establecen reglas que persiguen impedir que el Estado receptor bloquee tanto la transferencia de los beneficios de la inversión al Estado de origen, como la repatriación de las inversiones, y permita la libre convertibilidad monetaria. Los dos APPRI vigentes con Bolivia y Venezuela lo recogen en sus artículos 7 respectivos. El APPRI con Bolivia de 2001 lo establece del siguiente modo:

«Artículo 7. Transferencias.

1. Cada Parte Contratante garantizará a los inversores de la otra Parte Contratante la libre transferencia de todos los pagos relacionados con sus inversiones, y en particular, pero no exclusivamente, los siguientes:

- a. El capital inicial y las sumas adicionales necesarias para el mantenimiento, ampliación y desarrollo de la inversión;
- b. Las rentas de inversión, tal y como han sido definidas en el artículo 1;
- c. Los fondos necesarios para el reembolso de préstamos vinculados a una inversión;
- d. Las indemnizaciones y compensaciones previstas en los artículos 5 y 6.
- e. El producto de la venta o liquidación total o parcial de una inversión;
- f. Los sueldos y demás remuneraciones percibidas por el personal contratado en el exterior en relación con una inversión;
- g. Los pagos resultantes de la solución de controversias.

2. Las transferencias a las que se refiere el presente Acuerdo se realizarán sin demora, en moneda libremente convertible al tipo de cambio de mercado vigente el día de la transferencia.

3. Sin perjuicio de las disposiciones de los apartados 1 y 2 de este artículo, cada Parte Contratante podrá demorar o impedir una transferencia mediante la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de medidas:

- a. Destinadas a proteger los derechos de acreedores;
- b. En relación con infracciones penales y resoluciones o sentencias en procedimientos administrativos y judiciales; a condición de que dichas medidas y su aplicación no se utilicen como medio para eludir los compromisos u obligaciones de la Parte Contratante con arreglo al presente artículo».

¹⁷⁰ Y en forma casi idéntica, el APPRI con Bolivia de 2001:

«Artículo 6. Compensación por pérdidas.

A los inversores de una Parte Contratante cuyas inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante sufran pérdidas debidas a guerra u otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, insurrección, disturbio o cualquier otro acontecimiento similar, se les concederá, a título de restitución, indemnización, compensación u otro acuerdo, un tratamiento no menos favorable que aquel que la última Parte Contratante conceda a sus propios inversores o a los inversores de cualquier tercer Estado, el que sea más favorable al inversor afectado. Los pagos resultantes deberán ser libremente transferibles».

El primer apartado fija las categorías de pagos que se beneficiarán de la libre transferencia, pero como un mero *ad exemplum*, sin cerrar todas las posibilidades de pagos (“pero no exclusivamente”) sujetos al beneficio; y el segundo las tres reglas que de forma estandarizada se entiende deben regir las transferencias:

- a) sin demora
- b) en moneda libremente convertible y
- c) al tipo de cambio vigente en el día de la transferencia.

Los dos primeros apartados se corresponden esencialmente con los apartados 1 y 3 existentes en el artículo 7 del APPRI con Venezuela¹⁷¹. Sin embargo, en éste aparece una disposición singular en el apartado 2, que fija la obligación del Estado de acogida de la inversión de facilitar el cambio a divisas con objeto de poder llevar a cabo las transferencias:

«2. La Parte Contratante receptora de la inversión garantizará al inversor de la otra Parte Contratante, en forma no discriminatoria, la posibilidad de adquirir las divisas necesarias para realizar las transferencias amparadas en el presente artículo».

Además, este APPRI contiene en los apartados 4 y 5 del artículo 7 normas más precisas sobre la facilitación de los procedimientos de transferencias, incluyendo un plazo máximo de tres meses para efectuar la transferencia y la aplicación a las transferencias de la cláusula de la nación más favorecida:

«4. Las Partes Contratantes se comprometen a facilitar los procedimientos, cuando sean necesarios, para efectuar dichas transferencias sin demora ni restricciones, de acuerdo con las prácticas de los centros financieros internacionales. En particular, no deberán transcurrir más de tres meses desde la fecha en que el inversor haya presentado debidamente las solicitudes necesarias para efectuar la transferencia hasta el momento en que dicha transferencia se realice efectivamente.

¹⁷¹ Así, poseen la siguiente redacción:

«1. Cada Parte Contratante garantizará a los inversores de la otra Parte Contratante, con respecto a las inversiones realizadas en su territorio, la transferencia sin restricciones de los pagos relacionados con las mismas y en particular, pero no exclusivamente, los siguientes:

- a) Las rentas de inversión, tal y como han sido definidas en el artículo I.
- b) Las indemnizaciones previstas en el artículo V;
- c) Las compensaciones previstas en el artículo VI;
- d) El producto de la venta o liquidación, total o parcial, de las inversiones;
- e) Las sumas necesarias para el reembolso de préstamos vinculados a una inversión;
- f) Las sumas necesarias para la adquisición de materias primas o auxiliares, productos semifabricados o terminados o para la sustitución de los bienes de capital o cualquier otra suma necesaria para el mantenimiento y desarrollo de la inversión;
- g) Los sueldos, salarios y demás remuneraciones recibidas por no nacionales de la Parte Contratante receptora de la inversión que presten servicios en relación con una inversión como administradores, asesores, técnicos o trabajadores especializados.

3. Las transferencias a las que se refiere el presente Acuerdo se realizarán sin demora en la moneda convertible decidida por el inversor y al tipo de cambio aplicable el día de la transferencia».

5. Las Partes Contratantes concederán a las transferencias a que se refiere el presente artículo un tratamiento no menos favorable que el concedido a las transferencias originadas por inversores de cualquier tercer Estado».

Es especial también la norma que se recoge en el último apartado del artículo 7 del APPRI con Bolivia de 29 de octubre de 2001, anteriormente transcrita, donde se permiten excepciones a la libre transferencia siempre que se apliquen de forma "equitativa, no discriminatoria y de buena fe" y tengan por finalidad la protección de los acreedores o el cumplimiento de obligaciones legales, sean de carácter penal, civil o administrativo, y no se utilicen como medio de incumplir los compromisos del APPRI.

Las normas sobre transferencia tienen, en todo caso, gran relevancia, y es preciso recordar que en la crisis argentina de los años 2000-2002, uno de los aspectos fundamentales de obstaculización de las inversiones extranjeras estuvo en las normas de convertibilidad del peso argentino, dando lugar la situación a una plétora de reclamaciones ante los tribunales del CIADI¹⁷².

I.- Las normas sobre obligación de cumplimiento de los compromisos adquiridos con la inversión (cláusulas paraguas)

Los APPRI suelen tener el carácter de convenios de cobertura o *umbrella agreements*, al establecer "cláusulas paraguas", que internacionalizan los compromisos adquiridos en *contratos de Estado* por una de las Partes del APPRI, frente a un particular de la otra Parte¹⁷³. Las cláusulas de cobertura, o "cláusulas paraguas" toman en consideración tales compromisos, acogiendo y respetando su reglamentación si ofrece en cualquier aspecto un estándar de trato más elevado que el previsto en el convenio bilateral¹⁷⁴.

Las disposiciones que recogen este aspecto en los APPRIS que analizamos son diversas. En el Convenio de 2001 con Bolivia, especialmente el apartado 2 del artículo tercero, que afirma:

«2 Cada Parte Contratante deberá cumplir cualquier obligación contractual contraída por escrito en relación con las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante y que sea conforme con la legislación interna de la primera Parte Contratante»¹⁷⁵.

¹⁷² Un análisis pormenorizado de la crisis argentina, a propósito del caso *CMS*, puede verse en nuestro trabajo «El primer Laudo Arbitral en el CIADI "sobre el fondo" relativo a la crisis argentina 2000-2002: El laudo de mayo de 2005 en el caso "CMS Gas Transmission Company c. República Argentina". (Trato justo y equitativo, cumplimiento de los compromisos con la inversión extranjera y estado de necesidad en la crisis argentina)», en *El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al profesor Miguel Á. Ciuro Caldani* (Alterini, Atilio A. & Nicolau, Noemí L., dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2005, pp. 635-675.

¹⁷³ JUILLIARD, P., «La réseau français des conventions...», *op.cit.*, p. 50.

¹⁷⁴ SORNARAJAH, M., *The international law...*, *op. cit.*, pp. 264-265. Ver también, WONG, J., «Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes», *Geo. Mason L. Rev.*, Vol. 14/1, 2006, pp. 135-177

¹⁷⁵ También está en la esfera de las cláusulas paraguas todo el artículo octavo, que dice:

Artículo 8. Otras disposiciones.

1. Si de las disposiciones legales de una de las Partes Contratantes o de las obligaciones emanadas del Derecho Internacional al margen del presente Acuerdo, actuales o futuras, entre las Partes Contratantes, resultará una reglamentación general o especial en virtud de la cual debe concederse a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante un trato más favorable que el previsto en el

En el APPRI con Venezuela, se acoge en particular en el apartado 2 del artículo octavo, que señala:

«2. Las condiciones más favorables que las del presente Acuerdo que hayan sido convenidas por una de las Partes Contratantes con los inversores de la otra Parte Contratante no se verán afectadas por el presente Acuerdo».

El debate sobre el carácter de las “cláusulas paraguas” se ha centrado alrededor de si su efecto es el de internacionalizar todos los compromisos contractuales entre las partes, o si sólo aparecen como una garantía frente al abuso del Estado de su posición de superioridad. La mayor parte de la doctrina y de las decisiones arbitrales del CIADI han defendido que las “cláusulas paraguas” no legitiman al inversionista a elevar las controversias contractuales al plano internacional, es decir, no legitiman a reclamar contra el Estado por meros incumplimientos contractuales, sino que exclusivamente amparan los supuestos en los que el Estado incumple los compromisos del APPRI o incumple de tal modo sus compromisos con el inversionista que ha abusado frente a él de su posición de Estado soberano¹⁷⁶.

J.- Las normas sobre sistemas de garantías de las inversiones

Los Estados desarrollados suelen tener sistemas nacionales de aseguramiento de las inversiones en el exterior, en el caso de los Estados Unidos, la OPIC (*Overseas Private Investment Corporation*), el organismo de garantía creado, como empresa pública, en 1969 por el gobierno norteamericano, y reglamentado en 1971¹⁷⁷. En el caso español se hace a través del CESCE, que permite el aseguramiento a través de una póliza para inversiones¹⁷⁸. Además, en el marco de las instituciones del Banco Mundial, existe el ya mencionado Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA), que permite asegurar la inversión a través de un sistema internacionalizado. Los acuerdos contemplan de forma estandarizada la posibilidad de que el Estado de origen de la inversión establezca una garantía en su favor por los riesgos no comerciales, de acuerdo con su reglamentación nacional y sus organismos estatales de comercio exterior. Como En estos casos, la

presente Acuerdo, dicha reglamentación prevalecerá sobre el presente Acuerdo, en cuanto sea más favorable.

2. Las condiciones más favorables que las del presente Acuerdo que hayan sido convenidas por una de las Partes Contratantes con los inversores de la otra Parte Contratante no se verán afectadas por el presente Acuerdo.

3. Ninguna disposición del presente Acuerdo afectará a lo previsto en los Tratados Internacionales que regulen los derechos de propiedad intelectual/industrial».

¹⁷⁶ Ver SORNARAJAH, M., *The international law...*, op. cit., p. 433; y YANNACA-SMALL, K., *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*, Working Papers on International Investment, Investment Division, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, OECD/OCDE, nº 2006/3, October 2006. Ver, en la jurisprudencia del CIADI, la decisión de sobre excepciones preliminares, de 27 de julio de 2006, en los casos *Pan American Energy LLC (PAE) c. República Argentina* y *BP Argentinian Exploración Company (BP) c. República Argentina* (Casos CIADI No. ARB/03/13 y CIADI No. ARB/04/8), párrafos 91-116; y el Laudo de 18 de agosto de 2008 en el caso *Duke Energy Electroquil Partners Electroquil S.A. c. República del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/04/19), párrafos 317-325.

¹⁷⁷ Ver FRANKLIN y WEST, «Overseas Private Investment Corporation Amendments Act of 1978: A reaffirmation of the developmental role of investment insurance», *Texas International Law Journal*, 1979, pp. 1 y ss.; STEINER, H.J. y VAGTS, D.F., *Transnational Legal Problems*, The Foundation Press, 1976, pp. 471-482.

¹⁷⁸ La CESCE es la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación. Ver <http://www.cesce.es/>.

intervención del Estado de origen de la inversión en orden al fomento de las inversiones hacia el Estado de acogida no se recoge en los APPRI en forma de compromiso, sino en forma simplemente facultativa, de modo que discrecionalmente podrá establecer una garantía en favor de las inversiones que considere oportuno, lo que facilitará su establecimiento¹⁷⁹. Los acuerdos recogen el derecho del Estado de origen de la inversión de subrogarse, en virtud de su propio sistema de garantía de las inversiones, en los derechos de la inversión asegurada, para reclamar frente al Estado receptor. Así, lo recoge el APPRI de 2001 con Bolivia:

«Artículo 9. Principio de subrogación.

Si una Parte Contratante o la agencia por ella designada realizara un pago en virtud de un contrato de seguro o garantía otorgado contra riesgos no comerciales en relación con una inversión de cualquiera de sus inversores en el territorio de la otra Parte Contratante, esta última Parte Contratante reconocerá la subrogación de cualquier derecho o título de dicho inversor en favor de la primera Parte Contratante o de su agencia designada a ejercer, en virtud de la subrogación, cualquier derecho o título en la misma medida que su anterior titular. Esta subrogación hará posible que la primera Parte Contratante o la agencia por ella designada sean beneficiarias directas de todo tipo de pagos por indemnización o compensación a los que pudiese ser acreedor el inversor inicial».

En el caso del APPRI con Venezuela, se recoge una disposición especial que exige que para aceptarse la subrogación a efectos de goce de derechos reales, deberán obtenerse las autorizaciones pertinentes, de acuerdo con el Derecho del Estado receptor de la inversión¹⁸⁰.

K.- Las normas sobre solución de diferencias entre los Estados parte y de solución de controversias sobre inversiones entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión

Los APPRI contienen además normas relativas a la solución de diferencias, tanto entre los Estados parte del convenio (como diferencia interestatal, ante tribunales internacionales), como de solución de controversias sobre inversiones, directamente entre el inversionista y el

¹⁷⁹ SALEM, M., «Le développement...», *op.cit.*, pp. 599-600; y JULLIARD, P., «La réseau français des conventions...», *op.cit.*, pp. 13 y 17.

¹⁸⁰ En el caso del APPRI con Venezuela, se recoge la siguiente redacción:

«Artículo IX. Principio de subrogación.

En el caso de que una Parte Contratante o la entidad por ella designada haya otorgado cualquier garantía financiera sobre riesgos no comerciales en relación con una inversión efectuada por sus inversores en el territorio de la otra Parte Contratante, esta última aceptará la subrogación de la primera Parte Contratante o de su entidad en los derechos económicos del inversor, desde el momento en que la primera Parte Contratante o su entidad hayan realizado un pago con cargo a la garantía concedida. Esta subrogación hará posible que la primera Parte Contratante o su entidad sean beneficiarias directas de todo tipo de pagos por compensación a los que pudiese ser acreedor el inversor.

En lo que concierne a los derechos de propiedad, uso, disfrute o cualquier otro derecho real, la subrogación sólo podrá producirse previa obtención de las autorizaciones pertinentes, de acuerdo con la legislación vigente de la Parte Contratante donde se realizó la inversión.

Estado receptor de la inversión, donde se contempla el arbitraje en protección de inversiones.

En cuanto a la solución de controversias entre los Estados miembros de los APPRI, tanto el Convenio con Bolivia como el Convenio con Venezuela plantean, tras la utilización de la vía diplomática, un procedimiento arbitral *ad hoc*, minuciosamente redactado, en el que se otorgan facultades de nombramientos de árbitros al Presidente, al Vicepresidente y a los miembros del Tribunal Internacional de Justicia. La redacción de los artículos correspondientes es prácticamente idéntica. Dice el artículo décimo del APPRI con Venezuela:

Artículo X. Controversias entre las Partes Contratantes.

1. Cualquier controversia entre las Partes Contratantes referente a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo será resuelta, hasta donde sea posible, por vía amistosa.

2. Si la controversia no pudiera resolverse de ese modo en el plazo de seis meses desde el inicio de las negociaciones, será sometida, a petición de cualquiera de las dos Partes Contratantes, a un Tribunal de arbitraje.

3. El Tribunal de arbitraje se constituirá del siguiente modo: Cada Parte Contratante designará un árbitro y estos dos árbitros elegirán a un nacional de un tercer Estado como Presidente. Los árbitros serán designados en el plazo de tres meses, y el Presidente en el plazo de cinco meses desde la fecha en que cualquiera de las dos Partes Contratantes hubiera informado a la otra Parte Contratante de su intención de someter el conflicto a un Tribunal de arbitraje.

4. Si una de las Partes Contratantes no hubiera designado a su árbitro en el plazo fijado, la otra Parte Contratante podrá invitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia a realizar dicha designación. En caso de que los dos árbitros no llegaran a un acuerdo sobre el nombramiento del tercer árbitro en el período establecido, cualquiera de las Partes Contratantes podrá invitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia a realizar la designación pertinente.

5. Si, en los casos previstos en el párrafo 4 del presente artículo, el Presidente de la Corte Internacional de Justicia no pudiera desempeñar dicha función o fuera nacional de cualquiera de las Partes Contratantes, se invitará al Vicepresidente para que efectúe las designaciones pertinentes.

Si el Vicepresidente no pudiera desempeñar dicha función o fuera nacional de cualquiera de las Partes Contratantes, las designaciones serán efectuadas por el miembro más antiguo de la Corte que no sea nacional de ninguna de las Partes Contratantes.

6. El Tribunal de arbitraje emitirá su dictamen sobre la base de las normas contenidas en el presente Acuerdo o en otros acuerdos vigentes entre las Partes Contratantes, y sobre los principios del Derecho Internacional.

7. A menos que las Partes Contratantes lo decidan de otro modo, el Tribunal establecerá su propio procedimiento.

8. El Tribunal adoptará su decisión por mayoría de votos y ésta será definitiva y vinculante para ambas Partes Contratantes.

9. Cada Parte Contratante correrá con los gastos del árbitro por ella designado y los relacionados con su representación en los procedimientos arbitrales. Los demás gastos, incluidos los del Presidente, serán sufragados por partes iguales por ambas Partes Contratantes¹⁸¹.

¹⁸¹ La redacción, por su parte, del artículo 10 del APPRI con Bolivia es del siguiente tenor:

Artículo 10. Solución de controversias entre las Partes Contratantes.

En lo relativo a las controversias sobre inversiones, entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión, las normas fijadas en los APPRI que examinamos contemplan, después de un intento de acuerdo amistoso, poder acudir bien a los tribunales nacionales del Estado parte de la controversia, bien a la vía arbitral, ya sea el arbitraje del CIADI o un arbitraje *ad hoc*. De modo que se permite pleitear directamente al inversionista con el Estado, contemplando un supuesto de arbitraje en protección de inversiones. Recogemos aquí la redacción establecida en el APPRI con Bolivia:

Artículo 11. Controversia entre una Parte Contratante e inversores de la otra Parte Contratante.

1. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo información detallada por el inversor de la otra Parte Contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible, las partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso.

2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación escrita mencionada en el apartado 1, la controversia podrá someterse, a elección del inversor:

1. Cualquier controversia entre las Partes Contratantes referente a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo será resuelta, hasta donde sea posible, por vía diplomática.

2. Si la controversia no pudiera resolverse de ese modo en el plazo de seis meses desde el inicio de las negociaciones, será sometida, a petición de cualquiera de las dos Partes Contratantes, a un tribunal de arbitraje.

3. El tribunal de arbitraje se constituirá del siguiente modo: cada Parte Contratante designará un árbitro y estos dos árbitros elegirán a un ciudadano de un tercer Estado como Presidente. Los árbitros serán designados en el plazo de dos meses y el Presidente en un plazo de cuatro meses desde la fecha en que cualquiera de las dos Partes Contratantes hubiera comunicado a la otra Parte Contratante su intención de someter el conflicto a un tribunal de arbitraje.

4. Si dentro de los plazos previstos en el apartado 3 de este artículo no se hubieran realizado los nombramientos necesarios, cualquiera de las Partes Contratantes podrá, en ausencia de otro acuerdo, invitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia a realizar las designaciones necesarias. Si el Presidente de la Corte Internacional de Justicia no pudiera desempeñar dicha función o fuera nacional de una de las Partes Contratantes, se invitará al Vicepresidente para que efectúe las designaciones pertinentes. Si el Vicepresidente no pudiera desempeñar dicha función o fuera nacional de cualquiera de las Partes Contratantes, las designaciones serán efectuadas por el miembro de la Corte Internacional de Justicia que le siga en antigüedad y que no sea nacional de ninguna de las Partes Contratantes.

5. El tribunal de arbitraje emitirá su dictamen sobre la base de las normas contenidas en el presente Acuerdo o en otros Acuerdos vigentes entre las Partes Contratantes y sobre los principios generalmente admitidos de Derecho Internacional.

6. A menos que las Partes Contratantes lo decidan de otro modo, el tribunal establecerá su propio procedimiento.

7. El tribunal adoptará su decisión por mayoría de votos y será definitiva y vinculante para ambas Partes Contratantes.

8. Cada Parte Contratante correrá con los gastos del árbitro por ella designado y los relacionados con su representación en los procedimientos arbitrales. Los demás gastos, incluidos los del Presidente, serán sufragados por partes iguales por ambas Partes Contratantes.

- A los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión;
 - a un tribunal de arbitraje ad hoc establecido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional;
 - al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo se haya adherido a aquel. En caso de que una de las Partes Contratantes no fuera Estado Contratante del citado Convenio, la controversia se podrá resolver conforme al Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría del CIADI.
3. El arbitraje se basará en:
- Las disposiciones del presente Acuerdo y las de otros acuerdos concluidos entre las Partes Contratantes;
 - Las reglas y los principios generalmente admitidos de Derecho Internacional;
 - El derecho nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión, incluidas las reglas relativas a los conflictos de Ley.
4. La Parte Contratante que sea parte en la controversia no podrá invocar en su defensa el hecho de que el inversor, en virtud de un contrato de seguro o garantía, haya recibido o vaya a recibir una indemnización u otra compensación por el total o parte de las pérdidas sufridas.
5. Las decisiones arbitrales serán definitivas y vinculantes para las partes en la controversia. Cada Parte Contratante se compromete a ejecutar las sentencias de acuerdo con su legislación nacional.

La redacción del artículo correspondiente del APPRI con Venezuela tiene una redacción prácticamente idéntica, dando una posición subsidiaria al arbitraje *ad hoc*¹⁸².

¹⁸² Dice el artículo decimoprimer del APPRI con Venezuela:

«Artículo XI. Controversias entre una Parte Contratante e inversores de la otra Parte Contratante.

1. Toda controversia que surja entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante respecto del cumplimiento por ésta de las obligaciones establecidas en el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo una información detallada, por el inversor a la Parte Contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible las partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso.

2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses, a contar desde la fecha de notificación escrita mencionada en el párrafo 1, será sometida a la elección del inversor:

- a) A los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, o
- b) Al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el Convenio para Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo se haya adherido a aquél. En caso de que una de las Partes Contratantes

En cualquier caso, las soluciones adoptadas, excluyen acudir a otras vías institucionales ordinarias, como la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, y contemplan la posibilidad de acudir a los tribunales arbitrales del CIADI, incluido el supuesto de que uno de los Estados no fuese miembro, en cuyo caso se aplicaría el llamado "Mecanismo complementario", de modo que de tener plena validez la retirada de Bolivia del CIADI, las reglas del Mecanismo complementario permitirían salvar la competencia del Centro. En ambos APPRI, para el Derecho aplicable por el Tribunal arbitral se contempla la aplicación de las normas del Estado parte de la controversia, junto a las normas del APPRI y las del Derecho internacional.

L.- El ámbito de aplicación, la entrada en vigor, la prórroga y la denuncia

Queda finalmente referirse a las normas sobre el ámbito de aplicación de los APPRI con Venezuela y Bolivia, su entrada en vigor, su prórroga y su denuncia. En cuanto al ámbito de aplicación, el APPRI con Bolivia lo recoge en su artículo 12, haciendo referencia expresa a su aplicabilidad a las inversiones efectuadas antes y después de su entrada en vigor, pero sólo para las controversias sobre hechos acaecidos con posterioridad, excluyéndose expresamente las materias tributarias:

«Artículo 12. Ámbito de aplicación.

1. El presente Acuerdo se aplicará a las inversiones efectuadas, antes o después de la entrada en vigor del mismo, por los inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante conforme a las disposiciones legales de esta última. Sin embargo, el presente Acuerdo no será aplicado a ninguna controversia surgida con anterioridad a su entrada en vigor.

2. El tratamiento otorgado por el presente Acuerdo no se aplicará a materias tributarias»¹⁸³.

no se haya adherido al citado Convenio, se recurrirá al Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría de CIADI.

3. Si por cualquier motivo no estuvieran disponibles las instancias arbitrales contempladas en el punto 2 b) de este artículo, o si ambas partes así lo acordaren, la controversia se someterá a un tribunal de arbitraje *ad hoc* establecido conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional.

4. El arbitraje se basará en:

- a) Las disposiciones del presente Acuerdo y las de otros acuerdos concluidos entre las Partes Contratantes;
- b) Las reglas y principios de Derecho Internacional;
- c) El derecho nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión, incluidas las reglas relativas a los conflictos de Ley.

5. El laudo arbitral se limitará a determinar si existe incumplimiento por la Parte Contratante de sus obligaciones bajo el presente Acuerdo, si tal incumplimiento de obligaciones ha causado daño al inversor de la otra Parte Contratante, y, en tal caso, a fijar el monto de la compensación.

6. Las sentencias de arbitraje serán definitivas y vinculantes para las partes en la controversia. Cada parte Contratante se compromete a ejecutar las sentencias de acuerdo con su legislación nacional».

¹⁸³ El APPRI con Venezuela recoge el ámbito de aplicación temporal en el apartado 3 del artículo segundo, que dice:

Respecto a la vigencia de los Convenios, el APPRI con Venezuela tenía prevista una vigencia de diez años (hasta el 13 de octubre de 2007), tácitamente renovable por períodos de dos años, de modo que al no haber sido denunciado, se entiende renovado hasta el 13 de octubre de 2009, cuando podría volver a denunciarse, pero, en caso de denuncia, su vigencia permanecerá por otros diez años a las inversiones efectuadas antes de la denuncia¹⁸⁴. El APPRI de 2001 con Bolivia, que también tiene una duración inicial de diez años (hasta el 9 de septiembre de 2012), puede ser prorrogado, sin embargo, indefinidamente, extendiéndose también diez años los beneficios del mismo, en caso de denuncia, a las inversiones efectuadas antes de la denuncia¹⁸⁵.

Por último, el APPRI de 2001 con Bolivia, recoge una disposición derogatoria del APPRI de 1990:

«Artículo 14. Disposición adicional.

El presente Acuerdo abroga y sustituye, a partir de su entrada en vigor, el Acuerdo entre el Reino de España y la República de Bolivia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado en Madrid el 24 de abril de 1990».

«3. El presente Acuerdo se aplicará también a las inversiones efectuadas antes de la entrada en vigor del mismo por los inversores de una Parte Contratante conforme a las disposiciones legales de la otra Parte Contratante en el territorio de esta última. No se aplicará a las controversias sobre hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor».

¹⁸⁴ Dice el artículo XXII del APPRI con Venezuela:

«Artículo XII. Entrada en vigor, prórroga, denuncia.

1. El presente Acuerdo entrará en vigor a partir del momento en que ambas Partes Contratantes se hayan notificado el cumplimiento de las respectivas formalidades constitucionales requeridas. Permanecerá en vigor por un período inicial de diez años y se renovará, por tácita reconducción, por períodos consecutivos de dos años.

Cada Parte Contratante podrá denunciar el presente Acuerdo mediante notificación previa por escrito, seis meses antes de la fecha de su expiración.

2. En caso de denuncia, las disposiciones previstas en los artículos I al XI del presente Acuerdo seguirán aplicándose durante un período de diez años a las inversiones efectuadas antes de la denuncia».

¹⁸⁵ Dice el artículo 13 del APPRI con Bolivia:

«Artículo 13. Entrada en vigor, prórroga, denuncia.

1. El presente Acuerdo entrará en vigor en la fecha en que las Partes Contratantes se hayan notificado recíprocamente el cumplimiento de las respectivas formalidades constitucionales requeridas para la entrada en vigor de acuerdos internacionales. Permanecerá en vigor por un período inicial de diez años y se prorrogará indefinidamente, a menos que una de las Partes Contratantes notifique por vía diplomática a la otra Parte Contratante su decisión de denunciar este Acuerdo con una antelación de seis meses.

2. Con respecto a las inversiones realizadas con anterioridad a la fecha de denuncia del presente Acuerdo, las disposiciones contenidas en los restantes artículos de este Acuerdo seguirán estando en vigor por un período adicional de diez años a partir de la fecha de denuncia».

IV.- Los casos de Bolivia ante los tribunales arbitrales del CIADI

Bolivia suscribió el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 el 3 de mayo de 1991, presentando el instrumento de ratificación el 23 de junio de 1995, de modo que entró en vigor un mes después, el 23 de julio de 1995. Como dijimos más arriba, el 2 de mayo de 2007 Bolivia presentó su retirada del Convenio de Washington de 1965, haciéndose efectiva el 3 de noviembre de 2007, seis meses después de su comunicación a la Secretaría General del CIADI¹⁸⁶. Con todo, ello no invalida automáticamente la jurisdicción del CIADI, pues en aquellos Tratados internacionales donde Bolivia ha admitido el sometimiento a los tribunales arbitrales del CIADI sobre la base de las reglas del Mecanismo complementario, la competencia sigue abierta.

En este período, Bolivia ha visto presentadas tres reclamaciones ante tribunales arbitrales: la del caso *Aguas del Tunari S.A. c. República de Bolivia* (Caso CIADI No. ARB/02/3); la del caso *Química e Industrial del Bórax Ltda. y otros c. República de Bolivia* (Caso CIADI No. ARB/06/2); y el caso *E.T.I. Euro Telecom International N.V. c. República de Bolivia* (Caso CIADI No. ARB/07/28).

De todas ellas, hasta el momento sólo se ha visto por un tribunal arbitral el caso de *Aguas del Tunari*, fallado en cuanto a las excepciones de jurisdicción por decisión arbitral de 21 de octubre de 2005¹⁸⁷. El caso se enmarca en la llamada “guerra del agua”, iniciada a partir de la privatización a finales de 1999 del suministro de agua potable en la ciudad de Cochabamba a instancias de la Sociedad Financiera Internacional (SFI) del Banco Mundial y las garantías otorgadas por el MIGA¹⁸⁸. En septiembre de 1999 se le otorgó una concesión por cuarenta años – el “Contrato de Concesión de Aprovechamiento de Aguas y de Servicio Público de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario en la Ciudad de Cochabamba” (la concesión) – a la sociedad Aguas del Tunari (AdT), constituida de acuerdo con la legislación boliviana y que resultaba ser un consorcio subsidiario de la multinacional estadounidense Bechtel y de la española Abengoa. El 12 de noviembre de 2001, AdT presentó ante el CIADI una solicitud de arbitraje, en la que sostenía que diversos actos atribuibles a Bolivia constituían una expropiación de su inversión en Bolivia e implicaban el incumplimiento de obligaciones asumidas por Bolivia en virtud del APPRI entre los Países Bajos y Bolivia¹⁸⁹.

En 1998, a instancias de la Sociedad Financiera Internacional (SFI) del Banco Mundial, el gobierno boliviano puso en marcha una licitación pública internacional para privatizar los servicios de agua y alcantarillado sanitario, así como otorgar una licencia de generación de

¹⁸⁶ Ver «Bolivia Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention», 16 de mayo de 2007, en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/ViewNewsReleases.jsp>.

¹⁸⁷ Ver *Aguas del Tunari S.A. c. República de Bolivia* (Caso CIADI No. ARB/02/3), Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el demandado, Washington D.C., 21 de octubre de 2005.

¹⁸⁸ Ver CRESPO, C.; y FERNÁNDEZ, O., «Factores y dispositivos de poder en la guerra del agua de Cochabamba», *Cuadernos del CENDES*, tercera época, año 22, n° 59, CENDES, Centro de Estudios del Desarrollo, Universidad Central de Venezuela, Caracas, mayo-agosto 2005, pp. 1012-2508; HERBAS CAMACHO, G. «Cochabamba y la nueva conciencia sobre el agua», Foro Boliviano sobre el medio ambiente (FOBOMADE), La Paz, Bolivia. 2001; KRUSE, Th., «La "Guerra del Agua" en Cochabamba, Bolivia: terrenos complejos, convergencias nuevas», *Sindicatos y nuevos movimientos sociales en América Latina* (Enrique de la Garza Toledo, compilador), Colección Grupos de Trabajo, CLACSO, Buenos Aires, Argentina. 2005, pp. 121-161.

¹⁸⁹ *Aguas del Tunari S.A. c. República de Bolivia* (Caso CIADI No. ARB/02/3), Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el demandado, Washington D.C., 21 de octubre de 2005, parágrafos 1 a 8.

electricidad, en la tercera ciudad más grande de Bolivia, Cochabamba, a la que sólo se presentó una oferta, de un consorcio llamado *Aguas del Tunari*, que no cumplía los requisitos del proceso de licitación. Ante esa situación, el consorcio hizo una propuesta de negociaciones con el gobierno boliviano, negociaciones que culminaron con la celebración del contrato de concesión el 3 de septiembre de 1999 por cuarenta años, que se hizo efectivo el 1 de noviembre de 1999¹⁹⁰.

Es preciso destacar el papel fundamental desempeñado por la Sociedad Financiera Internacional (SFI) del Banco Mundial y el propio Banco, en el proceso de privatización del agua en la ciudad de Cochabamba. Como se ha dicho, en este caso concreto, el Banco Mundial forzó la privatización a través de la condicionalidad de la ayuda al desarrollo del sector del agua en Bolivia, condicionando un préstamo a la operadora municipal de agua por 14 millones de dólares estadounidenses a que se desarrollase a través de la participación del sector privado en la administración y en la prestación de los servicios. La condicionalidad de la ayuda por el Banco Mundial forzó una privatización que tuvo resultados funestos en un ámbito de servicios públicos de máxima sensibilidad¹⁹¹.

El 3 de septiembre de 1999, un Comité de Defensa del Agua criticaba las negociaciones y exigía transparencia antes de hacer efectiva la concesión, haciendo públicas las tarifas reales que iban a regir a partir de la privatización, el 1 de diciembre de 1999. La concesionaria duplicó y hasta triplicó el precio del agua, al hacerse con el servicio de suministro¹⁹². Además, el contrato de concesión prohibía a la gente acumular el agua de lluvia, que al caer pasaba a ser propiedad de la concesionaria. Ello planteaba problemas fundamentales con los intereses de los particulares, pues la escasez crónica de agua en la zona había llevado al desarrollo de sistemas de captación, distribución y uso del agua, tanto para riego como para consumo humano. Algunos de estos sistemas eran incluso antiguos, de carácter comunitario, típicos de la vida rural tradicional, otros eran sistemas innovadores que la gente había desarrollado frente a las condiciones climatológicas adversas¹⁹³. La privatización levantó un movimiento de contestación que fue creciendo con el tiempo y que llevó a una reacción de los miles de ciudadanos que no podrían pagarlo. La represión policial del gobierno de Hugo Bánzer entre febrero y abril de 2000, tuvo como consecuencia un muerto, múltiples heridos y dos muchachos ciegos. El resultado de las protestas, que continuaron hasta abril de ese año, fue la anulación de la concesión de Aguas del Tunari¹⁹⁴.

En paralelo, al comienzo del período que corresponde a los hechos relatados, entre noviembre y diciembre de 1999, se produjo un cambio en la propiedad accionarial de Aguas del Tunari, que tiene la máxima relevancia. Como dijimos, AdT se trataba de una subsidiaria de las multinacionales Bechtel (55%) y Abengoa (25%). Tenía además una participación del

¹⁹⁰ *Ídem*, parágrafos 51 a 57.

¹⁹¹ Ver KRUSE, Th., «La "Guerra del Agua" en Cochabamba, Bolivia: terrenos complejos, convergencias nuevas», *Sindicatos y nuevos movimientos sociales en América Latina* (Enrique de la Garza Toledo, compilador), Colección Grupos de Trabajo, CLACSO, Buenos Aires, Argentina. 2005, pp. 132-133.

¹⁹² *Aguas del Tunari S.A. c. República de Bolivia* (Caso CIADI No. ARB/02/3), Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el demandado, Washington D.C., 21 de octubre de 2005, parágrafos 57 a 66.

¹⁹³ Ver KRUSE, Th., «La "Guerra del Agua" en Cochabamba, Bolivia: terrenos complejos, convergencias nuevas», *Sindicatos y nuevos movimientos sociales en América Latina* (Enrique de la Garza Toledo, compilador), Colección Grupos de Trabajo, CLACSO, Buenos Aires, Argentina. 2005, pp. 134-141.

¹⁹⁴ *Aguas del Tunari S.A. c. República de Bolivia* (Caso CIADI No. ARB/02/3), Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el demandado, Washington D.C., 21 de octubre de 2005, párrafo 73.

20% de accionariado boliviano. El 55% que correspondía a Bechtel estaba a través de una empresa subsidiaria intermediaria, constituida en las Islas Caimán (International Water Ltd., IWL), de la que Bechtel poseía el 100% del accionariado. En un proceso de incorporación de la sociedad italiana Edison S.p.A. al accionariado de IWL, para lo que se cursó la respectiva solicitud a las autoridades bolivianas para su autorización, se produjo la transferencia de las acciones de Bechtel a la sociedad italiana, pero además se llevó a cabo la transferencia de la sede social de IWL a los Países Bajos y su transformación en sociedad de este país, con objeto, entre otras cosas, de beneficiarse del APPRI de 1992 entre los Países Bajos y Bolivia, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1994¹⁹⁵.

Pese a que el tribunal arbitral en su resolución de 21 de octubre de 2005 rechazó las excepciones de jurisdicción de la demandada, la República de Bolivia, y aunque el propio tribunal busca todos los modos de desmentirlo, el caso aparece a todas luces como un supuesto próximo al *forum shopping* del Derecho internacional privado o al fraude de ley, por la búsqueda por los inversionistas de una jurisdicción de conveniencia a través de la utilización maliciosa del criterio de beneficio de la persona jurídica utilizado en el APPRI. El cambio en la estructura de la propiedad, a los quince días de obtenida la concesión, y de la vinculación nacional de la sociedad intermediaria, expresa a todas luces una intencionalidad difícilmente desmentible, que tiene su encaje en instituciones jurídicas clásicas como el fraude de ley y el abuso de derecho.

La demanda ante al CIADI, la presentó Aguas del Tunari el 12 de noviembre de 2001, reclamando 25 millones de dólares por el daño emergente y el lucro cesante, a causa de la anulación del contrato, fundándose precisamente en el APPRI de 1992 entre los Países Bajos y Bolivia. La Decisión sobre las excepciones de jurisdicción, de 21 de octubre de 2005, rechazó todas las excepciones y atribuyó la competencia al tribunal arbitral, abriéndose el procedimiento para entrar en el fondo del asunto. Sin embargo, en enero de 2006, tras la victoria de Evo Morales en las elecciones presidenciales, Bechtel y Abengoa vendieron Aguas del Tunari al Estado boliviano por 0,25 dólares y desistieron de la demanda ante los tribunales del CIADI¹⁹⁶. La presión social y la asunción por el Estado boliviano de las deudas de la compañía facilitaron la solución del caso.

Los otros dos casos en los que se encuentra incurso Bolivia no han dado lugar a pronunciamientos de los tribunales arbitrales, si bien, el caso *E.T.I. Euro Telecom International N.V. c. República de Bolivia* (Caso CIADI No. ARB/07/28) vuelve a poner en juego un posible abuso de la personalidad jurídica para beneficiarse de nuevo del APPRI entre Países Bajos y Bolivia, cuando es manifiesta la nacionalidad italiana de la empresa¹⁹⁷.

VI.- Los casos de Venezuela ante los tribunales arbitrales del CIADI

Venezuela se adhirió al Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados en 1995¹⁹⁸.

¹⁹⁵ *Ídem*, párrafos 60-72.

¹⁹⁶ Ver «Bolivia compra una empresa a Abengoa por 0,25 dólares», *El País*, 21 de enero de 2006; y DEMOCRACY CENTER, «Bechtel Vs Bolivia: The People Win», en <http://www.countercurrents.org/gl-dc210106.htm>.

¹⁹⁷ Ver CORPORATE EUROPE OBSERVATORY, «La historia de una compañía fantasma que podría costar una fortuna a Bolivia», en <http://www.quiendebeaquien.org/spip.php?article755>.

¹⁹⁸ Venezuela se hizo miembro en virtud de la Ley Aprobatoria del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados y de su ratificación, publicadas en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela n° 35685 de fecha 3 de Abril de 1995.

Venezuela ha visto presentarse contra ella hasta un total de nueve reclamaciones por daños a inversionistas. El caso *Fedax N.V. c. Venezuela* (Caso CIADI No ARB/96/33); el caso *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/00/5); el caso *Vannessa Ventures Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela* (ICSID Case No. ARB(AF)/04/6); el caso *Vestey Group Ltd c. República Bolivariana de Venezuela* (ICSID Case No. ARB/06/4); el caso *Mobil Corporation y otros c. República Bolivariana de Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27); el caso *ConocoPhillips Company y otros c. República Bolivariana de Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/30); el caso *Brandes Investment Partners, LP c. República Bolivariana de Venezuela* (ICSID Case No. ARB/08/3); el caso *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. c. República Bolivariana de Venezuela* (ICSID Case No. ARB/08/15); y el caso *Holcim Limited, Holderfin B.V. and Caricement B.V. v República Bolivariana de Venezuela* (ICSID Case No. ARB/09/3) .

De todos ellos, sólo han llegado hasta el momento a sustanciarse ante tribunales del CIADI los casos *Fedax N.V. c. Venezuela* y *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, que en ambas ocasiones se han saldado con laudos contrarios al Estado venezolano. Los otros están aún pendientes, sin haber llegado siquiera a resolver sobre las cuestiones de competencia.

