

QUINTA PARTE

Derecho internacional de la expropiación y Derecho de inversiones

Tema 20

La expropiación en el Derecho internacional

1. Admisibilidad de las expropiaciones

Bibliografía recomendada: Böckstiegel, K. -H.: "Enteignungs oder Nationalisierungsmaßnahmen gegen ausländische Kapitalgesellschaften", *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, t. 13, 1974, pp. 7 y ss.; Dolzer, R.: "Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property", *AJIL*, 75/1981, pp. 553 y ss.; *id.*: *Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht*, 1985; *id.*: "Indirect Expropriation of Alien Property", *ICSID Review*, 1/1986, pp. 41 y ss.; Großfeld, B.: *Internationales und Europäisches Unternehmensrecht*, 2.^a ed., 1995; Hahn, H. J.: "Konfiskation von Mietgliedschaftsrechten", en AA. VV.: *Festschrift für Günther Beitzke*, 1979, pp. 491 y ss.; Higgins, R.: "The Taking of Property by the State, Recent Developments in International Law", *RdC*, 176/1982, t. III, pp. 259 y ss.; Jiménez de Aréchaga, E.: "State Responsibility for the Nationalization of Foreign Owned Property", *New York University Journal of International Law and Politics*, 11/1978, pp. 179 y ss.; Kämmerer, J. A.: "Der Schutz des Eigentums im Völkerrecht", *Bitburger Gespräche, Jahrbuch* 2004/1, pp. 143 ss.; Knahr, C., Reinisch, A.: *Aktuelle Probleme und Entwicklungen im Internationalen Investitionsschutzrecht*, 2008; Lagergren, G.: *Five Important Cases on Nationalization of Foreign Property*, 1988; Lillich, R. B. (ed.): *The Valuation of Nationalized Property in International Law*, 4 tomos, 1972; Lillich, R. B., Weston, B. H.: *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements*, 2 tomos, 1999; Newcombe, A.: "The Boundaries of Expropriation in International Law", *ICSID Review* 20/2005, pp. 1 ss.; Norton, P.M.: Norton, P.M.: "A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation", *AJIL*, 85/1991, pp. 474 y ss.; Schachter, O.: "Compensation for Expropriation", *AJIL*, 78/1984, pp. 121 y ss.; Seidl-Hohenveldern, I.: *International Economic Law*, 3.^a ed., 1999, pp. 137 y ss.; Westbury, J. A.: "Compen-

sation in Cases of Expropriation and Nationalization: Awards of the Iran-United States Claims Tribunal”, ICSID Review, 5/1990, pp. 256 y ss.; Weston, B H.: “The Charter of Economic Rights and Duties of States and the Deprivation of Foreign-Owned Wealth”, AJIL, 75/1981, pp. 437 y ss.

- 1 La expropiación de bienes patrimoniales por parte de un Estado presupone, como el ejercicio de toda potestad normativa nacional, que existe una relación con la soberanía territorial o personal del Estado expropiante. En principio, cada Estado, con base en su soberanía territorial, es competente para expropiar bienes que estén situados en su territorio. El concepto de expropiación abarca toda privación de derechos patrimoniales realizada por medio de un acto soberano individual o de una ley. No obstante, una expropiación también puede derivarse de una limitación jurídica o de hecho del disfrute de la propiedad, que equivalga a una privación de derechos. La noción de “nacionalización” se aplica, sobre todo, si se trata de medidas expropiatorias que tienen por objeto todo un ramo empresarial (por ejemplo, el sector bancario o minero). Las expropiaciones sin indemnización se designan frecuentemente con el término “confiscación”.

De acuerdo con el Derecho consuetudinario internacional, la expropiación de bienes a nacionales de otros Estados está sometida a restricciones especiales. Según el Derecho consuetudinario (reglas generales del Derecho de extranjería), la noción de “propiedad” engloba todos los derechos patrimoniales de personas privadas susceptibles de enajenación. Esto incluye, especialmente, la propiedad de bienes muebles e inmuebles, pero también derechos reales (como, por ejemplo, derechos de prenda), créditos, participaciones en sociedades y derechos de propiedad intelectual. Hoy se considera también parte de la propiedad el denominado *goodwill*, esto es, las relaciones comerciales que influyen en el valor de una empresa (la clientela, entre otros) así como en su posición en el mercado.¹ En cambio, las oportunidades volátiles de mercado no se incluyen en la propiedad.²

- 2 Respecto de la privación de la propiedad a los propios nacionales, los Estados gozan de una amplia libertad de reglamentación. Ello depende, en primer término, de la protección de la propiedad conforme al Derecho constitucional, tal y como la garantiza, por ejemplo, el Artículo 14 de la Constitución Alemana (con la obligación de indemnizar del artículo 14.3). De los Convenios para la protección de los derechos humanos pueden derivarse restricciones a la intervención de la propiedad de los propios nacionales. Así, en virtud del Artículo 1 del primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la protección de la propiedad incluye, por regla general, un derecho a indemnización en caso de expropiación. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la remisión a

¹ Para una opinión contraria, v. el Tribunal Permanente Internacional, The Oscar Chinn Case, *PCIJ Reports Serie A/B*, núm. 63, p. 25. Respecto de la consideración del *good will* en la debida indemnización, v. American International Group, Inc. c. Iran, *Iran-U. S. C. T. R.* 4 (1983 III), p. 96 (esp. p. 106).

² Tribunal Permanente Internacional, The Oscar Chinn Case (*supra*, nota anterior), p. 25.

los principios generales del Derecho internacional contenida en el Artículo 1.1 de dicho Convenio limita su aplicación a la expropiación de extranjeros. En los casos de expropiación a los propios nacionales, el Tribunal deriva un derecho general a indemnización a partir del principio de proporcionalidad y de la regla de que una expropiación no indemnizada supone, con carácter general, un “sacrificio especial” inaceptable (*unzumutbare Sonderopfer*).³ En esta materia, la jurisprudencia del TEDH le concede al legislador un amplio margen para fijar los términos de la indemnización —especialmente en el marco de programas de nacionalización sectorial—.⁴ En el marco del Derecho de la Unión Europea, la protección de la propiedad es un principio general del Derecho que el TJUE ha desarrollado recurriendo a las tradiciones constitucionales nacionales de los Estados miembros y al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.⁵ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantiza el derecho a la propiedad y prevé una “justa” indemnización “en un tiempo razonable” en caso de expropiación (artículo 17).

El Derecho consuetudinario internacional somete la expropiación a extranjeros a determinados requisitos, en el sentido de un estándar legal mínimo. La justificación para la protección especial de los extranjeros a través del Derecho internacional se halla en que, a diferencia de los nacionales del Estado expropiante, los extranjeros están excluidos de la formación de la voluntad política y no están vinculados por el “destino común” estatal, al cual hay que atribuirle tanto los beneficios de una reordenación económica con expropiaciones como los riesgos ligados a ésta.⁶

Por lo tanto, la expropiación a extranjeros sólo es admisible si sirve a una finalidad pública, no tiene carácter discriminatorio y está vinculada a una indemnización. El deber de indemnizar y su alcance ocupan un puesto muy destacado en las controversias de Derecho internacional relativas al Derecho expropiatorio.

³ Sent. TEDH, de 8 de julio de 1986, As. *Lithgow et al. v. United Kingdom*, serie A, t. 102, § 112 y ss.

⁴ *Ibid.*, p. 122: “A decision to enact nationalization legislation will commonly involve consideration of various issues on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely. Because of their direct knowledge of their society and its needs and resources, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what measures are appropriate in this area and consequently the margin of appreciation available to them should be a wide one. It would, in the Court’s view, be artificial in this respect to divorce the decision as to the compensation terms from the actual decision to nationalise, since the factors influencing the latter will of necessity also influence the former”.

⁵ Sent. TJUE 44/79, As. *Hauer*, Rec., 1979, pp. 3727 y ss., esp. p. 3745.

⁶ TEDH, As. *Lithgow v. United Kingdom* (*supra*, nota 959), § 116: “Especially as regards a taking of property effected in the context of a social reform or an economic restructuring, there may well be good grounds for drawing a distinction between nationals and non-nationals as far as compensation is concerned. To begin with, non-nationals are more vulnerable to domestic legislation: unlike nationals, they will generally have played no part in the election of designation of its authors nor have been consulted on its adoption. Secondly, although a taking of property must always be effected in the public interest, different considerations may apply to nationals and non-nationals and there may well be legitimate reasons for requiring nationals to bear a greater burden in the public interest than non-nationals”.

5 También se puede generar expropiación que requiera indemnización si el titular de un derecho patrimonial es desposeído de su situación de propietario, a través de limitaciones del disfrute (por ejemplo, mediante la designación de administradores) o a través de medios físicos. De este modo, se verían afectadas en lo esencial sus posibilidades de disfrute. Para referirse a este tipo de expropiación se ha acuñado el término *expropiación de facto* o, en caso de un proceso muy gradual, “expropiación furtiva” (*creeping expropriation*). En el ámbito anglo-americano, se habla también de “expropiación indirecta” (*indirect expropriation*) (una noción que incluye también la privación de participaciones sociales).⁷ Una expropiación de facto de este tipo se caracteriza por socavar la capacidad de disposición, reduciéndola a un mero caparazón formal.

El tribunal de arbitraje iraní-estadounidense de La Haya reconoció la existencia de una expropiación de este tipo en un caso en que una empresa estadounidense, en el marco de un proyecto conjunto de construcción de viviendas en un terreno adquirido por ella, fue suplantada por un administrador nombrado por el gobierno iraní.⁸ En este contexto, el tribunal declaró:

it is recognized in international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner.

El tribunal iraní-estadounidense se pronunció de manera similar en el caso de la asunción de los negocios de una empresa mixta iraní-estadounidense, a través de la administración forzosa de las acciones iraníes:

A deprivation or taking of property may occur under international law through interference by a state in the use of that property or with the enjoyment of its benefits, even where legal title to the property is not affected. While assumption of control over property by a government does not automatically and immediately justify a conclusion that the property has been taken by the government, thus requiring compensation under international law, such a conclusion is warranted whenever events demonstrate that the owner was deprived of fundamental rights of ownership and it appears that this deprivation is not merely ephemeral. The intent of the government is less important

⁷ Dolzer, R.: “Indirect Expropriation of Alien Property”, *ICSID Review* 1/1986, pp. 41 y ss.; Fortier, L.Y., Drymer, S. L.: “Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I know It When I See It, or Caveat Investor”, *ICSID Review*, 19/2004, pp. 293 y ss.

⁸ Iran-United States Clams Tribunal, *Starrett Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S C.T.R., 4/1983, t. III, pp. 122 y ss., esp. p. 154. V. también el laudo del caso *Biloune and Marine Drive Complet LTD v. Chana Investments Centre and the Government of Ghana*, ILR, 95/1994, pp. 183 y ss., esp. pp. 207 y ss.

*than the effects of the measures on the owner, and the form of the measures of control or interference is less important than the reality of their impact.*⁹

La práctica reciente de los tratados internacionales de protección de inversiones incluye 6 intervenciones que, medidas por sus efectos, equivalen a una expropiación. Así, el TLCAN (Capítulo XI) somete a su régimen expropiatorio toda medida que equivalga a una expropiación de una inversión protegida (Artículo 1110: *a measure tantamount to nationalization or expropriation*). El tribunal arbitral, en el asunto *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, se refirió al efecto equivalente de la medida estatal en cuestión, para concluir que se trataba de una expropiación:

*Thus, expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.*¹⁰

Este amplio concepto de expropiación abarca no sólo intervenciones soberanas *de facto*, sino también intervenciones “regulatorias” (tanto por medio de leyes como por medidas administrativas) que cambian las condiciones marco de una inversión en curso, bien anulando las perspectivas de rendimiento de la misma, o bien causando un perjuicio grave a su sustancia económica (*regulatory taking*).¹¹ Así, pueden dar lugar a una indemnización las medidas del Estado de acogida que, contra acuerdos previos, retiran la base jurídica o económica de una inversión.¹² El deber de indemnización en caso de medidas con efecto equivalente a una expropiación no sólo se deriva de acuerdos especiales de protección de inversiones, sino también del Derecho consuetudinario internacional.

El significado de la noción de *expropiación de facto* o de una medida “con efecto equivalente a una expropiación” es un problema clave del moderno Derecho de la expropiación y de la protección de inversiones. Esto es particularmente relevante en el caso

⁹ Iran-United States Claims Tribunal, *Tippets et al. v. TAMS-AFFA*, *Iran-U.S.C.T.R.* 6 (1984 II), pp. 219 y ss. (esp. p. 225-226).

¹⁰ CIADI, *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/97/1, *ILM* 40/2001, pp. 36 ss., n. marg. 103.

¹¹ V. Newcombe, A.: “The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law”, *ICSID Review*, 20/2005, pp. 1 ss.; Ratner, S. R.: “Regulatory Takings in Institutional Context: Beyond the Fear of Fragmented International Law”, *AJIL*, 102/2008, pp. 475 y ss.

¹² Respecto de la negativa a una licencia de construcción, v. CIADI, *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/97/1, *ILM*, 40/ 2001, pp. 36 y ss. (esp. p. 50-51). Esta sentencia arbitral fue anulada más tarde por exceso de competencia, ya que el tribunal arbitral aplicó un estándar de transparencia no cubierto por el capítulo 11 del NAFTA: Supreme Court of British Columbia, 2001 *B. C. S. C.* 664. Respecto de los requisitos de planeación en el Derecho urbanístico, v. CIADI, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile SA. v. Republic of Chile*, Case No. ARB/01/7, *ILM* 44/2005, pp. 190 y ss.

de las intervenciones “regulatorias”, que no causan transferencias de patrimonio a favor del Estado de acogida ni tampoco sirven como instrumentos de gestión de la economía.

Así es en el supuesto de medidas para proteger el medio ambiente u otros bienes de interés general, en el que la diferencia entre una expropiación de hecho (con efecto equivalente a una expropiación) y una regulación en interés de funciones estatales del ordenamiento social (que no le impone al Estado los deberes propios de la expropiación) es, a la vez, difícil y relevante para la práctica. El tribunal arbitral, en el asunto Tecmed v. México, resaltó que también una regulación encaminada a proteger el medio ambiente u otros bienes de interés general puede constituir una medida equivalente a una expropiación.¹³

Para la ponderación en el marco del examen de la proporcionalidad de la inferencia patrimonial, de, por un lado, regulaciones soberanas motivadas por intereses de Estado y, por otro lado, derechos económicos y expectativas legítimas del propietario, el tribunal arbitral remitió a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos sobre el Artículo 1 del primer Protocolo adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos.¹⁴ Según esta jurisprudencia, las resistencias políticas a un proyecto no son suficientes para justificar que se prive del valor económico de una inversión, sin indemnizar por ello.¹⁵

Para determinar si se trata de una medida expropiatoria (o de una expropiación *de facto*), es decisivo determinar si la intervención afecta al derecho patrimonial en cuestión, de tal forma que constituye una disminución sustancial o una privación completa de su utilidad económica. Así es como el tribunal arbitral en el asunto Tecmed v. México analizó el efecto perjudicial de una medida estatal:

...it is understood that the measures adopted by a State, whether regulatory or not, are an indirect de facto expropriation if they are irreversible and permanent and if the assets or rights subject to such measure have been affected in such a way that ‘... any form of exploitation thereof...’ has disappeared; i.e. the economic value of the use, enjoyment or disposition of the assets or rights affected by the administrative action or decision have been neutralized or destroyed. Under international law, the owner is also deprived of property where the use or enjoyment of benefits related thereto is exacted or interfered with to a similar extent, even where legal ownership over the assets in question is not affected, and so long as the deprivation is not temporary. The government’s intention is less important than the effects of the measures on the owner of the assets or on the benefits arising from such assets affected by the measures, and the form of the deprivation measure is less important than its actual effects.¹⁶

¹³ *ILM*, 43/2004, p. 133, n. marg.121.

¹⁴ *ILM*, 43/2004, p. 133, n. marg. 122 y ss.

¹⁵ *ILM*, 43/2004, p. 133, n. marg. 127 ss.

¹⁶ *ILM*, 43 /2004, p. 133, n. marg. 116.

Además, han de tomarse en consideración las expectativas legítimas del propietario, y debe llevarse a cabo una debida ponderación del interés del propietario y de los fines perseguidos por el Estado de acogida de la inversión.¹⁷

La protección frente a la expropiación *de hecho* entraña una problemática especial en caso de perjuicios a proyectos de inversión causados por limitaciones que protegen, real o supuestamente, el medio ambiente.¹⁸

En el asunto *Ethyl Corporation v. Government of Canada*,¹⁹ una empresa estadounidense, cuya filial canadiense producía y distribuía en Canadá un aditivo para gasolina sin plomo (MMT), impugnó una ley federal canadiense que prohibía la importación y el comercio interprovincial de MMT en Canadá. Dicha ley fue motivada por las emisiones nocivas de MMT y tenía el efecto de que aquella sustancia debía producirse y distribuirse de manera separada en cada una de las provincias canadienses. *Ethyl Corporation* inició un procedimiento arbitral contra Canadá, alegando que la restricción de acceso al mercado canadiense equivalía a una expropiación. Tan pronto como el tribunal arbitral se declaró competente, Canadá derogó la legislación impugnada y pagó una indemnización.

Algunos críticos temen que con ello se socave la protección ambiental a causa del temor a deberes indemnizatorios.²⁰ En algunos tratados recientes relativos a la protección de inversiones y en algunas interpretaciones también recientes de preceptos del TLCAN, tales inquietudes son tomadas en consideración.²¹

A los bienes susceptibles de ser expropiados pertenecen, por ejemplo, los bienes muebles e inmuebles, cuentas bancarias, participaciones en sociedades o determinados derechos de uso como las concesiones petrolíferas. Se discute hasta qué punto la violación de un contrato privado entre un Estado y una empresa extranjera puede suponer una expropiación. En primer lugar, el derecho expropiatorio internacional no protege toda pretensión contractual de un acreedor extranjero frente al Estado. De no ser así, toda lesión del deber de pago de un Estado en un contrato de suministro de determinadas mercancías representaría una expropiación. Una situación distinta es que el extranjero, confiando en una estipulación contractual, lleve a cabo determinadas disposiciones patrimoniales (por ejemplo, la construcción de instalaciones en el marco de una *joint-venture*) en el Estado extranjero receptor. Según un planteamiento desarrollado por la doctrina estadounidense, un incumplimiento contractual mediante un acto de soberanía frente a un acreedor

¹⁷ V. en mayor detalle, *infra*, tema 23, nota al margen 2, letra h.

¹⁸ Al respecto Wälde, T., Kolo, A.: "Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law", *ICLQR* 50/2001, pp. 811 y ss. Respecto de la operación de una planta de eliminación de basuras, v. CIADI, *Tecmed SA v. The United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/00/2, *ILM*, 43/2004, pp. 133 y ss.

¹⁹ V. la sentencia en el asunto *Ethyl Corp. v. Government of Canada*, *ILM*, 38/1999, pp. 700 y ss., comentada por Swan, A. C., *AJIL*, 94/2000, pp. 159 y ss.

²⁰ Sands, P.: *Lawless World*, 2005, pp. 136 y ss.

²¹ V. *infra*, tema 23, nota al margen 2, letra h.

extranjero representa una violación del Derecho internacional cuando el Estado actúe de forma discriminatoria o arbitraria.²²

- 9 La expropiación de bienes extranjeros que, independientemente de la indemnización, sea contraria al Derecho internacional (por ejemplo, porque se dirige discriminatoriamente sólo contra ciertos nacionales de un determinado Estado o porque viola un convenio internacional) genera una pretensión compensatoria conforme a los principios generales del Derecho internacional sobre la responsabilidad de los Estados. Se trata de una obligación de reparación completa, que apunta al restablecimiento de la situación anterior a la infracción o al pago de una compensación financiera.²³ Esta obligación de restitución comprende, junto a la indemnización por la pérdida patrimonial actual (*damnum emergens*), el resarcimiento por la ganancia dejada de obtener (*lucrum cessans*). En el Derecho internacional de la expropiación, esta compensación plena adquiere relevancia, sobre todo, cuando un Estado viola un acuerdo de protección de inversiones²⁴ o un acuerdo de concesión internacionalmente vinculante con una empresa extranjera.²⁵
- 10 La cuantía de la indemnización es un tema central del Derecho internacional sobre expropiaciones. El planteamiento desarrollado a finales del siglo XIX por el internacionalista argentino Calvo, según el cual los extranjeros y su patrimonio no requieren de una protección más amplia que los nacionales, no se ha impuesto en la comunidad de Estados.²⁶ La doctrina internacional clásica se ha plasmado en la fórmula Hull, cuya denominación proviene de un Secretario de Estado estadounidense. Según ésta, la indemnización debe ser inmediata, adecuada en valor y efectiva (esto es, en divisa convertible) (*prompt, adequate and effective*). No obstante, en la década de los sesenta y setenta ganó terreno la pretensión de los países en vías de desarrollo de una mayor libertad en expropiaciones a extranjeros y del abandono del estándar de indemnización total. La reivindicación de una indemnización amplia, según el arbitrio de cada Estado, presenta una relación estrecha con la discusión sobre un nuevo orden económico y ha encontrado reflejo, por ejemplo, en la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974, que fue adoptada por la Asamblea General de la ONU, con una amplia mayoría, pero sin los votos o con

²² V. American Law Institute, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, t. 2, 1987, § 712 (2).

²³ Tribunal Permanente Internacional, Case Concerning the Factory at Chorzów, *PCIJ Reports* (serie A), n° 17, 1928, p. 47: “The essential principle contained in the actual notion of an illegal act... is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind or, if this is not possible, payment of the sum corresponding to the value which restitution in kind could bear (must be made)...”.

²⁴ V. *infra*, tema 23, nota al margen 2.

²⁵ V. *infra*, tema 22.

