

La protección internacional de las inversiones y las recientes tensiones nacionalizadoras en el marco de la UNASUR

Luis Ignacio Sánchez Rodríguez

1. Los datos esenciales del problema

La tensión dialéctica que generan las inversiones extranjeras entre la seguridad jurídica y la previsibilidad en los resultados de los Estados inversores, de una parte, y el legítimo interés del Estado en cuyo territorio se localizan dichas inversiones en salvaguardar su soberanía económica, de otra, ni son nuevos ni desconocidos en el contexto de las relaciones internacionales de los últimos cuarenta años. Dicha tensión oscila entre una visión meramente economicista por parte de los inversores y una perspectiva más política del lado de los países receptores. Sin embargo, nuestras reflexiones se insertan en una perspectiva marcadamente jurídica, pero teniendo en cuenta lo anterior para intentar evitar los riesgos de incurrir en un mero formalismo jurídico.

Según los datos de la Cepal correspondientes al año 2007, la inversión exterior directa en la región alcanzó un total de 106.000 millones de dólares USA, cifra que ofrece una idea cabal de los poderosos intereses en presencia y, en particular, de la relevancia de estas inversiones en el desarrollo económico, social y cultural de América Latina y del Caribe. Los españoles somos protagonistas activos destacados —e interesados— dado que España es el tercer inversor mundial en el área, muy por encima del rango que la economía española ocupa en el contexto mundial. También resulta destacable recordar que los datos ofrecidos por la misma Cepal suscitan elementos de intranquilidad para las economías americanas durante el período 2007-2008, ya que asistimos actualmente a una inquietante reducción a partir de 2006 del porcentaje de inversión extranjera global en el área desde el 47% hasta el 27%, en beneficio de otras regiones en vías de desarrollo como Asia, India y Europa del este que, a juicio

de los inversores, pueden ofrecer mejores dosis de seguridad jurídica y mayores cuotas de previsibilidad. En suma, el desarrollo americano puede verse en entredicho al disminuir el impulso de esta poderosa palanca.

Que el capital inversor es cobarde no necesita de pruebas de mayor calado y el anterior retroceso se explica desde los centros del poder económico tomando como pretexto los crecientes anuncios de medidas nacionalizadoras y de control de los intereses extranjeros que se extienden de norte a sur en todo el subcontinente sudamericano. Mejor dicho, no en todo el continente sino en ciertos países que disponen de materias primas de importancia estratégica susceptibles de control (minerales, petróleo y gas) y que protagonizan procesos políticos de cambio radical y de corte más o menos populista.

La cuestión que ahora nos ocupa es la siguiente: ¿cuál es, en el presente, la posición del Derecho Internacional en esta materia? ¿Se puede nacionalizar, confiscar o expropias estos recursos por la vía del Derecho interno sin que tales medidas produzcan efectos jurídicos y económicos para el Estado que las adopta frente a los países inversores? ¿Qué contenido tienen tales actos?

2. El derecho de los Estados a nacionalizar sus recursos naturales

La soberanía territorial de los Estados comprende, sin ningún género de dudas, la soberanía sobre los recursos existentes en su territorio y en otros espacios físicos en los que el Derecho Internacional reconoce jurisdicción especializada en relación a los mismos (básicamente, la zona económica exclusiva y la plataforma continental). Esta manifestación de poder estatal es intrínseca al propio concepto de soberanía, pero está sometida a ciertos límites jurídicos derivados del ordenamiento internacional.

Casi a mitad del pasado siglo la Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas afirmó el principio de la *soberanía permanente de los Estados sobre los recursos naturales*. En la década siguiente, la célebre Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General que contenía la «*Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*», en el contexto —nada más y nada menos— de la definición de un Nuevo Orden Económico Internacional, confirmó y consagró el derecho de los Estados a nacionalizar la totalidad de sus recursos naturales.¹ El primero de los textos mencio-

¹ Sobre este tipo de cuestiones, *vid.* PECOURT GARCÍA, E. *La propiedad privada ante el Derecho Internacional*. Madrid: CSIC, 1966; PETREN, S. «La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle Pert donner lieu». *Recueil des Cours* (1963-II), t. 109, pp. 487 y ss.; en el contexto del cambio normativo en esta materia, *vid.* DICKE, D. Ch. (ed.). *Foreign Investment in the Present and a New International Economic Order*. Friburgo, 1987; COMEAUX, P. y S. KINSELLA, *Protecting Foreign Investment Under International Law: Legal Aspects of Political Risk*. Londres, 1997; VERWEY, W.D. y N.J. SCHRIJVER,

nados sometía la nacionalización (además de la necesidad de responder a causas de utilidad o de interés público) a la condición de *indemnizar* a los Estados inversores conforme el Derecho interno del Estado autor de las medidas y también «en conformidad con el Derecho Internacional (punto 4). Este segundo texto parece aún más proclive a primar los derechos e intereses del Estado territorial sobre los correspondientes a los Estados inversores, dado que su artículo 2 c) únicamente requería una «compensación apropiada» de acuerdo con su Derecho interno, concepto jurídico indeterminado cuya imprecisión parece haber sido buscada de propósito por los inspiradores de su redacción.

Por consiguiente, el derecho al que estamos aludiendo quedaba fuera de toda duda y sometido únicamente al requisito de la indemnización o de la compensación, dejando amplias zonas oscuras a la posible aplicación del Derecho Internacional y una apuesta más decidida por la mera aplicación del Derecho interno del Estado nacionalizador.² Naturalmente ambos textos deben ser contemplados en el contexto político de una sociedad internacional estructurada en clave bipolar en torno a los Estados Unidos y la Unión Soviética, y con la emergencia de los países en vías de desarrollo de reciente independencia.

3. La protección internacional de las inversiones en el Derecho Internacional clásico

Desde un punto de vista histórico, cuando un Estado receptor de inversiones adoptaba medidas nacionalizadoras sobre la propiedad de personas físicas o jurídicas extranjeras, la única posibilidad de llevar a cabo una protección jurídico-internacional de las mismas radicaba en el instituto de la *protección diplomática*.³ Esta protección puede definirse como la reclamación que el Estado inversor ejerce frente al Estado receptor por los perjuicios o daños sufridos en la persona de sus nacionales y que el primero endosaba como perjuicio propio del mismo frente al Estado receptor. Claro

«The Taking of Foreign Property Under International Law: A New Legal Perspective». *Netherlands Yearbook of International Law*, 1984, vol. 15, pp. 3 y ss.

² No obstante, en este período histórico es posible encontrar ya decisiones de tribunales arbitrales unipersonales para la solución de controversias entre inversores privados y un Estado, todos ellos vinculados a la exploración y explotación de hidrocarburos, en los que no se aplicaban estrictamente normas de Derecho interno —incluyendo las de Derecho Internacional Privado— sino también normas de Derecho Internacional Público, *vid.* los asuntos *Texaco Calasiatic c. Libia* (*International Legal Materials*, vol. 78, pp. 3 y ss.) y *LIAMCO c. Libia* (*I.L.M.*, vol. 81, pp. 10 y ss.).

³ Aunque este mecanismo clásico es perfectamente conocido en el ordenamiento internacional, para el recordatorio de sus trazos más relevantes remitimos a la obra de GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y P. Andrés SÁENZ DE SANTA MARIA. *Curso de Derecho Internacional Público*. Cuarta edición revisada. Madrid: Thomson/Civitas. 2008, pp. 429 y ss.

está que el ejercicio de este derecho estaba sometido a un conjunto rígido de *requisitos o condiciones* conforme al Derecho Internacional que no han sufrido cambios sustanciales en los últimos años, tal y como nos recuerda el «Proyecto de artículos sobre protección diplomática» aprobado en segunda lectura por la C.D.I. en 2006. Como afirmara la vieja Corte Permanente de Justicia Internacional en los primeros años del pasado siglo:

[...] es un principio esencial de derecho internacional el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al derecho internacional y cometidos por otro Estado, del que no han podido obtener satisfacción por las vías ordinarias.⁴

En primer lugar, el ejercicio de la protección diplomática reposaba en la existencia de un previo hecho internacionalmente ilícito por parte del Estado receptor de las inversiones, del Estado «nacionalizador», del que se derivaba la emergencia de un supuesto de responsabilidad internacional por la violación de una obligación internacional en vigor.⁵ Ahora bien, la primera dificultad radicaba en determinar la misma existencia del ilícito, dado el carácter relativamente impreciso del contenido obligacional en esta materia, justamente por su origen y desarrollo consuetudinario, tal y como hemos expuesto anteriormente, fuera de los casos en que se negara de forma grosera cualquier tipo de indemnización o compensación o bien cuando esta resultara manifiesta y objetivamente insuficiente.

En segundo término, ha de tenerse en cuenta el carácter *discrecional* de la protección diplomática, en el sentido de que, tratándose de un Derecho privativo del Estado (y no de sus particulares), este decide en cada caso concreto —y en función de sus intereses nacionales— si ejerce o no su derecho, al margen de las consecuencias que ello pueda acarrear desde el punto de vista de su Derecho interno. En suma, se trata

⁴ C.P.J.I., Serie A, num. 2, p. 12.