En el caso *Fedax N.V. vs. República de Venezuela* (caso nº ARB/96/3), la controversia se refería a unos pagarés emitidos por Venezuela en beneficio de una sociedad local, en dólares estadounidenses, pagarés que contemplaban su transmisibilidad internacional, y que fueron adquiridos, mediante endoso, por una sociedad de las Antillas Holandesas, *Fedax N.V.*¹⁹⁹. La sociedad beneficiaria presentó una demanda ante el CIADI fundada en el tratado de protección y promoción de inversiones entre Países Bajos y Venezuela de 22 de octubre de 1991, por el impago por Venezuela de los derechos derivados de los pagarés en la fecha requerida. Venezuela presentó una excepción de incompetencia por razón de que no podía considerarse que *Fedax N.V.* hubiera realizado una inversión en el sentido del tratado. En su opinión, los pagarés no eran una inversión directa extranjera que implicase «una transferencia a largo plazo de recursos financieros –un flujo de capital– de un país a otro (el destinatario de la inversión) con vistas a adquirir participaciones en una sociedad, operación que comporta normalmente ciertos riesgos para el inversor potencial». En consecuencia, no se trataba de una inversión de acuerdo con el Derecho de Venezuela, que sólo considera inversión directa a estas operaciones «cuando la adquisición del título tiene lugar en el mercado primario»²⁰⁰.

El tribunal verificó inicialmente, en su decisión de jurisdicción de 11 de julio de 1997, que la diferencia tenía carácter jurídico²⁰¹. Y se detuvo en un examen del concepto de inversión a la luz del artículo 25.1 del Convenio de Washington, y del artículo 1 del tratado bilateral entre los Países Bajos y Venezuela²⁰². Para el tribunal, la ausencia de grandes controversias

¹⁹⁹ GAILLARD, E., «Centre International pour le Règlement des différends relatifs aux Investissements (CIRDI). Cronique des sentences arbitrales», *Journal de Droit International*, 1999/1, pp. 278-293.

²⁰⁰ *Ídem*, p. 281.

²⁰¹ «A la vista de estos elementos de las piezas del dossier, el Tribunal constata que en el caso se trata de una diferencia de orden jurídico. Este asunto se refiere en efecto a posiciones divergentes de las partes sobre la cuestión de los derechos y obligaciones relativos a la existencia de una inversión y sobre los efectos que ello puede tener sobre la obligación de pagar ciertos efectos de comercio, en este caso los seis pagarés que estaban unidos a la demanda de arbitraje (pagarés) y que habían sido emitidos por la República de Venezuela», en GAILLARD, E., «Centre International pour le Règlement des différends relatifs aux Investissements (CIRDI). Cronique des sentences arbitrales», *Journal de Droit International*, 1999/1, p. 281.

²⁰² En relación con el artículo 25.1 del Convenio, el tribunal arbitral considera, en primer lugar, que el término “directa” del artículo 25.1 no se refiere a la *inversión*, sino a la *relación* entre la diferencia y la

sobre lo que se entiende por inversión se ha debido precisamente a su comprensión en sentido amplio, que ha venido facilitada por la inexistencia de una definición positivizada en el texto del Convenio. Así, el verdadero problema consiste en saber si una operación determinada del tráfico jurídico o económico es una mera operación comercial, excluida del ámbito de aplicación del Convenio, o es una inversión. Según el tribunal, ciertas operaciones han sido consideradas inversiones en determinadas circunstancias²⁰³. El pagaré, en particular, tiene la consideración de una forma de préstamo o de crédito, y constituye un instrumento financiero “relativamente clásico”, por lo que nada impide su consideración como inversión a la luz del artículo 25.1 del Convenio²⁰⁴. La inclusión de la operación dentro de la competencia del Convenio se desplazaba al acuerdo entre los Estados en el tratado bilateral²⁰⁵.

El análisis de la práctica de Venezuela y de diversos instrumentos multilaterales llevaron al tribunal a concluir que la solución que adoptaba estaba en consonancia con las tendencias particulares y generales en materia de reglamentación de inversiones, y a confirmar su competencia²⁰⁶. La amplitud de la definición, así como la inclusión en la misma de las inversiones indirectas, lo que se facilita con la expresión *todo tipo de activos*, supone como ha afirmado D. CARREAU, «la disolución de la noción de inversiones extranjeras en la de “activos”»²⁰⁷. La relevancia de esta sentencia estaba en que su *ratio decidendi* establecía criterios precisos en los que se podrían fundamentar futuras resoluciones²⁰⁸. Sus consideraciones pormenorizadas expresan la desmaterialización de las operaciones financieras internacionales²⁰⁹.

inversión (En la versión española, igual que en la versión en inglés, se utiliza el adverbio “directamente”/directly”: «La *jurisdicción del Centro* se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro»). En consecuencia, nada en el Convenio exige que se limite su aplicación únicamente a las inversiones directas, por lo que su competencia puede extenderse a las inversiones indirectas siempre que el litigio se vincule directamente con la operación de inversión. GAILLARD, E., «Centre International pour le Règlement des différends relatifs aux Investissements (CIRDI). Cronique des sentences arbitrales», *Journal de Droit International*, 1999/1, pp. 283-284.

²⁰³ GAILLARD, E., «Centre International pour le Règlement des différends relatifs aux Investissements (CIRDI). Cronique des sentences arbitrales», *Journal de Droit International*, 1999/1, p. 283.

²⁰⁴ *Ídem*, pp. 283 y 285-286.

²⁰⁵ Cuyo artículo 1 a) presentaba la siguiente redacción:

- «El término “inversiones” comprende *todo tipo de activos*, y en particular, aunque no exclusivamente:
- ii. todo derecho derivado de acciones, de obligaciones y todos otros tipos de participaciones en sociedades y *joint-ventures*;
 - iii. todo título que dé derecho a una suma de dinero, a otros bienes o a toda realización que tenga un valor económico».

²⁰⁶ *Ídem*, pp. 286-293.

²⁰⁷ CARREAU, D., «Bilan et perspectives», *op.cit.*, punto 3.

²⁰⁸ Así, en el caso *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (Caso CIADI No. ARB/01/8), párrafos 52 y 53.

²⁰⁹ Así, sus párrafos 38-43. GAILLARD, E., «Centre International pour le Règlement des différends relatifs aux Investissements (CIRDI). Cronique des sentences arbitrales», *Journal de Droit International*, 1999/1, pp. 288-290. El párrafo 41 afirmaba:

«Como cierto número de tratados bilaterales de inversiones y de acuerdos multilaterales, el Acuerdo contiene varias referencias a las inversiones realizadas “en el territorio” de las Partes Contratantes. En este contexto, la República de Venezuela ha sostenido que FEDAX N.V. no puede ser calificado de inversor porque no ha efectuado una inversión “en el territorio” de Venezuela. Si es verdad que para cierto tipo de inversiones enumeradas en el artículo 1 a) del Acuerdo, tales como la

En el mismo caso *Fedax N.V. vs. República de Venezuela* (caso CIADI n° ARB/96/3), la decisión de fondo dictada el 9 de marzo de 1998 incluye a través de la cláusula paraguas la exigencia de cumplimiento de las obligaciones contractuales²¹⁰. Y en lo relativo al Derecho aplicable, menciona expresamente la aplicación al caso del tratado bilateral entre los Países Bajos y Venezuela de 22 de octubre de 1991, y del Derecho de Venezuela (que rige las obligaciones derivadas del pagaré) , sin referirse en ningún momento a la norma del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 donde funda su aplicación, sólo después de invocar las reglas que aplica, termina por referirse a una usual aproximación amplia del Derecho aplicable en la jurisprudencia anterior²¹¹.

El fundamento normativo en las reglas del CIADI para la intervención de tales normas no es mencionado por el tribunal, que sin embargo hace referencia expresa al modo

adquisición de inmuebles, sociedades u otras operaciones similares, se hará una transferencia de fondos o de valor en el territorio del país de acogida, esto no es necesariamente el caso para otros tipos de inversiones, en particular la de naturaleza financiera. Para muchas operaciones financieras internacionales es habitual que los fondos comprometidos no sean físicamente transferidos al territorio del beneficiario, sino puestos a disposición en otra parte. De hecho, numerosos préstamos y créditos no abandonan del todo el territorio de origen, pero son accesibles a los suministradores o a otras entidades. Ello sirve incluso para muchas operaciones financieras off-shore vinculadas a exportaciones o a otros tipos de actividades. Indudablemente, los pagarés son frecuentemente utilizados en estas instalaciones. La cuestión esencial es saber si los fondos puestos a disposición son útiles para el beneficiario del crédito, como en el caso de la República de Venezuela, para financiar necesidades gubernamentales diversas. No se ha contestado en autos que la República de Venezuela, por medio de los pagarés, ha recibido una suma que ha podido utilizar durante un cierto tiempo para sus necesidades financieras». *Idem*, p. 289.

²¹⁰ Ver *Fedax N.V. c. República de Venezuela*, Caso CIADI No ARB/96/33, Laudo, 9 de marzo de 1998, párrafo 29.

²¹¹ Resulta muy ilustrativo reproducir el pasaje completo:

«29. (...) el tribunal constata que la compra por Fedax de los pagarés, objeto de la demanda de arbitraje, en el sentido a la vez del Convenio (de Washinton) y del Acuerdo (bilateral) es una inversión. De ello se desprende que la República de Venezuela debe respetar con precisión los términos y condiciones que rigen esta inversión, y figuran principalmente en el artículo 3 del Acuerdo, así como realizar los pagos específicos como los previstos por los pagarés y por el artículo 9.3 del Acuerdo.

30. En paralelo a las disposiciones del Convenio y del Acuerdo, el tribunal constata que la *ley venezolana es la ley aplicable en el caso [sic]*. De hecho los pagarés objeto del litigio se rigen por disposiciones del Código de Comercio venezolano y más particularmente por las de la Ley sobre el Crédito Público, pues la emisión se ha hecho en el marco de esta ley. Cada parte se ha referido en sus argumentos a disposiciones aplicables de la ley venezolana que el tribunal ha examinado con mucha atención. Es interesante subrayar al respecto que las diversas fuentes del Derecho aplicable detalladas en el artículo 9.5 del Acuerdo, tales como el Derecho del Estado parte contratante, el Acuerdo, otros acuerdos especiales en relación con la inversión y los principios generales del Derecho internacional han jugado todos un papel importante y complementario para motivar esta decisión y como base jurídica de la decisión sobre competencia y de la sentencia sobre el fondo. Esta aproximación amplia confirma una tendencia perceptible en la práctica y las decisiones de CIADI».

GAILLARD, E., «Centre International pour le Règlement des differends relatifs aux Investissements (CIRDI). Cronique des sentences arbitrales», *Journal de Droit International*, 1999/1, p. 295.

complementario en que aplicó las distintas fuentes del Derecho. Resulta poco convincente la imprecisa base del tribunal en “la práctica y las decisiones del CIADI”, cuando en sustancia está sustrayéndose de determinar la base jurídica en la que apoya su aplicación del Derecho.

Lo que parece, y se observa con toda claridad en el caso *Fedax N.V. c. República de Venezuela* (caso nº ARB/96/3), es que se pretende desdibujar toda diferencia entre los supuestos en los que existe tratado de cobertura, y aquéllos en los que no, haciendo abstracción del artículo 42 del Convenio de Washington. El laudo condenó a Venezuela al pago de una suma total de 810.345,14 dólares estadounidenses.

En el caso *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/00/5), el tribunal arbitral dictó también una primera Decisión sobre competencia, el 27 de septiembre de 2001, para dictar el laudo final el 23 de septiembre de 2003.

En la decisión sobre competencia, la controversia se centró fundamentalmente, al igual que en el caso ya estudiado *Aguas del Tunari S.A. c. República de Bolivia*²¹², en el uso de la personalidad jurídica y en el carácter malicioso o no de la transferencia de acciones de la sociedad local, que constituye la inversión, de manos de una sociedad constituida en un Estado sin tratado bilateral de inversiones (México) a otra sociedad constituida en un Estado diferente (Estados Unidos) que le permite beneficiarse de un tratado bilateral de inversiones que no hubiera podido ser invocado en una situación donde no se produjese la mencionada transferencia²¹³.

El 28 de diciembre de 1995 se adjudicó a un consorcio formado por la empresa mexicana de ingeniería y construcción ICA y el banco de inversión Baninsa una licitación que había sido convocada por el Ministerio de Infraestructura venezolano para proyectar, construir, conservar y mantener el sistema vial de una gran autopista (Caracas-La Guaira), con la construcción de un viaducto²¹⁴. Para dar forma jurídica al consorcio, se constituyó el 24 de enero de 1996 la sociedad Aucoven (Autopista Concesionada de Venezuela), con sede en Caracas, de modo que fuera la concesionaria del proyecto, de la que la empresa ICA poseía el 99% de las acciones y Baninsa el 1% restante²¹⁵. Aucoven fue beneficiaria del contrato de concesión de la autopista por el Gobierno de Venezuela, de fecha 23 de diciembre de 1996, tras una negociación con el Ministerio de Infraestructura venezolano de las condiciones de la concesión. Se otorgó por 30 años y se estableció un “Plan financiero” por el que se aseguraba a Aucoven el equilibrio económico financiero de la concesión, permitiéndole cubrir los costes y obtener una remuneración justa y equitativa²¹⁶.

El contrato de concesión entró en vigor el uno de abril de 1997 y el 7 de abril, Aucoven solicitó al Ministerio de Infraestructura una autorización para efectuar la transmisión del 75% de sus acciones a una sociedad perteneciente al holding ICA, pero constituida en Florida (EEUU), de nombre Icatech. Esta solicitud fue reiterada el 11 de julio de 1997 por Aucoven ante el silencio de las autoridades venezolanas, que entonces solicitaron información financiera adicional de la sociedad, ante lo cual la consultoría jurídica del Ministerio de Industria consideró la transferencia como procedente, si bien se requirió por la autoridades

²¹² Caso CIADI No. ARB/02/3.

²¹³ Ver Decisión sobre competencia de 27 de septiembre de 2001, *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/01/8).

²¹⁴ *Ídem*, párrafos 5-8.

²¹⁵ *Ídem*, párrafos 9-11.

²¹⁶ *Ídem*, párrafos 12-13.

venezolanas el establecimiento de un aval de ICA ante los riesgos de dificultades financieras de Icatech. El 31 de agosto de 1998, los accionistas de Aucoven aprobaron una declaración en el sentido de que la sociedad estaba sometida al control extranjero de Icatech a los efectos de las reglas del CIADI y de la Cláusula 64 del Contrato de Concesión que contemplaba la competencia arbitral del Centro en tal caso.

Ante la existencia de conflicto entre la sociedad concesionaria y el Ministerio de Infraestructuras, intervino diplomáticamente el gobierno mexicano y finalmente Aucoven presentó la reclamación como sociedad controlada por intereses estadounidenses. Venezuela argumentó la falta de legitimación de Aucoven para acudir a los tribunales del CIADI por el carácter mexicano de la sociedad de control, la sociedad holding ICA, cuando México no era parte del Convenio de Washington. Sin embargo, el carácter de sociedad estadounidense de Incotech y la aceptación por el gobierno venezolano de la transferencia de acciones el 28 de agosto de 1998, dieron lugar a que el tribunal arbitral considerase la legitimidad, argumentando que Incotech no era una simple sociedad de conveniencia.

Pese a los argumentos del tribunal, es difícil sustraerse a la convicción de la existencia de una actuación premeditada, ante la casualidad de la petición de transferencia de acciones, orientada indudablemente a facilitar el control estadounidense de la sociedad y su vinculación con la protección arbitral del CIADI, expresamente mencionada por la Asamblea de accionistas de Aucoven a tres días de aprobación de la transferencia de las acciones. De un modo similar al caso de Aguas del Tunari, aparece también este caso, a nuestro juicio, como una utilización maliciosa de la persona jurídica con la intención de beneficiarse, según un criterio de conveniencia, de la mejor protección.

En lo relativo al laudo final de 23 de septiembre de 2003, la controversia de fondo se suscitaba en relación con las tarifas autorizadas por el Ministerio de Infraestructuras y la obligación, establecida en el contrato de concesión, de mantener el equilibrio económico financiero de la concesión, pues sólo a través del cobro de peaje se podía sostener económicamente la obligación de construir el viaducto proyectado²¹⁷. Cuando se debió aplicar el primer aumento de las tarifas, en enero de 1997, acordadas el 25 de marzo, el inicio de protestas populares cuando se anunció el incremento llevó al Ministerio a ordenar el 31 de marzo que no se cobrara, pese a los requerimientos de Aucoven de cumplimiento de las cláusulas del contrato. Con el acceso de Hugo Chávez a la Presidencia de la República, los nuevos responsables del Ministerio entablaron entre octubre de 1999 y julio de 2000 un procedimiento para declarar la nulidad de la concesión. En junio de 2000 Aucoven notificó al Ministerio de Infraestructuras su decisión de dar por concluido el contrato de concesión, pero siguió ejerciendo las labores de mantenimiento rutinario y la recaudación del peaje previstas en el contrato de concesión hasta que en agosto de 2002 se reiteraron las protestas de camioneros que se negaban a pagar los peajes. El 6 de septiembre de 2002, Aucoven dejó de realizar las tareas de mantenimiento rutinario y abandonó la autopista.

Las alegaciones de Aucoven hacían referencia a los incumplimientos de Venezuela de las obligaciones adquiridas por el contrato de concesión y en su virtud reclamaba también una indemnización por los daños en la inversión y por el lucro cesante. Por el contrario, Venezuela invocó en su favor los incumplimientos contractuales del inversionista, ya que sostenía que “Aucoven no ejecutó ninguna obra ni realizó inversión alguna en el proyecto”²¹⁸.

²¹⁷ Laudo de 23 de septiembre de 2003, *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/01/8), parágrafos 6-50.

²¹⁸ *Ídem*, parágrafos 83-87.

Resulta de interés señalar que el Tribunal arbitral interpretará las referencias hechas en el Contrato de concesión a normas del Derecho venezolano, en particular a los Reglamentos sobre concesiones y licitaciones, no como una verdadera elección de Ley aplicable, en el sentido del Derecho internacional privado, sino como simples referencias normativas que no excluyen la aplicación de la “ley aplicable a falta de elección” en el sentido de la segunda frase del párrafo primero del artículo 42 del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965²¹⁹.

El tribunal considerará en todo caso que Venezuela incumplió sus obligaciones contractuales adquiridas frente Aucoven, lo que no se justifica por razones de fuerza mayor, y que ello ha legitimado a la concesionaria a “dar por terminado el contrato” de acuerdo con la cláusula 60 del mismo y su interpretación a la luz del Derecho venezolano, y no queda claro si también a la luz de los principios del Derecho internacional, invocados por Aucoven, pero no expresamente mencionados en la fundamentación del Tribunal arbitral²²⁰.

En último término el Tribunal condenó a Venezuela al pago de una indemnización por daños y perjuicios, no sólo por el daño emergente causado, sino también por el lucro cesante derivado de la terminación del contrato por causa de los incumplimientos de Venezuela²²¹.

Por último debe reiterarse que en este momento siete reclamaciones se encuentran pendientes de resolución por los correspondientes tribunales arbitrales del CIADI.

VII.- Conclusiones

El examen que terminamos de realizar ha perseguido hacer un recorrido por la realidad social, jurídica y política de la inversión española en Bolivia y Venezuela. Los tres aspectos están intrínsecamente relacionados, como se demuestra en el ejemplo de los dos países que terminamos de analizar. El juego de equilibrios y desequilibrios en el ámbito de las inversiones extranjeras tiende a seguir tendencias pendulares. Como se muestra en este caso, los mecanismos normativos de protección de la inversión extranjera son susceptibles de permitir el abuso de los inversionistas por los excesos de ganancias, por la connivencia con los promotores de privatizaciones forzadas en sectores delicados, por la búsqueda de instrumentos de protección de conveniencia, aunque la conexión nacional existente con el tratado protector sea una mera dirección postal (en el caso *Aguas del Tunari*).

El Derecho debe perseguir amparar criterios de justicia, no los simples juegos de astucia o de oportunidad. La legitimidad de las normas de protección de inversiones se fundará también en que sean capaces de evitar el abuso de las empresas sobre los Estados. En caso contrario, la tendencia hacia la repolitización de las controversias sobre inversiones no habrá hecho más que empezar.

El contexto jurídico de las inversiones españolas se ha construido a través de reglas establecidas en los convenios internacionales bilaterales y multilaterales sobre inversiones, pero es necesario que reflejen también la realidad social y la dimensión axiológica plural

²¹⁹ Frase que se refiere a la ley aplicable a falta de elección de las partes: Artículo 42. «1. El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. *A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables*». Ver *Ídem*, párrafos 92-105.

²²⁰ *Ídem*, párrafos 106-235.

²²¹ *Ídem*, párrafos 236-422.

donde todos los bienes jurídicos estén suficientemente dimensionados y no sólo los intereses de ganancia de la inversión.

BIBLIOGRAFÍA

ACSUR-Las Segovias/CEDIB, *¿Responsabilidad Social Corporativa o Derechos Sociales?*, ACSUR/CEDIB, Madrid, junio de 2008.

AKEHURST, M., *Introducción al Derecho internacional*, Alianza Editorial, Madrid, 1992.

ALEJANO, A., «Las inversiones españolas en el exterior: 1986-1993», *Revista Economistas* (Revista del Colegio de Economistas de Madrid), año 12, nº 62, 1994, pp. 17-22.

American Law Institute, *Restatement Foreign Relations Law of United States*, 1965, párrafos 187-190.

ARAHUETES GARCÍA, A., «Las Inversiones Directas de las Empresas de Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y España en América Latina en el periodo 1990-2000», *ICADE. Universidad Pontificia Comillas de Madrid*, nº 54, septiembre-diciembre 2001, pp., 1-25.

ASANTE, S.K.B., «Stability of contractual relations in the transnational investment process», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 28, 1979, pp. 401-423; *idem*, «Restructuring Transnational Mineral Agreements», *American Journal of International Law*, vol. 73, 1979, pp. 335-372.

AZTIRIA, E., *La nacionalidad de las sociedades mercantiles en la Academia interamericana*, Editora Argentina, Buenos Aires, 1948.

BACHAND, R., «Interprétation et légitimation : Les tribunaux arbitraux formés en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA ont-ils peur de la contestation aux États-Unis ?», *Groupe de recherche sur l'intégration continentale*, Centre Études internationales et Mondialisation/Institut d'études internationales de Montréal, Université de Québec à Montréal, abril de 2006, <http://www.unites.uqam.ca/gric>, formato pdf.

BAJO, R., y SERRANO, P.M., «Guerra mediática en Bolivia», en *Le Monde Diplomatique en español*, año XIII, nº 158, diciembre de 2008, p. 22.

BARBERIS, J.A., «Les règles spécifiques du Droit international en Amérique Latine», *RCADI*, 1992-IV, pp. 186-206.

BASTID, S., «La nationalité des sociétés et la protection diplomatique» en *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, años 27 a 30, París, Librairie Dalloz, 1970, pp. 247-265.

BATIFFOL, H., LAGARDE, P., *Traité de Droit international privé*, tomo I, 8ª ed., Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, París, 1993, pp. 339-345.

BEN HAMIDA, W., «L'arbitrage Etat-investisseur étranger: regards sur les traités et projets récents», en *Journal de Droit International*, nº 2, 2004, pp. 428-430.

BLANCO MORALES-LIMONES, P., *La transferencia internacional de sede social*, Aranzadi, Madrid, 1997, pp. 42-47.

BOLLECKER-STERN, B., «Problèmes récents de Droit pétrolier», *Droit économique*, Pedone, París, 1978.

BORRÁS, A., «El Nuevo Orden Económico Internacional y Derecho del comercio internacional», *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor Antonio Truyol i Serra*, Centro de Estudios Constitucionales/Universidad Complutense, Madrid, 1986, pp. 201-222.

BOSSON, R. y VARON, B., *The mining industry and the developing countries*, Oxford University Press/Banco Mundial, 1977.

- BOTTOME, R., «Aló, Aló, aquí AES: La batalla por el control de CANTV», *Veneconomía*, vol. 18, nº 12, septiembre de 2001, en:
http://www.veneconomia.com/site/files/articulos/artEsp1931_1459.pdf.
- BREWER, T. L., YOUNG, S. «Investment Policies in Multilateral and Regional Agreements: A Comparative Analysis», *Transnational Corporations*, vol. 5, nº 1.
- BROCHES, A., «Bilateral investment protection treaties and arbitration of investment disputes», en *The art of arbitration: Liber amicorum Pieter Sanders* (J. Suchlsz y J. van den Berg, eds.), Kluwer, Dordrecht, 1982, p. 63-72.
- BROCHES, A., *Selected essays. World Bank, ICSID and others subjects Public and Private International Law*, Nijhoff, Dordrecht, 1995.
- CABEZAS FERNÁNDEZ, M., «Caracterización del ¿ciclo rebelde¿ 2000-2005», en *Bolivia en movimiento: acción colectiva y poder político* (Jesús Espasandín López y Pablo Iglesias Turrión, coords.), El viejo topo, 2007, pp. 189-219.
- CALVO CARAVACA, A.L., «Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional», *Revista General de Derecho*, , año XLIV, nº 525, junio-1988, pp. 3679-3700.
- CARREAU, D., «Le nouvel ordre économique international», *JDI (Clunet)*, 1977, pp. 595-605;
- CARREAU, D., «Bilan et perspectives», *Cahiers de l'actualité. Répertoire de droit international*, 12 de febrero de 2001, 2001/1, punto 3.
- CARREAU, D.; y JUILLARD, P., *Droit international économique*, 1ª edición, Dalloz, París, 2003.
- CASAS GRAGEA, A.M., «La vuelta de España a América Latina ¿Reconquista o comunidad de intereses?», Comentario Internacional. Revista del Centro Andino de Estudios Internacionales, nº 1, I semestre, 2001, pp.133-142.
- CASTAÑEDA, J., « La Carta de los derechos y deberes económicos de los Estados desde el punto de vista del Derecho internacional», en *Justicia internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, pp. 81-120.
- CASILDA BÉJAR, R., «La década dorada 1990-2000. Inversiones españolas directas en América Latina », *Boletín Económico de ICE*, núm. 2778, septiembre de 2003, pp.55-66.
- CASILDA BÉJAR, R., «América Latina y el Consenso de Washington», *Boletín Económico de ICE*, núm. 2803, abril-mayo de 2004, pp. 19-38.
- CASILDA BÉJAR. (Ed.), *La gran apuesta. Globalización y multinacionales españolas en América Latina. Análisis de los protagonistas*, Granica, Madrid, 2008.
- CECCHINI, D.; y ZICOLILLO, J., *Los nuevos conquistadores. El papel del gobierno y las empresas españolas en el expolio de Argentina*, Foca, Madrid, 2002.
- CEPAL, *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 1998*, Santiago de Chile, 1999.
- CEPAL, *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 1999*, Santiago de Chile, 2000.
- CEPAL, *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 2002*, Santiago de Chile, 2003.
- CHISLETT, W., *La inversión directa española en América Latina: Retos y Oportunidades*, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, Madrid, 2003.
- COSTA CLIMENT, J., «Una década de inversión española en el exterior», *Información Comercial Española*, nº 799, abril-mayo 2002, p. 4-12.

CRESPO, C.; y FERNÁNDEZ, O., «Factores y dispositivos de poder en la guerra del agua de Cochabamba», *Cuadernos del CENDES*, tercera época, año 22, n° 59, CENDES, Centro de Estudios del Desarrollo, Universidad Central de Venezuela, Caracas, mayo-agosto 2005, pp. 1012-2508.

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., «La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires», *RCADI*, 1974-I, tomo 141, pp. 122-124.

DÍEZ-HOCHLEITNER, J., e IZQUIERDO, C., «Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRIS celebrados por España con países de Latinoamérica», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 7, 2003.

DUMBERRY, P., «The Quest to Define "Fair and Equitable Treatment" for Investors under International Law. The Case of the NAFTA Chapter 11 Pope & Talbot Awards», *The Journal of World Investment*, 2002, vol. 3, pp. 657-691.

DURAN HERRERA, J.J., *Multinacionales españolas en Iberoamérica. Valor estratégico*, Pirámide, Madrid, 1999.

JOS, E., «L'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements: une contribution positive, mais insuffisante, pour promouvoir les investissements utiles aux Pays en développement», *Revue Gén. de Droit Int. Pub.*, 1994, pp. 387-416.

DOLZER, R. y SCHREUER, Ch., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Londres, 2008.

DOLZER, R. y STEVENS, M., *Bilateral Investment Treaties*, Nijhoff, Dordrecht, La Haya, 1995.

DUCH GUILLOT, G., MAESO I AZTARAIN, V., Y VARGAS, M., «BSCH en la Amazonía: financiamiento social y ambientalmente irresponsable», *Boletín del Observatorio de la Deuda en la Globalización*, septiembre de 2008, en: http://www.odg.cat/es/inicio/comunicacio/5_deute.php?id_pagina=5&id_butlleti=64&id_deutes=232.

EGEA IBÁÑEZ, R., *Nacionalidad de las Sociedades. Adquisición por una Sociedad Extranjera de la Nacionalidad Española*, Murcia, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, 1984.

ERGUETA TEJERINA, A., *El retorno de Colón. Inversión española en el sector eléctrico de Bolivia*, CEDLA, La Paz, Bolivia. Agosto 2006.

FAYA RODRÍGUEZ, A., «The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements. A Tool for Treaty Shopping?», *Journal of International Arbitration*, 2008, vol. 25(1), pp. 89–102.

FERNÁNDES COSTA, M.A.G., «Da nacionalidade das sociedades comerciais», *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento vol. XXVII, Coimbra, 1984.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

FEUER, G., «Les Nations Unies et le nouvel ordre économique international (1974-1976)», *JDI (Clunet)*, 1977, pp. 606-629.

FORNER I DELAYGUA, J.-J., *La cláusula de la nación más favorecida. la excepción de las uniones aduaneras, de las zonas de libre cambio y de las uniones económicas*, Civitas, Madrid, 1988.

FRANCIONI, F., *Imprese Multinazionali, Protezione Diplomatica e Responsabilità Internazionale*, Milano, Giuffrè Editore, 1979, pp. 74-77.

- FRANKLIN y WEST, «Overseas Private Investment Corporation Amendments Act of 1978: A reaffirmation of the developmental role of investment insurance», *Texas International Law Journal*, 1979, pp. 1 y ss.
- GALINDO POHL, R., «El Nuevo Orden Económico Internacional: Instituciones y Principios Jurídicos que Intervienen en su Elaboración, V Curso de Derecho Internacional, agosto, 1978, organizado por el Comité Jurídico Iberoamericano. Secretaría General de la OEA, Washington, 1979, pp. 109-156.
- GARCÍA-AMADOR, F.V., Hacia un Nuevo Orden Jurídico Internacional, VIII Curso de Derecho Internacional, agosto, 1981, organizado por el Comité Jurídico Iberoamericano. Secretaría General de la OEA, Washington, 1982, pp. 64-102.
- GARCÍA-POSADA, M., y VILARRUBIA, J.M., *Mapa de exposición internacional de la economía española*, Documentos Ocasionales, nº 0807, Banco de España, Madrid, 2008.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones exteriores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- GAVALDÀ, M.; y CARRIÓN, J., *Repsol-YPF. Un discurso socialmente irresponsable*, Ágora Nord-Sud/ODG, Barcelona, 2007.
- GIMÉNEZ ARTIGUES, F., *La nacionalidad de las sociedades mercantiles*, Bosch, Barcelona, 1949.
- GONZÁLEZ PAZOS, J., *Bolivia. La construcción de un país indígena*, Icaria, Barcelona, 2007.
- GROS ESPIELL, H., «La cláusula de nación más favorecida. Su sentido actual en al Acuerdo General de Aranceles y Comercio», *Revista Española de Derecho Internacional*, vo. XXI, nº 1, enero-marzo, 1968, pp. 37-53.
- GROS ESPIELL, H., «El Nuevo Orden Económico Internacional», en *Derecho Económico Internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, pp. 81-120.
- HERBAS CAMACHO, G. «Cochabamba y la nueva conciencia sobre el agua», Foro Boliviano sobre el medio ambiente (FOBOMADE), La Paz, Bolivia. 2001.
- HIRSCH, M., *The arbitration mechanism of the International Center for Settlement of Investment Disputes*, Graham & Trotman/Nijhoff, Dordrecht, 1993.
- HOICHEPIED, J.-P., *La Protection Diplomatique des Sociétés et des Actionnaires*, Editions A. Pedone, Paris, 1965, pp. 59-72; LEVY, L., *La nationalité des sociétés, op.cit.*, pp. 200-224.
- INTERMÓN-OXFAM, *Repsol-YPF en Bolivia: una isla de prosperidad en medio de la pobreza*, Informe de Intermón-Oxfam, Barcelona, mayo de 2004.
- INTERMÓN-OXFAM, *Letra pequeña, grandes abusos. Por qué los contratos petroleros en América Latina son un obstáculo para el desarrollo*, Informe de Intermón-Oxfam, Barcelona, julio de 2008.
- JUILLARD, P., «Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France», *Journal de Droit International*, 1979, p. 274-325.
- JUILLARD, P., «L'évolution des sources du Droit des investissements», *RCADI*, tomo 250, 1994, pp. 5-190.
- KHALIL, M., «Treatment of foreign Investment in Bilateral Investment Treaties», en SHIHATA, F.I., *Legal treatment of foreign investment. The World Bank Guidelines*, Nijhoff, Dordrecht, 1993, pp. 221-265.
- KLEIN, N., *La doctrina del shock*, Paidós, Barcelona, 2007, pp. 192-209;.

KRUSE, Th., «La "Guerra del Agua" en Cochabamba, Bolivia: terrenos complejos, convergencias nuevas», *Sindicatos y nuevos movimientos sociales en América Latina* (Enrique de la Garza Toledo, compilador), Colección Grupos de Trabajo, CLACSO, Buenos Aires, Argentina. 2005, pp. 121-161.

LAMRANI, S., «La nueva Venezuela del presidente Hugo Chávez», en *Le Monde Diplomatique en español*, año XIII, nº 158, diciembre de 2008, p. 23.

LEBEN, Ch., «Une tentative de perception globale: le recours à la nationalité des sociétés», en *L'entreprise multinationale face au Droit* (B. Goldman y Ph. Francescakis, dirs.), Litec, París, 1977, pp. 187-235.

LEBEN, Ch. y FLORY, «Les conventions bilaterales d'établissement», *Jurisclasseur de Droit International*, .fasc. 222.

LEEKES, A., «The Relationship Between Bilateral Investment Treaty Arbitration and the Wider Corpus of International Law: The ICSID Approach», *University of Toronto Faculty of Law Review*, nº 65/1, marzo de 2007.

LÉVY, Ph., *La nationalité des sociétés*, LGDJ, París, 1984.

LOAYZA F., y FRANCO, I., «Dinámica de la aglomeración minera en Oruro en un contexto de crisis», *Agglomeraciones mineras y desarrollo local en América Latina*, (Rudolf M. Buitelaar, compilador), Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (CIID)/CEPAL, Alfomega, Bogotá, 2001.

LOUSSOUARN, Y., *La condition des personnes morales en Droit interenational privé*, RCADI, vol. 96, 1959-I, pp. 460-481.

MAILLOLD, G. (coord.), *Venezuela en retrospectiva. Los pasos hacia el régimen chavista*, (Günther Maiold, Ed.), Iberoamericana/Vervuert, Berlín, 2007.

MANN, F.A., «British treaties for the promotion and protection of investment», *British of Yearbook International Law*, vol. 57, 1981, pp. 241-251.

MARQUES DOS SANTOS, A., «Algumas Reflexões sobre a Nacionalidade das Sociedades em Direito Internacional Privado e em Direito Internacional Público», en *Homenagem ao Prof. Ferrer Correia*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, número especial, 1985, pp. 279-510.

MARTÍNEZ BURGOS, F., «El apoyo institucional a la internacionalización de la empresa», *Información Comercial Española*, nº 735, noviembre 1994, pp. 43-52.

MARTÍNEZ DALMAU, R., «De punto fijo a la constituyente. Los bolivarianos, de la acción a la reacción», en *Venezuela a contracorriente. Los orígenes de la revolución bolivariana* (Juan Torres López, coord.), Icaria, Barcelona, 2006.

MAYEDA G., «Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties», *Journal of World Trade*, vol. 41/2, 2007, pp 287-288.

MAYER, P., «La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État», *Journal de Droit International*, 1986/1, p. 5-78.

MAYER, P., *Droit international privé*, 5ª edición, Montchrestien, París, 1994, pp. 662-665.

MEREMINSKAYA, E., «Nacionalidad de las personas jurídicas en el Derecho internacional», *Revista de Derecho* (Valdivia, Chile), vol. XVIII, nº 1, julio 2005, pp. 145-170.

METZGER, S.D., «Nationality of corporate investment under investment guaraty schemes. The Relevance of *Barcelona Traction*», *American Journal of International Law*, vol. 65, 1971, pp. 532-543

MORÁN REYERO, P. «La inversión directa española en el exterior: evolución reciente», *Información Comercial Española*, nº 735, noviembre de 1994, pp. 3-19.

- Observatorio de la Deuda en la Globalización, *Dossier Repsol IPF*, Campaña Repsol 2006.
- NIBOYET, J.P., «Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés?» en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1927, pp. 402-417.
- NOUVEL, Y., «Les mesures equivalent à une expropriation dans la pratique récente des Tribunaux arbitraux», *Revue Général de Droit International Publique*, 2002/1, pp. 79-101.
- NOVOA MONREAL, E., «La nacionalización en su aspecto jurídico», en *Derecho Económico Internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, p. 156, nota 50.
- OCDE, *Fair an Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, Working Paper on International Investment, OECD, 2004/3, septiembre de 2004.
- Oficina Económica y Comercial / Departamento de Información de Inversiones y Coordinación (ICEX), *Guía de organismos de apoyo a la inversión en Bolivia*, ICEX, Madrid, 2007.
- Oficina Económica y Comercial / Departamento de Información de Inversiones y Coordinación (ICEX), *Guía de organismos de apoyo a la inversión en Venezuela*, ICEX, Madrid, 2008.
- Organización de Estados Americanos, *Acuerdos sobre inversión en el Hemisferio Occidental: Un compendio*, elaborado para el Grupo de Trabajo de la Inversión del ALCA, en: <http://www.ftaa-alca.org/NGROUPS/ngin/publications/spanish99/intro99.asp>.
- ORREGO VICUÑA, F., «Las nuevas estructuras del comercio internacional », en *Derecho Internacional Económico II*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pp. 9-27.
- ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A., «Cuestiones de nacionalidad y de extranjería de las personas jurídicas: La sucesión de Estados y la nacionalidad de las sociedades», *Derecho internacional privado español y Derecho comunitario europeo*, Universidad Complutense, Madrid, 1988, pp. 551-594.
- PDVSA, «Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) y sus Filiales. Propiedad de la República Bolivariana de Venezuela. Información Financiera y Operacional al 31 de diciembre de 2007», Ministerio del Poder Popular para la Energía y el Petróleo del Gobierno Bolivariano de Venezuela, Caracas, 2008.
- PETER, Ch.M., «MIGA and GRIP: two international investment insurance programmes», *World Competition*, vol. 12, 1988-89, pp.95-97.
- PUIG. J.C., «Renuncia individual a la protección diplomática. El problema de su legalidad internacional», *Rev. de Derecho internacional y ciencias diplomáticas* (Rosario, Argentina), núms. 35 y 36, 1969, pp. 108-130.
- REE, *El libro de los 20 años. Red Eléctrica de España 1985-2005*, Red Eléctrica de España S.A., 2005.
- RIBEIRO, R., «Propiedade Estrangeira, sua Nacionalização e Direito Internacional», *III Curso de Derecho Internacional, jul.-agost., 1976*, organizado por el Comité Jurídico Iberoamericano. Secretaría General de la OEA, Washington, 1977, pp. 251-252.
- RIGAUX, F., «Pour un Autre Ordre International», en *Droit Economique II*, París, Institut des Hautes Études Internationales de Paris, Pedone, 1979.
- RUIZ LIGERO, A., «La internacionalización de la empresa española», *Revista Economistas* (Revista del Colegio de Economistas de Madrid), año 12, nº 62, 1994, pp. 6-10.
- SACERDOTI, G., «Barcelona Traction Revisited: Foreign owned and controlled Companies in International Law», en *International Law at a time of perplexity, Essays in honor of Shabtai Rosenne*, Nijhoff/Dordrecht/Boston/Londres, 1989, pp. 699-716.

- SACERDOTI, G., «Bilateral treaties and multilateral instruments...», *op.cit.*, pp. 319-320.
- SALACUSE, J.; y SULLIVAN, N., «Do BITS really work?: An evaluation of Bilateral Investment Treaties and their grand Bargain», *Harvard International Law Journal*, nº 46, 2005, pp. 67-130.
- SALEM, M., «Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers», *Journal de Droit International*, vol. 113, 1986, pp.579-626.
- SANTISO GUIMARAS, J., «La internacionalización de las empresas españolas: hitos y retos», *Información Comercial Española*, núm. 839, noviembre-diciembre 2007, pp. 113-120.
- SAUVIGNON, E., *La clause de la nation la plus favoriséé*, Press Universitaires de Grenoble, 1972.
- SHEA, D.R., *The Calvo clause*, University of Minnesota press, Minneapolis, 1955.
- SHIHATA, I.F.I., «Towards a greater depoliticization of investment disputes: the roles of ICSID and MIGA», *ICSID Review*, 1986/1, pp. 1-25.
- SHIHATA, I.F.I., «The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the legal treatment of foreign investment», *RCADI*, t. 203, 1987-III, pp. 95-320.
- SORNARAJAH, M., *The international Law of foreing investment*, Cambridge University Press, 2004.
- SOSA GÓMEZ, F. A., y RAMÍREZ ALESÓN, M., «Caracterización de las empresas españolas inversoras en Venezuela», *Boletín Economico de ICE*, núm. 2946, agosto de 2008.
- STEINER, H.J. y VAGTS, D.F., *Transnational Legal Problems*, The Foundation Press, 1976.
- STIGLITZ, J.E., *El malestar en la globalización*, Taurus, Madrid, 2002; e ídem, *Los felices noventa, la semilla de la destrucción*, Taurus, Madrid, 2003.
- STIGLITZ, J.E., «El rumbo de las reformas. Hacia una nueva agenda para América Latina», *Revista de la CEPAL*, núm. 80, agosto 2003, pp. 7-40.
- TINENBERGEN, J. (Coord.), *Reestructuración del orden internacional. Informe al Club de Roma*, Fondo de Cultura Económica, México, 1977.
- TORAL CUETOS, P., « The insertion of Spain in the new Inter-american State System», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 9, 2005, en www.reei.org.
- TORRECILLA, F., *Bolivia y la integración gasífera sudamericana: ¿un proceso incluyente?*, Área de recursos energéticos y planificación para el desarrollo, IDICSO (Instituto de Investigación en Ciencias Sociales), Universidad del Salvador, Buenos Aires, 2005.
- TORRELLI, M., «L'apport du Nouvel Ordre Économique International au Droit international économique», en *Les Nations Unies et le Droit international économique*, Pedone, París, 1986, pp. 51-76.
- TORRES LÓPEZ, J. (coord.), *Venezuela a contracorriente. Los orígenes de la revolución bolivariana*, Icaria, Barcelona, 2006
- TOUSSAINT, E., *El Banco del Sur y la nueva crisis internacional*, El Viejo Topo, Barcelona, 2008.
- TRAVERS, M., *La nationalité des sociétés commerciales*, t. 33, *RCADI*, 1930-III, pp. 1-111.
- TREVES, T., «La convenzione istitutiva della MIGA come codice di condotta in tema di investimenti», *Rivista di diritto intenzionale privato e processuale*, año XXIII, 1987, pp. 1-12.

