

Doctrina

Arbitraje, vol. VII, n° 3, 2014, pp. 655–677

La eficacia de la protección internacional de las inversiones extranjeras *

Miguel VIRGÓS **

Resumen: La eficacia de la protección internacional de las inversiones extranjeras

Las inversiones extranjeras están sometidas a los riesgos derivados del ejercicio de la soberanía por el Estado receptor de la inversión, típicamente al riesgo de comportamientos oportunistas. En este artículo se toma como ejemplo la expropiación y se compara la protección del inversor en dos escenarios distintos: un mundo sin tratados de protección de inversiones y un mundo en el que existe un tratado de protección que obliga al Estado receptor de la inversión. A tal efecto, se compara la situación de los nacionales españoles expropiados durante la revolución cubana y la más reciente expropiación sufrida por una empresa petrolera española en Argentina. También se pasa revista a los mecanismos de enforcement del Derecho internacional público y su aplicación para promover el cumplimiento en este sector.

Palabras clave: INVERSIÓN EXTRANJERA – TRATADOS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES – AUTOTUTELA – ENFORCEMENT – EXPROPIACIÓN.

Abstract: The Effectiveness of International Protection of Foreign investments

Foreign investments are subject to certain risks arising from host countries that exercise sovereign rights, and typically the risk of opportunistic behavior. In this article expropriation is taken as an example and two different investor protection scenarios are compared: a world without investment protection treaties, and a world with investment protection treaties. To this end, it compares the situation of Spanish nationals' whose property was expropriated during the Cuban revolution, and the more recent expropi-

* Texto de la ponencia presentada en el I Congreso de Derecho Económico Internacional y de los Negocios Internacionales que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid los días 5 y 6 junio 2014. El texto procede de la transcripción y por eso las citas se mantienen en un mínimo.

** Catedrático de Derecho internacional privado UAM y socio de Uría Menéndez.

ation suffered by a Spanish oil company in Argentina. It also reviews the enforcement mechanisms in public international law and its application to foster compliance in this sector.

Keywords: FOREIGN INVESTMENT – INVESTMENT PROTECTION TREATIES – SELF-GOVERNMENT – ENFORCEMENT – EXPROPRIATION.

I. Introducción: un mundo en evolución

1. A partir de la mitad del siglo pasado, como reacción a las carencias observadas en la protección de las inversiones de sus nacionales en el extranjero, algunos Estados comenzaron a concluir tratados de promoción y protección recíproca de las inversiones. Alemania fue la pionera. La iniciativa tuvo éxito y pronto se generalizó, desembocando hoy día en un número impresionante de tratados; número que la UNCTAD¹ cifra en cerca de 3.200 (2.857 tratados bilaterales y 339 tratados que contienen reglas de protección de inversiones).

2. El hecho de que buena parte de esa protección se conduzca por tratados bilaterales es fácil de explicar, pues facilita a cada Estado decidir el umbral de protección que ofrece y negociarlo bilateralmente. Sin embargo los tratados bilaterales no deben ser considerados solo individualmente, pues estos tratados contienen normalmente cláusulas de nación más favorecida (“cláusulas NMF”). Estas cláusulas actúan como nexo de unión de los tratados bilaterales y producen un efecto de red, porque permiten al inversor bajo un tratado determinado alegar y obtener el beneficio de la aplicación de cualquier otra norma más favorable que el Estado receptor de la inversión haya concertado o pueda concertar en el futuro con un tercer Estado. Las cláusulas NMF tienen, pues, un formidable efecto multiplicador de la protección, al extender a los beneficiarios de los tratados en vigor cualquier mejora en la protección de las inversiones que el Estado receptor de la inversión ofrezca a los nacionales de otros Estados.

3. El objetivo de los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones (APPRI en la terminología al uso en España) es, como su propio título indica, promover y proteger las inversiones de nacionales de un Estado contratante en el otro Estado contratante. Los tratados multilaterales suelen tener un contenido más amplio y regular otras cuestiones de política comercial (acceso al mercado, compe-

¹ UNCTAD, *World Investment Report*, 2013, p. 101.

tencia, fiscalidad, etc.). Para entender el mecanismo de protección de inversiones de todos estos tratados es importante tener en cuenta algunos datos.