²⁶ V. *supra*, tema 6, nota al margen 4 y sent. de la Corte Constitucional alemana de 23 de abril de 1991, BVerfGE, t. 84, pp. 90 y ss., esp. p. 123.

la explícita voluntad en contra de los países industriales más importantes.²⁷ En relación con la nacionalización de propiedades extranjeras, la Carta prevé una indemnización no completa, sino adecuada (*appropriate compensation*) (artículo 2.2, letra c). Simultáneamente, la doctrina “occidental” ha seguido defendiendo la exigencia de la compensación plena. Esta evolución ha generado una considerable inseguridad jurídica.²⁸

A partir de la Segunda Guerra Mundial, juegan un papel destacado en la práctica estatal los denominados convenios de indemnización global (*lump sum agreements*),²⁹ que tienen por objeto una indemnización a tanto alzado, frente al Estado de origen de los extranjeros afectados, por un conjunto de expropiaciones. La cuantía de la indemnización que el Estado expropiante se compromete a pagar oscila, en la mayoría de estos casos, entre un 20% y un 80% del valor de mercado. En el pasado, estos convenios se citaban con frecuencia en apoyo a la idea de que el Derecho internacional no exigía la indemnización plena. Pero ha de tenerse en cuenta que estos acuerdos bilaterales tienen carácter transaccional y que se encuentran fundamentados en consideraciones de conveniencia política.³⁰ Muchos de estos convenios conciernen a actos de expropiación llevados a cabo décadas atrás, o a actos realizados en el marco de convulsiones revolucionarias que condujeron a algunos Estados, por motivos ideológicos, a negar rotundamente cualquier deber de indemnizar.

Entre tanto, la cuestión relativa al estándar indemnizatorio del Derecho consuetudinario internacional ha perdido importancia. Desde el punto de vista de los países en vías de desarrollo, la necesidad de capital extranjero y los esfuerzos por lograr un clima apropiado para las inversiones hacen que la expropiación de empresas extranjeras se considere cada vez más como un instrumento inadecuado para la reestructuración económica. Además, la caída del sistema socialista ha cambiado la balanza e pesos en la comunidad internacional. Finalmente, una serie de importantes decisiones arbitrales ha subrayado recientemente que el Derecho consuetudinario internacional parte del principio de la indemnización plena en materia expropiatoria.³¹ Un buen ejemplo de esto es la jurisprudencia del Tribunal arbitral iraní-estadounidense de La Haya, respecto a las nacionalizaciones de bienes estadounidenses en Irán.³² En esta jurisprudencia, el *obiter dictum*, según el cual en la nacionalización de todo un sector económico se podía conceder una cantidad menor que la indemnización plena, constituye una declaración aislada.³³ Actualmente, la opinión de

²⁷ UNYB, 1974, pp. 402 y ss.

²⁸ V. el laudo en el caso LIAMCO (Libyan American Oil Co. v. Libyan Arab Republic), ILM, 20/1981, pp. 1 y ss., esp. pp. 53 y ss.

²⁹ Lillich, R.B., Weston, B. H.: *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements*, dos tomos, 1999.

³⁰ Compárese con el laudo en el caso TOPCO/CALASIATIC v. Libyan Arab Republic, ILM, 17/1978, pp. 1 y ss., esp. p. 24.

³¹ V. Norton, P. M.: “A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation”, AJIL, 85/1991, pp. 474 y ss.

³² American International Group, Inc v. Iran, Iran-U.S. C.T.R., 4/1983, III, pp. 96 y ss., esp. pp. 105 y ss.

³³ INA Corporation v. Iran, Iran-U.S. C.T.R., 8/1985, I, pp. 373 y ss., esp. p. 378. La práctica arbitral posterior

que el Derecho consuetudinario internacional exige (en el sentido de la doctrina clásica) una indemnización completa en la expropiación a extranjeros,³⁴ tiene unos fundamentos más firmes que hace una o dos décadas.

- 13 Por regla general, el importe de la indemnización plena se debe orientar al valor de mercado del bien expropiado. En el caso de una empresa que participa activamente en la vida económica, la práctica arbitral moderna no se inclina por tomar como base el valor neto contable (*net book value* - valor de inversión descontando las amortizaciones), sino que opta por el actual valor comercial en el mercado (*fair market value*), que incluye, por ejemplo, el *good will*.³⁵ Según la jurisprudencia del Tribunal de arbitraje iraní-estadounidense de La Haya, la fijación del precio de mercado adecuado depende de lo que un comprador interesado y bien informado estuviese dispuesto a ofrecer como precio: “*the price that a willing buyer would pay to a willing seller in circumstances in which each had good information, each desired to maximize his financial gain, and neither was under duress or threat*”.³⁶

En la valoración de una “empresa en funcionamiento” (*going concern*), encuentran cabida, además del activo actual, los beneficios previstos para el futuro. De esto modo, la indemnización plena por la expropiación en el *going concern* se aproxima a la indemnización de los perjuicios por expropiaciones ilegales, que también abarca el lucro cesante.³⁷ El denominado método del flujo de caja descontado (*discounted cash flow*) juega un papel importante en la valoración. Este método parte de los rendimientos de capital futuros, descontando los costes y los riesgos económicos.³⁸

2. Eficacia de las expropiaciones en el extranjero

Bibliografía recomendada: Behrens, P.: *Multinationale Unternehmen im Internationalen Enteignungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1980; Böckstiegel, K. -H.: “Enteignungs- oder Nationalisierungsmaßnahmen gegen ausländische Kapitalgesellschaften”, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, t. 13, 1974, pp. 7 y ss.; Flume, W.: “Juristische Person und Enteignung im internationalen Privatrecht”, *AA. VV.: Festschrift für F. Mann*, 1977, pp. 143 y ss.; Großfeld, B.: “Zeiss’ in Frankreich”,

del tribunal iraní-estadounidense no adoptó esta consideración y en su lugar se declaró partidario repetidamente del estándar de indemnización total del Derecho consuetudinario internacional. *V. Sola Tiles Inc. v. Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R., 14/1987, I, pp. 223 y ss., esp. pp. 234 y ss.; *Amoco International Finance Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R., 15/1987, II, pp. 189 y ss., esp. p. 223.

³⁴ En este sentido, *v. Restatement (v. supra*, nota 978), § 712 (1).

³⁵ *American International Group, Inc. v. Iran*, Iran-U.S. C.T.R. 4/1983, III, pp. 96 y ss., esp. p. 106 y *Restatement (v. supra*, nota 978), § 712, d. Las Directrices del Banco Mundial referidas al tratamiento de las inversiones extranjeras directas también se refieren al valor de mercado (sección III. 3). *ILM*, 31/1992, pp. 1379 y ss.

³⁶ *Starrett Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R. 16/1987. III. pp. 112 y ss., esp. p. 201.

³⁷ *V. el laudo Phillips Petroleum Company of Iran v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R., 21/1989, I, pp. 79 y ss., esp. p. 122.

³⁸ *V. la decisión del Tribunal arbitral iraní-estadounidense en el as. Starrett Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R. 16/1987. III. pp. 112 y ss., esp. pp. 126 y 201 y ss.

IPRax, 1985, pp. 303 y ss.; *id.*: Internationales und Europäisches Unternehmensrecht, 2.^a ed., 1995; Hahn, H. J.: “Konfiskation von Mitgliedschaftsrechten”, AA. VV.: Festschrift für Günther Beitzke, 1979, pp. 491 y ss.; Herdegen, M.: “Die extraterritoriale Wirkung der Enteignung von Mitgliedschaftsrechten an Gesellschaften in der Bundesrepublik Deutschland”, ZGR, 1991, pp. 547 y ss.; Koppensteiner, H. -G.: “Enteignungs- oder Nationalisierungsmaßnahmen gegen ausländische Kapitalgesellschaften”, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, 13/1974, pp. 65 y ss.; Lederer, M.: Die internationale Enteignung von Mitgliedschaftsrechten, 1989; Mann, F.: “Die Konfiskation von Gesellschaften, Gesellschaftsrechten und Gesellschaftsvermögen im Internationalen Privatrecht”, ReabelsZ, 27/1962, pp. 1 y ss.; *id.*: “The Effect in England of the Compulsory Acquisition by a Foreign State of the Shares in a Foreign Company”, LQR, 102/1986, pp. 191 y ss.; Seidl-Hohenveldern, I.: Internationales Konfiskations- und Enteignungsrecht, 1972; *id.*: Corporations International in and under International Law, 1987; Sornarajah, N.: The Pursuit of Nationalized Property, 1986; Wiedemann, H.: *Gesellschaftsrecht*, t. I, 1980, pp. 841 y ss.

Si un bien patrimonial se encuentra en el Estado expropiante, la soberanía del Estado abarca la regulación de la propiedad. Desde la perspectiva del Derecho internacional, es menos relevante la cuestión de la eficacia de una expropiación que la de su admisibilidad (por ejemplo, en relación con la cuantía de la indemnización en la expropiación a extranjeros). En su propio territorio, un Estado no sólo puede regular la transmisión de la propiedad sino también imponerla efectivamente. Otra situación se plantea si un bien expropiado se traslada al extranjero, por ejemplo, si un cargamento de petróleo crudo expropiado y que proviene de Oriente se lleva hasta el puerto de Hamburgo y allí una empresa petrolera reclama que es de su propiedad. Aquí, todo depende del reconocimiento de la expropiación que hagan otros Estados; la expropiación de bienes que se encuentran fuera del Estado expropiador (por ejemplo, el patrimonio de una sociedad expropiada en el extranjero) no se puede llevar a cabo sin el reconocimiento del otro Estado. Se trata del denominado efecto “extraterritorial” de las expropiaciones. Si un Estado extranjero, en cuyo territorio se encuentra el patrimonio extranjero de la empresa expropiada, niega su reconocimiento, la expropiación queda sin efecto. 14

a) Traslado de bienes expropiados al extranjero

En principio, las expropiaciones realizadas por Estados extranjeros serán reconocidas por otros Estados si los objetos expropiados se encuentran en el Estado expropiante (“principio de territorialidad positivo”). Si el objeto afectado es desplazado al extranjero tras haberse ejecutado la expropiación, ésta se reconocerá con base en el citado principio. El anterior propietario ya no puede reclamar el objeto expropiado en el extranjero. En Derecho internacional privado, el principio de territorialidad positivo se traduce en la aplicación del Derecho del Estado en el que esté situado el bien expropiado (*lex rei sitae*). 15

- 16 Se plantean especialidades si la expropiación viola el Derecho internacional público, por ejemplo, porque tiene carácter discriminatorio o porque no se pagó la debida indemnización. El Derecho internacional deja al arbitrio de los demás Estados si reconocen o no una expropiación de este tipo (contraria al Derecho internacional público). Por tanto, no existe para un Estado la obligación de denegar el reconocimiento a las medidas expropiatorias de otro Estado, porque no se hayan cumplido los presupuestos de Derecho internacional público para una expropiación válida (especialmente, la indemnización). Por otro lado, un Estado que expropia violando el Derecho internacional no tiene derecho a que otros Estados acaten este tipo de expropiaciones.
- 17 Los tribunales alemanes examinan la compatibilidad entre las medidas expropiatorias de otros Estados y el Derecho internacional público cuando –y sólo cuando– la expropiación presente un vínculo suficiente (personal o material) con Alemania. Una relación nacional y actual con el territorio (*Inlands- und Gegenwartsbeziehung*³⁹) de este tipo se presenta, por ejemplo, en la expropiación a un nacional alemán en el extranjero. En tal caso, el examen de los actos de expropiación extranjeros se realiza atendiendo a los parámetros del *ordre public* alemán, el cual se refiere a los principios fundamentales del Derecho alemán (Artículo 6 EGBGB). El orden público alemán está sustancialmente influenciado por las reglas generales del Derecho internacional (Artículo 25 GG). Por consiguiente, si existe una conexión nacional suficiente con Alemania, las autoridades y tribunales alemanes no reconocen expropiaciones extranjeras que violen el Derecho internacional.
- 18 El significado de un vínculo nacional como límite a la aplicación del orden público nacional se aprecia en la denominada “disputa del cobre chileno”. El caso trataba de la expropiación de unas minas de cobre chilenas que estaban en manos de sociedades estadounidenses. Cuando se envió cobre de una de estas minas a una empresa alemana a Hamburgo, una sociedad estadounidense exigió, en calidad de anterior propietaria, el embargo del cobre. Ésta alegaba que el Gobierno chileno le había denegado una indemnización. El Landgericht de Hamburgo se basó, en primer lugar, en el principio de que la expropiación de bienes que se encuentran en el territorio del Estado expropiante es eficaz.⁴⁰ El tribunal rechazó el no reconocimiento de la expropiación, a causa de una posible violación del Derecho internacional y la consiguiente infracción del orden público, argumentando que en este caso faltaba un vínculo esencial con Alemania. No es suficiente a este respecto el mero traslado a Alemania de un objeto expropiado y no indemnizado. Esta opinión refleja la preocupación por posibles complicaciones políti-

³⁹ Expresión utilizada en la sent. de la Corte Constitucional alemana de 23 de abril de 1991, BVerfGE, t. 84, pp. 90 y ss., esp. p. 123.

⁴⁰ Sent. LG Hamburgo, RIW/AWD, 1973, pp. 163 y ss. y ILM, 12/1973, pp. 251 y ss. En esta materia, v. también Weil, P., Rambaut, P.: “Chilean Copper Nationalization, Review by Courts of Third States”, EPIL, t. Y, 1992, pp. 577 y ss.

cas y económicas.⁴¹ Estas consideraciones también se han plasmado en la decisión del *Oberlandesgericht de Bremen* en un caso similar, la denominada “contienda sobre tabaco indonesio”.⁴² En este supuesto, una sociedad holandesa, cuyas plantaciones de tabaco en Indonesia habían sido nacionalizadas, quería recuperar una carga de tabaco que había sido enviada a Bremen, aduciendo ser la anterior propietaria. El tribunal mostró aquí una clara reserva frente a una denegación del reconocimiento de la expropiación por motivos de Derecho internacional.⁴³

(...) suponiendo que los tribunales de todos los Estados concediesen de forma generalizada al antiguo propietario acciones de restitución por nulidad de la ley de nacionalización, se lograría ciertamente el bloqueo del Estado confiscador que no podría comerciar con la mercancía expropiada. No obstante, mediante una sanción de este tipo, a la vez se afectaría y perturbaría gravemente todo el comercio mundial (...).

En cualquier caso, con esta sentencia, se hizo un gran favor a la posición de Bremen como 19
lugar de tránsito de tabaco.

En Estados Unidos, la doctrina del Act of State protege ampliamente los actos de sobe- 20
ranía extranjeros, frente a un examen por parte de los tribunales americanos en materia
de compatibilidad con el Derecho internacional.⁴⁴ Sin embargo, se excluyen de este pri-
vilegio los actos de expropiación contrarios al Derecho internacional público (a no ser
que exista una declaración del Presidente en otro sentido).⁴⁵

b) Expropiación directa e indirecta de bienes extranjeros

En relación con el reconocimiento de efectos en el extranjero, el segundo tema importante 21
es la extensión de la expropiación a bienes que, en el momento de la misma, se encuentran
en un Estado extranjero. Una extensión de este tipo puede considerarse si, con base en la
soberanía personal, (también) se nacionaliza el patrimonio extranjero de un nacional del
Estado expropiante o de una sociedad establecida en el mismo. En este caso, la efectividad
de la expropiación depende de que el Estado extranjero en el que se encuentra el bien
reconozca la expropiación. No obstante, la práctica estatal en esta materia sigue mayori-
tariamente el principio de no reconocer tales expropiaciones (principio de territorialidad
negativo). Según él, los Estados deniegan el reconocimiento de los actos de expropiación
extranjeros con respecto a los bienes que se encuentran en su propio territorio estatal. De

⁴¹ Sent. LG Hamburgo, *RIW/AWD*, 1973, pp. 163 y ss.

⁴² AVR, 9/1961-1962, p. 318.

⁴³ *Ibid.*, p. 352.

⁴⁴ V. *supra*, tema 3, nota al margen 5, letra e.

⁴⁵ V. Restatement, (v. *supra*, nota 798) § 444.

esta forma, fracasa el intento del Estado extranjero de intervenir “extraterritorialmente” sobre bienes localizados en otro Estado. La jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán coincide en que la expropiación de sociedades llevada a cabo por un Estado extranjero no puede desplegar efectos sobre bienes situados en Alemania.⁴⁶ Si una sociedad extranjera es disuelta por su Estado de origen en el marco de una expropiación, se plantea la duda de quién es el dueño del patrimonio de la sociedad situado en Alemania.⁴⁷ En relación con la extensión de las medidas expropiatorias extranjeras sobre bienes situados en Alemania, ha de tomarse también en consideración un aspecto importante de Derecho constitucional: la protección del propietario mediante el derecho fundamental a la propiedad, consagrado en el Artículo 14 de la *Grundgesetz* (GG). La expropiación directa de bienes en territorio alemán requiere la existencia de una ley alemana y una regulación de la indemnización conforme con los requisitos del artículo 14. 3 GG.

- 22 Si se trata del patrimonio extranjero perteneciente a una sociedad, un Estado puede intentar intervenir sobre esos bienes por vías indirectas. En este caso, no se expropia a la sociedad en sí, sino a los socios. Por medio de la expropiación de las participaciones de éstos, el Estado consigue el dominio sobre la sociedad y, con ello, el control indirecto de su patrimonio. El “caparazón” de la sociedad permanece intacto. La adscripción formal del patrimonio de la sociedad –subsistente, pero ahora dominada por el Estado–, permanece sin cambios. Así, por medio de mecanismos de control del Derecho societario, el Estado logra el poder de disponer sobre el patrimonio societario, incluyendo los bienes situados en el extranjero.
- 23 En general, la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán trata la intervención “indirecta” (a través del Derecho societario) de un Estado extranjero sobre bienes situados en Alemania, de la misma forma que el intento de expropiación directa.⁴⁸ El Estado extranjero no debe poder conseguir el dominio de bienes situados en el interior del país utilizando el mecanismo indirecto de la expropiación de los derechos de los socios. Las limitaciones derivadas del principio de territorialidad deben aplicarse, en todo caso, si el Estado extranjero consigue el control sobre la persona jurídica mediante la expropiación a extranjeros:

las restricciones derivadas del principio de territorialidad se aplican (...) sólo si se expropia el patrimonio de una persona jurídica. Éstas constituyen el límite externo también para la confiscación de los derechos de los socios de una persona

⁴⁶ Sent. Tribunal Supremo alemán de 11 de julio de 1957, BGHZ, t. 25, pp. 134 y ss., esp. p. 143: “las medidas expropiatorias de un Estado, revestidas de forma de ley, adoptadas mediante un acto administrativo o basadas en el poder, abarcan... sólo aquellos bienes que se hallen en el territorio soberano del Estado y no se extienden más allá de sus fronteras”.

⁴⁷ Sent. Tribunal Supremo alemán de 11 de julio de 1957, BGHZ, t. 25, pp. 134 y ss., esp. p. 143-144.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 144-145 y sent. Tribunal Supremo alemán de 21 de mayo de 1974, BGHZ, t. 62, pp. 340 y ss., esp. p. 343.

jurídica, al menos cuando estos derechos (...) se encuentran total o parcialmente en manos extranjeras (...). En estos casos, según una convicción jurídica general, basada en un modo natural de ver las cosas, hay que equiparar la intervención de los derechos de los socios a la del patrimonio de la persona jurídica. Por tanto, ésta no puede ir más allá de una confiscación normal de bienes extranjeros. De lo contrario, no se observaría en estos casos el principio de territorialidad y se excluiría la aplicación de dicho principio a través de una mera artimaña de construcción jurídica, como es la confiscación de los derechos sociales que se encuentran total, o casi totalmente, en manos extranjeras en vez de la expropiación del patrimonio de la sociedad.⁴⁹

Para los casos de expropiación de participaciones sociales por parte de un Estado extranjero, el Tribunal Supremo alemán ha desarrollado la denominada “teoría del desdoblamiento” (*Spaltungstheorie*), con el fin de suprimir los efectos extraterritoriales sobre los bienes de la sociedad en Alemania. Según ésta, los bienes en Alemania de dicha sociedad deben corresponder a una nueva sociedad desgajada de la anterior.⁵⁰ Mediante una “sociedad desdoblada” de este tipo, los socios expropiados por el Estado extranjero conservan los bienes situados en Alemania de forma indirecta. 24

Desde hace mucho tiempo, la teoría alemana del desdoblamiento es objeto de una viva controversia.⁵¹ La existencia ficticia de una “sociedad escindida” desarticula a la empresa como unidad económica y jurídica. Hay que tener en cuenta, sobre todo, respecto de la privación de los derechos sociales, que el principio de territorialidad, por sí solo, no puede dar una respuesta concluyente respecto de los efectos sobre el patrimonio extranjero de la sociedad. Ello es debido a que el “país de origen” de una persona jurídica (el Estado de sede real o lugar de constitución) puede alegar que los derechos sociales se encuentran localizados en su territorio. En este sentido, la expropiación de tales derechos de participación está cubierta por la soberanía territorial del “país de origen”. Visto de esta forma, el reconocimiento de la expropiación por parte de Estados extranjeros en relación con los bienes extranjeros no es constitutivo, ya que el “país de origen” puede ejecutar por sí mismo la expropiación de los derechos societarios en su territorio estatal. Quien constituye una sociedad con sede en un Estado extranjero, o regida por un Derecho extranjero de constitución, o adquiere participaciones sociales de ésta, no puede esperar que otros Estados, donde se hallen bienes de la sociedad, lo liberen del riesgo de una expropiación. En definitiva, se trata de un conflicto de poder normativo concurrente entre el “Estado 25

⁴⁹ Sent. Tribunal Supremo alemán de 21 de mayo de 1974, BGHZ, t. 62, pp. 340 y ss., esp. p. 343.

⁵⁰ Sent. Tribunal Supremo alemán de 11 de julio de 1957, BGHZ, t. 25, pp. 144 y ss. y Sent. Tribunal Supremo alemán de 21 de mayo de 1974, BGHZ, t. 62, pp. 340 y ss., esp. p. 343.

⁵¹ V. Herdegen, M.: “Die extraterritoriale Wirkung der Enteignung von Mitgliedschaftsrechten an Gesellschaften in der Bundesrepublik Deutschland”, ZGR, 1991, pp. 547 y ss., esp. pp. 550 y ss. y las referencias citadas en este artículo.

de origen” de la sociedad y otros Estados donde hay patrimonio societario. Por lo demás, el desconocimiento total de medidas de expropiación extranjeras en relación con bienes situados en el interior de otro país, puede generar perturbaciones en las relaciones con el Estado expropiante. Estas consideraciones hablan a favor de un modelo de ponderación de intereses, más flexible que la solución radical de la “teoría del desdoblamiento”. Según ello, la cuantía de la indemnización dependería, por ejemplo, de si los derechos societarios se encuentran preponderantemente en manos de nacionales del “Estado de origen” expropiante. La “teoría del desdoblamiento” del Tribunal Supremo alemán sólo se ha aplicado, hasta el momento, en casos en los que se había producido una expropiación sin indemnización (confiscación) o en los que los derechos societarios expropiados se encontraban en su mayoría en manos extranjeras. Por lo demás, desde el punto de vista del Derecho de sociedades, parece digna de reflexión la propuesta de atender a los intereses de los socios expropiados respecto de los bienes situados en otros Estados mediante un derecho a indemnización. Esta solución permite una adecuada ponderación de intereses, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. En este sentido, se muestra superior a la misteriosa duplicación de personas jurídicas mediante la formación de una “sociedad separada”, que niega al acto de expropiación extranjero cualquier efecto sobre los bienes nacionales de la sociedad.

