

ACUERDOS PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES



Andrea Alonso-Allende Gamoneda
Trabajo Fin de Máster curso 2011/12
Universidad Rey Juan Carlos

ÍNDICE

1. PROTECCIÓN INTERNACIONAL SOBRE INVERSIONES

- 1.1- Planteamiento
- 1.2- Objetivos APPRIS
- 1.3- Contenido APPRIS
- 1.4- Principales Efectos Jurídicos APPRIS
- 1.5- Modelo Europeo Vs Americano
- 1.6- Marco Actual: Protección Regional UE

2. ARBITRAJE INTERNACIONAL: CIADI

- 2.1- Aspectos generales
- 2.2- Organización y funciones
- 2.3- Requisitos necesarios
- 2.4- Inconvenientes y Obstáculos

3. ESPAÑA: PRÁCTICA MÁS RECIENTE

- 4.1- Argentina Repsol-YPF
- 4.2- Bolivia Red Eléctrica

4. ANEXOS

- 5.1- APPRIS firmados por España
- 5.2- Miembros del CIADI

5. BIBLIOGRAFÍA

1. PROTECCIÓN INTERNACIONAL SOBRE INVERSIONES

1.1- Planteamiento

“Aunque aún no existe un marco global que regule la inversión extranjera, si existen instrumentos de orden bilateral, regional, multilateral y de otro tipo que plasman los principios fundamentales en materia de garantía de tratamiento a las inversiones, que brindan un elemento esencial en la decisión del inversionista, es decir, dan estabilidad en las reglas de juego o en otras palabras, suponen unas mínimas garantías para la realización de inversiones extranjeras.”¹

Los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, son **acuerdos bilaterales entre dos Estados Contratantes** que pretenden ofrecer a la inversión, que realiza un inversionista de una de las Partes en el territorio de la otra, una serie de garantías sustantivas y procesales. Son generalmente conocidos como “BITS”², o bien como “APPRI”³.

El primer acuerdo fue firmado en 1959 y fue suscrito entre la República Federal de Alemania y Pakistán. Inicialmente se realizaban entre países desarrollados y en vías de desarrollo, como consecuencias de las expropiaciones arbitrarias y las nacionalizaciones discriminatorias, pero en la actualidad hay de todo tipo. En este contexto histórico, estos acuerdos fueron concebidos para **proteger la propiedad privada y otorgar garantías básicas a la inversión extranjera**. Hoy en día, nos encontramos en un escenario en el cual los países se esfuerzan por promocionarse y así atraer inversión extranjera directa a su territorio⁴.

En este sentido, se establecieron principios básicos para regular el procedimiento de expropiación, así como reglas claras para los casos de solución de controversias que se presentasen entre un Inversionista y una Parte Contratante. Por otro lado, se expiden para períodos determinados y cubren listas sectoriales positivas o negativas y aunque la gran mayoría de estos acuerdos encierran elementos comunes, también se pueden establecer cláusulas particulares.

En definitiva, **constituyen un marco regulatorio básico para la inversión extranjera**. Y su importancia precisamente radica en que es un acuerdo, con carácter internacional, de más fácil acceso para el inversionista, y en el cual se estipulan de una manera simple, las garantías mínimas básicas que se le otorga a la inversión extranjera por parte del Estado receptor de la inversión.

¹ *Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. República de Colombia – 2006.*

² *Bilateral Investment Treaties.*

³ *Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.*

⁴ *Javier Díez Hochleitner. Eficacia de los Tratados de Protección de Inversiones Extranjeras. Real Instituto Elcano.*

1.2- Objetivos

El contenido y formato de los diversos acuerdos que suscriben los países son bastante similares.

Los compromisos que adquieren los Estados a través de la firma de un acuerdo de estas características, generalmente no conllevan ni exigen a dichos Estados reformar el ordenamiento jurídico interno, pues los compromisos y obligaciones adquiridas habitualmente se encuentran ya incorporados en la legislación nacional vigente.

En este sentido, los **objetivos principales** que se persiguen a la hora de firmar un acuerdo de este tipo son:

- *Disminuir la incertidumbre y el factor riesgo* que suelen acompañar a una inversión en el extranjero, al comprometerse los Estados contratantes a un marco regulatorio básico.
- *Ofrecer un nivel mínimo de seguridad jurídica*, como son las garantías básicas, derechos y obligaciones, con el fin de fomentar nuevos flujos de inversión, así como consolidar las inversiones ya existentes.

1.3- Contenido

Para efectos de poder tener una idea más clara de la cobertura y garantías básicas que un acuerdo de esta naturaleza otorga a la inversión en el extranjero, es importante conocer con más detalle el contenido de las diferentes cláusulas que típicamente forman parte de un acuerdo de este tipo:

1) Definiciones básicas

Dos de las definiciones más importantes de este modelo de acuerdo, y que típicamente se encuentran en estos acuerdos, son la definición de “inversión” e “inversionista”. Estos conceptos son fundamentales, pues la forma en que se defina estos términos tendrá influencia directa y determinará el ámbito de cobertura del acuerdo. Generalmente incluyen:

- Inversión: todo tipo de bien o activo, tanto bienes tangibles como intangibles e incluye una lista ilustrativa de lo que se considera inversión.
- Inversionista: se suele incluir tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas. El criterio que se utiliza con mayor frecuencia para considerar a las personas físicas y jurídicas como inversionistas, suele ser el criterio de la nacionalidad.

En el caso particular de las personas jurídicas, pueden utilizarse diversas opciones para imputar la nacionalidad a una entidad jurídica como el lugar de su constitución, su domicilio formal, el lugar donde se realizan las actividades económicas efectivas, o bien, la

nacionalidad de los accionistas que controlan la empresa. Es común incluir una lista ilustrativa de los tipos de entidades jurídicas que se considerarán como “inversionista”⁵.

2) Admisión

Establece que los Estados otorgarán la protección a las inversiones una vez que hayan admitido estas inversiones en sus territorios y cumplan además con lo que establezca su legislación interna.

Asimismo, es importante mencionar que estos acuerdos otorgan protección a las inversiones realizadas una vez que entra en vigor el tratado, así como a las inversiones existentes antes de la entrada en vigor del mismo y que se hayan realizado de conformidad con la legislación vigente.

3) Tratamiento de las inversiones

a. Trato justo y equitativo

Este es un principio de Derecho Internacional, a través del cual se garantiza un estándar de protección mínimo a la inversión. El objetivo consiste en asegurar al inversionista que aún cuando la inversión esté sujeta a la legislación nacional de las Partes Contratantes, su inversión también estará protegida por un estándar mínimo de trato. Por lo tanto, será útil en aquellos casos en que la legislación interna de la Parte Contratante es abiertamente discriminatoria y arbitraria en perjuicio del inversionista extranjero, por lo que éste podría ampararse a esta garantía mínima de trato para seguir un tratamiento diverso.

b. Trato de nación más favorecida

Pretende otorgarle a la inversión de una de las Partes Contratantes, un trato no menos favorable que el que otorgue esta Parte Contratante a las inversiones de terceros Estados. Junto con el principio de trato nacional, el trato de nación más favorecida es una de las garantías fundamentales de los contenidos en los acuerdos de inversión.

Dos excepciones que comúnmente se encuentran en algunos APPRIs consisten en:

- a) Excluir del trato de nación más favorecida aquellos privilegios que alguna de las Partes hayan concedido a inversionistas de terceros Estados en razón a sus acuerdos de área de libre comercio, unión aduanera o acuerdo regional.
- b) Preferencias resultantes de algún acuerdo suscrito entre Estados en materia tributaria.

⁵ Ejemplos: sociedades anónimas, asociaciones, o bien cualquier otra entidad jurídica con o sin fines de lucro.

c. Trato nacional

Garantiza a la inversión extranjera -una vez establecida y admitida en el territorio del Estado receptor de la inversión- un tratamiento no menos favorable que el otorgado a la inversión de inversionistas nacionales. El principio de trato nacional es un principio elemental que prohíbe el trato discriminatorio.

4) Protección Inversiones

a. Expropiación

Las disposiciones sobre expropiación son básicas dentro de este tipo de acuerdo:

- Cobertura: actos expropiatorios, nacionalizaciones o bien medidas que no son propiamente expropiaciones, pero que son medidas que tienen “efectos equivalentes” y que se denominan “expropiaciones de hecho”.

- Cláusulas: condiciones que deben contemplarse para que una expropiación sea admisible. Entre las condiciones que principalmente se señalan en estos acuerdos destacan:

- a) Existencia de un interés público o utilidad pública legalmente comprobada
- b) Realización de la expropiación sobre bases no discriminatorias
- c) Respeto al principio del debido proceso legal
- d) Expropiación sujeta al pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva

b. Transferencias

Garantiza que las transferencias de pagos relacionados con la inversión se puedan efectuar libremente, al tipo de cambio real y sin demora. Normalmente incluyen una lista ilustrativa del tipo de pagos como capitales, dividendos, intereses y “royalties”.

c. Indemnización por pérdidas

Compromiso que adquieren los Estados Contratantes de otorgar a las inversiones de inversionistas del otro Estado Parte, respecto de pérdidas que sufrieran en relación con la inversión en caso de guerra, disturbios civiles o alguna conmoción interna en el territorio de ese Estado Contratante. Supone un trato no discriminatorio respecto de cualquier medida que este Estado adopte en relación con estas pérdidas. En este contexto, es importante señalar que con ese tipo de cláusula no se adquiere el compromiso de indemnizar, ya que no existe compromiso internacional respecto a este tema. Sin embargo, esta cláusula regula que si el inversionista nacional recibe cierto tipo de preferencia o indemnización en razón a estos acontecimientos, al inversionista extranjero debe otorgársele un trato no menos favorable.

5) Solución de diferencias

Garantiza al inversionista el acceso de recurrir a un mecanismo internacional en caso de que deba dirimir algún tipo de disputa con el Estado receptor de la inversión.

a. Solución de diferencias entre Estados

En las disposiciones sobre el procedimiento, se establece de forma general la mecánica para la integración del panel arbitral, el cual generalmente está constituido por tres miembros. El panel normalmente establece sus propias reglas de procedimiento. Asimismo, también suele señalarse un período prudencial durante el cual el panel debe haber emitido su laudo.

b. Solución de controversias entre un inversionista y un Estado

Se establecen las disposiciones que regularán las controversias entre un inversionista y el Estado receptor de la inversión, mediante las cuales se puede otorgar al primero la opción de escoger el mecanismo que utilizará para plantear su reclamo: los tribunales locales del Estado receptor de la inversión o bien un procedimiento arbitral internacional.

Si los Estados Contratantes son firmantes del CIADI⁶, generalmente se permite que el inversionista recurra a este foro, o bien utilice las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI. De lo contrario, también podrá utilizar las reglas de UNCITRAL⁷ para dirimir la disputa.

1.4- Principales efectos jurídicos

En definitiva, los principales efectos jurídicos derivados de este tipo de contratos son:

- Establecen un trato y protección debidos al inversor extranjero. Es un trato por el que el Estado receptor/huésped de la inversión se compromete internacionalmente a garantizarlo. **Su incumplimiento genera responsabilidad internacional.**
- Otorgan al inversor extranjero el derecho de someter toda controversia con el Estado receptor del capital a una instancia arbitral internacional. Es decir, se produce una **reclamación directa del particular frente al Estado**⁸.
- La cláusula de arreglo de diferencias entre los inversores y el Estado huésped de la inversión es una cláusula de arreglo mixto porque ambas partes tienen distinta naturaleza y un status diferente.

⁶ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

⁷ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

⁸ *Perspectiva de la Protección jurídica de las Inversiones Internacionales. Revista electrónica Iberoamericana – ALCUE.*

- Lo habitual es acudir al Centro Internacional de Arbitraje (CIADI, creado por el Convenio de Washington).

Amparan por tanto, contratos concluidos por inversores extranjeros con el Estado receptor. Son contratos sometidos al derecho interno del Estado huésped que pueden resolver unilateralmente por razones de interés público⁹.

1.5- Modelo Europeo Vs Modelo Americano

Los acuerdos de inversión que se firman entre las partes no deben ser estrictamente idénticos a los de otras negociaciones, puesto que los países tienen un cierto grado de libertad a la hora de concertar. En esta medida, se pueden diferenciar dos modelos para la negociación de un Acuerdo Bilateral de Protección Recíproca a las inversiones, que sirven como guía de negociación: el Modelo Europeo y el Modelo Norteamericano.