⁵ Con relación a los diferentes requisitos y presupuestos para el ejercicio de la protección diplomática, entre la abundante bibliografía existente, remitiremos más selectivamente a los trabajos de AMERASINGHE, C.F. *Local Remedies in International Law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1990; BINDSCHELER, J. «La protection de la propriété privée en Droit International Public», *Recueil des Cours* (1956-II), t. 90, pp. 173 y ss.; BROCHARD, E. *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*. New York, 1965; CANÇADO TRINDADE, A. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*, 22ª ed. Brasília, 1997; CONDORELLI, L. «La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application», *Revista di diritto internazionale*, 2003-I, pp. 5 y ss.; DÍEZ DE VELASCO Y VALLEJO, M. «La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires». *Recueil des Cours* (1974-I), t. 141, pp. 87 y ss.; ORREGO VICUÑA, F. «Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement», *ICSID, Review-FILJ*, vol. 15, n° 2, 2000, pp. 340 y ss.; REISMANN, H.B. «Nationality and Diplomatic Protection of Companies and Their Shareholders», *Journal of World Trade* (1971), vol. 65, pp. 719 y ss.; RUILOBA SANTANA, E. *El agotamiento de los recursos internos como condición de la responsabilidad internacional*. Valencia, 1978; SCHERMERS, H.G. «Exhaustion of Domestic Remedies», en *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*. The Hague, 2002, pp. 947 y ss.; SOHN L.B. y J. BAXTER, «Responsability of Status for Injuries to the Economic Interests of Aliens». *American Journal of International Law*, vol. 55, 1961, pp. 545 y ss.

de una reclamación de Estado a Estado regulada exclusivamente por los principios y las normas del Derecho Internacional público. Esta discrecionalidad convierte al inversor privado en un ente vicario y secundario ante el todopoderoso interés del Estado de la nacionalidad, razón que explica el número relativamente modesto de reclamaciones internacionales de esta naturaleza en el ámbito judicial.

En tercer lugar, destaca el carácter *nacional* de la reclamación, lo que implica que un Estado puede reclamar única y exclusivamente por los perjuicios sufridos por sus nacionales (personas físicas o jurídicas) convertidos en perjuicio propio del Estado, de modo que —en principio— la nacionalidad se constituye como el vínculo hegemónico de la reclamación, con los problemas que ello suscitó en el pasado respecto a la nacionalidad de las personas jurídicas o a la nacionalidad efectiva de las personas físicas.

Por otra parte, el ejercicio de la protección diplomática queda siempre subordinado a la exigencia del previo *agotamiento por los particulares de los recursos internos* existentes en el Estado receptor, exigiendo a estos una obligación de comportamiento pese a que el titular del derecho es siempre el Estado. Y la práctica existente nos muestra las dificultades fácticas que en no pocas ocasiones suscitó el agotamiento efectivo de dichos recursos.

No haremos alusión a otros posibles requisitos, a nuestro juicio inexistentes, para el ejercicio de la protección diplomática, puesto que no es este el objeto de nuestro análisis en la presente ocasión. Baste indicar a título de ejemplo y sin perjuicio de que más adelante volvamos sobre el tópico, como el posible efecto de la muy americana «cláusula Calvo», pues una persona no puede renunciar al ejercicio de un derecho cuya titularidad no le corresponde, ya que, como acabamos de explicar, se trata de un derecho del Estado; o bien la cuestión de la conducta correcta del perjudicado que en el mundo anglosajón se conoce como la doctrina de las «*clean hands*», pues lo nuclearmente relevante es que exista o no exista un hecho internacional ilícito generador de responsabilidad. Dicho en otros términos, si no estamos en presencia de alguna de las circunstancias que excluyen la ilicitud contemplados en los artículos 20 y siguientes del «Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos», aprobado por la C.D.I. en 2001, existirá responsabilidad internacional; y si no existe responsabilidad no cabe la protección diplomática.

En esta carrera de obstáculos (jurídicos) a la que debe enfrentarse en cada caso el ejercicio de la protección diplomática apenas hemos hecho alusión a los de naturaleza o carácter sustantivo. Pero existen otros elementos de carácter adjetivo o procesal de importancia formidable y acaso decisiva. Me refiero a que todo inicio de la protección diplomática se sustancia de ordinario en el marco de las negociaciones diplomáticas entre los Estados concernidos o de cualquier otro procedimiento no jurisdiccional;

ahora bien, si el Estado receptor de las inversiones se niega a reconocer la existencia de los hechos o de los requisitos jurídicos sobre los que se apoya el Estado reclamante, la única vía eficaz para llevar adelante la reclamación reposaría en el recurso a un medio jurisdiccional de solución de controversias que condujera a una decisión vinculante para ambas partes. Es aquí precisamente donde se ubica la dificultad más evidente para resolver obligatoriamente la controversia por esta vía concreta, pues si tenemos en cuenta que el recurso a los métodos jurisdiccionales exige del previo consentimiento recíproco, cuando el Estado receptor de capitales se niega a la utilización del arbitraje internacional o a recurrir a la Corte Internacional de Justicia, la solución de la controversia entra en una vía muerta desde el punto de vista jurisdiccional. La única excepción posible radica en la existencia de un foro previo obligatorio de competencia jurisdiccional internacional establecido bien en un tratado o, en el caso de la Corte, por la aceptación de la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria regulada en el artículo 36, 2 de su Estatuto. Tampoco resulta desdeñable la posibilidad de adoptar *contramedidas* —políticas, diplomáticas y económicas— frente al Estado nacionalizador presuntamente responsable, precisamente cuando este se niegue en rotundo a la solución jurisdiccional de la controversia; contramedidas que, en muchas ocasiones, pueden presentar un argumento disuasorio y sancionador de mayor calado incluso que una acción judicial internacional, por lesionar más directamente los intereses vitales de dicho Estado.

Acaso lo anterior explique que una institución de tan larga data para asegurar la aplicación de las normas internacionales, como es la protección diplomática, haya tenido un reflejo más bien limitado en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia durante sus más de sesenta años de vida, y ello a pesar de las reiterativas ocasiones en que se emprendieron negociaciones diplomáticas al respecto. Los asuntos *Nottebohm* (*I.C.J. Reports* 1955), *Interhandel* (*I.C.J. Reports* 1959), *Barcelona Traction Light and Power Ltd.* (*I.C.J. Reports* 1970, fondo), *Elsi* (*I.C.J. Reports* 1989) y más lateralmente en el caso *Ahmadou Sadio Diallo* (*I.C.J. Reports* 2007)⁶, no parecen resultar suficientes como para calificar de abrumadora la jurisprudencia internacional al respecto, si bien es cierto —en honor a la verdad— que coexiste con una interesante jurisprudencia arbitral que no puede ser desdeñada ni ignorada.

⁶ Sobre la doctrina jurisprudencial de la Corte Internacional de Justicia, *vid. inter alia* MANN, F.A. «Foreign Investment in the International Court of Justice: the ELSI Case». *American Journal of International Law*, vol. 86, 1992, pp. 92 y ss.; SEIDL-HOHENVELDERN, I. «Elsi and Bardger— the Two Raytheon Cases». *Rivista di diritto internazionale private e processuale*, vol. 26, 1990, pp. 261 y ss.; STERN, B. «La protection diplomatique des investissements internationaux. De Barcelone Traction a Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse». *Journal de Droit International*, 1990, pp. 897 y ss.; VIVES CHILLIDA, J.A. «Las cuestiones relativas a la admisibilidad de la reclamación en la sentencia Elettronica Sicula Spa (ELSI) (Estados Unidos/Italia)». *Revista Española de Derecho Internacional*, 1992-I, pp. 7 y ss.

4. La regulación del problema en el sistema constitucional de algunos Estados americanos proclives a las prácticas nacionalizadoras

Con carácter previo a la consideración de ciertos textos significativos que serán objeto de nuestra atención, debe tenerse presente que el Derecho Constitucional de un Estado supone, en principio, para el Derecho Internacional un mero hecho y solo tiene este valor. Quiere ello decir que de una constitución estatal no pueden derivarse obligaciones jurídicas internacionales para terceros Estados, no resultan normas jurídicamente *oponibles* a otros sujetos si no son en todo conformes con el Derecho Internacional. Incluso en este caso, el fundamento de la obligatoriedad no reside en modo alguno en el Derecho interno, sino en la conformidad de este con una norma internacional habilitadora. Esta observación tan elemental y simple en términos jurídico-internacionales requiere alguna atención frente a la propensión de ciertos gobernantes a las reformas constitucionales, entendiéndose que resultan obligatorias no solo para los inversores particulares extranjeros sino también para los Estados de los cuales son nacionales. Una cosa es que a una sociedad extranjera establecida en un Estado se le aplique la constitución estatal del Estado receptor y otra muy distinta es que el Estado de la nacionalidad de la inversión quede inerte jurídicamente, siempre y cuando la norma interna sea incompatible con las normas internacionales aplicables.

