

LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES Y SU UTILIDAD PARA LOS INVERSORES ESPAÑOLES EN LATINOAMÉRICA

 JAVIER ILLESCAS
Abogado ()*

1. INTRODUCCIÓN

Puede resultar casi tópico hacer referencia al espectacular incremento de la inversión española en Latinoamérica en la segunda mitad de la pasada década. No obstante, creemos conveniente recordar que en el período 1996-2001 la inversión anual española en Latinoamérica se multiplicó por 12 (de 1.700 a 23.000 millones de euros) y representó el 45% de la inversión total española en el exterior. En 1999 supuso el 65% de la inversión comunitaria en la región y superó a la de los Estados Unidos, tradicionalmente el primer inversor en el sub-continente¹.

Ese esfuerzo inversor, centrado singularmente en los sectores financiero, energético, de telecomunicaciones y de infraestructuras, se ha visto sustancialmente reducido en los dos últimos años. La disminución ha obedecido en parte a la reducción de las oportunidades de inversión —fruto a su vez de la culminación de los procesos de privatización implementados por muchos Estados latinoamericanos en el período 1990-2000— y a la lógica saturación producida por la alta inversión recibida por el sub-continente. Otros factores determinantes parecen haber sido la ralentización de la economía mundial y, muy especialmente, las especiales circunstancias

que atraviesan muchos países latinoamericanos en la actualidad.

De entre tales circunstancias destaca la profunda crisis social y económica de la Argentina y el riesgo de «contagio» a otros países. También han influido las incertidumbres que han rodeado las recientes elecciones presidenciales en Brasil, al recrudecimiento del conflicto interno en Colombia, el especial impacto de la ralentización de la economía estadounidense en México, la inestabilidad política en Venezuela y la crisis que en el Perú siguió a la salida del presidente Fujimori.

La crisis que parece cernirse sobre la región ha tenido como consecuencia en muchos casos la pérdida de valor de las inversiones efectuadas allí por empresas extranjeras. Como resulta obvio, aunque un inversor pueda buscar cobertura por vía convencional o contractual frente a los efectos del normal juego de los ciclos y crisis económicas y del paralelo incremento o disminución del valor de las inversiones, no hay norma jurídica general que proteja a un inversor de esos riesgos empresariales y económicos.

Sin embargo, en un entorno de crisis económica los poderes públicos suelen mostrarse más dispuestos a alterar el marco legal vigente en el momento en el que se realizaron las inversiones. Esas alteraciones, que intentan justificarse en el interés general, pueden

* Abogado del Departamento de Derecho Mercantil de Uría & Menéndez.

¹ Fuentes: Banco de España; Banco Interamericano de Desarrollo; Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).

llegar a incrementar la pérdida sufrida por los inversores como consecuencia de la crisis económica.

Esa natural inclinación de los poderes públicos a alterar el régimen jurídico aplicable a una inversión en el contexto de una crisis forma parte del concepto de «riesgo político» que, por oposición al de «riesgo económico», se define como el riesgo de pérdida de valor de una inversión por causas distintas de las puramente económicas o empresariales. Puesto en positivo el «riesgo político» se define como el riesgo de que las autoridades de un Estado adopten medidas perjudiciales para las inversiones realizadas en ese Estado, reduciendo así el valor de éstas. Evidentemente, el «riesgo político» es mayor en países en desarrollo como los latinoamericanos, que normalmente presentan una menor estabilidad política y jurídica, y en inversiones relativas a servicios públicos o infraestructuras, que tienen mayor relevancia para la economía de un Estado y una mayor visibilidad.

Las llamadas «medidas de emergencia» adoptadas por la Argentina en los últimos 20 meses suministran numerosos ejemplos de riesgo político. Así, por ejemplo, la Ley argentina 25.561, de 6 de enero de 2002, convirtió a pesos argentinos las tarifas fijadas en dólares estadounidenses en los contratos de concesión de servicios públicos². Esa redenominación *ope legis* ha supuesto que las empresas concesionarias de servicios públicos en Argentina hayan pasado a percibir contraprestaciones sustancialmente menores que las que tenían reconocidas originalmente y, por tanto, ha incrementado el perjuicio sufrido por esas empresas por la disminución de su volumen de negocios consecuencia de la crisis económica general que atraviesa el país.

A diferencia de lo que ocurre con el «riesgo económico» asociado a una crisis económica, sí existen normas jurídicas generales que, junto a posibles coberturas de tipo privado que pueda tener el inversor, ofrecen salvaguardas a los inversores frente al

«riesgo político». Entre las coberturas de tipo convencional que frente al «riesgo político» pueden encontrar los inversores destacan los seguros de riesgo político que ofrecen la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación (CESCE) y la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA)³.

Las salvaguardas ofrecidas por normas jurídicas generales pueden encontrarse en primer lugar en el Derecho interno del Estado huésped de la inversión⁴. Sin embargo, la efectividad de estas normas es limitada. En primer lugar, la capacidad de los poderes públicos de un Estado de alterar su propio ordenamiento jurídico interno conlleva que no pueda confiarse en la estabilidad de aquéllas. Pero, además, la aplicación de esas normas corresponde normalmente a los propios tribunales internos del Estado huésped y, por tanto, su eficacia práctica dependerá del reconocimiento que esos tribunales internos, que son los del propio Estado en conflicto, quieran otorgarles.

Esas dos deficiencias han llevado, por un lado, a que la protección sustantiva frente al «riesgo político» se haya intentado fijar en el Derecho internacional y, por otro, a crear foros y procedimientos jurisdiccionales internacionalizados. La finalidad de esas dos vías ha sido evitar que la protección de inversiones pueda ser retirada por cada Estado de forma unilateral y que la aplicación efectiva de ésta quede en manos de los tribunales del propio Estado afectado.