- 26 Desde el punto de vista del Derecho constitucional alemán, hay que tener en cuenta que la garantía de propiedad del Artículo 14 GG también condiciona el reconocimiento de la expropiación de derechos societarios respecto de los bienes situados en el territorio nacional. A raíz de la nacionalización de industrias, bancos y sociedades financieras llevada a cabo en Francia mediante una ley de 1982,⁵² se ha generado un intenso debate en torno al alcance del Artículo 14 GG respecto del reconocimiento de expropiaciones extranjeras. La ley francesa de 1982 hizo que subsistiese el “caparazón” societario de las empresas nacionalizadas y se limitó a trasladar la propiedad de los derechos societarios al Estado; las filiales y participaciones en el extranjero –por ejemplo, en Alemania– se vieron afectadas de forma indirecta por la nacionalización. La indemnización, orientada por la cotización bursátil, se debía pagar por medio de obligaciones a largo plazo y con reducidos intereses. Los intentos por parte de accionistas individuales expropiados de hacer valer ante tribunales belgas y suizos sus pretensiones en relación con el patrimonio de las empresas francesas situadas en el extranjero no tuvieron éxito. En Alemania se discute si las expropiaciones francesas de 1982 podrían o no ser reconocidas en lo que respecta a los bienes situados en Alemania. Según una concepción estricta, el Artículo 14 GG requiere, para el reconocimiento de una expropiación extranjera, que su base legal prevea una indemnización (en el sentido del Artículo 14.3 GG). Existen, sin embargo, buenas razones a favor de una opinión contraria más generosa. A diferencia de lo que

⁵² Coing, H.: “Zur Nationalisierung in Frankreich”, *WM*, 1982, pp. 378 y ss.; Lederer, M.: Die internationale Enteignung von Mitgliedschaftsrechten, 1989; Wölker, U.: “Die Nationalisierungen in Frankreich 1981/1982”, *ZaöRV*, 43/1983, pp. 214 y ss.

ocurre con la expropiación directa de bienes extranjeros, el “Estado de origen” de una sociedad puede “ejecutar” por sí mismo, en su territorio, la expropiación de los derechos societarios. En estos casos, el reconocimiento tiene un significado distinto al de la intervención directa de los bienes situados en Alemania. Sobre la base del Artículo 14.3 GG, que es expresión de un valor constitucional fundamental, la expropiación indirecta de bienes situados en Alemania a través de la privación de derechos de participación, sólo puede obtener un reconocimiento pleno si se otorga una indemnización por una cuantía superior a la mitad del valor comercial.⁵³ Al mismo tiempo, la localización de los derechos de participación en el “Estado de origen” de una sociedad y el riesgo vinculado de una expropiación reducen el estándar indemnizatorio. Evidentemente, ello no afecta al mandato de Derecho internacional de indemnizar a los extranjeros.

La tendencia a reconocer la expropiación “extraterritorial” de derechos societarios si 27
existe una congruencia de intereses entre los Estados afectados, ha hallado reflejo en la decisión de la House of Lords británica en el asunto Rumasa.⁵⁴ Este caso trataba, entre otras cuestiones, de la pretensión de la filial inglesa de la sociedad española Rumasa en relación a los derechos de propiedad industrial de una conocida marca de jerez (*sherry*). La sociedad anónima Rumasa fue nacionalizada en España, a través de la expropiación a sus accionistas. Por ello, en última instancia, tras la demanda de la filial inglesa se encontraba el Estado español. La pretensión sólo podía tener éxito si los tribunales británicos reconocían por completo, en relación con los efectos en el Reino Unido, la expropiación de los derechos societarios en la empresa española por parte de España.⁵⁵ La House of Lords rechazó la alegación de los demandados de que se trataba de un intento infructuoso de España de expropiar bienes situados en el Reino Unido. El tribunal británico partió de que la expropiación ya se había ejecutado en España. Mediante la referencia a la (por entonces inminente) entrada de España en la Comunidad Europea, la máxima instancia judicial británica se declaró partidaria del reconocimiento ilimitado de la expropiación española, también en relación con filiales inglesas de la empresa nacionalizada:

(...) an English court will recognise the compulsory acquisition law of a foreign state and will recognise the change of title to property which has come under the control of the foreign state and will recognise the consequences of that change of title. The English court will decline to consider the merits of compulsory acquisition. In their pleadings the appellants seek to attack the motives of the Spanish legislators, to allege oppression on the part of the Spanish government and to question the good faith of the Spanish administration in connection with the enactment, terms and implementation of the law of 29 June 1983. No English judge could properly entertain such an attack laun-

⁵³ V. Herdegen, *op. cit.* (*supra*, nota 1007), esp. pp. 567-568.

⁵⁴ Williams & Humbert Ltd. v. W. & H. Trade Mark (Jersey) LTD, A. C., 1986, pp. 368 y ss.

⁵⁵ Al respecto, v. Quiñones Escámez, A.: Eficacia internacional de las nacionalizaciones: nombre comercial y marcas, 1988.

*ched on a friendly state which will shortly become a fellow member of the European Economic Community.*⁵⁶

- 28 La decisión de la House of Lords ha sido fuertemente criticada por algunos autores. Sin embargo, parece convincente la idea de que, al menos en relación con los Estados miembros de la Unión Europea, el respeto de las expropiaciones extranjeras debe ser de carácter general. No obstante, es problemático que en el asunto *Rumasa*, la House of Lords no haya profundizado más en la cuestión de la indemnización.

Tema 21

Inversiones extranjeras: relevancia y preceptos nacionales

1. Relevancia de las inversiones extranjeras

Bibliografía selecta: Dolzer, R., Herdegen, M., Vogel, B. (eds.): *Auslandsinvestitionen*, 2006; Muchlinsky, P., Ortino, F., Schreuer, C.: *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008; UNCTAD: *World Investment Report*, 2011.

- 1 La atracción de inversiones extranjeras es un instrumento clave para el desarrollo económico, el crecimiento sostenido de la economía y la lucha contra la pobreza. La Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo de Monterrey de 2002 resaltó, en el denominado “consenso de Monterrey”, la importancia de las inversiones extranjeras directas y de otros flujos de capital:

Las corrientes internacionales de capitales privados, en particular las de inversiones extranjeras directas, así como la estabilidad financiera internacional, constituyen un complemento fundamental de las actividades nacionales e internacionales de desarrollo. Las inversiones extranjeras directas contribuyen a financiar el crecimiento económico sostenido a largo plazo. Son particularmente importantes por las posibilidades que ofrecen de transferir conocimientos y tecnologías, crear puestos de trabajo, aumentar la productividad general, estimular la competitividad y el espíritu de empresa y, en última instancia, erradicar la pobreza mediante el fomento del desarrollo y el crecimiento económico. Por lo tanto, un gran desafío es crear las condiciones internas e internacionales necesarias para facilitar las corrientes de inversiones directas —que contribuyan al logro de los objetivos prioritarios de desarrollo de los países— hacia los países en desarrollo, en particular de África, así como a los países menos adelantados, los pequeños

⁵⁶ V. Williams & Humbert Ltd. v. W. & H. Trade Mark (Jersey) LTD, A. C., 1986, esp. p. 431 (por Lord Templeman). En ella, el tribunal partió de una regulación de la indemnización a favor de los accionistas no verificada con mucho detalle (p. 426).

Estados insulares en desarrollo, los países en desarrollo sin litoral y los países con economías en transición (núm. 20).

Desde esta perspectiva, la protección de las inversiones extranjeras como elemento de un buen clima de inversión está estrechamente relacionada con el desarrollo económico y una posible mejoría de las estructuras sociales.

Conviene distinguir entre las denominadas inversiones directas, por un lado, y, por otro lado, las denominadas inversiones “de portafolio”. Las inversiones extranjeras directas (*foreign direct investment*) se caracterizan fundamentalmente por la influencia directa del inversor en la gestión de la compañía, respecto de la cual adquiere propiedad (en forma de participaciones sociales). Así lo establece de manera ejemplar la siguiente definición de inversiones extranjeras directas del Fondo Monetario Internacional:⁵⁷

Direct investment is the category of international investment that reflects the objective of a resident entity in one economy obtaining a lasting interest in an enterprise resident in another economy. (The resident entity is the direct investor and the enterprise is the direct investment enterprise). The lasting interest implies the existence of a long-term relationship between the direct investor and the enterprise and a significant degree of influence by the investor on the management of the enterprise. Direct investment comprises not only the initial transaction establishing the relationship between the investor and the enterprise but also all subsequent transactions between them and among affiliated enterprises, both incorporated and unincorporated.

En cambio, en el caso de las inversiones “de portafolio”, la participación directa o indirecta en el capital de una empresa no trae consigo el control determinante sobre la dirección de la misma. Su finalidad no es adquirir el control, sino la participación en la renta del capital, sin mayores oportunidades de influencia, como sucede, por ejemplo, con las participaciones en fondos de capital o la compra de acciones.

La gran mayoría de las inversiones directas extranjeras tiene como destino determinados países industrializados (como Estados Unidos, Reino Unido, Luxemburgo, Australia y Hong Kong), así como países emergentes (como China, Brasil y México).

Las inversiones extranjeras realizadas por fondos soberanos (*Sovereign Wealth Funds*) han adquirido una importancia creciente. Los fondos soberanos son empresas controladas por un Estado y alimentadas por excedentes presupuestarios (particularmente de la venta de materias primas), que invierten en diversas clases de títulos-valor a escala internacional. Dentro de la noción de fondos soberanos conviene distinguir entre fondos de ahorro o generacionales, que persiguen inversiones a largo plazo, y fondos de estabilización, que

⁵⁷ <http://www.iwg-swf.org/pubs/gaplist.htm>.

buscan oportunidades a corto plazo, para compensar fluctuaciones en los ingresos estatales. Los fondos soberanos más importantes (con un capital fijo de más de cien mil millones de dólares) provienen de los Emiratos Unidos Árabes (*Abu Dhabi*), Singapur, Noruega, Arabia Saudita, Kuwait, República Popular China, Rusia y Hong Kong. El patrimonio total de los fondos soberanos asciende a varios billones de dólares.

En mayo de 2008, los representantes de los fondos soberanos más importantes adoptaron unos principios para sus participaciones de capital en empresas extranjeras (Principios y Prácticas Generalmente Aceptados –PPGA– *Generally Accepted Principles and Practices* –GAPP– o *Santiago Principles*⁵⁸). Estos principios son expresión de un cierto nivel de autovinculación y apuntan a una mayor transparencia de sus actividades de inversión. Además, está previsto que las actividades de los fondos soberanos se adecúen a los intereses macroeconómicos del Estado receptor.

2. Restricciones a las inversiones extranjeras directas

Bibliografía selecta: Kern, S.: “Staatsfonds – Staatliche Auslandsinvestitionen im Aufwind”, *Deutsche Bank Research, Aktuelle Themen*, 405/2007; Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE): *OECD Regulatory Restrictiveness Index*, 2006.

- 5 Entre las reglas aplicables a inversiones extranjeras directas, es de especial interés en qué medida el respectivo Estado de acogida permite inversiones extranjeras y a qué tipo de condiciones las somete. Con el desmantelamiento de la gran mayoría de los monopolios de producción y comercio, muchos de los antiguos sistemas comunistas se han abierto a participaciones de capital extranjeras. No obstante, en muchos países subsisten amplias restricciones aplicables en general a participaciones de capital privado o, más específicamente, a participaciones extranjeras en los denominados “sectores estratégicos”. Entre estos se cuentan, por ejemplo, sectores políticamente sensibles como la industria de armamento, pero también la extracción de materias primas, el abastecimiento de energía y agua, las telecomunicaciones y la aeronáutica civil. En los sectores considerados como “estratégicos”, no se permiten inversiones extranjeras, o sólo se permiten en cierta medida (por ejemplo, como participaciones minoritarias que no excedan de un 49% del capital social). En particular, existen amplias restricciones a las inversiones extranjeras directas (en general o en cuanto a sectores “estratégicos”) en la República Popular de China, la India o la Federación Rusa.⁵⁹ Pero también algunos Estados industrializados occidentales (como Francia, Japón, o Estados Unidos) someten las inversiones extranjeras directas en algunos sectores a controles estatales y restricciones de gran alcance.

Así, existe un comité adscrito al Ministerio de Finanzas de los Estados Unidos (*U.S. Department of the Treasury*) que vela por la compatibilidad con intereses de la “se-

⁵⁸ Accesible en <http://www.iwg-swf.org/pubs/esl/gapplist.pdf>

⁵⁹ Respecto del Derecho ruso, v. Stoljarskij, A.: “Russland: Ausländische Investitionen in strategischen Branchen”, *RiW*, 2009, pp. 587 y ss.

guridad nacional” de las inversiones extranjeras en empresas que actúan comercialmente en Estados Unidos. Este comité (*Committee on Foreign Investments in the US-CFIUS*), tiene su base legal en una enmienda a la ley que regula la protección de la industria del armamento (*Exon-Florio Amendment* de la *Defense Protection Act*, en la versión modificada por la *Foreign and National Security Act* de 2007). La decisión final en materia de restricciones o prohibiciones de inversiones extranjeras incumbe al Presidente de los Estados Unidos. Sin embargo, en la práctica se hace un uso muy escaso de estas competencias de intervención. En la República Federal de Alemania, tras la modificación de unos preceptos de Derecho de comercio exterior, puede prohibirse la adquisición de empresas domiciliadas en Alemania, o de participaciones en ellas, por parte de inversores extranjeros, si ello constituye un peligro para el orden o la seguridad públicos. El umbral de intervención en materia de participaciones sociales es la adquisición de un 25% (§ 7. 2 núm. 6 *Außenwirtschaftsgesetz*, § 53 *Außenwirtschaftsverordnung*).⁶⁰

Tema 22

Contratos de inversión entre Estados y empresas extranjeras

Bibliografía recomendada: Baur, J. F., Hobe, S. (eds.): *Rechtsprobleme von Auslandsinvestitionen. Konzessionen, Vertragsanpassung, Vergabeverfahren*, 2003; Behrens, P.: “Towards the Constitutionalization of of International Investment Protection”, *AVR* (2007), pp. 152 ss.; Bishop, R. D., Crawford, J., Reisman, W. M.: *Foreign Investment Disputes*, 2005; Böckstiegel, K. -H.: *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, 1971; Buxbaum, R. M., Riesenfeld, S. A.: “Investment Codes”, *EPIL*, tomo II, 1995, pp. 1439 y ss.; Fischer, P.: *Die internationale Konzession*, 1974; Gao, Z.: *International Petroleum Contracts: Current Trends and New Directions*, 1994; Görs, B.: *Internationales Investitionsrecht*, 2005; Gramlich, L.: *Rechtsgestalt, Regelungstypen und Rechtsschutz bei grenzüberschreitenden Investitionen*, 1984; Lalive, J. -F.: “Contrats entre Etats et entreprises étatiques et personnes privées – Développements récents”, *RdC*, 181/1983, t. III, pp. 9 y ss.; Merkt, H.: *Investitionsschutz durch Stabilisierungsklauseln*, 1990; Nicklisch, F. (ed.), *Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte- Nationale und internationale BOT-Projekte*, 1994; Riesenfeld, S. A.: “Foreign Investments”, en *EPIL*, t. II, 1995, pp. 433 y ss.; Salacuse, J. W.: *The Law of Investment Treaties*, 2010; Schanze, E.: *Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht*, 1986; Stoll, J.: *Vereinbarungen zwischen Staat und ausländischem Investor*, 1982; M. Valasek/P. Dumberry, “Developments in the Legal Standing of Shareholders and Holding Corporations in Investor-State Disputes”, *ICSID Review*, 2011, pp. 34 y ss.; de Vareilles-Sommières, P., Fekini, A.: “Les nouveaux contrats internationaux d’exploration et du partage de production pétrolière de Lybie”, *JDI* 2008, pp. 3 ss.; Velten, R.: *Die Anwendung des Völkerrechts auf State Contracts in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 1987.

⁶⁰ Al respecto, Roth, W. -H.: “Investitionsbeschränkungen im deutschen Außenwirtschaftsrecht” *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 2009, pp. 257 y ss.

- 1 Las empresas que invierten en un Estado extranjero pretenden darle la mayor seguridad posible a su inversión. Las reglas del Derecho consuetudinario internacional sobre la expropiación de extranjeros sólo ofrecen una protección limitada frente a la privación de bienes patrimoniales.⁶¹ El estándar clásico de la indemnización plena está otra vez ganando terreno tras las controversias del pasado, pero aún sigue adoleciendo de una cierta inseguridad. Las disposiciones legales a favor de las inversiones extranjeras previstas en el Derecho del Estado de acogida, incluidas las garantías constitucionales, pueden verse alteradas por un cambio de la situación política interna. El mismo problema existe con el compromiso contractual de un Estado frente a un inversor extranjero, si el contrato se somete al Derecho de ese Estado. En este ámbito, la promesa contractual del Estado sólo tiene valor en la medida que éste se muestre fiel al contrato. Por otro lado, no se puede esperar de los Estados que, en pactos realizados con una empresa extranjera, se sometan al Derecho de otro Estado.
- 2 Este dilema impulsa los esfuerzos por proteger la posición jurídica del inversor privado frente a la intervención del poder normativo del Estado como contraparte contractual. La remisión al “Derecho transnacional” (o a los principios generales del Derecho contractual⁶²) plantea inconvenientes: aparte de los problemas generales de reconocer fuentes jurídicas de esta naturaleza, se estima que un contrato de este tipo, a medio camino entre el Derecho internacional público y el Derecho nacional, no puede limitar la libertad de decisión del Estado de acogida y su violación no supone un acto ilícito desde la perspectiva del Derecho internacional público. Otra vía para dar cobertura al inversor extranjero es la inclusión en el contrato de una “cláusula de estabilización”, que prohíbe al Estado de acogida modificar unilateralmente las pretensiones contractuales. Una cláusula de estabilización de este tipo sólo puede desplegar eficacia como limitación del poder normativo estatal, si se añade al Derecho internacional público. Es decir, si fundamenta una obligación internacional del Estado. Por ello, en ocasiones, una regla de estabilización va acompañada de una “cláusula de internacionalización”, que remite al Derecho internacional y, así, “internacionaliza” las relaciones entre el Estado y la empresa extranjera.
- 3 El efecto de cláusulas de estabilización e internacionalización de este tipo es extraordinariamente controvertido. Las posibles interpretaciones se plasman en los diversos laudos arbitrales que derivan de la controversia sobre el petróleo libio.⁶³ Se trataba de conflictos referidos a contratos sobre concesiones petrolíferas, que Libia había celebrado con diversas empresas petroleras occidentales. En la década de los setenta, Libia nacionalizó su industria petrolera y, con ello, privó a las empresas petroleras extranjeras de los derechos de

⁶¹ V. *supra*, tema 20, nota al margen 1.

⁶² V. *supra*, tema 3, nota al margen 4.

⁶³ Al respecto, v. Dolzer, R.: “Libya-Oil Companies Arbitrations” en: EPIL, t. III, 1997, pp. 215 y ss.

explotación reconocidos en los contratos de concesión. Los concesionarios afectados por estas medidas (*British Petroleum, Texaco Overseas Petroleum Company—Topco—, California Asiatic Oil Company—Calasiatic—* y la *Libyan American Oil Company—Liamco—*) iniciaron procedimientos arbitrales contra Libia (sobre la base de una cláusula arbitral contenida en los contratos) y alegaron que Libia había violado sus derechos contractuales. Libia apeló a su soberanía estatal, que no habría sido limitada por los contratos.

Frente a este argumento, las empresas petroleras se basaron en una “cláusula de estabilización”, que prohibía la revocación unilateral de derechos contractuales. Además, según otra disposición contractual, los acuerdos de concesión únicamente se regían por el Derecho libio en la medida en que éste fuese compatible con los principios del Derecho internacional, debiendo aplicarse, para los demás aspectos, los principios generales del Derecho. Esta cláusula de internacionalización establecía que: 4

*This concession shall be governed by and interpreted in accordance with the principles of the law of Libya common to the principles of international law and in the absence of such common principles then by and in accordance with the general principles of law, including such of those principles as may have been applied by international tribunals.*⁶⁴

Libia defendió sin éxito el planteamiento de que, como Estado soberano, podía desvincularse de un pacto arbitral con empresas privadas. Los tres laudos arbitrales dictados en este conflicto partieron de la eficacia de la cláusula de elección de derecho y, con ello, obtuvieron un parámetro de análisis de la legalidad de las medidas de nacionalización no dependiente del Derecho libio. Sin embargo, los tres laudos siguieron distintos caminos, tanto en la línea de pensamiento como en el resultado final.

En el caso de la *British Petroleum*, el árbitro Lagergren dictó un laudo en Copenhague 5 en el que se aplicaba el Derecho danés (en calidad de Derecho aplicable al procedimiento arbitral) y se admitía la autonomía de la voluntad en cuanto a la remisión al Derecho internacional (reconocida en el Derecho danés).⁶⁵ En el laudo, se condenó a Libia a indemnizar a BP por haberle expropiado de forma arbitraria y discriminatoria.