En efecto, existe un acendrado acervo jurisprudencial y consuetudinario a este respecto. Con carácter meramente recordatorio, cabe destacar que en el asunto del *intercambio de poblaciones griegas y turcas* se afirmó que; «Un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones que sean necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos».⁷ En el asunto de las *comunidades greco-búlgaras* se sostuvo que: «[...] es un principio generalmente reconocido del Derecho de Gentes que, en las relaciones entre las Potencias contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las del tratado».⁸ Además, de forma aún más taxativa, no cabe duda que: «Un Estado no puede invocar respecto de otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el Derecho Internacional (consuetudinario) o los tratados en vigor».⁹ Y, para culminar, el principio codificado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 se dispone que: «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado». En suma, el Derecho interno, ya sea de rango constitucional o legislativo, no puede ir en contra de las obligaciones

⁷ C.P.J.I., Serie B, núm. 10, p. 26.

⁸ C.P.J.I., Serie B, núm. 17, p. 32.

⁹ C.P.J.I., Serie A/B, núm. 44, p. 24.

internacionales asumidas y si lo hace carecerá de *oponibilidad jurídica* frente a los Estados involucrados. Y todos estos elementos han de ser tenidos en cuenta con carácter imperativo respecto al contenido del siguiente apartado de este trabajo.

En esta dirección y en términos necesariamente esquemáticos, el artículo 22, II de la vigente *Constitución de Bolivia* previene que: «La expropiación se impone por causa de utilidad pública o cuando la propiedad no cumple una función social, calificada conforme a la Ley y previa indemnización justa». Por su parte, el artículo 24 contiene la cláusula Calvo sobre impracticabilidad de reclamaciones diplomáticas cuando se toman medidas de esta naturaleza sobre los bienes de las personas extranjeras, sin necesidad alguna de mencionarlas en el o en los correspondientes contratos privados. Finalmente, los artículos 138 y 139 califican a los minerales e hidrocarburos existentes en territorio boliviano como «bienes de dominio público».

Este conjunto de disposiciones constitucionales requieren algunos comentarios de índole jurídica. En primer lugar, el régimen de la expropiación no distingue entre propiedades de nacionales y de personas físicas o jurídicas extranjeras, lo que implica un estándar de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros o, lo que es lo mismo, de no discriminación por razón de la nacionalidad, previsión que resulta irreprochable desde el punto de vista técnico. En segundo lugar, se requiere la existencia de una causa de interés público o de utilidad social que también es conforme con los requisitos internacionales. En tercer lugar, existe una calificación como bienes de dominio público para ciertos recursos, elemento intrínseco a la soberanía estatal.

Mayores espacios de sombra proyectan otros principios allí expresados. De una parte, la cuestión central de la indemnización justa, pues nada se indica si los parámetros indemnizatorios seguirán estricta y exclusivamente las pautas del Derecho interno o si se tendrán en cuenta otros internacionales, como también se guarda silencio respecto a la fecha de la valoración de los bienes, a la moneda en que va a concretarse la acción indemnizatoria, el tiempo de hacerla efectiva, la consideración del daño emergente y del lucro cesante, y sobre otros aspectos particulares de significativa relevancia en cualquier reclamación indemnizatoria. De otro lado, por lo que concierne a la disposición del artículo 24, me limitaré a dos consideraciones simples: primera, como hemos explicado destaca su perfecta irrelevancia e inoponibilidad respecto a los Estados inversores extranjeros, lo que las convierte más bien en un guiño al sol de los sentimientos nacionales internos más rudimentarios (dicho sea en términos estrictamente jurídicos); segunda, la peligrosa sospecha que suponen para los inversores extranjeros esta clase de cláusulas pues refuerzan la hipótesis de que el Estado receptor puede adoptar indiscriminadas medidas de control sobre sus títulos jurídicos, intentando evitar cualquier repercusión jurídico-internacional. En este orden de ideas se trata de cláusulas que pueden ser consideradas en la actualidad como «ahuyentadoras» de

inversores, reconociendo por supuesto las justificadas razones históricas que dieron lugar a su aparición; por ello resulta llamativo —y contradictorio— que muchos países que claman por las inversiones extranjeras como motor de su desarrollo interno continúen conservando idénticas cláusulas en sus textos constitucionales, como es el caso, por ejemplo, del artículo 27 de la Constitución de México, del artículo 14 de la del Ecuador,¹⁰ del artículo 33 de la de Honduras y del artículo 63 de la Constitución peruana, entre otras.

Mutatis mutandi lo anteriormente expuesto resulta también predicable respecto a la *Constitución bolivariana de Venezuela*, ya que sus artículos 115 y 151 —concernientes, respectivamente, a la disposición general y a la cláusula Calvo— coinciden sustancialmente en los contenidos y regulaciones de la bolivariana. No en vano, ambos textos han sido adoptados por países que coinciden en dos elementos esenciales: ser productores de hidrocarburos y albergar en su territorio inversión extranjera. Otro tanto cabría advertir sobre la todavía vigente Constitución del Ecuador. Y no cabe concluir que estas constituciones resulten incompatibles con el Derecho Internacional clásico, aunque claramente me parezcan insuficientes respecto a los nuevos desarrollos habidos en este ordenamiento durante los últimos veinte años.

5. El nuevo Derecho Internacional Económico¹¹ y el contenido material de los *Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (Apris)*¹²

Desde hace más de veinte años comenzó a emerger una práctica convencional, tímidamente al comienzo y con carácter sumamente expansivo tras la desaparición de la Unión Soviética —con el consiguiente modelo económico y social de su esfera de influencia, y del sistema bipolar— consistente en la celebración de una serie de acuerdos y tratados mediante los cuales de forma directa y particular los Estados inversores acordaban con los países receptores de capitales reglas jurídicas específicas aplicables en el marco de sus relaciones recíprocas, trasladando la universalidad en la reglamentación a la mutualidad de la misma; o lo que es lo mismo, creando

¹⁰ Cuando fue elaborado este trabajo aún no se había llevado a cabo el referéndum para la aprobación —en su caso— de la nueva Constitución de Ecuador. Por consiguiente, las referencias aquí expresadas se refieren al texto constitucional vigente en ese momento.

¹¹ Con relación al tránsito entre el «Nuevo» Orden Económico Internacional consolidado en 1974 y las nuevas tendencias y principios acuñados en esta materia durante los últimos treinta años, así como respecto a las características dominantes actualmente en los intercambios de inversiones internacionales en el nuevo contexto socioeconómico y político, remitimos *in extenso* a los análisis y exposiciones generales de CARREAU, D. y P. JULLIARD. *Droit international économique*. Paris: Dalloz, 2005; LA VIEC, J.P. *Protection et promotion des investissements. Étude de Droit international économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1985.

¹² En adelante nos referiremos a estos acuerdos como los *apris*; en la terminología anglosajona se utiliza comúnmente la denominación de los *BIT* (*Bilateral Investment Treaties*).

pequeños microcosmos jurídicos para remplazar a los globales. Se generó de esta forma una tupida red de acuerdos y relaciones bilaterales que en la actualidad se cifra ya en el millar de acuerdos de esta naturaleza, en lo que ya es una práctica general y bastante uniforme que he terminado por imponerse, con la evidente paradoja de que lo que comenzó siendo puro particularismo bilateral ha cristalizado en una práctica generalizada, constante y prácticamente uniforme. Práctica que concierne de manera muy directa a los países americanos y del Caribe en vías de desarrollo y que debe ser tenida en cuenta primordialmente para analizar en su actual contexto jurídico las consecuencias de las tendencias nacionalizadoras.

Como tendremos ocasión de comprobar de inmediato, estos acuerdos regulan dos cuestiones capitales relativas al Derecho Internacional Económico. De una parte, se diseccionan con sumo cuidado los efectos jurídicos de cualquier medida nacionalizadora del capital extranjero. De otro lado, se establecen conjuntamente medidas obligatorias de carácter jurisdiccional público y privado para la solución de las controversias originadas como consecuencia de la adopción de un acto de esta naturaleza. En otras palabras, se alteran sustancialmente los dos ejes sobre los que funcionaba el Derecho Internacional anterior: las imprecisas características del contenido y modalidades de la indemnización, y la no obligatoriedad de someter en principio las controversias suscitadas al efecto al mecanismo del arreglo jurisdiccional. Si la estrategia de los países en vías de desarrollo al impulsar la creación de un *Nuevo Orden Económico Internacional* en 1974 fue la de crear un sistema multilateral y uniforme, utilizando instrumentos de esta naturaleza (resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas), la situación actual se invierte aparentemente en beneficio de los mecanismos convencionales bilaterales y particularistas. Si hemos utilizado el adverbio «aparentemente» se debe al hecho —ya apuntado— de la posible estimación de la densa y uniforme red convencional bilateral como cristalización de una nueva práctica general, constante y uniforme que habría modificado el Derecho anterior existente; esto es, lo que en 1974 era el «nuevo orden» puede ser un orden anquilosado en 2008. Pero dado el carácter más teórico que de interés práctico que sugiere este planteamiento, me parece preferible dejarlo simplemente mencionado.