UNCTAD, *Admisión y establecimiento*, Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales en materia de inversión, UNCTAD/ITE/IIT/10 (vol. II), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1999.

UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1999.

UNCTAD, *National Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/11(Vol.IV), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1999.

UNCTAD, *Taking of property*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UNCTAD/ITE/IIT/15, United Nations, Nueva York y Ginebra, 2000.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT WORLD, *Investment Report 2008. Transnational Corporations, and the Infrastructure Challenge*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2008.

VAN DIJK, M., y SLOB, B., *Banco Santander. Vínculos financieros con empresas y proyectos controvertidos en el mundo*, Federación SETEM, Madrid, 2007.

VAN DIJK, M., y SLOB, B., *BBVA. Vínculos financieros con empresas y proyectos controvertidos en el mundo*, Federación SETEM, Madrid, 2007.

VELASCO, G., «Latinoamérica, un crisol de oportunidades de inversión», *Bolsa de Madrid*, junio de 2004, pp. 12-23.

VICENTE BLANCO, D.-J., «El proceso de gestación de las fuentes jurídicas que regulan las inversiones extranjeras: el conflicto sobre la reglamentación de la inversión internacional», en *Derecho de la integración*, Rosario (Argentina), vol. 12, 2002, pp. 32-51.

VICENTE BLANCO, D.-J., «El conflicto histórico por el régimen de la inversión extranjera directa», en *La libertad del dinero* (Dámaso Javier Vicente Blanco, ed.), Alemania, Valencia, 2003, pp. 41-85.

VICENTE BLANCO, D.-J., «El primer Laudo Arbitral en el CIADI "sobre el fondo" relativo a la crisis argentina 2000-2002: El laudo de mayo de 2005 en el caso "CMS Gas Transmission Company c. República Argentina". (Trato justo y equitativo, cumplimiento de los compromisos con la inversión extranjera y estado de necesidad en la crisis argentina)», en *El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al profesor Miguel Á. Ciuro Caldani* (Alterini, Atilio A. & Nicolau, Noemí L., dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2005, pp. 635-675.

VICENTE BLANCO, D.-J., «Normas sobre inversiones, respeto a los derechos y criterios de justicia. Las reclamaciones contra Argentina ante el CIADI», en "Derechos. Estado. Mercado. Europa y América Latina" (J. Lima, coordinador), Dilex, Madrid, 2009. En prensa.

VIDAL OLIVARES, J., «De la internacionalización a la multinacionalización: Iberia, Líneas Aéreas de España en América Latina, 1966-1996», en M. Cerutti (ed), *Empresas y grupos empresariales en América Latina, España y Portugal*, Monterrey, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2006, pp. 210-239.

VIDAL OLIVARES, J., *La Alas de España. Iberia Líneas Aéreas. De compañía de bandera a transportista mundial, 1940-2005*, Valencia, Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2008.

VISSCHER, P., «La protection diplomatique des personnes morales», en *RCADI*, 1961-I, tomo 102, pp. 440-445.

VIVES CHILLIDA, J.A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

VV.AA., *Le Nouvel Ordre Économique International. Aspects commerciaux, technologiques et culturels/The New International Economic Order. Commercial, technological and cultural aspects. Colloque., La Haye, 23-25 octobre 1980—Workshop, The Hage, 23-25 october 1980*, Nijhoff, La Haya, 1981.

VV.AA., Monográfico “*Una enfermedad mortal. Del caudillismo al neopopulismo*”, *Revista de Occidente*, núm. 305, octubre 2006.

WALKER, H., «Modern Treaties of Friendship, Commerce and Navigation», *Minnesota Law Review*, vol. 42, 1958, p. 805-824.

WEILER, «*Fair and equitable treatment for investments: some old cases and some new*» (1999), en www.cyberus.ca/~tweiler. Acceso el 20 de diciembre de 2000.

WILSON, R.R., *United States commercial Treaties and International Law*, Hauser, Nueva Orleans, 1960.

WITE, R.C.A., «A New International Economic Order», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 24, 1975/3, pp. 542-552.

WONG, J., «Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes», *Geo. Mason L. Rev.*, Vol. 14/1, 2006, pp. 135-177.

WONG, J., «The Application of Most-Favored-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions in Bilateral Investment Treaties», *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, 2008, vol. 3, nº 1, pp. 171-198.

YANNACA-SMALL, K., *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*, Working Papers on International Investment, Investment Division, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, OECD/OCDE, nº 2006/3, October 2006.

CAPITULO SEGUNDO.

LA PROMOCION DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EN LOS TRATADOS DE INVERSION

Helena Ancos Franco
Instituto Complutense de Estudios Internacionales
Universidad Complutense de Madrid

I. Inversión internacional y promoción de la responsabilidad social.

1.1. La dimensión transversal de la inversión internacional.-

La contundencia de los problemas sociales, económicos y ambientales que se vienen manifestando con creciente intensidad en las últimas décadas ha puesto en evidencia las limitaciones de un capitalismo basado en el crecimiento continuado y en una visión cortoplacista ajena a los impactos colaterales negativos que genera. La perspectiva teórica neoclásica imperante en el patrón del libre comercio internacional se ha manifestado muy deficiente al presuponer la armonía entre los objetivos de los países ricos y pobres, de los intereses públicos y privados, de los bienes privativos y los bienes públicos globales.

Si bien en el pasado, la racionalidad de la finalidad empresarial de consecución de beneficios privados parecía inferir un impacto positivo al conjunto de la sociedad, hoy asistimos a una progresiva brecha entre los intereses primarios de la empresa y el bien común. Las dramáticas carencias sociales, los desequilibrios financieros y los impactos medioambientales del proceso de globalización, junto con los permanentes y cada vez más amenazadores conflictos políticos y las deficiencias institucionales a nivel mundial, imponen nuevas prioridades en la Agenda comercial internacional.

Aunque desde hace algún tiempo las políticas económicas comienzan a tener en cuenta la dimensión transversal consustancial a la sostenibilidad, la magnitud de los problemas de desarrollo por un lado, y la complejidad de arbitrar soluciones eficaces de otro, exige explorar nuevas vías que permitan asimilar la dimensión dinámica existente entre los objetivos comunes de desarrollo y su puesta en práctica.²²²

En este sentido, frente a la radicalidad de determinadas soluciones económicas liberales y al desgaste de las políticas de privatización y desregulación, que han desmitificado los beneficios augurados para los consumidores y la sociedad en general, se ha abierto un interesante proceso de rectificación que se extiende de forma lenta pero inexorable y cuyo efecto más inmediato ha sido la conformación de fuertes corrientes de opinión pública a favor de una mayor responsabilidad social de las empresas en relación con los intereses generales y con los objetivos de progreso sentidos por la sociedad.

La responsabilidad social es un nuevo paradigma, una nueva racionalidad que ha de cambiar la visión de las relaciones entre la economía, la política y la sociedad civil. Un paradigma que juzga la excelencia y la eficacia de los sistemas sociales, no ya en función de su contribución a la competitividad de las empresas y a la "capacidad de rápida

²²² Véase Griller, S. (Ed.) *International Economic Governance and Non-Economic Concerns – New Challenges for the International Legal Order*, 2003.

generación de riquezas económicas sino a la manera en que las riquezas producidas sirven al bien común de una nación”²²³.

Uno de los ejemplos más típicos de la ausencia de consideraciones sobre la transversalidad del desarrollo, viene representado por la Inversión Directa Extranjera (IDE) y su promoción a través de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)²²⁴. En los últimos treinta años, la promoción y la protección de la inversión extranjera han constituido uno de los objetivos fundamentales de la cooperación económica entre Estados. Aunque el principal propósito ha sido siempre la promoción del crecimiento económico de los Estados partes, los acuerdos internacionales de inversión se han centrado básicamente en la protección de los inversores extranjeros a través de una serie de garantías básicas – principalmente las conductas discriminatorias, desleales o expropiatorias por el Estado de acogida, o la liberalización de los movimientos de capital-. Más concretamente, desde un punto de vista de técnica jurídica, la dicotomía entre la dimensión económica y la perspectiva social o medioambiental se ha saldado en los AII con *el triunfo* de la norma de la no discriminación frente a la excepción basada en el orden público o las políticas públicas, que implícitamente tendían a establecer un ranking de valores donde la protección del inversor extranjero se erigía en objetivo prioritario frente a otros objetivos legítimos del Estado de acogida de la inversión que quedaban relegados al estatus de secundarios o excepcionales.

Este debate llega en un momento en el que la literatura económica viene a corroborar que si bien se han incrementado en las últimas décadas los esfuerzos en las políticas y en la normativa de inversión, manifestado en un aumento de las IDE y el número de tratados bilaterales, éstos no han tenido el efecto deseado en el desarrollo de los países receptores. En líneas generales, puede afirmarse que la expansión del comercio y la economía mundial en la última década no han eliminado los persistentes desequilibrios y los flujos netos de capital desde los países en desarrollo hacia los desarrollados.²²⁵

Estos desequilibrios sirven para justificar que el enfoque de este trabajo se oriente no ya a la dimensión económica de las regulaciones de inversión internacional sino al desequilibrio entre los intereses y derechos de los inversores y los derechos e intereses de todas las demás partes afectadas por la IDE. El presente estudio pretende explorar nuevas herramientas que incorporen criterios y/u objetivos de desarrollo sostenible en la inversión extranjera en el bien entendido que cualquier acercamiento equilibrado a la promoción de las inversiones no puede pretender una simple contraposición entre los valores económicos frente a los estándares sociales y medioambientales sino que ha de servir como plataforma dinámica para *afinar* los particulares intereses en cualquiera de estas dimensiones en función de circunstancias muy concretas.²²⁶

En este sentido los acercamientos teóricos han de partir siempre de cierta base de realismo que deseche iniciativas exclusivamente unilaterales y teóricas, y que, por el contrario,

²²³ Ronstanf, G., “Les relations tumultueuses entre économie et société”, en *Reconcilier l'économie et le social*, OCDE, 1996.

²²⁴ Aunque como hemos visto, dentro de los Acuerdos internacionales de inversión, los acuerdos bilaterales de inversión firmados por España suelen denominarse Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), en este capítulo nos referiremos a ellos con el término genérico de Acuerdos Bilaterales de Inversión (ABI).

²²⁵ UNCTAD, *Trade and Development Report*, 2007.

²²⁶ Ortino, F., “The Social Dimensions of International Investment Agreements: Drafting a New BIT/MIT Model?”, *International Law Forum du droit international* 7: 243-250, 2005, p. 245. Véase también Ortino, F., “From Non-Discrimination to Reasonableness-. A paradigm Shift in International Economic Law?”, *Jean Monnet Working Papers*, 1/2005, pp. 53-57.

tengan en cuenta la complejidad de la gobernanza internacional y el diverso grado de participación de los distintos actores en la construcción de soluciones en pos del desarrollo sostenible. Junto al diseño de Acuerdos Internacionales de Inversión que incorporen criterios de sostenibilidad, debe existir decidida voluntad por ambas partes para su implementación, mecanismos efectivos de participación, control y seguimiento, recursos institucionales y personal técnico, medios financieros y herramientas de medición de impacto. Y es que la calidad del marco institucional y de organización social es determinante para conformar el comportamiento de la empresa en un proceso de interacción mutua²²⁷.

En definitiva, teniendo en cuenta estas limitaciones, el desafío, como en otros tantos instrumentos de Derecho Internacional, no es el reconocimiento de los derechos sociales, económicos, o medioambientales de las partes –ya incorporados a múltiples tratados convencionales-, sino fomentar un equilibrio efectivo entre los derechos del inversor y los objetivos de desarrollo sostenible de los países de acogida e inversores y crear el marco de incentivos necesario para su sostenibilidad a largo plazo.

Junto a ello, el diseño de tales instrumentos implica cuestionar conceptos muy arraigados en la cultura jurídica y económica imperantes y que vienen a distorsionar la penetración y la materialización de políticas de desarrollo sostenible:

- En primer lugar, la ausencia de consenso en la literatura económica a la hora de reportar la relación directa de causalidad entre la IDE y el desarrollo económico del país de acogida²²⁸, permite plantear la falta de asociación de los factores de atracción de la inversión extranjera directa con objetivos de desarrollo concretos, condicionantes de esa inversión y su consecuente falta de medición.

Dos de los tradicionales factores considerados de atracción de la inversión han sido, por un lado, el concepto de seguridad jurídica, asociado a la estabilidad en la legislación sobre los derechos de propiedad y a la protección del inversor, y por otro, ciertos indicadores económicos como los niveles de riesgo, que suelen traducirse de forma inversamente proporcional a la tasa de beneficios esperada²²⁹. Como veremos, estos parámetros se

²²⁷ Como veremos, la adecuada incorporación de criterios de sostenibilidad en los acuerdos de inversión pasa por tener en cuenta todo el ciclo de vida de la inversión, desde la gestación de los Acuerdos internacionales, la concesión de créditos por parte de entidades financieras o agencias nacionales de promoción de inversiones hasta el propio contrato de inversión y su implementación en el país de acogida.

²²⁸ Hallward-Driemer, M., *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit...and they could bite*, World Bank, June 2003, http://econ.worldbank.org/files/29143_wps3121.pdf; Davarnejad, L., *Strengthening the Social Dimension of International Investment Agreements by integrating codes of conduct for multinational enterprises*, Global Forum on International Investment, OCDE, March 2008. Para una opinión alternativa y en el caso de los tratados bilaterales de inversión de los EEUU, Salacuse, J. y Sullivan, N. P., “Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain”, *Harvard International Law Journal*, vol. 46, nº1 (invierno 2005), pp. 67-130; UNCTAD, *World Investment Report 2003*, p. 83. Incluso los resultados son confusos a la hora de determinar el impacto de los acuerdos bilaterales de inversión en la IDE (UNCTAD, *World Investment Report 2003*, p. 89; Hallward-Driemer, M., *Do Bilateral Investment Treaties attract FDI?*, 2003, p. 22); sobre las teorías contrapuestas en materia de inversión extranjera: Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, 2nd Edition, 2004, p. 50.

²²⁹ Estableciendo una selección de los principales indicadores favorables a la inversión incluidos en los informes de inversión –del Banco Mundial, de la UNCTAD- o de competitividad, -como el *Global Competitiveness Report* del *World Economic Forum*- se pueden citar: la estabilidad macroeconómica, un marco político estable, la calidad de la infraestructura, un marco regulatorio “favorable”, la

antojan demasiado estrechos en un contexto de sostenibilidad. En efecto, uno de los componentes fundamentales del Consenso de Washington era que la seguridad (o predecibilidad) era un elemento esencial de todo sistema legal sobre el que debía sustentarse la actividad económica. La seguridad jurídica –y por ende, la ausencia de riesgo en su sentido más amplio- se asociaba al respeto del “rule of law”, limitando la discrecionalidad del Estado y de los burócratas, y sustituyéndola por una aplicación transparente y coherente de las normas a través de procedimientos sistemáticos. La discrecionalidad se asociaba a los viejos e ineficaces planes de desarrollo estatales y connotaba una excesiva y arbitraria interferencia estatal en un mercado que debía funcionar en base a las ventajas competitivas.²³⁰

- En segundo lugar, los conceptos de riesgo y seguridad no tienen una dimensión unívoca sino que van muy asociados a las expectativas de los grupos de interés: “las expectativas que están relacionadas con el comportamiento responsable de las empresas también se comunican por otras muchas vías, que influyen del mismo modo en la calidad del entorno de inversión(...) Estos canales bidireccionales de comunicación transmiten elementos que pueden ser muy valiosos para definir las políticas de las empresas y evaluar los resultados. Los demás canales de comunicación completan las informaciones transmitidas a las empresas por las vías oficiales legislativa y reglamentaria.”²³¹

Veamos un ejemplo. Hasta hace muy poco, apenas se ha cuestionado el componente de la gobernabilidad en los indicadores de riesgo. Como indica Kaufmann, la medición de la gobernabilidad tradicionalmente ha sido puramente anecdótica. Esto está cambiando ahora en la medida en que se están desarrollando un gran número de herramientas para medir las diferencias entre los sistemas políticos y legales. Así, se recogen datos de diversas fuentes (agencias de valoración de riesgos, organizaciones multilaterales, *think tanks*, ONG) para documentar las diferencias en terrenos diversos: rendición de cuentas, inestabilidad política, violencia, efectividad del gobierno, peso regulatorio, control de la corrupción, etc.²³²

- En tercer lugar, la relación entre inversión y desarrollo sostenible no es lineal. Por una parte, los riesgos en sostenibilidad implican la consideración de *tradeoffs*; las interacciones entre objetivos medioambientales, económicos y sociales exigen una compleja valoración de los intereses en conflicto y los *tradeoffs*, amén de valoraciones políticas. Junto a ello, el dilema central es que los regímenes internacionales, -frecuentemente estáticos- con pocas

competitividad del mercado regional, recursos humanos cualificados, mercados financieros eficientes, la protección de la inversión frente a la expropiación, y la transparencia del sistema legal. En el marco de la OCDE, el Grupo de trabajo de inversiones amplía estos indicadores incluyendo además de la estabilidad macroeconómica, la previsibilidad política, la cohesión social y el respeto del Estado de Derecho, seleccionando diez ámbitos de acción a la luz de una evaluación de la intensidad de las interacciones entre cada uno de estos ámbitos y el entorno de la inversión. Estos diez capítulos se apoyan en buenas prácticas de los países miembros de la OCDE y de los países no miembros y abarcan los siguientes aspectos: política de inversión, promoción y facilitación de la inversión, política comercial, política de competencia, política fiscal, gobernanza de la empresa, políticas a favor de un comportamiento responsable de las empresas, desarrollo de los recursos humanos, desarrollo de infraestructuras y del sector financiero, y gobernanza pública.

²³⁰ Perry, A.J., “The relationship between Legal Systems and Economic Development: Integrating Economic and Cultural Approaches”, *Journal of Law and Society*, Volume 29, Number 2, June 2002, pp. 282-307.

²³¹ Perry, A.J., op. cit. p. 285.

²³² Kaufmann D. et al., “Governance Matters: From Measurement to Action”, 2000, 27 *Finance and Development*, p. 10; Kaufmann, D. et al., “Aggregating Governance Indicators”, *World Bank Policy Research Working Paper*, n. 2195 (1999), disponible en www.worldbank.org/wbi/governance.

excepciones, son incapaces de equilibrar objetivos en conflicto²³³. Además, hasta ahora, la valoración de riesgos en el entorno de la inversión, ha sido previa a la fase de establecimiento de la inversión y prácticamente unilateral, eliminándose cualquier consideración del riesgo en la fase de post-establecimiento de la inversión.

- En cuarto lugar, el reto de dotar de valor al intangible del respeto y la promoción de los DDHH o el medioambiente, en su más amplia dimensión, como un bien público dentro del comercio internacional. Este problema encuentra su raíz en el desmembramiento de la Sociedad Internacional clásica.

La transformación de la sociedad internacional por la internacionalización de actividades económicas - la llamada globalización-, la emergencia de las tecnologías de la información, la persecución de los Derechos Humanos, y la creciente incapacidad para gestionar los conflictos internacionales con los instrumentos tradicionales de la soberanía estatal, ha hecho que sea cada vez más difícil articular las relaciones internacionales en torno a los Estados soberanos y a los acuerdos y organizaciones por ellos creados.

La traducción de este fenómeno al marco jurídico de las inversiones se encuentra en la erosión de la exclusiva responsabilidad del Estado receptor en la gestión de la inversión, y la bilateralización del marco de los derechos y obligaciones.²³⁴

Este acercamiento es el que se ha asumido en el Convenio Marco sobre el Cambio climático que en su artículo 4 distribuye responsabilidades entre países desarrollados y en desarrollo, teniendo en cuenta sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y el carácter específico de sus prioridades nacionales y regionales de desarrollo, de sus objetivos y de sus circunstancias,²³⁵.

Conforme a ello se crea una lista de países que se comprometen a reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero (Anexo 1) y la progresiva configuración de nuevas instituciones como las actividades implementadas por el Mecanismo de Desarrollo Limpio del Protocolo de Kyoto, que establece distinciones entre países. Las actividades implementadas conjuntamente resultan en un régimen en el que las inversiones entre países del Anexo 1 pueden recibir créditos para reducciones de gases de efecto invernadero, mientras que inversiones similares de países no recogidos en el Anexo no se beneficiarán de ellas. Del mismo modo, las inversiones de países del Anexo 1 en países no listados en ese anexo se favorecerán del Mecanismo de Desarrollo Limpio.²³⁶

²³³ von Moltke, K., *International Environmental Management, Trade Regimes and Sustainability*, IISD, 1995, disponible en <http://iisd.ca/pdf/envmanage.pdf>. Sobre la definición de un régimen dinámico de inversión, véase supra nota 26 .

²³⁴ Davarnejad, L., "Strengthening the Social Dimension of International Investment Agreements by integrating codes of conduct for multinational enterprises", *Global Forum on International Investment*, OCDE, March 2008: "El énfasis clásico en la protección legal de la inversión ...se centra en la protección de los derechos de los inversores al mismo tiempo que se emancipan de sus países de origen".

²³⁵ <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>.

²³⁶ El Mecanismo de Desarrollo Limpio o Mecanismos para un Desarrollo Limpio (MDL) es un acuerdo suscrito en el Protocolo de Kyoto establecido en su artículo 12, que permite a los gobiernos de los países industrializados (también llamados países desarrollados o países del Anexo 1 del Protocolo de Kyoto) y a las empresas (personas naturales o jurídicas, entidades públicas o privadas) suscribir acuerdos para cumplir con metas de reducción de gases de efecto invernadero (GEI) en el primer período de compromiso comprendido entre los años 2008-2012, invirtiendo en proyectos de reducción de emisiones en países en vías de desarrollo (también denominados países no incluidos en el Anexo 1 del Protocolo de Kyoto) como una alternativa para adquirir reducciones certificadas de emisiones (RCE) a menores costos que en sus mercados.

- Por último, la sostenibilidad del propio régimen de inversión favorable a los criterios de desarrollo sostenible pasa por el establecimiento de un régimen institucional que tenga en cuenta incentivos a la inversión para ambas partes; incentivos que, yendo más allá de los intereses políticos a corto plazo, consideren los criterios sociales y medioambientales en el contexto concreto de cada inversión. Y ello tanto en la fase de negociación de los acuerdos como en la fase de gestión.

1.2. Condicionantes para un marco internacional de inversión sostenible.

El establecimiento de instrumentos que incorporen objetivos de desarrollo sostenible en el comercio y la inversión internacional pasa no sólo por hacer explícitos estos objetivos en los respectivos tratados y contratos de inversión, sino por la definición de un marco realista que permita a las partes ir adaptando sus mutuas necesidades. Son varias las perspectivas que necesitan abordarse a este respecto.

- En primer lugar, la institucional: ¿cuáles son las necesidades institucionales para administrar un acuerdo de inversión con criterios de desarrollo sostenible?

Las debilidades y carencias democráticas del régimen multilateral del comercio internacional han sido ya ampliamente divulgadas. Se ha achacado falta de representatividad en las instituciones internacionales de los intereses de los países más desfavorecidos; asimetrías en los procesos de negociación que se han prolongado hasta eventuales vulneraciones de derechos humanos en los procesos de arbitraje internacional, o la progresiva expansión en los *convenios bilaterales* de los estándares impuestos por los países desarrollados.

Así por ejemplo, los mecanismos institucionales, y en especial los correspondientes a las negociaciones de liberalización comercial en el seno de la OMC y en los procesos de integración económica regional, se revelan de forma cada vez más nítida, con unos patrones de funcionamiento y organización internos que acentúan los desequilibrios estructurales entre los países industrializados y los países en desarrollo²³⁷. Al mismo tiempo, los pilares de la gobernabilidad mundial son fundamentalmente económicos (FMI, Banco Mundial, OMC) frente al estado embrionario de los pilares sociales y medioambientales²³⁸.

Por otra parte, la especialización o la distribución horizontal de competencias a escala multilateral no ayuda. Actualmente, una gran variedad de organizaciones internacionales se encarga de políticas de desarrollo a nivel multilateral en campos específicos: FMI, OMC, OMS, OIT, PNUD, etc. No obstante, existen también organizaciones que contemplan los vínculos entre comercio y desarrollo (CNUCYD o UNCTAD en inglés) o finanzas y desarrollo

²³⁷ Como señala el informe de la Comisión de derechos humanos de la ONU « .. las desigualdades económicas y políticas en el mundo están en estrecha relación con la mundialización occidental, en particular norteamericana... sin respeto por las otras culturas o creencias y los gobiernos y empresas occidentales venden a los otros su propio modelo de gobernanza (democracia, Estado de derecho). Esto no por desinterés sino porque dicho modelo produce para ellos ventajas económicas. El libre comercio más que ayudar a los países pobres, favorece a los ricos, y la reglamentación jurídica permite a las empresas transnacionales funcionar sin grandes riesgos. Así, la democracia se impulsa en todas partes, (salvo si resulta en gobiernos o regímenes independientes)». CDH-ONU, *La mondialisation et ses effets sur la pleine jouissance des droits de l'homme*, Rapport final présenté par J. Oloka-Onyango et Deepika Udagama, E/CN.4/Sub.2/2003/14, 25 juin 2003, par. 9.

²³⁸ von Moltke, K., *An International Investment Regime? Issues of Sustainability*, IISD, 2000, pp. 37-46.

(Banco Mundial) así como otros vínculos más o menos formales entre las diferentes organizaciones.

A juicio de Ortino, sin embargo, esta arquitectura de cooperación internacional puede exacerbar la falta de diálogo y la excesiva especialización de las instituciones internacionales. De ahí que la estructura institucional a nivel multilateral necesite adaptarse a la realidad de un mundo cada vez más interrelacionado y complejo donde las organizaciones sean capaces de tener en cuenta varias dimensiones en sus actividades²³⁹.

En otras ocasiones, aunque se contemplen objetivos complementarios, y se incluyan cuestiones de sostenibilidad, el marco internacional puede no resultar idóneo para el cumplimiento o la supervisión de aquéllos, cuando no se establecen suficientes garantías de transparencia. Así por ejemplo, los Principios del Ecuador representan un compromiso voluntario, originado en una iniciativa de la Corporación Financiera Internacional (CFI), agencia del Banco Mundial para el fomento de las inversiones sostenibles del sector privado en los países en desarrollo.

Los Principios de Ecuador se fundan en las políticas y directrices de la CFI. Las entidades financieras que adoptan estos principios se comprometen a evaluar y tomar en consideración los riesgos sociales y medioambientales de los proyectos con un costo de capital superior a 10 millones de dólares, comprometiéndose a conceder créditos sólo para aquellos proyectos que puedan acreditar la adecuada gestión de sus impactos sociales y medioambientales, como la protección de la biodiversidad, el empleo de recursos renovables, la protección de la salud humana, o los derechos de la población indígena.

Para los bancos que se adhieran al acuerdo, es una forma de disminuir los riesgos, al otorgar financiación a proyectos sostenibles. No obstante, los Principios de Ecuador resultan insuficientes para asegurar la responsabilidad social de los proyectos de financiación por varias razones: a) dado que el umbral de financiación es relativamente alto para su aplicación, puede darse el caso de connivencia entre varios bancos financiadores para la “no aplicación” o la relajación en su aplicación; b) su voluntariedad y la falta de exigencia de su cumplimiento es una falla no sólo para los propios bancos que supuestamente los han suscrito sino porque fomentan comportamientos de *free-riders*. En este sentido, sería interesante que los bancos publicasen un listado de proyectos que han rechazado; c) pueden existir conflictos de interés entre los auditores y/o expertos independientes encargados de realizar evaluaciones y los propios bancos o empresas que los contratan.

Estas fallas podrían subsanarse por ejemplo, aumentando el grado de transparencia de la información ofrecida por la CFI acerca de sus proyectos financiados o los que haya dejado de financiar.

Pero además resulta que el equilibrio entre los intereses y objetivos en conflicto supera todavía en gran medida la capacidad de la mayoría de las organizaciones internacionales.

²³⁹ Así, los principios que sustentan la OMC, el de Nación Más Favorecida (NMF) y el trato nacional, buscan evitar la discriminación en el comercio y la amenaza del proteccionismo, junto con exigencias de transparencia y el procedimiento de resolución de controversias. Sin embargo, estos principios, enunciados en los artículos I y III del GATT, se han valorado hasta ahora como obligaciones absolutas de los Estados miembros de la OMC, modificados principalmente por las excepciones del art. XX, sin una valoración equilibrada con otras prioridades de política.

Esto exige acuerdos institucionales mucho más dinámicos e innovadores capaces de ajustar los medios a circunstancias cambiantes²⁴⁰.

Cualquier esfuerzo por integrar las dimensiones económica, social y medioambiental de forma holística debería tener en cuenta las múltiples dimensiones jurisdiccionales. En la gobernanza social moderna, las líneas divisorias entre los sectores público y privado se están borrando, y los intereses frecuentemente son compartidos. Los continuos desafíos a la acción gubernamental planteados por los problemas sociales junto con una percepción más intensa de la necesidad de cooperación con otros actores sociales hacen que las tradicionales intervenciones gubernamentales se vuelvan obsoletas. Se produce una creciente concienciación, no sólo de las limitaciones del tradicional orden público como mecanismo de gobierno, sino también de las respuestas a los problemas sociales, que requieren un mayor número de enfoques e instrumentos.

Los problemas han de abordarse en toda su diversidad, complejidad y dinamismo, de ahí que sea necesario aunar el esfuerzo de actores públicos y privados para solventar los problemas sociales, crear instituciones eficaces y formular acuerdos dinámicos que creen a su vez nuevas oportunidades sociales.

Si desde un punto de vista económico, la necesidad de protección de determinados bienes públicos –medioambiente, derecho a la educación universal, protección de los trabajadores, etc.- deriva de fallos del mercado, la responsabilidad social entendida como un bien público global, integrador de todos los demás, puede constituir una oportunidad para arbitrar comportamientos cooperativos, solidarios, coordinados o individuales por parte de los agentes, creándose estructuras institucionales que se verían reforzadas por la interacción reiterada de aquéllos.

Esta fusión de intereses públicos y privados, tiene su respuesta eficaz en la valorización de la responsabilidad social, que conlleva dos connotaciones útiles para abordar el problema que estamos tratando: una dimensión jurisdiccional, y la acción positiva que implica. Así, por un lado, según Peter Ulrich, en la era global, la empresa privada debe incorporar muchos de los valores y responsabilidades de las instituciones públicas –debe convertirse en una *quasi public institution*- recuperando la armonía perdida entre las prioridades públicas y privadas. Al mismo tiempo, hay que reconocer que la aportación más original quizás de la responsabilidad social sea haber puesto de manifiesto que la responsabilidad no sólo afecta a los propósitos y consecuencias de los actos, sino que obliga a realizar actos cuyo fin es el bienestar de los demás²⁴¹.

A efectos prácticos, el principio de subsidiariedad puede ser un principio guía para abordar la cuestión de distribución de responsabilidades. Trasladado al ámbito que nos ocupa, la subsidiariedad debería luchar contra aquellas estructuras demasiado intervencionistas, estableciendo una diferenciación entre las prioridades nacionales y aquellas otras propias de la comunidad internacional.

En este sentido, las políticas abordadas exclusivamente a nivel regional o multilateral, pueden no tener eficacia, lo mismo que las políticas sociales a nivel exclusivamente

²⁴⁰ Von Moltke, *An International Investment Regime? Issues of Sustainability*, IISD, 2000, p. 39.

²⁴¹ Jonas, H., *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, 1996.

nacional. En este sentido, Srur²⁴² dice que la brecha existente en el Derecho de la inversión internacional no es probable que se cubra con un acuerdo de inversión multilateral; más bien, la protección de las inversiones extranjeras es probable que proceda del cada vez más numeroso acervo de acuerdos de inversión bilaterales y regionales y acuerdos regionales de comercio.

La razón fundamental del creciente protagonismo de los Acuerdos bilaterales de inversión estriba precisamente en su dinamismo. Las organizaciones necesitan equilibrar objetivos en conflicto que son necesariamente dinámicos²⁴³; no sólo los medios para conseguir ciertos fines pueden cambiar sino también el equilibrio entre aquellos fines.²⁴⁴

Estas consideraciones no obstante, no deben hacernos olvidar que para crear un ambiente propicio para la inversión, son esenciales dos elementos: un esfuerzo constante de consolidación de las políticas nacionales y de las instituciones públicas, y la cooperación internacional²⁴⁵.

- En segundo lugar, la filosofía y el contenido material de los acuerdos.

Desde un punto de vista macroeconómico, pasar a un régimen comercial socialmente responsable implica mejorar la capacidad económica de los actores con menor nivel de desarrollo y la credibilidad política de la redistribución de las ganancias del comercio. Estaríamos por un lado, en presencia de cuestiones de legitimidad: a medida que crecen los procesos de integración regional, necesitarían abordarse otras cuestiones no económicas para continuar con tal integración y para reforzar la legitimidad que subyace en el proceso de integración en sí mismo²⁴⁶.

Existe necesidad de un régimen para la inversión internacional que esté caracterizado por una gestión equitativa a todo nivel, y que cumpla con los criterios fundamentales de legitimidad, transparencia y responsabilidad, incorporando las prioridades de desarrollo de los países receptores en el propio régimen de inversión.

Pero además, en un orden de ideas más pragmático, estaríamos hablando de los incentivos para incorporar condicionantes de responsabilidad social en los acuerdos de inversión:

a) En primer lugar, hay que partir del convencimiento de los efectos mutuamente beneficiosos de la incorporación de criterios de sostenibilidad.

²⁴² Srur, M. A., "The International Investment Regime: Towards Evolutionary Bilateral & Regional Investment Treaties?", *Manchester Journal of International Economic Law* 2004, pp. 54-75.

²⁴³ Tales regímenes se denominan dinámicos en el sentido de que pueden adoptar nuevos acercamientos y desarrollar instituciones innovadoras en la medida en que saben algo más del problema en cuestión (p. ej. en política de la competencia, es posible distinguir entre eficiencia estática y dinámica. Por tanto, la consecución simultánea de eficiencia estática y dinámica implica *trade-offs* (véase Graham E.M., y Robinson, D. J., eds., *Global Competition Policy*, 1997, p. 8).

²⁴⁴ Von Moltke, *An International Investment Regime? Issues of Sustainability*, IISD, 2000, p. 41.

²⁴⁵ OCDE, *Marco de acción para la inversión*, 2006, p. 7.

²⁴⁶ Ortino, F., *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A comparative Analysis of EC and WTO Law*, 2004; Reid, E., "Squaring the Circle for Tomorrow's World: A comparative Analysis of the Approaches of the EC and WTO to balancing Economic and Non-economic Interests in International Trade", en Tridimas, T. y Nebbia, P. (eds.), *European Union Law for the Twenty-First Century: Volume I- Rethinking the New Legal Order*, 2004, p. 303 y ss.

Si entendemos la responsabilidad social como un mecanismo de indemnización o redistribución de las ganancias de la inversión extranjera, ésta ha de tener en cuenta los intereses de inversores y receptores a fin de ampliar la masa crítica de legitimidad de las decisiones políticas y ampliar los beneficios del comercio. En este sentido, podría afirmarse que la responsabilidad social podría suponer un estadio más perfeccionado del trato especial y diferenciado. Así, el *Trade Adjustment Assistance Program* de los EEUU es un ejemplo típico de un programa de indemnización directamente vinculado al comercio.²⁴⁷

Mención especial merece la Unión Europea donde el Tratado de Roma reconocía que la abolición de los obstáculos a la libre circulación de bienes, servicios y capitales debía ir acompañada de una política social regional. Esta política comprendía el establecimiento del Fondo Social Europeo, concebido para facilitar la adaptación de los trabajadores a las cambiantes condiciones del medio económico. Este mecanismo cuya activación se hizo sin saber si la causa de las perturbaciones estaba ligada a la liberalización comercial o al cambio tecnológico- constituyó un elemento importante para facilitar la aceptación política de la integración comercial en la UE²⁴⁸.

En este sentido, y siguiendo la línea apuntada por Verdier²⁴⁹, la responsabilidad social entendida como la redistribución basada en los activos o en el acceso al capital social otorgado por el Estado, puede resultar políticamente más creíble que una redistribución basada en las transferencias y flujos de renta²⁵⁰.

Por otro lado, el recurso a un marco de referencia que aúne inversión con responsabilidad social puede servir de poderoso acicate para promover estándares de obligado cumplimiento. El marco temporal de la inversión y los derechos legales de los inversores en los países anfitriones reclaman un régimen más dinámico. En particular, los principios que subyacen al proceso de liberalización comercial –principio de nación más favorecida (NMF) y trato nacional- y el sistema de disputas de la OMC son inapropiados para el régimen de inversión a menos que se ajusten para reflejar la naturaleza dinámica de los temas que

²⁴⁷ El *Trade Adjustment Assistance* (TAA) es un programa del Departamento de Trabajo que proporciona una variedad de servicios de reinserción y beneficios a los trabajadores que han perdido sus puestos de trabajo o sufrieron una reducción de las horas y los salarios como consecuencia del aumento de las importaciones o los cambios en la producción fuera de los Estados Unidos. El TAA se estableció como parte de la Ley para la expansión del Comercio en 1962, durante la presidencia de John F. Kennedy. El programa original no tenía ningún componente de formación o de reinserción y apenas fue utilizado hasta 1974, cuando se amplió en el marco de la Ley de Comercio de ese año. La Ley de Comercio de 1974 estableció el componente de capacitación del programa. Tras reducirse drásticamente en 1981 con la Administración Reagan, en 2002, el programa se amplió de nuevo.

²⁴⁸ «La emergencia de un régimen de apertura comercial «socialmente responsable» en los países ricos es una cuestión crucial. Este tipo de régimen impediría reacciones políticas violentas contra la liberalización comercial y, al mismo tiempo, aseguraría a los países en desarrollo un acceso al mercado. Los economistas se han centrado durante mucho tiempo en las ganancias estáticas y dinámicas del comercio en base a la lógica de la especialización de la ventaja comparativa. Deberían sin embargo emplear más tiempo en analizar los medios para conseguir una distribución y redistribución de las ganancias del comercio aceptables socialmente para la mayoría de la población. Si la integración comercial no es socialmente responsable, corre el riesgo de convertirse en la víctima política de su propio éxito económico, cifr. Verdier, T., «Intégration commerciale «socialement responsable»: une approche en termes d'économie politique», *Revue d'économie du développement*, vol. 19, 2005/4. , pp. 87-88.

²⁴⁹ Verdier, T., op. cit. pp. 97-101.

²⁵⁰ Existen muchos ejemplos. Los programas de educación y de formación así como diferentes tipos de inversiones públicas que aumentan la productividad de los trabajadores no cualificados.

necesitan ser abordados y se acompañen de una arquitectura institucional para asegurar una implementación flexible pero efectiva²⁵¹.

Como veremos, la mayoría de los acuerdos de inversión que existen no brinda ninguna consideración visible a los procesos y dilemas de desarrollo, de ahí que hacer explícitos en los Acuerdos de Inversión el apoyo a las políticas de desarrollo, a consideraciones laborales, medioambientales o de protección de la población indígena por ejemplo, ayude al menos a determinar los estándares por los cuales un acuerdo y sus impactos han de ser valorados. En el proceso de solución de diferencias estos principios proporcionan a los árbitros –que frecuentemente carecen de una perspectiva suficientemente documentada como para proceder a una valoración global de todos los aspectos implicados- directrices para su adecuada interpretación. Y es que “muy frecuentemente, hoy en día, el único objetivo declarado es la protección del inversor, lo que conduce a los árbitros a dar prioridad a este objetivo.”²⁵²

b) A largo plazo, la sostenibilidad de los proyectos de inversión y la influencia de la IDE dependen de su capacidad de generar confianza en reglas creíbles y previsibles que a su vez, fortalezcan las capacidades del país anfitrión y redunden en la mayor calidad de las corrientes comerciales entre áreas geográficas con distinto nivel de desarrollo.

En este sentido, las políticas comerciales excesivamente cortoplacistas suelen ir acompañadas de mayores costos de eficiencia y de un progresivo aislamiento del inversor en un contexto de creciente competencia, al mismo tiempo que se produce un aumento de riesgos para el Estado receptor.

Un ejemplo de ello lo constituyen los países del Cono Sur de América Latina para el sector del aprovechamiento industrial de la producción forestal. Los sectores intensivos en recursos naturales se enfrentan a crecientes limitaciones para expandir su producción en los países industrializados, y necesitan extenderla hacia países en desarrollo con abundancia de materias primas y otras ventajas competitivas. Países como Uruguay, Chile, Brasil o Argentina, en previsión de un necesario equilibrio entre los costos ambientales y sociales y los beneficios económicos derivados de la inversión, han establecido un marco regulatorio para fomentar la actividad forestal y captar inversiones extranjeras orientadas al sector²⁵³.

Del mismo modo, se ha observado otra tendencia inversora que se ha visto frenada por la jurisprudencia arbitral más reciente. A finales de los años 90 y principios del nuevo milenio, flujos crecientes de inversión extranjera tuvieron como destino aquellos tratados de protección de inversiones que les garantizasen unas “reglas de juego estables”, impidiendo por tanto, el avance de legislaciones locales orientadas a la protección laboral o medioambiental. Fruto de ello, entre 1994 y 2005 se presentaron varias demandas de

²⁵¹ Como veremos, muchos convenios bilaterales y regionales de inversión, han incorporado procesos de arbitraje que, como el ALCAN (o NAFTA en terminología anglosajona) otorgan a los inversores extranjeros el derecho a iniciar procedimientos de solución de controversias frente a los gobiernos locales, facultad que no está concedida a los inversores domésticos.

²⁵² Mann, H., von Moltke, K., *¿Una agenda sureña de inversión? Fomento del desarrollo con derechos y obligaciones equilibrados para inversores, estados anfitriones y estados locales*, IISD, 2005, disponible en http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_southern_agenda_es.pdf

²⁵³ Gallagher, K.P., Porzecanski, R. y López A., *Globalización, Inversión extranjeras y Desarrollo Sustentable: Lecciones desde las Américas*, 2008, Environment Institute Tufts University, disponible en http://biblioteca.iiec.unam.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=2754&Itemid=111

inversores amparados por el capítulo de protección de inversiones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que tuvieron como consecuencia la rectificación por parte de gobiernos locales o nacionales en sus regulaciones ambientales. Sin embargo, en el año 2005, el fallo Methanex supuso una involución de esta tendencia, al menos en el bloque del TLCAN, al establecer que la introducción de medidas no discriminatorias basadas en regulaciones ambientales (u otras que busquen el interés común) no puede en ningún caso ser considerada como una expropiación, aunque modifique las condiciones iniciales de rentabilidad del inversor.