4. El punto de partida es el principio de soberanía territorial de los Estados, que es una regla básica del Derecho internacional. Por lo que ahora nos interesa, este principio tiene dos consecuencias: (i) cada Estado decide libremente si y bajo qué condiciones va a recibir inversiones extranjeras; y (ii), una vez hecha la inversión, el inversor extranjero queda sujeto a las reglas y decisiones del Estado receptor y, por lo tanto, a sus poderes regulatorios.

5. Este segundo aspecto plantea un problema de oportunismo: una vez que se ha producido la inversión, el Estado receptor puede sentir la tentación de utilizar sus poderes soberanos para aprovecharse indebidamente de la inversión hecha, para redistribuir sus beneficios a favor de grupos nacionales o simplemente para expropiarla.

6. Un ejemplo típico de oportunismo se da en los casos de expropiaciones indirectas, que se producen cuando el Estado, sin apropiarse formalmente de la inversión, adopta medidas que sustancialmente privan al inversor de su valor, uso o disfrute.

N.B. Una buena explicación de lo que una expropiación indirecta implica puede verse en esta cita: *“Indirect expropriation is the most common way of expropriation in the case of public service concessions. This is mainly because of the basic characteristics of public services: large sunk investments, economies of scope or scale and massive consumption of the final product. In this context, the investor (actual or potential) will continue operating as long as the cash flow is positive, even if he is unable to recover sunk investments. Public services imply large investments in sunk assets. As an example, compare a water provision company with a textile firm. If the operator of the water utility decides to abandon the market, it will not be able to take its pipes or processing plants too. Meanwhile, if the textile operator decides to abandon the business, it will be able to sell both the real state and machinery in the market. Also, economies of scale and scope are such that in each area there will be a few public service operators. Lastly, the fact that public services are massively consumed makes its pricing a political issue. Politicians are always tempted to reduce tariffs of public services, even if these do not allow private investors to recover all their investment. Indirect expropriation, then, constitutes a major risk for any public service operator as long as the Government knows that operation can be sustained even if revenues are not enough to fully compensate investments”* (M.A. Abdala y P.T. Spiller, “Damage Valuation of Indirect Expropriation in Public Services”, accessible en internet, pp. 5 y 6).

7. La inestabilidad jurídica y el temor a comportamientos oportunistas del Estado receptor son factores que típicamente desincentivan la inversión extranjera. Por consiguiente, si un Estado quiere atraer

inversores extranjeros debe disipar esos temores, esto es, deberá ofrecer garantías de que una vez realizada la inversión no se va a comportar de forma oportunista. De otro modo ese Estado solo atraerá la inversión ofreciendo tasas de retorno muy altas que compensen el también alto riesgo de la inversión.

8. Los tratados de protección de las inversiones ofrecen esa garantía y, en este sentido, funcionan como un “seguro normativo”. Esta función la cumplen en dos planos: uno sustantivo y otro procesal. En el plano sustantivo los tratados aseguran a los inversores extranjeros un estándar de protección que no puede contravenir sin generar su responsabilidad internacional. En el plano procesal los tratados atribuyen al inversor una acción directa contra el Estado que pueden ejercitar ante un tribunal arbitral neutral, siguiendo un procedimiento con todas las garantías.

9. Los tratados de protección no inmunizan a los inversores extranjeros de los riesgos asociados a toda inversión económica, pero sí proporcionan unas seguridades básicas, un estándar suficiente de protección, frente a determinadas actuaciones del Estado receptor que pueden afectar a sus inversiones. Este estándar es el resultado de la combinación de varias cláusulas que se contienen típicamente en este tipo de tratados: proscripción de “expropiaciones o medidas de efecto equivalente” sin compensación; mandato de “trato justo y equitativo”, prohibición de la “discriminación”, obligación de “trato nacional” y de “trato de nación más favorecida”, garantía de “plena protección y seguridad”, así como “libre transferencia” de pagos relacionados con la inversión.

10. A través de la suma de esas protecciones, los tratados proporcionan un marco de lo que está ordenado y de lo que está prohibido. Este marco pone límites al ejercicio por los Estados de sus poderes en relación con las inversiones protegidas y delimita su “margen de acción”. Esto nada tiene de extraño pues, como se ha dicho con acierto, “[i]nvestment law ... is about the way in which we bring the State under some measure of control, which is the main aspiration of PIL [Public International Law]” (Crawford).