Considero imprescindible subrayar que esta práctica es universal y no exclusivamente americana, y que en ella participan activamente tanto los países de capitalismo más avanzado y agresivo en materia de inversiones exteriores como los Estados que aún mantienen un sistema de economía planificada con protagonismo monopolista del aparato estatal. Vale decir, que China, Vietnam, Cuba, Argelia, Libia, etcétera han abrazado el nuevo credo jurídico en su calidad de activos participantes y protagonistas del nuevo sistema como socios convencionales de los países inversores, desde el norte hacia el sur y desde el oeste hacia el este del globo

terrestre.¹³ Una nueva fiebre nos invade. ¿Cuál es su origen? Se trata, a mi parecer, de una manifestación genuina del movimiento pendular, que ha pasado casi súbitamente de la difusa normativa anterior en lo relativo a las condiciones, contenido y características de la indemnización, lo que beneficiaba de hecho las pretensiones de los países nacionalizadores, hacia un régimen convencional rígido que ofrece las mayores garantías de seguridad jurídica a los nacionales del Estado inversor. Un movimiento del péndulo motivado por las exigencias de los inversores extranjeros para ofrecer aportaciones a cambio de una seguridad, en el marco internacional, que no siempre encontraban en la legislación interna de los países receptores de capitales. De manera que frente al alborozo un tanto primario con el que los países en vías de desarrollo saludaron el régimen de 1974, un posterior ejercicio de realismo político y económico les aconsejó su abandono pocos años más tarde. Porque si algo parece claro en este proceso evolutivo es que el mecanismo de los acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones se diría diseñado a la medida de los intereses de los Estados más desarrollados en orden a la *better protection* de sus nacionales.

Pese al impresionante número de acuerdos bilaterales que conforma actualmente esta red convencional protectora de inversiones y a las muy heterogéneas características de los Estados partes, lo cierto es que en el contenido material de los mismos no se detectan diferencias significativas en sus componentes sustantivos. De ahí que si se juzga exagerada la referencia a la existencia de un modelo único, sí es posible mencionar algunos parámetros esenciales comunes a todos ellos. En las páginas siguientes haremos una referencia a la práctica convencional de España (en su calidad de país inversor tipo que asume patrones convencionales usuales)¹⁴ y algunos países americanos significativos por sus tendencias nacionalizadoras.¹⁵

¹³ Una descripción y un análisis generales de esta tendencia, ya desde su inicio, los podemos consultar en OMAN, C. *Les nouvelles formes d'investissement dans les pays en développement*. Paris: OCDE, 1989.

¹⁴ En todo caso no cabe ignorar que España (al igual que no pocos países desarrollados) no es solamente un inversor neto, sino que también participa de la doble condición de país receptor de inversiones extranjeras, inversiones que han sido muy relevantes para su desarrollo y que continúan en la actualidad, lo que sitúa a mi país ante las dos caras de la misma moneda. Vid. CHISLETT, W. *The Internationalisation of the Spanish Economy*. Madrid: Real Instituto Elcano, 2000; FERNÁNDEZ-OTHEO RUIZ, C.M. *Inversión directa extranjera de España en la década final del siglo XX. Nuevas perspectivas*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2003.

¹⁵ España ha celebrado acuerdos de este tipo con Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela, etcétera. Vid. los textos de los respectivos acuerdos, así como sus fechas de celebración en <www.boe.es>. Si hemos elegido la práctica convencional española con los países americanos y del Caribe —precisamente, además, en su doble condición de país exportador e importador de inversiones, como apuntaba en la nota anterior— ello no debe ser considerado, en modo alguno, como muestra de un resabio neocolonizador o similar. Se trata de una opción de carácter práctico motivada por la dificultad que encuentro para disponer de todos los textos auténticos de los acuerdos celebrados por estos países y publicados en sus respectivos diarios oficiales nacionales.

5.1. Los requisitos de la nacionalización y las condiciones de la indemnización en los *Apris*¹⁶

Con carácter introductorio debe tenerse en cuenta que la calificación de una medida conforme al Derecho interno del Estado receptor de capitales como de «nacionalización» o de «expropiación» resulta irrelevante desde el punto de vista internacional, dado que los *Apris* se aplican a las nacionalizaciones, expropiaciones, confiscaciones o cualesquiera otras *medidas de efectos similares o equivalentes*. Esto es, afecta a cualquier medida que afecte a los títulos jurídicos originales constitutivos de la inversión extranjera,¹⁷ a los derechos reconocidos en el momento de su formalización.

Si tomamos como referencia el *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones* entre España y Bolivia de 29 de octubre de 2001 (otro tanto cabría decir, por ejemplo, del correspondiente y casi simétrico *Acuerdo* entre España y Venezuela de 2 de noviembre de 1995) o del correspondiente tratado hispano-ecuatoriano de 1996, resulta obligado destacar los siguientes elementos comunes:

- a) Se aplican a cualquier tipo de inversiones llevadas a cabo por personas físicas y jurídicas de la nacionalidad del Estado inversor, incluyendo además —en el caso de las personas jurídicas— las reconocidas como propias por el Estado receptor, cualquiera que sea su actividad económica y extendiéndose asimismo a la explotación y explotación de los recursos naturales del Estado receptor, como es el caso significativamente de los hidrocarburos (*vid.* los respectivos artículos 1 de estos acuerdos). El hecho de que dichos recursos sean considerados como bienes de dominio público no se opone a lo anterior si la inversión es aceptada por el Estado receptor de los capitales.
- b) Las mencionadas inversiones quedan garantizadas por la aplicación del estándar internacional de protección, esto es, conforme al Derecho Internacional aplicable

¹⁶ Entre la vasta bibliografía existente que analiza esta práctica jurisprudencial, *vid. inter alia* DOLZER, R. y M. STEVENS. *Bilateral Investment Treaties*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1995; GARCÍA RODRÍGUEZ, I. *La protección de las inversiones exteriores (Los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por España)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005; KHALIL, M.L. «Treatment of Foreign Investment in Bilateral Investment Treaties», *JCSID Review-FILJ*, vol. 7, 1992, pp. 339 y ss.; MAURO, M.R. *Gli Accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*. Torino, 2003; MIGLIORINO, L. *Gli accordi internazionale sugli investimenti*, Milano, 1989; SACERDOTI, G. «Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection». *Recueil des Cours*, t. 269, 1997, pp. 251 y ss.; SALACUSE, J.S. «Bit by Bit: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries». *The International Lawyer*, vol. 24, 1990, pp. 655 y ss.; VAGTS, D.F. «Foreign Investment Risk Reconsidered: The View from the 1980s». *ICSID Review.FILJ*, vol. 2, 1987, pp. 1 y ss.; VANDERVELDE, K. «The Economics of Bilateral Investment Treaties». *Harvard International Law Journal*, 2000, pp. 469 y ss.

¹⁷ Sobre esta cuestión que suscita problemas de calificación que afectan más a la forma que el fondo —poco discutido— de la cuestión. NOUVEL, Y. «Les mesures équivalent à une expropriation dans la pratique recent des tribunaux arbitraux». *Revue Générale de Droit International Public*, 2002-I, pp. 79 y ss.

- y no exclusivamente con arreglo a los sistemas de protección establecidos en el Derecho interno del Estado receptor (artículos 2 y 3, respectivos, de los mencionados acuerdos).
- c) Se establece el principio de no discriminación entre los inversores extranjeros, con arreglo al criterio de la nacionalidad (artículos 5 de los acuerdos).
 - d) Se establece y garantiza la cláusula «de la nación más favorecida», de manera que si en el futuro se reconociere por el Estado receptor a cualquier otro inversor extranjero de distinta nacionalidad un régimen jurídico más beneficioso que el establecido en estos acuerdos, dicho régimen sería aplicado retroactivamente a los nacionales de los Estados partes (artículos 3 y 4, respectivamente de los citados acuerdos).
 - e) Cualquier medida de control sobre las inversiones extranjeras adoptadas por la parte receptora, al margen de su calificación formal como nacionalización, expropiación, confiscación, siempre que produzca un efecto «similar» o «equivalente», serán objeto de indemnización (artículos 5 de los acuerdos).
 - f) Las mencionadas medidas quedan supeditadas a obedecer a causas de utilidad pública o interés social determinadas por la parte que las adopta.
 - g) Cualquier medida de las anteriormente mencionadas que adopte una parte exigirá una «indemnización pronta, adecuada y efectiva» (los dos primeros acuerdos coinciden en este punto crucial), con arreglo a una *valoración internacional* de los efectivos y tomando como *fecha de valoración* la «inmediatamente anterior a la adopción» de la medida (artículo 5 del *Acuerdo* con Bolivia). En esta dirección, la «indemnización se abonará sin demora, en moneda convertible y será efectivamente realizable» (artículo 5, 3 del *Acuerdo* con Venezuela).