Por otra parte como pone de manifiesto la OCDE, si la colaboración empresa-gobierno está bien concebida en el sentido de precisar las funciones y las responsabilidades respectivas de los poderes públicos y de las empresas, la incertidumbre será menor con respecto a lo que se espera de una empresa que se comporta de forma responsable, lo que favorecerá la inversión e incitará a los actores del sector privado y del sector público a obrar de forma sinérgica para mejorar el bienestar económico, social y medioambiental²⁵⁴. En este sentido, y desde una perspectiva coasiana, los tratados de inversión sirven para identificar derechos que permiten la distribución y asunción los costes inherentes al proceso inversor. Por ejemplo, los derechos de propiedad claramente identificados son una condición necesaria para internalizar los costes medioambientales. Sin tales derechos, los incentivos para actuar responsablemente hacia el medio ambiente rápidamente se erosionan.

- Por último, la perspectiva procedimental (gestión e impacto del acuerdo)

Según esto, cuando se abordan cuestiones de sostenibilidad hay que empezar a entender los instrumentos de inversión – o cualesquiera otros-, ya sean convencionales o puramente domésticos, como procesos dotados de su propia estructura organizativa, de gestión, control y mejora continua. Es decir, un régimen de inversión debe asegurar que el desarrollo sostenible sea más que una declaración preambular convirtiéndose en un objetivo esencial de todo el régimen²⁵⁵.

La gestión de la sostenibilidad ha de abarcar la fase de negociación, de implementación, de control, esto es, todo el ciclo de vida de la inversión. Por lo tanto, una vez establecidas las prioridades de inversión, la tarea fundamental es encontrar formas de fortalecer la gestión de la inversión nacional a través del diseño de un marco reglamentario efectivo, acompañado de un sistema de resolución de controversias ágil y creíble.

El peso relativo de los factores de atracción de la inversión extranjera variará según las metas del inversor, los aspectos financieros y las circunstancias del país anfitrión, siempre vistas en comparación con las oportunidades competitivas para la inversión. La inversión puede estar dirigida hacia la provisión de un nuevo mercado, puede estar orientada a la explotación de los recursos naturales, o puede tener como objetivo la búsqueda de eficiencia, a través de ventajas competitivas de localización, salarios, mano de obra cualificada, recursos naturales o acceso al transporte, por ejemplo.

En función de estos determinantes, se definirán los objetivos materiales de responsabilidad social a incorporar en los compromisos de inversión extranjera, que serán coherentes con

²⁵⁴ OCDE, *Marco de acción para la inversión*, 2006.

²⁵⁵ Véase Von Moltke, K., *International Environmental Management, Trade Regimes and Sustainability*, IISD, 1995.

las actividades empresariales de los inversores, sus competencias y objetivos estratégicos²⁵⁶.

Esta asociación intereses con los objetivos de desarrollo, resulta en la práctica en ganancias de eficiencia, evitando posibles discrepancias interpretativas del acuerdo y distorsiones funcionales en su implementación, asociando transparencia-impactos-consecución de objetivos, especialmente cuando no existen instituciones públicas de asistencia, cuando el contexto institucional es frágil y/o está polarizado. Al mismo tiempo, se reducen los costes de administración y de gestión de impactos.

Así, en ocasiones la elección del comportamiento responsable resulta perfectamente clara. Por ejemplo, se suele asumir que los procedimientos de producción respetuosos con el medioambiente pueden disminuir los costes internos de la empresa. Del mismo modo, un control de las prácticas laborales en las cadenas de abastecimiento puede incrementar la productividad de los sitios de producción y proteger el capital-marca en los mercados de consumidores.

A modo de ejemplo, las inversiones que cuentan con una rentabilidad más incierta y van asociadas a factores como la mano de obra, pueden orientar sus impactos de sostenibilidad hacia estos mismos factores de producción, mejorando la calidad del empleo, y con un horizonte temporal más largo, de forma que la empresa inversora pueda acomodarse a las exigencias de sostenibilidad sin que le resulte demasiado gravoso. Por el contrario, aquellas inversiones dirigidas hacia los recursos naturales o que tienen tasas de rentabilidad excepcionalmente elevadas, pueden asegurar un retorno para el país inversor más inmediato y/o centrándose en aspectos más intangibles.

Por último, es así mismo importante fortalecer la capacidad de evaluación del impacto de las políticas de inversión de tal manera que la IDE apoye las prioridades de desarrollo del país anfitrión minimizando a su vez los impactos negativos en otras áreas. En este sentido, junto a herramientas como certificaciones, etiquetas ecológicas o sociales, y auditorías, los poderes públicos pueden consolidar la elección del comportamiento responsable de las empresas al proporcionar informaciones sobre prácticas responsables (por ejemplo, los buenos resultados en materia medioambiental) y haciéndolo de tal modo que sea menos costoso elaborar y adoptar prácticas responsables, especialmente al apoyar las iniciativas de las industrias (por ejemplo, la *International Association of Oil and Gas Producers' Guidelines on Reputational Due Diligence*).

Finalmente, no hay que olvidar que la posibilidad de reducir las asimetrías y de avanzar hacia objetivos comunes en el marco de un proyecto comercial e inversor crecientemente responsable está en gran medida relacionada con la posibilidad de fomentar la concertación y la acción colectiva en áreas de interés común, por lo que resulta pertinente volver la vista a las iniciativas de promoción de la responsabilidad social que han surgido en la esfera internacional.

²⁵⁶ El Comité Económico y Social de la UE, en una comunicación de marzo de 2002, ponía de manifiesto el interés de que la RSE tuviera en cuenta las especificidades locales, el marco legal, las particularidades sectoriales y el tamaño de las empresas para explorar las mejores prácticas de la economía social. *Report EP- Social Affairs Commission*, 2002 April 30th, Final A5 –0159/2002, p. 18, "Opinion of the Economic and Social Committee on the Green Paper", ESC 355/2002 DE/MEV/JKB/hm 2002 March 20th.

1.3. La Responsabilidad Social Empresarial en la Agenda Internacional.

La responsabilidad social corporativa adquirió relevancia durante la última década del siglo XX impulsada por varias tendencias económicas y sociales. En los años ochenta la política económica mundial se apartó de la regulación y de la intervención estatal, promoviendo la liberalización del comercio y la reducción del papel del Estado. Muchos centros de producción de bienes y servicios pasaron de los países del Norte hacia los países menos desarrollados, y se inició la globalización de la cadena de valor en la que los gobiernos, pasaron de ser protectores y reguladores del sector empresarial, a ser promotores de la inversión extranjera.

Este proceso de globalización se tradujo no sólo en una mayor permeabilidad de los mercados y de los factores de producción sino que la dinámica del capitalismo basada en el crecimiento económico continuo trajo consigo un desequilibrio entre el rápido proceso de liberalización económica y comercial, el desarrollo económico resultante y los cambios sociales y medioambientales asociados a aquellos. En este contexto, los mecanismos institucionales, y en especial los correspondientes a las negociaciones de liberalización comercial en el seno de la OMC y en los procesos de integración económica regional, se revelaban de forma cada vez más nítida, con unos patrones de funcionamiento y organización internos que acentuaban los desequilibrios estructurales entre los países industrializados y los países en desarrollo.²⁵⁷

La globalización trajo consigo la liberalización del comercio, pero también la comunicación global, que permitió la rápida difusión de información sobre la actuación de las empresas norteamericanas y europeas en los países en desarrollo. Las redes sociales y las ONG van a actuar de altavoces de las contradicciones del proceso de desarrollo económico avivando la conciencia pública sobre los problemas sociales, ambientales y económicos. A ello contribuyeron sin duda desastres medioambientales y sociales como los de Bhopal (1984), Chernobyl (1986) y Exxon Valdez (1989). Junto a ello, a principios de los años 90, el Informe Brundtland (1987) y la Cumbre de Río (1992) inspiraron un concepto de desarrollo más allá del crecimiento económico y de la continua generación de riqueza definida exclusivamente en términos financieros para abarcar conceptos de equidad intra e intergeneracional y de calidad de vida.

La nueva actitud del público frente a la actividad empresarial se tradujo paulatinamente en mayores exigencias para que las empresas operasen según códigos y estándares de

²⁵⁷ Tras el fracaso de la ratificación de la Carta de la Habana, y tras la creación "temporal" del GATT, las actividades del comercio internacional quedaron fuera del marco de acción de las Naciones Unidas, rigiéndose por reglas estrictas en materia comercial, pero muy discretas en materia de derecho laboral. Seis años más tarde, mediante la Conferencia de Bandung (1955), se creó el Movimiento de los No Alineados. En el momento en que se organizó esta Conferencia, los países en desarrollo cuestionaron las reglas del juego económico internacional y propusieron reformas estructurales, particularmente en materia de comercio internacional. En 1964 se creó la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), cuya principal finalidad era establecer relaciones comerciales más equitativas entre el Norte y el Sur, y promover los intercambios Sur-Sur, es decir, su objetivo era conciliar el comercio internacional y el desarrollo. De esta manera, los países en desarrollo esperaban impulsar "un nuevo orden económico internacional" y, sobre todo, un "nuevo orden comercial" que tomara más en cuenta sus intereses en las instituciones o foros internacionales de carácter económico. En 1962, ya la Resolución 1803 de las Naciones Unidas sobre la Soberanía permanente sobre los recursos naturales abarcaba varios principios relacionados con las empresas multinacionales, particularmente porque más del 65% de las actividades que llevaban a cabo en los países en desarrollo correspondían a la explotación de recursos naturales.

comportamiento responsable. Por su parte, las empresas comenzaron a percatarse de que la puesta en marcha de políticas y acciones de responsabilidad social empresarial (RSE) constituía una fuente de beneficios en términos de reputación e imagen corporativa, lo que reducía el riesgo de la oposición pública a sus operaciones, ayudaba a conservar clientes y facilitaba el acceso a nuevos mercados con mayores exigencias.

Si bien el concepto de RSE abarca estándares de buenas prácticas que pueden aplicarse a todas las empresas, ya sean nacionales o internacionales, independientemente de su ámbito de negocio, se puede afirmar que la RSE recupera todas las dimensiones de su significado, sus complejidades y potencialidades cuando los negocios son transnacionales. Cuestiones como la invocación de leyes extraterritoriales, la necesidad de la protección de las inversiones, el diseño de fundamentos comunes de Derecho Internacional, su aplicación a las cadenas de suministro, las interrelaciones con la ayuda al desarrollo, etc., cobran especial vigor en la evaluación del grado de desempeño social de las empresas multinacionales.

La penetración del concepto de RSE en las estructuras empresariales se da de manera más natural dentro de las grandes empresas fundamentalmente porque sus estructuras de gestión están más desarrolladas, sus sistemas de contabilidad están por lo general estandarizados, lo que les permite introducir en sus cuentas la medición de las variables sociales y ambientales de su negocio, y el suministro de información es más homogéneo (muchas de ellas cotizan en bolsa y tienen vínculos con los mercados internacionales) lo que facilita el seguimiento o monitoreo del desarrollo del concepto de RSE. Además, a mayor vínculo con los mercados internacionales, mayor es su preocupación por otros factores “ajenos al negocio” (respeto de normas laborales internacionales, cumplimiento de acuerdos multilaterales, estándares medio ambientales vinculados al comercio, etc.), porque se ven afectadas de manera exponencial por las posibles represalias sobre su reputación empresarial.

Sin embargo, al mismo tiempo, la dimensión supranacional de los negocios ha generado nuevos centros institucionales de poder que permiten a las empresas multinacionales (EMN) no sólo cortocircuitar la maquinaria del Estado sino también ejercer una influencia directa en estas instituciones que a su vez, influyen directamente sobre los particulares. Organismos como la UE y la OMC se perciben con una relación directa con el capital transnacional, sin un sistema claro de gobernabilidad democrática, lo que crea la percepción de que las EMN son entidades capaces de ejercer un poder sobre las políticas públicas y sobre los individuos sin un sometimiento correlativo de su responsabilidad²⁵⁸.

La manifestación más palpable de la influencia de las EMN en la esfera internacional en materia de responsabilidad social la encontramos en la consagración de la iniciativa privada en la definición misma de RSE, sancionada por diversas entidades y especialmente por la Comisión Europea, y en la mirada de códigos de conducta promovidos por empresas particulares y asociaciones empresariales.

²⁵⁸ Clapham, A. en Muchlinski, P., “Human rights and multinationals: is there a problem?”, *International Affairs*, 77, 1 (2001), pp. 31-48; Zerk, J.A., *Multinationals and Corporate Social Responsibility, Limitations and Opportunities in International Law*, New York, 2006; Demirag, I. (ed.), *Corporate Social Responsibility, Accountability and Governance, Global Perspectives*, Sheffield, 2005; *Liability of Multinational Corporations under International Law*, The Hague 2000 ; UNCTAD, *World Investment Report 2003*, p. 129; UNCTAD, *World Investment Report 2007*, p. 145. Sobre los efectos negativos de la actividad de las EMN, véanse los informes del Representante Especial de N.U. sobre derechos humanos y empresas multinacionales, John Ruggie: http://www2.ohchr.org/english/issues/trans_corporations/index.html, y del *Business and Human Rights Report Centre* en: <http://www.business-humanrights.org>.

En efecto, la hostilidad de las multinacionales a la intervención pública en materia de responsabilidad social ha tenido sus frutos en la definición de RSE sancionada por la UE. La Comisión Europea, en su Libro Verde *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas* (2001) define la RSE como "la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y en sus relaciones con sus interlocutores", entendiendo por tales a los trabajadores, accionistas, inversores, consumidores, proveedores, poderes públicos y ONG.

Conforme a ello, hemos asistido a una auténtica metástasis de códigos de conducta, terreno abonado por la ausencia de un instrumento eficaz de medida de resultados y de la implementación de la RSE por parte de las empresas. De esta manera, los códigos de conducta se convertían en un vehículo perfecto para adoptar una actitud defensiva en el contexto occidental, anticipándose a la previsible intervención pública, mientras que se mantenía el *status quo* en los países donde se deslocalizaba la producción.

En este afán por eludir la intervención normativa, las empresas multinacionales también denunciaron la interferencia pública en las *Normas de Naciones Unidas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos* de 2003, texto que incluye las bases de un mecanismo de cumplimiento. Asimismo los más críticos, señalan que precisamente el Global Compact o Pacto Mundial de NNUU nació para bloquear el enfoque de regulación vinculante para las empresas multinacionales contenido en las recomendaciones del *Informe sobre el Desarrollo Humano* del PNUD de 1999.

Puede afirmarse que la opción por la asunción voluntaria de normas éticas viene dada con carácter general, como anticipación a una respuesta legislativa más contundente. Así, en 1974, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) creó el Centro de empresas transnacionales y la Comisión sobre las empresas transnacionales, a fin de elaborar una "serie de recomendaciones que, tomadas en conjunto, representarían la base de un código de conducta para las empresas transnacionales". Esta decisión respondía a una recomendación del Grupo de personalidades nombrado por el ECOSOC que había presentado su informe unos meses antes y que consideraba que un código de conducta podría actuar "como un instrumento de persuasión moral reforzada por la autoridad de las organizaciones internacionales y la opinión pública". Durante su segunda sesión, la Comisión sobre las empresas transnacionales se fijó como objetivo proponer un código de conducta para la primavera de 1978. La noticia tuvo muy poca acogida en los círculos empresariales.

En esa misma época, en diciembre de 1974, las Naciones Unidas adoptaron la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, que estipulaba, en su preámbulo, que "debería constituir un instrumento eficaz con miras a implantar un nuevo sistema internacional de relaciones económicas".

Sin embargo, lejos de seguir las recomendaciones del ECOSOC, las empresas transnacionales optaron por involucrarse en el núcleo institucional de NNUU, participando dentro de las delegaciones gubernamentales en base a justificaciones técnicas, en las negociaciones que se llevaban a cabo en la UNCTAD, la ONUDI, la FAO, etc., como una manera de defender sus intereses.

A partir de aquí, las EMN fueron cada vez más conscientes de la ventaja que suponía adelantarse en un contexto que se tornaba hostil, donde podían perder parte de su

influencia, espoleadas sobre todo, por la Declaración de Estocolmo de 1972, y las presiones de la sociedad civil.

En 1972, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) publicó su "Guía para las inversiones internacionales", en la que se destacaban, entre otros, los efectos nefastos de un código impuesto y restrictivo que representaría un obstáculo para la inversión internacional²⁵⁹.

Casi todas las empresas transnacionales tenían su sede en los países industrializados y las tres cuartas partes de las actividades comerciales y de inversión se realizaban en la zona OCDE. Como los países industrializados se encontraban en situación minoritaria en las Naciones Unidas, decidieron definir su política con respecto a las empresas transnacionales en el marco de la OCDE, adoptando en junio de 1976, las "Directrices para la inversión internacional y las empresas multinacionales".

Este consenso de la OCDE tuvo una influencia determinante en la OIT, en el marco de la reunión consultiva de expertos sobre las relaciones entre las empresas multinacionales y la política social de la OIT, que adoptó en abril de 1977, la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social²⁶⁰, aprobada posteriormente por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT), en noviembre de 1977. El Código de conducta de la OCDE y la Declaración de principios de la OIT, ambos de manera explícita o por omisión, respondieron eficazmente a las prioridades de los empresarios²⁶¹.

Paralelamente, en 1993, durante el proceso de reestructuración de las Naciones Unidas, se cerró el Centro de Empresas Transnacionales, y en febrero de 1995, la Asamblea General de la ONU decidió que la Comisión de Empresas Transnacionales debía convertirse en una Comisión del Consejo de Comercio y Desarrollo y ser bautizada nuevamente con el nombre de Comisión de Inversiones Internacionales y Empresas Transnacionales.

A partir de aquí, sin embargo, las principales iniciativas en materia de DDHH y EMN van a partir de otras instancias. Junto al Global Compact, lanzado en 1999 por el entonces Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, merece destacar que la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Consejo económico y social de la ONU adoptó, durante su sesión de agosto de 2003, las "Normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los DDHH". Este texto fue presentado ante la Comisión de Derechos Humanos de marzo de 2004 con miras a conformar un grupo de trabajo encargado de su análisis. Pero hasta ahora la iniciativa no ha prosperado, debido a la enorme presión ejercida por varias organizaciones que representan al sector privado²⁶².

²⁵⁹ También ha adoptado una declaración en materia de soborno y chantaje (*Extortion and Bribery in Business Transactions*, ICC, 1977) establece un procedimiento de quejas para disuadir de tales prácticas, actualizado recientemente en línea con la actuación de la OCDE y la OEA en esta misma materia (OCDE, 1999, OEA, 1999, UNCTAD, 1999). Otra interesante iniciativa de la CCI fue la *Business Charter for Sustainable Development* de 1990 que establecía 16 principios para la gestión medioambiental previa a la Conferencia de Río de 1992.

²⁶⁰ <http://www.ilo.org/public/french/employment/multi/download/french.pdf>

²⁶¹ Fauchère, B., "La responsabilidad social de las empresas y los códigos de conducta, ¿nuevos retos o viejos debates?", *Futuros, Revista latinoamericana y caribeña de desarrollo sustentable*, nº 9, año 2005, vol.3.

²⁶²

<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/34308299d2c2e0efc1256d8100218a18?Opendocume>

Y es que las Normas de Naciones Unidas para las empresas enuncian una lista detallada de las obligaciones empresariales en la esfera de los derechos humanos. Subrayan las prácticas óptimas y varias formas de monitorizarlas y hacerlas cumplir. Además de fijar unos parámetros con los que las empresas puedan medir su propia conducta, las Normas constituyen también un punto de referencia útil con el que evaluar las legislaciones nacionales. A diferencia de los códigos de conducta, las Normas de Naciones Unidas son el resultado de un proceso consultivo formal, autorizado por la ONU. Por otra parte, tanto por su tono como por su planteamiento, las Normas son conscientemente normativas²⁶³, es decir, a diferencia de las Líneas directrices de la OCDE y de la Declaración Tripartita de la OIT, no están limitadas por cláusulas que subrayen su carácter no regulador.

En definitiva, con la autoridad de la OIT, la OCDE y más recientemente, el Global Compact de NNUU, se habían sentado importantes precedentes para una responsabilidad social basada en la voluntariedad, carácter que ha sido secundado por los códigos de conducta de las empresas multinacionales.

Tras las primeras iniciativas de los años 40, la primera ola de códigos privados data de los años 70, con posterioridad a que la *Securities and Exchange Commission* comenzara a realizar investigaciones sobre los pagos ilícitos y de que el Congreso de los Estados Unidos adoptara el *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977. Estos códigos abarcaban principalmente aspectos relacionados con la corrupción. Por otra parte, los códigos constituían un conjunto de elementos del Consenso de Washington elaborado en los años 80 por las instituciones financieras internacionales, que promovían, entre otras cosas, la inhibición del Estado, la flexibilidad del mercado laboral, las redes sociales de seguridad y normas sobre gobierno corporativo.

No fue sino hasta los años 90, después de la Cumbre de la Tierra (Río, 1992) y bajo la presión de la sociedad civil, cuando comienzan a incluirse los asuntos sociales y medioambientales en los códigos.

El criterio de voluntariedad dominante para la definición de políticas de RSE, también fue, como ya hemos comentado, adoptado por la Unión Europea. Sin embargo, a pesar de que este planteamiento haya sido sancionado por la Unión Europea en diversos documentos, merece destacarse la Comunicación de 2002 «Una contribución empresarial al desarrollo sostenible», donde la Comisión proponía centrar su estrategia en varios puntos: dar a conocer mejor la RSE y facilitar el intercambio de experiencias y buenas prácticas; promover la convergencia y la transparencia de las prácticas y los instrumentos de RSE; creación de un Foro Multilateral Europeo sobre RSE y la integración de la RSE en todas las políticas de la UE.

Esta última era, sin duda, la propuesta más ambiciosa: el reconocimiento del “mainstreaming RSE” que implicaría convertir a la RSE en la piedra de ángulo no sólo de la política social sino de todas las políticas comunitarias: junto al mainstreaming de empleo (art. 127.2 del Tratado), el de género (art. 3.2), medio ambiente (Cumbre de Gotemburgo) así como los de juventud, discapacidad, política exterior, protección de los consumidores, contratación pública, etc.

Esta perspectiva se refrendó en la Conferencia de Venecia de 2003 del Consejo de la UE, bajo el título «Papel de las políticas de promoción de la RSE». En las conclusiones relativas

nt. Hay que tener en cuenta que la Comisión tuvo su última sesión el 27 de marzo de 2006, al disolverse tras la creación el 5 de marzo de 2006 del Consejo de Derechos Humanos.

²⁶³ Amnistía Internacional, *Las normas de Derechos Humanos de la ONU para las empresas: Hacia la responsabilidad legal*, 2004.

a las políticas públicas se declaró que la RSE es una oportunidad para el modelo social europeo y para los modelos sociales nacionales reconociendo que cada país tiene fórmulas diferentes y especialidades distintas que inciden en distintos temas de la RSE (trabajo, política social, medio ambiente, formación...).

Pues bien, retomando todo lo anterior, podríamos concluir que las iniciativas de responsabilidad social basadas en la voluntariedad han dado lugar a una proliferación de códigos de conducta con resultados que no están a la altura de la gravedad de los problemas que se pretenden abordar. Este argumento refuerza la necesidad de adoptar una perspectiva integrada, a través por ejemplo de la necesaria inclusión de obligaciones de responsabilidad social en la política comercial y más concretamente en los acuerdos de inversión, para reforzar el impacto social y medioambiental de éstos.

Ya, en los años 70 se predijo que el impacto de los códigos de conducta para las EMN dependería de su integración en estos acuerdos²⁶⁴ y hoy son muchas las voces que abogan por la incorporación de los códigos de conducta de las EMN en los Acuerdos bilaterales de inversión lo que reforzaría la efectividad y dimensión social de los ABI²⁶⁵. Del mismo modo, la inclusión de obligaciones de RSE en los ABI facilitaría la consideración de los DDHH en el arbitraje sobre inversiones dotando de un acercamiento “más humanizado” a la inversión.²⁶⁶

1. 4. El trato especial y diferenciado en las relaciones comerciales internacionales.-

Aunque formalmente aceptado por la mayoría de los Estados como objetivo de la Agenda Política Internacional, al desarrollo sostenible le cuesta abrirse paso en el contexto de unos regímenes comerciales que han consolidado las diferencias entre países desarrollados y en desarrollo; de unos marcos institucionales rígidos y poco abiertos a una interpretación que rompa con el precedente, y a una distribución de poder político que tiende a perpetuar el *status quo*. Siguiendo con la justificación analítica para la incorporación de criterios de sostenibilidad en el esquema de la inversión y el comercio internacional, en este apartado vamos a examinar por qué el trato especial y diferenciado de los acuerdos multilaterales no ha ofrecido la cobertura suficiente para tratar las asimetrías de desarrollo entre países.

²⁶⁴ Véase Meessen, en “Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht”, *Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen/International Law Problems of Multinational Corporations*, 1978, p. 399.

²⁶⁵ Davrnejad, L., *Report of the High Commissioner for Human Rights*, U.N. Economic and Social Council, Human rights, trade and investment (E/CN.4/Sub.2/2003/9), para. 59; en el mismo sentido, el acuerdo modelo de inversión internacional para el desarrollo sostenible del *International Institute for Sustainable Development* (IISD) que tendremos ocasión de examinar en este trabajo:http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf.

La misma orientación sigue la OCDE a través de su *Marco de acción para la inversión* de 2006, una iniciativa de la OCDE para una inversión al servicio del desarrollo, lanzada en Johannesburgo en noviembre de 2003 y apoyada por el Consejo de la OCDE a nivel ministerial.

²⁶⁶ Peterson, L. E., Gray K. R., *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, 2003, paper prepared by the International Institute for Sustainable Development (IISD) for the Swiss Department of Foreign Affairs, par. 8: “la inclusión de las responsabilidades del inversor en los tratados de inversión [] debería exigir necesariamente que los tribunales de inversiones recurriesen con mayor frecuencia y con mayor nivel de sofisticación a las normas de Derechos Humanos. Esto ha de presuponer un mayor conocimiento de los Derechos humanos por parte de los árbitros, y otorgar a estos tribunales mayores competencias, como foros donde los Derechos humanos se interpretan y protegen.

Un régimen internacional de inversión busca en última instancia la eficiencia y la seguridad.²⁶⁷ Si bien las inversiones son vitales para el desarrollo económico, una eficiente distribución de los recursos es crítica para la consecución del crecimiento económico y el desarrollo sostenible. Si tradicionalmente el capital ha buscado el mayor retorno posible, la búsqueda de la eficiencia ha de perseguir unos retornos proporcionales al nivel de riesgo soportado por ambas partes y allá donde el capital se necesite de forma más urgente.

En este contexto, una tarea clave para el régimen de inversión es mejorar la eficiencia en la distribución del capital reduciendo al mismo tiempo la inseguridad jurídica. Ya hemos comentado que la noción tradicional de riesgo no se ha bilateralizado sino que es unívoca. Esta percepción ha sido una fuente de numerosas ineficiencias:

- En primer lugar, los países percibidos como de alto riesgo solamente atraerán inversiones hacia los proyectos que ofrezcan tasas de retorno excepcionales. En tales condiciones, muchos proyectos importantes continuarán sin financiación, y fondos que estén disponibles serán usados de forma que no sea todo lo eficiente posible. Ello creará también un incentivo para los sobornos y la corrupción, que implicarán a su vez, una penalización para los proyectos y los flujos de inversiones.

- En segundo lugar, la reducción del riesgo va íntimamente ligada a la noción de eficiencia de la inversión. En este sentido, un elemento clave en la búsqueda de la eficiencia es la bilateralización del riesgo que implica: a) imponer derechos y obligaciones reales a las partes considerando la inversión como una empresa común e íntimamente ligado a la noción de bien público; b) la mejora de la eficiencia en procesos de inversión que puede venir producida bien por la eficiencia distributiva, al especializarse los países en la producción de bienes y servicios con ventajas comparativas en desarrollo sostenible; un aumento de la eficiencia provocada por la competencia, que fuerza a las empresas y Estados a innovar y ser más eficientes en desarrollo sostenible, tecnologías limpias, innovación en productos y servicios, innovación social; o por una eficiencia causada por el movimiento de tecnologías y servicios de producción más sostenibles²⁶⁸.

En el supuesto de que el riesgo acaezca, acabaría trasladándose en la escala de valor hasta el último escalón. Éste ya supone en sí mismo un problema de sostenibilidad. Como afirma Knight, cuando el nivel de riesgo es conocido, los actores económicos pueden establecer

²⁶⁷ Von Moltke, *An International Investment Regime? Issues of Sustainability*, IISD, 2000, p. 2.

²⁶⁸ Se pueden identificar cinco amplias categorías de efectos que la incorporación de criterios de desarrollo sostenible en las políticas de inversión pueden traer consigo:

Efectos en los productos o servicios. Estos efectos pueden ser positivos o negativos según la naturaleza de la inversión y de su volumen.

Efectos en la tecnología. Determinadas políticas de inversión pueden permitir la transferencia de tecnologías de producción. Estas tecnologías pueden implicar mejoras de sostenibilidad.

Efectos de escala. Generalmente las inversiones elevarán el nivel de actividad económica, que se traducirá en un porcentaje más alto de utilización de recursos naturales y humanos. Se trataría de evaluar si estos efectos pueden mejorar la eficiencia o si a su vez son capaces de atraer otros proyectos de inversión.

Efectos estructurales. La política de inversiones puede conducir a cambios en la composición sectorial de la economía de un país, en la medida en que la inversión se focaliza en un determinado sector o en la producción de determinados bienes o servicios con una ventaja comparativa (las industrias menos contaminantes, por ejemplo).

Efectos en la reglamentación. Las reformas regulatorias pueden influir en los procesos de inversión, especialmente el régimen de incentivos a la inversión. Los acuerdos de inversión pueden incluir de forma explícita medidas para incentivar inversiones que favorezcan la sostenibilidad, aunque también es posible que algunas disposiciones obstaculicen un desarrollo coherente con objetivos de sostenibilidad.

acuerdos legales que cubran casi todas las posibilidades, incorporando las debidas valoraciones y obligaciones..En teoría, por tanto, no importa si los actores económicos no conocen con precisión las consecuencias, en la medida en que se puedan prever todas las alternativas y la probabilidad de que tengan lugar. Además, cuando se conoce el riesgo de un resultado determinado se produzca, no importa mucho si la probabilidad es mucha o poca. Las pérdidas se convierten en costes fijos en la industria y se transmiten al consumidor.²⁶⁹

Sin embargo, aparte de los problemas asignativos y redistributivos que supone el traslado del riesgo al consumidor, el problema fundamental no es ya que ocurra el riesgo, sino predecirlo y cuantificarlo. Además surgen dificultades adicionales cuando: a) el riesgo no se puede cuantificar; o b) el bien es común. Es decir, los problemas surgen cuando hay falta de datos creíbles para calcular la probabilidad de cambio y su impacto en una decisión económica. Cuando existe esta incertidumbre, el riesgo no puede ser cuantificado.²⁷⁰

Estos argumentos llevan a abogar por un reparto de responsabilidades entre los actores económicos que se apoye en incentivos concretos, en contraposición a las razones de equidad que han venido sustentando el sistema especial y diferenciado en las relaciones comerciales.

- Y es que las expectativas de los países en desarrollo en el régimen del comercio internacional, históricamente no encontraron una justificación analítica más que en base a razones de equidad que a la postre, tenían un reflejo empírico deficiente en la diferenciación de políticas aplicables a los países desarrollados y países en desarrollo. En este contexto, tradicionalmente, las expectativas de los países en desarrollo no se han visto cubiertas por los regímenes internacionales de inversión.

En el marco del GATT y la OMC, la justificación de reglas asimétricas para países en desarrollo ha variado a lo largo de los años. Las preocupaciones por desequilibrios estructurales causados por la especialización en productos intensivos en materias primas, encontraron respuesta en la revisión del Artículo XVIII del GATT de 1955 que autorizaba la imposición de controles cuantitativos a favor de industrias incipientes y evitar así desequilibrios de balanza de pagos. Posteriormente, en 1964, se agregó al GATT la Parte IV, que delineaba un marco legal específico para el trato especial y diferenciado basado, entre otros, en el principio de no reciprocidad de las obligaciones y en exhortaciones genéricas a considerar las demandas de los países en desarrollo. Sin embargo, este conjunto de reglas, en gran medida de carácter no vinculante, frustró las ambiciones de los países beneficiarios²⁷¹.

Si bien los países en desarrollo lograron legalizar en 1971 un sistema unilateral de preferencias no recíprocas (o Sistema Generalizado de Preferencias SGP) en base a una exención del Artículo I del GATT (cláusula MFN), no participaron activamente ni en la ronda Kennedy (1967) ni en la de Tokio (1979) que acabaron estableciendo una liberalización asimétrica respecto a sus intereses²⁷². En aquella época, el énfasis se centró en la negociación de la Cláusula de Habilitación que autorizó, entre otros: i) el acceso preferencial a los mercados de los países desarrollados sobre una base no recíproca y no discriminatoria; ii) el tratamiento más favorable en la aplicación de las reglas del GATT sobre

²⁶⁹ Knight, F., *Risk, Uncertainty and Profit*, 1921.

²⁷⁰ Belcher, A, "The boundaries of the Firm: the Theories of Coase, Knight and Weitzman", *Legal Studies*, 17, 1997.

²⁷¹ Giordano, P., Masquita, M., Quevedo, F., *El tratamiento de las asimetrías en los acuerdos de integración regional*, 2004.

²⁷² Hudec, R., *Developing Countries in the GATT System*, 1987.

barreras no arancelarias; iii) la introducción de regímenes preferenciales entre países en desarrollo, y iv) la posibilidad de no suscribir ciertos acuerdos multilaterales sobre subsidios, barreras técnicas, compras públicas, etc. No obstante, a pesar de que la Cláusula de Habilitación reforzó la incorporación del concepto de tratamiento especial y diferenciado en el GATT, éste continuó aplicándose por medio de acciones discrecionales más que por medio de disposiciones legalmente vinculantes²⁷³.

La Ronda Uruguay (1994), marcó un cambio de tendencia. Si bien los países en desarrollo no renunciaron formalmente al principio de no reciprocidad, estos países participaron activamente en el intercambio de concesiones recíprocas en materia de bienes y servicios, plasmado en el concepto de compromiso único (*single undertaking*). Además de mantener la base legal para el SPG y de otorgar cierta flexibilidad en la aplicación de algunos compromisos recíprocos, como la consolidación de aranceles en niveles sensiblemente más altos de los aranceles aplicados o el mantenimiento de prácticas prohibidas relacionadas con la agricultura o los subsidios, el GATT 1994 introdujo elementos nuevos como períodos transitorios más largos para cumplir con los compromisos recíprocos y programas de asistencia técnica para cumplir con varios acuerdos de la OMC.

En definitiva, se produjo un cambio desde una estrategia que apuntaba a exenciones y disciplinas no recíprocas, hacia una estrategia centrada en el principio de reciprocidad, acompañada de flexibilidad y asistencia técnica. Así que hoy en día, en los acuerdos de la OMC, el tratamiento especial y diferenciado se otorga principalmente a través de dos modalidades: i) acciones positivas de los países desarrollados a favor de los países en desarrollo, y ii) obligaciones diferenciadas para los países en desarrollo o los menos desarrollados²⁷⁴.

Este cambio de enfoque también se observa en el caso del Pacto Andino y del Mercosur, donde a partir de los años 90, el trato especial y diferenciado se otorga sobre todo a través de la base de la reciprocidad.

Así, una visión de conjunto sobre el tratamiento de las asimetrías en la Comunidad Andina, permite concluir que, en una primera fase el Acuerdo de Cartagena (1969 – 1989), las políticas comunitarias se ocuparon de las asimetrías existentes por la vía del trato especial y diferenciado y la programación industrial conjunta, con el propósito de reducir las brechas en el desarrollo entre los países, especialmente en beneficio de Bolivia y Ecuador. Sin embargo, en una segunda fase, que coincidió con el abandono de las estrategias compartidas de desarrollo (1990–2000), sólo permanecen algunos criterios de trato especial y diferenciado, hoy desdibujados como consecuencia de dos tensiones que continúan vigentes en el espacio comunitario: de un lado, el agotamiento del trato discriminatorio en

²⁷³ Giordano, P., Masquita, M., Quevedo, F., op. cit.

²⁷⁴ Giordano, P., Masquita, M., Quevedo, F., op. cit. Existen varias categorías de cláusulas a través de las cuales los tratados de libre comercio otorgan tratamiento especial y diferenciado a ciertos miembros: i) derogaciones de tiempo limitado y plazos más largos para cumplir con las obligaciones (se incluyen en esta categoría períodos más amplios para el cumplimiento de ciertas reglas o la exención temporal que permiten prácticas prohibidas como subsidios o requisitos de desempeño para la inversión extranjera directa); ii) umbrales diferenciados para determinar el nivel de *minimis* de las medidas de apoyo interno en materia de agricultura, el contenido local para determinar el cumplimiento con las reglas de origen, el período de tiempo para accionar salvaguardias, etc.; iii) flexibilidad en obligaciones y en los procedimientos: por ejemplo, simplificación de procedimientos administrativos; iv) cláusulas de máximo desempeño y otras disposiciones y v) asistencia técnica.

los compromisos de construcción de la zona de libre comercio y la unión aduanera y, de otro lado, la discrecionalidad de las políticas comerciales de algunos países miembros²⁷⁵.

Por su parte, el Tratado de Asunción de 1991 que creó el Mercosur, constituye un ejemplo típico de este cambio de enfoque, fundándose en la reciprocidad de los derechos y obligaciones y reconociendo solamente plazos más largos para que Uruguay y Paraguay cumplan con la disciplina común²⁷⁶. Además, los dos protocolos para las inversiones extranjeras -intrazona y extrazona- que adoptó el Mercosur, son en gran medida coherentes con el acercamiento de la OCDE de suprimir las exigencias de cumplimiento y favorecer al máximo los derechos del inversor extranjero²⁷⁷.

Del mismo modo, muchos países de América Latina, especialmente Chile y Argentina, adoptaron las directrices de la OCDE en materia de liberalización de capitales, favoreciendo los derechos de los inversores.

Paralelamente, a partir de los años 80, pero a un ritmo más acelerado en los años 90, muchas empresas comenzaron a deslocalizar su producción hacia zonas que presentaban la ventaja comparativa de un menor coste de la mano de obra, siendo el sector textil o el electrónico los más expuestos a estos movimientos. Las cláusulas sociales comenzaron a formar parte de la Agenda comercial internacional con motivo sobre todo de la primera cumbre interministerial de la OMC que tuvo lugar en Singapur en 1996. En Singapur, los Estados y la Confederación internacional de sindicatos libres (CISL) llegaron al acuerdo de no debatir la cuestión de los vínculos entre el comercio y el respeto de las normas sociales, posponiendo el debate para otra ocasión. En el seno de la OMC los principales opositores a estas cláusulas sociales eran los países en vías de desarrollo.²⁷⁸ Desde el punto de vista de la OMC, la promoción por los poderes públicos de una estrategia de empresa que pudiera traducirse en ventajas comparativas en los mercados internacionales presentaba efectos perversos para las reglas del comercio internacional.

En este contexto comercial, los países en desarrollo comienzan a embarcarse en proyectos de integración regional a través de los cuales buscaban reforzar sus pesos relativos en el organigrama de las negociaciones comerciales multilaterales.²⁷⁹

Si en un primer momento los países en desarrollo se emplearon a fondo en las negociaciones multilaterales en el seno de la OMC, el fracaso en las expectativas de estos

²⁷⁵ Comunidad Andina, Documento de Trabajo de la Secretaría General, "Tratamiento de las Asimetrías en la Comunidad Andina", SG/dt 349, 4 de julio de 2006, 3.21.43. Disponible en <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/DTrabajo/SGdt349.doc>

²⁷⁶ Hoy en día el único esquema de integración de la región fundado sobre el reconocimiento formal de las asimetrías es la Comunidad del Caribe que identifica países, regiones y sectores en desventaja que pueden recibir trato especial.

²⁷⁷ Agosin, M. R., *Foreign Direct Investment in Latin America*, Inter-American Development Bank, 1995.

²⁷⁸ Países que también se opusieron en el seno del Consejo de Administración de la OIT a la creación de una etiqueta social global. Cf. J-M. Waregne, « La Conférence Ministérielle de l'OMC á Doha. Le cycle du développement », *Courrier Hebdomadaire*, CRISP, nº 1739-1740, 2001, p. 55.

²⁷⁹ La influencia de los procesos regionales de integración, aparece ligada al hecho de que la esencia de los acuerdos comerciales es ofrecer un tratamiento preferencial en la política comercial. Así, uno de los principios fundamentales del GATT, el principio de la nación más favorecida (NMF), que establece que cualquier concesión de acceso a los mercados otorgada por un estado miembro del GATT debe concederse también a todos los estados miembros, encuentra su excepción en el artículo XXIV que concede a los estados miembros el derecho de accesos preferenciales a los mercados entre grupos de países en el marco de acuerdos regionales.

países, que no vieron mejorar su acceso a los mercados de los países desarrollados; el fiasco de Cancún en 2003, donde resultó imposible avanzar en la Ronda de Doha para el desarrollo, y la experiencia de ciertos países a los que se les aplicó la sección especial 301 del Código de Comercio de los EEUU que permite el uso de medidas unilaterales en determinadas circunstancias, tuvieron como consecuencia una profundización en los procesos de integración regional como arma para reforzar las posiciones negociadoras a escala multilateral²⁸⁰.

Esta reorientación en la concepción del regionalismo y de las respectivas posiciones estratégicas, ha tenido también su reflejo en América Latina. La experiencia de integración económica en esta región muestra cómo la Comunidad Andina (CAN), la Comunidad de Estados del Caribe (CARICOM), el Mercado Común Centroamericano o el Mercado Común del Sur, han redefinido sus objetivos y se han movido de una concepción que privilegiaba el mercado interno y su nascente industria, a un esquema de regionalismo abierto cuyo propósito es abrir las fronteras, fomentar el comercio entre los socios sin aumentar las barreras a terceros y tener más capacidad de negociación con terceros para acceder a nuevos mercados.²⁸¹

Desde este punto de vista, las teorías sistémicas analizan el regionalismo en América Latina como una respuesta política y estratégica en la tendencia global hacia la regionalización de la economía global tras la guerra fría. Desde esta perspectiva, los países latinoamericanos forman acuerdos subregionales para competir de forma más efectiva en los mercados globales al mismo tiempo que aumentan su capacidad de negociación²⁸². Esta visión, que está sustentada en esfuerzos orientados a mercados nuevos y más grandes, ha determinado una proliferación de acuerdos de libre comercio que buscan fortalecer el comercio internacional y a su vez constituirse en instrumentos para introducir reformas estructurales e institucionales en cada uno de los países involucrados, y así establecer condiciones necesarias para lograr esquemas de competitividad y a su vez, ser “aceptados” como receptores de inversión extranjera.²⁸³

Para Serna²⁸⁴, los programas de reformas económicas de los años 90 orientados a la desregulación y apertura externa implicaron para América Latina un giro en la búsqueda de nuevas formas de inserción internacional para responder a la vulnerabilidad externa de la década anterior. En ese sentido, las iniciativas de integración regional y formación de bloques económicos jugaron un rol muy importante en la reorientación de los acuerdos comerciales. Así, el Mercosur fue una de las respuestas de convergencia entre varios países de América del Sur para la creación de un nuevo espacio de integración regional.