11. Si combinamos el marco legal que resulta de esos tratados con la atribución de autoridad para interpretarlos y aplicarlos que se hace a tribunales arbitrales internacionales, es fácil percibir que materialmente los tratados atribuyen a esos tribunales una función cuasi-

constitucional. En efecto, los tribunales constitucionales operan como una especie de “legislador negativo” (pues no tienen autoridad para promulgar normas pero sí para derogarlas si contravienen la constitución). Una versión débil de esta misma función es la que llevan a cabo los tribunales arbitrales internacionales: revisan el ejercicio por el Estado receptor de sus poderes sobre las inversiones protegidas y tienen autoridad para determinar que una determinada actuación legislativa, administrativa o judicial de ese Estado infringe el tratado y desencadena su responsabilidad frente al inversor. Es verdad que el tribunal arbitral no puede derogar las normas del Estado receptor (ni revisar sus actos administrativos o las sentencias de sus tribunales), pero sí puede ordenar a ese Estado que restituya al inversor los activos ilícitamente expropiados (desde el punto de vista del DIP) y/o condenarle al pago una indemnización.

N.B. El siguiente párrafo tomado de un laudo CIADI expresa bien esa idea: “*It is the Tribunal’s understanding of the basic international law principles that while a sovereign State possesses the inherent right to regulate its domestic affairs, the exercise of such right is not unlimited and must have its boundaries. As rightly pointed out by the Claimants, the rule of law, which includes treaty obligations, provides such boundaries. Therefore, when a State enters into a bilateral investment treaty like the one in this case, it becomes bound by it and the investment–protection obligations it undertook therein must be honoured rather than be ignored by a later argument of the State’s right to regulate*”. (*ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, párrafo 423).

12. Lo dicho en los párrafos anteriores nos permite ya atisbar algunos problemas. El primero, que la importante función de control del ejercicio de los poderes públicos que los tribunales arbitrales tienen encomendada exige más transparencia en sus procedimientos que la que actualmente proporcionan los tratados firmados por España u ofrecen las normas del arbitraje CIADI, todavía demasiado anclados en una visión de resolución de disputas importada del arbitraje comercial. Las nuevas generaciones de tratados de protección son más sensibles a este problema e incluyen reglas de transparencia. La propia Asamblea General de Naciones Unidas recomienda (Resolución de 16 diciembre 2013) la utilización del Reglamento sobre transparencia preparado por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Regl. Uncitral sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un Tratado, accesible en su página web)*.

* *Vid. infra*, pp. 856–860.

13. El segundo, que una característica común de los tratados vigentes es que dispensan su protección no a través de normas con supuestos de hecho determinados y consecuencias jurídicas definidas, sino más bien a través de principios generales (como la prohibición de la discriminación) o normas muy abiertas que se aproximan a lo que en la doctrina de Derecho privado se denominan “cláusulas generales” (su ejemplo más típico es la cláusula de la “buena fe”). La regulación por principios y las cláusulas generales comportan una considerable delegación a los jueces o árbitros que las aplican.

14. Ese carácter abierto de las normas de los tratados puede resultar beneficioso desde el punto de vista de la protección de las inversiones, porque permite al inversor protegerse frente a cualquier tipo de nueva acción por el Estado. Sin embargo, ese mismo carácter abierto de las normas de los tratados de protección de inversiones hace más difícil precisar el “margen de acción” del que dispone el Estado que los haya firmado.

15. El caso más claro es el de la cláusula de “trato justo y equitativo” que contienen la mayoría de los tratados de protección de inversiones. Esta cláusula se caracteriza por dos datos: la configuración absolutamente abierta de su supuesto de hecho y el reenvío que hace a criterios de decisión no positivizados, sino metajurídicos, como lo justo y lo equitativo. Aunque su contenido ha sido concretado progresivamente por la jurisprudencia, lo cierto es que representa un grado de delegación fuerte en los tribunales. Parafraseando a Wieacker, podríamos decir que el “trato justo y equitativo” no es un molde acabado que el juzgador calca sobre el material fáctico que ha colocado debajo, sino que exige del juzgador una extraordinaria labor de valoración: cada decisión contribuye a la creación del Derecho futuro. Dicho con otras palabras, esta cláusula delega en los tribunales llamados a aplicarla el desarrollo del Derecho y, por lo tanto, les delega el dibujo final del marco legal que delimitará el margen de acción del Estado.