Como puede observarse, entre las previsiones de la denominada *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados* de 1974 y las correspondientes a estos acuerdos (uno de los cuales se celebra tan solo veintiún años después) media un largo trecho en cuanto a las condiciones y efectos de una medida nacionalizadora. Ello resulta fácilmente perceptible y especialmente significativo en orden a la indemnización o compensación que antes se exigía únicamente que fuera «justa» o apropiada», mientras que ahora se encuentra absolutamente reglada. Y esta práctica convencional también se compadece mal con la imprecisión de las cláusulas constitucionales de muchos países receptores de inversiones. E insisto en la idea de que las anteriores disposiciones no deben ser consideradas como un modelo específico asumido únicamente por Bolivia y Venezuela, sino que responden a un patrón de conducta convencional de espectro mucho más general. Así sucede, por ejemplo, dentro del área americana con

el *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones*, celebrado entre España y Ecuador el 26 de junio de 1996 (cfr. sus artículos 1 a 9), en cuyo artículo 5 se dispone que: «La Parte Contratante que adoptara estas medidas [de nacionalización y expropiación] pagará al inversionista o a su derecho-habiente, *sin demora* justificada, una *indemnización adecuada, en moneda convertible y libremente transferible*». Y en el área del Caribe, el *Acuerdo* homónimo celebrado entre España y Cuba el 27 de mayo de 1994, repite textualmente en su artículo 5, 1 la anterior disposición del acuerdo hispano-ecuatoriano, en tanto que hallamos una fórmula ligeramente distinta en el artículo 5, 2 en cuanto a las modalidades concretas de hacer efectiva la indemnización, al advertir que:

La indemnización será equivalente al valor efectivo de mercado inmediatamente antes del momento en que las decisiones de nacionalizar o expropiar hayan sido anunciadas o publicadas. En el caso de que no se llegara a un acuerdo entre el inversionista y la Parte en la obligación, la determinación se realizará según los procedimientos de conciliación de controversias indicados en el artículo 11 del presente Acuerdo» (esto es, bien sometiéndolo a los tribunales internos o bien optando por el arbitraje privado internacional ante un órgano internacional).

La insistencia genérica en el modelo anteriormente descrito, pese a las diferencias de matiz que sus disposiciones puedan adoptar, es también perceptible —como ya he indicado repetidamente— con otros países al margen de la región americana. Por situarnos ante un ejemplo ilustrativo por numerosas razones (culturales, económicas, políticas, sociales, de poder...) puede resultar clarificador el análisis del *Acuerdo* de inversiones celebrado entre España y la República Popular China, cuyos artículos 1 a 5 reproducen el esquema ya examinado, si bien en su artículo 4, 2 se incluye una cláusula clarificadora en relación a cuanto venimos afirmando:

La indemnización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo corresponderá al valor de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que se realice la expropiación o antes de llegar a conocimiento público la inminencia de la misma, según lo que ocurra antes. El valor de mercado se determinará de acuerdo con principios de tasación generalmente aceptados. La indemnización incluirá intereses a un tipo comercial normal desde la fecha de la expropiación a la fecha del pago. La indemnización se pagará sin demora, será efectivamente realizable y libremente transferible.

Creo sinceramente que la expresividad de las cláusulas convencionales citadas e incluso la misma simetría interna formal que está presente en la práctica convencional, me exime por el momento de cualquier otro comentario, sin perjuicio de que más adelante volvamos sobre las mismas para llevar a cabo una valoración general del sistema.

5.2. Las clases y modos de solución de las controversias internacionales en materia de inversiones extranjeras

Otras de las cuestiones más llamativas, innovadoras y directas en sus resultados es la concerniente a las clases y mecanismos que para la solución de controversias se contempla en los *Apris*, especialmente por referencia a los mecanismos propios del Derecho Internacional Económico clásico. Hasta la irrupción de esta práctica, como se ha visto, los inversores particulares (personas físicas o jurídicas) únicamente podían utilizar los remedios judiciales existentes en el Estado en cuyo territorio se concretaba la inversión, con la carga añadida que significaba la obligación de agotar todos los recursos internos de dicho Estado. Ello era predicable tanto en relación a la existencia e insuficiencia de la indemnización, como a la fecha y valoración de los daños de la medida nacionalizadora y a las formas en que se llevaba a cabo el pago efectivo de los mismos. A partir de este momento, si el Estado de la nacionalidad de los inversores —de forma discrecional respecto a los mismos— entendiera que el Estado receptor de la inversión hubiera incurrido en responsabilidad internacional podía ejercer la protección diplomática; en principio, mediante mecanismos de carácter no jurisdiccional, salvo en los casos excepcionales en que existiera un foro de competencia aceptado por ambas partes para su solución definitiva y obligatoria por medios jurisdiccionales. Este modelo general anterior tiende hoy a convertirse en residual en la medida en que existan acuerdos de inversiones en vigor entre las partes. Veamos las características del nuevo modelo.

5.2.a. *La solución de controversias entre las Partes Contratantes, es decir, entre el Estado de la nacionalidad de las inversiones y el Estado que adopta medidas nacionalizadoras o de expropiación*

El primer tipo de controversias que contemplan estos acuerdos son las que se originan directamente entre los Estados concernidos en orden a la interpretación o aplicación del correspondiente acuerdo, bien como consecuencia del trato dado a sus nacionales (regido por el *ius specialis* convencional) o bien a propósito de cualquier otra cláusula de aplicación del mismo (ya fuere por motivos *ratione personae*, *ratione temporis*, *ratione loci* o *ratione materiae*), como sería el caso por ejemplo de su inaplicación, denuncia o declaración unilateral de nulidad. En tal hipótesis, el Estado que se considere lesionado en sus derechos deberá recurrir inicialmente a la vía de *negociación diplomática* amistosa y bilateral para la solución de la controversia o de los problemas suscitados. Pero en el caso de que hubieren transcurrido seis meses desde el inicio de la negociación¹⁸ sin llegar a un acuerdo satisfactorio, ese Estado

¹⁸ En general sobre los diferentes métodos de solución y, en particular, sobre la negociación, *vid.* PARRA ARANGUREN, A.P. «Provisions of Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws. Bilateral

podría iniciar un *procedimiento de carácter arbitral* (en el sentido de un arbitraje de Derecho Internacional Público), mediante soluciones tasadas para el nombramiento del órgano arbitral (incluyendo la eventual intervención del Presidente de la Corte Internacional de Justicia) y para la organización del arbitraje. El tribunal arbitral así nombrado decidiría la controversia, de forma definitiva y obligatoria, utilizando estrictamente como derecho aplicable los principios y normas de Derecho Internacional, incluyendo claro está en primerísimo lugar, a título de derecho especial, el correspondiente acuerdo bilateral de inversiones.

Esta solución se repite insistentemente en casi todos los acuerdos existentes, como puede comprobarse, en relación a los anteriormente mencionados, en los artículos 10 y 11 del *Acuerdo* entre España y Bolivia de 2001, idénticos artículos del *Acuerdo* entre España y Venezuela de 1995, del *Acuerdo* entre España y Ecuador de 1996, del *Acuerdo* entre España y Cuba de 1994, así como en los artículos 8 y 9 del *Acuerdo* entre España y la República Popular de China de 2005. Esto es, se trata de una práctica consistente y repetida que afecta igualmente a las reclamaciones que vamos a examinar en el siguiente apartado.

5.2.b. La solución de controversias entre una Parte Contratante y los inversores de la nacionalidad de la otra Parte

Esta relevante novedad implica que las personas físicas o jurídicas extranjeras de la nacionalidad de una Parte pueden actuar directamente frente al Estado en cuyo territorio se localiza la inversión y que presuntamente ha violado sus obligaciones internacionales en el trámite de aplicación del acuerdo o en relación a las consecuencias y requisitos de una medida nacionalizadora, expropiadora o de efectos equivalentes. En este caso, el inversor extranjero iniciará la solución de cualquier tipo de controversia sobre el régimen convencional solicitando de la Parte Contratante receptora de la inversión el *acuerdo de tipo amistoso*, para lo que presentará la pertinente notificación formal a la que acompañará y los documentos o motivos que la justifiquen. Se trata, pues, de una actividad procesal directa de particular a Estado sin condiciones o requisitos especiales conforme al procedimiento civil de su Derecho interno. Si en el plazo de seis meses desde la fecha anterior no se hubiere resuelto satisfactoriamente la reclamación, el inversor extranjero podrá optar en someter directamente la controversia a la solución *arbitral* con arreglo al sistema UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional) o al sistema CIADI (Centro

Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment». *ICSID Review-FILJ*, vol. 12, 1997, pp. 287 y ss.; YU, H.L. «Amiable Composition –A learning Curve». *Journal of International Arbitrations*, vol. 17-I, 2000, pp. 79 y ss.

Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones),¹⁹ si bien en algún otro acuerdo (como el hispano-cubano) se opte también por acudir a otros sistema arbitrales como es el caso de la Cámara Internacional de Comercio de París.

Este arbitraje es también definitivo y obligatorio. Como advierte el artículo 11, 5 del *Acuerdo* entre España y Bolivia: «Las decisiones arbitrales serán definitivas y vinculantes para las partes en la controversia. Cada Parte Contratante se compromete a ejecutar las sentencias conforme con su legislación nacional».