Según la OCDE¹⁰, los dos modelos contienen más o menos los mismos conceptos de protección de inversiones establecidas: trato nacional y trato de nación más favorecida, libre transferencia de fondos, temporalidad, compensación adecuada y efectiva en caso de expropiación, trato justo y equitativo, protección y seguridad, además de los mecanismos de solución de controversias Estado - Estado o inversionista – Estado, donde cada parte puede mantener excepciones que deben ser notificadas¹¹.

- Modelo Europeo: el tratamiento otorgado **se aplica una vez la inversión está admitida y establecida**. A su vez, las inversiones son aceptadas de acuerdo con las leyes y reglamentaciones del país a donde se destinan los flujos de capital. De esta forma, se da total discrecionalidad a los estados para determinar las condiciones que deben cumplir los flujos de capital para ser catalogados como inversión.
- Modelo Norteamericano (USA-Canadá): **no se hace diferencia entre el tratamiento otorgado a la inversión antes y después del establecimiento**. De esta forma, se restringe la posibilidad a los gobiernos de definir y modificar sus condiciones de acceso, al asegurar el trato nacional y de la nación más favorecida antes de que se realice la inversión. Sin embargo, para no perder el control absoluto sobre el acceso de la inversión a determinados sectores, se establece una lista de reservas compuesta por los sectores en los cuales el estado se reserva el derecho de admisión.

La principal diferencia es que en el modelo europeo, las cláusulas de tratamiento sólo se aplican a una inversión después de su establecimiento; mientras que en el modelo norteamericano, el trato se aplica a la inversión y a la fase de pre-establecimiento. Otra gran distinción es que en el modelo norteamericano se regula la imposición de un número

⁹ Javier Díez Hochleitner

¹⁰ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

¹¹ *International Investments Instruments and their legal interpretations.*

de requerimientos de desempeño que recaen sobre los inversionistas o sus inversiones y tiene cláusulas más elaboradas en temas como derechos de entrada y permanencia de extranjeros¹².

1.6- Marco Actual

En la actualidad contamos con **más de 2.000 Acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones** (en adelante “APPRI”) celebrados entre Estados industrializados y países en desarrollo, en su mayoría a partir de 1987.

Las similitudes entre los APPRI, tanto en estructura como en contenidos, son cada vez mayores.

El incesante incremento de APPRI en los últimos años ha dado lugar a una compleja y tupida red convencional que hasta la fecha no ha sido posible sustituir por un sistema multilateral. Como se recordará, el primer intento por lograr un tratado multilateral de protección de las inversiones extranjeras fracasó estrepitosamente en las negociaciones iniciadas en 1995 bajo los auspicios de la OCDE para la celebración del célebre **AMI**¹³.

En el ámbito de la OMC¹⁴, tampoco se han alcanzado hasta la fecha avances significativos. Cierto es que, tras el fracaso del AMI, la OMC ha intensificado los esfuerzos por profundizar en las disposiciones del *Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio* (TRIMs) adoptado en la Ronda de Uruguay, y, sobre todo, por extender su ámbito de aplicación al conjunto de las inversiones extranjeras. Sin embargo, la reciente Conferencia de Cancún ha evidenciado la falta de consenso entre los miembros de la OMC también en esta materia.

Más fructífera ha resultado hasta la fecha, la aproximación regional a la materia. Dejando a un lado el caso de la Comunidad Europea que ha hecho de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en los diversos sectores de actividad, uno de los pilares de la integración, podemos mencionar el Capítulo XI de NAFTA¹⁵ o el aun *non nato* Protocolo de Colonia adoptado en el ámbito del MERCOSUR¹⁶, textos cuyos contenidos se asemejan a los de los APPRI¹⁷.

¹² CONPES, 2001, p9

¹³ *Acuerdo Multilateral de Inversiones*.

¹⁴ *Organización Mundial del Comercio*.

¹⁵ *Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, conocido también como TLC o como NAFTA*.

¹⁶ *Mercado Común del Sur*.

¹⁷ *María Angeles Cano Linares. Acuerdos subregionales de promoción y protección recíproca de inversiones: MERCOSUR y los Protocolos de Colonia y de Buenos Aires. Revista electrónica Iberoamericana*.

IED EN AMÉRICA LATINA Y CARIBE

En 2011, América Latina y el Caribe recibieron 153.448 millones de dólares de inversión extranjera directa (IED), un 31% más que en 2010. Este es el segundo año consecutivo de crecimiento, tras la caída propiciada por la crisis financiera internacional en 2009. Asimismo, América Latina fue la región del mundo donde más crecieron las entradas de IED y su participación en las entradas mundiales de IED alcanzó un 10%. A diferencia del año anterior, los flujos de IED aumentaron un 17% a nivel mundial¹⁸.

Asimismo, estas entradas se incrementaron en los países desarrollados, que en los dos años previos habían registrado las mayores caídas.

El sostenido crecimiento económico en la región, aunque a una tasa inferior a la de 2010, ha seguido incentivando las inversiones encaminadas a aprovechar el dinamismo de los mercados internos.

Mientras tanto, los altos precios internacionales de las materias primas impulsan las inversiones para la extracción y procesamiento de recursos naturales. Por otra parte, en los países desarrollados la crisis económica ha seguido promoviendo procesos de reestructuración empresarial, traslado de actividades a otras localizaciones y una mayor terciarización de actividades manufactureras y servicios empresariales a distancia.

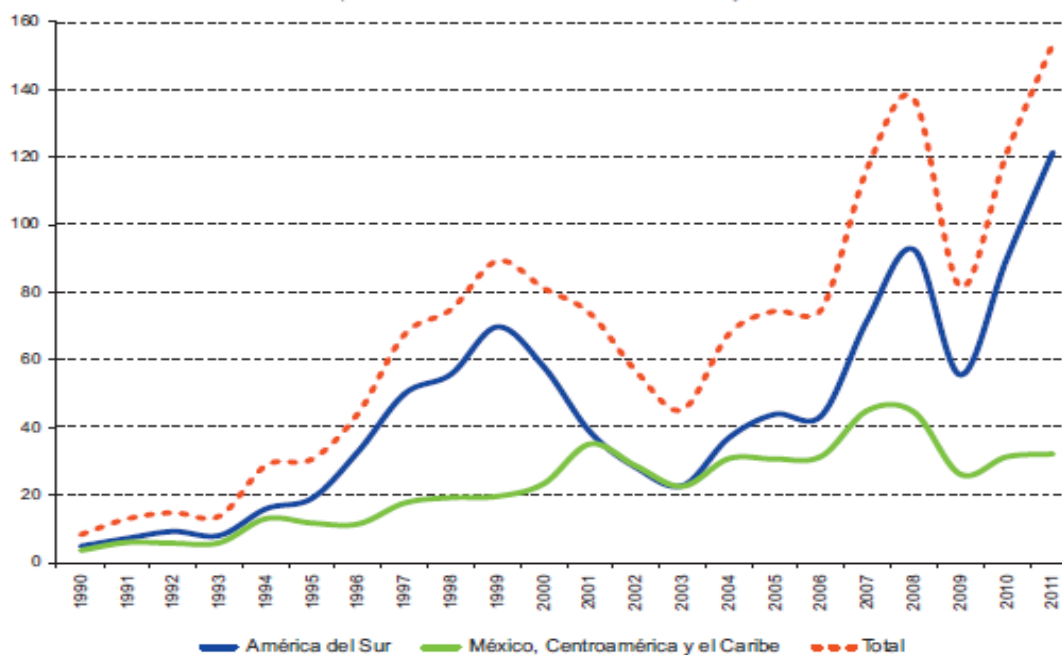
En América Latina y el Caribe, todas las subregiones y la mayoría de los países recibieron más inversión que el año anterior¹⁹. La mayor parte de ese incremento correspondió al Brasil, donde alcanzó los 66.660 millones de dólares, casi la mitad del total regional. Aumentaron las entradas de IED en la mayoría de los países de América del Sur, alcanzando récords históricos como en los casos de Chile (17.299 millones de dólares), Colombia (13.234 millones de dólares) y el Uruguay (2.528 millones de dólares).

En México, los ingresos de IED fueron un 10% superiores a los indicados inicialmente en referencia a 2010, mientras que en Centroamérica se registró un crecimiento del 36%, con alzas en todas las economías de la subregión. Los flujos de entrada en el Caribe experimentaron un incremento después de dos años seguidos de caídas. Este avance se debió, sobre todo, al impulso de los proyectos de inversión en el sector de recursos naturales. En este sentido destaca el crecimiento de la IED en la República Dominicana (2.371 millones de dólares) y Suriname (154 millones de dólares). En general, los sectores inmobiliario y turístico continuaron sufriendo los efectos de la crisis financiera internacional. No obstante, en las Bahamas, con el apoyo financiero de inversionistas chinos se ha comenzado a construir el mayor complejo hotelero del Caribe.

¹⁸ *Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe. Naciones Unidas (CEPAL).*

¹⁹ Véase el gráfico de la página siguiente.

AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: INGRESOS DE INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA TOTALES Y POR SUBREGIONES, 1990-2011 (En miles de millones de dólares)



20

Protección Regional: Marco Europeo de Inversiones

La fuerte contracción de los flujos mundiales de inversión extranjera directa (IED) y más especialmente en la UE, ha generado una **creciente competencia por captar nuevas inversiones extranjeras**, canalizada a través de políticas más proactivas de promoción y firmas de nuevos Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI)²¹.

El Tratado de Lisboa supone una comunitarización en todo lo relativo a la protección recíproca de inversiones. Ello llevaría, en principio, a un fortalecimiento de nuestra posición negociadora ante los terceros países y, además, abre una nueva etapa que previsiblemente acabará ofreciendo una mayor transparencia a los inversores internacionales y por tanto, aumentará el atractivo de la UE como destino último de inversiones. Podríamos decir que es un buen momento y oportunidad para reforzar las políticas proactivas de promoción y captación de inversiones a nivel nacional como elemento diferenciador y catalizador de nuevas inversiones hacia nuestro país²².

²⁰ FUENTE: Comisión para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de cifras y estimaciones oficiales al 16 de abril de 2012.

²¹ Francisco José Jiménez. *Perspectiva Económica de la Protección Jurídica de las Inversiones Internacionales*. Revista electrónica Iberoamericana

²² Oscar Álvarez Calzada y Jorge Dajani González. *El nuevo marco europeo de protección de inversiones exteriores*. Real Instituto Elcano.

En conclusión, el Tratado de Lisboa **atribuye en exclusiva a la UE la competencia en materia de IED**, integrándola en la Política Comercial Común. Así pues, a partir de la entrada en vigor de dicho Tratado la capacidad de negociar y firmar APPRI recae en la UE.

El propósito de la Comisión es que la protección de inversiones sea un ámbito a incluir en los nuevos acuerdos comerciales que la UE firme en el futuro. Sin embargo, la complejidad del asunto y la heterogeneidad existente entre los EM, hace que sea necesario un período transitorio de adaptación.

El resultado final de la comunitarización de la política de los APPRIs para toda Europa a medio plazo supondrá, por una parte, un mayor atractivo de la UE para nuevas inversiones de terceros países al **estandarizar la protección de inversiones en todo el territorio de la Unión**. Sin embargo, por otra parte, significará también que los EM²³ pierdan un elemento diferenciador, como son los APPRI, a la hora de atraer nuevas inversiones (por ejemplo, en el caso de España su importante red de APPRIs con los países latinoamericanos). En este contexto, desarrollar una ambiciosa política de promoción activa de inversiones exteriores a nivel estatal cobra más relevancia que nunca. Especialmente, es preciso redoblar esfuerzos en difundir y dar a conocer nuestro clima de negocios fuera de la UE para reforzar el atractivo de España como destino inversor de las potencias económicas emergentes.

2. ARBITRAJE INTERNACIONAL: CIADI

La celebración de un tratado de protección de inversiones entre el Estado huésped y el Estado de su nacionalidad, no representa para el inversor una garantía jurídica suficiente, por muy amplias que sean las obligaciones asumidas. Tampoco basta con que ambos Estados se sometan a mecanismos obligatorios de solución de controversias. El inversor debe contar con la posibilidad de demandar directamente al Estado huésped ante un órgano jurisdiccional de carácter internacional²⁴.