Los esfuerzos en la primera de las vías señaladas se han plasmado fundamentalmente en la firma de Tratados o Acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones, comúnmente designados por su acrónimo en castellano (APPRI) o en inglés (BITs: «*bilateral investment treaties*»)⁵. Mediante estos acuerdos los Estados parte asumen recíprocamente y frente a los inversores del otro Estado parte una serie de compromisos que suelen dividirse en cinco grandes áreas:

² Véase H. Mairal: «Argentina: El Derecho en tiempos de cólera», *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 3, 2002, págs. 9-23 (en especial, págs. 18-19) y E. Rodríguez-Rovira y J. Illescas: «Apunte sobre la posible incidencia de las medidas de emergencia argentinas en las obligaciones sometidas a Derecho español», *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 2, 2002, págs. 113-118.

³ La Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) fue creada en el ámbito del Banco Mundial por la Convención de Washington de 11 de octubre de 1985.

⁴ Tal protección aparece recogida en ocasiones en leyes internas «sobre inversión extranjera» (p.ej. la Ley argentina 21.382 de Inversiones Extranjeras y el Decreto-Ley chileno 600 sobre el Estatuto de la Inversión Extranjera) pero también en las propias normas constitucionales (piénsese, por ejemplo, en el reconocimiento constitucional que suele darse al Derecho de propiedad).

- Admisión y promoción por cada uno de los Estados parte (el llamado «Estado huésped») de las inversiones procedentes del otro Estado;
- Tratamiento y protección por el Estado huésped de las inversiones procedentes del otro Estado (donde suelen preverse estándares de tratamiento de tipo absoluto y relativo);
- Prohibición de toda medida de expropiación por el Estado huésped de las inversiones procedentes del otro Estado, excepto cuando medie compensación;
- Libre transferencia de las rentas obtenidas en relación con las inversiones procedentes del otro Estado y repatriación de esas inversiones; y
- Resolución de controversias entre el Estado huésped y los inversores del otro Estado.

Resulta conveniente destacar que estos compromisos y la protección que de ellos se deriva son compatibles con los seguros y garantías que el inversor pueda haber contratado con agencias como CESCE o MIGA⁶.

Por su parte, la búsqueda de un foro internacional al cual someter las disputas relativas a la protección de inversiones dio lugar a la creación, en el ámbito del Banco Mundial y por el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 o «Convenio CIADI», del Centro Internacional de Arreglo de

Diferencias relativas a Inversiones, comúnmente designado por su acrónimo en inglés —ICSID— o en Español —CIADI⁷.

España ha firmado y tiene en vigor con Estados latinoamericanos 17 APPRI's cuyas previsiones pueden resultar de especial utilidad en momentos como los actuales en que el riesgo político asociado a los países latinoamericanos parece incrementarse. Además, España y muchos Estados latinoamericanos se han adherido al Convenio CIADI.

El objeto de este artículo es describir someramente la protección que los APPRI's firmados por España con países latinoamericanos pueden brindar a los inversores españoles, indicar la especial relación entre esos Tratados y el Convenio CIADI y señalar algunas pautas que desde el punto de vista de la protección internacional de inversiones es conveniente tener presente a la hora de estructurar una inversión extranjera en Latinoamérica.

En definitiva, esperamos que esta descripción genérica sirva para fomentar el interés por estos instrumentos que, sin solucionar todos los riesgos políticos asociados a las inversiones en el exterior, ofrecen determinadas salvaguardas que pueden ser de gran utilidad para los inversores españoles en Latinoamérica. Prueba de esa utilidad es el creciente número de reclamaciones que inversores extranjeros están presentando contra Estados con fundamento en estos Tratados⁸.

⁵ Junto a estos Tratados bilaterales existen Tratados multilaterales que contienen normas similares en cuanto a la protección de inversiones. De entre éstos cabe destacar el Capítulo 11 del Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (ALCAN-NAFTA) de 17 de diciembre de 1992 y el Tratado de la Carta de la Energía hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994. España ratificó el Tratado de la Carta de la Energía mediante instrumento de ratificación de 11 de diciembre de 1997 (BOE. de 17 de marzo de 1998).

El esfuerzo desarrollado bajo los auspicios de la OCDE para lograr un verdadero Tratado multilateral en materia de protección de inversiones ha fracasado. Tal proyecto de Tratado, más conocido por su acrónimo en inglés: MAI, pretendía superar el complejo entramado de acuerdos bilaterales que actualmente conforman los APPRI's de la misma manera que los acuerdos relativos a la Organización Mundial del Comercio (y los que precedieron a éstos) simplificaron la compleja regulación bilateral del comercio internacional.

⁶ Tal compatibilidad viene reconocida por los propios APPRI's, que bajo el título de «principio de subrogación», prevén la posibilidad de que el Estado del que es nacional el inversor o una agencia designada por aquel (CESCE en el caso de España) se pueda subrogar en la posición del inversor a efectos del APPRI tras realizar un pago conforme a un seguro o garantía de riesgos no comerciales. En el caso de las pólizas MIGA la subrogación está prevista en el artículo 18 de la Convención de Washington de 11 de octubre de 1985 por la que se creó MIGA.

⁷ Para un mayor detalle acerca del especial carácter del CIADI como institución puede consultarse J. Vives Chillida: *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones*, Madrid, 1998.

⁸ En la actualidad están en marcha alrededor de 16 reclamaciones presentadas por inversores extranjeros contra Estados latinoamericanos en el CIADI de las cuales la mayoría han sido presentadas presumiblemente con fundamento en este tipo de Tratados. De tales reclamaciones sólo dos parecen haber sido presentadas por inversores españoles (*Tecmed v. México* y *Repsol YPF Ecuador v. Ecuador*). Fuente: www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm (última consulta realizada el 23 de abril de 2003).

2. LOS APPRIS FIRMADOS POR ESPAÑA CON ESTADOS LATINOAMERICANOS

España tiene actualmente en vigor 47 Tratados bilaterales de protección de inversiones (de los que, como hemos señalado antes, 17 son con países de Latinoamérica)⁹, cifra nada despreciable si se compara con la de otros Estados OCDE (Estados Unidos tiene en vigor 31 APPRIs¹⁰) y con el número de APPRIs existentes en todo el mundo (alrededor de 2.000¹¹).