En cuanto a la consecuencia jurídica de la violación del contrato de concesión, el árbitro rechazó una pretensión de cumplimiento contractual (*restitution, restitio in integrum*), admitiendo en vez de ello una acción por compensación de daños:

when by the exercise of sovereign power a State has committed a fundamental breach of a concession agreement by repudiating it through a nationalisation of the enterprise

⁶⁴ *Texas Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. v. Libyan Arab Republic, ILM, 17/1978, pp. 1 y ss., n. marg. 23.*

⁶⁵ *British Petroleum Exploration Co. c. Libyan Arab Republic, ILR, 53/1979, pp. 297 y ss.*

*and its assets in a manner which implies finality, the concessionaire is not entitled to call for specific performance by the Government of the agreement and reinstatement of his contractual rights, but his sole remedy is an action for damages.*⁶⁶

En el caso *Liamco*,⁶⁷ el laudo se refirió a los principios generales del Derecho internacional privado y también tomó como base la cláusula de elección de ley del contrato de concesión. El árbitro *Mahmassani* condenó a Libia a pagar una indemnización, basándose en una fundamentación no muy clara, que contenía consideraciones de equidad. Por lo demás, el árbitro consideró que una obligación a cumplir el contrato constituiría una violación de la soberanía del Estado expropiante.⁶⁸

- 6 El laudo del caso *Topco/Calasiatic* calificó de una forma distinta la relación de Libia con sus co-contratantes extranjeros.⁶⁹ Desde el principio, el árbitro *Dupuy* incardinó el contrato entre las compañías petroleras estadounidenses y el Estado libio en el plano del Derecho internacional (es decir, sin dar el rodeo de acudir al Derecho nacional o a algún principio general del Derecho contractual). De esta forma, consiguió dar cobertura internacional a la posición contractual de los inversores. En coherencia con esa argumentación de Derecho internacional, en opinión del árbitro, las normas nacionalizadoras libias no podían anular las concesiones de las empresas petroleras estadounidenses. El árbitro condenó a Libia, apoyándose en los principios de la restitución en especie (*restitutio in integrum*), al restablecimiento de la posición jurídica de las compañías fijada en los contratos de concesión.⁷⁰
- 7 El laudo del caso *Topco/Calasiatic* ha dado un apoyo decisivo a la concepción de que un Estado, en un contrato con un particular extranjero, puede contraer obligaciones de naturaleza internacional y que, con fundamento en una relación contractual de este tipo, una empresa privada puede obtener una “subjetividad internacional limitada”. La doctrina del “contrato de Derecho internacional limitado” es bastante controvertida, pero desde que se dictó el laudo citado ha adquirido mucha relevancia. Por supuesto, hay que tener en cuenta que los acuerdos entre un Estado y un inversor extranjero adscritos al Derecho internacional, al igual que ocurre con los convenios entre Estados, se ven afectados por la reserva de un cambio esencial de las circunstancias (cláusula *rebus sic stantibus*).

⁶⁶ *British Petroleum Exploration Co. v. Libyan Arab Republic*, ILR 53 (1979), pp. 354 y ss.

⁶⁷ *Libyan American Oil Co. c. Libyan Arab Republic*, ILM, 20/1981, pp. 1 y ss.

⁶⁸ *Libyan American Oil Co. v. Libyan Arab Republic*, ILM 20 (1981), pp. 1 y ss. (esp. p. 64-65).

⁶⁹ *Texas Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. c. Libyan Arab Republic*, ILM, 17/1978, pp. 1 y ss.

⁷⁰ *Texas Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. v. Libyan Arab Republic*, ILM 17/1978, pp. 1 y ss., n. marg. 92 y ss.

Según algunos laudos arbitrales, una “cláusula de estabilización” en un contrato de concesión que tiene una duración prevista de varias décadas no significa que el Estado de acogida haya renunciado a una expropiación.⁷¹

Independientemente de cómo se califiquen los contratos entre el inversor y el Estado 8 de acogida, se reconoce que un Estado no puede retractarse de un pacto arbitral con una empresa extranjera alegando su soberanía (a no ser que los contratos se sometan directamente al Derecho del Estado de acogida). La posibilidad o imposibilidad de revocar unilateralmente los derechos contractuales frente al Estado no afecta a la validez de una cláusula arbitral (*doctrine of severance*). En este sentido, los pactos de arbitraje entre un Estado y su contraparte extranjera se “estabilizan” mediante el Derecho internacional.⁷²

Por lo demás, atendiendo al estado actual de la dogmática internacional en este punto, la 9 mejor forma de asegurar las pretensiones contractuales de un inversor frente a un Estado extranjero es que éste se apoye en un acuerdo internacional entre el Estado de origen del inversor y el Estado de acogida.⁷³

Los contratos referidos a la construcción y a la explotación de instalaciones (por ejemplo, 10 instalaciones de transporte como aeropuertos o puertos marítimos), en los que, con base en un acuerdo de concesión con el Estado correspondiente, el inversor obtiene los derechos de explotación durante un determinado tiempo y, transcurrido éste, debe entregarle la instalación al Estado, merecen una consideración especial. El periodo de tiempo determinado contractualmente durante el cual se conceden al inversor los derechos de explotación es claramente inferior a la previsible vida útil de la instalación. En este tipo de proyectos BOT (*Build-Operate-Transfer*), el contrato con el gobierno del Estado constituye la base de una complicada red de contratos sobre la financiación del proyecto y su ejecución técnica.⁷⁴ Los proyectos BOT, debido a su estructura extraordinariamente compleja y a la concurrencia de muchos partícipes, son especialmente propensos al incumplimiento de prestaciones contractuales. El sentido concreto de algunas obligaciones contractuales sólo se revela de manera gradual. La colaboración leal de los órganos estatales participantes tiene gran importancia en esta materia. Los impedimentos administrativos pueden dar lugar a una expropiación “furtiva”,⁷⁵ o causar otras infracciones contra los estándares de

⁷¹ Aminoil v. Kuwait, ILM, 21/1982, pp. 976 y ss., n. marg. 88 y ss., esp. p. 95.

⁷² V. *supra*, tema 9, nota al margen 2.

⁷³ V. *infra*, tema 23, nota al margens 2 y 5.

⁷⁴ V. por ejemplo, Nicklisch, F.: “The BOT Model - The Contractor’s Role as Builder - Contract Structure Risk Allocation and Risk Management”, *International Construction Law Review*, 9/1992, pp. 425 y ss.; id.: “BOT - Projekte - Vertragsstrukturen, Risikoverteilung und Stretibeilegung”, *BB*, 1998, pp. 2 y ss.; De Cazalet, B.: “Le contrat de construction dans le cadre des projets en BOT”, *RDAI*, 1998, pp. 405-415.

⁷⁵ V. *supra*, tema 20, nota al margen 1.

la protección convencional de las inversiones.⁷⁶ Por regla general, una intervención por parte del Estado en los derechos de explotación pactados deberá considerarse como una expropiación que debe ser indemnizada.

- 11 El proyecto BOT más conocido es, probablemente, la construcción del túnel del Canal de la Mancha entre Francia y Reino Unido.⁷⁷ El proyecto de este túnel halla su fundamento de Derecho internacional en el Convenio internacional que celebraron Francia y Reino Unido en el año 1986. Este Convenio establece un marco jurídico interestatal para un canal permanente y para una concesión a favor de empresas privadas. Por su parte, el otorgamiento de la concesión tiene su base en un Acuerdo entre los Gobiernos francés y británico, por un lado, y, por otro, los concesionarios británicos y franceses (*France Manche S.A.* y *Channel Tunnel Group Ltd.*). Según éste, la concesión debe tener una duración de sesenta y cinco años (antes cincuenta y cinco). En la implementación del proyecto, debe aplicarse el principio de la libertad empresarial. Además, se prevé la creación de un órgano de vigilancia y de una autoridad de seguridad. En el ámbito interno, una ley británica (*Channel Tunnel Act 1987*) y un decreto francés (junto a una declaración especial sobre la utilidad pública del proyecto) apoyan el Convenio y el Acuerdo de concesión. Estas normas nacionales establecen también las bases jurídicas en cuanto a la planificación y a la propiedad para la ejecución del proyecto del túnel. Los concesionarios estaban obligados a realizar acuerdos sobre la utilización del túnel con las compañías ferroviarias nacionales. La base de la financiación del proyecto era el probable beneficio derivado de la concesión.

Tema 23

Mecanismos de protección en el Derecho de inversiones

1. Sinopsis

Bibliografía recomendada: Dolzer, R., Schreuer, C.: *Principles of International Investment Law*, 2.^a ed., 2012; Dolzer, R., Herdegen, M., Vogel, B.: *Foreign Investment*, 2006; Esser, J., Meessen, K. M. (ed.): *Kapitalinvestitionen im Ausland-Chancen und Risiken*, 1984, pp. 10 y ss.; Fach Gómez, K.: “Latin America and ICSID: David versus Goliath?”, *Law and Business Review of the Americas* 17 /2011, pp. 195 y ss.; Griebel, J.: *Internationales Investitionsrecht*, 2008; Herdegen, M.: “Investitionsschutz in Lateinamerika. Neuere Entwicklungen im Verfassungs- und Völkervertragsrecht”, *ZVglRWiss*, 94/1995, pp. 341 y ss.; Knahr, C., Reinisch, A.: *Aktuelle Probleme und Entwicklungen im Internationalen Investitionsrecht*,

⁷⁶ Metje, T.M.: *Der Investitionsschutz im internationalen Anlagenbau. Eine Untersuchung mit besonderer Berücksichtigung internationaler BOT-Projekte*, 2008, pp. 55 y ss.

⁷⁷ Al respecto, v. Goy, R.: “Le tunnel sous la Manche”, *AFDI*, 32/1986, pp. 741 y ss.; Herdegen, M.: “Der Konzessionsvertrag aus öffentlich-rechtlicher Sicht: das Beispiel des Kanaltunnelprojekts”, en Nicklisch, F. (ed.): *Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte*, 1994, pp. 41 y ss.; “Konzessionsvertrag zum Ärmelkanaltunnel von 1986”, *Command Papers*, núm. 9726, en Nicklisch, *op. cit.*, pp. 93 y ss.

2008; Muchlinski, P., Ortino, F., Schreuer, C.: *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008; Ortino, F. / Sheppard, A./Warner, H. (ed.): *Investment Treaty Law: Current Issues*, vol. I, 2006; *id.* (eds.): *Investment Treaty Law: Current Issues*, vol. II, 2007; Newcombe, A., Paradell, L.: *Law and Practice of Investment Treaties*, 2008; Reinisch, A.: *Standards of investment protection*, 2008; Schill, S.: “Der Schutz von Auslandsinvestitionen in Deutschland im Mehrebenensystem: deutsches, europäisches und internationales Recht”, *ÄöR*, 135/2010, pp. 498 y ss.; Sornarajah, M.: *The International Law of Foreign Investment*, 3.^a ed., 2010; v. también la bibliografía del tema 21.

La protección tradicional de las inversiones extranjeras se rige por las reglas del Derecho 1
de extranjería, especialmente las previstas en el Derecho internacional de la expropiación.
El Estado de origen del inversor únicamente puede hacer valer reclamaciones, frente
al Estado receptor de la inversión, por la vía de la protección diplomática.⁷⁸ Desde la
perspectiva de la empresa afectada, no sólo hay que tener en cuenta posibles conflictos
respecto a los estándares de protección del Derecho consuetudinario (especialmente, en
relación con la cuantía de la indemnización), sino también las inseguridades políticas
y los riesgos relativos a la relación entre el Estado de origen y el Estado de acogida, o
a la disposición del propio gobierno para la protección diplomática. Los intentos por
equilibrar las relaciones entre el inversor y el Estado de acogida a través de contratos
internacionalizados (mediante “cláusulas de estabilización” y pactos de arbitraje⁷⁹) se ven
dificultados por dudas jurídicas y de hecho. Únicamente un pequeño círculo de potentes
empresas multinacionales puede alcanzar por la vía contractual una mayor “igualdad de
armas” (*Waffengleichheit*).

Estos problemas han alimentado los esfuerzos para mejorar la protección de las inver- 2
siones extranjeras mediante convenios internacionales en los que participe el Estado
de origen. Los convenios bilaterales para proteger las inversiones (*Bilateral Investment
Treaties*, BITs) deben eliminar las dudas sobre la posición jurídica de los inversores y la
protección de sus inversiones patrimoniales. Entre tanto, se encuentran estándares de
protección de inversiones en el TLCAN y en otros acuerdos de comercio preferencial
(*Preferential Trade Agreements*), cuyo alcance es tan amplio como para cumplir la misma
función que los tratados bilaterales sobre protección de inversiones. Esto es válido, en
particular, para los recientes acuerdos de comercio preferencial celebrados por Estados
Unidos.⁸⁰ Las negociaciones de un Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) en el
marco de la OCDE, en las que participaron los Estados miembros de la OCDE y ter-

⁷⁸ V. *supra*, tema 6, nota al margen 4.

⁷⁹ V. *supra*, tema 22.

⁸⁰ Hoeckmann, B., Newfarmer, R.: “Preferential Trade Agreements, Investment Disciplines and Investment Flows”, *JWT*, 39/2005, pp. 949 y ss.

ceros Estados, deben considerarse, por lo pronto, fracasadas.⁸¹ La Carta europea de la energía de 1994 constituye un marco de regulación multilateral en el sector energético.

- 3 Con el Convenio del Banco Mundial sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados se creó un foro para realizar procedimientos de solución de diferencias que presentan similitudes con un proceso judicial: el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - CIADI (International Centre for the Settlement of Investment Disputes - ICSID). El carácter vinculante de las decisiones se asegura, aquí, a través de un convenio internacional. El procedimiento arbitral del CIADI sustituye a la protección diplomática, moderando de esta forma el componente político de los conflictos sobre inversiones. También contribuyen a la “despolitización”, las soluciones proporcionadas por el Derecho de seguros. En el contexto del Banco Mundial, se estableció la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (*Multilateral Investment Guarantee Agency - MIGA*), que asegura los riesgos no comerciales en relación con inversiones en países en vías de desarrollo, y debe incentivar la actividad inversora en estos países. Además, junto a los seguros privados, existen en algunos países industrializados sistemas de seguros estatales para las inversiones en el extranjero.
- 4 La noción de “inversión” debe concretarse en cada caso sobre la base de los textos legales aplicables. Claramente, las inversiones no se limitan al uso de capital para adquirir la propiedad de bienes muebles e inmuebles o de participaciones sociales. Por regla general, una inversión de capital se caracteriza por una cierta duración, una expectativa de rendimiento que coincida con la asunción de riesgos empresariales y una contribución al desarrollo económico del Estado de acogida. Esta concepción se ha recogido también en el laudo arbitral del asunto *Salini Costruttori*.⁸²

The doctrine generally considers that investment infers contributions of a certain duration, of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction ... [and] the contribution to the economic development of the host State of the investment.

- 5 No obstante, el denominado *test Salini* no recoge los requisitos generales para que una inversión se encuentre protegida por el Derecho internacional público. Más bien, la definición tiene un carácter descriptivo y tipificador. El criterio decisivo es por tanto la noción de “inversión” que se utilice en el contexto del respectivo convenio internacional. Pueden darse casos en los que una inversión no implique que el inversor asuma el riesgo empresarial (por ejemplo, cuando la inversión se encuentra respaldada por bonos de Estado).

⁸¹ V. *infra*, tema 23, nota al margen 3.

⁸² Salini Costruttori S. p. A. and Italstrade S. p. A. v. Kingdom of Morocco, *ILM* 42/2003, pp. 609 y ss., n. marg. 52; Hoeckmann, B./Newfarmer, R.: “Preferential Trade Agreements, Investment Disciplines and Investment Flows”, *JWT* 39/2005, pp. 949 y ss.

En el asunto FEDAX N.V. v. República de Venezuela, el tribunal arbitral consideró que unas pretensiones de pago que se fundamentaban en flujos de capital a largo plazo (más precisamente, en la adquisición de bonos estatales), constituían una inversión en el sentido del Artículo 25.1 del Convenio del CIADI (que define el concepto de inversión de manera amplia).⁸³

La protección de las inversiones por el Derecho internacional público abarca tanto las inversiones directas como las inversiones de portafolio. A través de la inclusión de las inversiones de portafolio, la protección se extiende también a los accionistas minoritarios de sociedades de capital. Esto hace que la cuestión en torno a una posible protección diplomática por el Estado de origen de la sociedad afectada pierda relevancia.

La OCDE entabló negociaciones con Estados miembros y con terceros Estados respecto de la elaboración un Acuerdo Multilateral de Inversiones –AMI– (*Multilateral Agreement on Investment - MAI*). Existía unanimidad en torno a la adopción de un concepto amplio de las inversiones a proteger (incluyendo a participaciones en sociedades, derechos contractuales y propiedad intelectual). El nivel de protección frente a expropiaciones debía corresponderse con el recogido en los más recientes tratados bilaterales sobre protección de inversiones. El principio fundamental debía ser el de no discriminación (trato nacional y principio de la nación más favorecida). Este concepto debía también englobar la facilitación del acceso al mercado mediante la eliminación de obstáculos especiales para los inversores extranjeros. Debido a la insuperable contraposición de intereses (especialmente, respecto de las excepciones en el sector cultural o de la no aplicación del principio de no discriminación a favor de organizaciones de integración económica regional), el proyecto AMI, por lo pronto, ha fracasado.⁸⁴

2. Acuerdos bilaterales de protección de las inversiones y protección de inversiones en tratados de comercio

Bibliografía recomendada: Bischoff, J. A.: “Just a little bit of ‘mixity’? The EU’s role in the field of international investment protection law”, *Common market law review*, vol. 48, 2011, pp. 1527-1569; Dolzer, R., Schreuer, C.: *Principles of International Investment Law*, 2.^a ed., 2012; Dolzer, R., Stevens, M.: *Bilateral Investment Treaties*, 1995; Dolzer, R.: *Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Bilateral Investment Treaties*, 1995; Krajewski, M., Ceysens, J.: “Internationaler Investitionsschutz und innerstaatliche Regulierung”, *AVR* 45/2007, pp. 180 ss.; Neumayer, E., Spess, L.: “Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?”, *World Development*, 33/2005, pp. 1567 ss.; Salacuse, J. W.: *The Law of International Investment Treaties*, 2010;

⁸³ Respecto de la adquisición de bonos de Estado como inversión en el sentido del art. 25.1 del Convenio CIADI, v. CIADI, FEDAX N. V. v. Republic of Venezuela, Decision on Jurisdiction, *ILM*, 37/1998, pp. 1378 y ss., n. marg. 21 y ss.

⁸⁴ En el año 1998, cesaron las negociaciones (<http://wwwl.OECD.org/daf/mai/intro.htm>).

Sauvant, K. P., Sachs, L. (eds.): *The Effects of Treaties on Foreign Direct Investment*, 2009; Sornarajah, M.: "State Responsibility and Bilateral Investment Treaties", *JWT*, 20/1986, pp. 79 y ss.; Vandeveld, K.: *Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, 2010.

a) Consideraciones generales

- 7 Los tradicionales Tratados de amistad, comercio y navegación,⁸⁵ que los países industrializados occidentales celebraron con frecuencia en el pasado, suelen contener disposiciones sobre la admisión y la protección de las inversiones. Todavía hoy, las cláusulas de protección de este tipo de tratados juegan un papel importante para Estados Unidos y Japón. El Tribunal de arbitraje iraní-estadounidense de La Haya recurrió reiteradamente a las disposiciones del Tratado de amistad entre ambos Estados para juzgar las medidas expropiatorias contra ciudadanos y sociedades estadounidenses.⁸⁶

En el asunto ELSI, Estados Unidos basó su demanda por las medidas concursales adoptadas contra la filial italiana de una empresa estadounidense en el Tratado de amistad italo-estadounidense.⁸⁷ En este caso, la garantía del capital prevista convencionalmente se aplicó también a las participaciones (dominantes) en una sociedad extranjera, ampliándose así el campo de la protección diplomática por parte del Estado de origen del inversor.⁸⁸

- 8 Desde hace algunas décadas, se ha venido desarrollando otra modalidad de protección convencional de las inversiones. Se trata de convenios especiales de protección de inversiones, que ofrecen un mayor grado de precisión que los ya mencionados Tratados de amistad generales. Alemania y otros países industrializados han creado una amplia red de tratados bilaterales de este tipo, celebrados con países en vías de desarrollo y otros Estados.

Últimamente se ha celebrado una multitud de convenios de protección de inversiones, incluso entre países en vías de desarrollo. Actualmente existen casi 2700 tratados bilaterales de protección de inversiones.

Además, muchos convenios de comercio como el TLCAN contienen amplias disposiciones respecto de la protección de inversiones (capítulo XI). Chile ha celebrado un tratado de libre comercio con Estados Unidos cuyas disposiciones en materia de protección de inversiones son comparables a las del TLCAN.⁸⁹

Desde el Tratado de Lisboa, las competencias de la Unión Europea en materia de política comercial se extienden a la celebración de acuerdos en materia de inversiones extran-

⁸⁵ Blumenwitz, D.: "Treaties on Friendship, Commerce and Navigation", en *EPIL*, tomo IV, 2000, pp. 953 y ss.

⁸⁶ Al respecto, v. por ejemplo, Crook, J. R.: "Applicable Law in International Arbitration: The Iran-U. S. Claims Tribunal Experience", *AJIL*, 83/1989, pp. 278 y ss., esp. pp. 300 y ss. (y las referencias aquí incluidas).

⁸⁷ *ICJ Reports*, 1989, pp. 15 y ss.

⁸⁸ V. *supra*, tema 6, nota al margen 4.

⁸⁹ Biggs, G.: "The Latin American Treatment of International Arbitration and Foreign Investments and the Chile-U. S. Free Trade Agreement", *ICSID Review*, 19/2004, pp. 61 y ss.

teras directas (Artículo 207. 1, primera frase, del TFUE).⁹⁰ En este contexto, deben tenerse en cuenta las competencias residuales de los Estados miembros en materia de inversiones de portafolio.⁹¹ La continuación de los preexistentes acuerdos de protección de inversiones de los Estados miembros de la Unión Europea es problemática.⁹²

Un gran número de Estados de Latinoamérica ha superado su tradicional aversión frente a la garantía convencional de las inversiones extranjeras y ha concluido tratados de protección de inversiones con Alemania, los Estados Unidos, España y otros Estados. En ocasiones aisladas rebrotan actitudes hostiles ancladas en una concepción del Derecho internacional público propia del siglo XIX (la doctrina Calvo),⁹³ lo que produce efectos negativos en la dura competencia por atraer inversiones extranjeras.⁹⁴ Algunos países de América Latina (Bolivia, Ecuador, Venezuela) han denunciado tratados de protección de inversiones o el Convenio del CIADI, y han insistido en la renegociación de contratos de concesión celebrados con inversores extranjeros. Efectivamente, en muchas ocasiones, la renegociación es una mejor alternativa para los inversores extranjeros que un procedimiento arbitral por incumplimiento del contrato.