N.B. La jurisprudencia arbitral sobre la aplicación del tratamiento justo puede ordenarse en torno a dos manifestaciones principales. Una se relaciona directamente con la idea de justicia como imperio de la ley (*rule of law*): el deber del Estado receptor de comportarse de acuerdo con una serie de parámetros objetivos, que deben orientar la toma de decisiones por sus órganos. La otra se relaciona con la idea de equidad y se basa en la protección de la confianza legítima: el deber de respetar las expectativas del inversor razonablemente creadas por actos y manifestaciones del Estado.

Desde la primera perspectiva, los tribunales arbitrales han definido la obligación de proporcionar un tratamiento justo y equitativo como sigue: “esta obligación significa que el Estado debe comportarse de manera coherente, sin ambigüedades, transparente, que

debe mantener un entorno suficientemente estable para permitir a un inversor razonablemente diligente adoptar una estrategia comercial y ponerla en marcha a largo plazo, y que debe comportarse de forma no arbitraria, ni discriminatoria y sin desviación de poderes y respetando sus compromisos” (*Lesi SpA and Astaldi SpA c. Algeria*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/3, Laudo de 4 noviembre 2008, párrafo 151). El trato justo y equitativo comprende también el respeto a las garantías del debido proceso en la adopción de decisiones administrativas y judiciales y la protección frente al trato abusivo a los inversores, como la coacción o el acoso

Desde la segunda perspectiva, el concepto de “expectativas legítimas” se ha convertido en un componente básico del estándar: Así, por ejemplo, el tribunal arbitral en *Saluka c. la República Checa*: “*An investor’s decision to make an investment is based on an assessment of the state of the law and the totality of the business environment at the time of the investment as well as on the investor’s expectation that the conduct of the host State subsequent to the investment will be fair and equitable (...) The standard of ‘fair and equitable treatment’ is therefore closely tied to the notion of legitimate expectations which is the dominant element of that standard*” (*Saluka Investments B.V. c. la República Checa*, Arbitraje bajo Reglas CNUDMI, Laudo parcial de 17 marzo 2006, párrafos 301–302).

Un buen resumen del contenido actual de este estándar es el de Dolzer, “Fair and Equitable Treatment: Today’s Contours”, *Santa Clara J. Int’l L.*, 2013, pp. 7 ss.

16. Bajo el escrutinio de la cláusula de trato justo y equitativo han pasado muy diferentes acciones de los Estados: por poner solo algunos ejemplos, el sistema chileno de permisos de pesca, la prohibición por California de aditivos en la gasolina, el sistema tarifario de la distribución eléctrica de Guatemala, el tratamiento de basuras en México, la pesificación y las medidas de intervención económica frente a la crisis Argentina, el sistema de agua potable de Cochabamba en Colombia, el parón nuclear alemán o, en breve lo hará, la regulación de las energías renovables en España.

17. Con esto no queremos criticar la jurisprudencia arbitral, que tiene ejemplos sobrados de aplicación adecuada de esta cláusula, sino poner de manifiesto la importante proyección que tiene sobre todos los sectores de la actividad económica doméstica la actuación de los tribunales arbitrales llamados a aplicar los tratados de protección de inversiones.

18. A nuestros efectos, interesa resaltar que la fuerte expansión del arbitraje de inversiones vivida en los últimos años llama a la reflexión sobre el funcionamiento del sistema, sobre todo cuando la aplicación de estos tratados se reclama no solo frente a conductas oportunistas, discriminatorias o arbitrarias de los Estados, sino más allá. ¿La introducción de controles cambios para atajar una crisis financiera puede disparar la aplicación de las reglas de protección de un tratado?. ¿Dejamos que los tribunales arbitrales sigan desarrollando esos princi-

pios y esas cláusulas generales de protección o se requiere un que los Estados recuperen la iniciativa y definan con más precisión, mediante una nueva generación de tratados, los contornos de esa protección?. ¿O acaso basta con establecer mecanismos para corregir los eventuales excesos de la jurisprudencia, como, por ejemplo, haciendo que los Estados parte del tratado a aplicar puedan emitir interpretaciones vinculantes?