Un repaso a los Estados y las fechas de los APPRIs firmados por España permite extraer dos elementos definidores de la política española en este campo. De un lado, el esfuerzo español por concluir APPRIs se inició hace apenas 15 años y, por tanto, es contemporáneo del significativo incremento de la inversión española en el exterior. De otro lado, esos APPRIs se han concluido mayoritariamente con Estados localizados en aquellas áreas que en última instancia estaban y están llamadas a ser los principales focos de inversión española fuera de los Estados OCDE: Latinoamérica, por razones históricas y culturales, y Europa del Este, por su proximidad e indudable relación con la Unión Europea.

En particular, respecto al área de nuestro interés, Latinoamérica, destaca que España tiene APPRIs en vigor con la práctica totalidad de Estados latinoamericanos (ver cuadro)¹². Entre las escasas ausencias tan sólo parecen dignas de mención las de Brasil, Colombia y Guatemala. Tales ausencias aparecen justificadas por la política de tales países pues no tienen en vigor ningún Tratado de protección de inversiones¹³. Además, todos los Estados con que España ha firmado un

APPRI, a excepción de Cuba, México y la República Dominicana, se han adherido al Convenio CIADI.

<i>APPRIs firmados por España con Estados Latinoamericanos y actualmente en vigor</i>		
Estado	Firma	Entrada en vigor
<i>Chile</i>	2 octubre 1991	29 marzo 1994
<i>Argentina</i>	3 octubre 1991	28 septiembre 1992
<i>Uruguay</i>	7 abril 1992	6 mayo 1994
<i>Paraguay</i>	11 octubre 1993	22 noviembre 1996
<i>Nicaragua</i>	16 marzo 1994	28 marzo 1995
<i>Honduras</i>	18 marzo 1994	23 mayo 1996
<i>Cuba</i>	27 mayo 1994	9 junio 1995
<i>Perú</i>	17 noviembre 1994	16 febrero 1996
<i>El Salvador</i>	14 febrero 1995	20 febrero 1996
<i>República Dominicana</i>	16 marzo 1995	7 octubre 1996
<i>México</i>	22 junio 1995	18 diciembre 1996
<i>Venezuela</i>	2 noviembre 1995	10 septiembre 1997
<i>Ecuador</i>	26 junio 1996	18 junio 1997
<i>Costa Rica</i>	8 julio 1997	9 junio 1999
<i>Panamá</i>	10 noviembre 1997	31 julio 1998
<i>Bolivia</i>	29 octubre 2001	9 julio 2002
<i>Jamaica</i>	13 marzo 2002	25 noviembre 2002

Los APPRIs firmados por España (incluidos los firmados con Estados latinoamericanos) responden a la estructura que habitualmente presentan este tipo de Tratados. Esa estructura tiene su origen en dos modelos preparados en 1959 y en 1967 por un grupo de estudio privado y la OCDE que, con el tiempo y ciertas modificaciones fruto de la experiencia, han generado unos contenidos estándar en este tipo de Tratados¹⁴.

⁹ La lista completa de BITs españoles en vigor puede ser consultada en www.mcx.es/polco/InversionesExteriores/acuerdosinternacionales/apris/acuerdosappris.pdf (última visita el 22 de abril de 2003, datos actualizados a 3 de febrero de 2003).

¹⁰ Fuente: www.state.gov/www/issues/economic/bit—treaty.html, última visita el 22 de abril de 2003, datos actualizados a 1 de noviembre de 2000.

¹¹ La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo-UNCTAD cifraba el número de BITs en 1.857 a finales de 1999 (UNCTAD: *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, New York, 2000, pág. 1).

¹² Fuente: véase nota al pie número 9.

¹³ Fuente: www.worldbank.org/icsid/treaties/ii-country.pdf, última visita el 22 de abril de 2003. Véase también el artículo publicado en el diario brasileño *Jornal Valor Econômico*, «Investimentos: Governo deve retirar do Congresso textos não-ratificados prejudiciais ao interesse nacional. País deve derrubar acordos externos», 10 de diciembre de 2002, pág. A-3.

¹⁴ Algunos Estados han intentado homogeneizar aún más los APPRIs que firman mediante la preparación de modelos que sirven de base para la negociación de los APPRIs que celebran. Estados Unidos constituye el perfecto ejemplo del uso de modelos de APPRIs. El Departamento de Estado estadounidense preparó el primer modelo de BIT estadounidense en 1980 y desde entonces lo actualiza periódicamente. Véase K. Vandeveld: «The Bilateral Investment Treaty Program of the United States», *Cornell International Law Journal*, vol. 21, 1988, págs. 201-276; «U.S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave», *Michigan Journal of International Law*, vol. 14, 1993, págs. 621-702.

De ahí que los 17 APPRIs españoles con Estados latinoamericanos presenten un contenido muy similar que, de forma genérica, puede ser resumido en las siete cláusulas principales que describimos en los sub-apartados que siguen.

2.1. Promoción y admisión de inversiones

En primer lugar, todos los APPRIs de España con países latinoamericanos incluyen una cláusula conforme al cual cada Estado parte se compromete a promover y admitir en su territorio las inversiones de los nacionales del otro Estado. Tal cláusula tiene un carácter más bien retórico pues supedita el acceso de las inversiones a la conformidad con la legislación interna del propio Estado huésped que, lógicamente, puede ser alterada por éste para limitar el acceso.

Esta cláusula suele complementarse con otras que, en síntesis, aseguran que el Estado huésped concederá en el marco de su legislación las autorizaciones necesarias para la realización de la inversión y mantendrá informado al otro Estado de las oportunidades de inversión que pudiesen surgir en el territorio de aquél.

Merece la pena señalar que otros Estados, a diferencia de lo que parece ser la política española en este campo, sí introducen en este tipo de cláusulas auténticas garantías de acceso de sus inversiones a los Estados con que firman estos Tratados (p.ej. APPRIs Estados Unidos-Panamá y Estados Unidos-Argentina).