Esta es, precisamente, la **principal aportación de los APPRIs**. En efecto, todos ellos prevén la posibilidad de que los inversores sometan sus controversias con el Estado huésped al arbitraje internacional, normalmente el arbitraje del CIADI.

Gracias a los APPRIs, se produce un cambio muy significativo en la situación del inversor extranjero: **su protección frente al Estado huésped ya no va a depender de la voluntad del Estado de su nacionalidad de ejercer o no, la *protección diplomática*** -protección diplomática que, por lo general, raras veces desembocará en el sometimiento de la controversia ante un órgano jurisdiccional internacional-. Por otra parte, el inversor no se

²³ Estados Miembro de la Unión Europea.

²⁴ Luis M. Hinojosa Martínez; Javier Roldán. *Derecho Internacional Económico*. Editorial Marcial Pons.

verá en la necesidad de agotar los recursos internos disponibles en el Estado de inversión antes de formular una reclamación arbitral contra él²⁵.

2.1- Aspectos Generales

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CIADI

El establecimiento de la organización tuvo su origen en una iniciativa del Banco Mundial que pretendía mejorar la atmósfera de confianza mutua entre el inversionista y el Estado receptor, y así fomentar las inversiones de países industrializados en los países en desarrollo.

Es una organización internacional de carácter público creada mediante un tratado internacional: Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965, conocido como Convenio de Washington o Convención del CIADI. Este instrumento se basó en la **necesidad de generar cooperación internacional para el desarrollo económico** a través mecanismos de seguridad para las inversiones internacionales de carácter privado.

Así, el Convenio de Washington proporciona **dos medios de solución de controversias: la conciliación y el arbitraje**, adecuados tanto para los intereses de los inversores privados extranjeros, como para los de los Estados receptores, dado que ambas partes se encuentran en idéntica jerarquía. A ello se suma el permitir que las controversias que surgen en materia de inversiones, queden al margen de cualquier tipo de politización, logrando eliminar las antiguas trabas que existían en materia de inversión internacional y, consecuentemente, poder obtener un acelerado crecimiento económico de los países en desarrollo.

En la actualidad son **144 los países firmantes**, y la mayoría de ellos ya han depositado sus instrumentos de ratificación. Cabe destacar que no fue nada fácil al principio, sobre todo en los países sudamericanos, debido a la **“doctrina Calvo”**. En este sentido, la Convención del CIADI responde a la doble necesidad de buscar un equilibrio entre las posiciones que dieron origen a la doctrina Calvo y al interés de los inversionistas extranjeros que buscaban un foro neutral y ajeno a injerencias políticas del país receptor de la inversión.

2.2- Organización y Funciones

El CIADI tiene personalidad jurídica internacional y goza de inmunidades y privilegios. Su sede se encuentra en Washington D.C. (EEUU). Está formado por el Consejo Administrativo y la Secretaría. El primero está integrado por un representante de cada Estado contratante y lo preside el Presidente del Banco Mundial. Su función principal consiste en adoptar las normas que regularán las actuaciones relativas a la conciliación y arbitraje.

²⁵ A.F Lowenfeld. *International Economic Law*. Editorial Oxford

El CIADI no es conciliador ni árbitro de las controversias. Únicamente se encarga de administrar los procedimientos. Por ello, cuenta además con una comisión conciliadora y una lista de árbitros que serán los que finalmente formen parte de los tribunales arbitrales del Centro²⁶.

2.3- Requisitos necesarios

NACIONALIDAD DE LAS PARTES

Para que el Centro conozca de una controversia, esta debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que la controversia surja directamente de una inversión.
2. Que la disputa se plantee entre el Estado receptor de la inversión y un nacional de otro Estado, siendo ambos países signatarios del convenio.
3. Que las partes hayan consentido a someter el arbitraje al tribunal del CIADI.

La nacionalidad, por tanto, juega un rol fundamental a la hora de determinar la jurisdicción del Centro.

PLANOS JURÍDICOS

En la práctica, el consentimiento suele presentarse en planos jurídicos diferentes:

1. **Contractual:** cláusula contenida en el contrato celebrado entre el inversor y el Estado.
2. **Derecho interno:** habitualmente un código o ley de inversiones.
3. **Derecho internacional:** cláusula de un acuerdo de promoción y protección de inversiones (APPRI), acuerdos comerciales internacionales o bien, mediante un instrumento multilateral.

El arbitraje del CIADI es exclusivo y queda totalmente aislado de cualquier intervención de las jurisdicciones nacionales. La ley aplicable al procedimiento son las normas procesales contempladas en el texto convencional y, salvo acuerdo de las partes, las reglas de arbitraje adoptadas por el Centro.

GARANTÍAS DE LOS INVERSORES

Los inversionistas persiguen ciertas garantías básicas que se encargan de estipular en los respectivos APPI:

1. Tratamiento justo y equitativo

²⁶ Art. 3.º.

2. No discriminación
3. Trato nacional
4. Cláusula de la nación más favorecida

2.4- Inconvenientes y Obstáculos

Como **inconvenientes de este instrumento**, podríamos definir:

1. Miedo latente de Estados e inversores en ser “pioneros” en la prueba del funcionamiento de esta institución.
2. Fácil apertura de la utilización del recurso de anulación en los dos primeros casos surgidos ante el Centro.
3. Principio de soberanía estatal, dado que muchos países aceptaron ratificar la Convención del CIADI, sabiendo que solo un posterior consentimiento sobre una controversia concreta es el que definitivamente provoca la obligatoriedad de acudir a este mecanismo.

Entre los **mayores obstáculos** a su utilización se encuentran²⁷:

- Excesiva autonomía del sistema CIADI: no permite la revisión de sus laudos respecto a cuestiones de fondo.
- Aplicabilidad de estándares mínimos de derecho internacional: con independencia de la voluntad de las partes, que puede prestarse para la vulneración de esta última.
- Concesión de demasiadas garantías a los inversores: sin que ellas se encuentren suficientemente delimitadas.
- Defectos propios del sistema: algunos aspectos procesales, excesivos costos y una limitada jurisdicción. A ellos deben agregarse otros factores que, si bien no se encuentran contemplados normativamente, se han generado en la práctica, como la marcada discriminación de los países en desarrollo respecto al nombramiento de árbitros.

²⁷ Biblioteca de arbitraje. *Derecho Internacional Económico y de las inversiones Internacionales*

3. ESPAÑA: PRÁCTICA MÁS RECIENTE

Instrumentos jurídico-internacionales al servicio de la protección de las inversiones extranjeras

Para atraer inversión extranjera muchos Estados se ven en la necesidad de contrarrestar su falta de estabilidad política con instrumentos jurídicos de carácter internacional (aparte de ofrecer ventajas de carácter fiscal, social, etc.).

La internacionalización de estos Acuerdos de Estado, cuenta con el respaldo de foros de internacionales, como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (CIADI).

Por una parte, tan sólo sirven para dar cobertura a determinado tipo de inversiones (tales como las dirigidas a la explotación de recursos naturales o al desarrollo de infraestructuras); por otra parte, no siempre son aceptables -en términos jurídicos y políticos- para el Estado de inversión.

A partir de los años ochenta, sin abandonar los Contratos de Estado, la práctica ha seguido otros derroteros, en referencia a la celebración de tratados bilaterales y multilaterales en materia de protección de inversiones.

Todos los APPRIs exigen al inversor que antes de someter una controversia a arbitraje, entable negociaciones con el Gobierno del Estado de inversión con vistas a alcanzar, si fuera posible, una solución amistosa en un plazo determinado (normalmente 6-18 meses).

Respecto del **Derecho aplicable**, las normas de Derecho Internacional general y el Derecho interno del Estado, buscan asegurar la inmunidad del inversor extranjero frente a los cambios legislativos del Estado huésped que resulten contrarios al correspondiente APPRI o al Derecho Internacional general.

En relación a la **eficacia del laudo arbitral**, el laudo tiene fuerza ejecutiva en el territorio de todos los Estados parte, no estando sometido al procedimiento exequátur previsto en su legislación interna, sino a un mero trámite de verificación de su autenticidad.

Más allá de la eficacia jurídica que el Convenio CIADI otorga al laudo, hay que tener en cuenta las **negativas repercusiones** que **para el Estado de inversión**, puede tener el

incumplimiento de un laudo del CIADI en sus relaciones con las instituciones financieras internacionales²⁸.

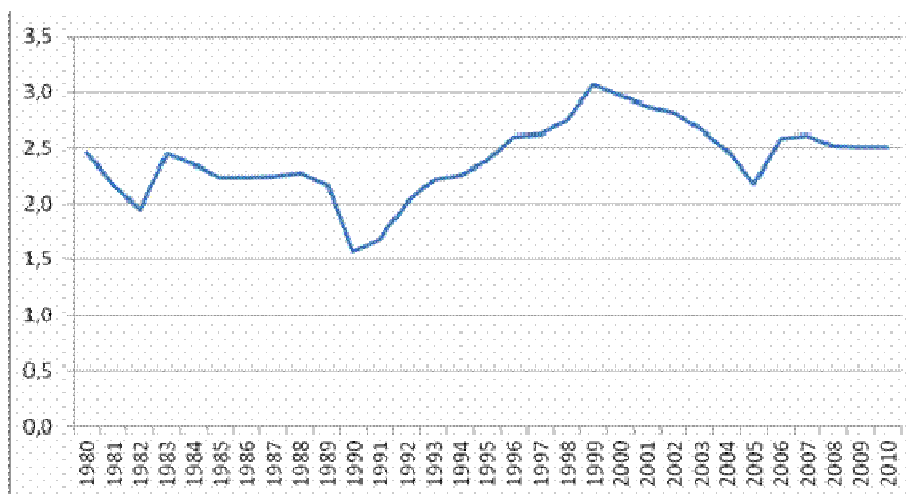
4.1- Argentina Repsol – YPF

ANTECEDENTES

La expropiación de YPF responde a motivaciones de todo tipo, desde las económicas hasta las estrictamente energéticas o empresariales, pero sin descuidar su vertiente política. Desde esta perspectiva, es importante destacar el importante apoyo popular a la medida, que le ha permitido a la presidente Fernández recuperar buena parte de la popularidad perdida en los últimos meses.

Argentina posee el 0,2% de las reservas probadas mundiales de crudo y un porcentaje similar de las de gas natural. En 2010 el país representaba un 0,8% de la producción mundial de crudo y un 1,3% de la de gas. Estas cifras hacen de Argentina el principal productor de gas de América del Sur (siendo también su mayor consumidor), así como un importante productor de crudo. Además, cuenta con las terceras reservas de gas no convencional del mundo y reservas importantes de petróleo no convencional. Sin embargo, las **deficiencias de una política energética incoherente y politizada**, marcada por el intervencionismo estatal, la fragmentación de competencias, las distorsiones de precios, los subsidios al consumo y la restricción de las exportaciones han limitado las inversiones en exploración y producción. Finalmente, estos elementos han consolidado **dos tendencias funestas**: el declive de la producción de hidrocarburos y el fuerte aumento de la demanda energética, reduciendo las exportaciones de crudo y aumentando las importaciones de productos refinados y la dependencia de las importaciones de gas²⁹.