19. La Unión Europea (UE), que tras el Tratado de Lisboa dispone de competencias exclusivas en esta materia, parece decidida a asumir un papel central en esta reflexión y para ello está re-examinando las reglas del juego, tanto dentro de sus propias estructuras como mediante una consulta pública. Desde luego, después de un largo periodo de aplicación de los tratados hay suficiente experiencia acumulada. La Unión está negociando ahora un acuerdo de libre comercio con EE UU (*Transatlantic Trade and Investment Partnership* o TTIP) y se propone hacerlo en el futuro con China y otras importantes economías. El TTIP es el acuerdo sobre comercio e inversión más ambicioso jamás intentado. Uno de los temas sobre la mesa de negociaciones es la protección de las inversiones extranjeras. Parece, pues, que es un buen momento para plantearse su renovación.

20. En efecto, la UE pretende aprovechar las negociaciones en curso para revisar el contenido y los límites de los estándares de protección de los tratados ahora vigentes. Una de las preocupaciones que tiene es que la jurisprudencia pueda llegar a limitar indebidamente el “derecho a regular” de los Estados para alcanzar objetivos legítimos de política pública, entre los que cita la protección de la salud humana, la seguridad, el medio ambiente o la estabilidad del sistema financiero. Que su diagnóstico o sus propuestas sean o no acertadas es cuestión que dejamos para otro momento. Lo importante ahora es indicar que la Comisión Europea ha abierto un periodo de consulta pública sobre las modalidades y alcance de la protección de inversiones (sobre la política de inversión de la UE *vid.* “*Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in UE Agreements*” y sobre la consulta, “*Public consultation on modalities for investment protection and ISDI in TTIP*”; ambos documentos son accesibles en internet).

21. En cualquier caso, a los efectos de esta exposición, lo que me interesa destacar de esta iniciativa es que la Unión Europea quiere insertar la protección de inversiones en un marco más amplio del que

proporcionan los tratados bilaterales clásicos. El modelo que la UE pretende seguir ahora es parecido al seguido por Canadá, EE UU y México en NAFTA: las reglas de protección de inversiones se insertan en tratados de libre comercio. Los “acuerdos de libre comercio” que la UE está negociando son tratados complejos que aseguran a sus beneficiarios el acceso a los mercados de los países firmantes, abarcan una pluralidad de sectores y ámbitos, comprenden cuestiones arancelarias y no arancelarias, tales como la propiedad intelectual o la contratación pública, e incluyen reglas de protección de inversiones. Después volveremos sobre ello.

II. El presente de la protección de inversiones

22. Sin duda alguna, el mecanismo jurídico más poderoso del que disponen hoy día las empresas europeas y, en particular, las empresas españolas para proteger sus inversiones fuera de España frente a acciones dañinas de los Estados receptores de su inversión son los tratados de protección de inversiones, ya sean bilaterales, típicamente, los APPRI, o multilaterales, cuyo ejemplo más importante para España es el Tratado de la Carta de la Energía.

23. Para comprobar la efectividad real de estos tratados nos basta imaginar dos escenarios hipotéticos y comparar sus resultados: el primero de esos escenarios es un mundo sin tratados de protección de inversiones; el segundo, un mundo con tratados de protección. Para ello nos valdremos de una comparación entre la situación de los inversores frente a las expropiaciones cubanas de los años 1959 y 1960, con la expropiación argentina de las acciones de control de Repsol en YPF en el año 2012.

1. El mundo sin tratados de protección de inversiones: las expropiaciones cubanas

24. En los años 1959 y 1960, con el triunfo de la revolución en Cuba se produjeron una serie de medidas de nacionalización de la economía que afectaron a las propiedades de personas físicas y jurídicas que gozaban de nacionalidad española. Al tiempo de las nacionalizaciones no había tratado de protección de inversiones en vigor que protegiera las propiedades de nuestros nacionales y, por lo tanto, se aplicaban las reglas generales del Derecho internacional público. Estas reglas nos dicen básicamente que la propiedad se protege de dos maneras. Una, a través de las normas del Derecho interno nacional

del Estado en cuyo territorio que se efectúa la inversión; otra, a través de las normas del Derecho internacional público sobre protección de la propiedad de los extranjeros, que básicamente establecen que la expropiación no puede ser discriminatoria y debe acompañarse de una compensación apropiada.