2.2. El estándar de tratamiento absoluto: el trato justo y equitativo

Todos los APPRIs consagran la obligación del Estado huésped de otorgar a las inversiones procedentes del otro Estado parte un tratamiento acorde con una serie de estándares. Estos estándares suelen clasificarse, según vayan o no referidos al tratamiento otorgado a otros sujetos, en absolutos y relativos.

El estándar de tratamiento *absoluto* que invariablemente aparece en los APPRIs es el de *trato justo y equitativo*. Este estándar suele ir acompañado de

otras menciones tales como la obligación de cada Estado de otorgar *plena protección y seguridad* a las inversiones de nacionales del otro Estado y la prohibición de obstaculizar el funcionamiento, disfrute o liquidación de éstas con medidas arbitrarias o discriminatorias.

Este estándar constituye, desde el punto de vista de protección sustantiva, el núcleo central de todo Tratado de protección de inversiones. Su importancia puede ser apreciada desde dos perspectivas.

En primer lugar, aunque el estándar pueda parecer indefinido, establece claramente una obligación de medios y de diligencia para el Estado huésped que tiene cierta eficacia en la práctica.

Las «medidas de emergencia» argentinas nos proporcionan un ejemplo claro. El Decreto argentino 214/2002, de 3 de febrero, convirtió a pesos argentinos todas las obligaciones dinerarias expresadas en moneda extranjera y sometidas a Derecho argentino. Un año después, el Decreto argentino 53/2003, de 9 de enero, alteró las normas de pesificación para excluir aquellas obligaciones de que fuesen deudores residentes extranjeros o sociedades argentinas controladas por residentes extranjeros. Sin embargo, esa exclusión fue derogada al día siguiente por el Decreto 70/2003. En la decisión del Gobierno argentino de acabar de un día para otro con una norma dictada por él mismo debió pesar que, de haberla mantenido, habría infringido claramente el compromiso de trato justo y equitativo y de no adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias asumido por la Argentina en los APPRIs que ha firmado con 54 Estados¹⁵.

Además, no faltan ejemplos en la práctica en que Tribunales arbitrales han apreciado la conculcación de este estándar de tratamiento por Estados parte de un BIT. Por ejemplo, en el único Laudo que a la fecha se ha dictado en una controversia frente a España, el Tribunal arbitral CIADI concluyó que España había incumplido su obligación de otorgar el trato justo y equitativo debido a un inversor argentino conforme al APPRI Argentina-España¹⁶.

¹⁵ La norma derogada podría interpretarse asimismo como contraría al principio de no discriminación frente al nacional al que hacemos referencia en el apartado 2.3 siguiente.

¹⁶ Véase Laudo de 13 de noviembre de 2000 del Tribunal arbitral CIADI en el asunto *Maffezini v. España* (ARB/97/17) reproducido en *ICSID Reports*, vol. 5, Cambridge, 2002, págs. 419-439.

Pero, además de su valor individual como cláusula de protección, el estándar de tratamiento absoluto constituye un elemento de interpretación del resto de previsiones contenidas en todo Tratado de protección de inversiones. Prueba de ello es que la práctica totalidad de reclamaciones presentadas por supuestas expropiaciones suelen fundarse a la vez en incumplimientos de este estándar. En definitiva, podría decirse que el resto de compromisos asumidos por un Estado mediante la firma de un APPRI no son sino concreciones particulares del compromiso más genérico de trato justo y equitativo.

2.3. Los estándares de tratamiento de tipo relativo

Como hemos apuntado antes, junto al estándar de tratamiento absoluto, todos los APPRIs contienen otros estándares de tipo *relativo*: el principio de *no discriminación frente al nacional* y la *cláusula de la nación más favorecida*.

Mediante la asunción de la cláusula de la nación más favorecida el Estado huésped se compromete a que el tratamiento otorgado a los inversores del otro Estado parte del APPRI en cuestión no será menos favorable que el otorgado por el Estado huésped a inversores de un tercer Estado, por ejemplo, en aplicación de otro APPRI firmado por el propio Estado huésped con un tercer Estado.

La relevancia de esta cláusula se aprecia al observar que los Tratados de protección de inversiones, aunque sustancialmente homogéneos en estructura y principales previsiones, no dejan de ser Tratados *bilaterales* y, por tanto, presentan diferencias que pueden llegar a ser significativas. Por ejemplo, ya hemos visto que en materia de admisión y fomento de inversiones los APPRIs firmados por Estados latinoamericanos con Estados Unidos suelen prever condiciones más ventajosas que los APPRIs con España.

Mediante la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida contenida en los APPRIs, los

inversores españoles puedan llegar a beneficiarse de aquellos términos más ventajosos contenidos en APPRIs firmados por los Estados latinoamericanos con Estados distintos a España, como es el caso señalado en el párrafo anterior.

En cuanto al principio de no discriminación frente al nacional, éste obliga al Estado huésped a otorgar a los inversores de la otra parte un trato no menos favorable que el otorgado por aquél a sus propios nacionales. De esta forma, los inversores extranjeros protegidos por un APPRI pueden, en principio, tener acceso a los mismas ventajas y privilegios que el Estado huésped conceda a sus propios nacionales.

Un ejemplo de esas ventajas puede encontrarse en muchos ordenamientos de países latinoamericanos bajo la forma de normas que priman en la contratación pública los bienes y servicios nacionales. Estas normas, llamadas de «compre nacional», pueden encontrarse, por ejemplo, en Argentina y México¹⁷. Pues bien, este tipo de disposiciones pueden llegar a considerarse contrarias al principio de no discriminación frente al nacional por privilegiar la contratación con inversores nacionales frente a inversores protegidos por un APPRI¹⁸.

2.4. Prohibición de expropiación

Todos los APPRIs de España con Estados latinoamericanos prohíben cualquier medida expropiatoria adoptada por el Estado huésped respecto de las inversiones de nacionales del otro Estado que no esté justificada por razones de interés público, no siga el debido proceso legal y no vaya acompañada de una *indemnización* pronta, adecuada, efectiva y en moneda convertible para el inversor que sufre la expropiación. Además, esta prohibición se extiende también a cualquier otra medida que, no siendo expropiatoria en sentido estricto, tenga un *efecto equivalente*.