En general, estas negociaciones a nivel regional han moldeado unos regímenes propios de inversiones que no han tenido en cuenta criterios de sostenibilidad, sino que al contrario, la armonización progresiva ha desembocado en la remoción de las flexibilidades existentes en el marco multilateral y el debilitamiento del trato especial y diferenciado para los países en

²⁸⁰ Zahrnt, V., “How regionalization can be a Pillar of a More Effective World Trade Organization”, *Journal of World Trade*, Aug, vol. 39, iss. 4, 2005, p. 671.

²⁸¹ García Muñoz, L., “Tratados de libre comercio en Iberoamérica”, en *VI Seminario de Propiedad Intelectual e Industrial en Iberoamérica*, Clarke, Modet & Co, 2005.

²⁸² Van Klaveren, A., “El apoyo a la democracia en América Latina: hacia un nuevo régimen internacional?”, *Síntesis: Revista documental en Ciencias Sociales Iberoamericana*, 1993, nº 21, pp. 17-36.

²⁸³ Carranza, M., “Can Mercosur Survive?, Domestic and International constraints on Mercosur”, *Latin American Politics and Society*, Summer 2003.

²⁸⁴ Serna, M., *Desarrollo desigual e integración: las múltiples asimetrías del MERCOSUR*, 2001.

desarrollo. Así, este nuevo regionalismo en América Latina no ha sacado el máximo partido de sus potencialidades. En este sentido, resulta especialmente reveladora la influencia de los EEUU en las negociaciones con los países andinos. El 18 de noviembre de 2003, los EEUU a través de una carta de la Oficina de Comercio, manifestaban el objetivo de iniciar negociaciones para conseguir un Tratado de Libre Comercio (TLC) con Ecuador, Perú y Colombia. Básicamente el interés para los países andinos era la consolidación de las preferencias arancelarias andinas otorgadas unilateralmente por Estados Unidos que expiraban en diciembre de 2006. Por su parte, el interés de EEUU, más que geopolítico, se centraba en los sistemas normativos que tutelaban sus inversiones, servicios y los derechos de propiedad intelectual.

De este modo, EEUU pretendía armonizar estándares de protección a través de negociaciones bilaterales con países cuyos mercados no son los de su mayor interés (el mismo proceso se ha repetido en el caso de Chile, República Dominicana-CAFTA, Panamá, Bahrein, Jordania, Vietnam, Camboya o Marruecos). Posteriormente, los niveles adoptados en los Tratados de Libre Comercio con estos países se emplearán como nivel mínimo en negociaciones regionales o multilaterales, o con países que sí representan mercados estratégicos (Brasil, Unión Europea).

En este contexto parece que el regionalismo tampoco ha aportado soluciones efectivas a los problemas de sostenibilidad ni ha servido tampoco para reforzar la posición estructural de los países menos desarrollados en las negociaciones multilaterales, por lo que podemos plantearnos nuevamente las posibilidades de un régimen bilateral de inversión.

Aunque tradicionalmente se ha afirmado que el acercamiento bilateral presentaba menos atractivo para los países en desarrollo, fundamentalmente debido a que las asimetrías en el poder de negociación colocaban a las economías más débiles en posición de desventaja en las negociaciones bilaterales²⁸⁵, este trabajo pretende avanzar en la línea de que hay un margen considerable para la aplicación de políticas activas que discriminen a favor de inversiones extranjeras que tengan efectos positivos en los niveles globales de inversión. Independientemente de la capacidad negociadora de las partes, los países en desarrollo deben sacar el máximo partido de las flexibilidades que ofrece el marco de las negociaciones bilaterales para adaptarse a las necesidades locales y encuadrarlos dentro de objetivos más amplios como la promoción del desarrollo y la reducción de la pobreza.

Como ha manifestado Agosin,

“esto no significa tener que pronunciarse sobre cada proyecto de inversión o tener que implementar una engorrosa práctica de evaluación previa de proyectos de inversión, que solamente resultaría en el desestímulo de nuevas inversiones. Pero sí significa favorecer a unos inversores sobre otros. Es mejor obtener nuevas inversiones que inversores que simplemente compran activos existentes. Es mejor tener inversiones que diversifican el perfil exportador de un país que inversiones que van a sectores existentes. Es mejor tener inversiones fuera de zonas de procesamiento de exportaciones las cuales no tienen vínculo alguno con la economía local más allá de utilizar recursos humanos y pagar por los servicios públicos. Esto puede requerir complementar una política abierta de inversiones con un sistema simple de incentivos

²⁸⁵ Así, en el informe de la UNCTAD *World Investment Report 2004*, se argumentaba que la otra cara de la “flexibilidad” del acercamiento bilateral es que los países en desarrollo puedan ser signatarios de ABI de amplia cobertura (con cláusulas de liberalización relacionadas con el derecho de establecimiento y una lista ampliada de restricciones de exigencias de cumplimiento). Sin embargo, como veremos más adelante, ni el régimen regional ha supuesto una mejora de la capacidad de negociación, ni ha supuesto la incorporación de criterios de sostenibilidad, ni aquel argumento es exclusivo de los ABI.

*para las actividades deseadas. Y, por supuesto, también significa desincentivar el tipo equivocado de inversiones. Uno de los ejemplos más claros son las exenciones del impuesto a la renta a firmas localizadas en zonas de procesamiento de exportaciones.*²⁸⁶

II. La promoción de la Responsabilidad Social en los Acuerdos de inversión.

2.1. Panorama de los acuerdos de inversión.

El marco legal de la inversión internacional se encuentra fragmentado en varias categorías:

- Los acuerdos multilaterales,
- Tratados regionales que contemplan capítulos relativos a inversiones, como el TLCAN o el MERCOSUR,
- Los Acuerdos Bilaterales de Inversión (ABI) que han crecido a un ritmo exponencial en los últimos años.²⁸⁷

Los acuerdos internacionales de inversión han marginado tradicionalmente los condicionantes sociales y medioambientales de su clausulado. El objetivo únicamente se ha centrado en el fomento de un marco que condujera al libre flujo de inversiones. Frente a ello, los Estados desarrollados han sido favorables al reenvío de tales condicionantes a las regulaciones de los estados de acogida frente a la imposición de estándares internacionales en estas áreas o la aplicación de la legislación del Estado nacional del inversor, marcos estos últimos con estándares sustancialmente más altos.

En aquellos supuestos en los que existen, las cláusulas sociales o medioambientales son en gran medida declarativas, no jurídicamente vinculantes. Además, los regímenes de inversión se han basado en los principios que sustentan el proceso de liberalización comercial –NMF y tratamiento nacional- y el sistema de resolución de controversias de la OMC, lo que ha condenado el actual régimen de inversiones a una estructura rígida no apta para una implementación efectiva de la sostenibilidad.

En efecto, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, que tuvo lugar en la Habana en 1948, incorporó como uno de los objetivos fundamentales para la propuesta OMC, la promoción de los flujos de capitales para inversiones productivas. Sin embargo, como veremos en el análisis material de las disposiciones de los acuerdos, la asunción implícita en ese acercamiento –la de que el comercio y la inversión son necesariamente complementarios- nunca ha sido seriamente cuestionada.

a) Acercamientos multilaterales a un régimen de inversión.-

Tras el fracaso de la Carta de la Habana, el GATT asumió el papel de foro de las negociaciones comerciales multilaterales; sin embargo, no fue hasta la conclusión de la Ronda de Tokio en 1978 cuando se hicieron serios esfuerzos por incluir cuestiones de inversión en el GATT.

²⁸⁶ Agosin, M., “La Inversión Extranjera: ¿Sienta Siempre las Bases para el Crecimiento Económico?” en Gallagher, K.P., Porzecanski, R. y López A., op. cit., pp. 1-5.

²⁸⁷ Según la UNCTAD, más de 2.500 ABI constituyen el primer y más importante marco legal de inversión internacional. UNCTAD, *Recent Development in International Investment Agreements*, June 2007 (UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2007/6).

Los únicos acuerdos multilaterales que versan sobre las inversiones son parte del marco de la OMC, a saber: el Acuerdo sobre Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (AMIC) y el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS), ambos resultantes de la Ronda Uruguay en 1995. Otros acuerdos que tratan algunos aspectos de inversión son el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio (ADPIC), el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC) y, el Acuerdo sobre Contratación Pública.

Aunque hubo un intento previo de crear un mecanismo multilateral, bajo la iniciativa de la OCDE a mediados de los 90, el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) falló por la falta de consenso entre los países participantes. Actualmente, los esfuerzos multilaterales se han centrado alrededor de la Ronda Ministerial de Cancún, ya que la Declaración de Doha reconoce expresamente la necesidad de un marco multilateral de inversiones en el Párrafo 20, y enuncia el mandato de la iniciación de las negociaciones a partir de la Quinta Ronda Ministerial.

a.1. El Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (AMIC).-

El AMIC (TRIMS en inglés) tiene un ámbito modesto. El artículo 1 especifica que se aplica a las medidas de inversión relativas al comercio de bienes solamente.

El AMIC en sí mismo no genera obligaciones adicionales de las que ya existen en el sistema multilateral de comercio, simplemente refuerza las obligaciones en el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) al exigir a los miembros la eliminación de medidas que no sean compatibles con las reglas del GATT. Específicamente, contempla que cualquier medida de inversión que viole el Trato Nacional (Artículo III, GATT) y las restricciones cuantitativas (Art. XI, GATT), sean eliminadas en un período determinado, según el Artículo 2.

De forma coherente con los principales objetivos del acuerdo consagrados en el preámbulo, a saber, la expansión y liberalización progresiva del comercio mundial, la facilitación de "...las inversiones a través de las fronteras internacionales..." y el aseguramiento de la libre competencia, se pretende fundamentalmente atraer la inversión extranjera directa, eliminando las barreras al capital foráneo. Así, el acuerdo contiene una lista no exhaustiva de medidas consideradas incompatibles con los anteriores objetivos, como el contenido local, los requisitos de contingentes de exportación, el condicionamiento de la cantidad o el valor de importación a la cantidad o valor exportado.

En el caso de los países en desarrollo y en base a consideraciones sobre la balanza de pagos, se les confiere la posibilidad de una desviación temporal de sus obligaciones en el Artículo 2. Además, el período de eliminación de las medidas notificadas según el AMIC es de 2 años para los países desarrollados, y 5 y 7 años para los países en desarrollo y los países menos adelantados, respectivamente, teniendo éstos dos últimos la opción de extender su plazo para eliminar las medidas, si así lo solicitan.

El AMIC además tiene acceso al mecanismo de solución de controversias como todos los otros acuerdos multilaterales de la OMC. En vista de que éste no es un mecanismo de derecho internacional comercial, sólo se encarga de controversias entre Estados, y sólo tiene la potestad de solicitar a un país miembro la adecuación de sus medidas supuestamente contrarias a las disposiciones del AMIC. Además, el mecanismo no considera la indemnización retroactiva, a diferencia de los procedimientos de arbitraje comercial.

a.2. El Acuerdo General Sobre el Comercio de Servicios (AGCS).-

El AGCS conjuntamente con el GATT y el ADPIC, forman los tres pilares del sistema multilateral. El acuerdo regula la inversión en el sector servicios, bajo el modo 3, conocida como “presencia comercial directa”. El GATS no incluye inversiones productivas o inversiones de cartera, que representan el mayor número de inversiones directas extranjeras.

El AGCS, a diferencia del GATT, sólo tiene un principio de no discriminación como obligación general, el Trato de Nación Más Favorecida (NMF). Sus miembros están obligados a extender todo beneficio conferido a un miembro en particular, a todos los demás miembros de la OMC, garantizando un trato igualitario para todos. Esta obligación general está sujeta a las excepciones inscritas en los anexos del acuerdo.

Por otra parte, el principio del Trato Nacional (TN), elimina la discriminación entre un bien extranjero y foráneo al garantizar que ninguna medida emitida o aplicada localmente resulte en un trato menos favorable hacia el bien importado, según lo establece el artículo III del GATT. Sin embargo, el TN no existe como obligación general en el AGCS. Es una obligación específica que los miembros pueden decidir adoptar, al incluirla en sus Listas de concesiones, a diferencia del GATT, que la aplica sobre todos los bienes. La Lista por ende, refleja el grado con el que los países ofrecen TN y acceso de mercados a inversiones e inversores, en cada sector o subsector y en cada modo de suministro. Por ende, el TN es conferido sector por sector, y además es condicionado por las excepciones horizontales.

Este tipo de Lista de compromisos es conocida como “de arriba abajo” o “lista positiva”, donde los miembros sólo se comprometen a liberar sectores y modos de suministro que están en sus Listas de compromisos específicos, brindando más flexibilidad y libertad en el proceso de liberalización comercial.

Finalmente, el AGCS impone obligaciones de transparencia al establecer que los miembros deben notificar cualquier medida o regulación que afecte al sector de servicios inscrito en su Lista.

Tras la Ronda Uruguay, se establecieron negociaciones en la OCDE para un Acuerdo Multilateral de Inversiones (MAI). El MAI fue moldeado sobre la base de las disposiciones en materia de inversiones del NAFTA, que era por entonces el más reciente y más desarrollado acuerdo multilateral de inversiones. El MAI incluyó disposiciones diseñadas para asegurar el trato no discriminatorio (tratamiento nacional y de nación más favorecida), prohibición frente a ciertas “exigencias de cumplimiento”, normas sobre estándares mínimos internacionales en materia de tratamiento y expropiación, y un procedimiento de resolución de controversias basado en las instituciones comerciales de arbitraje existentes (CIADI y UNCITRAL). Sin embargo, las negociaciones fueron finalmente abandonadas.

Ha habido también intentos de desarrollar un acuerdo internacional basado en las obligaciones de los inversores extranjeros, pero no se han relacionado con los acuerdos de inversión de manera vinculante. El Centro de Naciones Unidas para las Empresas Multinacionales –*UN Centre on Transnational Corporations*– empleó varios años en la negociación de un código de empresas multinacionales pero lo abandonó ante la oposición de las multinacionales de los países desarrollados. (es lo mismo que antes?)

b) Tratados regionales de inversión.-

En líneas generales, los acuerdos de inversión internacionales no contienen actualmente ningún condicionante social o medioambiental ni crean obligaciones para los inversores en los países de acogida. Así ocurre por ejemplo en el marco asiático con el *Framework Agreement on ASEAN Investment Area*²⁸⁸; el *Bangladesh, India, Myanmar, Sri Lanka, Thailand Economic Co-operation Agreement (BIMSTEC)*²⁸⁹; y el *Indian Ocean Rim – Association for Regional Cooperation (IOR-ARC)*²⁹⁰. Lo mismo ocurre en el caso de la *Central African Economy and Monetary Community (CAEMC)*²⁹¹, la *East African Community (EAC)*²⁹² o el Area de Cartagena.

En África, el *Southern Africa Development Community (SADC)*²⁹³, sugiere objetivos y condicionantes sociales, aunque en un sentido declarativo. Así en su tratado fundacional se establecen los siguientes objetivos:

- a) *lograr el desarrollo y el crecimiento económico, aliviar la pobreza, mejorar el nivel y la calidad de vida de la población del sur de África y el apoyo a los socialmente desfavorecidos a través de la integración regional;*
- ... d) *promover el desarrollo auto-sostenible sobre la base de la confianza colectiva, y la interdependencia de los Estados miembros;*
- ... f) *promover y maximizar el empleo productivo y la utilización de los recursos de la Región;*
- g) *lograr la utilización sostenible de los recursos naturales y la protección efectiva del medio ambiente;*

En otros casos la regulación de las obligaciones sociales del inversor todavía no se ha materializado, como el del “Code Communautaire des Investissements” de la *West African Monetary Union* (www.uemoa.int), donde la propuesta de la Comisión, se ha encontrado con la oposición reiterada de los Estados miembros.

El *Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA)* ha incluido una disposición de derechos humanos en su acuerdo regional. Su artículo 7.2.d coloca a los derechos humanos y los temas sociales en la agenda institucional permitiendo al comité establecer recomendaciones al Consejo sobre estos temas para promover los objetivos del Acuerdo: Así, el desarrollo de estándares mínimos comunes en materia de inversiones tales como:

- (i) *el impacto ambiental y las evaluaciones del impacto social*
- (ii) *las normas laborales*
- (iii) *el respeto de los derechos humanos*
- (iv) *inversiones en las zonas de conflicto*
- (v) *la corrupción*
- (vi) *las subvenciones, y ...*²⁹⁴

En el ámbito Europeo, el *European Free Trade Area-Singapore Agreement* de 2002, incluye un párrafo preambular que reafirma el compromiso con los principios de la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos. Aunque tal disposición

²⁸⁸ <http://www.aseansec.org/7664.htm>

²⁸⁹ <http://230.150.20.1/bimstec/index.html>

²⁹⁰ <http://www.iornet.com>

²⁹¹ <http://www.ceeac-eccas.org/>

²⁹² <http://www.eac.int>

²⁹³ <http://www.sadc.int/index/#article5>

²⁹⁴ Art. 7.2, *Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area*, 2007 http://www.comesa.int/investment/regimes/investment_area/Folder.2007-11-06.4315/Multilanguage_content.2007-11-07.1023/en

pueda tener un impacto limitado en la interpretación del acuerdo al estar contenida en el preámbulo, puede ser de utilidad en la fijación de las obligaciones establecidas en el acuerdo.

En el ámbito americano, existe un determinado número de acuerdos de libre comercio regionales, que incluyen un capítulo sobre inversión que establece los derechos del inversor en el Estado de acogida. Estos capítulos no suelen contener condicionantes sociales. Sin embargo, siguiendo a Penfield, cuando aparecen pueden tener dos formatos:

- el modelo mexicano: consiste en un acuerdo entre las partes en el sentido de que es inapropiado atraer las inversiones minando la salud, seguridad o estándares medioambientales. Las partes firmantes son libres de dictar cualquier legislación en estos temas sin infringir el acuerdo; por tanto, el modelo tiende a evitar “*a race to the bottom*” más que a establecer un derecho. El único derecho se establece a través de la diplomacia.
- el modelo canadiense: implica crear un acuerdo adicional (anexo al acuerdo comercial donde se relacionan las cuestiones de comercio e inversiones con los temas sociales y de cooperación. En el NAFTA por ejemplo, el anexo sobre trabajo cubre once principios en los que las partes retienen la soberanía pero sobre los que acuerdan promover la armonización en la mejora de los estándares. Estos principios no se refieren a los Convenios de la OIT u otros estándares internacionales. Además de esta armonización, este anexo a menudo incluye un conjunto de derechos para los individuos, empresas o sindicatos en el caso de que consideren que un inversor o un exportador está infringiendo uno de los once principios mencionados.

Tipo	Acuerdo Internacional Inversión	Reconocimiento/cláusula derechos laborales
Acuerdos comercio e inversión	CEMAC COMESA EAC Area Cartagena	NO
Modelo mejicano	Bolivia-México Costa Rica-México Nicaragua-México Chile-México Grupo de los Tres (México, Colombia, Venezuela) Países centroamericanos- República Dominicana Borrador ALCA	SI (No reducción de estándares- cláusula anexa a disposiciones de inversión- canales diplomáticos abiertos en caso de disputa)
Modelo Canadiense	NAFTA Canadá- Costa Rica Canadá- Chile	SI (Acuerdo anexo sobre armonización de mejora de estándares laborales – procedimiento nacional de quejas en caso de disputas)

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA o TLCAN) ha ido más lejos que ningún otro acuerdo regional comercial en el desarrollo de un conjunto de normas específicas para las inversiones. El Capítulo 11 contiene 39 artículos divididos en 2 secciones sobre inversión y solución de controversias. Existen otras disposiciones sobre aspectos vinculados a la inversión, como por ejemplo servicios financieros en el Capítulo 14,

competencia, monopolios y empresas del Estado en el Capítulo 15, y entrada temporal de personas en el Capítulo 16.

La inversión extranjera directa tiene acceso a todos los sectores, excepto aquellos expresamente reservados para el Estado o empresas nacionales, según lo establezca la ley. Se reconocen los derechos exclusivos sobre ciertas actividades económicas reservadas, que están listadas en el anexo III, prohibiendo inversiones en dichos sectores.

Aunque no hay requisitos de pre-establecimiento, las partes pueden tener disposiciones especiales en sus leyes, requiriendo la residencia de los inversionistas, el establecimiento legal de la inversión, o el suministro de información de negocios confidencial, si lo requiere la autoridad pertinente, entre otros.

Básicamente, el capítulo de inversiones articula tres principios: tratamiento nacional, nación más favorecida y un “mínimo estándar de trato”. El tratamiento nacional y el principio NMF exigen que el trato de un país, a los inversores socios del NAFTA, no sea “menos favorable que el concedido, en circunstancias similares” a los inversores domésticos, o a inversores de otro país.

El “trato justo y equitativo”, aparece simultáneamente con las disposiciones de TN y TNMF, y pretende ofrecer el mejor de los tratamientos tanto a los inversores y las inversiones extranjeras, como a las inversiones de los países no Partes del mismo, dependiendo de cuál de los dos tratamientos resulte más favorable. Esto garantiza que el inversor no sea discriminado, gracias a la referencia directa al TN y TNMF. Este trato también se hace extensivo a las “actividades asociadas” a la inversión. Por ende, el estándar va más allá de la mera protección de la inversión e incluye actividades de negocios, como por ejemplo, la organización, el control de la operación, el mantenimiento y la gestión de las empresas. La protección sobre el establecimiento, la adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta y otras disposiciones está prevista en los artículos 1102 a 1104. Además, ésta requiere la práctica general en otros Estados como punto de referencia, para poder establecer el nivel de protección a ser conferido.

El estándar mínimo se define como un “trato conforme al derecho internacional, incluyendo trato justo y equitativo y completa protección y seguridad” según el art. 1105. Parecido al trato justo y equitativo, un estándar mínimo de tratamiento necesita hacer una comparación, basada en la práctica general de los Estados bajo circunstancias similares.

El acuerdo prohíbe el uso de requisitos de desempeño tanto hacia los inversionistas de las Partes como a terceros, según lo dispuesto en la lista del Artículo 1106(1). Los requisitos contenidos en las listas son:

-contingencias a la exportación basadas en un cierto nivel o porcentaje de bienes o servicios,

-exigencias en el nivel de contenido local,

- preferencias hacia proveedores o compras de bienes y servicios locales;

-condicionar las importaciones y el tipo de cambio a los niveles de exportación o entrada de reservas (balanza comercial y tipo de cambio);

-contingentes de producción y venta dentro del territorio;

- requisitos de transferencia tecnológica o de propiedad intelectual; y
- la provisión de bienes y servicios limitada a un área o región.

Todos estos requisitos están prohibidos si implican la recepción de una ventaja. A pesar de ello, las medidas que contengan requisitos de salud, medioambiente o seguridad están permitidas, siempre que no resulten en discriminación entre los inversores.

Las transferencias de un inversor de una Parte hacia otra Parte, como por ejemplo las ganancias provenientes de ventas, están protegidas. El Artículo 1109 regula el derecho de transferencia, contra riesgos de convertibilidad y transferencia. También garantiza que los obstáculos a una transferencia se realicen de forma “equitativa”, “no discriminatoria”, y bajo el principio de buena fe en el caso de bancarrota, insolvencia y delitos penales.

El también cubre el riesgo de expropiación, al garantizar una indemnización en caso de una nacionalización indirecta, una expropiación u otras medidas que equivalgan a estas acciones (Artículo 1110). Las expropiaciones en sentido amplio están prohibidas a menos que tengan utilidad pública, no sean discriminatorias, sigan el principio de la legalidad y se ofrezca una indemnización. Según la Fórmula Hull, la indemnización debe ser equitativa, a un valor justo de mercado, para lo cual se establecen una serie de criterios de valoración.

c) Acuerdos bilaterales de inversión.-

El balance de los acuerdos bilaterales de inversión para la promoción de derechos sociales y medioambientales resulta muy poco satisfactorio. Aunque los ABI han crecido en los últimos años a un ritmo exponencial –contabilizándose más de 2500²⁹⁵- recurren a modelos estandarizados que reflejan el poder relativo de las partes²⁹⁶, marginando en líneas generales, cualquier consideración no económica.

Así, en primer lugar, generalmente los ABI se han concluido entre un país miembro de la OCDE y un país en desarrollo, o entre países en desarrollo. La excepción la constituyen los países miembros de la OCDE con aquellos que se incorporaron más recientemente a la organización (como Corea, Turquía, antigua Yugoslavia y México). Este contexto, aparte de dar una idea de las motivaciones de cada parte, bien para atraer inversiones, bien para ganar una protección adicional, ha permitido consolidar un acuerdo prototipo, elaborado por países de la OCDE que se basa en los principios de nación más favorecida y tratamiento

²⁹⁵ Todos los ABI están recogidos por el CIADI (*International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, del Banco Mundial) en *Investment Promotion and Protection Treaties*. www.worldbank.org/icsid/pubs/treatbibl/main.htm. Véase también la compilación de la OEA, www.sice.org.

²⁹⁶ UNCTAD, *International Investment Instruments: A compendium, vol. III, Regional integration, bilateral and nongovernmental instruments*, New York, 1996, pp. 115-258.

nacional²⁹⁷ y en el recurso al CIADI para el arreglo de controversias o alternativamente, a las disposiciones de arbitraje de la UNCITRAL²⁹⁸.

Junto a estas características, se pueden añadir otras dos de estos Acuerdos bilaterales de inversión: por una parte, para von Moltke, la característica común de estos acuerdos bilaterales es que no “internacionalizan” el proceso de inversión. Los acuerdos buscan usar el derecho nacional existente en un marco accesible para los nacionales de otro país. “Los regímenes internacionales que se han creado son minimalistas, y carecen de individualidad o de cualquier capacidad institucional”; en segundo lugar, su tibieza en la protección de derechos sociales y medioambientales.

Desde el primer punto de vista, hay que señalar que la *nacionalización* de los procesos de inversión aboga por separar las normas internacionales sobre inversiones de los condicionantes sociales y medioambientales. Europa es uno de los principales promotores de esta concepción incluso en el marco de las actuales negociaciones para un acuerdo multilateral de promoción y protección de inversiones extranjeras directas, en el seno de la OMC. Europa es partidaria de dejar tales regulaciones a los estados de acogida, más que crear o imponer estándares internacionales en estas áreas.²⁹⁹

En relación con el segundo comentario, el reciente trabajo de la OCDE, *International Investment law: understanding concepts and tracking innovations*, analizó una muestra de 296 acuerdos firmados por los 30 miembros de la OCDE y por 9 países no miembros de la OCDE que se adhirieron a la Declaración Internacional de la OCDE sobre Inversión y Empresas multinacionales. Las principales conclusiones de este estudio son las siguientes:

- 24 países no incluían ninguna mención a temas sociales en sus acuerdos. De 16 países que habían incluido tales menciones en un acuerdo u otro, el lenguaje cubría fundamentalmente temas medioambientales y laborales. La corrupción se abordó en algunos acuerdos recientes. El tratamiento de estos temas varía desde su inclusión en los preámbulos de algunos acuerdos (ej. Finlandia y Holanda) a aquellos que lo incluyen en el preámbulo y disposiciones sustantivas en el clausulado, anexos o acuerdos anejos (ej. acuerdos de Norte América).
- En las dos últimas décadas, más países han ido incluyendo este tipo de menciones en sus acuerdos de inversión. En la muestra estudiada, el primer acuerdo que ha cubierto tales temas fue el ABI Polonia-EEUU. Desde mediados de los 90, Canadá, México y los EEUU han acumulado un largo stock de acuerdos que incluyen este tipo de clausulado social y medioambiental³⁰⁰. Más recientemente, otros países como

²⁹⁷ Los prototipos de Chile y China enuncian un principio más general de “trato justo y equitativo” que posteriormente se subsume en el marco de la NMF. Chile incluye una referencia al tratamiento nacional mientras China no. Como veremos, el trato justo y equitativo es un estándar relativo, que no sólo requiere interpretación sino que también puede implicar diferencias de trato en situaciones distintas. Por su parte, el trato nacional y de NMF son estándares absolutos, a la luz de su significado en el régimen comercial.

²⁹⁸ Como es sabido, la UNCITRAL desarrolló el Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos arbitrales extranjeros, que entró en vigor el 7 de junio de 1959 (<http://www.un.or.at/uncitral/english/texts/arbconc/58conv.htm>). Del mismo modo, la UNCITRAL tiene normas de arbitraje (<http://www.un.or.at/uncitral/english/texts/arbconc/arbitrul.htm>) y normas de conciliación (<http://www.un.or.at/uncitral/english/texts/arbconc/concirul.htm>).

²⁹⁹ “(E)ach government should...preserve the right to regulate the economic activity within its territory, including in the fields of development, environment and social conditions” europa.eu.int/trade/issues/pectoral/investment/conswoag_inv.htm

³⁰⁰ En el Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Chile, firmado el 6 de junio de 2003, por primera vez se incluye una cláusula sobre responsabilidad social empresarial en el capítulo ambiental (art. 19.10), que aunque no tiene un carácter obligatorio en cuanto no obliga a las Partes al cumplimiento de estándares, sí marca un precedente al tipo de comportamiento que se busca en los

Bélgica, Finlandia, Luxemburgo, Holanda, Suecia, Chile, Letonia o Japón y organizaciones regionales (como UE y la EFTA). Los temas de anticorrupción constituyen una innovación más reciente y aparece en cuatro acuerdos de EEUU así como en tres acuerdos de cooperación y partenariado (Japón-Filipinas, EEUU-Rusia y el Acuerdo de Cooperación Cotonu entre la UE y Africa, Caribe y Pacífico). Otro grupo viene representado por aquellos países parte de acuerdos que contienen textos laborales y o medioambientales, pero que no parecen tener una política clara al respecto³⁰¹.

- Se observa un efecto contagio aunque a veces rutinario, en la muestra analizada: algunos países han incluido textos sociales y medioambientales pero el tratamiento de estos textos varía considerablemente de un acuerdo a otro. No obstante, algunos tratados parecen estar influidos por iniciativas internacionales de mayor alcance y algunos se refieren explícitamente a instrumentos internacionales relevantes como la Declaración Universal de DDHH (p. ej. el lenguaje social y medioambiental del NAFTA sobre las exigencias de cumplimiento se ha extendido al acuerdo de 2005 Korea-Singapur).

negocios entre empresas de ambos países. Del mismo modo, un nuevo acuerdo EEUU-Vietnam en materia de textiles, suscrito el 25 de abril de 2005, incorpora una obligación para las autoridades vietnamitas de promover la implementación de códigos de responsabilidad social empresarial a cambio de acceso al mercado norteamericano. Con arreglo a las condiciones del acuerdo, los ministros de trabajo de los dos países convinieron en “reunirse para revisar los avances obtenidos en la consecución del objetivo de mejorar las condiciones de trabajo en el sector textil en Vietnam”. Este pacto difiere de un acuerdo similar con Camboya, en el que se vincula el incremento de las cuotas de exportación de textil a las mejoras de los derechos de los trabajadores.

³⁰¹ Por ejemplo, el Acuerdo de Libre Comercio de Australia con los EEUU de 2004, contiene un lenguaje social y medioambiental que parece encontrarse en otros acuerdos de los EEUU, pero no aparece en otros acuerdos australianos. Del mismo modo, el acuerdo de Corea con Japón emplea un lenguaje laboral y medioambiental encontrado en otros tratados con Japón (ej. con Vietnam), pero no en otros acuerdos coreanos. Los acuerdos de Corea con Singapur y Chile contienen un lenguaje similar al NAFTA sobre exigencias de desempeño pero no se encuentra en otros acuerdos de Corea.

Textos sociales, medioambientales o corrupción en los AII		
Países de la OCDE	Mención en al menos un AII	AII que contienen tales textos
Australia	SI	ACL con USA
Austria	NO	
Bélgica-Luxemburgo	SI	Cubierto en muchos acuerdos recientes (desde 2004)
Canadá	SI	Cubierto en muchos acuerdos (desde 1994)
República Checa	NO	
Dinamarca	NO	
Finlandia	SI	Preámbulos del BIT Modelo y la mayoría de sus BIT recientes (desde 2000)
Francia	NO	
Alemania	NO	
Grecia	NO	
Hungría	NO	
Islandia	NO	
Italia	NO	
Japón	SI	BIT con Corea y Vietnam, Acuerdo de Cooperación con Filipinas
Corea	SI	Acuerdos bilaterales con Bélgica, Japón, ACL con Chile y Singapur
México	SI	Cubierto en muchos acuerdos
Holanda	SI	Preámbulo del BIT Modelo 2004
Nueva Zelanda	NO	
Noruega	NO	
Polonia	SI	Tratado bilateral con USA
Portugal	NO	
República Eslovaca	NO	
España	NO	
Suecia	SI	Preámbulo del BIT Modelo de 2003 y tratado bilateral con Rusia
Suiza	SI	Acuerdo bilateral con México
Turquía	NO	
Reino Unido	NO	
Estados Unidos	SI	Existen en muchos acuerdos desde 1994
Países no miembros adheridos		
Argentina		
Brasil		
Chile		Cubierto en los ACL con China, Corea, Panamá y Perú
Estonia	NO	
Israel	NO	
Letonia	SI	Preámbulo del Modelo BIT
Lituania	NO	
Rumanía	NO	
Eslovenia	NO	
Partes regionales		
UE	SI	UE-Rusia y UE-ACP (Cotonú)
EFTA	SI	EFTA- Singapur
NAFTA	SI	NAFTA

Fuente: *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking innovations*- OECD 2008.

Los EEUU, Canadá y Australia son las únicas naciones que han comenzado a abordar las cuestiones laborales y de empleo en sus acuerdos bilaterales de inversión. Los tres países incluyen una disposición que permiten al personal cualificado entrar en el territorio de la otra parte para propósitos relacionados con la inversión.³⁰² Entre 1991 y 2001, estas cláusulas (disminución de requisitos de entrada y permisos de trabajo para este personal) se repitieron hasta en 13 ABI australianos, en 14 canadienses y en 29 americanos³⁰³. Solamente los EEUU insertan cláusulas relativas a las disposiciones laborales para los trabajadores menos cualificados en sus ABI; sin embargo, estas disposiciones se localizan en los preámbulos – o en las partes del preámbulo no vinculantes y no suponen el reconocimiento de ningún derecho³⁰⁴.

³⁰² El tenor general de esta cláusula suele ser como sigue:

“1 (a) Subject to its law relating to the entry and sojourn of aliens, each Party shall permit to enter”..vid. Penfield, op. cit. p. 3.

³⁰³ Penfold, B, *Labour and Employment Issues in Foreign Direct Investment: Public Support Conditionalities*, Working Paper, nº 95, International Labour Office.

³⁰⁴ “Reconociendo que el desarrollo de los vínculos económicos y empresariales puede contribuir al bienestar de los trabajadores de ambas Partes y promover el respeto de los derechos laborales internacionalmente reconocidos” (Ibid. Acuerdo Moldavia/Estados Unidos, 1993, preámbulo)

El resto de las cuestiones laborales fundamentales se dejan a la legislación del Estado receptor de la inversión. Incluso se obvia en estos ABI la obligación evidente del inversor de respetar la ley local.

Esta tendencia sin embargo, ha encontrado algunas excepciones. En 2005 se ratificó por los EEUU el Acuerdo de libre Comercio entre los EEUU y la República Dominicana (*DR-CAFTA Agreement*). Tras su aprobación final, sin embargo, y a fin de superar las diferencias entre el Congreso republicano y el Senado de mayoría demócrata, se firmó un compromiso entre ambos partidos que cubría específicamente el contenido de los capítulos en materia de derechos laborales y protección medioambiental. Consecuencia de ello, se modificó también el Acuerdo de promoción del comercio EEUU-Perú para incorporar los compromisos adoptados³⁰⁵.

En material laboral, el Acuerdo con Perú exige que ambas partes “adopten, mantengan o apliquen en sus propias normas y prácticas” los estándares de la Organización Internacional del Trabajo. Este lenguaje representa un cambio muy significativo respecto al acuerdo con la República Dominicana, que en su lugar exige que los países signatarios “apliquen su normativa laboral y se esfuercen por asegurar” la no derogación de sus normas laborales para aumentar el comercio.

El Acuerdo con Perú, establece que las disputas sobre el cumplimiento de las disposiciones laborales están sujetas a un procedimiento estado-estado obligatorio muy similar a los mecanismos de resolución de controversias comerciales. Sin embargo, el trabajador afectado no está legitimado para iniciar el procedimiento de la misma forma en que están legitimados los inversores en el capítulo de inversiones del Acuerdo.

En el capítulo medioambiental, el acuerdo EEUU-Perú rubrica algunas mejoras significativas respecto al acuerdo con la República Dominicana. En primer lugar, antes del compromiso bipartidista las violaciones medioambientales en el acuerdo de comercio se saldaban con una compensación de hasta 15 millones de dólares, que se usaba para mejorar la ejecución medioambiental del demandante. Tras este compromiso, la valoración monetaria se convierte en el remedio por defecto (una valoración monetaria está disponible, pero solamente si se solicita). En su lugar, el acuerdo EEUU-Perú dicta que una violación estatal de sus compromisos medioambientales está sujeta a una suspensión de los beneficios comerciales, la misma sanción incluida en los acuerdos comerciales para las violaciones de los compromisos comerciales. Es decir, la suspensión de los beneficios no siempre requiere el pago de los compromisos para corregir la situación que ha llevado a la violación.

- En segundo lugar, el acuerdo EEUU-Perú obliga a las partes a cumplir sus obligaciones en siete acuerdos medioambientales multilaterales específicos promulgando las correspondientes leyes domésticas.

- En tercer lugar, el acuerdo EEUU-Perú también obliga a sus signatarios a mejorar el actual marco y políticas medioambientales, quedando sujetos a un procedimiento de resolución de controversias en caso de violación de normas medioambientales. Finalmente, se les exige establecer un Consejo en materia medioambiental compuesto por oficiales seniors con experiencia en medioambiente, encargado de resolver las disputas que se le remitan por la Secretaría del Convenio cuando una parte plantee consultas alegando una vulneración de la legislación medioambiental. Si la disputa en última instancia llega a un

³⁰⁵ Muhaddisoglu H. and Cantor, M., “Background on US and EU approaches to labor and environment chapters in free trade agreements”.

panel de disputas estado-estado, el acuerdo permite la selección de panelistas en estas circunstancias con experiencia en asuntos medioambientales.

2.2. Los casos de Bolivia y Venezuela.-

A principios de los años 1990, los países de América Latina comenzaron a liberalizar los regímenes de regulación de la inversión extranjera. A través de los acuerdos de inversión, las reformas se materializaron en la eliminación de los requerimientos de desempeño, la prohibición de la expropiación y la nacionalización, la obligación del tratamiento nacional, la renuncia a aplicar la ley nacional y la modificación del sistema de resolución de controversias, renunciando al mecanismo tradicional de la resolución estado-estado, a favor del esquema “inversor-estado” donde las empresas extranjeras pueden demandar directamente a un gobierno nacional o local sin el visto bueno del gobierno del país al que pertenecen.

Estas políticas fueron promovidas por Estados Unidos, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, en el marco del “Consenso de Washington” y se materializaron en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte () de 1994 entre Estados Unidos, Canadá y México y se transformaron en el modelo para acuerdos bilaterales y regionales subsiguientes, incluyendo los acuerdos entre Estados Unidos y Chile, entre Estados Unidos, la República Dominicana y Centroamérica, el acuerdo entre Estados Unidos y Perú, y un sinnúmero de acuerdos bilaterales de inversión.³⁰⁶

Sin embargo, estas reformas que se acompañaron de la reducción de aranceles y subsidios, o la reducción del papel del Estado en la economía, condujeron a resultados decepcionantes, tanto en el crecimiento económico, como en el impacto de la IDE.

Por ejemplo, el crecimiento económico *per capita* en la región fue menor en el período de las reformas (menos del 2% desde 1990) que en las últimas décadas del período de sustitución de importaciones. Del mismo modo, se esperaba que la IDE además de aumentar el producto y el empleo, traería derrames de conocimiento que mejorarían las habilidades y capacidades tecnológicas de las empresas locales, promoviendo un crecimiento generalizado de la economía, así como derrames medioambientales positivos que mitigarían los impactos ecológicos locales de la transformación industrial³⁰⁷.

Sin embargo, a comienzos del presente milenio esta tendencia comienza a invertirse favorecida por regímenes políticos de izquierda y con marcado carácter social que están abriendo nuevas rutas en las relaciones hemisféricas e internacionales. Junto a la revisión de contratos de estado en Bolivia, Ecuador, Venezuela, o Argentina, se asiste a la nacionalización de las telecomunicaciones en Bolivia, Venezuela, o de empresas aéreas en Argentina, y de hidrocarburos en Bolivia. En el año 2005 los países del Mercosur frenaron radicalmente el ALCA. Venezuela denunció el Tratado de Libre Comercio con México y Colombia. En Ecuador y Nicaragua se producen movilizaciones en contra del Acuerdo de Libre Comercio de América Central. El representante del Banco Mundial es expulsado de Ecuador al tiempo que Hugo Chávez anuncia el retiro de su país del Banco Mundial y del

³⁰⁶ Gallagher, K.P., Porzecanski, R. y López A., *Globalización, Inversión extranjeras y Desarrollo Sustentable: Lecciones desde las Américas*, 2008, Environment Institute Tufts University, disponible en http://biblioteca.iiec.unam.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=2754&Itemid=111.

³⁰⁷ Gallagher, K.P., Porzecanski, R. y López A., op. cit. pp. 30-31.

FMI, anunciando la creación del alternativo Banco del Sur. Evo Morales en Bolivia, anuncia también la retirada del CIADI.³⁰⁸

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, también se observan pasos hacia la integración de consideraciones sociales o más radicalmente, de recuperación de facultades soberanas en los tratados de inversión. Junto con la citada denuncia del Convenio de Washington de 1965, o al derecho de expropiación o nacionalización no excepcionales, se está asistiendo, aunque tímidamente y de forma colateral, al reconocimiento del derecho a aplicar las leyes nacionales como en el caso de Uruguay, Brasil, Chile y Argentina que han establecido un marco regulatorio para fomentar la actividad forestal y captar inversiones extranjeras orientadas al sector³⁰⁹.