25. Ahora lo importante aquí es saber que el expropiado no tiene en Derecho internacional una acción directa contra el Estado expropiado. Va a tener que reclamar ante los tribunales nacionales de dicho Estado y si esa acción resulta infructuosa, solo le queda acudir a la protección diplomática. La protección diplomática es una acción que el DIP atribuye a los Estados para proteger los derechos e intereses de sus nacionales.

N.B. Los bienes situados en el Estado expropiador quedan protegidos por dos sistemas normativos: su propio Derecho interno nacional y las reglas del Derecho internacional Público (DIP). En caso de expropiaciones de bienes en dicho Estado, lo primero que debe hacerse es comprobar conforme al Derecho interno del mismo el alcance de esa expropiación y sus consecuencias. A continuación ese régimen debe cotejarse con las reglas del DIP. El DIP general reconoce a cada Estado la competencia para apropiarse de los bienes situados dentro de su territorio y sólo le impone ciertos límites si los afectados por dicha medida son extranjeros. En cuanto a Derecho consuetudinario, su contenido exacto es incierto en algunos extremos. La postura más prudente y mayoritaria sostiene las siguientes tesis: (i) Cuando los afectados son nacionales del Estado expropiante, el DIP general no impone ningún límite significativo. Un Estado no incurre en ilícito internacional si expropia los bienes de sus nacionales situados dentro de su territorio. La única posible excepción a esta regla puede encontrarse en la normativa hoy vigente sobre derechos humanos, en particular las reglas contenidas en los convenios específicos (*v.gr.*, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Convenio Americano de Derechos Humanos).

Cuando los afectados son extranjeros el DIP establece, en cambio, ciertas garantías. Los Estados no pueden expropiar los bienes situados en su territorio que pertenezcan a ciudadanos extranjeros sin respetar ciertos límites; aunque, de nuevo, por tratarse de Derecho consuetudinario no hay un acuerdo unánime sobre la precisión de estos límites. El mínimo común denominador de las tesis, y de hecho lo que parece deducirse de la práctica, es el siguiente límite: la nacionalización es conforme al DIP si sirve a un propósito público, no es discriminatoria y va acompañada de indemnización apropiada. Sobre estos tres requisitos el acuerdo es unánime. Los dos primeros elementos afectan a la licitud de la expropiación *per se*; el segundo, a la licitud de la expropiación *sub modo*. Esta diferencia tiene relevancia en cuanto a los remedios disponibles. En el caso de ilicitud *per se* cabe la restitución, en el caso de ilicitud *sub modo*, el remedio es la compensación económica.

Si un Estado expropia los bienes de ciudadanos extranjeros sin respetar las reglas del DIP, comete un ilícito e incurre en responsabilidad internacional. Sin embargo, a falta de tratado que lo permita, el nacional expropiado no puede accionar en el plano internacional contra ese Estado. En el plano internacional solo puede actuar el Estado cuyos nacionales han padecido la expropiación. Es decir, si un extranjero es, por ejemplo, víctima de una expropiación sin indemnización puede reclamar ante los órganos competentes del Estado expropiante y de conformidad con su Derecho interno. Ahora bien, si no obtiene

satisfacción no puede, en principio, formular una reclamación exigiendo su responsabilidad internacional, al configurarse ésta como una relación de Estado a Estado. Agotados los recursos en el ámbito interno, al particular no le queda otro recurso que acudir al Estado de su nacionalidad para que sea éste quien reclame internacionalmente, ejerciendo la protección diplomática.

26. Pues bien, los problemas de la protección diplomática son bien conocidos: En primer lugar, exige el agotamiento de los recursos internos. En segundo lugar, el ejercicio de la protección diplomática es discrecional, el Estado no está obligado a abrazar la causa de su nacional (aunque en España la protección de los españoles en el extranjero es un cometido esencial del Estado conforme a la Constitución, del que se puede derivar, en su caso, la responsabilidad de la administración española por no ejercerla (González Campos/Sánchez/Andrés, *Curso de Derecho internacional público*, 2003, p. 398). En todo caso, al ejercer la protección diplomática, el Estado se adueña en el plano internacional de la reclamación y puede disponer de ella como de un derecho propio. La protección diplomática es un derecho del Estado en el plano del Derecho internacional público, no un derecho de los individuos, y por eso la pretensión de reparación del nacional, una vez que el Estado se hace cargo de ella, queda expuesta al juego político de las relaciones diplomáticas entre los dos Estados.