Argentina: reservas probadas de petróleo (miles de millones de barriles)³⁰

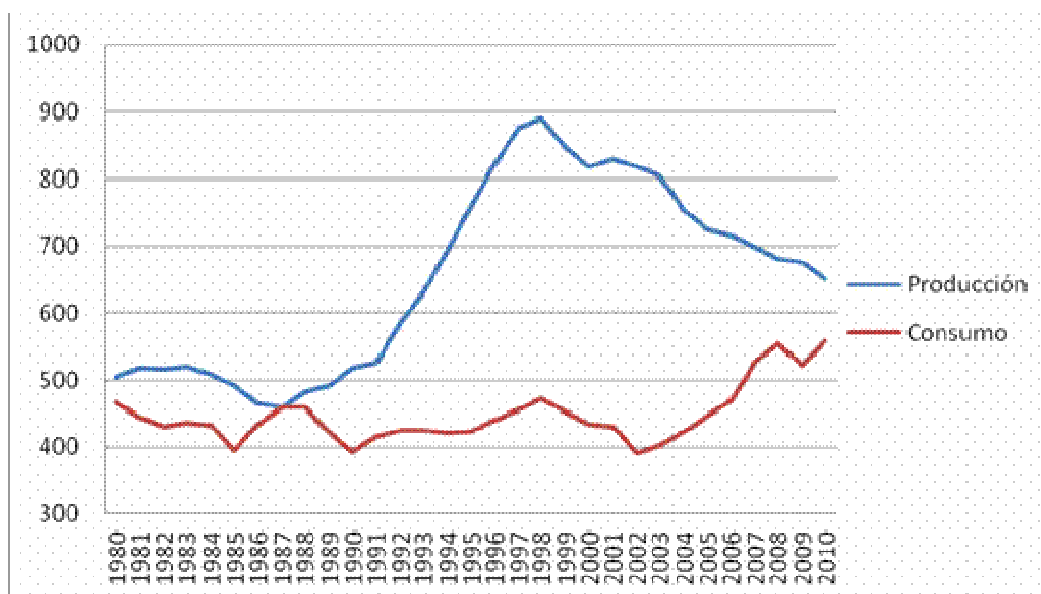


²⁸ Recordemos la estrecha relación que existe entre el CIADI y el Banco Mundial, cuyo Presidente es ex *officio* Presidente del Consejo Administrativo del CIADI.

²⁹ Carlos Malamud. YPF y la política argentina. Real Instituto Elcano.

³⁰ <http://www.offnews.info/verArticulo.php?contenidoID=39101> 30/04/2012

Argentina: producción y consumo de petróleo (miles de barriles/día)³¹



PROCESO DE EXPROPIACIÓN

El 16 de abril de 2012 el gobierno argentino dictó el **Decreto de necesidad y urgencia** por el que se dispone la intervención transitoria de la empresa YPF, controlada mayoritariamente hasta este momento por la española Repsol. Por otro lado, anunció la remisión al poder legislativo de un **Proyecto de Ley para la nacionalización urgente** y por razones de utilidad pública del 51% de las acciones de YPF, todas ellas en poder de Repsol. Cuando se haga efectiva la expropiación, por tanto, la multinacional española pasará a ocupar una posición minoritaria en el accionariado de YPF, con algo más del 6% de las acciones de esa empresa.

Con independencia de las valoraciones que desde un punto de vista económico y político, **el Derecho Internacional** (a partir de ahora, DI) **no prohíbe las expropiaciones y las nacionalizaciones**. Son actos que los Estados pueden adoptar en el ejercicio de su soberanía sin incurrir en una violación de dicho ordenamiento siempre que cumplan ciertas condiciones, sobre todo que atiendan a una utilidad pública, no sean discriminatorios y se indemnice adecuadamente; si bien es cierto que en el actual estado del sistema internacional, son actos muy mal vistos, especialmente si se desarrollan de forma inamistosa y no pactada. Esto es precisamente lo que ha sucedido en el caso de YPF, ya que a pesar del ofrecimiento firme hecho por Repsol, mediante carta de su presidente ejecutivo a la presidente argentina con fecha 2 de abril, ya en plena crisis expropiadora,

³¹ <http://www.offnews.info/verArticulo.php?contenidoID=39101> 30/04/2012

donde expresamente se planteaba hasta un cambio de propiedad a favor de otras empresas y del Estado argentino en YPF, no se ha mostrado indicios de reconsideración³².

Las causas principales de la expropiación alegadas por Argentina, hacen referencia a la necesidad de asegurar el autoabastecimiento de Argentina y resolver la disminución en la producción de hidrocarburos que ha venido experimentando YPF bajo la dirección de Repsol. En menor medida, también se denuncia en el decreto la falta de inversiones acometidas por Repsol en los últimos años en YPF, e incluso se acusa a la empresa española hasta en dos ocasiones de haber realizado una política “depredatoria”, que habría obligado a Argentina a multiplicar sus importaciones de combustibles, que al parecer ascendieron en 2011, según el gobierno, a más de 3.000 millones de dólares. Nada indica que el gobierno argentino vaya a replantearse su decisión de expropiar YPF, como lo prueba fehacientemente que se haya ampliado la expropiación a la empresa filial gasista YPF-Gas.

Desde diciembre de 2011, tras la reelección y toma de posesión de la presidente argentina, se ha manifestado una campaña de acoso en varios frentes contra YPF, protagonizada por los gobiernos provinciales que han ido retirando concesiones de explotación creando un ambiente interno hostil y potenciando así, una apreciable pérdida de valor en bolsa de Repsol-YPF. Por otro lado, el contenido del Decreto y Proyecto de Ley han tenido también el efecto de influencia sobre la valoración de las acciones expropiadas a favor del gobierno argentino.

Por parte de Argentina, se aduce de forma muy reciente:

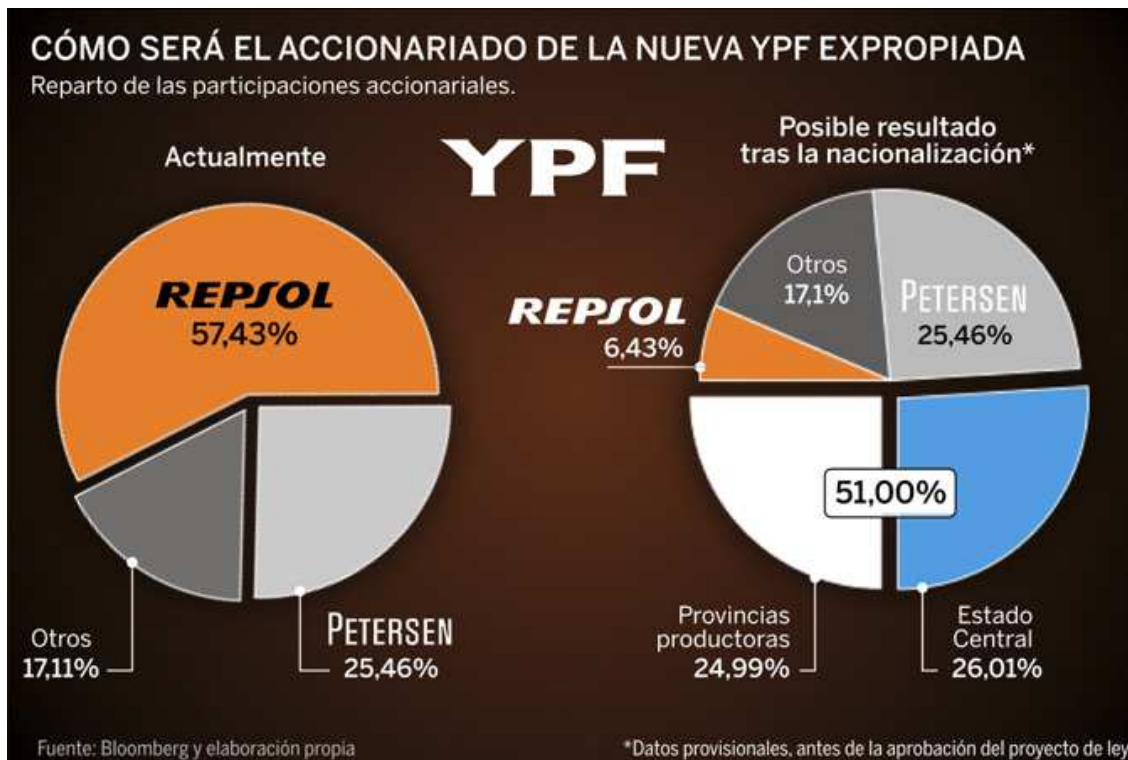
- Falta de inversiones por parte de YPF.
- Reducción de la producción desde que Repsol se hizo en 1999 con YPF.
- Daños medioambientales pendientes de cuantificar por los gobiernos provinciales.

En caso de que el asunto llegue a un **Tribunal Internacional**, Argentina deberá:

- Defender la utilidad pública de la expropiación
- Justificar el repentino cambio respecto de YPF
- Probar que la expropiación no es discriminatoria³³

³² *Carlos Jiménez Piernas. La expropiación de YPF: análisis desde el Derecho Internacional. Real Instituto Elcano.*

³³ *Téngase en cuenta que la expropiación sólo ha afectado al paquete de acciones controlado por Repsol y no a la propiedad de acciones que cotizan en bolsa (otro 17%), ni al paquete controlado por el grupo financiero argentino (otro 25%).*



En caso de indemnización, Repsol estima un montante en torno a los 8.000 millones de €, oportunamente corregido o revisado a la vista de presencia de otros factores.

Es interesante analizar los **cauces jurídicos que pueden emplear Repsol** y el resto de inversores minoritarios de YPF para defender sus derechos, así como las **medidas que** de acuerdo con el DI, puedan en su caso **adoptar el gobierno español y la UE** frente a Argentina por un acto que puede calificarse de inamistoso. En este marco hay que diferenciar entre interés nacional a nivel de política exterior, e interés particular de una empresa.

Cauces jurídicos de Repsol

España y Argentina figuran entre los países que más claramente han apostado por los APPRIs. Entre los primeros Acuerdos celebrados por España figuran los firmados con Marruecos en 1989 y con Argentina y Chile en 1991. En la actualidad, España forma parte de 47 APPRIs, de los cuales, 16 son con países Latinoamericanos. Por su parte, Argentina ha ratificado hasta la fecha 54, entre los que figuran acuerdos con EE.UU., Canadá y la mayor parte de los países de la Unión Europea.

El marco jurídico internacional que regula las inversiones entre España y Argentina es el Acuerdo sobre protección de inversiones celebrado entre ambos Estados en 1991³⁴. Dicho tratado bilateral protege los *“derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgadas por la ley en virtud de un contrato, en particular los relacionados con la*

³⁴ BOE, 18/XI/1992.

prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales". Lo que supone que las actividades de YPF encuadran perfectamente en el anterior enunciado. Este tratado establece una obligación para los Estados partes de no obstaculizar mediante medidas injustificadas o discriminatorias la gestión de las inversiones extranjeras, así como de proporcionar a las mismas un trato justo y equitativo. Además, el tratado señala que toda medida de nacionalización o expropiación que pudiera adoptarse deberá aplicarse "*por causa de utilidad pública, conforme a las disposiciones legales y en ningún caso deberá ser discriminatoria*"³⁵. En estos casos, el tratado prevé la obligación del Estado de indemnizar al inversor sin demora y de manera adecuada.

Como Inversor extranjero en Argentina, la multinacional española Repsol puede invocar el citado tratado para exigirle a dicho Estado, el cumplimiento de aquellas obligaciones. El tratado ofrece a Repsol la facultad de iniciar un procedimiento jurisdiccional en defensa de sus derechos no sólo ante los tribunales nacionales argentinos, sino también ante un tribunal arbitral internacional³⁶.

En el caso del acuerdo entre España y Argentina, la modalidad recogida exige que el **inversor**, salvo acuerdo en contrario de las partes, **someta primero la controversia a los tribunales nacionales**, pudiendo acudir al arbitraje internacional si, transcurridos 6 meses³⁷, no se hubiera dictado sentencia o no hubieran atendido sus pretensiones. Repsol podría aprovechar entonces ese plazo para alcanzar un arreglo satisfactorio con Argentina sobre la cuantía de la indemnización a recibir por la expropiación de YPF; arreglo que de lograrse, ofrecería sin duda la ventaja inapreciable de evitar un largo y complejo procedimiento arbitral internacional, y que por la gravedad y alcance económico del acto expropiatorio puede provocar paralelamente un importante deterioro a largo plazo de las relaciones entre ambos Estados.

No obstante, la negociación previa entre las partes (empresa y gobierno argentino) durante seis meses no constituiría un verdadero requisito previo de admisibilidad de la demanda internacional de arbitraje presentada ante el CIADI si una de ellas no muestra ningún interés en negociar y, en tal caso, podría obviarse tal plazo (*cfr. Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentina*³⁸; y *Abaclat y otros c. Argentina*³⁹). Se trata de una opción indeseable en este caso, porque sería señal inequívoca de que las partes prefieren dirimir sus diferencias ante un tribunal. Pero queda claro que de no alcanzarse un arreglo amistoso, transcurridos esos seis meses, Repsol podría iniciar una reclamación internacional en el marco del CIADI. En este caso, el procedimiento que podría enfrentar a Repsol y Argentina constituye un arbitraje internacional entre una empresa y un Estado,

³⁵ Artículo V.