Junto a ello, como veremos la jurisprudencia arbitral está tratando de equilibrar los derechos inversor-estado, especialmente a partir del caso Methanex de 2005, y en el contexto del NAFTA, que supuso una involución en la jurisprudencia arbitral estableciendo que la introducción de medidas no discriminatorias basadas en regulaciones ambientales no podía ser considerada una expropiación.

En otro orden de ideas, resulta muy interesante volver la vista a la imagen de que gozan las empresas españolas en la región. En 2003, el Latinobarómetro reflejaba que la opinión sobre España en la región era en general buena: un 59% de los entrevistados tenía una opinión buena o muy buena, y un 4% una opinión muy mala. Sin embargo, para el caso de las inversiones españolas, el porcentaje variaba: el 30% de los encuestados opinaba que las inversiones españolas eran bastante o muy beneficiosas, mientras que para un 37% eran nada beneficiosas, lo que ponía de manifiesto que la ciudadanía latinoamericana estaba más dividida a la hora de valorar las inversiones españolas que sobre la imagen de España en general.

Las inversiones españolas se concentraron en los años 1999 y 2000; a partir del año 2001, la crisis argentina desincentivó la inversión directa, que registró una contracción del 54%, y supuso el inicio de un cambio significativo de tendencia. Sin embargo, a pesar de que el porcentaje de las inversiones españolas hacia la región bajó a partir del año 2001 su apuesta de quedarse en el continente siguió firme frente a la salida de empresas extranjeras como France Telecom, AT&T, EDF, Bank of America, Royal Dutch Shell, Verizon o Bell South.

El Barómetro sobre la Imagen de las Empresas Españolas en América Latina (BIELA) DE 2008 ofrece una percepción de las mismas a través de encuestas a población y a líderes de opinión en la región. El estudio analizó las siguientes áreas relacionadas con el comportamiento de la empresa española en América Latina: calidad comercial, calidad laboral, responsabilidad medioambiental, filantropía y acción social, contribución al desarrollo del país, contribución a la creación de empleo, transparencia económica y fiscal, servicio y atención al cliente, comportamiento ético, innovación y tecnología, información veraz y compañías bien dirigidas. El estudio se comparó con las empresas de países europeos Japón, China y EEUU.

³⁰⁸ El 30 de abril de 2006 Evo Morales anunció su intento de denunciar el Convenio de Washington de 1965, dado su deseo de que el arbitraje internacional se convierta en una instancia subsidiaria a las instancias nacionales, no sustitutiva, reconociendo así plenamente los art. 24 y 135 de la Constitución boliviana por los que todas las empresas establecidas en el país se consideran nacionales y están sometidas a la soberanía, leyes y autoridades de la República.

³⁰⁹ Gallagher, K.P., Porzecanski, R. y López A., op. cit. pp. 30-31.

Los estudios finales colocan a España en la cuarta posición del ranking de empresas mejor aceptadas, por detrás de Alemania, EEUU o Japón. Pero lo interesante, son las conclusiones que se extraen de esta puntuación:

- las empresas españolas son las mejor valoradas de todas por su acción social y las segundas mejor valoradas por su ayuda al desarrollo (después de EEUU);
- Medioambiente es el área donde reciben peor calificación;
- La generación de empleo es el área donde las empresas logran una mayor puntuación, aunque en materia de calidad laboral deja mucho que desear, ya que se les acusa de prepotentes y de no emplear el trabajo local,
- En innovación y relación con el cliente están por debajo de la media, siendo la innovación el área que los expertos han considerado de mayor importancia.

Según este mismo estudio, los sectores de inversión son particularmente sensibles desde el punto de vista de la ciudadanía ya que se trata de sistemas bancarios y servicios públicos (energía, agua). En el caso de servicios de infraestructuras, son sectores con alta sensibilidad política que anteriormente eran prestados por empresas públicas, y donde la recuperación de las inversiones ocurre a largo plazo, de ahí que la responsabilidad empresarial deba analizarse en el mismo contexto. Ha sido precisamente esta rápida inserción de las empresas españolas en los principales mercados, algunos con carácter semi-monopolístico que les procuraba grandes márgenes de ganancias (CEPAL 2000) la que les ha granjeado numerosas críticas.

Esta valoración es tanto más relevante por cuanto existe y existía un sentimiento diferencial respecto a las expectativas esperadas de la empresa española versus las de otros países, al esperarse de las primeras una mayor reinversión de los beneficios con más redistribución de la riqueza generada, a través de una inversión comprometida con el conjunto de la sociedad.

Del mismo modo, existen tres factores determinantes que están favoreciendo actualmente el desarrollo de la RSE en América Latina:

- a) La presencia de multinacionales con estándares más altos que hace que las empresas nacionales tengan que implicarse más en estas áreas para ser más competitivas,
- b) Casos emblemáticos en la región de empresas nacionales que han padecido las consecuencias de no actuar de manera socialmente responsable y han sufrido grandes reveses en su reputación y en sus marcas, con los consecuentes impactos financieros y de mercado de sus acciones,
- c) La promoción de la RSE y sus prácticas y beneficios por parte de actores promotores regionales y locales. Esto ha implicado que, en la actualidad, la RSE sea discutida en el ámbito de organizaciones empresariales, de ONG, de medios de comunicación y otras organizaciones, situando el tema y comenzando a hacer seguimiento de estas acciones.

En este contexto, la responsabilidad social empresarial se está abriendo paso en América Latina, pero con unas características propias³¹⁰:

- la actividad del sector privado es relativamente débil y gran parte del trabajo en materia de RSE se realiza a través de asociaciones empresariales,
- la implicación de los gobiernos y la promoción de la RSE también es relativamente baja y no está integrada en el diseño de políticas para el desarrollo. En este sentido, el papel de los organismos internacionales en la región actúa a veces como promotor de estos conceptos,
- la sensibilización y difusión de las prácticas asociadas a la RSE tampoco están muy extendidas,

³¹⁰ Haslam, P.A, *The Corporate Social Responsibility System in Latin America and the Caribbean*. Policy Paper. Canadian Foundation for the Americas. www.focal.ca accessed, March 24, 2004.

- las ONG que trabajan de manera independiente también son una minoría y no son tan activas como las financiadas por asociaciones empresariales.

Al mismo tiempo es preciso impulsar el desempeño de sostenibilidad de las empresas españolas en América Latina ya que como se desprende del análisis de las memorias de sostenibilidad de las empresas del IBEX 35 que desde hace algunos años viene realizando el Observatorio de RSC, es muy escasa la información que las empresas españolas ofrecen sobre sus actividades en América Latina. En este contexto, los acuerdos de inversión constituyen un marco flexible que permite diseñar modelos de inversiones adecuadas a la idiosincrasia del país receptor y con estructuras más democráticas y participativas que integren los diferentes roles del gobierno, el sector privado y la sociedad en general.

2.3. La inserción de criterios de responsabilidad en los acuerdos de inversión-

La incorporación de criterios de desarrollo sostenible en los acuerdos de inversión se presta a múltiples opciones a disposición de las partes y al servicio de sus respectivos intereses. Algunas propuestas ya han sido exploradas en diversos trabajos de distinto alcance, algunos de los cuales destacaremos a continuación.

El primero, elaborado en el seno de la UNCTAD³¹¹, propone diversas opciones de creciente intensidad y compromiso para la incorporación de la responsabilidad social y medioambiental ya sea en los acuerdos bilaterales, regionales o multinacionales de inversión, aunque no llega a imponer nunca obligaciones a las empresas inversoras.

La primera opción haría referencia a la ausencia de criterios de responsabilidad social – como en la mayoría de los actuales ABI- pero incluyendo cierta cobertura indirecta. En esta alternativa, los inversores extranjeros y nacionales se encuentran por igual sujetos a los requisitos del país anfitrión en cuanto a estándares sociales y medioambientales. Conforme a ello, el acuerdo de inversión puede contener una disposición conforme a la cual la entrada de inversores e inversiones extranjeras debe tener lugar de conformidad con las leyes y regulaciones del país anfitrión.

Un segundo estadio haría referencia a la inclusión en el acuerdo de estándares no vinculantes de RSE. Aquí, las cuestiones de RSE son contempladas en una sección no vinculante del acuerdo de inversión, como p. ej. un anexo que remita a las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.

Una tercera opción nos llevaría a la reserva de poderes, por parte del país anfitrión, en cuestiones de responsabilidad social y medioambiental. Según ello, el acuerdo de inversión autorizaría la exclusión o exención de la protección al inversor, a fin de permitir al país anfitrión regular los inversores y las inversiones desde la perspectiva de la RSE, mediante p. ej. una lista de exenciones en el acuerdo de inversión. Dentro de esta posibilidad el acuerdo de inversión podría incluir una disposición que permita a los países sancionar leyes y adoptar medidas –siempre que no sean discriminatorias o arbitrarias- que protejan, p. ej., la salud y la vida de personas y animales, la moral y los bienes públicos, los recursos naturales extinguidos, la adecuada provisión a la población o la industria nacional (véase Art. XX del GATT).

En línea con algunos acuerdos de inversión, una cuarta alternativa incluiría una cláusula que impida la disminución de los estándares aplicables, manteniendo las regulaciones

³¹¹ UNCTAD, *International Investment Agreements - Key issues*, Volumen II, 2004, pp. 129-151.

medioambientales o sociales vigentes. Ello tendría como consecuencia la obligación de los gobiernos de no atraer inversiones atenuando sus estándares en materia medioambiental, laboral, de protección al consumidor y de derechos humanos.

Una quinta posibilidad llevaría a un compromiso más activo del país de origen a través de medidas tendentes a promover la RSE. El documento de la UNCTAD establece aquí dos graduaciones: en la primera, el acuerdo incluye una disposición no vinculante que compromete el “mayor esfuerzo” del país de origen tendiente a asegurar la conducta responsable por parte de sus inversores nacionales, p. ej. alentándolos a adherirse a las Directrices de la OCDE. En la segunda, el país de origen asume, en el acuerdo de inversión, el compromiso vinculante de supervisar la conducta responsable de sus empresas en el extranjero.

Una última posibilidad implica la inclusión en el acuerdo de disposiciones de RSE generalmente vinculantes bien a través de las propias cláusulas del acuerdo, bien a través de la remisión a los instrumentos o acuerdos internacionales preexistentes en materia de RSE.

Hemos visto ya que los actuales acuerdos de inversión contienen escasos incentivos –y menos aún obligaciones- para promover y apoyar las políticas de RSE de los gobiernos y la implementación de iniciativas de RSE por parte de empresas. Además, la mayoría de los gobiernos muestra escasa voluntad de introducir regulaciones para regir la conducta de las multinacionales, a pesar de los límites y las deficiencias de la autorregulación y las iniciativas voluntarias y conjuntas ya indicadas. Ello determina que las cuatro primeras opciones propuestas por la UNCTAD se antojen demasiado laxas y de escasa efectividad: las tres primeras porque no aportan ningún valor añadido a las iniciativas voluntarias ya existentes, y la cuarta porque su incumplimiento, sería simple y llanamente una vulneración del derecho doméstico.

Creemos por ello, que se torna necesaria la definición de nuevos principios y disposiciones reguladoras internacionales, que mejoren la conducta social y medioambiental de las multinacionales y su impacto en las sociedades, especialmente de países en desarrollo. Y ello a través del compromiso conjunto del país de origen de la inversión y del país anfitrión. Debe concederse a la RSE un estatus más elevado, incluyendo no sólo disposiciones vinculantes que promuevan la responsabilidad de las empresas sino también enmendando algunos de los principios tradicionales de los tratados de inversión.

Sólo así puede conseguirse efectividad en el desarrollo de vínculos económicos junto con los estándares internacionalmente aceptados en materia laboral, salud, de derechos humanos o medioambientales³¹².

³¹² Acuerdos importantes a ser incluidos son los cuatro convenios laborales básicos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre: la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil, y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Importantes acuerdos e instrumentos internacionales en materia medioambiental que pueden incluirse son: el Protocolo de Montreal relativo a Sustancias que Agotan la Capa de Ozono; el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación; la Convención de Róterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo Aplicable a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional; la Convención sobre la Diversidad Biológica, y la Declaración de Río de la Conferencia de la ONU sobre Medioambiente y Desarrollo.

Por otra parte, el ensayo de SOMO³¹³ identifica algunas de estas cláusulas, unas de contenido material y otras de sesgo procesal, de las que seleccionamos dos, que servirían para conformar el marco general de un acuerdo de inversión sostenible:

- Cláusula de cooperación, mediante la cual los países que suscriben el acuerdo se comprometen a cooperar en cuestiones de RSE y a custodiar la conducta responsable de inversores extranjeros y nacionales. La cláusula de cooperación incluye:

a) Procedimientos regulares y claros de consulta en materia de RSE, y procedimientos específicos para los casos en que el país anfitrión requiera apoyo del país de origen para afrontar la conducta irresponsable de un inversor: tales procedimientos debieran incluir múltiples *stakeholders* o, al menos, permitir que éstos monitoreen las consultas por parte del gobierno;

b) Recursos financieros y asistencia técnica provistos por el país de origen al país anfitrión, para la promoción de la RSE entre inversores extranjeros y nacionales³¹⁴.

- Obligación de implementación: se trata de una disposición mediante la cual las partes se comprometen a implementar acuerdos internacionales clave en materia de RSE. En los casos en que los países no hubieran aún firmado tales acuerdos, la disposición debe establecer una fecha límite para su firma. Las partes deben acordar qué convenios internacionales clave serán abarcados por dicha obligación.

Junto al documento de la UNCTAD, el trabajo que de forma más comprometida ha abordado los vínculos entre la inversión extranjera con la consecución del desarrollo sostenible es el modelo del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD), *Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*³¹⁵. El preámbulo reconoce la premisa de la cooperación entre Estados y entre Estados e inversores para conseguir un equilibrio de intereses sobre la base de los siguientes principios:

- las inversiones sostenibles han de buscar objetivos nacionales y globales para el desarrollo sostenible,
- la promoción de estas inversiones requiere esfuerzos cooperativos por parte de los inversores y de los gobiernos anfitriones y locales,
- las leyes internacionales reconocen la protección de las inversiones para el inversor extranjero,
- se trataría, en definitiva, de buscar un equilibrio general de derechos y obligaciones para la inversión internacional entre inversores, países anfitriones y países locales.

Así, frente al modelo tradicional de acuerdo de inversión que reconoce:

- la prohibición de expropiación y nacionalización,
- la obligación de dar un trato justo y equitativo a las inversiones,
- la obligación de trato nacional, es decir, la prohibición de toda política pública que lesione los intereses o derechos de los inversionistas,
- la renuncia a aplicar la ley doméstica del Estado anfitrión, y

³¹⁴ El modelo del IISD ofrece la posibilidad de asistencia entre estados con distinto nivel de desarrollo en el área de fomento de la inversión. La asistencia debería orientarse a las prioridades y necesidades del Estado anfitrión. Ej. transferencia de tecnología, misiones comerciales periódicas, apoyo técnico o financiero para evaluaciones de impactos sociales y medioambientales; desarrollo de capacidades o asistencia financiera directa.

³¹⁵ Mann et al, *Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*, IISD, 2005.

- la renuncia a plantear las controversias que surjan ante los tribunales nacionales del país anfitrión,

el modelo del IISD reconoce la justificación de ciertas expropiaciones, la limitación del “trato justo y equitativo” al “trato mínimo” exigido según el derecho internacional; la permisión de exigencias de contenido local, equilibrando los derechos del inversor con las obligaciones y responsabilidades sobre temas medioambientales, anticorrupción, respeto a los derechos humanos o los estándares laborales y abordando los problemas de “treaty-shopping”.

El modelo del IISD establece obligaciones legales mínimas en materia de inversión complementándolas con un enfoque de responsabilidad social corporativa. Este enfoque toma como referencia la Declaración Tripartita de la OIT sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social y las Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales, así como estándares específicos y sectoriales de prácticas responsables en el caso de que puedan aplicarse a la inversión. Se recomienda no obstante, tender hacia estándares más altos. Así, en el anexo F se establece una lista indicativa de responsabilidades para que las partes realicen las máximas contribuciones al desarrollo sostenible del país anfitrión.

Junto a la implementación de estándares mínimos, el modelo del IISD incorpora otra alternativa que toma como modelo el TLCAN, según la cual es inapropiado reducir los estándares medioambientales laborales, de salud pública o de seguridad para alentar las inversiones. Si en el TLCAN este artículo se proponía como voluntario, aquí se incluye como obligatorio y se anima a que tanto la solución de diferencias estado-estado como el proceso inversor-estado puedan utilizarse para este fin si es necesario. Éste es según el IISD “uno de los pocos mecanismos disponibles para mantener un campo de juego nivelado para los estados con respecto a esto y para evitar que todos se esfuercen por lograr que los estándares medioambientales y otros sean los más mínimos posibles”.

También conforme a los dos acuerdos anexos del uno sobre trabajo y otro sobre medioambiente, el acuerdo no pretende imponer el contenido preciso para cualquier ley nacional en estos ámbitos –sino que deja a los Estados la fijación de niveles de protección laboral, medioambiental y de derechos humanos, de forma apropiada a su situación económica y social. No obstante, sí establece un contenido mínimo en esta materia a través de los instrumentos internacionales en trabajo y derechos humanos. Estos estándares mínimos brindarán una mayor certeza al mismo tiempo que abrirán caminos para imponerlas en los tribunales nacionales, “que deberían ser el mecanismo más directo y eficaz para que dichas acciones tengan lugar”. Además se establece que las partes tengan una ley nacional de impacto medioambiental y una ley nacional de evaluación del impacto social que cumplan con los estándares mínimos adoptados por la Conferencia de las Partes en estas cuestiones.

Una vez sentados los principios generales que han de regir los acuerdos, el establecimiento de cláusulas particulares ha de partir de la puesta en evidencia de los problemas planteados por los principios tradicionales de los acuerdos de inversión, relacionándolos con los laudos arbitrales más significativos. De esta forma, un razonamiento inductivo, ilustrará más claramente propuestas particulares de reforma.

i. El derecho a regular del Estado anfitrión.-

En primer lugar, la consecución de un equilibrio entre derechos y deberes de inversores y del Estado anfitrión ha de partir de la base de:

- la asunción de la tradicional asimetría en el reconocimiento de los derechos a favor del inversor en los instrumentos legales e institucionales existentes,

- que la incorporación de estándares medioambientales, sociales y de Derechos humanos en los marcos regulatorios e institucionales ha de reconocer el Derecho del Estado anfitrión a regular,
- que tanto inversor como estado anfitrión deben adoptar un enfoque realista de la inversión. Como se estableció en el laudo del CIADI de septiembre de 2007 en *Parkerings v. Lithuania*:

“332. Es innegable el derecho y el privilegio de cada Estado a ejercer su soberano poder legislativo. Un Estado tiene plena discrecionalidad para promulgar, modificar o anular una ley. Salvo por la existencia de un Acuerdo, en forma de una cláusula de estabilización o de otro modo, no hay nada objetable en la modificación del marco regulatorio existente en el momento de realizarse la inversión. De hecho, cualquier empresario o inversor sabe que las leyes van a evolucionar con el tiempo. Lo que se prohíbe, sin embargo, es que un Estado actúe de forma injusta, injustificada o no equitativa en el ejercicio de su poder legislativo.

333. En principio, el inversor tiene derecho a una cierta estabilidad y previsibilidad del marco jurídico de la inversión. El inversor tendrá derecho a la protección de sus legítimas expectativas, siempre que ejerza la debida diligencia y que sus expectativas sean razonables en función de las circunstancias. En consecuencia, un inversor debe prever que las circunstancias podrían cambiar y, por tanto, la estructura de su inversión a fin de adaptarla a los posibles cambios del entorno jurídico.”³¹⁶

A nivel más concreto, en principio y en ausencia de discriminación injustificada entre inversores foráneos y domésticos y de cláusulas de estabilización que nieguen la aplicación de algunas leyes existentes, la cuestión clave es si la promulgación de nuevas leyes para proteger o promover los derechos humanos, la salud pública, el medioambiente o las normas laborales, puede vulnerar el derecho de los inversores a un marco estable y de seguridad jurídica. Esta hipótesis se extendería del mismo modo al supuesto de que los estándares de protección vengan de la mano de normas ya vigentes que contradigan lo establecido en los acuerdos de inversión.

En principio, la inclusión en los AIJ de cláusulas específicas que reafirmen el derecho de los estados a regular, serviría para reforzar los poderes de policía de los Estados además de permitir un adecuado balance en la interpretación de los AIJ entre los derechos y deberes de inversor y Estado anfitrión. Sin embargo, este derecho a regular se ve con frecuencia oscurecido en los AIJ que recurren a fórmulas legales poco directas. Por ejemplo, el Acuerdo EFTA-Singapur incluye un artículo bajo la referencia “*Domestic regulation*” (Art. 43) que establece:

“Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar, mantener o hacer cumplir cualquier medida compatible con este capítulo que sea de interés público, como las medidas para proteger la salud, la seguridad o el medio ambiente.”

La amplitud de la expresión “cualquier medida que sea de interés público” claramente abarcaría cualquier regulación en materia de Derechos humanos. Sin embargo, la adenda de la frase “compatible con este Capítulo” convierte en inservible el pretendido reforzamiento del derecho a regular. Como afirma Shemberg, este lenguaje, que proviene del capítulo 11 del NAFTA en materia de inversiones, y que actualmente se encuentra en una docena de acuerdos de inversión, “*en la práctica, se afirma lo contrario, que el derecho a regular por*

³¹⁶ *Parkerings-Compagniet v. Lithuania*, Award, September 11, 2007, ICSID Case No. ARB/05/8, par. 332-333.

causa de utilidad pública debe ser plenamente ejercido de forma compatible con la protección del inversor extranjero en los acuerdos internacionales de inversión. Este lenguaje, que se originó en 1992 en el capítulo 11 del en materia de inversiones, se encuentra ahora en decenas de AII".³¹⁷.

En definitiva, para que las cláusulas que recogen el derecho a regular sean efectivas, deben estar formuladas de manera que no dejen margen para la ambigüedad o para su determinación por parte de los inversores. Esta es la razón por la que el Acuerdo Modelo del IISD reconoce el derecho de los Estados al desarrollo, y más concretamente, a buscar sus propios objetivos y metas de desarrollo y de política social, económica u otras, planteando una evaluación equilibrada de los derechos y obligaciones para inversores/inversiones y para estados anfitriones. Se pretende con ello revertir la tendencia de muchos árbitros de interpretar los acuerdos de inversión internacional con el único objetivo de proteger los derechos del inversor y de la inversión.

Una vez afirmado el Derecho del Estado a regular y a promover sus propios objetivos de desarrollo, las medidas que adopte una parte bien para la consecución de sus prioridades políticas, bien para cumplir con sus obligaciones internacionales, no constituirán una violación del acuerdo si se adoptan de buena fe. Mann lo expone de forma muy gráfica:

"¿Puede un inversor extranjero amparado por los derechos de un AII interponer un arbitraje inversor-Estado frente a un Estado de acogida que permite a la sindicación cuando antes estaba prohibida? ¿Qué sucede si el contrato de inversión prohíbe los sindicatos? ¿Puede incoarse una demanda inversor-Estado cuando un gobierno aprueba nuevas normas ambientales para proteger el derecho a un aire limpio en una comunidad en la que un inversor extranjero es la principal fuente de contaminación? o ¿Podría plantearse una reclamación por expropiación si un inversor extranjero requiere y utiliza grandes cantidades de agua en una zona donde el agua se está convirtiendo en un recurso cada vez más escasos, y el gobierno actúa para limitar el suministro de agua a fin de garantizar la explotación local y el uso doméstico de los recursos, u otros usos comerciales? "

Así, en algunas ocasiones el carácter supranacional de los Acuerdos se ha esgrimido como obstáculo a la aplicación de leyes nacionales de carácter protector, al disponer presumiblemente de un rango inferior.

A partir de aquí, hay que tener en cuenta que tanto los derechos humanos como los sociales o medioambientales están en constante evolución y como tal, incorporarlos adecuadamente a la interpretación de los AII. Así, en el ámbito de los DDHH, el derecho internacional ha sufrido muchos desarrollos desde 1948, cuando se adoptó la Declaración Universal de DDHH: se han ratificado un número creciente de tratados en DDHH, tanto a nivel global (los pactos de NU de 1966) y a nivel regional (la Carta Africana de 1981 sobre Derechos Humanos y Derechos de los pueblos), a través de fallos internacionales que aplican los tratados internacionales (ej. el caso SERAC v. Nigeria³¹⁸, donde la degradación medioambiental y las pérdidas económicas causadas por la extracción de petróleo violaban los derechos humanos del pueblo Ogoni) y a través de los "*General Comments*" de los órganos de NU encargados de supervisar la implementación de tratados internacionales, que clarifican el significado de las disposiciones de los tratados.

³¹⁷ Shemberg, A., *Stabilization Clauses and Human Rights*, IFC/SRSG Research Paper, March 2008, par. 38-41.

³¹⁸ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and another, v. Nigeria*, 2001, AHRLR 60 (ACHRP 2001).

Esta interpretación evolutiva se tuvo en cuenta para justificar que la consecución de objetivos como la realización de derechos humanos o la protección medioambiental representaba un objetivo público expropiatorio en el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay* de 29 marzo de 2006³¹⁹, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos, afirmó que la restitución de las tierras ancestrales a las comunidades indígenas que habían sido privadas de ellas contra su voluntad, constituía un propósito público según la disposición sobre expropiación del Tratado bilateral de inversión Alemania-Paraguay. El Tribunal clarificó que el cumplimiento de los tratados de inversión “debería ser siempre compatible con la Convención Interamericana de DDHH”, que genera derechos para los individuos al margen de la disposición de los Estados (par. 140).

En el mismo sentido habrán de interpretarse los estándares medioambientales, que se han incorporado en un número creciente de tratados medioambientales internacionales; en tratados con un mandato más amplio (ej. art. 32 del Acuerdo ACP-UE Cotonu de 2000, y el art. 19 de la Carta de la Energía de 1994); y la mayor atención que se presta a los temas medioambientales por la Corte Internacional de Justicia (ej. caso Gabcikovo-Nagymaros (Hungría contra Eslovaquia) sentencia de 25 de septiembre de 1997) y por otros organismos internacionales de resolución de disputas (ej. caso del camarón la OMC).

Por otra parte, los controles sobre la admisión y el establecimiento de la inversión pueden surgir de variadas consideraciones políticas y económicas: desde la protección de las llamadas “infant industries” hasta razones de defensa, empleo, sociales o medioambientales.

Cuando un Estado desconoce a priori los beneficios de la liberalización de las inversiones suele optar por cierta discrecionalidad en el control de la inversión. Ésta es la opción que se contempla en la mayoría de los ABI. Un ejemplo lo encontramos en el art. 2 B. del protocolo para la promoción y protección de inversiones del MERCOSUR:

“ 1. Cada Estado Parte promoverá en su territorio las inversiones de inversores de Terceros Estados, y admitirá dichas inversiones conforme a sus leyes y reglamentaciones.”

Las preferencias para filtrar las inversiones pueden variar de unas industrias a otras. Algunos países pueden preferir proteger las industrias nacientes y a los productores domésticos que no estén en condiciones de competir con empresas extranjeras. Del mismo modo, también la protección de los recursos naturales, las industrias tecnológicas, o de ciertos servicios (ej. financieros) cuyo papel central en la economía exige una supervisión prudente³²⁰.

Una posición menos restrictiva sería permitir una liberalización selectiva de la entrada y el establecimiento en actividades e industrias específicas, como se puede ver en los arts. XVI.1, XIX.1, XX, XVI.2 y XIX.2 del GATS. Esta alternativa ofrece la ventaja de adaptarse de forma más realista a las necesidades del país de acogida de la inversión.

ii. Definición de la inversión.-

Generalmente, la noción de inversiones abarca un campo amplio, aplicándose a todos los sectores de la economía de un país –con algunas excepciones- y a todo tipo de activos. Así

³¹⁹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

³²⁰ UNCTAD, *International Investment Agreements. Flexibility for Development*, 2000, p. 83.

en el artículo 1.2 del tratado de protección de inversiones entre Bolivia y España se define el campo de aplicación de las inversiones como sigue:

« 2. Por «inversiones» se designa todo tipo de activos que hayan sido invertidos por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con la legislación de esta última, incluyendo, en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes: a) La propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales, tales como hipotecas, derechos de prenda, usufructos y derechos similares; b) acciones, títulos, obligaciones y cualquier otra forma de participación en sociedades; c) derechos a aportaciones monetarias y a cualquier otra prestación contractual que tenga valor económico y esté vinculada a una inversión; d) derechos de propiedad intelectual: Derechos de propiedad industrial tales como signos distintivos, patentes, diseños y dibujos industriales; derechos de autor y derechos conexos; circuitos integrados y obtentores de variedades vegetales; e) derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados por ley o en virtud de un contrato, incluidas las concesiones para la exploración, prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales ».

Una definición amplia tiene implicaciones desde el punto de vista del desarrollo para las partes de un acuerdo, en la medida en que una amplia cobertura de la inversión puede que no sea apropiada para los objetivos de desarrollo de un país.

Generalmente, las razones para una definición amplia son en primer lugar técnicas, ya que puede resultar difícil precisar para las partes todos los bienes e inversiones cubiertas por el acuerdo. En segundo lugar, porque muchos acuerdos de inversión pretenden perdurar y ser más o menos estables, inmunizándose a un concepto de inversión que evoluciona con el tiempo³²¹. Al mismo tiempo, una definición amplia puede tener como contrapartida la admisión de tipos de inversiones no contempladas al tiempo de la firma del acuerdo.

Algunos acuerdos han excluido en este sentido, las inversiones de cartera debido a que generalmente este tipo de inversión no aporta transferencia de tecnología, formación y otros beneficios asociados a la IDE. Además, las inversiones de cartera pueden ser rápidamente retiradas, dando lugar a una potencial volatilidad del capital en caso de turbulencias económicas. Ejemplos de este acercamiento se encuentran en el Acuerdo Marco del Área de Inversiones de la ASEAN (art. 2), el Acuerdo de libre comercio entre Canadá y EEUU (art. 1611), el acuerdo bilateral de inversiones entre Lituania y Dinamarca (art. 1), el Acuerdo bilateral de inversiones entre Alemania e Israel (art. 1 a) i); el GATS en relación con la llamada "presencia comercial" (art. XXVIII), o el NAFTA en su artículo 1139.

Otros acuerdos excluyen bienes de valor inferior a cierto umbral, con la justificación de que los costes de cobertura del acuerdo son superiores, o en el ánimo de reservar a los inversores domésticos algunos sectores de la economía. Encontramos ejemplos en el Acuerdo Marco de la ASEAN. Sin embargo, la exclusión de pequeñas inversiones podría desincentivar a los pequeños y medianos inversores que pueden interesar a algunos países en desarrollo, al menos durante ciertos estadios de sus procesos de desarrollo.

Del mismo modo, algunos acuerdos de inversión pueden limitar los sectores de la economía a los que se aplica el Acuerdo, como es el caso de la Carta de la Energía (art. 1) y el GATS.

Otra alternativa es adoptar una definición amplia de inversión pero reservando el derecho de establecer condiciones al establecimiento de inversiones individuales. De esta forma, el país

³²¹ UNCTAD, *International Investment Agreements*, op.cit., p. 70.

no excluye a priori ninguna categoría de inversión, pero sí una inversión específica. Este filtrado generalmente implica una revisión de los impactos de la inversión, y por tanto, la conformidad con los objetivos de desarrollo del país anfitrión.

Finalmente, otra posibilidad es adoptar una definición amplia de inversión pero limitando el ámbito de las disposiciones sustantivas. Por ejemplo, se pueden incluir las inversiones de cartera pero limitándolas durante cierto período de tiempo. Tal es el caso del ABI Chile-República Checa de 1995 (arts. 1 y 5). Según la UNCTAD, esta opción puede resultar demasiado onerosa para los negociadores del acuerdo en la medida en que tienen que considerar las potenciales ramificaciones de cada tipo de inversión e incorporarlas debidamente al texto del acuerdo para conseguir sus objetivos de desarrollo. Además a nuestro juicio, no exonera de un análisis caso por caso a las agencias de inversión nacionales.

No obstante, la delimitación material de los derechos y obligaciones de los inversores y del estado anfitrión, no depende tanto de aportar una definición más o menos amplia de inversión, sino de proceder a una interpretación que tenga en cuenta objetivos de desarrollo en línea con la Resolución 1803 de la Asamblea General de la ONU³²² o la Carta de los Derechos y Deberes económicos de los Estados³²³.

A este respecto un caso significativo es el asunto Mitchell c/ República Democrática del Congo donde un comité *ad hoc* anuló una sentencia arbitral anterior pronunciada contra la República Democrática del Congo, basándose en la incompetencia del tribunal. Concretamente, según el comité *ad hoc*, el Sr. Mitchell, ciudadano de los EEUU, no podía considerarse como un inversor, lo que privaba al tribunal de su competencia según el art. 25 del Convenio de Washington. En esta ocasión, el comité *ad hoc* se pronunció sobre la cuestión de la contribución al desarrollo del país anfitrión como un criterio autónomo de calificación de la inversión. Por primera vez, un tribunal arbitral del CIADI vio anulada su

³²² La Resolución 1803 de 16 de diciembre de 1962 sobre Soberanía Permanente de los Recursos Naturales es una interpretación del art. 2 la Carta de Naciones Unidas que consagra el derecho a la soberanía. Contiene varios puntos que tienen una relación directa con los AI y los acuerdos de libre comercio y que mereceren ser reproducidos aquí. El numeral 1 reivindica “el derecho de los pueblos y de las naciones sobre la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales...” y que su explotación “...debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado...”. El numeral 2 establece que la exploración, el desarrollo y la disposición de tales recursos, así como la importación de capital extranjero para efectuarlos, deberán conformarse a las reglas y condiciones que esos pueblos y naciones libremente consideren necesarios o deseables para autorizar, limitar o prohibir dichas actividades. Y es completado por el numeral 3 que dispone que en casos en que se otorgue la autorización, el capital introducido y sus incrementos se registrarán por ella, por la ley nacional vigente y por el derecho internacional. Finalmente, en el numeral 4 se hace referencia a la finalidad de la expropiación: “...la nacionalización, la expropiación o la requisición deberán fundarse en razones o motivos de utilidad pública, de seguridad o de interés nacional, los cuales se reconocen como superiores al mero interés particular o privado, tanto nacional como extranjero. En estos casos se pagará al dueño la indemnización correspondiente, con arreglo a las normas en vigor en el Estado que adopte estas medidas en ejercicio de su soberanía y en conformidad con el derecho internacional. En cualquier caso en que la cuestión de la indemnización dé origen a un litigio, debe agotarse la jurisdicción nacional del Estado que adopte estas medidas. No obstante, por acuerdo entre Estados soberanos y otras partes interesadas, el litigio podrá dirimirse por arbitraje o arreglo judicial internacional”.

³²³ Esta Carta formó parte de la búsqueda de alternativas al desarrollo en el contexto del Nuevo Orden Económico Internacional. En su resolución 3201 de mayo de 1974, afirma el derecho de cada Estado a: “2.a. Regular y ejercer autoridad sobre la inversión extranjera dentro de su jurisdicción nacional y de acuerdo a sus leyes y regulaciones en conformidad con sus objetivos nacionales y prioridades y, b. Regular y supervisar las actividades de las corporaciones transnacionales dentro de su jurisdicción y tomar medidas para asegurar que tales actividades cumplan con sus leyes...”

sentencia por no haber determinado si la inversión había contribuido de una forma u otra al desarrollo económico del estado anfitrión.³²⁴

Desde un punto de vista jurídico, conforme al Convenio de Washington, la contribución al desarrollo se considera también como un criterio pertinente de calificación de la inversión.³²⁵ Esta solución según Grisel, parece conforme a la letra y al espíritu del Convenio de Washington:

- de una parte, la letra del Convenio no se opone a tal interpretación. Así, el informe de los administradores del Convenio se refiere directamente a que “no ha sido necesario definir el término inversión“(…)”³²⁶, lo que abre implícitamente las posibilidades interpretativas para el árbitro de referirse a la historia y a los objetivos del Convenio.
- por otra parte, el espíritu del Convenio tiende a promover el desarrollo económico internacional aportando garantías sólidas a los inversores, y preservando su seguridad jurídica. Así el preámbulo del Convenio de Washington establece que el CIADI ha sido creado “considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico, y el papel jugado en este ámbito por los inversores privados internacionales”. El sistema del CIADI, y la razón misma de su incorporación al Banco Mundial, reposa en la promoción de las inversiones en la medida en que beneficie el desarrollo económico.

Según Grisel, los objetivos de desarrollo deberían reforzarse por el CIADI por dos razones fundamentales:

- por un lado, porque nos encontramos en un contexto de transición económica donde los flujos de inversiones han cambiado. En consecuencia, los países desarrollados experimentan una competencia creciente mientras que los países importadores de inversiones disfrutan de crecientes oportunidades³²⁷.
- por otra parte, el arbitraje de inversiones parece atravesar una crisis de legitimidad derivada sobre todo de la multiplicación de procedimientos arbitrales de inversión en contra de los países desarrollados, que se ven por tanto, en la posición de demandados (sobre todo en el contexto del NAFTA)³²⁸. Esta crisis también tiene su origen en el pretendido tratamiento desfavorable del procedimiento arbitral a los países en vías de desarrollo.

iii. Exigencias de rendimiento.-

El debate que quizás ilustra mejor la problemática de la inclusión de objetivos de desarrollo sostenible en los acuerdos de inversión es el relativo a las exigencias de rendimiento o requisitos de desempeño.

³²⁴ *Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of Congo*, Decisión on the Application for Annulment of the Award, 1ST November 2006 (Case ISCID, N°.ARB/99/7), par. 33. No obstante, Grisel, F. en *Arbitrage d'investissement et promotion du développement économique: une étude de cas*, recoge una denuncia de Gaillard acerca del injustificado silencio en el que se ha visto sepultada esta sentencia arbitral. Gaillard, E., “A Black Year for ICSID”, *New York Law Journal*, 1er mars 2007.

³²⁵ Schreurer, C., *The ICSID Convention: a Commentary*, 2001, p. 140.

³²⁶ *Rapport des Administrateurs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, par. 27.

³²⁷ *World Investment Report, FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development*, UNCTAD, 2006.

³²⁸ Alvarez, G.A., Park, W.W., “The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11”, 28, *The Yale Journal of International Law*, 365 (2003).

Los requisitos de desempeño son obligaciones impuestas sobre un inversor por las autoridades públicas de un país anfitrión. Constituyen generalmente parte de las negociaciones de preestablecimiento pero también pueden surgir en relación con la reautorización o el otorgamiento de alguna ventaja a una inversión existente.

Se han identificado una amplia gama de exigencias de desempeño pero se pueden dividir en seis categorías generales³²⁹:

- rendimiento de exportación;
- empresa mixta y participación en el capital social;
- investigación y desarrollo;
- transferencia de tecnología;
- empleo y capacitación;
- y otras exigencias tales como requerimientos de contenido local o el suministro de garantías en forma de bonos o de otro tipo.

Por ejemplo, el artículo VI del tratado de protección de inversiones entre Bolivia y EEUU dispone lo siguiente:

“Ninguna de las Partes establecerá ni hará cumplir, como condición para la fundación, la adquisición, la expansión, la dirección, la explotación o el funcionamiento de una inversión abarcada, ningún requisito (comprendidos los compromisos o promesas que se relacionen con la concesión de permisos o autorizaciones oficiales) que obliguen a:

a. Alcanzar un cierto nivel o proporción de contenido nacional, o a comprar, utilizar o de cualquier forma preferir los productos o servicios de origen nacional o de cualquier procedencia interna.

b. Restringir las importaciones de productos o servicios que efectúe la inversión, conforme a un volumen o valor determinado de la producción, la exportación o las ganancias en divisas.

c. Exportar cierto tipo, nivel o proporción de productos o servicios, en términos generales o en términos del mercado de una región en particular.

d. Restringir las ventas de productos o servicios que efectúe la inversión en el territorio de la Parte, conforme a un volumen o valor determinado de la producción, la exportación o las ganancias en divisas.

e. Transferir tecnología, procedimientos de producción u otros conocimientos patrimoniales a un nacional o sociedad en el territorio de la Parte, salvo con arreglo a un mandamiento, compromiso o promesa que haga cumplir alguna autoridad judicial, administrativa o de regulación de la competencia con el fin de remediar una contravención supuesta o decidida de las leyes relativas a la competencia.

f. Llevar a cabo cierta clase, nivel o proporción de la investigación y el desarrollo en el territorio de la Parte”.

La generalizada *evicción* en los All de las exigencias de desempeño parte de una pretendida distorsión de las condiciones de competencia en el mercado a través de la imposición de obligaciones directas a los inversores privados. Sin embargo, el carácter casi absoluto de esta prohibición permite cuestionar de entrada una limitación cuya validez por lo general, depende de las circunstancias específicas de una inversión y no de principios económicos generales³³⁰. Además hay que tener en cuenta que la propia disciplina del mercado supone

³²⁹ UNCTAD, *Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries*, 2003.

³³⁰ El Acuerdo de la OMC sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (AMIC) prohíbe efectivamente las exigencias de contenido local; exigencias de balanza comercial; restricciones de moneda extranjera relacionadas con los flujos de moneda extranjera atribuibles a una empresa; y controles sobre la exportación. Una lista más larga de exigencias de rendimiento está prohibida, condicionada o desalentada por algunos tratados bilaterales de inversión o acuerdos

ya de por sí un poderoso incentivo que permite establecer límites a los requisitos de desempeño. Es decir, cuando el estado anfitrión se excede imponiendo condiciones, pierde inversión³³¹. Los grandes flujos de inversión en los últimos años (y su desigual distribución) entrañan un riesgo para la captación de inversiones por parte de un Estado de acogida demasiado estricto en la consecución de objetivos de desarrollo.

Pero es más, la relación entre las partes no es necesariamente la del inversor en inferioridad de condiciones frente al Estado. La prohibición de requisitos de desempeño asume que los gobiernos están siempre en posición de imponerlas a sus inversores. Se suele obviar sin embargo, que los países desarrollados utilizan reglas de origen –sancionadas en muchos acuerdos comerciales regionales o bilaterales- que actúan de facto como exigencias de contenido local: las reglas de origen exigen que los productos contengan un porcentaje específico de contenido producido localmente al objeto de recibir tratamiento arancelario preferencial. Las normas de origen crean por tanto, incentivos para invertir en una jurisdicción determinada o fomentar la producción de actores económicos locales.