27. Pues bien, es precisamente lo que ocurrió en el caso cubano. El Estado español ejerció la protección diplomática y en 1986 firmó un tratado de compensación global con Cuba, cuya finalidad fue la liquidación y finiquito de los derechos de los ciudadanos españoles expropiados (Convenio de 16 noviembre 1986 sobre la indemnización por los bienes de españoles afectados por las leyes, disposiciones y medidas dictadas por el gobierno de la República de Cuba a partir del 1 enero 1959). Este Convenio se refiere a los bienes localizados en Cuba en el momento de la expropiación –no a los bienes localizados fuera– y sobre esos bienes extingue los derechos derivados del DIP correspondientes a personas físicas y jurídicas españolas. El Estado español dispuso, así pues, de esos derechos de sus nacionales expropiados. Además, el Estado español negoció y aceptó la cuantía de la compensación a recibir (aproximadamente un 20% del valor de los activos expropiados) y fijó los criterios para su reparto entre los afectados. Es decir, conforme a las reglas de la protección diplomática el Estado español se adueñó, entre comillas, de las reivindicaciones de los expropiados y dispuso de ellas en el marco de las relaciones con Cuba a través de un tratado de compensación global (*Lump-sum Agreement*).

28. Cabe preguntarse qué hicieron los expropiados, los ciudadanos españoles no satisfechos, puesto que el Convenio extinguía sus derechos sobre los activos expropiados situados en Cuba a cambio de una reparación parcial de aproximadamente el 20% de su valor. Pues bien, los afectados reclamaron entonces judicialmente una compensación adicional del Estado español. El Tribunal Supremo rechazó dicha reclamación en dos sentencias de 10 diciembre 2003 (RJ 2003/9427 y 9581), señalando que los afectados podían considerarse bien protegidos por el Estado español, pues para el alto tribunal lo importante es la compensación global, de un Estado a otro Estado, y no los derechos individuales de cada propietario confiscado lo que determina el grado de satisfacción del acuerdo bilateral. Y en términos de compensación global el Tribunal entiende que se ha obtenido el 20% del valor, mientras que otros países, Italia y Francia, solo obtuvieron porcentajes inferiores. En términos de relaciones diplomáticas quizás fuera un éxito; en términos de compensación por el valor de las propiedades confiscadas, no lo parece tanto.

29. En resumen: en un mundo sin tratados de protección esta es la situación en que quedaron los inversores españoles: 30 años después de la expropiación recuperaron un 20% del valor de sus activos en Cuba.

2. El mundo con tratados de protección de inversiones: la expropiación argentina del 51% de YPF

30. Unos 50 años después se produce otra expropiación. Esta vez en un mundo con tratados de protección de inversiones. La historia de la toma de control y expropiación del 51% de las acciones de YPF propiedad de Repsol por la República argentina es, por reciente, bien conocida y no requiere que nos detengamos en sus detalles.

N.B. YPF ha sido tradicionalmente la mayor compañía petrolera de Argentina y también su mayor empresa. Tras su privatización a finales del siglo pasado, Repsol se convirtió en su accionista mayoritario y en 2011 controlaba cerca del 60% de la compañía. Repsol anunció a finales de ese mismo año el descubrimiento en los yacimientos de Vaca Muerta en Argentina, de volúmenes de hidrocarburos de alta calidad de tal dimensión que constituían el mayor descubrimiento de la historia de Argentina.

Después de un periodo de hostigamiento a Repsol que comenzó a principios de 2012, Argentina intervino YPF el día 16 abril 2012 mediante un Decreto que dispuso el desalojo forzoso de la dirección de la Compañía y su sustitución por un interventor gubernamental. La intervención tenía como propósito asegurar “el total y absoluto cumplimiento” la Ley de expropiación del 51% de las acciones de YPF en poder de Repsol, cuyo proyecto se enviaba ese mismo día al Congreso. Esta Ley también establecía, con efectos inmediatos,

la “ocupación temporánea anormal”, es decir, sin indemnización, de todos los derechos políticos y económicos asociados a las acciones objeto de expropiación, si bien la transferencia formal de su titularidad y el eventual pago de un justiprecio quedaba pendiente de que se completara el procedimiento expropiatorio ordinario. La Ley se promulgó el día 4 de mayo y entró en vigor el día 7 mayo 2012. Mediante la combinación de esos tres institutos (intervención, ocupación temporánea anormal y expropiación) el Gobierno dio la vuelta al régimen de expropiación constitucionalmente previsto en Argentina, que exige el pago previo a la expropiación (art. 17 de la Constitución argentina).