Los tratados de protección de inversiones de algunos países industrializados, como Alemania y Estados Unidos, se basan en tratados modelo.⁹⁵ Así, los Tratados de protección de inversiones de Alemania contienen, junto a un mandato general para favorecer la ad-

⁹⁰ Al respecto, v. Terhechte, J.: "Art. 351 AEUV, das Loyalitätsgebot und die Zukunft mitgliedstaatlicher Investitionsschutzverträge nach Lissabon", *EuR*, 2010, pp. 517 y ss.

⁹¹ Comisión Europea, "Hacia una política global europea en materia de inversión internacional", *COM* (2010) 343 final.

⁹² Un proyecto de la Comisión Europea para la elaboración de un Reglamento de la Unión Europea (2010/0197 [COD]) prevé una facultad general de los Estados miembros de continuar sus convenios bilaterales de protección de inversiones, pero le atribuye a la Comisión Europea el derecho de revocarlos bajo ciertas condiciones. Con respecto a la primacía de acuerdos de protección de inversiones celebrados antes de la adhesión a la Unión Europea frente a disposiciones contrarias en el Derecho de la Unión Europea (art. 351. 1 TFUE), y el deber de los Estados miembros de tomar medidas para eliminar incompatibilidades (art. 351. 2 TFUE), v. sent. TJUE, As. C-264/09, *Comisión/ República Eslovaca*, *Rec.* 2011, t. I.

⁹³ V. *supra*, tema 6, nota al margen 4, y tema 23, nota al margen 1.

⁹⁴ V. por ejemplo, el art. 301 de la Constitución de la República bolivariana de Venezuela de 1999: "El Estado se reserva el uso de la política comercial para defender las actividades económicas de las empresas nacionales públicas y privadas. No se podrá otorgar a empresas y organismos o personas extranjeros regímenes más beneficiosos que los establecidos para los nacionales. La inversión extranjera está sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional". Los decretos bolivianos para nacionalizar la industria del gas están recogidos en *ILM*, 45/2006, pp. 1018 y ss. Al respecto v. también el art. 422 de la Constitución boliviana así como Fach Gómez, K.: "Latin America and ICSID: David versus Goliath?", *Law and Business Review of the Americas* 17 /2011, pp. 195y ss.

⁹⁵ Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, *Tratado modelo de Alemania relativo al fomento y la protección mutua de inversiones de capital*, 2009. Para un ejemplo, v. el Tratado entre la República Federal de Alemania e Indonesia relativo al fomento y la protección mutua de inversiones de capital, *Bundesgesetzblatt*. 2005, serie II, pp. 514 y ss.; *US Model Bilateral Investment Treaty* de 2004, http://www.ustr.gov/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file847_6897.pdf; un ejemplo muy cercano a este Tratado modelo es el Tratado de protección de inversiones entre los Estados Unidos y Uruguay, *ILM*, 44/2005, pp. 268 y ss. Sobre el Tratado modelo estadounidense, v. Kantor, M.: "The New Draft Model BIT: Noteworthy Developments", *Journal of International Arbitration*, 21/2004, pp. 383 y ss.

misión y tratamiento de inversiones patrimoniales y empresas (Artículo 2.1 del Tratado modelo), una prohibición general de discriminación frente a los nacionales y una cláusula de nación más favorecida (artículo 3.1 y 3.2). Reglas similares se encuentran también en tratados de protección de inversiones de otros países.

Una cláusula estándar garantiza la “protección y seguridad plenas” (*full protection and security*) de las inversiones.⁹⁶ La garantía de un trato “justo y equitativo” (*fair and equitable treatment*) juega un papel extremadamente importante.⁹⁷ Finalmente, las reglas sobre la expropiación y el estándar de indemnización tienen también una relevancia clave.⁹⁸

Muchos tratados de protección de inversiones protegen sólo a las inversiones ya realizadas y remiten al Derecho del Estado de acogida respecto de la admisibilidad de inversiones nuevas (modelo *post-establishment*).⁹⁹ Por el contrario, los tratados modelo de Estados Unidos, Canadá y Japón (entre otros) también desean asegurar el acceso al mercado en condiciones de trato nacional y trato de nación más favorecida (modelo *pre-entry*).¹⁰⁰ Pero hasta en los tratados que conceden un acceso no discriminatorio al mercado, suelen encontrarse restricciones más o menos amplias en cuanto al alcance de la apertura de los mercados a inversores extranjeros. Dichos tratados, bien enumeran los sectores abiertos (sistema de la “lista positiva”), o bien enumeran determinados sectores que quedan excluidos del acceso al mercado (sistema de “lista negativa”).

b) Ámbito personal de protección

- 10 Los convenios de protección de inversiones se aplican, en primer lugar, a personas naturales y jurídicas que tienen la nacionalidad de un Estado parte del convenio y realizan inversiones en otro Estado parte. En segundo lugar, el ámbito de protección de dichos convenios suele extenderse también a personas de un Estado parte que realizan inversiones en el Estado de acogida mediante una sociedad filial controlada por ellas, bajo la condición de que estas filiales se hayan establecido con base en el Derecho del otro Estado parte o que tengan su sede social allí. En términos de técnicas de reglamentación, dicha protección se extiende:

- a través de una amplia definición de las personas protegidas, incluyendo entre los inversores protegidos a personas jurídicas directa o indirectamente contro-

⁹⁶ V., por ejemplo, el art. 4.1 del Tratado modelo de la República Federal de Alemania y el art. 5.1 del Tratado modelo de los Estados Unidos (v. *supra*, nota anterior).

⁹⁷ V., por ejemplo, el art. 2.2 del Tratado modelo de la República Federal de Alemania y el art. 5.2 del Tratado modelo de los Estados Unidos.

⁹⁸ V., por ejemplo, el art. 4.2 del Tratado modelo de la República Federal de Alemania y el art. 6 del Tratado modelo de los Estados Unidos.

⁹⁹ V., por ejemplo, el art. 2.1 del Tratado modelo de la República Federal de Alemania: “*Each Contracting State shall in its territory promote as far as possible investments by investors of the other Contracting State and admit such investments in accordance with its legislation*”.

¹⁰⁰ V., por ejemplo, el art. 3.1 del Tratado modelo de los Estados Unidos.

ladas por un inversor de un Estado parte y que poseen la nacionalidad del otro Estado parte (el Estado de acogida),¹⁰¹ o

- a través una amplia definición de las inversiones protegidas, incluyendo a inversiones en un Estado parte controladas por un inversor de otro Estado parte en su capacidad de socio o accionista.¹⁰²

Según el Artículo 25.2, letra b, del Convenio del CIADI, una persona jurídica que tiene la nacionalidad del Estado de acogida, pero está efectivamente controlada por nacionales de otro Estado, se considera como nacional del otro Estado si las partes de una diferencia hubieren acordado atribuirle tal carácter. En este sentido, el control sobre una sociedad con la nacionalidad del Estado de acogida por inversores de otro Estado parte conlleva la aplicabilidad del Convenio a dicha sociedad:

Se entenderá como ‘nacional de otro Estado contratante’ [...]:

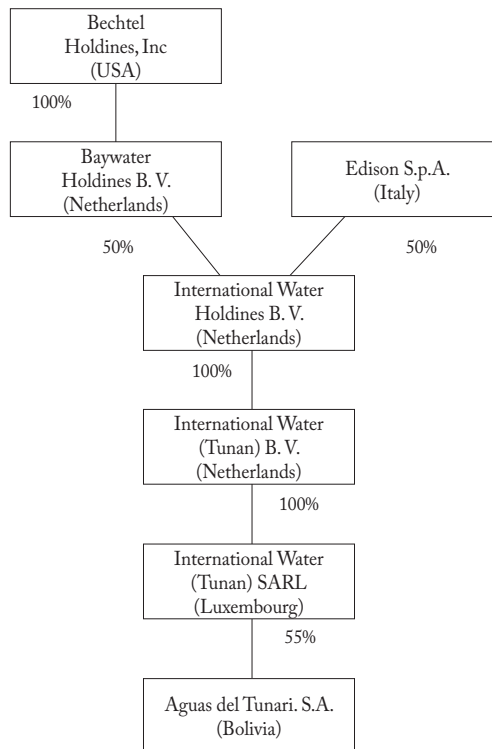
(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometida a control extranjero.

Donde existen participaciones sociales de varios niveles, se plantean interesantes opciones de configuración en caso de que un convenio de protección de inversiones proteja también inversiones realizadas por una sociedad establecida en el Estado de acogida y sometida al control “indirecto” de un nacional de un Estado parte. Por un lado, es posible entrar en el disfrute de la protección de inversiones a través de la nacionalidad de la sociedad madre (*Muttergesellschaft*) que controla al inversor inmediato (la “sociedad nieta” – *Enkelunternehmen*) mediante una filial. Por otro lado, en cuanto a inversores del mismo Estado de acogida o de países terceros no firmantes del convenio de inversiones, éstos pueden, con frecuencia, beneficiarse de la protección concedida por el convenio si establecen una sociedad en un Estado extranjero que cuente con un convenio de protección de inversiones con el Estado de acogida. En este caso, la protección por el Tratado es resultado de que la filial tenga la nacionalidad de un Estado parte. A través de ciertas construcciones de Derecho de sociedades es posible obtener acceso a un determinado convenio de inversiones (*treaty shopping*).

¹⁰¹ V. CIADI, Aguas del Tunari, S. A. v. Republic of Bolivia, Case No. ARB/02/3 (2005), *ICSID Review*, 20/2005, pp. 450 y ss.

¹⁰² V. CIADI, Siemens AG v. Argentine Republic, Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction (2004). *ILM*, 44 /2005, pp. 138 y ss.

El asunto *Aguas del Tunari S. v. Republic of Bolivia* es ilustrativo en este sentido.¹⁰³ En este caso, la inversora inmediata, una sociedad boliviana, estaba sometido al control indirecto (a través de sociedades intermediarias) de una sociedad holandesa. Por encima de ésta, en la pirámide control, se encontraba otra sociedad holandesa, sujeta a su vez al control de una empresa estadounidense y de una empresa italiana.



Relaciones de control en el asunto *Aguas del Tunari S. v. Republic of Bolivia*, Case No. ARB/02/3 (2005), en el laudo arbitral no. 318 del CIADI.

La sociedad boliviana (la inversora inmediata) hizo valer el tratado de protección entre Bolivia y los Países Bajos. Según este tratado, una persona jurídica del Estado de acogida controlada directa o indirectamente por un nacional del otro Estado parte se considera nacional de éste. El tribunal arbitral aceptó este planteamiento, considerando que el control de la sociedad boliviana por parte de la sociedad neerlandesa era suficiente:

The Tribunal, by majority, concludes that the phrase ‘controlled directly or indirectly’ means that one entity may be said to control another entity (either directly, that is

¹⁰³ ICSID, *Aguas del Tunari S. v. Republic of Bolivia*, Case No. ARB/02/3 (2005), *ICSID Review*, 20/2005, pp. 450 y ss.

without an intermediary entity, or indirectly) if that entity possesses the legal capacity to control the other entity. Subject to evidence of particular restrictions on the exercise of voting rights, such legal capacity is to be ascertained with reference to the percentage of shares held. In the case of a minority shareholder, the legal capacity to control an entity may exist by reason of the percentage of shares held, legal rights conveyed in instruments or agreements such as the articles of incorporation or shareholders' agreements, or a combination of these. In the tribunal's view, the BIT does not require actual day-to-day or ultimate control as part of the 'controlled directly or indirectly' requirement contained in Article 1(b) (iii). The tribunal observes that it is not charged with determining all forms which control might take. It is the Tribunal's conclusion, by majority, that, in the circumstances of this case, where an entity has both majority shareholdings and ownership of a majority voting rights, control as embodied in the operative phrase 'controlled directly or indirectly' exists (par. 264).

Algunos tratados efectúan una restricción del ámbito personal a través de una denominada cláusula de “denegación de beneficios” (*denial of benefits*). Según esta cláusula, se puede denegar la protección convencional a una sociedad controlada por nacionales de otro Estado parte, o de un tercer Estado, cuando dicha sociedad no haya desplegado actividades comerciales sustanciales en su Estado de constitución.¹⁰⁴

En el caso de participaciones intrínsecamente relacionadas, se plantea la pregunta de en qué medida las sociedades controladas por nacionales del Estado de acogida podrán disfrutar de la protección concedida por el tratado (de la que se beneficiarían, a fin de cuentas, dichos nacionales del Estado de acogida). La respuesta a esta pregunta depende, en lo esencial, del ámbito de protección que establezca el tratado en cuestión.

En el asunto Yukos (*Yukos Universal Ltd. v. Rusia*), unas sociedades constituidas con arreglo a los Derechos de Malta y Chipre, accionistas de la sociedad Yukos (en aquel entonces, la mayor empresa petrolera de Rusia), incoaron un procedimiento arbitral contra Rusia con base en el Tratado sobre la Carta Europea de la Energía. El objeto de la demanda fueron las medidas de Rusia contra Yukos que, al final, llevaron al colapso de dicha empresa. Rusia se opuso a la competencia del tribunal arbitral, alegando que las sociedades demandantes, a la vista de su control por nacionales rusos, constituían meras “sociedades pantalla” (*shell companies*). Las inversiones protegidas por el Artículo 1.6 del Tratado sobre la Carta Europea de la Energía abarcan, de la manera más amplia posible, las participaciones en el capital de una sociedad. El Tratado no prevé requerimientos más específicos en cuanto a quién controla el inversor extranjero (en este caso, las sociedades constituidas en Malta y Chipre). Con base en este argumento, el tribunal arbitral afirmó su competencia.¹⁰⁵

¹⁰⁴ V., por ejemplo, el art. 17.1 de Tratado sobre la Carta Europea de la Energía, y art. 17.2 del Tratado modelo de los Estados Unidos (*supra*, nota 1051).

¹⁰⁵ V. la sentencia arbitral en el asunto Yukos Universal Ltd. c. Rusia, Interim award on jurisdiction and admissibility vom 30. November 2009, PCA Case No. AA 227, <http://www.encharter.org>

c) Inversiones protegidas

- 11 La práctica convencional moderna define las inversiones protegidas de manera muy amplia. Así, la noción de “inversión” protegida que se emplea en el Tratado modelo alemán de 2009 abarca:

every kind of asset which is directly or indirectly invested by investors of one Contracting State in the territory of the other Contracting State. the investments include in particular:

- a) *movable and immovable property as well as any other rights in rem, such as mortgages, liens and pledges;*
- b) *shares of companies and other kinds of interest in companies;*
- c) *claims to money which has been used to create an economic value or claims to any performance having an economic value,*
- d) *intellectual property rights, in particular copyrights and related rights, patents, utility-model patents, industrial designs, trademarks, plant variety rights;*
- e) *trade-names, trade and business secrets, technical processes, know-how and goodwill;*
- f) *business concessions under public law, including concessions to search for, extract or exploit natural resources...*

Adicionalmente, el Tratado modelo alemán establece que:

...any alteration of the form in which assets are invested shall not affect their classification as investment. In the case of indirect investments, in principle only those indirect investments shall be covered which the investor realizes via a company situated in the other Contracting State (...) (artículo 1.1).

Por regla general, la inclusión de participaciones accionarias protege también a accionistas minoritarios y a otros propietarios de participaciones sin influencia determinante.

Como se puede apreciar en la sentencia arbitral en el asunto *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*,¹⁰⁶ no importa, en principio, quién ejerce el control:

There is indeed no requirement that an investment, in order to qualify, must necessarily be made by shareholders controlling a company or owning the majority of its shares. It is well known incidentally that, depending on how shares are distributed, controlling shareholders can in fact own less than the majority of shares (núm. 51).

¹⁰⁶ CIADI, *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, Case No. ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, ILM 42/2003, pp. 788 y ss.

La noción de participaciones sociales en el Tratado modelo alemán (artículo 1 núm. 1, letra b) también incluye meras inversiones de portafolio.

Por el contrario, algunos tratados limitan la protección a inversiones directas.

Así, el Tratado de protección de inversiones entre Alemania y la República Popular China,¹⁰⁷ protege solamente inversiones que se realicen “para crear relaciones económicas duraderas con respecto a empresas, en particular, las que faciliten una influencia efectiva sobre la dirección de las empresas” (Nota Protocolaria al artículo 1).

En principio, los bonos y empréstitos estatales deberían también considerarse incluidos en el ámbito de los tratados de protección de las inversiones.¹⁰⁸

La protección de accionistas y otros propietarios de participaciones sociales no se limita a su posición como tales, según el Derecho de sociedades. La protección de accionistas se extiende también a medidas contra una sociedad que reducen el valor de la misma, afectándoles de manera indirecta.¹⁰⁹

La mayoría de los tratados recientes de protección de inversiones extiende su ámbito de inversiones protegidas también a derechos contractuales referidos al pago de determinadas sumas de dinero u a otros derechos que tienen algún valor económico.¹¹⁰ De esta forma, los bonos estatales se incluyen también entre las inversiones protegidas. En este sentido, el tribunal arbitral en el asunto *Abaclat v. The Argentine Republic*¹¹¹ calificó de inversión, en términos del tratado de protección de inversiones entre Argentina y los Estados Unidos, la adquisición de bonos estatales argentinos, remitiéndose para ello al artículo 1. 1, letra c, del tratado: “*obligations, private or public titles or any other right to performances or services having economic value, including capitalized revenues*”.

El tribunal arbitral también puso énfasis en el amplio ámbito de aplicación de este precepto:

It is true that the term ‘obligations’ is a broad term and can refer to any kind of contractual obligation, i.e., debt, and it is also true that the term ‘title’ is also very broad. However, put in the context of the further terms listed in lit. (c) such as ‘economic value’ or ‘capitalized revenue’ as well as considering that lit. (f) already deals with the more general concept of ‘any right of economic nature,’ lit. (c) is to be read as referring to the financial meaning of these terms. Thus, the term ‘obligation’ may be understood as referring to an economic value incorporated into a credit title representing a loan. This

¹⁰⁷ *Bundesgesetzblatt*, serie II, 2005, pp. 732 y ss.

¹⁰⁸ Para la clasificación de bonos de Estado como inversiones en el sentido del art. 25. 1 del Convenio CIADI, v. CIADI, FEDAX N. V. v. Republic of Venezuela, Decision on Jurisdiction, *ILM*, 37/1998, pp. 1378 ss., n. marg. 29.

¹⁰⁹ CIADI, CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic, Case No. ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, *ILM* 42/2003, pp. 788 y ss., n. marg. 59, 66 y ss.; CIADI, Siemens AG v. Argentine Republic, Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction (2004), *ILM* 44/2005; pp. 138 y ss., n. marg. 142.

¹¹⁰ Con respecto a bonos estatales como inversiones en términos del art. 25. 1 del Convenio del CIADI, v. ICSID, FEDAX N. V. v. Republic of Venezuela, Decision on Jurisdiction, *ILM*, 37/1998, pp. 1378 y ss., n. marg. 29.

¹¹¹ CIADI, *Abaclat and Others v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/07/5 (2011).

*kind of obligations would in the English language more commonly be called 'bond,' rather than 'obligation.' Similarly, the term 'title' in Spanish and Italian would be more accurately translated into the English term of 'security,' which means nothing more than a fungible, negotiable instrument representing financial value.*¹¹²

- 12 Según la práctica reciente de los tribunales arbitrales, los derechos adquiridos por medio de actos de corrupción no gozan generalmente de ninguna protección.¹¹³ Además, algunos tratados de protección de inversiones limitan la protección a inversiones realizadas de conformidad con los preceptos del Derecho nacional (cláusulas de conformidad). También por esta vía es posible excluir pretensiones adquiridas mediante actos de corrupción o de otra forma ilegal.¹¹⁴

El tribunal arbitral de CIADI en el asunto *Fraport AG Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines* hizo unas declaraciones fundamentales sobre el cumplimiento de las leyes del Estado de acogida. Aunque el laudo fue anulado más tarde por razones procesales, estas declaraciones siguen siendo de gran interés.

Aquí, una empresa alemana reclamó una compensación financiera por la frustración de sus inversiones en el contexto de la construcción de un aeropuerto. La demanda de Fraport ante el tribunal arbitral de CIADI no tuvo éxito, porque el Tratado filipino-alemán de protección de inversiones sólo protegía aquellas admisibles con arreglo a las leyes y otras reglamentaciones de los Estados parte (artículo 1.1). Fraport había adquirido participaciones en la sociedad a la que el gobierno filipino había otorgado la concesión para la construcción y operación de un aeropuerto. En este contexto, de acuerdo a las (controvertidas) constataciones en la sentencia arbitral (que entre tanto ha sido anulada), Fraport habría desatendido intencionalmente las restricciones aplicables a las participaciones extranjeras, adquiriendo el control sobre la concesionaria filipina mediante acuerdos secretos. Por consiguiente, el tribunal arbitral negó la existencia de una inversión protegida por el tratado y, finalmente, subrayó las obligaciones recíprocas de transparencia del Estado de acogida y del inversor.¹¹⁵

As for policy, BITs oblige governments of conduct their relations with foreign investors in a transparent fashion. Some reciprocal, if not identical, obligations lie on the foreign investor. One of those is the obligation to make the investment in accordance with the host state's law. It is arguable that even an investment which is not made in accordance with host state law may import economic value to the host state. But that

¹¹² CIADI, *Abaclat and Others v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/07/5 (2011), n. marg. 355.

¹¹³ CIADI, *World Duty Free Co. Ltd. v. Kenia*, Case No. ARB/00/7, *ILM*, 46/2007, pp. 339 y ss.

¹¹⁴ CIADI, *Inceysa Vallisoletana S. L. v. Republic of El Salvador*, Case No. ARB/03/26, Decision on Jurisdiction (2006).

¹¹⁵ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, Case No. ARB/03/25, n. marg. 300 y ss. Entre tanto, esta sentencia arbitral ha sido anulada por un Comité *ad hoc* de revisión por razones de Derecho procesal (violación del derecho a una audiencia imparcial). No obstante, las afirmaciones fundamentales de la sentencia arbitral respecto de la finalidad de la protección de las inversiones siguen teniendo interés.

is not the only goal of this sector of international law. Respect for the integrity of the law of the host state is also a critical part of development and a concern of international investment law. That said, the Tribunal's decision in this matter does not rest on policy. It is the language of the BIT which is dispositive and it is unequivocal in this matter (núm. 402).