³⁶ España es parte del Convenio CIADI desde el año 1994 (BOE, 13/IX/1994), mientras que éste entró en vigor para Argentina el 18 de noviembre de 1994.

³⁷ El plazo de seis meses comenzaría desde el momento en que el inversor comunicara formalmente la existencia de una controversia al gobierno argentino.

³⁸ Caso CIADI nº ARB/01/3, Laudo de 14/I/2004, párrafo 88.

³⁹ Caso CIADI nº ARB/07/5, Decisión de 4/VIII/2011, párrafos 563-566.

muy distinto de los arbitrajes comerciales internacionales entre empresas, que presentan una naturaleza jurídica privada.

A pesar de lo manifestado en algunos medios de comunicación, la cláusula prevista en el Acuerdo hispano-argentino sobre protección de inversiones⁴⁰, según la cual el inversor español debe someter necesariamente la controversia ante la jurisdicción argentina antes de iniciar un arbitraje internacional, no resulta aplicable en el presente caso. En efecto, dicha obligación ya fue exceptuada a resultas de un arbitraje internacional iniciado por un inversor argentino contra España (*Maffezini c. España*⁴¹). El tribunal arbitral que resolvió este litigio consideró que, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, los inversores podían invocar un tratamiento procesal más favorable que el reconocido en el Acuerdo hispano-argentino sobre protección de inversiones, siempre que Argentina o España hubieran otorgado este tratamiento a los inversores de terceros Estados en otros acuerdos de esta misma naturaleza. Más recientemente, en el marco de un procedimiento contra Argentina iniciado por inversores italianos, otro tribunal arbitral del CIADI ha vuelto a confirmar la posibilidad de exceptuar el obligatorio recurso a la vía interna argentina en determinados casos, avalando la aplicación de un tratamiento procesal más favorable para los inversores italianos a la luz de la cláusula de la nación más favorecida (*Impregilo S.p.A. c. Argentina*⁴²).

Por tanto, en virtud del tan citado Acuerdo bilateral sobre promoción y protección de las inversiones entre España y Argentina, Repsol tiene la facultad de resolver directamente su diferencia con Argentina ante un tribunal arbitral internacional, en lugar de someterse a los jueces argentinos, un recurso (el de los tribunales internos) sin duda inviable para la empresa por la carga política y emocional del asunto. Como ya se ha explicado, para obtener satisfacción, la empresa española debería probar que las medidas adoptadas tanto por el gobierno argentino en el marco del procedimiento expropiatorio, como por las distintas provincias argentinas que en las últimas semanas le han venido retirando concesiones de explotación a YPF, resultan ilegales y discriminatorias conforme a las obligaciones ya citadas establecidas por el Acuerdo sobre protección de inversiones (*Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. México*⁴³).

De iniciar Repsol un arbitraje en el ámbito del CIADI, sería la **quincuagésima vez que Argentina se enfrenta a un procedimiento de este tipo desde el año 1997**. No se trataría tampoco de la primera vez que inversores españoles recurren al CIADI para proteger sus inversiones en Argentina, puesto que existen varios precedentes (*Gas Natural SDG, S.A. c. Argentina*⁴⁴; *Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c. Argentina*⁴⁵; *Aguas Cordobesas*

⁴⁰ Artículo X.3.a.

⁴¹ Caso CIADI N° ARB/, Decisión de 25/I/2000, párrafos 38-64.

⁴² Caso CIADI n° ARB/07/17, Laudo de 21/VI/2011, párrafos 99-108.

⁴³ Caso CIADI n° ARB (AF)/00/2, Laudo de 29/V/2003, párrafo 120.

⁴⁴ Caso CIADI n° ARB/03/10.

⁴⁵ Caso CIADI n° ARB/03/17.

*S.A. c. Argentina*⁴⁶; *Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A c. Argentina*⁴⁷; *Telefónica S.A. c. Argentina*⁴⁸; *Enersis S.A. y otros c. Argentina*⁴⁹; *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina*⁵⁰; y *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A.*⁵¹). De ahí que pueda afirmarse objetivamente que **Argentina ofrece un alto grado de litigiosidad inversora que ha venido afectando a muchas empresas**, entre ellas las españolas, y en el que se inscribe este nuevo y muy grave episodio de la expropiación de YPF. Al menos desde la década de los 90, invertir en Argentina es sencillamente muy arriesgado a causa de la inseguridad jurídica y la corrupción imperantes en ese país.

En varias ocasiones las trabas legales establecidas por el Gobierno argentino a la ejecución de los laudos arbitrales dictados en su contra, un comportamiento que desde luego contraviene las obligaciones internacionales acordadas en el Convenio CIADI, ha relativizado los efectos de un laudo favorable a los inversores. Por citar un precedente muy reciente, las empresas norteamericanas CMS Gas y Azurix todavía no han recibido los 133 millones y 165 millones de dólares que, respectivamente, les reconocieron sendos laudos arbitrales dictados por tribunales internacionales constituidos en el ámbito del CIADI (*CMS Gas Transmission Company c. Argentina*⁵²; y *Azurix Corp. c. Argentina*⁵³). En este sentido, **los laudos dictados hasta ahora contra Argentina por los tribunales arbitrales constituidos en el ámbito del CIADI no han concedido reparaciones superiores a los 300 millones de dólares**. Además de los dos laudos señalados en el párrafo anterior cabe destacar el laudo dictado contra Argentina por valor de casi 218 millones de dólares (*Siemens c. Argentina*⁵⁴). Aunque el caso de la expropiación de YPF es de otra magnitud, sería aconsejable que Repsol explorara a fondo la posibilidad de un arreglo razonable para sus intereses acerca del montante de la indemnización durante la fase de negociaciones previas con el gobierno argentino, que minimizara las pérdidas de la expropiación de YPF.

Por otro lado, una de las cuestiones más controvertidas que suscitan los APPRI, es la relativa al alcance de la protección que ofrecen a los inversores extranjeros frente a las medidas de política económica general o a las medidas de política monetaria que pueda adoptar el Estado de inversión. La cuestión cobra especial relevancia en los casos de crisis económicas e institucionales de la magnitud de la que ha vivido Argentina.

En principio, las medidas de política económica general y de política monetaria constituyen medidas legítimas en el ejercicio del poder soberano del Estado.

⁴⁶ Caso CIADI n° ARB/03/18.

⁴⁷ Caso CIADI n° ARB/03/19.

⁴⁸ Caso CIADI n° ARB/03/20.

⁴⁹ Caso CIADI n° ARB/03/21.

⁵⁰ Caso CIADI n° ARB/07/26.

⁵¹ Caso CIADI n° ARB/09/1.

⁵² Caso CIADI n° ARB/01/8, Laudo de 12/V/2005

⁵³ Caso CIADI n° ARB/01/12, Laudo de 14/VII/2006

⁵⁴ Caso CIADI n° ARB/02/8, Laudo de 6/II/2007

Consecuentemente, no cabe en principio que puedan ser consideradas como medidas de carácter expropiatorio (de expropiación indirecta) o contrarias a la obligación de trato justo y equitativo que imponen los APPRIs, a menos que resulten discriminatorias, abusivas o arbitrarias.

En este sentido por ejemplo, la Corte Federal de Apelaciones de los EE.UU. descartó en su sentencia de 6 de enero de 1987 en el asunto *West c. Multibanco Comermex*, acerca de que una re-denominación a pesos mexicanos de depósitos bancarios en dólares en entidades mexicanas pudiera ser calificada como una medida de expropiación indirecta.

En el caso de Argentina, no resulta sencillo determinar hasta qué punto las “Medidas de Emergencia” pueden ser calificadas como contrarias a los APPRIs celebrados con terceros países. A esta tarea se enfrentan los tribunales arbitrales CIADI que han de resolver las controversias sometidas a su decisión por un número importante de inversores extranjeros.

De hecho, los inversores que han formulado reclamaciones al amparo ante el CIADI consideran tales medidas como contrarias a las obligaciones consagradas en los APPRIs celebrados por Argentina, acerca de otorgar a los inversores extranjeros un trato justo y equitativo y de no adoptar medidas de expropiación indirecta a menos que medie una compensación adecuada y efectiva.

Cauces jurídicos que pueden utilizar los accionistas de YPF para defender sus intereses

El principal afectado por la expropiación de YPF es la empresa española Repsol, su principal accionista con un porcentaje del 57,43% hasta el 16 de abril de 2012. El 17,11% de las acciones de YPF cotiza en los mercados de valores de Buenos Aires y Nueva York. Estos accionistas conservan sus derechos, pues la expropiación no les afecta directamente. No obstante, si el valor de las acciones de YPF descendiera considerablemente como consecuencia de esta expropiación y no se recuperara, los accionistas minoritarios de YPF podrían ejercitar acciones judiciales contra el Estado argentino. Desde el 13 de abril, último día de cotización antes de que se anunciara su intervención, los títulos de YPF han perdido un 34% de su valor en Wall Street, aunque nuevos hechos, como la posible entrada de otro inversor extranjero en el accionariado de YPF, podrían cambiar esta tendencia.

Las demandas presentadas por inversores minoritarios ante tribunales arbitrales internacionales ya se han producido en el pasado, a propósito por ejemplo de la expropiación de la petrolera Yukos entre los años 2003 y 2004 por parte del gobierno ruso. En este contexto, un tribunal arbitral internacional ya ha reconocido el carácter discriminatorio de esa expropiación y ha otorgado una indemnización a unos inversores de nacionalidad británica que poseían títulos de Yukos negociados en la bolsa de Nueva York

(RosInvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa⁵⁵). Todavía está pendiente la demanda interpuesta por la sociedad española Renta 4, titular de una serie de títulos (American Depositary Receipts) de Yukos en la bolsa de Nueva York, contra la Federación Rusa en el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (Renta 4 S.V.S.A y otros c. Federación Rusa⁵⁶).

Argentina tampoco ha sido ajena a la práctica de las “reclamaciones colectivas” en el arbitraje internacional de inversiones. De hecho, en estos momentos se desarrollan tres litigios que enfrentan a varios miles de tenedores de deuda pública argentina afectados por las consecuencias de la crisis económica experimentada a finales de los años 90 en Argentina, conocida como “el corralito”, y la pérdida de casi todo el valor de sus títulos (Abaclat y otros c. Argentina⁵⁷; Giovanni Alemanni y otros⁵⁸; y Giordano Alpi y otros⁵⁹).

Medidas que puede adoptar el gobierno español conforme al DI

Por lo que respecta a las medidas que puede adoptar el gobierno español en virtud del DI, **es importante distinguir el plano multilateral, el plano bilateral y el comunitario (UE).**

Desde una perspectiva multilateral, todos los Estados partes en el Convenio CIADI, entre los que figuran España y Argentina, han renunciado expresamente al ejercicio de la protección diplomática y a promover ningún tipo de acción jurisdiccional en la vía internacional que tenga como objeto la protección de los inversores de su nacionalidad⁶⁰. Todo ello porque el Convenio CIADI permite que, a través del consentimiento prestado por los Estados en los acuerdos sobre protección de las inversiones, sean los inversores particulares quienes puedan presentar directamente una reclamación internacional contra el Estado que les hubiera causado un perjuicio o menoscabo en su inversión.

El gobierno español, según el tenor del Convenio CIADI⁶¹, sólo puede desplegar “gestiones diplomáticas” con el único propósito de facilitar la resolución de la controversia entre Argentina y Repsol, a la espera de que Repsol comunique formalmente la existencia de una controversia al gobierno argentino y, en su caso, inicie las correspondientes acciones legales. Sólo en el supuesto, muy improbable, de que la empresa española decidiera no hacer uso de los medios legales que tiene a su disposición en el foro interno (argentino) o en una sede internacional, quedaría el Estado español facultado para ejercer la protección diplomática.

Por tanto, de conformidad con el DI, en estos momentos España tiene un margen de actuación bastante limitado. Importa recordar que, además de Repsol, otras

⁵⁵ Caso n° V079/2005.

⁵⁶ Caso n° 24/2007.

⁵⁷ Caso CIADI n° ARB/07/5.

⁵⁸ Caso CIADI n° ARB/07/6.