Frente a ello, los requisitos de desempeño pueden contribuir a la consecución de muchas de las prioridades de desarrollo de un gobierno, amén de servir para estabilizar relaciones sujetas en algunos casos a alteraciones por ambas partes. Por ejemplo, Sudáfrica, en sus Acuerdos bilaterales de inversión más recientes, está incluyendo un programa de empoderamiento de colectivos discriminados durante la política del Apartheid; algo similar está haciendo Malasia, excluyendo del ámbito de sus AII a la etnia de los Bumiputras³³².

En definitiva, los requisitos de desempeño pueden servir para aportar garantías al cumplimiento de ciertos compromisos que no puede imponer el mercado. Según esto, el criterio fundamental para decidir si aquéllas son o no excesivas en la práctica, dependerá del marco temporal y la naturaleza de la inversión. Si existe un gran desfase entre las exigencias de desempeño y el horizonte temporal de la inversión y la carga económica impuesta al inversor, su impacto redundará en la reducción de la eficacia económica y en última instancia, en la asfixia de la inversión.

El enfoque del IISD en el acuerdo modelo es permitir expresamente que se tomen este tipo de medidas siempre que se hayan adoptado antes de que se hayan establecido todas las formalidades o exigencias para establecer una inversión. Posteriormente, las medidas adoptadas estarán sujetas al Acuerdo. La razón de ello es que antes de que se establezca una inversión, los inversores cuentan con opciones en función del mercado dónde ubicar su inversión. Cuando se conocen todas las condiciones, el inversor elegirá. Hasta ese momento, las exigencias de rendimiento formarán parte del proceso de toma de decisiones.

regionales, como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (). Allí se incluyen exigencias referentes al establecimiento de empresas mixtas o capital nacional; la ubicación de instalaciones; exigencias laborales; exigencias de exportación; restricciones en la venta de artículos en la jurisdicción donde se encuentra ubicada la producción; suministro de artículos o servicios; acuerdos de suministro de fuente exclusiva; transferencia de tecnología; e investigación y desarrollo. Otras exigencias de rendimiento, tales como la obligación de suministrar garantías, no están restringidas. Del mismo modo, el borrador del MAI adopta una prohibición clara listando 11 tipos diferentes de exigencias de desempeño.

³³¹ Mann, H., von Moltke, K., “¿Una agenda sureña...?”, op. cit. p.84.

³³² Mann, H., op. cit. p.11-12. Aunque las exigencias de contenido local puedan limitar la eficiencia económica y la rentabilidad de una inversión, pueden también promover el desarrollo local a través del refuerzo de los vínculos entre la inversión extranjera y la economía local. (UNHCHR, 2003), *Human Rights, Trade and Investment*, Report of the UN High Commissioner for Human Rights, E/Cn.4/Sub.2/2003/9, 2 July 2003. Por ejemplo, las exigencias de desempeño fueron usadas extensivamente por Corea del Sur y Taiwan, y jugaron un importante papel en el desarrollo económico de estos países. En última instancia, la fase de negociación y de preestablecimiento servirá para calibrar los *tradeoffs* a que puedan dar lugar estos requisitos.

Esta misma toma de decisiones económicas asegurará que los estados anfitriones actúen con limitaciones y metas claras en este campo.

iv. Expropiación.-

En los últimos años ciertas decisiones de los gobiernos de Bolivia, Venezuela o Argentina, han revivido las medidas de expropiación directa frente al tradicional temor del estado anfitrión a una demanda y la consecuente obligación de compensación³³³. Al margen del trasfondo político de estas decisiones que no corresponde cuestionar en este trabajo, lo interesante es destacar que las disposiciones de los AII que hacen referencia a la expropiación pueden resultar en el abandono de la regulación social y medioambiental por parte de los estados anfitriones de la inversión, lo que se ha llamado el *regulatory chill*³³⁴.

Según el Derecho Internacional, los estados de acogida tienen el derecho soberano a expropiar bienes y a regular actividades dentro de su jurisdicción, como se afirmó por ejemplo en la Resolución 1803 de 1962 de la Asamblea General de Naciones Unidas.³³⁵ Sin embargo, el Derecho Internacional también establece condiciones para la legalidad de la expropiación. Básicamente, los inversores extranjeros sólo pueden ser privados de sus derechos de propiedad: a) por una finalidad pública; b) de forma no discriminatoria, c) mediante el pago de una compensación; y d) en base a un proceso justo.

Estas exigencias se han recogido en numerosos tratados de inversión y laudos arbitrales. Por ejemplo, el art. 1110 del NAFTA:

"Artículo 1110: Expropiación e Indemnización

1. Ninguna de las Partes podrá, directa o indirectamente, nacionalizar o expropiar una inversión de un inversor de otra Parte en su territorio o adoptar ninguna medida equivalente a la nacionalización o expropiación de esa inversión ("expropiación"), excepto:

(a) por causa de utilidad pública;

(b) sobre una base no discriminatoria;

(c), de conformidad con el debido proceso de ley y el artículo 1105 (1) [trato justo y equitativo) y

(d) el pago de una indemnización de conformidad con los apartados 2- 6. "

"

Del mismo modo, el artículo III.1 del tratado de protección de las inversiones entre Bolivia y Estados Unidos estipula lo siguiente:

« Ninguna de las Partes expropiará ni nacionalizará directamente una inversión abarcada, ni lo hará indirectamente por la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización ("expropiación"), salvo con fines de interés público, sin discriminación, contra el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato previstos en el párrafo 3 del Artículo II. La indemnización se pagará sin demora, equivaldrá al valor justo en el mercado de la inversión expropiada inmediatamente

³³³ OECD, *La expropriation indirecte et le droit de reglementer dans le droit international de l'investissement*, September 2004.

³³⁴ UNCTAD, *World Investment Report 2003*, p. 112.

³³⁵ Los casos *Texaco v. Libya*, *Amoco v. Irán* y *Kuwait v. Aminoil* confirmaron también este principio: *Amoco International Finance Corp. v. Iran*, 14 July 1987, Iran-US Claims Tribunal, 15 Iran-US CTR 189; *Aminoil, Kuwait v. American Independent Oil Co.*, 24 March 1982, 21 ILM 976; *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, 19 January 1977, 53 ILR 389.

antes de que se tomara la acción expropiatoria ("la fecha de expropiación") y será enteramente realizable y libremente transferible».

También, el artículo 5 del tratado entre España y Bolivia, prohíbe expresamente la expropiación y la nacionalización, así como toda medida que tenga carácter análogo o produzca efectos equivalentes o similares³³⁶.

El Derecho Internacional define la expropiación de manera muy amplia. Podemos estar ante una nacionalización directa, o indirecta, cuando la privación de la propiedad de un bien resulte de la simple injerencia del Estado en la utilización de ese bien o de las ventajas que representa, sin necesidad de que la propiedad sea confiscada o se vea afectado el título de propiedad. Estas medidas tendrían pues, un efecto análogo al de la expropiación.³³⁷

Según esto, como indicara el CIADI, *"las reglamentaciones pueden, sin duda, tipificarse de modo que constituyan una expropiación progresiva...De hecho, muchas expropiaciones progresivas podrían ejecutarse mediante reglamentaciones, y una excepción global de las medidas reglamentarias crearía un vacío enorme en la protección internacional contra las expropiaciones"*.³³⁸

Una expropiación indirecta puede tener lugar por ejemplo, a través de medidas que interfieran gravemente con la gestión de una empresa (ej. medidas que coloquen a la filial local del inversor bajo el control de un gestor temporal nombrado por el gobierno, como en el caso *Starrett v. Iran, Starrett Housing Corp. V. Iran, Interlocutory Award, 19 December 1983, Iran-US Claims Tribunal, 4 Iran-US CTR 122*; a través de la imposición de impuestos discriminatorios o de impuestos que vulneren lo estipulado (ej. imposición de tasas por encima del umbral máximo especificado en el contrato de inversión, en el caso *Revere Cooper & Brass, Inc. V. Overseas Private Investment Corporation (OPIC), Arbitral Tribunal, 24 August 1978, 56 ILR 257*; o a través de la manipulación de la regulación medioambiental de forma que afecte severamente a los intereses del inversor (ej. la promulgación de una nueva regulación medioambiental que impida la implementación de un proyecto para construir y operar un vertedero, en *Metalclad Corporation V. United Mexican States*.³³⁹

Ejemplos clásicos de la amplitud con la que se ha concebido la expropiación se encuentran en los fallos *Metalclad* del NAFTA y el de *Tecmed* conforme al APPRI España-México. En el primero, se cuestionó la viabilidad de un vertedero por la negativa del gobierno mejicano a conceder los permisos correspondientes y por el establecimiento de un área medioambiental protegida.

El Tribunal en *Metalclad* adoptó una definición de expropiación particularmente amplia:
103. Por lo tanto, la expropiación de acuerdo con el TLCAN incluye no sólo apropiaciones abiertas, deliberadas y reconocida de la propiedad de las empresas, tales como la

³³⁶ Del mismo tenor son por citar algunos, el art. 5 del tratado de protección de inversiones Bolivia-Reino Unido, el art. 4 del tratado Ecuador-Alemania, art. 5 del Tratado Ecuador-Reino Unido, art. 10 del Tratado EEUU-Perú, o el art. del CAFTA, art. 1110 (1) del NAFTA.

³³⁷ En este último grupo se incluirían también las expropiaciones progresivas." *Si las medidas se instrumentan a lo largo de un período de tiempo, también podrían ser tipificadas como "progresivas", cuya naturaleza, en opinión también del Tribunal, no es distinta de aquellas designadas como expropiación "indirecta" o "equivalente a la expropiación"...»*, CIADI, *Marvin c. México*, Caso n°. ARB/AF/99/1, 16 de diciembre de 2002, 101.

³³⁸ CIADI, *Marvin c. México*, nota 51.

³³⁹ ICSID, (Additional Facility), Arbitration Award, Case N°. ARB/AF/97/1, 30 August 2000, 40 (2001), ILM 36.

confiscación pura y simple o la transferencia obligatoria de la titularidad a favor del Estado de acogida, sino también la interferencia disimulada o incidental como el uso de la propiedad que tiene el efecto de privar al propietario, en todo o en parte, del uso o la razonable expectativa del beneficio económico de los bienes, incluso si no necesariamente beneficia de manera obvia al Estado receptor.

...

111. *El Tribunal no tiene que decidir o considerar la motivación o la intención de la aprobación del Decreto Ecológico*³⁴⁰

Algo similar ocurrió en el caso *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mejjicanos*³⁴¹, donde el tribunal arbitral constituido conforme al APPRI España-México – ordenó pagar a México 5.5 millones de dólares en compensación a la empresa española que había operado un vertedero en este país, ante la negativa de una agencia federal a la renovación del permiso de actividad. El tribunal sostuvo que la no renovación, que se había hecho en base a consideraciones medioambientales y de salud y de oposición de la comunidad, violaba dos disposiciones del APPRI.

*“154. El Tribunal Arbitral considera que esta disposición del Acuerdo, a la luz de la buena fe, principio establecido por el Derecho Internacional, requiere que las Partes Contratantes proporcionen tratamiento a las inversiones internacionales de manera que no afecte a las expectativas tenidas en cuenta por el inversor extranjero al hacer la inversión. El inversor extranjero espera que el Estado anfitrión actúe de manera coherente, libre de ambigüedad y totalmente transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, a fin de que pueda conocer de antemano cualquiera y todas las normas y reglamentos que regirán las inversiones, así como los objetivos de las políticas y las prácticas o directrices administrativas, para poder planificar sus inversiones y cumplir con esas normas.”*³⁴²

Pero además, los derechos de propiedad de los inversores que pueden formar el objeto de la expropiación se definen en términos muy amplios para incluir todos los derechos e intereses que tienen valor monetario (como ocurrió en los casos *Liamco* y *Amoco*³⁴³). Como consecuencia, una acción del estado anfitrión que vulnera los derechos contractuales del inversor ha sido tratada como una expropiación (ej. en los casos *BP*, *Texaco* y *Aminoil*, todos relativos a acuerdos de concesión).³⁴⁴

En resumen, la jurisprudencia más reciente ha establecido como criterios para determinar si ha existido o no una expropiación indirecta los siguientes:

- el carácter de la interferencia gubernamental, especialmente respecto al cumplimiento del objetivo público, la no discriminación y las exigencias de proceso debido (ej. *Methanex*) y la proporcionalidad entre el propósito estatal y las medidas del gobierno (ej. *Tecmed*).
- El impacto económico de la interferencia gubernamental, especialmente respecto al test de la privación “sustancial” o “radical” de los derechos de propiedad de tal manera que

³⁴⁰ *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, pars. 103, 111.

³⁴¹ ICSID, *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mejjicanos*, ICSID Case No. ARB/AF/00/2 (2003), disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/laudo051903FINAL.pdf>

³⁴² *Técnicas Medioambientales Tecmed*, par. 154. El mismo acercamiento se siguió en *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Case No. ARB/01/7, Award, May 25, 2004, section 4.

³⁴³ *Amoco*, (ya citado) y *Libian American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, Award of 12 April 1977, 62 I.L.R. 140.

³⁴⁴ *BP, British Petroleum Exploration Company (Libya) Ltd v. Government of the Libyan Arab Republic*, Award of 10 October 1973, 53 I.L.R. 329.

estos derechos devengan económicamente irrelevantes (Pope & Talbot; Tecmed; Starrett; Tippetts)

- La interferencia con las expectativas razonables del inversor (Metalclad) especialmente las basadas en los compromisos del gobierno estatal de no regular (Methanex).

Según esto, la jurisprudencia arbitral ha estado más atenta en la consideración de si existe expropiación o no, al *impacto* de la acción gubernamental más que a su intención o forma. Como resultado, cuando la regulación afecta a un proyecto de inversión de forma significativa, se trata como un caso de expropiación –incluso si la propiedad del bien sigue estando en manos del inversor (“*regulatory taking*” o “*indirect expropriation*”). Un caso paradigmático es el del laudo arbitral del CIADI en el caso *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. República de Costa Rica*³⁴⁵:

“Las medidas expropiatorias en materia de medioambiente – no importa cuán laudables y beneficiosas resulten para el resto de la sociedad- son a este respecto, similares a cualquier otra medida expropiatoria que un Estado pueda adoptar para implementar sus políticas: cuando la propiedad se expropia, incluso por motivos medioambientales, ya sea doméstica o internacional, el Estado tiene obligación de pagar una compensación” (Caso Técnicas...en para. 121).

El Tribunal justificó la expropiación sobre la base de que “la intención del gobierno era menos importante que los efectos de las medidas sobre el propietario de los bienes o sobre los beneficios resultantes de esas medidas” (ibídem. par. 116)³⁴⁶

Sin embargo, creemos que el punto fundamental no es tanto clarificar la línea divisoria entre la expropiación directa y la indirecta (que descansan sobre todo en el reconocimiento de los poderes de policía y regulatorios del Estado), sino el propósito de la medida y en consecuencia en la determinación de la compensación (¿Cómo se determina la compensación en medidas medioambientales preventivas, por ejemplo?) La *bona fide* servirá para graduar la compensación.

Esta prueba es distinta según el IISD a la de “necesario” que se utiliza a menudo con medidas regulatorias. El IISD cree que el estándar de la buena fe es más apropiado que las pruebas de proporcionalidad, la restricción del comercio de forma mínima u otras. En definitiva, se pretende que la carga de la prueba recaiga en el inversor, que ha de demostrar que la medida no tiene *bona fide*.

Se sigue el modelo del TBI de EEUU pero de forma más contundente, acercándose al nuevo modelo canadiense: una medida tomada para proteger o mejorar los intereses del bienestar público básico no será considerada como expropiación³⁴⁷.

En este sentido, el NAFTA, añade un anexo B interpretativo de su artículo 6:

³⁴⁵ ICSID, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A.v. República de Costa Rica*, ICSID Caso n° Arb/96/1, 15 ICSID Review –*Foreign Investment Law Journal*, 72, P. 192 (2000).

³⁴⁶ En el mismo sentido, *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, 22 June 1984, 6 Iran-US CTR 219. En años recientes, normas más específicas sobre inversiones en los tratados han clarificado la aplicación de la doctrina de *regulatory taking* (p.ej. el Acuerdo Bilateral de Inversiones US-Uruguay de 2004 y el acuerdo bilateral de inversión US-Chile de 2003, que clarifican las circunstancias en las que la regulación constituye una expropiación).

³⁴⁷ United States Model Bilateral Investment Treaty, 2004, Annex B, disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/38710.pdf>. En el Nuevo modelo de ABI canadiense, se emplea el mismo lenguaje; Canada, Model Foreign Investment Protection Agreement, Annex B.13(1) <http://www.international.gc.ca/assets/trade-agreements-accords-commerciaux/pdfs/2004-FIPA-model-en.pdf>

4. La segunda situación abordada por el artículo 6 [Expropiación e Indemnización] (1) es la expropiación indirecta, cuando una acción o una serie de acciones por una Parte tiene un efecto equivalente a una expropiación directa sin la transferencia de la titularidad o confiscación pura y simple.

(a) La determinación de si una acción o una serie de acciones por una Parte, en una situación de hecho, constituye una expropiación indirecta, requiere de un análisis caso por caso, que considere, entre otros factores:

(i) el impacto económico de la acción gubernamental, aunque el hecho de que una acción o una serie de acciones por una Parte tenga un efecto negativo sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no determina que se haya producido una expropiación indirecta;

(ii) la medida en que la acción del gobierno interfiera con las razonables expectativas de la inversión, y (iii) el carácter de la acción gubernamental.

(b) Salvo en raras circunstancias, las medidas reglamentarias no discriminatorias adoptadas por una Parte que son diseñados y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas”

El acuerdo regional entre los Estados del Este y Sur de Africa de mayo de 2007 es muy claro a este respecto:

“Artículo 20.8

De conformidad con el derecho de los Estados a regular y los principios del derecho internacional consuetudinario sobre los poderes de policía, la medidas legislativas adoptadas por de buena fe por un Estado miembro que se elaboren y apliquen para proteger o mejorar los objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente , no constituyen una expropiación indirecta en virtud del presente Artículo 40 ”

v. Arbitraje.-

El mecanismo de resolución de controversias que se incluye en la mayoría de los AI recientes prevé varias opciones. La primera es que el inversor pueda acudir a los tribunales internos; o bien acudir al arbitraje internacional, el proceso de arbitraje inversor-Estado, que permite a los inversores extranjeros el derecho a iniciar arbitrajes internacionales directamente frente al Estado anfitrión por supuestos incumplimientos de los derechos del AI, configurándose ambas vías como excluyentes entre sí.

Esto implica que el inversor extranjero tiene la facultad de recurrir directamente al CIADI, sin necesidad de agotar recursos internos, privilegio que no tienen los ciudadanos frente al Estado. Como se recordará, el agotamiento previo de las instancias internas, fue la base de la doctrina o cláusula Calvo, que materializo el principio general según el cual las diferencias con los ciudadanos extranjeros debían necesariamente ser solucionados por los tribunales locales evitando la intervención diplomática del país de pertenencia. Las inversiones hechas por extranjeros están sometidas también a la ley nacional y en caso de diferencias, son los tribunales nacionales los que aplican la ley³⁴⁸.

La base de su doctrina se fundamenta en estos principios básicos:

- a) los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier forma de interferencia o injerencia por parte de otros Estados;
- b)) los extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales y, en caso de diferencias o reclamaciones, tendrán la obligación de acabar todos los recursos legales ante los

³⁴⁸ Esta teoría fue desarrollada por el jurista argentino Carlos Calvo en su libro *Derecho internacional teórico y práctico*, publicado por primera vez en 1868.

tribunales locales. El Estado del cual es nacional pierde el derecho de ejercer la protección y el derecho a la intervención directa.

Algunos acuerdos se apartan sin embargo del modelo anterior, conocido como “*fork-in-the-road*”, y exigen que el inversor –salvo acuerdo en contrario de las partes–, someta primero la controversia a los tribunales nacionales, pudiendo acudir al arbitraje internacional si, transcurridos 18 meses, no hubieran dictado sentencia o no hubieran atendido sus pretensiones.

Una tercera modalidad, que resulta menos favorable para el inversor, y también menos frecuente en la práctica, se recoge en el en APPRI España-Argentina, que en su artículo 10 dispone:

“1. Las controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra Parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.

2. Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión.

4. La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes: a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes; b) cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido.

5. En los casos previstos por el párrafo 3 anterior, las controversias entre las partes, en el sentido de este artículo, se someterán de común acuerdo, cuando las partes en la controversia no hubieren acordado otra cosa, sea a un procedimiento arbitral en el marco del “Convenio sobre Arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, del 18 de marzo de 1965 ».

También figura en los APPRI de Argentina con Canadá y con el Reino Unido y el APPRI España-Uruguay. No obstante, en estos APPRI el inversor también puede evitar el recurso a los tribunales internos del Estado huésped y acudir directamente al arbitraje.³⁴⁹

Los inversores suelen preferir el arbitraje internacional porque supone una alternativa rápida, fiable, cuasi-judicial y que les asegura confidencialidad. Las instituciones que supervisan el arbitraje son el Centro Internacional para la resolución de disputas en materia de inversiones (CIADI), la Cámara de Comercio internacional, y la Cámara de Comercio de Estocolmo. Desde un punto de vista sustantivo, puede recurrirse a las normas de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho del Comercio Internacional para la resolución de estos arbitrajes *ad hoc*.

³⁴⁹ Como estos acuerdos contienen una cláusula de nación más favorecida, en la medida en que las partes hayan celebrado tratados de protección de inversiones con terceros países cuyos mecanismos de solución de controversias excluyen el recurso previo a los tribunales internos, tal exigencia se puede obviar igualmente en relación con las inversiones entre las partes. En este sentido, se puede traer a colación la decisión del caso *Maffezini c. España*, del tribunal arbitral del CIADI de 25 de enero de 2000 sobre excepciones a la jurisdicción. Diez-Hochleitner, *La eficacia de los Tratados de Protección de Inversiones Extranjeras*, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, disponible en <http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/Diez-Hochleitner.pdf>.

Sin embargo, desde la perspectiva del estado anfitrión, no suelen presentar tantas ventajas:

- Por un lado, el recurso al arbitraje internacional puede debilitar la posición negociadora de los estados de acogida de la inversión frente a los inversores internacionales³⁵⁰.
- El arbitraje tiende a ser más caro que la litigación doméstica (tanto en términos procesales, como por la compensación a pagar). Así mismo la posición del estado de acogida tiende a debilitarse debido a que los árbitros elegidos, generalmente pertenecientes a grandes firmas, están más familiarizados con las necesidades de las grandes multinacionales que con las de los estados de acogida de la inversión. Por todo ello, pueden resultar perjudiciales para los países en desarrollo³⁵¹.
- Los laudos arbitrales no están sujetos a apelación (el CIADI prevé un procedimiento de anulación, pero sólo por defectos como corrupción o manifiesto abuso de poder). Además las decisiones son de aplicación directa y no necesitan de ninguna ley nacional para que sea reconocida y ejecutada por el Estado de recepción.
- Muchos de estos arbitrajes tienen lugar en un contexto de absoluta confidencialidad, lo que a su vez plantea sus propios problemas de derechos humanos³⁵². Por ejemplo, las normas procedimentales para los arbitrajes internacionales generalmente contemplan restricciones para el acceso a las vistas orales, para la publicación de los laudos, y el planteamiento de alegaciones por terceros ("*amicus curiae*"). La falta de transparencia procedimental es particularmente relevante en los arbitrajes *ad hoc*, mientras que los tribunales permanentes (especialmente el CIADI) han realizado a este respecto algún avance. Por ejemplo, las reglas arbitrales del CIADI, según se han reformado recientemente, permiten que los árbitros den acceso a alegaciones escritas de terceros no partes de la disputa (Rule 37(2)), y si las partes lo consienten, permitir que estas personas asistan a las vistas orales (Rule 32(2)).³⁵³
- Además, a diferencia de procesos comerciales, y debido a que muchos tratados están redactados en lenguaje muy genérico, en los procesos arbitrales se pueden plantear un amplio abanico de temas que no se plantearían si solamente los Estados tuvieran la capacidad de iniciar el proceso. Hasta la fecha, estos temas planteados por los

³⁵⁰ Von Moltke, *An International Investment...* op. cit. Del mismo modo en un reciente estudio de la UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, (UNCTAD/ITE/IIA/2007/3), se destacan las desventajas de los ABI con disposiciones demasiado amplias o imprecisas en materia de arbitraje.

³⁵¹ UNCTAD, *World Investment Report 2003*, p. 117.

³⁵² El CIADI, como entidad que sido incorporada en muchos AI, es el órgano arbitral que hace públicos la mayoría de sus laudos. Sin embargo, el texto de estos acuerdos puede mantenerse en privado si ambas partes acuerdan no hacerlos públicos. Por tanto estos arbitrajes se critican porque podrían crear un régimen que carezca de las salvaguardias de transparencia. Véase Suda, R., *The Effect of Bilateral Investment Treaties on Human Rights Enforcement and Realization*, Global Law Working Paper 01/05, NYU School of Laws, Symposium –“Transnational Corporations and Human Rights”.

³⁵³ En años recientes, organizaciones de la sociedad civil han formulado alegaciones escritas bajo el procedimiento del CIADI, alegaciones que han sido aceptadas por los árbitros. (ej. Caso *Biwater v. Tanzania* donde los árbitros reconocieron que el procedimiento arbitral no sólo planteaba cuestiones comerciales sino también temas significativos de interés público, que justificaban las alegaciones de terceros). En los arbitrajes del NAFTA, una nota interpretativa de 2001 de la *Nafta Free Trade Commission* mejoró el acceso público a los documentos relativos a los procedimientos arbitrales, sujeto a la protección de información comercial confidencial. Además, una decisión de la Comisión de 2003, estableció un proceso de *amicus curiae*, posibilidad que se aceptó por vez primera en el caso *Methanex v. US*. El acceso a las vistas públicas y a documentos relativos a los procedimientos ha resultado sin embargo ser más problemático, en la medida en que está sujeto al consentimiento de las partes. Si el inversor y/o el estado objetan, los árbitros del CIADI no tienen poder para permitir la participación de la sociedad civil en la vista (caso *Biwater v. Tanzania*).

inversores incluyen medidas fiscales, temas medioambientales, cambios en normativa de radio y televisión, regalías, etc.³⁵⁴

- Las exigencias laxas sobre la nacionalidad del inversor que se usan en la mayoría de los tratados de inversión (que generalmente se refieren al Estado de la empresa multinacional) permiten a los inversores identificar un Estado de conveniencia con relativa facilidad incluso si tienen poca conexión real con este estado. Así, ha habido denuncias sobre distorsiones como “*treaty-shopping*” en relación con las cláusulas de arbitraje de los tratados de inversión: los inversores cuyos estados de origen no han firmado un tratado de inversión con el Estado de acogida, eligen un Estado de conveniencia para plantear el arbitraje.³⁵⁵

En definitiva se puede concluir que nuevamente, este enfoque *supuestamente no discriminatorio* pone en evidencia que mientras los gobiernos de los países receptores de la inversión sólo pueden acudir a los tribunales nacionales, los inversores extranjeros pueden recurrir a un arbitraje internacional que no llega a reconocer las diferencias entre el contexto comercial relativamente directo y la red de relaciones creada por una inversión en la comunidad anfitriona y en los múltiples niveles de gobierno³⁵⁶.

En el acuerdo modelo del IISD, tanto las diferencias Estado-Estado como inversor-Estado, parten del mismo procedimiento. En el caso Estado-inversor se añade el requerimiento de agotar las soluciones locales cuando estén disponibles.

Y es que este último punto ha devenido crítico. Si en un principio la práctica estándar fue resolver las diferencias a través de medios administrativos y judiciales locales, en los últimos años y con la proliferación de AI esta regla se ha revertido, y el resultado ha sido internacionalizar todo tipo de diferencias nacionales por violación de contrato o cualquier otra demanda.

Como en el APPRI España-Argentina, el acuerdo modelo crea un paso de mediación obligatoria previa al arbitraje. Con ello se pretende elevar el perfil de los procesos de solución de diferencias alternativos y que en última instancia, las relaciones entre inversores y los estados anfitriones sean positivas a largo plazo³⁵⁷.

vi. Principio de Nación más favorecida.-

La relación entre inversor, el país de origen del inversor y país de acogida de la inversión está condicionada por muchos factores que escapan al control de país de acogida, que es el único actor de la cadena de inversión que está sujeto al principio de nación más favorecida (NMF) y ello teniendo en cuenta que las implicaciones de este principio respecto al logro de objetivos de desarrollo sostenible son complejas:

³⁵⁴ Para las limitaciones al estado anfitrión a través del procedimiento de resolución de controversias, véase Cosbey, A. y otros, *International Investment and Sustainable Development: A guide to the Use and Potential of International Investment Agreements*, IISD, 2004.

³⁵⁵ Peterson L.E and Gray, K.R., *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, 2003, IISD.

³⁵⁶ Véase, Mann, H., *Private rights, Public Problems: A guide to NAFTA's controversial chapter on investor rights*, IISD, 2001. disponible en:<http://www.iisd.org/publications/publication.asp?pno=270>.

³⁵⁷ El IISD aboga por la introducción de centros de mediación regionales con el ánimo de que se cumplan con las costumbres tradicionales y las situaciones políticas regionales, etc. implicadas.

-por un lado, los inversores pueden usar los estándares sociales o medioambientales como instrumentos competitivos para ejercer presión sobre otro inversor. "Lo último que debería hacer un acuerdo internacional de inversión es promover banderas de conveniencia en la inversión"³⁵⁸. En este sentido, la búsqueda de un equilibrio entre los derechos y obligaciones de los estados anfitriones y los inversores, ha llevado al IISD a limitar el posible uso abusivo de esta regla en la medida en que pueda ser aplicada –como han permitido algunos arbitrajes- permitiendo a los inversores elegir lo mejor de cualquiera y todas las reglas de inversión internacional o leyes nacionales disponibles para cualquier inversor extranjero. De ahí que el acuerdo modelo limite esta disposición a futuros acuerdos solamente, y excluyendo disposiciones procedimentales y a todas las medidas de una Parte cubiertas por el acuerdo (art. 6).

-Por otro, el estado de acogida necesita en algunas ocasiones acciones selectivas para el cumplimiento de objetivos sociales, económicos o medioambientales. Por ejemplo, ¿puede imponer el estado de acogida requerimientos adicionales a empresas con prácticas forestales agresivas? En algunos casos la necesidad de imponer exigencias adicionales al inversor se podrá determinar en una fase de negociación o preestablecimiento³⁵⁹, mientras que en otras, será el devenir del proyecto de inversión el que imponga o no su necesidad. La cuestión de si una práctica infringe o no el principio de NMF será una cuestión a determinar en última instancia por el procedimiento de resolución de controversias. Otra posibilidad es tratar a los inversores de países diferentes de forma distinta: en estos casos se asume que el país de acogida ha alineado la inversión con sus propios modelos de ventajas comparativas y su estadio de desarrollo con las ventajas comparativas del socio. En definitiva, en la medida en que los países estén más integrados en la economía global, puede resultarles necesario hacer excepciones al principio NMF.

-Finalmente, con la creciente integración internacional de las cadenas de producción, en algunos casos la responsabilidad efectiva sobre ciertas prácticas laborales y medioambientales puede recaer en el país de origen del inversor más que en la gestión del país receptor de la inversión.³⁶⁰

vii. Trato nacional.-

El tratamiento nacional puede ser interpretado como la igualdad formal de trato entre inversores nacionales y extranjeros. Sin embargo, cuando los países parte del acuerdo ostentan distintos niveles de desarrollo, tal igualdad formal puede obviar importantes diferencias en la situación actual y en las capacidades de las empresas de cada parte.

Algunos ABI no incluyen el estándar de trato nacional en sus disposiciones. Este acercamiento ha sido seguido por aquellos países que consideran que el tratamiento nacional puede resultar poco favorable a sus empresas. Es cierto que esta opción es muy restrictiva pero existen algunos acuerdos que la contienen como el ASEAN (art. IV)³⁶¹ y algunos ABI firmados por China, Noruega y Suecia.

³⁵⁸ Von Molkte, *An International Investment...* op.cit. p. 56.

³⁵⁹ Algunos países extienden la NMF tanto a la fase de pre como de post-establecimiento (art. 1103 del NAFTA) mientras que otros sólo a la fase de post establecimiento (Carta de la Energía, art. 10.7).

³⁶⁰ Von Molkte, *An International Investment ...*op. cit. p. 59.

³⁶¹ Artículo IV: "Dos o más de las Partes contratantes podrán negociar a conceder el trato nacional en el marco del presente Acuerdo. Nada de lo aquí establecido dará derecho de cualquier otra parte a reclamar el trato nacional en virtud de la nación más favorecida en principio "

A partir de esta opción existen varias formas de concesión del tratamiento nacional:

a. Tratamiento nacional en la fase de post-establecimiento. (Ej. ABI Dinamarca-Indonesia (art. 3), ABI Indonesia-Suiza (art. 3.3)). Esta posibilidad preserva la discrecionalidad del Estado ofreciendo el tratamiento nacional a los inversores extranjeros en la fase de post-establecimiento. Este acercamiento ha sido usado por los países de acogida que quieren otorgar el tratamiento nacional sin limitar demasiado sus poderes regulatorios.

b. En la fase de pre-establecimiento.

Se puede prever un tratamiento nacional extensible a la fase de pre y post-establecimiento pero con cierto grado de control sobre las limitaciones y condiciones de entrada. Aquí puede haber dos variantes: una lista positiva (*opt-in, bottom up approach*) como la del art. XVII del GATS según la cual ninguna industria o actividad estará sujeto al tratamiento nacional en la fase de preestablecimiento a menos que se reconozca explícitamente por el país de acogida.

Una opción “best endeavours”, de tal manera que los países en desarrollo no están obligados legalmente a conceder el tratamiento nacional en la fase de preestablecimiento. Una disposición *best endeavours* se asocia a un compromiso de conceder (o negociar) tratamiento nacional en la fase de preestablecimiento pero permitiendo un periodo transitorio. Las desventajas de esta posibilidad son claras: desincentiva a los inversores dada la incertidumbre a medio plazo, inversores que esperarán probablemente a la expiración de tal período.

Otra alternativa sería una extensión completa salvo para aquellas actividades o industrias específicamente excluidas en el tratado.

Las exigencias de trato nacional pueden hacer más difícil para los Estados anfitriones adoptar acciones afirmativas a favor de los grupos desfavorecidos. Por ejemplo, la *South Africa's National Water Act* de 1998 establece un tratamiento favorable en la asignación de agua para aquellos que sufrieron discriminación racial en la era del apartheid. Esto puede resultar en diferencias de trato entre los nacionales en posición de desventaja y los inversores extranjeros, y por tanto ir contra las obligaciones de trato nacional – a menos que se negocien excepciones específicas a tales obligaciones y se incluyan en el tratado.

Según esto, el modelo del IISD reconoce el tratamiento nacional para inversores y la inversión, estableciendo una exclusión específica para que el gobierno pueda utilizar medidas gubernamentales para promover negocios nacionales o requerimientos de contenido nacional. (art. 5.d)

El elemento clave está pues en la interpretación de qué deban ser “circunstancias similares”. Conforme al acuerdo modelo “es muy raro que dos inversiones tengan el mismo paquete regulatorio para todas sus operaciones, aunque algunos elementos puedan ser los mismos.” De ahí que el párrafo e) art. 5 del acuerdo modelo exija una interpretación más general que los intérpretes del Acuerdo están obligados a aplicar: que se incluyan todos los posibles factores relevantes e impide que se recurra simplemente a un solo factor, como ser un exportador. El listado también exige expresamente la consideración de las metas de los objetivos en cuestión, asegurando que no solamente los efectos de la medida sean parte de la prueba.

“5. e) *Para mayor seguridad, el concepto de “circunstancias similares” requiere una revisión global, caso por caso, de todas las circunstancias de una inversión, lo que incluye, inter alia:*

a) *sus efectos sobre terceros y la comunidad local,*

- b) sus efectos sobre el medioambiente local, regional o nacional o el patrimonio mundial,
- c) el sector donde se halla el inversor;
- d) el objetivo de una medida en cuestión,
- e) el proceso regulatorio generalmente aplicado en relación con una medida en cuestión,
- f) otros factores directamente relacionados con la inversión o el inversor en relación con la medida en cuestión.”

Como afirma von Moltke, la no discriminación gira en torno a la obligación de tratar inversiones similares de forma idéntica. Un régimen comercial no puede promover la sostenibilidad a menos que sea posible distinguir entre productos producidos con sostenibilidad y aquellos que no. Durante muchos años, el GATT/OMC ha mantenido firme e incorrectamente que los productos no podían distinguirse por su modo de producción³⁶². Esta posición insostenible se diferenció por vez primera en el informe del panel de apelación sobre el caso camarón³⁶³.

Si las distinciones entre los productos “similares” en el comercio internacional necesitadas para asegurar mayor sostenibilidad de la producción han probado ser difíciles de introducir, la determinación de lo que sean inversiones similares es seguro que resultará problemática. En principio, el texto de la mayoría de los acuerdos de inversión existentes se refieren no a las inversiones *similares* sino que exigen la NMF y el tratamiento nacional en “circunstancias similares”³⁶⁴.

Una nota interpretativa del presidente de las negociaciones del MAI de marzo de 1998 muestra el primer paso hacia la discusión de las dificultades en torno a la NMF y el Trato nacional en las inversiones:

“El trato nacional y trato de nación más favorecida se refieren las normas que requieren una comparación entre el tratamiento de un inversor extranjero y las inversiones y el tratamiento de los inversores domésticos o de terceros países y las inversiones. Los gobiernos pueden tener motivos legítimos de política para conceder un trato diferenciado a los diferentes tipos de inversiones. De igual manera, los gobiernos pueden tener motivos legítimos para conceder un trato diferenciado a los inversores nacionales y extranjeros y sus inversiones en determinadas circunstancias, por ejemplo cuando sea necesario para garantizar el cumplimiento de determinadas leyes nacionales que no sean incompatibles con el trato nacional y trato de nación más favorecida. El hecho de que una medida aplicada por un gobierno tenga un efecto

³⁶² Por ejemplo el GATT de 1994 establece que “...cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad otorgada por cualquier parte contratante a cualquier producto originario o destinado a cualquier otro país deberá ser concedida de forma inmediata e incondicionada a cualquier producto similar que se origine o con destino a los territorios de cualquier otra parte contratante” (Art. 1.1.). “Los productos del territorio de cualquier parte contratante importados al territorio de cualquier otra parte contratante no estarán sujetos, directa o indirectamente, a impuestos internos u otras cargas internas que excedan de las aplicadas directa o indirectamente a los productos domésticos” (Art. III.2). Véase Howse, R. y Regan, R. *The product/process distinction –An illusory basis for disciplining unilateralism in trade policy* (January 2000 draft, http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/resem_e.htm).

³⁶³ WT/DS58/AB/R, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distab_e.htm.

³⁶⁴ Los negociadores del GATT reconocieron que una palabra más contundente (por ejemplo “idéntico” o “igual”) anularía la efectividad de los principios centrales sobre los que descansa el régimen multilateral. Del mismo modo, una palabra menos contundente (como similar) habría expuesto al régimen a todo tipo de discriminaciones arbitrarias. Desgraciadamente, los intérpretes del GATT han tendido a enfatizar la legalidad de la obligación sobre la necesidad de interpretar la palabra indeterminada “like”. Von Moltke, *An International Investment...*, op.cit. p. 60.

*diferente sobre la inversión o un inversor de otra Parte, no hace que la medida resulte en sí misma incompatible con el trato nacional y trato de nación más favorecida. El objetivo de "en circunstancias similares" es permitir el examen de todas las circunstancias pertinentes, incluidas las relativas a un inversor extranjero y sus inversiones, en la decisión de qué inversores domésticos o de terceros países deben ser comparados".*³⁶⁵

No obstante, este texto no aborda algunas cuestiones fundamentales en torno al concepto de "circunstancias similares" en un acuerdo de inversión. En primer lugar, el proceso interpretativo que es necesario para que estas observaciones se hagan efectivas, proceso que depende de forma crítica de las capacidades institucionales del régimen. Un régimen de inversión sin una secretaría efectiva, con un proceso de resolución de controversias que descansa en un grupo cambiante de árbitros y sin mecanismos de transparencia a disposición del público, resultará inefectivo. La experiencia del NAFTA con sus modestas capacidades institucionales es ilustrativa a este respecto³⁶⁶.

Del mismo modo, la nota interpretativa tampoco aborda adecuadamente la dimensión temporal de la inversión: las circunstancias pueden cambiar con el tiempo pero la inversión productiva continuará, y en consecuencia, las *circunstancias similares* pueden implicar una gran variación. Como indica von Moltke, el ámbito medioambiental es especialmente ilustrativo de los problemas planteados por el principio de trato nacional. Por una parte, la gestión medioambiental exige procedimientos complejos de concesión de licencias y permisos, la valoración de la amenaza medioambiental, las características de la instalación, e incluso la presión de la opinión pública. Ello determina que los bienes medioambientales y las instalaciones que sobre ellos operan y las medidas a aplicar sean difícilmente comparables con otras. Junto a ello, el continuo desarrollo de las tecnologías para proteger el medioambiente implica continuos cambios en las medidas a aplicar. Por último, la capacidad de absorción del medio ambiente, que representa un recurso escaso, y para el que no existen derechos de propiedad, implica un proceso complejo de distribución de intereses públicos y privados.

viii. No discriminación.-

El principio de no discriminación puede ofrecer dos vertientes:

- a) aplicado a inversores extranjeros frente a inversores nacionales, implicaría reducir el apoyo gubernamental hacia empresas locales que cumplan con estándares de responsabilidad social, o hacia empresas cuyas actividades se pretendan favorecer con vistas a estos objetivos (ej. *infant industry measures*).
- b) Aplicado a inversores extranjeros vs. inversores extranjeros, implica evitar dar un tratamiento preferencial a empresas que operen de forma responsable o con buena reputación en responsabilidad social.

ix. Trato justo y equitativo.-

Las disposiciones de trato justo y equitativo han sido alegadas por los inversores para reclamar estándares de protección más allá del mínimo trato requerido según el Derecho internacional general. Sin embargo, ampliar el trato justo y equitativo más allá del mínimo

³⁶⁵ *Environment and labour in the MAI: Chairman's proposal*, March 1998, <http://www.oecd.org>, 25 August 1998.

³⁶⁶ Muchlinski, "The Social Dimension of International Investment Agreements", *Governance Development and Globalisation*, 2000.

estándar puede restringir indebidamente el margen de maniobra del Estado receptor en la regulación de la inversión extranjera en su territorio sobre todo si se tiene en cuenta que la laxitud de este estándar puede permitir a los inversores reclamar violaciones en un amplio rango de medidas estatales.