En el asunto *Alasdair Ross Anderson and Others v. Republic of Costa Rica*,¹¹⁶ un tribunal arbitral de CIADI denegó la protección convencional a unas inversiones en forma de participación en un proyecto estructurado como un “sistema de bola de nieve” (*Schneeballsystem*). El tribunal fundamentó su decisión en una cláusula de conformidad, teniendo en cuenta que el Derecho del Estado de acogida prohibía empresas de este tipo. Al respecto, el tribunal enfatizó el deber del inversor de aplicar la diligencia debida (*due diligence*), para asegurarse de que el uso del capital sea conforme al orden jurídico del Estado de acogida.¹¹⁷

En el caso de infracciones del Derecho nacional por parte de órganos del propio Estado de acogida (por ejemplo, en la celebración de acuerdos de concesión), éste generalmente pierde el derecho a alegar el desacato de su orden jurídico por parte del inversor.¹¹⁸ Si el inversor comete infracciones menores del Derecho nacional, con carácter más bien técnico, tampoco pierde sin más la protección convencional.¹¹⁹

Existe una controversia en torno a la cuestión de si una infracción relevante del ordenamiento jurídico del Estado de acogida hace que una demanda interpuesta por el inversor sea inadmisibile y que el tribunal arbitral no tenga competencia, o si, por el contrario, es una cuestión que debe examinarse al evaluar el fondo del asunto. En la práctica reciente de los tribunales arbitrales, se aprecia una tendencia a considerar que las infracciones al Derecho del Estado de acogida en materia de cláusulas de conformidad inciden en la competencia del tribunal arbitral.¹²⁰

d) “Cláusula paraguas” (*umbrella clause*)

Bibliografía recomendada: Dolzer, R., Schreuer, C.: “Schirmklauseln in Investitionsschutzverträgen”, en: AA. VV.: *Festschrift für Christian Tomuschat: Common Values in International Law*, 2006, pp. 281 ss.; Shany, Y.: “Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims”, *AJIL* 99/2005, pp. 835 ss.

¹¹⁶ CIADI, *Alasdair Ross Anderson and Others v. Republic of Costa Rica*, Case No. ARB(AF)/07/3.

¹¹⁷ CIADI, *Alasdair Ross Anderson and Others v. Republic of Costa Rica*, Case No. ARB(AF)/07/3, n. marg. 58.

¹¹⁸ CIADI, *Kardassopoulos v. Georgia*, Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction (2007), n. marg. 182

¹¹⁹ CIADI, *Tokio Tokelés v. Ukraine*, Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction (2004), n. marg. 183

¹²⁰ CIADI, *Alasdair Ross Anderson and Others v. Republic of Costa Rica*, Case No. ARB(AF)/07/3, n. marg. 47, 59.

- 13 Los tratados bilaterales de protección de inversiones a menudo contienen una denominada “cláusula paraguas” (*umbrella clause*¹²¹), según la cual las partes tienen que cumplir los compromisos que hayan contraído fuera del tratado con inversores individuales. El significado de tales cláusulas es extremadamente controvertido. La práctica reciente de los tribunales arbitrales da muestras de un amplio espectro de opiniones, explicándose éste no sólo por la formulación de las cláusulas específicas, sino también por una incertidumbre fundamental sobre su significado. Según la opinión prevalente durante mucho tiempo y reafirmada en varios fallos recientes, una cláusula paraguas eleva a cualquier pacto entre el inversor y el Estado de acogida al rango de una obligación de Derecho internacional público, con la consecuencia de que cada incumplimiento del pacto constituye una vulneración del Derecho internacional público.¹²² El laudo arbitral en el asunto *SGS v. Republic of Pakistan (Decision on Jurisdiction)*¹²³ se apartó de esta opinión, creando un cierto nivel de inseguridad. Por otro lado, varias decisiones arbitrales se han mostrado inclinadas a atribuir a las cláusulas paraguas un perfil obligacional de Derecho internacional público que cuenta con características propias. Según esta teoría, es posible que la vulneración de compromisos contractuales y de otro tipo de obligaciones del Estado de acogida constituya una vulneración tanto del Derecho nacional como del tratado de protección de inversiones.¹²⁴ Sin embargo, conviene examinar en cada caso si la competencia acordada a los tribunales nacionales o a otro foro específico cubre también la vulneración de obligaciones basadas en el Derecho nacional.¹²⁵ Los compromisos del Estado de acogida, que

¹²¹ V. por ejemplo, el art. 7.2 del Tratado modelo de la República Federal de Alemania (*supra*, nota 1051): “(2) *Each Contracting State shall fulfil any other obligations it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting State*”.

¹²² No obstante, volvió a juzgar en este sentido favorable al inversor el tribunal arbitral en el asunto *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, Case No. ARB/01/11 (Award) 2005, n. marg. 46 y ss. Respecto del art. II (2), letra c, del Tratado de protección de inversiones entre los Estados Unidos y Rumania, v. n. marg. 51: “*Considering that Art. II (2)(c) BIT uses the term ‘shall’ and that it forms part of the Article which provides for the major substantial obligations undertaken by the parties, there can be no doubt that the Article was intended to create obligations, and obviously obligations beyond those specified in other provisions of the BIT itself. Since States usually do not conclude, with reference to specific investments, special international agreements in addition to existing bilateral investment treaties, it is difficult to understand the notion ‘obligation’ as referring to obligations undertaken under other ‘international’ agreements. And given that such agreements, if concluded, would also be subject to the general principle of pacta sunt servanda, there would certainly be no need for a clause of that kind*”.

¹²³ V. CIADI, *SGS v. Republic of Pakistan*, Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, *ILM*, 42/2003, pp. 1290 y ss., n. marg. 172.

¹²⁴ Según una opinión ampliamente difundida, el desacato a acuerdos entre el inversor extranjero y el Estado de acogida que están sometidas al Derecho nacional, pueden constituir una violación de la “cláusula paraguas”, v. CIADI, *SGS v. Republic of the Philippines*, Case No. ARB/02/6, n. marg. 127: “*To summarize, for present purposes Article X(2) includes commitments or obligations arising under contracts entered into by the host State. The basic obligation on the State in this case is the obligation to pay what is due under the contract, which is an obligation assumed with regard to the specific investment (the performance of services under the CISS Agreement). But this obligation does not mean that the determination of how much money the Philippines is obliged to pay becomes a treaty matter. The extent of the obligation is still governed by the contract, and it can only be determined by reference to the terms of the contract*”.

¹²⁵ CIADI, *SGS v. Republic of the Philippines*, Case No. ARB/02/6, n. marg. 128: “*To summarize the Tribunal’s conclusions on this point, Article X(2) makes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investments. But it does not convert the*

definen la base y el valor de la inversión, deberían poder alcanzar eficacia internacional-publicista a través de una cláusula paraguas. Contra una opinión ampliamente difundida, cabe afirmar que la protección concedida por una cláusula paraguas no solamente abarca las intervenciones soberanas en derechos del inversor, sino que también abarca el mero impago u otro incumplimiento de obligaciones contractuales. Sin embargo, la práctica de los tribunales arbitrales todavía está precisando las condiciones en las que una cláusula paraguas cubre los compromisos que el Estado de acogida haya contraído conforme a su Derecho nacional.¹²⁶

e) Principio de trato justo y equitativo (*fair and equitable treatment*)

Bibliografía recomendada: Dolzer, R.: “Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties”, *The International Lawyer* 39/2005, pp. 87 ss.; Yannaca-Small, C.: “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, *OCDE Working Paper on International Investment* 3/ 2004, Kläger, R.: *Fair and Equitable Treatment in International Law*, 2010; Orakhelashvili, A.: “The Normative Basis of ‘Fair and Equitable Treatment’: General International Law on Foreign Investment?”, *AVR* 46/2008, pp. 74 ss.; Tudor, I.: *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, 2008.

Una garantía fundamental en la práctica moderna de la protección convencional de las inversiones se refiere al trato justo y equitativo (*fair and equitable treatment*) de las inversiones en el territorio del Estado de acogida.¹²⁷ En su esencia, esta garantía es idéntica al estándar mínimo del Derecho internacional consuetudinario aplicable a todos los Estados en materia de trato de extranjeros.¹²⁸ La formulación clásica de este estándar

issue of the extent or content of such obligations into an issue of international law. That issue (in the present case, the issue of how much is payable for services provided under the CISS Agreement) is still governed by the investment agreement. In the absence of other factors it could be decided by a tribunal constituted pursuant to Article VIII(2). The proper law of the CISS Agreement is the law of the Philippines, which in any event this Tribunal is directed to apply by Article 42(1) of the CLADI Convention. On the other hand, if some other court or tribunal has exclusive jurisdiction over the Agreement, the position may be different.”

¹²⁶ Respecto de la estabilización de rendimientos para proteger al inversor de una pérdida del valor externo de la moneda doméstica, v., por un lado, CIADI, CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic, Case No. ARB/01/8, *ILM*, 44/2005, pp. 1205 y ss., n. marg. 269 y ss. Por otro lado, v. la anulación parcial de esta sentencia arbitral por el Comité de revisión (*Ad Hoc Committee*), *ILM*, 46/2007, pp. 1136 ss., n. marg. 86 y ss.

¹²⁷ V. por ejemplo, art. 2.2 del Tratado modelo de la República Federal de Alemania y art. 5.1 del Tratado modelo de los Estados Unidos (*supra*, nota 1051); art. 4. 1 del Tratado de protección de inversiones entre España y México; y art. 1105.1 del NAFTA.

¹²⁸ V. la sentencia arbitral bajo el NAFTA en el procedimiento S. D. Myers, Inc. v. Government of Canada, *ILM*, 40/2001, pp. 1408 y ss., n. marg. 262 ss. La sentencia arbitral del CIADI (Additional Facility) en el asunto Waste Management, Inc. v. United Mexican States, Case No. ARB(AF)/98/2, *ILM*, 43/2004, pp. 9 y ss., n. marg. 98 establece lo siguiente respecto del estándar mínimo a la luz de la jurisprudencia arbitral hasta la fecha: “*The minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety – as might be the case with a*

mínimo es la recogida en el laudo arbitral del asunto *Neer Claim* en 1926.¹²⁹ De acuerdo con ella, una violación (de mala fe - *bad faith*) de aquel estándar mínimo presupone un comportamiento arbitrario, indignante y malévolo, o un incumplimiento grosero de los deberes de diligencia.

Existe una gran conexión entre el estándar del “trato justo y equitativo” (*fair and equitable treatment*) y la garantía de “protección y seguridad completas” (*full protection and security*) que tiene sus raíces en la práctica convencional de Estados Unidos, y con la que se pretende sobre todo proteger frente a intromisiones físicas.

En una declaración formal acerca de la interpretación del deber de “trato justo y equitativo” en el sentido del Artículo 1105.1 del TLCAN, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN ha equiparado este deber al estándar mínimo del Derecho internacional consuetudinario para el trato de extranjeros, resaltando que de éste no se pueden derivar obligaciones ulteriores del Estado de acogida frente a inversores extranjeros.

En la más reciente práctica convencional de los Estados Unidos,¹³⁰ y de Canadá, en materia de protección de inversiones, los dos estándares se consideran idénticos. Con esta identificación, se aspira no sólo a una restricción de la protección convencional de las inversiones, sino también a fomentar una evolución dinámica de los estándares de Derecho internacional consuetudinario con miras a ajustarlos a las necesidades modernas de protección de las inversiones. Así, es ampliamente reconocido que durante el siglo pasado los requisitos que conforman el estándar mínimo se han vuelto más sutiles y más estrictos. Se discute en este contexto si lo que ha evolucionado son los estándares abstractos, o si la concreción de los parámetros tradicionales es solamente expresión de una mayor sensibilidad en comparación con tiempos anteriores.

El tribunal arbitral en el asunto *Mondev v. United States of America*¹³¹ se mostró partidario, en el marco del TLCAN, de una ampliación de los estándares mínimos en

manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant”.

¹²⁹ US-Mexican General Claims Commission, United States v. Mexico, *RIAA*, 4/1926, p. 60; al respecto, v. también *supra*, tema 6, nota al margen 4.

¹³⁰ V. art. 5. 1 y 5. 2 del Tratado modelo de protección de inversiones bilaterales (*supra*, nota 1051):
“Article 5: Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of ‘fair and equitable treatment’ and ‘full protection and security’ do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:

(a) ‘Fair and equitable treatment’ includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and

(b) ‘full protection and security’ requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law”.

¹³¹ CIADI, *Mondev International Ltd. v. United States of America*, *ILM*, 42/2003, pp. 85 y ss.; v. también *supra*, tema 6, nota al margen 4.

materia de derechos sustantivos y procesales de los individuos, partiendo de una noción de trato injusto que fuese menos estricta que la de trato indignante. De acuerdo con ese tribunal, un trato injusto no presupone una intención malévola del Estado de acogida: “*To the modern eye, what is unfair or inequitable need not equate with the outrageous or the egregious. In particular, a State may treat foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith (para 116)*”.

Por el contrario, el tribunal arbitral en el asunto *Glaims Gold Ltd. v. United States of America*,¹³² parece defender una visión estática según la cual, los estándares desarrollados en el asunto *Neer* siguen manteniendo su validez y sólo deben ser concretados a la luz de una perspectiva moderna. No obstante, incluso esta opinión no exige una actuación de mala fe (*in bad faith*):

It therefore appears that, although situations may be more varied and complicated today than in the 1920s, the level of scrutiny is the same. The fundamentals of the Neer standard thus still apply today: to violate the customary international law minimum standard of treatment codified in Article 1105 of the NAFTA, an act must be sufficiently egregious and shocking—a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons—so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105(1). The Tribunal notes that one aspect of evolution from Neer that is generally agreed upon is that bad faith is not required to find a violation of the fair and equitable treatment standard, but its presence is conclusive evidence of such. Thus, an act that is egregious or shocking may also evidence bad faith, but such bad faith is not necessary for the finding of a violation. The standard for finding a breach of the customary international law minimum standard of treatment therefore remains as stringent as it was under Neer; it is entirely possible, however that, as an international community, we may be shocked by State actions now that did not offend us previously (para 616).

El ejercicio de presión ilegal por medio de vejaciones, o amenazas físicas o económicas, es incompatible con el deber de un trato “justo y equitativo”.

Es así como el tribunal arbitral de CIADI en el asunto *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen* consideró inválido un acuerdo por el cual el gobierno del Yemen había coaccionado a un inversor de Omán a aceptar la reducción de un derecho reconocido en un laudo definitivo de un tribunal arbitral, a través de presiones intolerables, como la detención arbitraria de empleados y amenazas (*financial and physical duress*).¹³³

¹³² CIADI, *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, sentencia arbitral del 8 de junio de 2009, <http://www.state.gov/documents/organization/125798.pdf>.

¹³³ CIADI, *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen*, Case No. ARB/05/17, *ILM*, 48/2009, pp. 82 y ss.; n. marg. 162 y ss.

- 15 Según la reciente práctica arbitral, el deber de trato justo y equitativo protege, por un lado, la confianza del inversor basada en expectativas legítimas y la firmeza de las decisiones administrativas definitivas. Por otro lado, obliga al Estado de acogida a cooperar lealmente con el inversor en el procedimiento administrativo y a revelar los criterios relevantes de decisión. En la práctica arbitral, sobre todo en el marco de CIADI, el estándar de “trato justo y equitativo” se interpreta fundamentalmente como expresión del principio de buena fe (*good faith principle*) y de protección de la confianza legítima. El precedente principal es el laudo arbitral en el asunto *Tecmed v. México*.¹³⁴

En el asunto *Tecmed*, las autoridades mexicanas habían reducido el alcance de una autorización ilimitada para la operación de una planta de procesado de basuras que la filial de un inversor español había adquirido de la empresa antecesora, dejándola expirar tras una sola prolongación. El tribunal arbitral constató que la sociedad operadora había consentido, en vista de las resistencias políticas, a una deslocalización de la planta, a condición de que se le proporcionase otro terreno para su operación. Con base en los acuerdos existentes y en el principio de buena fe, la empresa podía confiar en su derecho de operar la planta hasta la deslocalización.

En este contexto, el tribunal arbitral interpretó la cláusula de trato justo y equitativo en el acuerdo hispano-mexicano de protección de inversiones de la siguiente manera:

El Tribunal Arbitral considera que esta disposición del Acuerdo, a la luz de los imperativos de buena fe requeridos por el derecho internacional, exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes. Un accionar del Estado ajustado a tales criterios es, pues, esperable, tanto en relación con las pautas de conducta, directivas o requerimientos impartidos, o de las resoluciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto con las razones y finalidades que las subyacen. El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial. El inversor igualmente confía que el Estado utilizará los instrumentos legales

¹³⁴ CIADI (Additional Facility), *Tecmed S. A. v. The United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/00/2, *ILM*, 43/2004, pp. 133 y ss.

que rigen la actuación del inversor o la inversión de conformidad con la función típicamente previsible de tales instrumentos, y en todo caso nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación. En realidad, la no observancia por el Estado receptor de la inversión de las pautas apuntadas en su conducta relativa al inversor extranjero o sus inversiones perjudica la posibilidad de éste, tanto de apreciar el nivel de trato y protección realmente brindado por el Estado receptor, como de determinar hasta que punto dicho Estado observa un comportamiento acorde con la garantía de trato justo y equitativo (núm. 154).

El laudo arbitral en el asunto *Tecmed* ha tenido una influencia marcada en la concreción 16 de la noción de trato “justo y equitativo”.¹³⁵ El principio de trato justo y equitativo protege a los inversores extranjeros frente a cambios en el marco jurídico relevante para la inversión ya realizada, cuando el Estado de acogida, —mediante un contrato u otras vías de compromiso—, hubiese sentado las bases para confiar en la estabilidad de un determinado régimen jurídico. En el asunto *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*,¹³⁶ un tribunal arbitral de CIADI puso énfasis en este aspecto.

En este caso, un inversor estadounidense había adquirido, en el marco de la privatización del sector de gas natural, una participación en una empresa argentina proveedora de gas. La base de esta inversión era una mezcla entre reglamentaciones legislativas y disposiciones en una licencia estatal, según la cual la tarifa de gas se calculaba en dólares estadounidenses y, ajustándola a la evolución de los precios de acuerdo con determinadas fórmulas, se convertía a moneda argentina. En el transcurso de la crisis económica argentina, el gobierno argentino abandonó este régimen que garantizaba un rendimiento estable, con la consecuencia de que el valor de la participación del inversor estadounidense se redujo dramáticamente. El tribunal arbitral decidió que el inversor podía reclamar que las tarifas se calculasen de la manera inicialmente pactada. Para ello, el tribunal se apoyó también en el preámbulo del tratado de protección de inversiones entre Argentina y Estados Unidos (que contenía un compromiso con condiciones estables para inversiones): “...a stable legal business environment is an essential element of fair and equitable treatment” (núm. 274).

Un tribunal arbitral de CIADI ha especificado con mayor detalle cuáles son las expectativas protegidas en el asunto *LG & E v. Argentine Republic*:¹³⁷

It can be said that the investor's fair expectations have the following characteristics: they are based on the conditions offered by the host State at the time of the investment; they may not be established unilaterally by one of the parties; they must exist and be

¹³⁵ V. la sentencia en el asunto *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN 3467, n. marg. 185.

¹³⁶ CIADI, *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, Case No. ARB/01/8, ILM 44/2005, pp. 1205 y ss.

¹³⁷ CIADI, *LG & E Energy Corp. v. Argentine Republic*, Case No. ARB/02/1, ILM, 46/2007, pp. 36 y ss.

enforceable by law; in the event of infringement by the host State, a duty to compensate the investor for damages arises except for those caused in the event of state of necessity; however, the investor's fair expectations cannot fail to consider parameters such as business risk or industry's regular patterns (núm. 130).

La práctica reciente de los tribunales arbitrales de CIADI interpreta la garantía de un trato “justo y equitativo” como una obligación de llevar a cabo un comportamiento proactivo. Así, el gobierno del Estado de acogida no puede defenderse alegando resistencias por parte de niveles administrativos subordinados.¹³⁸ Objeto de controversia es la medida en que el desarrollo de las condiciones económicas influye en la concreción de qué es trato “justo y equitativo”. En el asunto *National Grid P.L.C. v. Argentine Republic*,¹³⁹ el tribunal arbitral propone una interpretación diferenciada de este estándar en tiempos de crisis económica: “*What is fair and equitable is not an absolute parameter. What would be unfair and inequitable in normal circumstances may not be so in a situation of an economic and social crisis*” (núm. 180).

- 17 El estándar del trato “justo y equitativo” tiene una relevancia especial para el debido proceso (*due process*) ante los tribunales del Estado de acogida. El tribunal arbitral, en el asunto *Mondev International Ltd. v. United States of America*,¹⁴⁰ resumió de la siguiente manera el criterio a aplicar:

...In the end the question is whether, at an international level and having regard to generally accepted standards of the administration of justice, a tribunal can conclude in the light of all the available facts that the impugned decision was clearly improper and discreditable, with the result that the investment has been subjected to unfair and inequitable treatment (núm. 127).

En el asunto *Loewen v. USA*,¹⁴¹ un tribunal arbitral de CIADI concretó el estándar “trato justo y equitativo, así como “protección y seguridad plenas” (Artículo 1105.1 del TLCAN), ante el trato discriminatorio que había recibido un inversor canadiense por parte de un tribunal del Estado de Mississippi:

...we take it to be the responsibility of the State under international law and, consequently, of the courts of a State, to provide a fair trial of a case to which a foreign investor is a party. It is the responsibility of the courts of a State to ensure that litiga-

¹³⁸ V., por ejemplo, CIADI, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S. A. v. Republic of Chile*, Case No. ARB/01/7, *ILM*, 44/2005, pp. 91 ss., n. marg. 113 ss.

¹³⁹ Grupo de expertos del CNUDMI, *National Grid P.L.C. v. Argentine Republic*, Case No. 1:09-cv00248-RBW.

¹⁴⁰ CIADI, *Mondev International Ltd. v. United States of America*, Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award.

¹⁴¹ CIADI, *The Loewen Group Inc. & Raymond Loewen v. United States of America*, Case No. ARB(AF)/98/3, Final Award.

tion is free from discrimination against a foreign litigant and that the foreign litigant should not become the victim of sectional or local prejudice (núm. 123).

Tras un análisis detallado de la actuación de la contraparte en el proceso –caracterizada por incluir elementos racistas y xenófobos, y que fue tolerada por el juez–, el tribunal arbitral llegó a la conclusión de que “...*the whole trial and its resultant verdict were clearly improper and discreditable and cannot be squared with minimum standards of international law and fair and equitable treatment*” (núm. 137).