Mientras que en el caso de las controversias que surgen entre dos partes contratantes, es decir, entre dos Estados, el arbitraje se configura como un medio jurisdiccional estrictamente de Derecho Internacional Público, tanto en atención a la composición y procedimiento del órgano como en relación al Derecho aplicable por el mismo, la calificación de estos arbitrajes utilizados para resolver controversias entre un inversor y el Estado receptor suscita mayores dosis de duda. Si nos atenemos a la naturaleza de los órganos arbitrales contemplados, no cabría duda en cuanto a su ubicación en el ámbito del Derecho Internacional Privado; y también es privatista una parte de las normas jurídicas aplicables que se incardinan en el Derecho interno del Estado en cuyo territorio se halla la inversión, en el que se incluyen las relativas al conflicto de leyes. Pero si valoramos debidamente que estos tribunales arbitrales deben aplicar los principios y las normas del Derecho Internacional Público comúnmente aceptadas, entre las que destacan en primerísimo lugar todas las disposiciones contenidas en el acuerdo bilateral de inversiones, la cuestión deja de estar clara y emergen espacios de duda más que razonables.²⁰ Porque la práctica jurisprudencial emanada de estos órganos arbitrales pone de manifiesto dos cosas: primera, la composición de estos tribunales cada vez acoge a un mayor número de árbitros que son especialistas en Derecho Internacional Público; segunda, que el Derecho aplicable gira en buena medida en torno a la aplicación e interpretación del correspondiente acuerdo o, lo que es lo mismo, se desplaza al terreno propio del Derecho de los Tratados. A la vista de lo anterior no parece arriesgada la conclusión de que estos arbitrajes presentan una

¹⁹ En relación con este importante sistema de solución de controversias en materia de inversiones extranjeras, *vid.* VIVES CHILLIDA, J.A. *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*. Madrid, 1998.

²⁰ Con relación al interesante problema del Derecho aplicable a este tipo de arbitrajes, *vid.* JUILLARD, P. «L'évolution des sources du Droit des investissements». *Recueil des Cours* (1994-VI), t. 250, pp. 9 y ss.; LEW, J.D. *Applicable Law in International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Awards*, New York: Oceana Publications, 1978; PARRA ARANGUREN, A.P. y I.F.I. SHIHATA, «Applicable Substantive Law in Disputes Between Status and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration Under the ICSID Convention». *ICSID Review-FILJ*, vol. 12, 1997, pp. 183 y ss.

naturaleza mixta; claro está que soy consciente que semejante conclusión carece de utilidad más allá de la meramente académica.²¹

5.2.c. *Las relaciones entre ambos tipos de arbitraje en la solución de controversias sobre inversiones*

La presencia y regulación de dos tipos de posibles controversias, así como los diferentes sistemas de arbitraje contemplados, suscitan no pocas dudas y algunas reflexiones en torno a ambas cuestiones. ¿Es necesario el agotamiento de los recursos internos? ¿Cuál es el papel de la protección diplomática en su concepción clásica? ¿Cabe la utilización simultánea de las dos posibilidades o la acción del Estado solo puede iniciarse cuando han terminado los particulares afectados? ¿Cuál es la razón que aconseja a los inversores particulares a actuar por sí mismos y no a reclamar intervención de sus Estados, esto es, a sustituir los mecanismos de protección estatal en beneficio de los privados? ¿Qué relación dialéctica, en términos políticos y económicos, existe entre el arreglo amistoso y el recurso al arbitraje internacional? Las interrogantes que acabamos de mencionar no se originan exclusivamente por las cláusulas convencionales que están presentes en los *apris*, sino también por la verdadera convulsión que la nueva metodología para la solución del conflicto supone respecto a los métodos tradicionales, así como por la pluralidad agentes jurídicos que pueden operar en este nuevo escenario.

Las anteriores cuestiones que hemos suscitado generan a su vez interesantes opciones desde el punto de vista de la estrategia político-jurídica para los inversores extranjeros en el caso de nacionalizaciones por parte del país receptor. En todos los casos a los que vamos a hacer alusión deberemos distinguir la situación cualitativamente diferente que suscitan las personas físicas, en el sentido de simples individuos inversores aisladamente considerados, de las grandes sociedades multinacionales en su dimensión de grandes inversores dotados de múltiples mecanismos forenses de protección.

En primer lugar, los inversores deben optar por intentar agotar la eficaz defensa de sus intereses por la vía de las negociaciones directas con las autoridades nacionalizadoras, antes de utilizar la vía arbitral, intentando obtener compensaciones adecuadas que no se agotan necesariamente en el contenido de la indemnización. El inversor privado extranjero que acude a la solución arbitral puede ser considerado como una especie de persona *non grata*, en términos económicos y comerciales, por las autoridades nacionales, con los efectos que ello implicaría para su actividad futura. Por el contrario, el cauce negociador puede resultar más útil —de hecho, así sucede frecuentemente

²¹ Sobre este problema nos remitimos al estudio de TOOPE, S.J. *Mixed International Arbitration. Studies in Arbitration between Status and Private Persons*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

en la práctica— al gran inversor societario que extiende sus tentáculos a sectores muy diversos de la actividad económica y comercial del Estado receptor. En este orden de ideas, la nacionalización de una pequeña planta de refino de productos petrolíferos puede resultar aceptable para el inversor extranjero a cambio de otras facilidades en ese u otros sectores de la actividad económica: *do ut des*.

En segundo término, si se opta por la vía del arbitraje privado, una vez agotada y fracasada la vía negociadora, se ofrecen distintos panoramas jurídicos —en estrictos términos de defensa eficaz de sus intereses— al inversor privado por referencia al societario. Pues las grandes compañías inversoras extranjeras disponen de servicios jurídicos especializados de gran magnitud y de inequívoca calidad profesional, que superan siempre los que están a disposición de las personas físicas y también, en la mayor parte de los casos, a los servicios jurídicos —propios o contratados— de los países en vías de desarrollo. La organización y puesta en práctica del arbitraje es costosa asimismo en términos económicos, terreno en el que las sociedades inversoras parten con una indudable ventaja. Algunos países sudamericanos conocen el problema a la perfección pues, con mayor frecuencia de la debida en ciertos países, las actuaciones mal calibradas —desde el punto de vista jurídico, pues políticamente pueden resultarles rentables en el corto plazo— de las autoridades nacionales desembocan en decisiones CIADI adversas a sus pretensiones por las millonarias indemnizaciones acordadas y, además, sumamente costosas por los honorarios de sus abogados. De ahí que, en el caso de los inversores particulares, pudiera resultar más eficaz que el Estado de su nacionalidad iniciara la vía del arbitraje público internacional frente al Estado nacionalizador, opción sobre la que volveremos de inmediato. En el caso de España, compañías inversoras del tamaño de Santander, Telefónica y Repsol, por citar solo ejemplos significativos y de público conocimiento, nunca serían proclives en principio al recurso a esta técnica, pues las posibilidades reales de éxito —en términos de defensa jurídica especializada— sería muy inferior si se ocupan de la cuestión los servicios jurídicos del Ministerio de Asuntos Exteriores respecto a las que pueden ofrecer los grandes bufetes nacionales e internacionales a su servicio. Para quien conozca la intrahistoria del asunto de la *Barcelona Traction* ante la C.I.J. esta afirmación no les provocará grandes quebrantos, pues en ese caso aunque la protección diplomática fue ejercida formalmente por España (como no podía ser de otra forma), los servicios jurídicos utilizados fueron en buena medida ofrecidos por la sociedad interesada.

De otra parte, y se trata de una cuestión muy poco estudiada en la literatura especializada, el actual mecanismo de protección internacional de inversiones consolidado en los *apris* nos sitúa ante una hipótesis desconocida en la situación anterior: a saber, ningún acuerdo prohíbe expresamente en su letra (lo que equivale a su aceptación implícita) una acumulación de demandas ante una institución arbitral privada (por

parte del inversor) y otra de Derecho Internacional Público (iniciada por el Estado de la nacionalidad de los inversores). O, lo que es lo mismo, que una medida nacionalizadora pueda encontrar como respuesta, tras el respectivo agotamiento del cauce negociador, la presentación de dos demandas arbitrales concurrentes, ya sea de manera simultánea o sucesiva. Ello es así puesto que en la práctica totalidad de los *apris* se acepta someter al arbitraje público entre Estados «cualquier controversia sobre la aplicación e interpretación del acuerdo», sin condición o requisito previos de ninguna especie (por ejemplo, el agotamiento de las vías convencionalmente previstas por los inversores privados), y parece claro que cuando un Estado nacionaliza sin cumplir —en opinión del demandante— las condiciones convencionalmente acordadas surge una controversia que a un mismo tiempo puede concernir a la interpretación y/o aplicación del tratados de inversiones como a estas en sentido estricto. En todo caso, para fijar el alcance y contenido de la fórmula anterior no cabría utilizar los parámetros o principios interpretativos propios del Derecho interno del Estado de la nacionalización, sino que habría que acudir exclusivamente a los criterios de interpretación que están presentes en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, cuya regla básica bien conocida se enuncia en el artículo 31.1. Por su parte, cuando se contemplan en esos mismos acuerdos los mecanismos de solución de controversias entre un inversor particular y el Estado receptor se alude a las controversias relativas a la inversión y a cualquier cuestión regulada por el *apri*. En ningún caso se subordina el ejercicio de la acción pública estatal a la terminación o prohibición de la acción privada. En consecuencia, cuando emerja una controversia relativa a la inversión o contenido del *apri* no existen reservas explícitamente acordadas en los textos de los acuerdos que garanticen la imposibilidad de concurrencia de ambas actuaciones procesales.²²