El estándar del trato justo y equitativo ha suscitado un debate considerable dentro del NAFTA, donde los árbitros establecieron que las medidas medioambientales adoptadas por los Estados miembros en ausencia de mínimas exigencias de transparencia violaban el estándar de trato justo y equitativo incluido en el tratado (*Metalclad Corporation v. United Mexican States*). En 2001, la Comisión de libre comercio del NAFTA publicó una nota interpretativa que clarificaba que el trato justo y equitativo del NAFTA no exigía un tratamiento más allá de los mínimos estándares de trato ya exigidos por el Derecho internacional. Por su parte, recientes fallos arbitrales del NAFTA han adoptado una interpretación más estrecha del trato justo y equitativo (ej. en *S.D. Myers Inc. V. Government of Canada*³⁶⁷, y en *Methanex Corp. v. United States of America*³⁶⁸).

Sin embargo, fuera del NAFTA se ha seguido una interpretación más amplia de trato justo y equitativo requiriendo a los Estados asegurar “estabilidad y certeza en el marco inversor”—por ej. en *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*³⁶⁹.

En definitiva a pesar de los avances en la interpretación de trato justo y equitativo, se necesita la continua vigilancia de la sociedad civil para asegurar que esta cláusula no se convierta en un cajón de sastre para que los inversores cuestionen la legalidad de las medidas domésticas que afecten negativamente a sus intereses.

x. Otras disposiciones.-

Transparencia.-

Hemos hablado antes de la necesidad de transparencia en el proceso arbitral. Pero las exigencias de transparencia van más allá. En procesos dinámicos como lo son las inversiones la transparencia es una institución crítica: la transparencia asegura el acceso a la información y la participación de actores clave, que pueden estar en continua mutación.

Así, los requisitos de transparencia imponen por ejemplo a las empresas la obligación de informar a los gobiernos sobre los impactos sociales o medioambientales de sus proyectos de inversión en la fase de negociación. Igualmente, ha de reconocerse que los Estados tienen el derecho de obtener la información necesaria para la toma de una decisión informada sobre una inversión, siempre con la reserva de información confidencial. En este contexto, ha de realizarse el papel de las comunidades locales en el proceso, estableciendo desde que los Estados puedan hacer pública la información a la comunidad donde se sitúe la inversión hasta la obligación de hacer pública la información.

Por último, y aunque pueda diferirse a la remisión a buenas prácticas de responsabilidad social, o a la legislación del estado nacional del inversor, la obligación de transparencia e información presupone también la transparencia contable a través de la publicación de

³⁶⁷ Partial Award, 13 November 2000, <http://www.appletonlaw.com/cases/Myers%20-%20Final%20Merits%20Award.pdf>.

³⁶⁸ Final Award, 3 August 2005, <http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf>

³⁶⁹ Award, ICSID Case N°. ARB/01/8, 12 May 2005, 44 ILM 1205.

contratos o acuerdos de inversión inversores-gobiernos, información relacionada con pagos a autoridades públicas del Estado anfitrión, impuestos, regalías, etc.

Anticorrupción.-

Según la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción de 2003 y la Convención de la OCDE para la represión del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, que entró en vigor en 1999, es recomendable que se reconozca como inaceptable cualquier práctica de pagos o sobornos con el fin de lograr licencias, permisos o derechos relacionados con la inversión, estableciendo la revocación de la inversiones en caso de incumplimiento.

Del mismo modo, puede exigirse, en línea con el modelo del IISD, un estándar más alto estableciendo la criminalización de este tipo de conductas para los participantes implicados, tanto en el sector privado como en el público.

Una garantía extra contra estas actividades puede establecerse a través de la interdicción de deducciones o gastos comerciales en el estado local y que éste colabore con el tribunal aportando información de la que pueda disponer.

Transferencias de bienes.-

Generalmente, en todos los acuerdos de inversión se permite que los inversores puedan realizar cualesquiera transferencias de bienes que deseen, sin perjuicio del gravamen de impuestos, tasas públicas, regalías, etc. El acuerdo modelo del IISD establece la excepción que permite impedir transferencias en supuestos de crisis de insolvencia, protección de derechos de acreedores, delitos, emisión de garantías, o determinados instrumentos monetarios.

Evaluación del impacto de la inversión.-

Un condicionante clave a la hora de asegurar que las inversiones contribuyan al desarrollo sostenible, es el establecimiento de la obligación mínima de llevar a cabo una evaluación del impacto medioambiental y social de la inversión propuesta en la fase de negociación o de pre-establecimiento de la inversión.

El Acuerdo Modelo del IISD recoge esta alternativa, decantándose por un enfoque realista de establecimiento de estándares mínimos sobre la evaluación del impacto medioambiental y social en la primera reunión de las Partes. Ello, según los autores del Acuerdo, brinda mayor claridad provisoria y una mejor oportunidad para la aceptación de responsabilidades en función de las leyes del estado local del inversor o las del Estado anfitrión. Ello permite además la aceptación de procesos de monitoreo por parte de todos los interesados.

Frente al recurso automático y exclusivo a procesos nacionales de evaluación de impactos, el grupo del IISD optó por este nuevo enfoque que tiene como antecedente el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología que entró en vigor en 2004. En este documento, la ausencia de un proceso nacional para evaluar los impactos de organismos genéticamente modificados o la presencia de un proceso débil para este fin, está reforzada por el establecimiento de requerimientos mínimos en el Protocolo que los Estados pueden exigir que aplique un posible importador o exportador de dichos productos.

Se establece así mismo un proceso de publicación de la información por el que los inversores deberán hacer públicas y accesibles las evaluaciones medioambientales y el impacto social a la comunidad local y las partes interesadas del estado anfitrión, antes de formalizar la inversión.

No se exigen sin embargo en el Modelo, audiencias públicas u otros procedimientos para la participación del público, medida que sería hartamente conveniente y que permitiría por una parte, incorporar al proceso informaciones valiosas para el impacto de la inversión a las que no necesariamente tengan acceso las autoridades públicas, y por otra, dotar de coherencia a todo el ciclo de la inversión, de forma acorde al reconocimiento de la figura del *amicus curiae* en el proceso arbitral, y evitando en consecuencia, posibles costes asociados a la no intervención de terceros en el proceso de evaluación de impactos previos a la inversión.

En cuanto a los estándares para la evaluación del impacto, en materia medioambiental convendría tener en cuenta los principios de precaución y prevención, pudiéndose establecer una remisión a las leyes del Estado anfitrión o local, cualquiera que sea el más riguroso con la inversión. En materia social, la evaluación del impacto, aunque menos frecuente, podría tomar como referencia los estándares internacionales más altos reconocidos por las partes, asociados a los objetivos de desarrollo del Estado receptor de la inversión.

Responsabilidad civil del inversor.-

Otro elemento que pretende corregir la tradicional asimetría de derechos que permite a los inversores extranjeros ser titulares de derechos especiales sin que tengan una correspondiente responsabilidad en el Estado local o anfitrión, es el reconocimiento de la responsabilidad civil al inversor por daños causados en el estado local, independientemente de donde se hayan tomado las decisiones que hayan conducido al daño.

Aplicación del acuerdo.-

La aplicación de un acuerdo es crucial para las metas del desarrollo en la medida en que la efectividad de las normas económicas internacionales depende de la satisfacción de los intereses de todas las partes involucradas. Un instrumento eficaz es el que tiene un impacto significativo, en las direcciones deseadas, en el comportamiento de aquellos a quienes se dirige.

El grado de flexibilidad permitido para la interpretación y aplicación de un AII depende en gran medida del carácter legal del acuerdo, la formulación de disposiciones individuales y la maquinaria institucional establecida para su aplicación. Con razón se ha manifestado que la dimensión de desarrollo de un AII está íntimamente ligada a los acuerdos que las partes hacen para el seguimiento y control de su aplicación, junto con las posibles medidas promocionales y de asistencia técnica³⁷⁰.

La cooperación intergubernamental es a menudo un instrumento esencial para facilitar el cumplimiento de las disposiciones de los acuerdos de inversión. En particular, puede promover la capacidad de los países en desarrollo para tratar de forma efectiva todas las dimensiones de las operaciones de las empresas multinacionales, minimizando los impactos negativos de tales operaciones y maximizando sus efectos positivos.

³⁷⁰ UNCTAD, *International Investment Agreements: Flexibility for Development*, 2000, p. 115.

Los principales tipos de medidas que pueden preverse son las siguientes³⁷¹:

- Intercambio de información entre autoridades en relación con las operaciones del inversor y los gobiernos.
- Acuerdos entre las partes para el reconocimiento y ejecución recíprocos de las sentencias y decisiones de tribunales y autoridades administrativas nacionales. La mayoría de los ABI se refieren al Convenio de Naciones Unidas sobre reconocimiento de laudos arbitrales.
- Acuerdos intergubernamentales para la cooperación y asistencia recíproca respecto a medidas de autoridades nacionales, tales como medidas preliminares o de investigación.
- Acuerdos intergubernamentales para consultas en relación con la implementación de un acuerdo.
- Cooperación directa entre grupos de trabajo de autoridades nacionales ej. Tratados de doble imposición.
- Exigencias de información y reporte. Se asegura así la transparencia de las prácticas de cada parte; de posibles medidas legislativas o cambios introducidos a nivel nacional en relación con el acuerdo de inversión

Conclusiones.-

Los acuerdos sobre inversión internacional constituyen una parte importante de los mecanismos legales y políticos que rigen los procesos económicos de globalización.

Desde sus comienzos a finales de los años cincuenta, estos acuerdos han brindado derechos significativos a los inversores. El modelo actual de los acuerdos de inversión se desarrolló en el contexto político de los años 50 y 60, un período caracterizado por el temor a la diseminación del comunismo y por la preocupación por los impactos de la descolonización sobre intereses comerciales en países en vías de desarrollo que habían conseguido recientemente la independencia. Debido a este origen, los acuerdos iniciales estaban fundados básicamente en un solo aspecto del proceso de inversión: la protección del capital y las inversiones extranjeras.

Sin embargo, en los últimos años, se ha puesto en evidencia que la firma de los acuerdos de inversión no ha servido para promocionar inversiones sostenibles. Además, debido al origen bilateral de la mayoría de los acuerdos, éstos adolecen de insuficiencias institucionales, que por una parte, han servido para apuntalar las asimetrías en el poder relativo de los países parte y en el contenido sustantivo de los acuerdos, y por otra, no ha ayudado a cuestionar el éxito o el fracaso de estos acuerdos.

A mayor abundamiento, el proceso de arbitraje inversor-estado recogido en los acuerdos y desarrollado por la jurisprudencia arbitral- se ha manifestado plagado de conflictos de interés y no ha logrado cumplir con los criterios básicos de legitimidad, transparencia y responsabilidad aplicados a los procesos de solución de diferencias nacionales. Desde un punto de vista material, la resolución de las controversias no ha sabido tener en cuenta los impactos sobre el desarrollo, aferrándose a unos planteamientos unilaterales y demasiado estrechos atentos a la pérdida del valor económico de la inversión.

El modelo de los AI desarrollado hace 50 años ya no cumple con las necesidades de la economía global en el siglo XXI. El hecho de que durante los últimos 20 años, fallaran tres intentos para negociar reglas multilaterales de inversión obligatorias – en las NU, en la

³⁷¹ UNCTAD, *International Investment...*pp. 124-5.

OCDE, y más recientemente, en la OMC- y de que los estándares de responsabilidad voluntarios no hayan penetrado lo suficientemente en las agendas corporativas justifican que estemos ante el momento para un nuevo enfoque que responda a la rápida globalización y a la necesidad de promover el desarrollo sostenible, a través de la incorporación de criterios de responsabilidad en los tratados de inversión.

El Representante Especial de Naciones Unidas para los Negocios y los Derechos Humanos (SRSG) ha reconocido que los AII juegan un importante papel en la definición de la actual relación entre la gobernanza de los derechos humanos y las corporaciones internacionales. En su informe de 2007 el SRSG ya destacaba el amplio contexto en el que han de darse la interpretación de los DDHH y los negocios:

“No hay magia en el mercado. Los mercados funcionan de manera eficiente y sostenible sólo cuando se dan ciertos parámetros institucionales. En general se presupone que las condiciones para el éxito incluyen la protección de los derechos de propiedad, el cumplimiento de los contratos, la competencia y la fluidez de la información. Sin embargo, a menudo se obvia un requisito clave: la reducción de los daños individuales y sociales causados por los mercados. La historia demuestra que ante mercados sin adecuadas salvaguardas institucionales no se devengarán todos sus beneficios y pueden incluso devenir socialmente insostenibles ”.

La IDE no es un fin sino un medio para alcanzar un desarrollo sustentable. La simple atracción de la IDE no es suficiente para generar crecimiento económico sostenible. Los estudios económicos han demostrado que incluso en los países que recibieron la mayor parte de la inversión en la región latinoamericana (Brasil, México y Argentina), la IDE no generó los derrames ni el crecimiento económico sostenible esperado.

Pero es que además, la globalización y la expansión de los AII han impuesto costes a las personas y a las comunidades locales. En la medida en que se puedan identificar estos costes e impactos, los acuerdos internacionales de inversión constituyen el marco institucional idóneo para abordar estas interacciones dinámicas y proteger los derechos humanos, sociales y medioambientales involucrados.

El desafío pues es crear acuerdos internacionales que fomenten el desarrollo sostenible del país anfitrión de la inversión a través de la elaboración de patrones de referencia que identifiquen unos estándares internacionales a seguir a lo largo de todo el proceso de inversión.

En primer lugar, el dinamismo del debate sobre la responsabilidad social corporativa debe aprovecharse para reflexionar sobre todas sus posibilidades: ser selectivos al atraer a los inversores priorizando a aquellos que tengan un buen comportamiento; garantizar que los inversores que reciban derechos como compensación, tengan un buen comportamiento social y medioambiental; la incorporación de las exigencias de rendimiento, etc.

Al mismo tiempo, la IDE tiene que ser concebida como parte integral de una estrategia de desarrollo destinada a mejorar los estándares de vida de la población de un país. Las políticas en materia de IDE tienen que ser conducidas en paralelo con políticas domésticas destinadas a aumentar la capacidad de las empresas nacionales y a proveer estándares de protección social medioambiental.

Existen ya ejemplos de políticas que están siendo implementadas en América Latina con el objetivo de superar problemas de acceso al crédito, o los desafíos de competitividad que enfrentan sus firmas locales, diseñando políticas industriales focalizadas a vincular empresas domésticas con EMN.

Los tratados internacionales, ya sea en la OMC o a nivel de los acuerdos regionales o bilaterales de comercio e inversiones, tienen que dejar a los países en desarrollo el espacio para implementar las políticas necesarias para promover el desarrollo a través de la IDE.

Hasta ahora, la actuación colectiva bajo los auspicios de la OMC, y la proliferación de acuerdos regionales y bilaterales basados en modelos de los países desarrollados, ha logrado bloquear propuestas para desarrollar esas políticas. En este trabajo se reivindica la flexibilidad otorgada por los tratados bilaterales y la necesaria asunción de responsabilidades por parte de los países receptores de la inversión.

Junto a ello, las iniciativas de responsabilidad social podrían ofrecer un tipo de "institucionalidad sin gobierno" (von Moltke) que, si cuentan con una supervisión "múltiple" (consumidores, prensa y ONG por ejemplo) distribuyan la presión de monitoreo que recae sobre las autoridades públicas. Se podrían promover así varios tipos de responsabilidades, por ejemplo, las de carácter medioambiental, laboral, de derechos humanos. De esta forma, se trataría de que empresas y gobiernos con conductas reprochables se enfrentasen en el futuro con problemas de legitimidad, reforzándose al mismo tiempo, la acción social.

El contexto socioeconómico actual de América Latina ofrece una oportunidad para avanzar en este sentido. El concepto de responsabilidad social es cada vez más utilizado en la región, pero al mismo tiempo, ha de experimentar un proceso de adaptación a la idiosincrasia propia de América Latina, y de cada país en particular, para que responda a las necesidades y expectativas de los agentes de interés locales.

Las empresas españolas tienen un papel muy importante en este proceso por varias razones: bien porque los principales sectores que lideran se encuentran en las áreas de servicios públicos, donde se hacen necesarias alianzas público-privadas para garantizar su cobertura universal; bien porque tienen componentes muy altos de sensibilidad ciudadana, como por ejemplo, los servicios financieros; o ya sea porque, simplemente, se ha generado una expectativa social mayor hacia ellas por parte de la ciudadanía debido a los vínculos histórico-culturales.

De ahí que el gran reto que tienen las empresas españolas a la hora de responder a las expectativas de la región en materia de RSE sea, por un lado, generar valor, ampliando su impacto a nivel social, y por otro, integrar en las líneas prioritarias de responsabilidad social empresarial las prioridades locales, consensuadas con los grupos de interés y las administraciones públicas locales.

Una de las conclusiones más importantes desde la perspectiva de los AII y del desarrollo, hace referencia a la concepción de la inversión a lo largo de todo su ciclo de vida, desde la fase de pre-establecimiento hasta la completa ejecución de la inversión.

Durante esta fase de preparación y planeamiento, se toman decisiones clave para determinar el impacto de una inversión sobre una economía nacional, el medio ambiente y la comunidad. Aquí el papel de las agencias de promoción y aseguramiento de inversiones jugará también un rol fundamental en el reparto de las responsabilidades.

La admisión de inversión extranjera productiva en un país, implica un proceso complejo que está diseñado para asegurar que todos los intereses relevantes se tomen en cuenta. Estos procedimientos varían desde la inscripción y la gestión de una empresa a numerosas licencias que autorizan el uso de recursos o instalaciones públicas (permisos ambientales, derechos de utilización de infraestructuras, etc.), desde la evaluación del impacto medioambiental hasta disposiciones sobre salud y seguridad. En esta fase, se produce un

traslado de las responsabilidades hacia el estado anfitrión, que junto con el respeto a los trámites administrativos pertinentes, deberá acompañarlos de los requerimientos procesales apropiados en lo que respecta al suministro de información, la transparencia y la participación pública. Podemos afirmar que un proyecto de inversión que obvие estos requerimientos debilitaría notablemente la consecución de objetivos de sostenibilidad.

Una vez que la inversión se haya realizado, las relaciones entre los principales interesados cambian notablemente. El inversor ha adquirido importantes derechos, no sólo en lo que se refiere a permisos y autorizaciones sino a derechos más amplios basados en la inversión y en los compromisos que implica.

Esta es una tarea exigente que requiere de cuantiosos recursos administrativos. En la mayoría de los casos se habrán de incluir obligaciones de información al público y oportunidades de participación ciudadana ante la posibilidad de impactos extensivos de una inversión.

Tras la determinación inicial de derechos y obligaciones de los interesados clave en una inversión, el foco de atención se centra en asegurar que todas las partes cumplan con sus cometidos y que el equilibrio que se haya establecido se mantenga de una manera apropiada. Es muy importante también que este equilibrio se ajuste a los nuevos desarrollos económicos y a los cambios en las prioridades de políticas, de modo que reflejen estándares de buena gestión.

En definitiva, se podría establecer que la estructura básica de un marco legal de inversiones compatible con dimensiones de responsabilidad social ha de partir:

- En primer lugar, del reconocimiento en el acuerdo del derecho de los estados al desarrollo, y más concretamente, a buscar sus propios objetivos y metas de desarrollo y de política sociales, económicas y otras. Se pretende con ello revertir la tendencia de muchos árbitros de interpretar los acuerdos de inversión internacional con el único objetivo de proteger los derechos del inversor y de la inversión.

- La inserción de principios de Responsabilidad Social Corporativa, armonizando los objetivos estratégicos del inversor y las prioridades sociales y económicas del país receptor. El objetivo es crear instituciones e instrumentos que permitan una buena gestión de la inversión y que conduzcan a resultados que reflejen apropiadamente los intereses de todos los afectados por la inversión.

- Conforme a ello, las medidas que adopte una parte para cumplir con sus obligaciones internacionales o con sus prioridades sociales y económicas no constituirán una violación del acuerdo si se adoptan de buena fe y no discriminatoria.

- Los Estados deben incorporar estas disposiciones a su ley nacional para utilizar sus propios tribunales nacionales para la imposición de obligaciones relacionadas con la inversión. De esta forma, los particulares y las comunidades locales tendrán oportunidades para reclamar el cumplimiento de tales disposiciones o buscar un resarcimiento adecuado en caso de violaciones del Acuerdo, asegurando una estructura institucional que evolucione en base a sus propios éxitos y fracasos.

RECOMENDACIONES

1. La adecuada incorporación de criterios de sostenibilidad en los acuerdos de inversión pasa por incorporar el análisis de los impactos en todo el ciclo de vida de la inversión, desde la gestación de los Acuerdos internacionales, la concesión de créditos por parte de entidades financieras o agencias nacionales de promoción de inversiones hasta el propio contrato de inversión y su implementación en el país de acogida.

Hay que empezar a entender los instrumentos de inversión, ya sean convencionales o puramente domésticos, como procesos dotados de su propia estructura organizativa, de gestión, control y mejora continua. Un régimen de inversión debe asegurar que el desarrollo sostenible sea más que una declaración preambular para convertirse en un objetivo esencial de todo el régimen. La gestión de la sostenibilidad ha de abarcar la fase de negociación, de implementación, de control, esto es, todo el ciclo de vida de la inversión. Por lo tanto, una vez establecidas las prioridades de inversión, la tarea fundamental es encontrar formas de fortalecer la gestión de la inversión nacional a través del diseño de un marco reglamentario y de gestión efectivo, acompañado de un sistema de resolución de controversias ágil y creíble.

2. La valoración de riesgos en el entorno de la inversión, ha sido tradicionalmente previa a la fase de establecimiento de aquélla y prácticamente unilateral, eliminándose cualquier consideración del riesgo en la fase del post-establecimiento y a los posibles impactos o incumplimientos por parte del inversor.

En este sentido, hay que partir del convencimiento de los efectos mutuamente beneficiosos de la incorporación de criterios de sostenibilidad. Las políticas comerciales y de inversión excesivamente cortoplacistas suelen ir acompañadas de mayores costos de eficiencia y de un progresivo aislamiento del inversor en un contexto de creciente competencia, al mismo tiempo que se produce un aumento de riesgos para el Estado receptor.

3. El establecimiento de instrumentos que incorporen objetivos de desarrollo sostenible en el comercio y la inversión internacional pasa no sólo por hacer explícitos estos objetivos en los respectivos tratados y contratos de inversión, sino por la definición de un marco realista que bilateralice los derechos y obligaciones de las partes y les permita ir adaptando sus mutuas necesidades.

4. El equilibrio entre los intereses y objetivos en conflicto supera todavía en gran medida la capacidad de la mayoría de las organizaciones internacionales. Esto exige acuerdos institucionales mucho más dinámicos e innovadores capaces de ajustar los medios a circunstancias cambiantes. La razón fundamental del creciente protagonismo de los Acuerdos bilaterales de inversión estriba precisamente en su dinamismo: estos acuerdos permiten equilibrar objetivos en conflicto que son necesariamente dinámicos y la adopción de estructuras institucionales e instrumentos de gestión flexibles.

Las iniciativas de responsabilidad social basadas en la voluntariedad han dado lugar a una proliferación de códigos de conducta con resultados que no están a la altura de la gravedad de los problemas que se pretenden abordar. Este argumento refuerza la necesidad de adoptar una perspectiva integrada, a través por ejemplo de la necesaria inclusión de obligaciones de responsabilidad social en la política comercial y más concretamente en los acuerdos de inversión, para reforzar el impacto social y medioambiental de éstos.

Finalmente, este marco resulta idóneo si se tienen en cuenta las expectativas puestas en las empresas españolas en América Latina: el fortalecimiento de su aportación al desarrollo

local sostenible, a las alianzas público-privadas y a la transferencia de innovación y tecnologías limpias; el ejercicio de un liderazgo más allá de la filantropía, implicándose con la línea tradicional de negocio; el apoyo a las cadenas de valor locales y fomentando la investigación y el desarrollo orientado a la generación de valor social; el cumplimiento de los estándares de su país de origen; la promoción de la transparencia; la inclusión económico-productiva y la prestación de servicios a los sectores marginados.

5. Estas consideraciones no obstante, no deben hacernos olvidar que para crear un ambiente propicio para la inversión, son esenciales dos elementos: un esfuerzo constante de consolidación de las políticas nacionales y de las instituciones públicas, y la cooperación internacional.

Si se define adecuadamente el marco de colaboración entre empresas y gobiernos precisando las funciones y las responsabilidades respectivas de los poderes públicos y de las empresas, se favorecerá la inversión y se incitará a los actores del sector privado y del sector público a obrar de forma sinérgica para mejorar el bienestar económico, social y medioambiental. En este sentido, los tratados de inversión sirven para identificar derechos que permiten la distribución y asunción los costes inherentes al proceso inversor. Por ejemplo, los derechos de propiedad claramente identificados son una condición necesaria para internalizar los costes medioambientales. Sin tales derechos, los incentivos para actuar responsablemente hacia el medio ambiente rápidamente se erosionan.

Es así mismo importante fortalecer la capacidad de evaluación del impacto de las políticas de inversión de tal manera que la IDE apoye las prioridades de desarrollo del país anfitrión minimizando a su vez los impactos negativos en otras áreas. En este sentido, junto a herramientas como certificaciones, etiquetas ecológicas o sociales, y auditorías, los poderes públicos pueden consolidar la elección del comportamiento responsable de las empresas al proporcionar informaciones sobre prácticas responsables (por ejemplo, los buenos resultados en materia medioambiental) y haciéndolo de tal modo que sea menos costoso elaborar y adoptar prácticas responsables, especialmente al apoyar las iniciativas de las industrias.

6. Desde el punto de vista del contenido de los acuerdos de inversión sostenibles, existe necesidad de un régimen para la inversión internacional que esté caracterizado por una gestión equitativa a todo nivel, y que cumpla con los criterios fundamentales de legitimidad, transparencia y responsabilidad, incorporando las prioridades de desarrollo de los países receptores en el propio régimen de inversión.

La mayoría de los acuerdos de inversión que existen no brinda ninguna consideración visible a los procesos y dilemas de desarrollo, de ahí que hacer explícitos en los Acuerdos de Inversión el apoyo a las políticas de desarrollo, a consideraciones laborales, medioambientales o de protección de la población indígena por ejemplo, ayude al menos a determinar los estándares por los cuales un acuerdo y sus impactos han de ser valorados.

7. El peso relativo de los factores de atracción de la inversión extranjera (localización, salarios, mano de obra cualificada, recursos naturales, etc.) variará según las metas del inversor y las circunstancias del país anfitrión. En función de estos determinantes, se definirán los objetivos materiales de responsabilidad social a incorporar en los compromisos de inversión extranjera, que serán coherentes con las actividades empresariales de los inversores, sus competencias y objetivos estratégicos.

8. El grado de compromiso para la incorporación de criterios de responsabilidad social determina la intensidad de las opciones a elegir: desde una cláusula de cooperación, mediante la cual los países que suscriben el acuerdo se comprometen a cooperar en cuestiones de RSE y a custodiar la conducta responsable de inversores extranjeros y nacionales, hasta la incorporación de disposiciones excepciones y reservas a los principios de NMF, trato nacional y no discriminatorio, reservas a los sectores de inversión o limitando la aplicabilidad de disposiciones específicas, pasando por la obligación de implementación de acuerdos internacionales clave en materia de RSE. Existen, en definitiva, múltiples opciones en mano de los negociadores para abordar los problemas de desarrollo.

9. En relación con las excepciones a la admisión y el establecimiento, los Estados deberían reservarse cierto grado de flexibilidad, incluyendo la discrecionalidad para aprobar o rechazar el acceso de ciertas inversiones sobre la base de protección social, medioambiental, restricciones en industrias estratégicas o en base puramente a consideraciones de desarrollo.

10. Los requisitos de desempeño pueden servir para aportar garantías al cumplimiento de ciertos compromisos que no puede imponer el mercado. El criterio fundamental para decidir si aquéllos son o no excesivos en la práctica, dependerá del marco temporal y la naturaleza de la inversión. Si existe un gran desfase entre las exigencias de desempeño y el horizonte temporal de la inversión y la carga económica impuesta al inversor, su impacto redundará en la reducción de la eficacia económica y en última instancia, en la asfixia de la inversión.

11. El tratamiento nacional puede ser interpretado como la igualdad formal de trato entre inversores nacionales y extranjeros. Sin embargo, cuando los países parte del acuerdo ostentan distintos niveles de desarrollo, tal igualdad formal puede obviar importantes diferencias en la situación actual y en las capacidades de las empresas de cada parte.

12. Del mismo modo, en la medida en que los países estén más integrados en la economía global, puede resultarles necesario hacer excepciones al principio NMF como puede ser el caso de los tratados bilaterales de doble imposición.

13. La transparencia es una institución crítica en materia de inversión: la transparencia asegura el acceso a la información y la participación de actores clave, que pueden estar en continua mutación. La transparencia debe contagiar a todo el proceso de inversión: en primer lugar, los inversores y autoridades locales deberían hacer públicos y accesibles las evaluaciones medioambientales y el impacto social a la comunidad local y las partes interesadas del estado anfitrión, antes de formalizar la inversión. Finalmente, sería aconsejable dotar de mayor transparencia al proceso arbitral a través del reconocimiento de la figura del *amicus curiae* y permitiendo audiencias públicas.

14. El tipo de acercamiento a la flexibilidad que puede ser empleado en un contexto de promoción de la responsabilidad social en materia de inversiones no conoce de normas estrictas ni generales sino que dependerá de las condiciones particulares de cada país y sus estrategias de desarrollo.

15. La intensidad normativa y el lenguaje empleado en cada acuerdo determinarán las distintas posibilidades para que los países en desarrollo avancen hacia sus objetivos de desarrollo. En última instancia, la efectividad de un acuerdo de inversión dependerá de la maquinaria institucional responsable del seguimiento y monitoreo de su aplicación.. Existen varios mecanismos que pueden crearse, desde las meras exigencias de reporte, hasta las funciones consultivas o los mecanismos de queja o resolución de controversias.

Las revisiones totales o parciales de los acuerdos permitirán en última instancia, completar este proceso de elaboración continua e interacción, la revisión y el ajuste a las nuevas realidades y posibilidades.

BIBLIOGRAFIA

Agosin, M. R., *Foreign Direct Investment in Latin America*, Inter-American Development Bank, 1995.

Álvarez, G.A., Park, W.W., "The New FACE of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11", 28, *The Yale Journal of International Law*, 365, 2003.

Shemberg, A. *Stabilization Clauses and Human Rights*, IFC/SRSG Research Paper, March 2008.

Amnistía Internacional, *Las normas de Derechos Humanos de la ONU para las empresas: Hacia la responsabilidad legal*, 2004.

Balsubramanyam, V.N., *Foreign Direct Investment in Developing Countries: Determinants and Impacts*, estudio preparado para el Foro Global de la OCDE sobre Inversión Internacional, Ciudad de México, 26 y 27 de noviembre de 2001.

Belcher, A, "The boundaries of the Firm: the Theories of Coase, Knight and Weitzman", *Legal Studies*, 17, 1997.

Carranza, M., "Can Mercosur Survive?, Domestic and International constraints on Mercosur", *Latin American Politics and Society*, Summer 2003.

CDH-ONU, *La mondialisation et ses effets sur la pleine jouissance des droits de l'homme*, Rapport final présenté par J. Oloka-Onyango et Deepika Udagama, E/CN.4/Sub.2/2003/14, 25 juin 2003, par. 9. |

Clapham, A. en Muchlinski, P., "Human rights and multinationals: is there a problem?", *International Affairs*, 77, 1 (2001), pp. 31-48.

Davarnejad, L, "Strengthening the Social Dimension of International Investment Agreements by integrating codes of conduct for multinational enterprises", Global Forum on International Investment, OCDE, March 2008.

Davrnejad, L., *Report of the High Commissioner for Human Rights*, U.N. Economic and Social Council, Human rights, trade and investment (E/CN.4/Sub.2/2003/9), para. 59:

Demirag, I. (ed.), *Corporate Social Responsibility, Accountability and Governance, Global Perspectives*, Sheffield, 2005; *Liability of Multinational Corporations under International Law*, The Hague 2000 ; UNCTAD, *World Investment Report 2003*, p. 129; UNCTAD, *World Investment Report 2007*, p. 145.

Doane, D., "Beyond corporate social responsibility: minnows, mammoths and markets", *Futures*, 37 (2005), pp. 215-229.

El Boudouhi, S., "L'intérêt Général et les règles substantielles de protection des investissements », *Annuaire Français de Droit International*, LI, 2005.

Fatouros, Arghyrios A., "International Investment Agreements and Development-Problems and Prospects at the turn of the Century", in: Hafer, Gerhard et al. (eds.): *Liber amicorum-*

Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honour of his 80th birthday, The Hague 1998, pp.115-132 .

Fauchère, B., “La responsabilidad social de las empresas y los códigos de conducta, ¿nuevos retos o viejos debates? *Futuros, Revista latinoamericana y caribeña de desarrollo sustentable*, nº9, año 2005, vol.3.

Giordano, P., Masquita, M., Quevedo, F., *Tratamientos de las asimetrías en los acuerdos de comercio e integración*, 2002 .

Graham E.M., y Robinson, D. J., eds., *Global Competition Policy*, 1997, p. 8.

Griller, S. (Ed.) *International Economic Governance and Non-Economic Concerns – New Challenges for the International Legal Order*, 2003.

Grisel, F. “Arbitrage d’investissement et promotion du développement économique: une étude de cas”, en Gaillard, E., “A Black Year for ICSID”, *New York Law Journal*, 1er mars 2007.

Hallwardi-Driemeier, M., *Do Bilateral Investment Treaties attract FDI?*, 2003, disponible en: http://econ.worldbank.org/files/29143_wps3121.pdf.

Hirsch, M., “Interactions between Investment and Non-Investment Obligations in International Investment Law”, in: Muchlinski, P./Ortino, F./Schreuer, Chr., *The Oxford Handbook of International Investment Law* (OUP) ILA Committee on the International Law on Foreign Investment (2008), <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>.

IISD, *Globalización, Inversión Extranjera y Desarrollo Sustentable: Lecciones desde las Américas*, 2007.

International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), *Investment Promotion and Protection Treaties*, 2004.

International Financial Corporation, *Measuring Sustainability. A Framework for Private Sector Investments*, 2003

International Institute for Sustainable Development (IISD), (Acuerdo Internacional Modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible, disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf.

Kaufmann D. et al., “Governance Matters: From Measurement to Action”, 2000, 27 *Finance and Development*, p. 10; Kaufmann, D. et al., “Aggregating Governance Indicators”, *World Bank Policy Research Working Paper*, n. 2195 (1999), www.worldbank.org/wbi/governance.

Knight, F., *Risk, Uncertainty and Profit*, 1921.

Kriebaum, U., “Privatizing Human Rights. The Interface between International Investment Protection and Human Rights”, in: Reinisch, August/Kriebaum, Ursula (eds.), *The Law of International Relations – Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, 2007.

Lozano, J. M., et al., *Los gobiernos y la responsabilidad social de las empresas. Políticas públicas más allá de la regulación y la voluntariedad*, 2005.

Mann, H., *Una agenda sureña para la inversión*, 2005.

Markusen, J., "The Boundaries of Multinational Enterprises and the Theory of International Trade.", *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 9, Number 2. Spring 1995, pp. 169-189.

Mary Hallward-Driemer, *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit...and they could bite*, World Bank, June 2003, http://econ.worldbank.org/files/29143_wps3121.pdf.

Meessen, en "Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht", *Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen/International Law Problems of Multinational Corporations*, 1978, p. 399.

Moran, T., *The Relationship between Trade, Foreign Investment, and Development: New Evidence, Strategy and Tactics under the Doha Development Agenda Negotiations*, November, 2002.

Muchlinski, P., "Caveat investor"? The relevance of the conduct of the investor under the fair and equitable treatment Standard", *ICLQ* vol 55, July 2006, pp-527-558.

Muchlinski, Peter, Corporate Social Responsibility and International Investment Law, in: Muchlinski, Peter/Ortino, Frederico/Schreuer, Christoph, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (OUP) ILA Committee on the International Law on Foreign Investment (forthcoming 2008),

Muhaddisoglu H., Cantor, M., *Background on US and EU approaches to labour and environment chapters in free trade agreements*, 2003.

OECD, *The Relationship Between Regional Trade Agreements and the Multilateral Trading System: Investment, Labour Mobility, Rules of Origin*. Trade Directorate. Paris, December 10-11., 2001.

OECD, *Foreign Direct Investment for Development Maximising Benefits, Minimising Costs*. Committee on International Investment and Multinational Enterprises (CIME). Paris, 2002.

OECD, *Public Sector Transparency and International Investment Policy*. Directorate For Financial, Fiscal And Enterprise Affairs. April 11, 2003.

OECD, *Policies Toward Attracting Foreign Direct Investment: Guiding Principles, Checklist on FDI Incentives*. Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs. April, 2003.

OECD, *L'expropriation indirecte et le droit de réglementer*, en *Le Droit international de l'investissement*, n° 2004/4, OECD Working Papers on International Investments, OECD Directorate for Financial and Enterprises Affaires.

OECD, *Investment for Development. Investment policy co-operation with non-OECD countries*, Annual Report 2007.

OECD, *Initiative on Investment for Development*, 2005.

OECD, *International Investment Law. Understanding Concepts and Tracking Innovations*, 2008.

OCDE, *Marco de acción para la inversión*, 2006.

OECD, *Outil de sensibilisation au risque de l'OCDE destiné aux entreprises multinationales opérant dans les zones à déficit de gouvernance*, 2006.

Organización de Estados Americanos, "Investment Agreements in the Western Hemisphere: A Compendium." FTAA Negotiating Group on Investment. OAS Trade Unit. October, 1999.

Ortino, F., "From Non-Discrimination to Reasonableness", A paradigm Shift in International Economic Law?", *Jean Monnet Working Papers*, 1/2005, pp. 53-57.

Ortino, F., "The Social Dimension of International Investment Agreements: Drafting a New BIT/MIT Model?", in: *International Law FORUM du droit international* 2007, p. 243-250;

Ortino, F., *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A comparative Analysis of EC and WTO Law*, 2004.

Penfold, B. *Labour and Employment Issues in Foreign Direct Investment: Public Support Conditionalities*, Working Paper n° 95, International Labour Office.

Perry, A.J., "The relationship between Legal Systems and Economic Development: Integrating Economic and Cultural Approaches", *Journal of Law and Society*, Volume 29, Number 2, June 2002, pp. 282-307.

Peterson, L. E., Gray K. R., "International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration", 2003, trabajo presentado por el International Institute for Sustainable Development (IISD) al Swiss Department of Foreign Affairs.

Reid, E., "Squaring the Circle for Tomorrow's World: A comparative Analysis of the Approaches of the EC and WTO to balancing Economic and Non-economic Interests in International Trade", en Tridimas, T. y Nebbia, P. (eds.), *European Union Law for the Twenty-First Century: Volume I- Rethinking the New Legal Order*, 2004, p. 303 y ss.

Reinisch, August, "Investment and..."- The Broader Picture of Investment Law, in: Reinisch, August/Knahr, Christina (eds.), *International Investment Law in Context*, Utrecht 2008.

Renouard, C., « La responsabilité sociale des multinationales spécialisées dans l'extraction des minerais et hydrocarbures », *Revue Trimestrielle LexisNexis*, JurisClasseur, avril-mai-juin 2008, p-485-495.

Report EP- Social Affairs Commission, 2002 April 30th, Final A5 -0159/2002, p. 18, "Opinion of the Economic and Social Committee on the Green Paper", ESC 355/2002 DE/MEV/JKB/hm 2002 March 20th.

Howse, R.; Regan, R., "The product/process distinction –An illusory basis for disciplining unilateralism in trade policy" (January 2000 draft, http://www.wto.org/english/res_e/reser_

Ronstanf, G., "Les relations tumultueuses entre économie et société", en *Reconcilier l'économie et le social*, OCDE, 1996.

Ruggie, J., http://www2.ohchr.org/english/issues/trans_corporations/index.html, y del *Business and Human Rights Report Centre* en: <http://www.business-humanrights.org>.

Salacuse, J. y Sullivan, N. P., "Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain", *Harvard International Law Journal*, vol. 46, nº1 (invierno 2005), pp. 67-130.

Schreurer, C., *The ICSID Convention: a Commentary*, 2001.

Serna, M., *Desarrollo desigual e integración: las múltiples asimetrías del MERCOSUR*, 2001.

Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, 2nd Edition, 2004.

Srur, M. A., "The International Investment Regime: Towards Evolutionary Bilateral & Regional Investment Treaties?", *Manchester Journal of International Economic Law* 2004, pp. 54-75.

UNCTAD, *International Investment Instruments: A compendium, vol. III, Regional integration, bilateral and nongovernmental instruments*, New York, 1996, pp. 115-258.

UNCTAD, *World Investment Report. Trends and Determinants*, 1998.

UNCTAD, *Foreign Direct Investment and Development. Series on issues in international Investment agreements*. 1999.

UNCTAD, *World Investment Report. Promoting Linkages*, 2001.

UNCTAD, *Trade and Development Report, 2002*.

UNCTAD, *World investment Report 2003*.

UNCTAD, *Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries*, 2003.

UNCTAD, *Incentives. Serie sobre Asuntos de Acuerdos sobre Inversión Internacional de la UNCTAD. 2004*.

UNCTAD, *Prospects for Foreign Direct Investment and the Strategies of Transnational Corporations 2005-2008*, 2005.

UNCTAD, *World Investment Report, FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development*, 2006.

UNCTAD *Trade and Development Report, 2007*.

UNCTAD, *Recent Development in International Investment Agreements (2006-June 2007)*, 2007.

UNCTAD, *World Investment Report 2007*.

Verdier, T., «Intégration commerciale socialement responsable: une approche en termes d'économie politique», *Revue d'économie du développement*, vol. 19, 2005/4.

Von Moltke, K., *International Environmental management, trade regimes and sustainability*, IISD, 1995, <http://iisd.ca/pdf/envmanage.pdf>.

Waregne, J-M., « La Conférence Ministérielle de l'OMC à Doha. Le cycle du développement », *Courrier Hebdomadaire*, CRISP, n° 1739-1740, 2001, p. 55.

World Bank Group, *Doing Business*, 2008.

World Trade Organization, *The Legal Texts. The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*. 1999.

Zerk, J.A., *Multinationals and Corporate Social Responsibility, Limitations and Opportunities in International Law*, 2006.

Bajo el título «Avances de Investigación», se editan en formato electrónico, para su acceso libre desde la página web de la Fundación, los resultados iniciales de los proyectos que han sido objeto de financiación a través de la Convocatoria de Ayudas a la Investigación, Becas de Estancias Cortas o informes realizados por encargo directo de la Fundación y de su Centro de Estudios.

Fundación Carolina

C/ General Rodrigo, 6, cuerpo alto-4º piso
Edif. Germania
28003 Madrid
informacion@fundacioncarolina.es

CeALCI

C/ Guzmán el Bueno, 133-5º dcha
Edif. Britannia
28003 Madrid
cealci@fundacioncarolina.es