Por regla general, un inversor extranjero no puede hacer valer una denegación de justicia (*denial of justice, déni de justice*), sino después de agotar la vía legal doméstica (*local remedies rule*). Sólo entonces puede incoar el procedimiento arbitral previsto en un tratado de protección de inversiones. El agotamiento de los recursos legales le da al Estado de acogida la oportunidad de corregir un trato injusto por parte de un tribunal inferior mediante su propio sistema judicial. Con razón, el tribunal en el asunto *Loewen v. USA* enfatizó:¹⁴²

The purpose of the requirement that a decision of a lower court be challenged through the judicial process before the State is responsible for a breach of international law constituted by judicial decision is to afford the State the opportunity of redressing through its legal system the inchoate breach of international law occasioned by the lower court decision (para 156).

El deber de agotar la vía legal no se aplica en caso de un trato injusto por órganos de la rama ejecutiva o de la rama legislativa del Estado de acogida. En estos casos, el inversor puede incoar sin más el procedimiento arbitral previsto. Por lo tanto, el deber de agotar la vía legal contra decisiones judiciales es un problemático cuerpo extraño en la protección convencional de las inversiones.

La vulneración del deber de trato “justo y equitativo” da lugar a un amplio deber de indemnización financiera.¹⁴³ Frente a intervenciones estatales que afecten a la rentabilidad de una inversión, la reciente práctica arbitral muestra una clara tendencia a no fundamentar la indemnización en la expropiación (que a menudo es difícil de comprobar), sino en la vulneración de la confianza legítima y, por ende, del principio del trato “justo y equitativo”. 18

f) Trato nacional

El deber de trato nacional (*national treatment*) es parte del inventario normativo de los modernos tratados de protección de inversiones. Así, el Artículo 3 del Tratado modelo alemán establece: 19

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ CIADI, CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic, Case No. ARB/01/8, ILM 44/2005, pp. 1205 y ss., n. marg. 399 ss.

(1) *Neither Contracting State shall in its territory subject investments owned or controlled by investors of the other Contracting State to treatment less favourable than it accords to investments of its own investors or to investments of investors of any third State.*

(2) *Neither Contracting State shall in its territory subject investors of the other Contracting State, as regards their activity in connection with investments, to treatment less favourable than it accords to its own investors or to investors of any third State. The following shall, in particular, be deemed treatment less favourable within the meaning of this Article:*

- 1. different treatment in the event of restrictions on the procurement of raw or auxiliary materials, of energy and fuels, and of all types of means of production and operation;*
- 2. different treatment in the event of impediments to the sale of products at home and abroad; and*
- 3. other measures of similar effect.*

Measures that have to be taken for reasons of public security and order shall not be deemed treatment less favourable within the meaning of this Article.

(3) ...

En el marco del principio de trato nacional contenido en el tratado de protección de inversiones entre Estados Unidos y Ecuador, el tribunal arbitral, en el asunto *Occidental Exploration and Production Co. v. The Republic of Ecuador*, realizó un análisis muy extenso de las opciones jurídico-políticas del Estado de acogida. Para el tribunal arbitral, constituía una discriminación de los productores extranjeros de petróleo el hecho de que, a diferencia de los exportadores domésticos en otros sectores (por ejemplo, el de las flores), a aquéllos no se les restituían los impuestos de valor añadido que pagaban al exportar sus productos. Con ello, el tribuna no hizo caso del hecho de que a las empresas petroleras domésticas tampoco se les restituían los impuestos de valor añadido, mientras el régimen tributario aplicado en otros sectores se aplicaba tanto a exportadores domésticos como extranjeros.¹⁴⁴

Laudos arbitrales de este tipo son poco idóneos para fomentar la confianza en los tribunales de arbitraje internacional y una actitud favorable del Estado de acogida en relación con la protección convencional de inversiones.

g) Cláusula de la nación más favorecida

20 Los tratados de protección de inversiones modernos suelen contener una cláusula por la cual las partes se comprometen a concederse el trato de nación más favorecida.¹⁴⁵ Si

¹⁴⁴ Respecto del debido trato del inversor “*on a basis no less favourable than that accorded in like situations to investment or associated activities of its own nationals and companies*” (art. II. 1 del Tratado de protección de inversiones entre los Estados Unidos y Ecuador), v. la sentencia arbitral en el asunto *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN 3467, n. marg. 167 ss., comentada por Franck, S. D., *AJIL*, 99 /2005, pp. 675 y ss.

¹⁴⁵ V., por ejemplo, el art. 3 del Tratado modelo alemán (*supra*, nota 1051). Para unas consideraciones generales respecto de cláusulas de nación más favorecida, v. *supra*, tema 4, nota al margen 1.

una cláusula de este tipo es aplicable o no depende, en primer lugar, de si los beneficios convencionales otorgados a terceros Estados y a sus nacionales tienen el mismo objeto que el acuerdo de base. Además, puede resultar de la interpretación de este acuerdo base que los beneficios contenidos en él, debido a su carácter específico o a la simetría entre derechos y obligaciones, no sean susceptibles de extensión.¹⁴⁶ Algunos tratados de protección de inversiones excepcionan beneficios otorgados en el marco de uniones aduaneras o tratados de libre comercio,¹⁴⁷ o no extienden el trato de nación más favorecida a determinadas ventajas tributarias.¹⁴⁸

En el asunto *Tecmed*, el tribunal arbitral exceptuó de la cláusula de nación más favorecida aquellas reglas recogidas en convenios con terceros Estados y que estaban vinculadas de manera inseparable a negociaciones bilaterales especiales, —en el sentido de constituir un paquete especial de derechos y obligaciones—, y que, por ende, no eran susceptibles de ser extendidas a los Estados parte del acuerdo base. En este asunto, el laudo consideró que había un “*core of matters that must be deemed to be specifically negotiated by the Contracting Parties*”.¹⁴⁹

En este caso, se trataba de la extensión controvertida de un precepto con eficacia retroactiva, contenido en un tratado con un tercer Estado, cuyo texto también extendía la protección convencional a inversiones realizadas en el pasado.

Por regla general, las cláusulas de trato de nación más favorecida se referirán solamente a preceptos de Derecho material en materia de protección de inversiones. De esta forma, es posible que el trato de nación más favorecida tenga por resultado la extensión de una determinada regla de compensación contenida en un convenio con un tercer Estado.¹⁵⁰

Conviene mostrar mucha precaución a la hora de extender la aplicación de la cláusula de trato de nación más favorecida también a reglas sobre solución de diferencias.¹⁵¹ El escenario más propicio para una extensión de estas reglas sobre solución de diferencias es cuando únicamente se trata de eliminar obstáculos procesales (como, por ejemplo, el

¹⁴⁶ V. Dolzer, R., Myers, T.: “After *Tecmed*: Most-Favoured-Nation Clauses in Investment Protection Agreements”, *ICSID Review*, 19 /2004, pp. 49 ss.

¹⁴⁷ V., por ejemplo, el art. 3.3 del Tratado modelo alemán (*supra*, nota 1051).

¹⁴⁸ V., por ejemplo, los arts. 3.4 y 3.5 del Tratado modelo alemán (*supra*, nota 1051).

¹⁴⁹ *ILM*, 43 /2004, pp. 133 y ss., n. marg. 69.

¹⁵⁰ CNUDMI, *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic (Final Award)*, n. marg. 500: “*The determination of compensation under the Treaty between the Netherlands and the Czech Republic on basis of the ‘fair market value’ finds further support in ‘the most favored nation’ provision of Art. 3 (5) of the Treaty. That paragraph specifies that if the obligations under national law of either party in addition to the present Treaty contain rules, whether general or specific, entitling investments by investors of the other party to a treatment more favourable than provided by the present Treaty, ‘such rules to the extent that they are more favourable prevail over the present Agreement’.* The bilateral investment treaty between the United States of America and the Czech Republic provides that compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriatory action was taken. (...)”.

¹⁵¹ En este sentido, CIADI, *Salini Construttori S. p. A. and Italstrade S. p. A. v. Jordan*, Case No. ARB/02/13, *ILM*, 44 /2005, pp. 573 y ss., n. marg. 102 ss.; CIADI, *Plama v. Bulgaria*, Case No. ARB/03/24, *ILM*, 44 /2005, pp. 721 y ss., n. marg. 223 y ss.: “[A]n MFN provision in a basic treaty does not incorporate by reference dispute settlement provisions in whole or in part set forth in another treaty, unless the MFN provision in the basic treaty leaves no doubt that the Contracting Parties intended to incorporate them”.

deber de acudir a los tribunales nacionales dentro de un determinado plazo antes de incoar un procedimiento arbitral).¹⁵² Por lo demás, es de suponer que la invocación de reglas sobre solución de diferencias que se encuentren en un convenio con un tercer Estado se opongá a la voluntad objetiva de las partes. Ello sucede especialmente con cláusulas por las que se elige un determinado foro de solución de diferencias (por ejemplo, un tribunal arbitral de CIADI).¹⁵³

h) Protección de expropiaciones e indemnización

- 21 La restricción de posibles expropiaciones y la reglamentación de compensaciones forman parte del núcleo de los tratados de protección de inversiones. El deber de indemnizar no sólo se aplica a expropiaciones formales, sino también a expropiaciones *de facto*. En la práctica convencional, se habla aquí de medidas que equivalen a una expropiación o a una nacionalización (*measures tantamount to a nationalization or expropriation*).¹⁵⁴ Así, el Tratado modelo alemán para el fomento y la protección mutua de inversiones de capital establece en su artículo 4.2:

Investments by investors of either Contracting State may not directly or indirectly be expropriated, nationalized or subjected to any other measure the effects of which would be tantamount to expropriation or nationalization in the territory of the other Contracting State except for the public benefit and against compensation. Such compensation must be equivalent to the value of the expropriated investment immediately before the date on which the actual or threatened expropriation, nationalization or other measure became publicly known. The compensation must be paid without delay and shall carry the usual bank interest until the time of payment; it must be effectively realizable and freely transferable. Provision must have been made in an appropriate manner at or prior to the time of expropriation, nationalization or other measure for the determination and payment of such compensation. The legality of any such expropriation, nationalization or other measure and the amount of compensation must be subject to review by due process of law.

- 22 De acuerdo con la práctica reciente de los tribunales arbitrales, la existencia de una expropiación *de facto*, o de una medida equivalente a una expropiación, se aprecia sólo a través de un análisis casuístico. El punto de partida lo constituye la confianza legítima del inversor en la estabilidad de una determinada situación jurídica que, por su parte, se define por el conjunto de normas preexistentes y por las promesas de los órganos responsables

¹⁵² CIADI, *Maffezini v. Spain*, Case No. ARB/97/7, ICSID Review 16 /2001, pp. 212 n. marg. 53 ss. (64).

¹⁵³ V. CIADI, *Plama v. Bulgaria*, Case No. ARB/03/24, *ILM*, 44 /2005, pp. 721 y ss., n. marg. 223.

¹⁵⁴ V. *supra*, tema 20, nota al margen 1.

del Estado de acogida. Para cruzar el “umbral de expropiación”, hay que analizar en qué medida la intervención perjudicial del Estado de acogida reduce, o destruye, la utilidad de una inversión (la base de rendimiento). Existe una controversia sobre si lo que importa es solamente el efecto perjudicial de una medida estatal (la denominada *sole effects doctrine*), o si también importa el objetivo perseguido por el Estado de acogida. En ese sentido, es conveniente ponderar adecuadamente los intereses del propietario (inversor) que han sido perjudicados y el objetivo de la medida estatal (intereses generales). Es así como el tribunal arbitral, en el asunto *Tecmed v. Mexico*,¹⁵⁵ ha exigido una relación proporcionada entre la pérdida infligida al inversor y el objetivo perseguido por el Estado:

El acto o medida no debe imponer una carga o peso excesivo en el inversor extranjero en relación con la finalidad perseguida por el acto reputado como expropiatorio. En la valoración de dicha carga o peso, juega un rol primordial la entidad o dimensión de la privación de propiedad operada por la actuación estatal, y si tal privación fue compensada o no. También debe tenerse en cuenta, en razón de distintos factores legales y prácticos, que el inversor extranjero tiene reducida o ninguna injerencia en la toma de decisiones que le afectan, en parte a raíz de su exclusión del ejercicio de derechos políticos reservados a los nacionales del Estado que las adopta, tales como la elección de las autoridades en las que tales decisiones se originan (núm. 122).

Una medida con efecto equivalente a una expropiación puede también consistir en que un tribunal del Estado de acogida suspenda, o anule, de manera arbitraria un laudo arbitral que obliga al Estado de acogida, o a una empresa en él domiciliada, a hacer un pago a favor del inversor.

Así se pronunció un tribunal arbitral de CIADI en el asunto *SAIPEM S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*.¹⁵⁶ En el marco de una controversia entre una empresa italiana y una empresa estatal de Bangladesh sobre la construcción de un oleoducto, se había dictado un laudo arbitral según las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, que era favorable a la empresa italiana. No obstante, la Corte Suprema de Bangladesh declaró inválido dicho laudo arbitral sin motivo lógico alguno. El tribunal arbitral de CIADI consideró que ello constituía una infracción tanto de la prohibición de abuso de derecho reconocida en el Derecho internacional público, como de la obligación de reconocer un laudo arbitral de acuerdo con la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (artículo II. 3). En consecuencia, el tribunal calificó la decisión de la Corte Suprema de Bangladesh como una medida con efecto equivalente a una expropiación.¹⁵⁷

¹⁵⁵ CIADI, *Tecmed S. A. v. The United Mexican States* Case No. ARB(AF)/00/2, *ILM*, 43 /2004, S. 133.

¹⁵⁶ CIADI Case No. ARB/05/7.

¹⁵⁷ *Ibid.*, n. marg. 124 y ss.

La reciente práctica convencional fija en un nivel bastante alto el “umbral de expropiación”, por cambios en las condiciones normativas-marco en interés de la protección del medio ambiente, de la salud pública u otros intereses generales. Ello trasluce el temor de que, de lo contrario, la protección convencional de inversiones podría convertirse en un obstáculo inapropiado a la realización de opciones políticas legítimas. Los países industrializados también comparten este temor. El TLCAN ya puso énfasis en la libertad de los Estados parte de tomar “cualquier medida que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental” (artículo 1114);¹⁵⁸ no obstante, las medidas para proteger al medio ambiente deben corresponderse con las disposiciones del TLCAN en materia de protección de inversiones. De ello nace una cierta inseguridad jurídica.

Según el Tratado modelo de Estados Unidos sobre la protección de inversiones y la reciente práctica convencional de ese país, las reglas no discriminatorias con base en intereses legítimos generales (en particular, reglas protectoras en materia de salud pública, medio ambiente y seguridad laboral) no se consideran, en principio, como expropiaciones (indirectas): “*Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations*”.¹⁵⁹

El tratado sobre protección de inversiones entre Estados Unidos y Uruguay descarta la creación de incentivos para la inversión “mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación ambiental interna” (artículo 12.1), y pone énfasis en la libertad de los Estados parte para adoptar cualquier medida “que consideren pertinente para asegurar que la actividad de inversiones en su territorio sea realizada en atención a los problemas ambientales” (artículo 12.2).¹⁶⁰

A menudo, es difícil comprobar que se ha realizado una expropiación al inversor extranjero si ésta no destruye la esencia de la inversión protegida (por ejemplo, el control sobre una empresa o una participación en ella), sino que altera su base de rentabilidad (por ejemplo, mediante un cambio de las condiciones normativas marco) sin destruir el núcleo de la inversión.¹⁶¹ Esto es el caso, en particular, de medidas que causan efectos perjudiciales para el inversor sin conferir un beneficio directo al Estado de acogida. En estos casos, es más fácil fundamentar el deber de indemnización en la violación del debido “trato justo y equitativo”.

¹⁵⁸ “*Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns*”.

¹⁵⁹ Anexo B núm. 4, letra b, del Tratado modelo de los Estados Unidos (v. nota 1051; <http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/38602.htm>). V. también Anexo 10-D, art. 4, letra b del Tratado de libre comercio entre Chile y los Estados Unidos del 6 de junio de 2003, http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Chile_FTA/Final_Texts/Section_Index.html.

¹⁶⁰ *ILM*, 44/2005, pp. 268 y ss.

¹⁶¹ CIADI, CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic, Case No. ARB/01/8, *ILM*, 44/2005, pp. 1205, n. marg. 252 ss.

Los modernos tratados de protección de inversiones suelen condicionar la cuantía de la indemnización a la compensación plena del valor del daño, la prestación inmediata de la indemnización y su libre convertibilidad.¹⁶²

Una cuestión controvertida es en qué medida debe influir en la cuantía de la indemnización la persecución de intereses reconocidos por el Derecho internacional público (sobre todo en materia medioambiental, como, por ejemplo, la protección de la biodiversidad).

En el asunto *Santa Elena*, Costa Rica había nacionalizado y convertido en reserva natural un área de selva tropical, cuyos propietarios anteriores, unos inversores estadounidenses, habían adquirido para fines turísticos. En la disputa sobre la cuantía de la indemnización ante un tribunal arbitral de CIADI, Costa Rica invocó varios tratados de Derecho internacional público sobre la protección del medio ambiente, como el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Biodiversidad, e hizo valer que los intereses reconocidos en ellos debían reflejarse en la indemnización. No obstante, el tribunal arbitral consideró que la protección del medio ambiente a raíz de las obligaciones pertinentes de Derecho internacional público no tenía relevancia para la cuantía de la indemnización:

*While an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking for a public purpose, and thus may be legitimate, the fact that the Property was taken for this reason does not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking. That is, the purpose of protecting the environment for which the Property was taken does not alter the legal character of the taking for which adequate compensation must be paid. The international source of the obligation to protect the environment makes no difference.*¹⁶³

i) Solución de diferencias

Para solucionar diferencias en materia de inversión, la práctica moderna de los tratados 23 de protección de inversiones prevé procedimientos arbitrales,¹⁶⁴ entendiéndose por este concepto un procedimiento ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), auspiciado por el Banco Mundial,¹⁶⁵ u otro procedimiento arbitral (por ejemplo, según las reglas de arbitraje del CNUDMI o de la Cámara de Comercio Internacional).¹⁶⁶ Hasta la fecha, la mayoría de los procedimientos para

¹⁶² V., por ejemplo, el art. 4. 2, segunda y tercera frase, del Tratado modelo de la República Federal de Alemania relativo al fomento y la protección mutua de inversiones de capital; art. 6. 2 del Tratado modelo de los Estados Unidos (v. *supra*, nota 1051).

¹⁶³ CIADI, *Compañía Del Desarrollo de Santa Elena, S. A. v. Republic of Costa Rica*, Case No. ARB/96/1, *ILM*, 39 (2000), pp. 1317 y ss., n. marg. 71.

¹⁶⁴ Dugan, C./Rubin, N./Wallace, D./Sabahi, B.: *Investor-State Arbitration*, 2008; McLachlan, C., Shore, L., Weiniger, M.: *International Investment Arbitration*, 2007.

¹⁶⁵ V. tema 23, nota al margen 5.

¹⁶⁶ V., por ejemplo, la variante I (membresía en el CIADI de ambos Estados contratantes) y la variante II (mem-

solucionar diferencias en materia de inversión se ha llevado a cabo ante CIADI (y no según otros mecanismos de arbitraje internacional).¹⁶⁷

En ocasiones los convenios de protección de inversiones prevén que sea definitiva una elección del inversor entre la protección de sus derechos a través un procedimiento arbitral internacional o a través de un tribunal nacional, excluyéndose de esta forma la competencia del otro foro (cláusulas de bifurcación - *fork-in-the-road clauses*).

- 24 A veces las reglas sobre solución de diferencias en tratados de protección de inversiones compiten con convenios atributivos de competencia entre el inversor y el Estado de acogida, que prevén la competencia exclusiva de los tribunales nacionales de este último. En ocasiones, se encuentran cláusulas de sometimiento de este tipo en tratados entre Estados latinoamericanos e inversores extranjeros, sobre todo en materia de concesiones. La práctica reciente de los tribunales arbitrales internacionales restringe muy sensiblemente el ámbito de aplicación de tales cláusulas de sometimiento. Así, un tribunal arbitral de CIADI, en el asunto *Lanco v. Argentine Republic*, rechazó el argumento invocado por Argentina de que un inversor estadounidense se había sometido a la competencia de los tribunales de ese país. Para fundamentar su opinión, el tribunal arbitral sostuvo que el tratado de protección de inversiones entre Argentina y Estados Unidos contenía una oferta unilateral de sumisión a CIADI, sin previo agotamiento de la vía legal nacional (que el inversor estadounidense habría aceptado más tarde). Además, el tribunal arbitral consideró que el alcance de una oferta basada en un tratado de Derecho internacional público no podía verse reducido por un acuerdo entre el inversor y el Estado de acogida.¹⁶⁸

De manera similar, un tribunal arbitral de CIADI en el asunto *Compañía de Aguas del Aconquija S. A. v. Argentine Republic*, decidió que una cláusula en un acuerdo de concesión entre la filial argentina de un grupo de sociedades francés y la República de Argentina, por la que se atribuía competencia exclusiva a los tribunales administrativos de este país, sólo abarcaba diferencias bajo el acuerdo de concesión, pero no diferencias bajo el Tratado de protección de inversiones entre Argentina y Francia.¹⁶⁹ En el marco de un recurso de anulación, esta opinión legal ha sido confirmada por el órgano competente.¹⁷⁰

El acceso inmediato a la protección jurídica a través un tribunal arbitral internacional sin previo agotamiento de las vías legales nacionales es de suma importancia para el inversor en diferencias con un Estado extranjero de acogida. Así, el inversor no sólo evita lentos procedimientos ante los tribunales nacionales, que pueden tener varias instancias, sin que también la protección jurídica a través de un tribunal arbitral internacional le

bresía en el CIADI de sólo uno de los Estados contratantes) para el art. 10.2 del Tratado modelo de la República Federal de Alemania (*supra*, nota 1051).

¹⁶⁷ V. para los procedimientos arbitrales con base en las reglas arbitrales del CNUDMI, el asunto *CME/Lauder v. Czech Republic*, *supra*, tema 9, nota al margen 2.

¹⁶⁸ *ILM*, 40 /2001, pp. 457 y ss., n. marg. 31 ss.

¹⁶⁹ *ILM*, 40 /2001, pp. 426 y ss.