¹⁷ Véase, en el caso argentino, Leyes 19.820 y 25.551 y, en el mexicano, Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público de 2 de enero de 1999.

¹⁸ Sin embargo, no toda norma que dé preferencia al empleo de productos o servicios de origen nacional es contraria al principio de no discriminación frente al nacional. Véase el reciente Laudo de 9 de enero de 2003 del Tribunal Arbitral CIADI en el asunto *ADF Group v. Estados Unidos* (ARB(AF)/00/1) que consideró que una norma que condicionaba la financiación pública de un proyecto de construcción a que el acero utilizado fuese producido en Estados Unidos no era contraria al principio de no discriminación frente al nacional (laudo no publicado disponible en www.state.gov/documents/organization/16586.pdf, última visita el 23 de abril de 2003).

La prohibición de expropiación constituye, sin duda, la previsión de tipo sustantivo que, en la práctica, viene dando lugar a mayor número de disputas y la que, siquiera como último recurso, ofrece una protección más segura a los inversores.

La especial protección que ofrece esta cláusula se encuentra en que la prohibición de expropiación no alcanza sólo a actos de expropiación en sentido estricto (es decir, aquellos en que el Estado mediante un acto expreso dispone el desplazamiento de la propiedad del inversor) sino que también comprende las medidas adoptadas por el Estado huésped que producen en el inversor un efecto similar a un acto expropiatorio. Son este tipo de medidas, conocidas como «expropiación indirecta» o «*creeping expropriation*», las que vienen siendo objeto de mayores disputas en los últimos años entre inversores extranjeros y Estados.

En particular, debe destacarse que aplicando esa cláusula de protección la jurisprudencia arbitral internacional ha acogido un concepto amplio de «expropiación indirecta» que pone el énfasis en la gravedad del daño o perjuicio causado al inversor extranjero y relega a un segundo plano cuestiones tales como si ha existido un desplazamiento de la titularidad formal de la inversión o si el Estado huésped o algún tercero se han beneficiado de tal expropiación indirecta.

Atendiendo a tal jurisprudencia, cualquier medida atribuible al Estado huésped que tenga una *incidencia sustancial*, esto es, que prive al inversor de forma significativa del beneficio de la inversión, entra *a priori* dentro del concepto de «expropiación indirecta» y, por tanto, requiere que medie una indemnización.

Como ejemplos de expropiación indirecta se pueden señalar la retirada o denegación injustificada de licencias o permisos que, aunque accesorios, son imprescindibles para el aprovechamiento de la inversión. Así, por ejemplo, en el caso *Metalclad v. México*, una empresa estadounidense (Metalclad)

había construido en Guadalcazar (México) una planta de tratamiento de residuos peligrosos previa obtención de todos los permisos de actividad y de impacto medioambiental. Metalclad, al parecer confiando en las afirmaciones de miembros del poder ejecutivo federal mexicano, no solicitó el permiso local de construcción de la planta. Una vez solicitado, el ayuntamiento de Guadalcazar lo denegó mediante resoluciones que carecían del debido fundamento legal. Metalclad demandó a México por incumplimiento del Capítulo 11 del Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (que tiene un contenido similar al de un APPRI). El Tribunal arbitral CIADI consideró que la denegación infundada a Metalclad de un permiso municipal de construcción era equivalente en sus efectos a una expropiación de la planta de reciclaje pues, en los hechos, impedía a Metalclad ponerla en funcionamiento y le privaba del valor de su inversión. Además, el Tribunal consideró que México había incumplido su obligación de trato justo y equitativo por no haber informado a Metalclad de la necesidad de obtener ese permiso¹⁹.

Es en este contexto donde no parece descabellado sostener que los efectos de las «medidas de emergencia» argentinas en determinados inversores extranjeros en Argentina podrían llegar a ser consideradas como una «expropiación indirecta». El número de reclamaciones frente a la Argentina presentadas ante CIADI desde el 1 de enero de 2002 parece indicar que no son pocos los inversores extranjeros en Argentina que han adoptado esa posición²⁰.

No obstante lo anterior, la prohibición de expropiación directa o indirecta no debe tomarse como un vía por la cual un inversor extranjero puede impugnar o pretender una indemnización por toda medida regulatoria adoptada por el Estado huésped que provoca un daño o perjuicio en su inversión. Esa prohibición modera el poder soberano del Estado huésped para regular su economía pero no lo anula. Por ello, puede llegar a resultar

¹⁹ Laudo de 30 de agosto de 2000, asunto ARB/(AF)/97/1, reproducido en *ICSID Reports*, vol. 5, cit., págs. 209-235.

²⁰ Las reclamaciones sometidas al CIADI frente a la República Argentina desde 1 de enero de 2002 han sido presentadas por Camuzzi International S.A. (Asuntos ARB/03/7 y ARB/03/02), Metalpar, S.A. (ARB/03/05), AES Corporation (ARB/02/17), Sempra Energy (ARB/02/16), Siemens AG (ARB/02/08) y LG&E Energy (ARB/02/01) y Continental Casualty Company (ARB/03/9). Por el momento, no ha sido registrado por el CIADI ninguna solicitud de arbitraje por un inversor español.

difícil discernir cuando una medida del Estado huésped deja de ser válida conforme al APPRI en cuestión para pasar a ser expropiatoria. En este sentido puede resultar ilustrativo que recientemente dos Tribunales arbitrales UNCITRAL decidiendo sobre los mismos hechos pero con distintas partes —en uno de los arbitrajes la parte demandante era el inversor último y en el otro una sociedad intermedia— han llegado a conclusiones absolutamente divergentes en cuanto a la existencia de una expropiación indirecta²¹.