Cosa distinta es que de ordinario no se suscite habitualmente una situación como la analizada en la práctica, pero ello puede obedecer a la primacía de las estrategias comerciales, políticas y económicas sobre las estrictamente procesales. El buen juicio del Estado de la nacionalidad de la inversión aconsejará habitualmente tener en cuenta no solo los propios intereses estatales, sino también los específicos de sus inversores, y

²² Todo ello aparece confirmado por el artículo 27.1 del *Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados*, cuyo texto prevé la renuncia del Estado de la nacionalidad de la inversión al ejercicio de la protección diplomática de sus nacionales respecto a otros Estados que hayan aceptado la cláusula arbitral «salvo que este último no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo». De lo anterior se deriva: a) que el ejercicio de la protección diplomática cabe siempre para garantizar la ejecución del laudo; y b) que nada impide el ejercicio de una acción de Estado a Estado por incumplimiento del tratado, que no a título específico de ejercicio de la protección diplomática; c) que la imposibilidad del ejercicio de la protección diplomática se limita a la protección de los Estados de sus personas físicas y jurídicas durante la sustanciación de los mecanismos arbitrales hasta el momento de la sentencia o laudo arbitral.

estos últimos pueden resultar más proclives a evitar el enfrentamiento total en beneficio de tácticas más posibilistas; sin embargo, en el caso de un conflicto total y abierto tanto del Estado como de sus inversores con el Estado nacionalizador, la hipótesis de trabajo que acabamos de examinar no resultaría en absoluto descartable,²³ como más adelante tendremos ocasión de comprobar.

5.3. Las cláusulas sobre vigencia, denuncia y terminación de la aplicación de los *apris*

Si este tipo de cláusulas son reveladoras siempre de la voluntad de las partes en orden al mantenimiento de sus vínculos convencionales, en los tratados sobre inversiones lo son aún más dado que los inversores y receptores desean contar con un marco jurídico estable, previsible y razonable en términos económico, esto es, con un horizonte de aplicación temporal conocido y suficiente. En este punto, un examen cuidadoso de estas cláusulas finales también permite afirmar que los *apris* no son concebidos instrumentalmente por sus negociadores como flor de un día o moda momentánea en el marco inversor global. Al contrario, manifiestan una vocación de permanencia y estabilidad que se confirma con la renegociación de los mismos, una vez terminada su aplicación, para realizar los ajustes imprescindibles y no para alterar sustancialmente el régimen inversor.²⁴

Para situar el anterior análisis en un terreno más concreto, el Acuerdo entre España y Bolivia (artículo 13) prevé una vigencia del mismo de diez años, con posibilidad de prórroga indefinida, pudiendo quedar esta última interrumpida mediante la denuncia formulada seis meses antes de la fecha de terminación; además ha de tenerse en cuenta que en el caso de terminación de la aplicación del acuerdo todas las inversiones españolas realizadas en una fecha anterior a la de la denuncia seguirán estando protegidas convencionalmente durante un período de diez años contados a partir de la fecha en que se materializó dicha denuncia. Las mismas previsiones literales se establecen en los Acuerdos entre España y Ecuador (artículo 12) y entre España y

²³ Se ha formulado un reparo importante, a primera vista, a la posibilidad de acumulación de acciones y, por tanto, de que un Estado se vea condenado dos veces por un mismo hecho en dos instancias arbitrales diferentes, situándonos ante una especie singular del *non bis in idem* de naturaleza procesal. No obstante, cabe tener en cuenta asimismo los siguientes razonamientos: primero, se trata de acciones de naturaleza procesal completamente diferentes; segundo, se refiere a comportamientos estatales de doble naturaleza que generan, a su vez, responsabilidad internacional de distinta índole; tercero, el perjuicio generado es también de índole distinta: intereses generales propios del Estado e intereses particulares específicos de los accionistas; cuarto, el texto de los acuerdos de inversiones no dejan lugar a dudas interpretativas serias, pudiendo sostenerse que el Estado receptor ha aceptado y consentido esta posibilidad, pues en otro caso habría subordinado el ejercicio de ambas acciones.

²⁴ Sobre esta última cuestión, *vid.* el trabajo monográfico de PETER, W. *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*. Segunda edición. The Hague: Kluwer Law International, 1995.

Cuba (artículo 12). La única diferencia al respecto —por otra parte de matiz y no sustantiva— se encuentra en el Acuerdo celebrado con Venezuela (artículo 12), pues terminados los diez años de vigencia inicial se contempla una renovación tácita por períodos bianuales, quedando protegidas las inversiones llevadas a cabo antes de la denuncia de modo idéntico a los acuerdos anteriores²⁵. Y la prueba de que esta regulación no obedece a una práctica particular de España con los países americanos —por utilizar un ejemplo ilustrativo— la encontramos en el Acuerdo de España con la R.P. de China (artículo 14), en el que la prórroga de la aplicación solamente puede interrumpirse mediante la denuncia formulada un año antes de la terminación, con idéntica protección durante otros diez años de las inversiones efectuadas antes de esa fecha.

En conclusión, los *apris* ponen de manifiesto la voluntad de las partes de llegar a soluciones de gran estabilidad temporal para lograr un marco adecuado a la previsibilidad inherente a las recelosas inversiones extranjeras, explicándose así la vigencia actual de acuerdos celebrados a mediados de la década pasada.

6. Conclusiones y observaciones generales perceptibles en la tensión existente entre nacionalizaciones e inversiones extranjeras

La actual sociedad internacional es cosmopolita desde el punto de vista económico y vive un momento de aguda crisis, que algunos consideran apocalíptica, desde el punto de vista financiero, monetario, comercial, crediticio y político, con ingredientes muy variados de suma complejidad. En el actual contexto resulta más pertinente, si cabe, alguna reflexión sobre las tendencias nacionalizadoras presentes en no pocos países americanos y la tensión dialéctica suscitada con los países tradicionalmente inversores en el área. El recurso a la nacionalización de la propiedad extranjera es habitual en el discurso político de ciertos gobernantes para atraer el voto y el apoyo de sus nacionales. En principio, nada de malo hay en ello pues todo país es muy libre de nacionalizar sus recursos naturales y determinadas empresas estratégicas, se trata de un derecho soberano inobjetable desde el punto de vista jurídico-internacional; pero a condición de aceptar las consecuencias de estas manifestaciones de soberanía económica. Y con mayor frecuencia de la debida, los mismos políticos que anuncian con estruendo tales medidas ocultan a sus administrados las consecuencias que sus actos pueden acarrear a la economía nacional. El populismo siempre lleva implícitos inquietantes componentes de ocultismo, lo que explica su más que dudosa etiqueta

²⁵ Me permito hacer notar de nuevo la exacta simetría que existe en los diversos acuerdos de inversiones en su estructura interna, tanto en esta cuestión particular como en relación a los aspectos analizados anteriormente, simetría que sugiere la presencia de un único modelo convencional.

democrática. Nuestro trabajo se ha inclinado por la perspectiva jurídica del problema, pero no cabe ignorar para no incurrir en mero análisis formalista sus consecuencias político-económicas, ya que en la crisis actual las inversiones extranjeras serán más selectivas aún si cabe y los Estados nacionalizadores serán calificados —al margen de que no se comparta esa calificación— como Estados sospechosos e infectados para los inversores extranjeros. De manera que el gobernante en cuestión deberá valorar con sumo cuidado el impacto de sus nacionalizaciones en relación a las necesidades de inversión extranjera para el adecuado desarrollo nacional, salvo que opte por convertirse en un Estado autárquico, en una isla económica, como sucedió tras la guerra civil española con el régimen fascista del general Franco. Y conste que me siento tan alejado de las ideas ultraliberales de los *neocons* como del sueño adolescente de la eterna juventud.

Pero volvamos de nuevo al ámbito jurídico, en el que se detecta que la posición general de control corresponde sin duda al país inversionista; pero este control podría encontrar, sin embargo, algunas válvulas de escape que favorecen los intereses de los países receptores. Frente a la anterior situación en la que el ejercicio de la protección diplomática ofrecía grandes espacios de inmunidad procesal, en el caso de que el Estado nacionalizador no aceptara el sometimiento de la controversia a la técnica jurisdiccional, la presente situación parte de la hipótesis contraria (la jurisprudencia CIADI reconoce ampliamente el acuerdo como base esencial del foro competencial). Téngase en cuenta que los problemas no se alteran sustancialmente para aquellos países (como es el caso de Bolivia) que hayan repudiado el sistema CIADI, dado que entonces operará sustitutivamente el arbitraje ad hoc, regulado por el Reglamento arbitral de UNCITRAL. Por consiguiente, el arbitraje —público o privado— se impondrá fatalmente como mecanismo de solución. ¿Dónde se hallan entonces los balones o depósitos que oxigenan las aspiraciones de los países americanos que —como sucede notoriamente con Argentina— son habituales destinatarios de las demandas arbitrales? De la misma forma que nadie es perfecto, el sistema de control diseñado por los países más desarrollados tampoco lo es y así lo prueban las posibles vías de escape detectables.