⁵⁹ Caso CIADI n° ARB/08/9.

⁶⁰ Artículo 27.1.

⁶¹ Artículo 27.2.

multinacionales españolas poseen inversiones significativas en Argentina y, en consecuencia, cualquier medida adoptada por el gobierno español de carácter “comercial, industrial y energética” en estos momentos, podría perjudicarlas indirectamente al provocar una espiral de reacciones por parte argentina.

Por lo que se refiere al plano de las relaciones bilaterales entre España y Argentina, interesa asimismo realizar dos reflexiones. En primer lugar, el Acuerdo hispano-argentino sobre la protección de inversiones permite que España inicie un procedimiento judicial internacional contra Argentina si considera que ésta ha incumplido alguna de las obligaciones reconocidas en el mismo. Cabe pensar que esta decisión repercutiría muy negativamente en los inversores españoles que operan en Argentina. Pero apenas existe práctica que avale el recurso a esta vía jurisdiccional. Y, en segundo lugar, en el caso hipotético de que un tribunal internacional resolviera a favor de Repsol otorgándole una indemnización económica y Argentina pusiera trabas a la ejecución de dicho laudo, España y especialmente la UE podrían adoptar medidas de carácter comercial contra Argentina actuando de conformidad con el DI. Conviene tener presente, por ejemplo, que el 26 de marzo de 2012 EEUU suspendió el sistema de beneficios comerciales otorgado a Argentina tras la insistente negativa de este Estado en hacer efectivos los dos laudos arbitrales citados anteriormente, que le obligan a indemnizar con cerca de 300 millones de dólares a dos multinacionales estadounidenses.

Por último, es importante poner de relieve la perspectiva comunitaria, es decir, el papel que puede desempeñar la UE en este conflicto, ya que mediante el Tratado de Lisboa los Estados miembros le atribuyeron a esta organización internacional de integración la competencia en materia de protección de las inversiones extranjeras directas. Ello invita al gobierno de España a gestionar y consensuar todas las decisiones que adopte respecto a este asunto con el resto de socios de la UE. En este sentido, mediante una resolución del 19 de abril de 2012, el Parlamento Europeo ha instado a la Comisión Europea y al Consejo a que “estudien y adopten en defensa de los intereses europeos cuantas medidas sean necesarias para evitar que se reproduzcan situaciones como las actuales, incluida la posibilidad de una suspensión parcial de las preferencias arancelarias unilaterales” concedidas a Argentina. El comisario europeo de Comercio también se ha dirigido por carta al gobierno argentino para recordarle que la UE es el segundo mercado exterior de Argentina y el principal inversor extranjero en el país, advertirle que la expropiación de YPF y otras medidas proteccionistas adoptadas por dicho gobierno “ponen en peligro el conjunto de relaciones comerciales y de inversión” entre las dos partes, y animarle a “buscar una solución mutuamente acordada con la compañía” respetando el Acuerdo bilateral hispano-argentino. Insistimos en que este es el mejor camino, en la inteligencia de que cualquier medida contra Argentina debería esperar al fracaso de las negociaciones sobre el montante de la indemnización, que deberían ocupar de buena fe a las partes en los próximos meses.

Últimos acontecimientos

Las últimas noticias nos informan de que la petrolera española Repsol recientemente ha presentado ante un tribunal federal de Nueva York, una demanda civil colectiva contra el Estado argentino por la expropiación del 51 % de YPF con el fin de obtener una indemnización económica.

La demanda, que se puede consultar en el registro electrónico del sistema judicial estadounidense, fue presentada por Repsol y el fondo de inversión Texas Yale Capital Corporation y recayó en el juez federal, Thomas Griesa.

Los abogados del grupo español en Nueva York pretenden también que el tribunal obligue al Gobierno argentino a lanzar una Oferta Pública de Adquisición (OPA) por YPF tras la expropiación consumada el pasado 3 de mayo.

En la demanda de 27 páginas, Repsol alega que Argentina violó sus obligaciones contractuales al no lanzar una OPA por la petrolera tras retomar el control de YPF, y pide que el precio de la oferta se fije de acuerdo a lo que establece la ley.

Los abogados añaden que mientras no se lance esa OPA, las acciones expropiadas por Argentina "no puedan ejercer su derecho a voto, ni recolectar dividendos ni ser tenidos en cuenta para el cómputo del quórum de constitución de las correspondientes Juntas Generales".

En paralelo, Repsol también ha iniciado los trámites para llevar a un arbitraje internacional la nacionalización de YPF con la remisión de una carta a la presidenta de Argentina, Cristina Fernández, en la que declara la existencia de una controversia en la expropiación.

En resumen, nos encontramos ahora en el plazo de seis meses para que las partes intenten llegar a un acuerdo antes de que Repsol presente definitivamente una demanda arbitral ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial (CIADI).

CONCLUSIÓN

Junto a los desincentivos relacionados con la regulación de precios, tarifas y exportaciones, Argentina venía dando otros pasos preocupantes en los últimos meses. Los gobernadores, a instancias de la presidente Fernández, iniciaron la revocación de concesiones, en su mayor parte a Repsol-YPF (algunos de sus mayores campos), pero también a Petrobras y a la chilena ENAP. En febrero arreciaron los rumores sobre la inminente nacionalización de YPF, y su expropiación final constituye sin duda un paso cualitativo de difícil retorno en el deterioro institucional del país y en su respeto por los derechos de propiedad. La expropiación de la principal compañía del país y su primer contribuyente manda una señal

más clara a los inversores que cualquier descenso en los *rankings* internacionales. Las primeras señales emitidas por el gobierno argentino sobre la indemnización a Repsol empeoran si cabe esa percepción.

La presidente Fernández ha alegado que el declive de las reservas de hidrocarburos del país y el aumento de las importaciones de gas se debe a la falta de inversión de Repsol-YPF. Esa acusación implica una negativa a asumir las propias responsabilidades de una política energética fallida, y además no se sostiene. Entre 1999 y 2011 Repsol-YPF triplicó sus inversiones, de unos 1.000 a 3.000 millones de dólares anuales. Sus tasas de incorporación de reservas de gas y petróleo fueron superiores a las de las restantes compañías. Su producción de petróleo (35% del total) viene declinando a tasas similares a las del conjunto del país, conforme se van agotando los campos maduros, y hay operadores con tasas de declive muy superiores. De hecho, YPF ha sido uno de los pocos productores que han aumentado sus reservas de crudo en los últimos años. Respecto al gas natural, el declive de la producción de YPF ha sido menor que la de otros operadores, y sus reservas también se han reducido en menor medida. Por aportar sólo una estadística, YPF contaba en 2011 con 553 pozos perforados, sobre un total de 1.297 en el país; de ellos, 15 eran pozos de exploración de petróleo (sobre 46) y 24 de exploración avanzada (sobre 55)⁶².

El **elemento crucial de la expropiación** parece haber sido el descubrimiento del yacimiento de Vaca Muerta por parte de Repsol-YPF, uno de los mayores yacimientos de gas y petróleo no convencional descubiertos en los últimos años. El dominio de YPF contiene casi 23.000 millones de barriles equivalentes de petróleo de hidrocarburos no convencionales, valorados en cerca de 14.000 millones de dólares. Acusar a una empresa de no invertir para después expropiarla mejor cuando hace un descubrimiento de tal magnitud es un ejercicio de incoherencia económica y oportunismo político. Pero sobre todo constituye el error definitivo. Paradójicamente, o quizá no tanto, Vaca Muerta puede dar la puntilla a las esperanzas de reforma de la política energética argentina con criterios de optimalidad económica⁶³.

Este cortoplacismo de la presidente Fernández y su recurso a la política energética para alcanzar objetivos de otra índole tendrán un claro coste económico en el largo plazo. Será la economía argentina, y con ella sus ciudadanos, la que más se resienta de una política energética al servicio de intereses políticos y no del crecimiento y la competitividad del país. Argentina ya es en la actualidad uno de los países latinoamericanos que menos inversiones extranjeras recibe⁶⁴, siendo uno de los más necesitados al tener dificultades de acceso a los mercados financieros internacionales tras el *default* de hace una década. La

⁶² Datos del Instituto Argentino del Petróleo y el Gas,

<http://www.iapg.org.ar/sectores/estadisticas/productos/listados/informeannual.htm>

⁶³ Gonzalo Escribano. *La expropiación de YPF culmina el fracaso de la política energética argentina. Economía y Finanzas.*

⁶⁴ Apenas el 1,4% del PIB en 2011

expropiación de YPF envía un claro mensaje a los inversores de todos los sectores económicos acerca de la naturaleza del marco legal imperante en Argentina. Pero esta situación se agrava en la exploración y producción de hidrocarburos.

4.2- Bolivia TDE

ANTECEDENTES

En primer lugar, En 1994 comienza en Bolivia el proceso mediante el cual se privatizan los diferentes componentes de su sistema eléctrico (generación, transporte y distribución) siendo estos adquiridos en su mayoría por empresas extranjeras. La privatización del sistema eléctrico se produce durante el gobierno neoliberal de González Sánchez de Lozada y en el contexto de una gran oleada de privatizaciones de empresas estatales. Para el transporte en alta tensión se constituye la empresa TDE, que es adquirida por Unión Fenosa en 1997 mediante el pago de 30 millones de euros. Posteriormente, en 2002, Red Eléctrica Internacional (perteneciente a la matriz de Red Eléctrica de España) compra a Unión Fenosa la empresa TDE por 90 millones de euros. Con esta compra Red Eléctrica pasa a ser propietaria del 74% de toda la red de transporte de Bolivia.

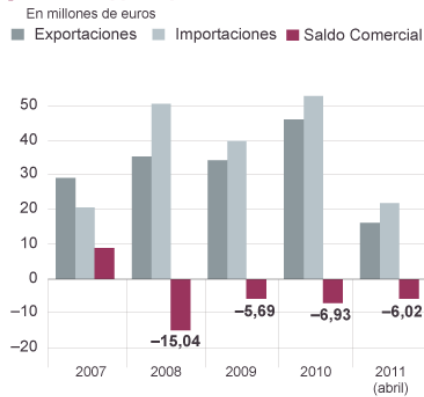
Desde que llegó al poder en enero de 2006, el presidente Morales ha nacionalizado una veintena de empresas de hidrocarburos, telecomunicaciones y generación de electricidad.

Ya en 2006, se nacionalizó el sector de los hidrocarburos y desde entonces diversos inversores extranjeros tanto europeos como americanos, entre ellos Repsol-YPF, se vieron obligados bien a renegociar las condiciones de sus contratos bajo un nuevo marco jurídico donde la gestión y comercialización de los hidrocarburos está dirigida por la empresa estatal Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB), bien a aceptar la nacionalización de sus inversiones por parte del gobierno boliviano.

Las nacionalizaciones y expropiaciones en Bolivia han venido afectando desde entonces a otros sectores de la economía como las telecomunicaciones (Entel), la minería y la siderurgia (Vinto), la distribución del agua y de los servicios de alcantarillado sanitario (Aguas del Tunari) o la producción de energía eléctrica (Ecoenergy y Guaracachi). Ello ha provocado algunos litigios internacionales en materia de inversiones, aunque el grado de litigiosidad de Bolivia en esta materia no puede compararse en absoluto con el de Argentina.