Por último, conviene recordar que la cláusula de la nación más favorecida también puede resultar de aplicación en sede de expropiación. En particular, son muchos los APPRIs firmados por España que para fijar la indemnización que debe satisfacerse al inversor siguen un criterio de *indemnización adecuada* que resulta más impreciso que el de *indemnización conforme a valor real o valor de mercado* que contienen muchos otros APPRIs firmados por Estados latinoamericanos con terceros países.

2.5. Libre transferencia de rentas

La última previsión de carácter sustantivo de todo APPRI establece la obligación de cada Estado de permitir a los inversores del otro Estado la libre transferencia de las rentas y otros pagos relacionados con las inversiones realizadas en el territorio de aquél, incluyendo la libre transferencia de las sumas obtenidas por la liquidación de la inversión y, en muchos casos, de las sumas debidas por financiaciones recibidas en relación con la inversión. Tal obligación restringe la soberanía de un Estado para aplicar controles de cambios a las operaciones de transferencia de las rentas de inversión más allá de las obligaciones impuestas por los Estatutos del Fondo Monetario Internacional, que se centran en mayor medida en operaciones relativas a la balanza por cuenta corriente²².

Este principio de libre transferibilidad resulta de especialidad utilidad en países con economías en desarrollo en que toda crisis económica suele ir acompañada de crisis cambiarias que los Estados tratan de aliviar estableciendo prohibiciones a las transferencias con destino al exterior. De nuevo, las medidas de emergencia brindan un ejemplo al respecto pues desde la aprobación del Decreto argentino 1570/2001 la compra de divisas y su posterior transferencia desde Argentina ha dejado de ser libre. Otro ejemplo puede encontrarse en la Providencia Administrativa número 25, de 22 de abril de 2003, dictada por la Comisión de Administración de Divisas de Venezuela, que ha impuesto restricciones a la transferencia de divisas por entidades privadas para el pago de financiaciones recibidas del exterior.

2.6. La protección de los contratos de concesión

Tradicionalmente, el mayor número de disputas entre inversores extranjeros y Estados huésped han tenido por objeto contratos de concesión entre el Estado huésped e inversores extranjeros. En particular, gran parte de los laudos que han contribuido a la formación de una jurisprudencia en materia de expropiación y, en general, de protección de inversiones han versado sobre contratos de concesión de explotación de pozos de petróleo²³. Por ello, puede resultar extraño a algún lector que en ninguno de los apartados anteriores se haya hecho referencia a la protección que los APPRIs brindan en cuanto a contratos de concesión celebrados por inversores extranjeros con el Estado huésped.

La razón se encuentra en que la mayoría de los APPRIs españoles (como los de muchos otros Estados) no contienen normalmente una cláusula de protección expresa frente a alteraciones en contratos de concesión. De los 17 APPRIs de España con Estados latinoamericanos sólo cinco (los Tratados con Boli-

²¹ Véase Laudo del Tribunal arbitral UNCITRAL de 13 de septiembre de 2001 en el asunto CME v República Checa y laudo del Tribunal arbitral UNCITRAL de septiembre de 2001 en el asunto *Ronald Lauder v. República Checa*. Estos laudos no han sido publicados pero pueden encontrarse en www.mfcr.cz/index—en.php (última visita el 23 de abril de 2003).

²² Véase art. XIV de los Estatutos del Fondo Monetario Internacional cuya primera redacción fue aprobada en Bretton Woods el 22 de julio de 1922 y F.A. Mann: *The Legal Aspect of Money*, Oxford, 1992, págs. 526-529.

²³ Algunos ejemplos son *Aminoil v. Kuwait* (laudo de 24 de marzo de 1982, reproducido en *International Legal Materials*, vol. 21, 1982, págs. 976-1048), y *Liamco v. Libia* (laudo de 12 de abril de 1977, reproducido en *International Legal Materials*, vol. 20, 1981, págs. 1-87). Sobre los casos relativos a contratos de explotación de pozos que siguieron a la revolución iraní de 1979, véase G. Aldrich: *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Oxford, 1996 y A. Mouri: *The International Law of Expropriation as Reflected in the Work of the Iran-U.S. Claims Tribunal*, Dordrecht, 1994.

via, Costa Rica, Jamaica, Panamá y Venezuela) disponen expresamente que cada Estado debe cumplir cualquier obligación que haya asumido en relación con las inversiones de nacionales del otro Estado.

En los demás casos, la falta de previsión expresa obliga a que la protección de tales contratos deba buscarse en las previsiones de los APPRIs descritas en los apartados anteriores. Así, la alteración de un contrato de concesión por el Estado huésped puede llegar a considerarse como una expropiación de los derechos contractuales del inversor pues conforme a los APPRIs, *todo activo o haber*, incluido un derecho contractual, está protegido²⁴. Además, determinadas interferencias en esos contratos por parte del Estado huésped pueden constituir violaciones del principio de trato justo y equitativo si, por ejemplo, son arbitrarias. También pueden llegar a ser contrarias al principio de no discriminación frente al nacional si esas alteraciones no las introduce el Estado huésped en contratos de concesión de que sean titulares nacionales del Estado huésped. Por último, la cláusula de nación más favorecida puede permitir que inversores españoles se beneficien de la protección que expresamente prevén para los contratos de concesión que otros APPRIs firmados por Estados latinoamericanos²⁵.

2.7. Resolución de controversias entre Estado huésped e inversores

Hasta el momento hemos analizado la protección de tipo sustantivo que ofrecen los APPRIs a los inversores y hemos puesto algunos ejemplos en que esa protección puede resultar de utilidad.

Pero esas cláusulas de protección sustantiva no supondrían una garantía jurídica suficiente para los

inversores si no fuesen acompañadas de mecanismos de resolución de controversias obligatorios para el Estado huésped, distintos de los tribunales internos de éste y accesibles al propio inversor²⁶.

En consecuencia, todo APPRI establece un mecanismo de resolución de controversias al cual los inversores pueden someter las reclamaciones o disputas que puedan tener frente al Estado huésped por posibles violaciones de aquél. Ese mecanismo es invariablemente un procedimiento arbitral internacional.