¹⁷⁰ *ICSID Review*, 19 /2004, pp. 89 y ss., n. marg. 51 ss.

protege de las deficiencias de la jurisdicción nacional que pueden llegar a expresarse en un perjuicio que favorezca al Estado de acogida y a su gobierno. Por otro lado, la solución de diferencias por un tribunal arbitral internacional sin previo agotamiento de la vía legal nacional puede suponer una exclusión total de los tribunales nacionales a la hora de evaluar legalmente decisiones fundamentales de política económica o medidas esenciales de protección del medio ambiente y una valoración directa por parte del tribunal arbitral.

Así, una empresa de energía sueca reaccionó ante el cambio de la política de la energía atómica alemana interponiendo una demanda indemnizatoria ante un tribunal arbitral internacional.¹⁷¹

Entre tanto, la renuncia al requerimiento de agotar la vía legal nacional ha causado escepticismo y resistencia no sólo en países en vías de desarrollo y países emergentes, sino también en países industrializados. Así, el Parlamento Europeo exige que la Unión inserte en los futuros acuerdos de protección de inversiones la condición del agotamiento previo de la vía legal nacional:

El Parlamento Europeo, [...]

La protección del derecho a regular

23. Subraya que los futuros acuerdos de inversión celebrados por la Unión Europea deben respetar la capacidad de intervención pública;

24. Expresa su profunda preocupación por el nivel de discreción del que disfrutaban las instancias de arbitraje internacional para hacer una interpretación amplia de las cláusulas de protección de los inversores, lo que ha llevado a descartar una regulación legítima de carácter público; pide a la Comisión que elabore unas definiciones claras de las normas de protección de los inversores con el fin de evitar estos problemas en los nuevos acuerdos de inversión;

25. Solicita a la Comisión que incluya en todos los acuerdos que se celebren en el futuro cláusulas específicas que prevean el derecho de las partes de un acuerdo a regular, entre otros ámbitos, en los ámbitos de la protección de la seguridad nacional, el medio ambiente, la salud pública, los derechos de los trabajadores y de los consumidores, la política industrial, y la diversidad cultural;

26. Subraya que la Comisión decidirá caso por caso los sectores que no entren en los acuerdos futuros como, por ejemplo, sectores sensibles como la cultura, la educación, la salud pública y aquellos que tienen una importancia estratégica para la defensa nacional, y pide a la Comisión que informe al Parlamento Europeo sobre el mandato que ha recibido en cada caso; señala que la UE también debe ser consciente de las preocupaciones de sus socios en desarrollo y que no debe pronunciarse a favor de un mayor grado de liberalización si éstos consideran necesario para su desarrollo proteger determinados sectores, en particular los servicios públicos;

¹⁷¹ CIADI, Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany, Case No. ARB/09/6.

Inclusión de normas sociales y ambientales

27. Subraya que la futura política de la UE también debe promover inversiones sostenibles, respetuosas del medio ambiente (en particular en el ámbito de las industrias extractivas) y que alienten el establecimiento de unas condiciones de trabajo de calidad en las empresas objeto de la inversión; pide a la Comisión que en todos los futuros acuerdos incluya una referencia a las Directrices actualizadas de la OCDE para las empresas multinacionales;

28. Reitera, en relación con los capítulos en materia de inversión de los acuerdos de libre comercio (ALC) más amplios, su llamamiento a favor de la inclusión de una cláusula sobre la responsabilidad social de las empresas y de unas cláusulas de carácter social y medioambiental eficaces en todos los ALC que celebre la UE;

29. Pide que la Comisión estudie la forma en que este tipo de cláusulas se han incluido en los acuerdos bilaterales de inversión de los Estados miembros, así como el modo en que podrían incluirse en los futuros acuerdos de inversión de carácter autónomo;

30. Acoge con satisfacción el hecho de que en una serie de acuerdos bilaterales de inversión figure en la actualidad una cláusula que impide relajar la legislación social y medioambiental con el fin de atraer inversiones, y pide a la Comisión que examine la posibilidad de incluir una cláusula de esta naturaleza en sus acuerdos futuros.¹⁷²

- 25 El contenido jurídico de los laudos arbitrales basados en tratados de protección de inversiones es problemática; también lo es la construcción de la aceptación (tácita) de una oferta de someter diferencias a arbitraje expresada por el Estado de acogida en un tratado de este tipo. La *Court of Appeal* inglesa ha decidido, en el asunto *Occidental Exploration & Production Company v. Republic of Ecuador*, que aun si un procedimiento arbitral llevado a cabo en Reino Unido se basa en Derecho internacional público, esto no impide que los tribunales británicos revisen la sentencia arbitral sobre la base del Derecho inglés.¹⁷³

3. El Tratado sobre la Carta Europea de la Energía

Bibliografía recomendada: Coop, G., Ribeiro, C.: *Investment Protection and the Energy Charter Treaty*, 2008; Ribeiro, C.: *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, 2006; Wälde, T. W.: "International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty", *JWT*, 29/1995, pp. 5 ss.; *id.*: *International Investment Under the Energy Charter Treaty. An East-West Gateway for Investment and Trade*, 1997.

¹⁷² Resolución del Parlamento Europeo, 6 de abril de 2011, sobre la futura política europea en materia de inversiones extranjeras (2010/2203[INI]).

¹⁷³ *Court of Appeal*, *Occidental Exploration & Production Company v. Republic of Ecuador*, *ILM*, 45/2006, pp. 246 y ss.

El objetivo del Tratado sobre la Carta Europea de la Energía, de 1994,¹⁷⁴ es la creación de un marco legal general para las inversiones y el comercio en el sector energético. Una de las cuestiones centrales abordadas por este Tratado es la promoción y protección de las inversiones (Parte III). Una parte contratante no puede tratar a los inversores de otro Estado contratante peor que a sus propios nacionales y debe acatar el principio de nación más favorecida (artículo 10). El Tratado vincula las expropiaciones, entre otras cosas, al pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva, que equivalga al justo valor de mercado (artículo 13.1).

De gran interés son las disposiciones sobre la solución de controversias entre un inversor y una parte contratante (artículo 26). Si la controversia no puede resolverse amigablemente en un determinado plazo, un inversor privado puede, entre otras posibilidades, incoar un procedimiento arbitral según las reglas del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).¹⁷⁵ Para ello, es necesario que el inversor presente su consentimiento por escrito. El consentimiento incondicional de las partes contratantes a someter sus controversias a arbitraje o conciliación internacional se encuentra en el mismo Tratado (artículo 26.3). Entre tanto se han dictado los primeros laudos.¹⁷⁶

Vattenfall, una empresa sueca de energía, había iniciado un procedimiento arbitral contra la República Federal de Alemania sobre esta base, a raíz de las imponentes restricciones a la autorización de una central carboeléctrica en Hamburgo.¹⁷⁷ Entre tanto, esta disputa ha sido conciliada. También con base en el Tratado sobre la Carta Europea de la Energía, Vattenfall ha incoado un procedimiento arbitral contra Alemania por el cierre de centrales nucleares, decidida como parte del cambio de la política energética alemana (*Energiewende*).

Aunque Rusia, en un primer momento, había firmado el Tratado y según su artículo 45.1 tuvo que darle aplicación provisional, en el año 2009 se negó de manera definitiva a ratificarlo.

4. Regulación en el interés general, derechos humanos y protección del medio ambiente en el Derecho internacional de las inversiones

Bibliografía recomendada: Dupuy, P. -M., Francioni, F., Petersmann, E. -U.: (Hrsg.), *Human Rights in Investment Law and Arbitration*, 2009; Krajewski, M., Ceysens, C.: "Internationaler Investitionsschutz und innerstaatliche Regulierung", *AVR*, 45/2007, pp. 180 y ss.; Perkams, M.: *Internationale Investitionsschutz.abkommen im Spannungsverhältnis*

¹⁷⁴ *ILM*, 33/1995, pp. 360 y ss.; *DO L* 380 de 31 de diciembre de 1994, pp. 24 y ss.; v. también *supra*, tema 11, nota al margen 3.

¹⁷⁵ V. *infra*, tema 23, nota al margen 5.

¹⁷⁶ V. sentencia arbitral del 16 de diciembre de 2001, Case No. 118/2001, Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Sweden) v. Latvia; sentencia arbitral del 29 de marzo de 2005, Case No. 126/2003, Petrobart Ltd. (Gibraltar) v. Kyrgyzstan.

¹⁷⁷ Case No. ARB/09/6, Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG v. Federal Republic of Germany.

zwischen effektivem Investitionsschutz und staatlichem Gemeinwohl, 2011; Simma, B.: “Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights”, *ICLQ*, 60/2011, pp. 573 y ss.

a) Protección de inversiones y potencial regulatorio del Estado de acogida

- 27 La reciente práctica arbitral muestra que la protección convencional de las inversiones puede conllevar cuestionables restricciones en materia de protección del medio ambiente y en otros aspectos del ordenamiento económico y social. Esta tendencia está alimentando tendencias a favor de que, frente a la protección de inversiones, se aumente el margen de actuación política de los Estados, permitiéndose que de esta forma se persiga de forma no discriminatoria la protección de intereses generales universalmente reconocidos. Se pretende subir el “umbral de expropiación” aplicable a medidas no discriminatorias y destinadas a proteger la salud pública, el medio ambiente y el trabajo,¹⁷⁸ y lograr una correspondiente definición del “trato justo y equitativo”.

En su resolución de 2011 sobre la futura política europea en materia de inversiones extranjeras, el Parlamento Europeo aboga por amplios márgenes de regulación.¹⁷⁹ Según esta resolución, el Parlamento:

31. [c]onsidera que deben introducirse modificaciones en el mecanismo existente de resolución de litigios a fin de garantizar una mayor transparencia, la posibilidad de que las partes puedan interponer recursos, la obligación de agotar los recursos judiciales existentes a nivel local si presentan garantías suficientes en relación con un proceso adecuado, la posibilidad de recurrir a la práctica denominada *amicus curiae*, y la obligación de seleccionar un solo lugar de arbitraje entre el Estado y los inversores.

b) Derechos humanos y protección del medio ambiente

Una y otra vez, los intereses de los inversores protegidos por convenios internacionales entran en tensión con los estándares reconocidos de protección de derechos humanos. Ello se puede apreciar, por ejemplo, en la protección de la propiedad o de otros derechos humanos de comunidades indígenas u otras comunidades locales.¹⁸⁰ En algunos tratados de derecho internacional público como el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966, los Estados contratantes se obligaron a hacer esfuerzos para

¹⁷⁸ V. *supra*, tema 23, nota al margen 2, letra h.

¹⁷⁹ Resolución del Parlamento Europeo, 6 de abril de 2011, sobre la futura política europea en materia de inversiones extranjeras (2010/2203[INI]).

¹⁸⁰ Sobre la relación entre la protección de los derechos humanos mediante convenios internacionales y acuerdos de protección de inversiones, v. por ejemplo, Corte Interamericana de Justicia, *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, Series C, num. 146/2006, n. marg. 140.

proteger el derecho a la salud o el derecho a la nutrición. La reciente práctica arbitral se muestra cada vez más sensible a estas implicaciones de los derechos humanos. En las diferencias recientes sobre inversiones, cada vez más se hacen valer derechos humanos para justificar determinadas medidas del Estado de acogida.¹⁸¹ La interpretación armonizadora de los acuerdos de protección de inversiones a la luz de los derechos humanos, en tanto aplicables a las partes del respectivo acuerdo (Artículo 31.3, letra c, de la Convención de Viena sobre los tratados) puede ser una solución constructiva para aliviar la tensión entre derechos humanos y protección de inversiones. La misma técnica se ofrece para que se puedan tomar en consideración los estándares convencionales de protección del medio ambiente en la interpretación de acuerdos de protección de inversiones.

5. Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)

Bibliografía recomendada: Broches, A.: “Observations on the Finality of ICSID Awards”, *ICSID Review*, 6/1991, pp. 321 y ss.; Delaume, G. R.: “ICSID-Arbitration and the Courts”, *AJIL*, 77/1983, pp. 784 y ss.; Escher, A. E.: “Weltbank-Schiedsgericht: Zuständigkeit für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten”, *RIW*, 2001, pp. 20 y ss.; Herdegen, M.: “Wirkungen von Schiedssprüchen in Streitigkeiten zwischen Privatpersonen und fremden Staaten”, *RIW*, 1989, pp. 329 y ss.; Hirsch, M.: *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, 1993; Pirrung, J.: *Die Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen für Investitionsstreitigkeiten*, 1972; Schreuer, C., Malintoppi, L., Reinisch, A., Sinclair, A.: *The ICSID Convention: A Commentary*, 2.^a ed., 2009.

El Centro internacional para el arreglo de diferencias relativas a inversiones (*International Centre for Settlement of Investment Disputes* - ICSID) halla su fundamento en el Convenio del Banco Mundial sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, de 1965.¹⁸² El Centro ofrece el marco para el desarrollo de procesos arbitrales entre Estados e inversores, si ambas partes se someten a la competencia del Centro. El Convenio CIADI regula el procedimiento y el efecto vinculante de los laudos dictados por el Centro. Este régimen de Derecho internacional público libera al inversor privado del riesgo al que estaría sometido si se sujetase al Derecho procesal de su contraparte estatal. Se trata de un arbitraje “mixto”, en el sentido de que, por un lado, intervienen en él partes litigiosas privadas y, por otro lado, el procedimiento está asegurado desde la perspectiva del Derecho internacional público. Entre tanto, el Convenio CIADI ha sido ratificado por gran parte de la comunidad de Estados. Sin embargo, hasta ahora, se han llevado relativamente pocos casos ante el CIADI. Ello no sólo se debe a

¹⁸¹ CIADI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/03/19, Decision on Liability of 30 July 2010.

¹⁸² *ILM*, 4/1965, pp. 532 y ss.

algunas particularidades problemáticas del procedimiento CIADI y a la desconfianza en torno a su efectividad, sino también a que, en algunos casos, la mera posibilidad de un procedimiento ante CIADI contribuye a fomentar un comportamiento de fidelidad contractual de las partes o la terminación consensuada de relaciones contractuales. El Estado de origen del inversor privado sólo podrá conceder protección diplomática, cuando el procedimiento arbitral CIADI acordado haya concluido y el Estado de acogida no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo (artículo 27).

- 29 La competencia del CIADI presupone que tanto la parte estatal (el Estado de acogida) como el Estado de origen del inversor han ratificado el Convenio CIADI (artículo 1.2). Además, las partes en conflicto –esto es, el Estado de acogida y el inversor– deben haber consentido por escrito someter su diferencia al Centro (artículo 25.1).

Aunque la noción de “inversión” del Artículo 25.1 del Convenio del CIADI debe ser interpretada de manera autónoma, ésta tiene no obstante una conexión estrecha con cláusulas sobre protección de inversiones en convenios entre el Estado de origen del inversor y el Estado de acogida. En términos de aquel precepto, constituye una inversión cada uso de capital que los respectivos convenios aplicables califican como inversión protegida.

El tribunal arbitral en el asunto *Abaclat v. The Argentine Republic* también siguió este enfoque:

349. If it is obvious that the definition of Article 1(1) BIT and the criteria developed by a number of arbitral tribunals with regard to Article 25 ICSID Convention do not coincide, this is so because they can be said to focus each on a different aspect of the investment, i.e., they each look at the investment from a different perspective. The two perspectives can be viewed to be complementary, and to merely reflect a two-folded approach of the BIT and the ICSID Convention towards investment: At first, it is about encouraging investments, i.e., creating the frame conditions to encourage foreign investors to make certain contributions, and once such contributions are made, it is about protecting the fruits and value generated by these contributions. ... Be considered as being illustrated in the Preamble of the ICSID Convention as well as in the BIT: [...].¹⁸³

Para el tribunal arbitral, el criterio decisivo es si los Estados parte consideran el aporte financiero como una inversión merecedora de protección:

365. The ... approach consists in verifying that Claimants made contributions, which led to the creation of the value that Argentina and Italy intended to protect under the BIT. Thus the only requirement regarding the contribution is that it be apt to create the value that is protected under the BIT.¹⁸⁴

¹⁸³ CIADI, *Abaclat and Others v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/07/5 (2011), n. marg. 347-349.

¹⁸⁴ CIADI, *Abaclat and Others v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/07/5 (2011), n. marg. 365.

El Convenio no determina la ley que el tribunal arbitral deberá aplicar a falta de acuerdo entre las partes sobre el Derecho aplicable. Sólo contiene una referencia general al Derecho del Estado de acogida y a las reglas de Derecho internacional público que “pudieren ser aplicables” al caso concreto (Artículo 42.1; *such rules of international law as may be applicable*). Con ello, el Convenio no deja claro si las partes pueden válidamente someter su relación contractual al Derecho internacional público (por ejemplo, mediante “cláusulas de estabilización” en los contratos de inversión).¹⁸⁵ A pesar de estas dudas, no debería ser ignorada la importancia de la aplicación del Derecho –también el del Estado receptor– por parte de una instancia independiente. Por ejemplo, en el marco de procedimientos CIADI, se han enjuiciado medidas del Estado de acogida con arreglo a principios jurídicos no escritos, a los que el propio Estado de acogida atribuía vigencia en su ordenamiento jurídico interno.¹⁸⁶

Una especialidad del procedimiento CIADI la constituye la posibilidad de anular el laudo 30 con base en un vicio grave. Son causas de anulación: la constitución incorrecta del tribunal arbitral, la extralimitación manifiesta del tribunal en sus facultades, la corrupción de algún miembro del tribunal, el quebrantamiento grave de alguna norma de procedimiento o la falta de motivación del laudo (artículo 52.1). La solicitud de anulación debe presentarse dentro de los ciento veinte días siguientes a la fecha de dictarse el laudo (artículo 52.2). La decisión en el proceso de anulación es tomada por una comisión ad hoc, integrada por tres personas (artículo 52.3). La interpretación generosa de algunas causas de anulación que se realizó en algunos de los primeros procedimientos de anulación suscitó la preocupación de que este recurso extraordinario pudiera degenerar en una especie de apelación. Ello ha alimentado fuertes dudas en torno a la eficiencia del procedimiento CIADI, que podrían apaciguarse con la creciente consolidación de la práctica arbitral.¹⁸⁷ En varios casos recientes, el Comité ha dejado entrever reservas bastante acentuadas respecto del ejercicio de la competencia de revisión.¹⁸⁸

La parte estatal de un procedimiento arbitral ante el CIADI está obligada, con base en el 31 Derecho internacional, a acatar el laudo (artículo 53). Todo Estado contratante reconocerá carácter obligatorio al laudo dictado conforme al Convenio y hará ejecutar, dentro de su territorio, las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado (artículo 54.1). No obstante, un Estado condenado puede recurrir a la inmunidad para impedir la ejecución en su

¹⁸⁵ V. *supra*, tema 22.

¹⁸⁶ V. por ejemplo, la decisión de la Comisión ad hoc en el caso *Amco Asia Corporation c. The Republic of Indonesia*, *ILM*, 25/1986, pp 1441 y ss., esp. pp. 1456-1457.

¹⁸⁷ Al respecto, v. por ejemplo, Broches, A.: “Observations on the Finality of ICSID Awards”, *ICSID Review*, 6/1991, pp. 321 y ss.; Feldman, M. B.: “The Annulment Proceedings and the Finality of ICSID Arbitral Awards”, *ICSID Review*, 2/1987, pp. 85 y ss.

¹⁸⁸ V. la decisión del comité *ad hoc* en el asunto *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, Case No. ARB/01/8 (Annulment Proceeding), *ILM*, 46 /2007, pp. 1136 y ss., n. marg. 136, 158.

patrimonio (artículo 55). Ello no impide, sin embargo, el reconocimiento y la declaración de ejecutabilidad conforme al Derecho nacional,¹⁸⁹ ya que estos no constituyen medidas de ejecución que afecten a la inmunidad estatal. En comparación con otros mecanismos, el procedimiento CIADI ofrece al inversor privado un alto grado de cobertura jurídica en relación con la imposición de obligaciones derivadas del convenio arbitral.

- 32 En controversias en las que el Estado de origen del inversor o el Estado de acogida de la inversión no sean Estados contratantes del Convenio CIADI, es posible que la controversia se solucione a través de un mecanismo complementario (*Additional Facility*) en el marco del CIADI.¹⁹⁰

6. La Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA)

Bibliografía recomendada: Ebenroth, C. T., Karl, J.: *Die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur*, 1989; *id.*: “Neuere Entwicklungen bei der Multilateralen Investitions-Garantie-Agentur (MIGA)”, *RIW*, 1990, suplemento 11; Ossman, G.: “Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency”, *JIBL*, 11/1996, pp. 359 y ss.; Petersmann, H. G.: “Die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur (MIGA)”, *ZaöRV*, 46/1986, pp. 758 y ss.; Schaufelberger, P.: *La Protection juridique des investissements internationaux dans les pays en développement*, 1993; Shihata, J. F. I.: “The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the Legal Treatment of Foreign Investment”, *RdC*, 203/1978, t. III, pp. 97 y ss.; *id.*: *MIGA and Foreign Investment*, 1988.

- 33 La Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones se creó, con base en un Convenio Constitutivo propuesto por el Consejo de Gobierno del Banco Mundial, con el objeto de asegurar los riesgos de inversión “no comerciales” y de promover la transferencia de capital en países en vías de desarrollo.¹⁹¹ Según este Convenio, son asegurables el riesgo de transferencia (respecto de las restricciones a la conversión monetaria y de la transferencia de divisas por parte del Estado de acogida), el riesgo de expropiación, de incumplimiento contractual por el Estado de acogida sin contar con la adecuada protección jurídica y, finalmente, el riesgo de un conflicto armado o actos de rebeldía en el Estado de acogida (Artículo 11. [a] ii del Convenio). Al margen de los riesgos de expropiación asegurables quedan las limitaciones a la propiedad que no implican discriminación, que son usuales en la práctica estatal para regular el ordenamiento económico (Artículo 11. a. 2 Convenio). Con ello se está aludiendo, por ejemplo, a normas de Derecho fiscal, de

¹⁸⁹ V. por ejemplo, Sent. de la Corte de Casación francesa, *SOABI c. Senegal*, *ILM*, 30/1991, pp. 1167 y ss.; Sent. de la Corte de apelación de París, *S. A. R. L Benvenuti et Bonfant c. Gouvernement de la République du Congo*, *Clunet*, 108/1981, pp. 843 y ss., con comentario de B. Oppetit.

¹⁹⁰ La “Additional Facility” fue creada el 27 de septiembre de 1978 por el Consejo de Administración del CIADI. V., Doc. ICSID/11, *Additional Facility for the Administration of Conciliation, Arbitration and Fact Finding*, 1979.

¹⁹¹ *ILM*, 24/1985, pp. 1598 y ss.