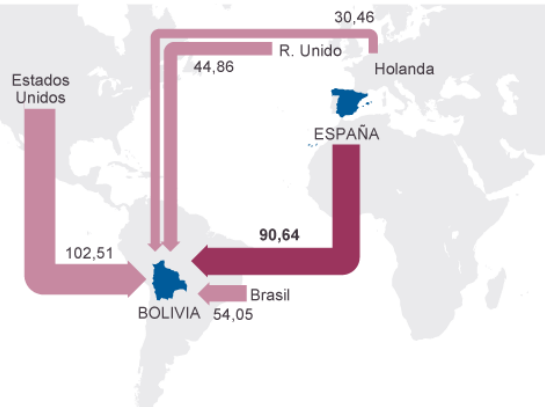
RELACIONES COMERCIALES ENTRE ESPAÑA Y BOLIVIA

▶ BALANZA COMERCIAL



▶ PRINCIPALES PAÍSES INVERSORES EN BOLIVIA

En millones de euros (2009)



▶ PRODUCTOS QUE EXPORTA ESPAÑA

Producto	Millones de euros	% sobre el total
Máquinaria y aparatos mecánicos	17,10	38%
Vehículos y tractores	3,80	8%
Aparatos y material eléctrico	2,38	5%
Tanino y colorantes	1,89	4%
Otros productos químicos	1,71	4%
Papel, cartón y sus manufacturas	1,70	4%
Otros productos	8,81	37%

▶ PRODUCTOS QUE IMPORTA ESPAÑA

Producto	Millones de euros	% sobre el total
Minerales, escorias y cenizas	25,60	49%
Estaño y sus manufacturas	9,86	19%
Grasas, aceite animal y vegetal	5,45	10%
Bebidas (excepto zumos)	2,42	5%
Otros productos	8,26	17%

PROCESO DE EXPROPIACIÓN

TDE, principal operador dedicado al transporte de electricidad en Bolivia al poseer el 73% de las líneas de transmisión del Sistema Troncal Interconectado de Bolivia, pertenece mayoritariamente a la filial internacional de Red Eléctrica Española, S.A. (REE), una empresa que cuenta como accionista de referencia (con una participación del 20%) a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI).

El pasado 1 de mayo, apenas dos semanas después del proceso de YPF, Evo Morales anunció la nacionalización. Horas después del anuncio, policías y militares bolivianos tomaron el control de las instalaciones de dicha empresa en la ciudad de Cochabamba. El presidente Morales acusó a la compañía TDE de invertir poco en el país, pero reconoció que, previa tasación por una empresa independiente en un plazo de seis meses de la inversión hecha, su gobierno compensaría a REE. Este hecho se produce en el contexto de una oleada creciente de reivindicaciones laborales y protestas sociales contra el gobierno boliviano que han hecho descender apreciablemente la popularidad del presidente Morales.

El gobierno boliviano se apoya también que el Decreto Supremo nº 1214 responde a un mandato constitucional y se fundamenta en varios preceptos de la Constitución Política de Bolivia, que declara que las diferentes formas de energía y sus fuentes constituyen un recurso estratégico⁶⁵, consagra el deber del Estado de garantizar la generación de energía

⁶⁵ Artículo 378.

para el consumo interno⁶⁶, y reconoce que el Estado asumirá el control y la dirección sobre la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de los recursos naturales estratégicos⁶⁷.

La **principal crítica que aporta el gobierno boliviano** para justificar la nacionalización tiene que ver con la falta de inversión. Analizar si la inversión realizada por Red Eléctrica es o no suficiente no es obvio, máxime teniendo en cuenta el diferente prisma con que el gobierno y la empresa realizan este análisis. La propia Red Eléctrica argumenta en su comunicado de prensa que entre 2002 y 2011 ha invertido 74 millones de dólares en Bolivia. Esta cifra supone aproximadamente 6 millones de euros anuales. Para contextualizar esta cantidad se puede añadir que los beneficios de Red Eléctrica durante el año 2011 han sido de 460 millones de euros. Por otro lado, el Observatorio de Multinacionales de América Latina denuncia cómo la empresa TDE ha sido acusada de incumplir los índices de calidad del servicio de transporte llegando a ser sancionada en varias ocasiones, tanto siendo propiedad de Unión Fenosa como de Red Eléctrica.

El gobierno boliviano se ha apresurado a asegurar que en un plazo de 180 días negociará el precio justo de la indemnización sobre la base de lo invertido por la empresa española en su filial boliviana. La tasación de la empresa nacionalizada será encomendada, por mutuo acuerdo entre el gobierno y REE, a una empresa especializada e independiente de reconocido prestigio. Ello apunta, en principio, a una indemnización rápida y adecuada, aunque habrá que comprobarlo en la práctica.

Por lo que se refiere al Estado español, que es accionista del 20% de REE a través de la SEPI, fuentes gubernamentales han afirmado que las situaciones de Repsol en Argentina y REE en Bolivia son muy diferentes e incluso han reconocido la legitimidad de la decisión tomada por Bolivia respecto a TDE, confiando en que la valoración del justiprecio que se realice por una empresa independiente satisfaga a REE.

En el ámbito de la UE, organización que también es competente en materia de protección de las inversiones extranjeras en virtud del Artículo 207.1 de su Tratado de Funcionamiento, el portavoz de la Comisión en asuntos comerciales ha transmitido la preocupación del ejecutivo comunitario pero al mismo tiempo ha expresado su convencimiento de que el gobierno boliviano abonará una indemnización pronta y adecuada a la empresa española.

COMPARACIÓN YPF Vs TDE

- A diferencia de lo acaecido dos semanas antes a propósito de la expropiación de YPF por el gobierno argentino, la **reacción de los diversos sujetos y actores implicados ha resultado mucho más templada en el caso boliviano.**

⁶⁶ Artículo 379.

⁶⁷ Carlos Jiménez Piernas. *La nacionalización de TDE: análisis desde el Derecho Internacional*. Real Instituto Elcano.

- Tampoco parece que vayan a adoptarse **medidas de retorsión** como las emprendidas por el gobierno español contra Argentina a propósito de las importaciones de biodiesel.
- El **valor y la repercusión económica** de esta nacionalización para el negocio de REE es insignificante frente a la de YPF
 - La filial boliviana de REE apenas representaba el 1,5% de su negocio según balance, y las inversiones de TDE se habían ido reduciendo drásticamente en los últimos años; así pues, el impacto de la nacionalización tanto en los resultados como en el patrimonio de REE será mínimo.
- El **gobierno argentino** no informó previamente al gobierno español acerca de la expropiación de YPF ni le ha asegurado que habrá indemnización, lo que de confirmarse la transformaría en una confiscación. El **gobierno boliviano**, al menos, informó al gobierno español unas horas antes de la expropiación y ha asegurado que se tasarán las inversiones hechas. Además, la intervención previa por decreto de YPF, el trato dado a sus ejecutivos y los métodos y formas empleados antes y después de la expropiación han sido francamente insólitos y muy inamistosos en el marco tradicional de las relaciones hispano-argentinas.
- Bolivia “compensará” a la compañía española por esa decisión con un **precio justo**, mientras que no está claro que Buenos Aires vaya a hacer algo parecido e incluso algunos diarios argentinos han asegurado que Argentina amenaza con no abonar nada por YPF.

Repercusión jurídica y política de la nacionalización de TDE

Ha vuelto a dañar la presencia y la imagen de España y de sus empresas en Latinoamérica. Sus efectos perjudiciales radican justamente en el hecho de haberse producido dos semanas después de la de YPF, lo que le ha otorgado un eco mediático y un valor simbólico que trasciende desde un punto de vista político, la razonable gestión jurídica y muy leve repercusión económica de la nacionalización de TDE.

El régimen jurídico internacional aplicable a las inversiones españolas en Bolivia

En concreto, el régimen jurídico que se aplica a las inversiones españolas en Bolivia está sometido a un conjunto de circunstancias particulares desde la perspectiva del DI.

El **acuerdo hispano-boliviano** sobre protección de inversiones⁶⁸;

- Fue denunciado por Bolivia a principios del presente año.
- Bolivia se retiró del Convenio CIADI en el año 2007.
- Argumento de ambiente: el Artículo 366 de la Constitución Política de Bolivia dispone para las empresas extranjeras dedicadas al sector de los hidrocarburos (aunque éste no sería el caso de REE) que “no se reconocerá en ningún caso

⁶⁸ BOE, 15/X/2002.

tribunal ni jurisdicción extranjera y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas”

- El Artículo 13.1 del acuerdo hispano-boliviano sobre protección de inversiones establece que cualquiera de las dos partes puede notificar su **denuncia por vía diplomática**. La denuncia produce efectos jurídicos entre las partes transcurridos seis meses desde su notificación.
- en virtud del Artículo 13.2 del citado acuerdo, la **protección de la inversión** efectuada por un inversor extranjero **se garantiza por un período adicional de 10 años** a partir de la fecha en que produzca efectos jurídicos la denuncia del acuerdo. Por tanto, REE podrá seguir invocando los derechos conferidos por el acuerdo a los inversores españoles más allá del próximo mes de julio de 2012. No así, por el contrario, aquellos inversores españoles que se establezcan en Bolivia transcurrida esa fecha crítica, quienes ya no quedarán amparados bajo el acuerdo hispano-boliviano sobre protección de inversiones.

El acuerdo citado impone a Bolivia una serie de obligaciones respecto a REE, como no obstaculizar mediante medidas injustificadas o discriminatorias la gestión de las inversiones extranjeras, proporcionar a las mismas un trato justo y equitativo, y ejercer toda medida de nacionalización o expropiación por una causa de utilidad pública, conforme a las disposiciones legales y de manera no discriminatoria. También permitiría a la empresa española, llegado el caso, interponer una demanda contra Bolivia ante un tribunal arbitral internacional conforme a lo establecido en el Artículo 11.2 del acuerdo hispano-boliviano sobre protección de inversiones.

Dada la política de nacionalizaciones llevada a cabo por el gobierno boliviano, no parece *prima facie* que éste haya violado las disposiciones del acuerdo al nacionalizar TDE, reduciéndose el problema a la fijación de una indemnización pronta y adecuada. Nada que ver con el caso de YPF, ya que puede reprocharse al gobierno argentino una conducta de mala fe y discriminatoria contra Repsol.

Desde una perspectiva procesal, importa poner de relieve las consecuencias que tiene para REE la **retirada de Bolivia del Convenio CIADI en el año 2007**. Se trata, en definitiva, de determinar si ésta retirada condicionaría o impediría la presentación por parte de la empresa española de una solicitud de arbitraje ante un tribunal internacional creado en el ámbito del CIADI. El Artículo 11 del acuerdo hispano-boliviano sobre protección de inversiones contiene una aceptación expresa y general por parte de Bolivia y España a la jurisdicción de los tribunales internacionales y, entre ellos, a los que se constituyen en el CIADI. Este precepto, además, establece que en el “caso de que una de las Partes Contratantes no fuera Estado Contratante del citado Convenio, la controversia se podrá resolver conforme al Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría del CIADI”.

Bolivia se ha manifestado abiertamente contraria a resolver sus controversias derivadas de inversiones ante los tribunales internacionales y, en particular, el CIADI. La práctica demuestra cómo Bolivia ha logrado dilatar y/o esquivar la mayoría de las demandas arbitrales interpuestas por inversores extranjeros ante el CIADI (*Aguas del Tunari S.A. c. Bolivia*⁶⁹; *E.T.I. Euro Telecom International N.V. c. Bolivia*⁷⁰; y *Pan American Energy LLC c. Bolivia*⁷¹). De hecho, sólo parece mantenerse activo el caso *Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. & Allan Fosk Kaplún*⁷².

Esto no significa que, además del recurso a los tribunales bolivianos, REE o cualquier otro inversor español afectado no dispongan de medios procesales adecuados para defender sus derechos en sede internacional, puesto que también ofrece a los inversores la posibilidad de iniciar un arbitraje *ad hoc* administrado por alguna institución internacional, como la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, de conformidad con las reglas procesales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). En este sentido, por ejemplo, a finales del año 2010 Bolivia consintió someter a arbitraje internacional ante la Corte Permanente de Arbitraje y conforme a las reglas de la CNUDMI una controversia con inversores norteamericanos y británicos (*Guaracachi America, INC. (USA) and Rurelec PLC (UK)*⁷³).

En el caso de TDE, la predisposición de ambas partes a negociar una compensación satisfactoria hace suponer que finalmente se evitará la procelosa vía judicial, es decir, la interposición de una demanda por parte de REE contra Bolivia ante una jurisdicción arbitral.

CONCLUSIONES

Desde una **óptica** puramente **económica**, la nacionalización de TDE es un asunto minúsculo si se compara con la de YPF por las razones ya apuntadas. Cabe esperar, si el gobierno boliviano actúa de buena fe, que se cerrará con una compensación satisfactoria para REE, lo que la haría jurídicamente inocua. Pero desde una **perspectiva política**, no puede desdeñarse el valor simbólico del hecho a dos semanas de la expropiación de YPF, que sí ha sido muy dañina para la imagen y la presencia de España y de sus empresas en Latinoamérica. No tanto por la expropiación en sí como por los procedimientos belicosos y desconsiderados empleados por el gobierno argentino, sin olvidar su amenaza de no abonar compensación alguna por la misma.