En concreto, la gran mayoría de los APPRIs prevén que los inversores que mantengan una controversia con un Estado huésped puedan, transcurrido un plazo de negociaciones amistosas, someter aquella a (i) los tribunales competentes del Estado huésped o a (ii) a un tribunal arbitral internacional. El plazo de negociaciones amistosas suele estar fijado en seis meses y corre desde el momento en que el inversor notifica por escrito al poder ejecutivo del Estado huésped la existencia de una controversia.

Como excepción, los APPRIs España-Argentina y España-Uruguay no habilitan al inversor a iniciar directamente el arbitraje una vez transcurrido ese plazo de negociaciones. Esos dos Tratados exigen que el inversor someta la controversia a los tribunales internos del Estado huésped y sólo habilitan al inversor a iniciar el arbitraje internacional una vez transcurridos 18 meses desde que la controversia se sometió a esos tribunales internos.

No obstante, el juego de la cláusula de la nación más favorecida puede permitir a los inversores españoles obviar tal requisito toda vez que ambos Estados tienen firmados APPRIs con terceros estados que no requieren el sometimiento previo de la controversia a los tribunales internos del Estado huésped.

²⁴ El caso más claro de expropiación de los derechos contractuales adquiridos en virtud de un contrato de concesión aparece cuando éste es revocado sin más (Véase, por ejemplo, el laudo del Tribunal arbitral *ad hoc* de 24 de marzo de 1982 en el asunto *Aminoil v. Kuwait* antes citado). Pero también la alteración puede constituir una expropiación indirecta del contrato si modifica gravemente la ecuación económico-financiera de la concesión.

En cuanto a la inclusión de los derechos contractuales en la prohibición de expropiación puede consultarse R. Higgins: «The Taking of Property by the State», *Recueil des Cours*, 1982, vol. III, págs. 267-392 (en especial pág. 271) y la doctrina contenida en el Laudo del Tribunal Arbitral CIADI de 8 de diciembre de 2000 en el asunto *Wena Hotels v. Egipto* (ARB/98/4), reproducido en *International Legal Materials*, vol. 41, 2002, págs. 896-910.

²⁵ Por ejemplo, aunque el APPRI España-Argentina no contiene una cláusula de protección expresa de los contratos de concesión, los inversores españoles podrían beneficiarse de los APPRIs firmados por Argentina con terceros Estados que sí prevén esa protección de forma expresa (entre otros, el APPRI Estados Unidos-Argentina).

²⁶ Es decir, sin necesidad de que el Estado del que el inversor es nacional ejercite el derecho a la protección diplomática de sus nacionales.

ped (p.ej., en el caso de Uruguay, los APPRI con Canadá, Panamá y Chile y, en el caso de Argentina, los Tratados con Estados Unidos, Chile y Francia)²⁷.

En cuanto a los distintos tipos de arbitraje internacional contenidos en los APPRI, la mayoría de ellos, aunque con algunas diferencias, prevén la constitución del tribunal, a elección del inversor, conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional-UNCITRAL o a las reglas de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones-CIADI²⁸.

Los únicos APPRI de España con Estados latinoamericanos que no prevén el arbitraje CIADI como mecanismo de resolución de controversias son los APPRI con Cuba (que admite el arbitraje UNCITRAL o CCI) y la República Dominicana (que sólo prevé el arbitraje UNCITRAL). Además, aunque el APPRI España-México prevé el arbitraje CIADI, México no es parte del Convenio CIADI y, por tanto, esa previsión no resulta de aplicación por el momento²⁹.

De los diferentes tipos de arbitraje previstos en los APPRI, la práctica demuestra una preferencia por el arbitraje CIADI. En primer lugar, se trata de una institución arbitral exclusivamente dedicada a disputas relativas a inversiones. Además, los laudos dictados por Tribunales arbitrales CIADI se benefician de las especiales normas que en cuanto a reco-

nocimiento de laudos se prevén en el Convenio de Washington por el que se creó el CIADI. En particular, todos los Estados parte del Convenio de Washington (139 a 26 de marzo de 2003) están obligados a reconocer los laudos CIADI como si fuesen sentencias firmes de sus propios tribunales internos y a no admitir recurso alguno frente al laudo³⁰. Este compromiso supone que los laudos de Tribunales Arbitrales CIADI no están sometidos en los Estados parte del Convenio de Washington a procedimiento alguno de reconocimiento ni, por ende, a control de orden público o a la aplicación de las normas de inmunidad de jurisdicción de Estados extranjeros³¹.

3. ALGUNAS CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA A LA HORA DE ESTRUCTURAR UNA INVERSIÓN EN LATINOAMÉRICA

La experiencia demuestra que los inversores no prestan demasiada atención a las protecciones ofrecidas por los APPRI al momento de realizar una inversión³² y, normalmente, el inversor empieza a considerar esas protecciones sólo cuando ve próximo un posible perjuicio causado por el Estado huésped.

Por ello, la breve exposición del contenido de los APPRI que hemos realizado en los apartados anteriores quedaría incompleta si no hiciésemos una mención, también sucinta, al principal obstáculo que los inversores suelen encontrarse a la hora de invocar la protección conferida por los APPRI. Tal

²⁷ En apoyo de esta interpretación se puede citar la decisión del Tribunal arbitral CIADI de 25 de enero de 2000 sobre excepciones a la jurisdicción en el asunto *Mafezzini v. España* (ARB/97/7, decisión reproducida en *ICSID Reports*, vol. 5, cit., págs. 396-418) en la que se aceptó de forma expresa que la cláusula de nación más favorecida comprende las disposiciones en materia de Resolución de controversias.

²⁸ Como variantes, el APPRI con México prevé también el sometimiento a las reglas de arbitraje del Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte y los APPRI con Honduras, Nicaragua y Paraguay añaden la posibilidad de someter la disputa a un arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París-CCI.