En primer lugar, llama la atención la *inexistencia de previsiones para garantizar la ejecución de los laudos o sentencias arbitrales*. Así sucede, de una parte, en los arbitrajes internacionales derivados de controversias entre los Estados Partes, pues los *apris* analizados guardan un escrupuloso silencio en esta materia. De suerte que habrá que acudir a los principios generales del Derecho Internacional existentes en este ámbito, y es bien conocido que la inejecución de los laudos constituye el verdadero talón de Aquiles de este mecanismo jurisdiccional, por lo que en caso de negación sistemática y frontal de una parte a la ejecución a la otra apenas le resta el recurso

a la adopción de *contramedidas*, que pueden o no resultar eficaces a estos fines en función de las características de cada relación bilateral en particular, o bien a iniciar un nuevo contencioso internacional de dudosa eficacia práctica. Por lo que respecta, de otro lado, a los arbitrajes entre un inversor particular y el Estado receptor de la inversión la práctica totalidad de los *apris* celebrados por España con países sudamericanos coinciden textualmente en la fórmula de «ejecutar las sentencias [CIADI o UNCITRAL] de acuerdo con su legislación nacional» (*vid.* los respectivos artículos 11 de los Acuerdos de España con Bolivia, Ecuador y Venezuela), lo que abre la puerta inmediatamente a los tribunales y normas internas del Estado nacionalizador. En el caso de fuertes indemnizaciones ya decididas, la tentación de utilizar los recursos jurisdiccionales y legislativos de su Derecho interno puede ser demasiado fuerte para el Estado nacionalizador condenado, con el proporcional alejamiento de hacer efectiva la indemnización. ¿Duro golpe para los países inversores?

Claro que en este caso la jurisprudencia CIADI puede venir en ayuda para aliviar esta posible preocupación de los inversores, así como el texto del artículo 27, 1 del Convenio de 1965.²⁶ En el reciente pronunciamiento sobre inejecución de la sentencia indemnizatoria en el asunto *Enron Corporation and Ponderosa Assets LP v. República Argentina*,²⁷ se estableció que un país condenado a indemnizar no puede ampararse en artificios o razonamientos de su Derecho interno para dilatar o evitar el pago, por lo que el demandante (norteamericano en este caso, como país de la nacionalidad de la sociedad) podría acudir ante cualquier jurisdicción nacional donde existieren activos argentinos para repercutir la indemnización sobre los mismos. Por tanto, según esta doctrina existe una cláusula de garantía para hacer efectiva la indemnización pese al recurso del demandado a su propia jurisdicción. Porque en este caso se pone de manifiesto indirectamente una interesante perspectiva de interacción entre los arbitrajes entre las partes y los arbitrajes entre un inversor y el Estado receptor. A saber el arbitraje entre Estados operaría subsidiariamente cuando decidida una demanda por el sistema UNCITRAL o CIADI con el resultado de una indemnización, en la hipótesis de que el Estado demandado acudiera a los remedios de su Derecho interno para no ejecutar o dilatar indebidamente el trámite de ejecución, el Estado de la nacionalidad del inversor pondría en marcha el mecanismo arbitral de Derecho Internacional Público.

²⁶ Como hemos indicado *ut supra* en la nota 22, se acepta expresamente la utilización de la protección diplomática en caso de inobservancia o inejecución del laudo arbitral. Pero además el Estado de la nacionalidad puede demandar directamente al Estado receptor no a título de ejercicio de la protección diplomática, sino por desacuerdo entre los Estados parte sobre la interpretación e (in)aplicación del *apri*, acción que en modo alguno puede equipararse ni confundirse con el ejercicio de la protección diplomática *stricto sensu*.

²⁷ CIADI ARB/01/03, *United States/Argentina BIT, Decision on Request for Continued Stay of Enforcement*, de 7 de octubre de 2008. En el caso se trataba de una indemnización de US\$ 106,2 millones.

Pero, dejando a un lado esta decisión, no resulta arriesgado sostener con carácter general que la atracción de la ejecución hacia el sistema judicial y legislativo del Estado receptor constituye, en numerosos casos, una dificultad inherente a la eficacia del laudo privado para el Estado inversor, al menos en el corto y mediano plazo, especialmente cuando el Estado receptor se halla en una fase de inconfesada rebeldía procesal ante una jurisprudencia arbitral que estima sumamente lesiva para sus intereses o escasamente fundamentada en Derecho. No olvidemos que una demanda arbitral supone un costo económico importante para un demandado en vías de desarrollo.

En segundo término, examinaremos la hipótesis del *estado de necesidad* como pretendida causa excluyente de la responsabilidad internacional y, por tanto, como expediente jurídico para evitar la ejecución de la indemnización por cualquier vía. La cuestión se ha suscitado muy recientemente no solo en el asunto *Enron* ya citado, sino asimismo en el asunto *Metalpar y Buen Aire SA c. Argentina*.²⁸ Aunque el tribunal arbitral no se detuvo en esta causa excluyente de la responsabilidad cuando existen daños ciertos y cuantificados para el inversor, la discutible doctrina que lo impregna presenta un perfume del no pero sí, dado que se trataba de determinar si la gravísima crisis financiera argentina de 2001 justificaba o no la adopción de medidas extraordinarias sobre estas dos empresas chilenas, teniendo en cuenta —entre otros elementos— la noción de «riesgo país». El tribunal sostuvo que las medidas económicas argentinas no solamente no perjudicaron a estas empresas sino que, a medio plazo, las beneficiaron, y que los demandantes no acreditaron los concretos perjuicios sufridos. Si es cierto que una golondrina no hace verano, no lo es menos que marca un camino que a buen seguro continuará Argentina frente a demandas extranjeras involucradas en el tiempo del «corralito». No se aplica formalmente el estado de necesidad, pero este país ha encontrado al fin una aparente bocanada de aire fresco frente a decisiones arbitrales mayoritariamente adversas. Simplemente cabría añadir a este respecto que en el Derecho Internacional Público, aplicable por los tribunales C.I.A.D.I., es regulado de forma sumamente restrictiva por el artículo 25 del *Proyecto* de la C.D.I., (desde luego no resulta invocable por un Estado que ha contribuido a que se produzca el mismo), fue calificado por la C.I.J. en el asunto del *Proyecto Gabčíkovo-Nagyamaros* como admisible únicamente «a título excepcional»²⁹ y fue desechada su aplicación por la misma Corte en su dictamen consultivo en el asunto sobre las *consecuencias de la construcción por Israel de un muro en el territorio palestino ocupado*.³⁰

²⁸ C.I.A.D.I. ARB/03/5, sentencia de 6 de junio de 2008.

²⁹ C.I.J. *Recueil* 1997, párrafo 51.

³⁰ C.I.J. *Recueil* 2004, dictamen de 9 de julio de 2006, en cuyo párrafo 140 se recuerda que la invocación de esta causa exige que se reúnan *acumulativamente* todas las condiciones previstas en el artículo 25 del Proyecto entre las cuales destaca, en primer término, que la medida invocada sea *la única forma* de proteger el interés esencial del Estado.

En suma, la posible aplicación de esta causa excluyente de la responsabilidad debe ser considerada con suma prudencia y partiendo de su carácter excepcional y escasamente proclive a escenarios jurídicos como los que hemos examinado.

Y otro tanto cabría sostener en relación con la pretendida obligación del demandante de utilizar y agotar previamente los recursos internos existentes en el Estado demandado, ya que, como hemos visto en otros apartados anteriores, esta sería en todo caso un requisito para el ejercicio de la protección diplomática para la acción de Estado a Estado (en todo caso, no prevista en los *apris*) y no un requisito exigible a los inversores privados con carácter previo a la demanda.

Por consiguiente, junto a los anuncios enfáticos de nacionalización de propiedades e inversiones extranjeras, un gobernante riguroso debería mostrar a sus administrados la otra cara de la moneda: esto es, que la adopción de estas medidas comporta para el Estado nacionalizador la posibilidad real de una contraprestación indemnizatoria que, en función de los daños causados, puede significar un importante esfuerzo económico para ese Estado, sin que existan expedientes jurídicamente infalibles que hagan imposible la ejecución de la indemnización. En otras palabras: nacionalizar es posible pero hay que sumir los costos económicos y políticos de la medida. Y es esta otra cara de la moneda la que sistemáticamente evitan mencionar los gobernantes más populistas. En la actual situación de crisis financiera global, caracterizada —entre otros elementos— porque los países más desarrollados económicamente adoptan hoy mecanismos nacionalizadores que hace poco tiempo vedaban a los países emergentes y en desarrollo, es más que previsible una fuerte contracción de los flujos inversores, lo que supone una dificultad sobrevenida a las economías menos desarrolladas con vocación receptora. En este contexto no considero adecuada la alternativa de ocultar u olvidar el garantismo de los *apris* para los inversores más desarrollados, sino la de trabajar colectivamente para la sustitución del modelo o para introducir mecanismos correctores en el mismo. ¿Estaría la solución en un regreso al fenecido N.O.E.I. de 1974?

Teniendo en cuenta el estado de relativa parálisis en que se hallan algunos mecanismos multilaterales americanos, como es el caso del Mercosur o de la CAN, acaso sería provechoso que la pujante juventud de UNASUR se ocupara de fijar una estrategia común en la materia de los países implicados para decidir, como asunto central, entre su respeto a canonizar el actual modelo de los *apris* o bien en buscar un modelo alternativo para futuras negociaciones de tales acuerdos.