Es cierto que el gobierno boliviano ha guardado algo mejor las formas evitando incurrir en demostraciones demagógicas tan toscas como las protagonizadas por el gobierno argentino y la clase política de aquel país. Pero la importancia de la nacionalización de TDE,

⁶⁹ *Caso CIADI n° ARB/02/3.*

⁷⁰ *Caso CIADI n° ARB/07/28.*

⁷¹ *Caso CIADI n° ARB/10/8.*

⁷² *Caso Bolivia, Caso CIADI n° ARB/06/2.*

⁷³ *Caso Bolivia, Caso CPA n° AA406.*

a pesar de su irrelevancia económica y de su hasta ahora razonable gestión jurídica, proviene de su proximidad a la de YPF, porque ha multiplicado la resonancia política de esta última.

Se puede destacar también que algunos de esos Estados padecen regímenes políticos con los que resulta difícil mantener relaciones fiables y previsibles, porque son democracias de muy baja calidad, dominadas por el cesarismo, el populismo y el nacionalismo, políticamente inestables y sin seguridad jurídica. En este marco, el derecho cede siempre frente a razones de oportunidad y voluntad política, de tal forma que las reglas de juego o bien no existen, o no son claras o se cambian de la noche a la mañana.

Las empresas extranjeras harán bien en revisar sus negocios en algunos Estados latinoamericanos donde se aprecia un incremento evidente del riesgo político al calor de circunstancias e imponderables de diversa naturaleza que impiden o hacen muy compleja cualquier previsión empresarial a medio y largo plazo en esos mercados. Las empresas españolas, en particular, deben proceder a dicha revisión aún con más diligencia vista la concentración de sus inversiones (y riesgos) en la región.

En conclusión, **son decisiones negativas para esos países porque tienen consecuencias a medio plazo desde el punto de vista del desarrollo económico y de la garantía de las inversiones.**

6. ANEXOS

6.1- APPRIS firmados por España

6.2- Miembros del CIADI

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

País	Fecha de adhesión
Afganistán	25 de julio de 1968
Albania	14 de noviembre de 1991
Alemania	18 de mayo de 1969
Arabia Saudita	7 de junio de 1980

Argelia	22 de marzo de 1996
Argentina	18 de noviembre de 1994
Armenia	16 de octubre de 1992
Australia	1 de junio de 1991
Austria	24 de junio de 1971
Azerbaiyán	18 de octubre de 1992
Bahamas	18 de noviembre de 1995
Bahrein	15 de marzo de 1996
Bangladesh	26 de abril de 1980
Barbados	1 de diciembre de 1983
Belarús	9 de agosto de 1992
Bélgica	26 de septiembre de 1970
Benin	14 de octubre de 1966
Bosnia y Herzegovina	13 de junio de 1997
Botswana	14 de febrero de 1970
Brunei Darussalam	16 de octubre de 2002
Bulgaria	13 de mayo de 2001
Burkina Faso	14 de octubre de 1966
Burundi	5 de diciembre de 1969
Camerún	2 de febrero de 1967
Camboya	19 de enero de 2005
Chad	14 de octubre de 1966
Chile	24 de octubre de 1991

China	6 de febrero de 1993
Chipre	25 de diciembre de 1966
Colombia	14 de agosto de 1997
Comoras	7 de diciembre de 1978
Congo, República del	14 de octubre de 1966
Congo, República Democrática del	29 de mayo de 1970
Corea, República de	23 de marzo de 1967
Costa Rica	27 de mayo de 1993
Côte d'Ivoire	14 de octubre de 1966
Croacia	22 de octubre de 1998
Dinamarca	24 de mayo de 1968
Ecuador	14 de febrero de 1986
Egipto, República Árabe de	2 de junio de 1972
El Salvador	5 de abril de 1984
Emiratos Árabes Unidos	22 de enero de 1982
Eslovenia	6 de abril de 1994
España	17 de septiembre de 1994
Estados Unidos	14 de octubre de 1966
Estonia	23 de julio de 1992
Ex República Yugoslava de Macedonia	26 de noviembre de 1998
Fiji	10 de septiembre de 1977
Filipinas	17 de diciembre de 1978
Finlandia	8 de febrero de 1969

Francia	20 de septiembre de 1967
Gabón	14 de octubre de 1966
Gambia	26 de enero de 1975
Georgia	6 de septiembre de 1992
Ghana	14 de octubre de 1966
Granada	23 de junio de 1991
Grecia	21 de mayo de 1969
Guatemala	20 de febrero de 2003
Guinea	4 de diciembre de 1968
Guyana	10 de agosto de 1969
Honduras	16 de marzo de 1989
Hungría	6 de marzo de 1987
Indonesia	28 de octubre de 1968
Irlanda	7 de mayo de 1981
Islandia	14 de octubre de 1966
Islas Salomón	8 de octubre de 1981
Israel	22 de julio de 1983
Italia	28 de abril de 1971
Jamaica	14 de octubre de 1966
Japón	16 de septiembre de 1967
Jordania	29 de noviembre de 1972
Kazajstán	21 de octubre de 2000
Kenya	2 de febrero de 1967

Kosovo	29 de julio de 2009
Kuwait	4 de marzo de 1979
Lesotho	7 de agosto de 1969
Letonia	7 de septiembre de 1997
Líbano	25 de abril de 2003
Liberia	16 de julio de 1970
Lituania	5 de agosto de 1992
Luxemburgo	29 de agosto de 1970
Madagascar	14 de octubre de 1966
Malasia	14 de octubre de 1966
Malawi	14 de octubre de 1966
Malí	2 de febrero de 1978
Malta	3 de diciembre de 2003
Marruecos	10 de junio de 1967
Mauricio	2 de julio de 1969
Mauritania	14 de octubre de 1966
Micronesia, Estados Federados de	24 de julio de 1993
Mongolia	14 de julio de 1991
Mozambique	7 de julio de 1995
Nepal	6 de febrero de 1969
Nicaragua	19 de abril de 1995
Níger	14 de diciembre de 1966
Nigeria	14 de octubre de 1966

Noruega	15 de septiembre de 1967
Nueva Zelanda	2 de mayo de 1980
Omán	23 de agosto de 1995
Países Bajos	14 de octubre de 1966
Pakistán	15 de octubre de 1966
Panamá	8 de mayo de 1996
Papua Nueva Guinea	19 de noviembre de 1978
Paraguay	6 de febrero de 1983
Perú	8 de septiembre de 1993
Portugal	1 de agosto de 1984
Reino Unido	18 de enero de 1967
República Árabe de Siria	24 de febrero de 2006
República Centroafricana	14 de octubre de 1966
República Checa	22 de abril de 1993
República Eslovaca	26 de junio de 1994
República de Yemen	20 de noviembre de 2004
Rumania	12 de octubre de 1975
Rwanda	14 de noviembre de 1979
San Vicente y las Granadinas	15 de enero de 2003
Saint Kitts y Nevis	3 de septiembre de 1995
Samoa	25 de mayo de 1978
Santa Lucía	4 de julio de 1984

Senegal	21 de mayo de 1967
Serbia, República de	9 de junio de 2007
Seychelles	19 de abril de 1978
Sierra Leona	14 de octubre de 1966
Singapur	13 de noviembre de 1968
Somalia	30 de marzo de 1968
Sri Lanka	11 de noviembre de 1967
Sudán	9 de mayo de 1973
Suecia	28 de enero de 1967
Suiza	14 de junio de 1968
Swazilandia	14 de julio de 1971
Tanzanía	17 de junio de 1992
Timor-Leste	22 de agosto de 2002
Togo	10 de septiembre de 1967
Tonga	20 de abril de 1990
Trinidad y Tabago	2 de febrero de 1967
Túnez	14 de octubre de 1966
Turkmenistán	26 de octubre de 1992
Turquía	2 de abril de 1989
Ucrania	7 de julio de 2000
Uganda	14 de octubre de 1966
Uruguay	8 de septiembre de 2000
Uzbekistán	25 de agosto de 1995

Venezuela, República Bolivariana de	1 de junio de 1995
Zambia	17 de julio de 1970
Zimbabwe	19 de junio de 1994
TOTAL	144

BIBLIOGRAFÍA

- **Real Instituto Elcano**, Eficacia de los tratados de Protección de Inversiones Extranjeras. *Javier Díez Hochleitner, Catedrático Derecho Internacional Público.*
- **Real Instituto Elcano**, El nuevo marco europeo de protección de inversiones exteriores (ARI). *Oscar Álvarez Calzada y Jorge Dajani González. ARI 139/2010 - 20/09/2010.*
- **Revista electrónica Iberoamericana- ALCUE**, Perspectiva de la Protección jurídica de las Inversiones Internacionales. ISSN 1998-0618 Vol 1 nº 2, 1997.
- **Asia-Pacific Economic Cooperation Committee on Trade and Investment Investment Experts Group**, International Investments Instruments and their legal Interpretations. ISBN 981-04-9544-7.
- **Real Instituto Elcano**, YPF y la política argentina (ARI), *Carlos Malamud. ARI 28/2012 - 23/04/2012.*
- **Real Instituto Elcano**, La expropiación de YPF: análisis desde el Derecho Internacional. *Carlos Jiménez Piernas ARI 31/2012 – 24/04/2012.*
- **Real Instituto Elcano**, La nacionalización de TDE: análisis desde el Derecho Internacional (ARI). *Carlos Jiménez Piernas, ARI 36/2012 - 10/5/2012.*
- **Artículo Economía y Finanzas, Offnews.info**, La expropiación de YPF culmina el fracaso de la política energética argentina. *Gonzalo Escribano, 30/04/2012.*
- **Datos del Instituto Argentino del Petróleo y el Gas:** <http://www.iapg.org.ar/sectores/estadisticas/productos/listados/informeannual.htm>.
- **Derecho Internacional económico**, *Luis M. Hinojosa Martínez; Javier Roldán Barbero. Editorial Marcial Pons.*
- **Internacional Economic Law**, *A.F. Lowenfeld. Editorial Oxford.*
- **Droit international économique**, *D.Carreau. P. Juillard. Editorial Dalloz.*
- **Derecho internacional económico**, *Herdegen, Mathias, traducción de Laura García Gutiérrez y Katia Fach Gómez. Editorial 1ª ed Civitas, 2005.*
- **“Acuerdos subregionales de promoción y protección recíproca de inversiones: MERCOSUR y los Protocolos de Colonia y de Buenos Aires”**, *María Ángeles Cano Linares. Revista Electrónica Iberoamericana 2007.*
- **Derecho Internacional Económico y de las inversiones internacionales**. Biblioteca de arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. *Volumen nº 9, Palestra Editores, Universitat Internacional de Catalunya, y Estudio Mario Castillo Freyre. Lima, 2009.*
- **Estudio económico y social mundial 2010**, Nuevos instrumentos para el desarrollo mundial, *Naciones Unidas.*
- **The Global financial crisis and Government support for banks: what Role for the GATS?**, *Bart De Meester. Journal of International Economic Law 13(1), 27–63.*
- **Prudence or discrimination?** Emergency measures, the global Financial crisis and international economic law, *Anne van Aaken, and Jürgen Kurtz. Journal of International Economic Law 12(4), 859–894.*
- **Challenges Ahead In International Economic Law**, *Thomas Cottier. Journal of International Economic Law 12(1), 3–15.*

- **Construyendo un nuevo derecho internacional de las Inversiones:** las propuestas del instituto internacional para el desarrollo sostenible, *Katia Fach Gomez*.
- **Investment Arbitration and the Law of Countermeasures,** *Martins Paporinskis*. <http://bybil.oxfordjournals.org/>.
- **La promoción de la responsabilidad social en los tratados de inversión. Los casos de Bolivia y Venezuela,** *Helena Ancos y Dámaso Javier Vicente*. Fundación Carolina, Publicación electrónica. ISSN: 1885-9135.
- **La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe,** *Naciones Unidas, CEPAL 2011*.
- **El CIADI frente a Argentina, México, Ecuador y Bolivia. Una Actualización.** *Sonia Rodríguez Jiménez*. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- **Perspectiva Económica de la Protección Jurídica de las Inversiones Internacionales.** *Francisco José Blanco Jiménez*. Revista Electrónica Iberoamericana.