²⁹ Puede resultar extraño que hayamos citado anteriormente Laudos arbitrales CIADI en asuntos contra México cuando no es parte del Convenio de Washington. La razón se encuentra en que CIADI dispone de un «Mecanismo Complementario» al cual pueden someterse controversias frente a Estados no parte del Convenio de Washington. Sin embargo, los laudos dictados por Tribunales arbitrales CIADI en el marco de procedimientos del «Mecanismo Complementario» no se benefician de las especiales normas de reconocimiento de laudos del Convenio de Washington a que hacemos referencia más adelante.

³⁰ El único recurso admisible frente a un laudo CIADI es el recurso de anulación previsto en el propio Convenio CIADI. Véase C. Schreuer: *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge. 2001, en especial págs. 881-1075.

³¹ No obstante, debe tenerse en cuenta que el Convenio de Washington no altera las normas de inmunidad de ejecución normalmente aplicables a los soberanos que pueden hacer inembargables los bienes de éstos. Sobre esta cuestión puede consultarse C. Schreuer: *The ICSID Convention ...*, cit., en especial págs. 1076-1180.

³² Como señala T. Wälde: «*What evidence there is ... indicates that the intended users of the treaty, namely average foreign investors, do not have much knowledge of the treaty, do not use it in any significant way and are not particularly interested (and thereby influenced) in the treaty*» (T. Wälde: «*Treaties and Regulatory Risk in Infrastructure Investment*», *Journal of World Trade*, vol. 34-2, 2000, págs. 1-61, pág. 12).

obstáculo está unido al modo en que las inversiones suelen estructurarse y los criterios que primordialmente influyen en la elección de esas estructuras.

Ahondemos en esta afirmación. Conforme al ámbito de aplicación de los APPRIs, los inversores protegidos son aquellas personas jurídicas constituidas con arreglo al Derecho de un Estado parte y con sede en ese Estado que han realizado inversiones en el otro Estado parte³³. Resulta claro, por tanto, que las empresas españolas que efectúan inversiones *directamente* en un Estado latinoamericano con el que España tiene un APPRI se encuentran protegidas por ese APPRI.

Sin embargo, es bien sabido que buena parte de las inversiones realizadas en Latinoamérica por empresas españolas no han sido realizadas de forma *directa* sino *indirecta*, a través de participaciones accionariales en sociedades constituidas en terceros países o en el propio país destino de la inversión.

Esas estructuras de participación indirecta, elegidas fundamentalmente por razones fiscales o por imposición del Derecho interno del Estado huésped en el caso de concesiones para la prestación de servicios públicos, pueden llegar a generar dudas en cuanto a si la inversión efectuada por la empresa española se encuentra protegida por el APPRI celebrado por España con el Estado en el que, de forma indirecta, se ha realizado la inversión. En concreto, podría llegar a afirmarse que, desde el punto de vista del APPRI, la inversión de la empresa española se ha realizado en el Estado de constitución de la sociedad intermedia y no en el Estado latinoamericano en el que, indirectamente, se ha invertido. Según esa posición, el carácter indirecto de la inversión podría llegar a privarla de la protección conferida por el APPRI.

Un análisis de los distintos argumentos que en pro y en contra de esa posición se han esgrimido excede el objeto de este artículo. En síntesis, puede decirse que existen argumentos que, en nuestra opinión, llevan normalmente a la superación de ese obstáculo pero, a la vez, debe advertirse que no faltan autores que arrojan dudas al respecto³⁴.

Como contrapunto, en determinadas circunstancias la utilización de sociedades en terceros países para canalizar una inversión en un determinado país puede llegar a mejorar la protección ofrecida por los APPRIs españoles. Así, puede ocurrir que la existencia de una sociedad intermedia permita que la inversión quede protegida por el APPRI firmado por el Estado donde se encuentra la sociedad intermedia y el Estado latinoamericano destino de la inversión. Incluso puede suceder que gracias a una sociedad intermedia resulten de aplicación dos APPRIs, el firmado por España con el país de Latinoamérica destino de la inversión y el firmado por el Estado de constitución de la sociedad intermedia con ese país latinoamericano. Así, por ejemplo, una inversión en Venezuela canalizada a través de una sociedad holandesa puede llegar a estar protegida tanto por el APPRI España-Venezuela y por el APPRI Holanda-Venezuela³⁵.

En definitiva, la estructura elegida para una inversión desde el punto de vista de la utilización de sociedades intermedias puede mejorar o empeorar la protección de que disfrute una inversión desde el punto de vista de los APPRIs y, por tanto, nos parece adecuado recomendar que la aplicabilidad de éstos Tratados sea tomada como un factor más a la hora de elegir una estructura de inversión.

³³ Dentro del concepto de inversor incluido en los APPRIs también se incluyen personas físicas. Sin embargo, la relevancia de esa inclusión es menor toda vez que es menos frecuente encontrar inversores de ese tipo.

En cuanto al concepto de sede, ésta suele identificarse en este ámbito con el lugar donde se encuentra la administración de la persona jurídica. Véase UNCTAD: «Scope and Definition», *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, Nueva York y Ginebra, 1999, pág. 39, M. Sornarajah: *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, 1994, pág. 247 y R. Dolzer y M. Stevens: *Bilateral Investment Treaties*, La Haya, 1995, pág. 35.

³⁴ Entre los autores que siembran alguna duda en cuanto a la posible pérdida de protección en los casos de inversiones a través de sociedades interpuestas destaca G. Sacerdoti: «Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection», *Recueil des Cours*, vol. 269, 1997, págs. 251-460 (en especial, págs. 310-311 y págs. 319-320).

³⁵ Los laudos del Tribunal arbitral UNCITRAL de septiembre de 2001 en los asuntos *CME v República Checa* y *Ronald Lauder v República Checa* a que hemos hecho referencia antes constituyen un ejemplo de doble protección gracias a una estructura de la inversión a través de una sociedad intermedia. En efecto, Ronald Lauder, nacional estadounidense, canalizó su inversión en la República Checa a través de una sociedad holandesa (CME) lo cual permitió que su inversión estuviese protegida por el APPRI Estados Unidos-República Checa pero también por el APPRI Holanda-República Checa.