Repsol denunció la ilicitud nacional e internacional de las medidas de intervención y de la expropiación de sus acciones (ningún otro inversor ni ninguna otra empresa fue objeto de medidas semejantes) e inició, junto con otras acciones, un arbitraje internacional en CIADI al amparo del tratado bilateral España–Argentina de protección de inversiones. Estas acciones desembocaron en una negociación entre Argentina y Repsol que fructificaron en un acuerdo de compensación mediante el pago de una indemnización que Argentina satisfizo, resolviéndose así de modo definitivo la controversia.

31. El dato diferencial con el escenario cubano es que entre la República Argentina y el Reino de España existe un tratado de protección de inversiones (el Acuerdo de 1991 para la promoción y protección recíproca de inversiones). Este tratado cambia significativamente el paisaje jurídico y la posición del inversor español, en dos planos, el de sus derechos sustantivos y el de las acciones frente al Estado.

32. Así, desde el plano de los derechos sustantivos, el tratado con Argentina dice que la expropiación deberá aplicarse exclusivamente por causas de utilidad pública, siguiendo el procedimiento legalmente previsto, en ningún caso podrá ser discriminatoria y deberá pagarse, sin demora injustificada, al inversor una indemnización adecuada en moneda convertible. Es decir, el tratado prohíbe toda expropiación de las inversiones de nacionales del otro Estado que no sirva una causa de utilidad pública, sea discriminatoria, no respete el procedimiento legal o no implique el pago de una indemnización adecuada. Pero, además, el tratado contiene una cláusula de nación más favorecida. Esta cláusulas tienen, como ya apuntamos antes, un efecto multiplicador de la protección ya que el inversor se beneficia y puede aprovechar cualquier mejora en la protección que el Estado receptor de la inversión concierte con otro Estado. Esta cláusula permite, por ejemplo, atraer e incorporar en el marco del tratado España–Argentina, las protecciones de otros tratados, como por ejemplo, el tratado de Argentina con Francia. Este tratado establece que en el caso de una expropiación el importe de la indemnización tiene que ser el valor de mercado del bien expropiado; y además el valor de mercado antes de que se hubiese producido el anuncio de la expropiación, porque la mera noticia de la expropiación genera un efecto devaluatorio sobre el bien. El tratado protege al inversor evitando que el Estado, a través

del anuncio o filtración de la expropiación, logre primero depreciar el valor del activo en el mercado (piénsese en una sociedad cotizada) y después lo expropie a ese valor devaluado. Aunque a través de la interpretación del tratado España–Argentina se puede llegar a la misma conclusión, ciertamente la posibilidad de alegar la regla expresa del Tratado Argentina–Francia facilita las cosas y aporta seguridad.

33. La diferencia con el mundo sin tratados, con el ejemplo de la expropiación cubana es en este plano más que significativo. El inversor en la expropiación argentina tiene derecho al valor de mercado de sus activos expropiados y a su pronto pago en moneda convertible, y no debe conformarse, como ocurrió en el caso cubano, a recibir el 20% de su valor muchos años después.

34. Pero en el segundo plano, el procesal, el de las acciones del inversor, la mejora es trascendental. Como vimos, en el mundo sin tratados de protección al inversor le cabe reclamar ante los tribunales del Estado expropiante y, agotados allí los remedios, solicitar la protección diplomática del estado de su nacionalidad.

35. En el mundo de los tratados de protección de inversiones las cosas son diferentes. Estos tratados traen consigo un cambio decisivo: el acceso del inversor a un instancia de decisión neutral: un tribunal arbitral que dispone de autoridad frente al Estado, pues el propio tratado se la concede, para declarar los derechos del inversor bajo el tratado y ordenar los remedios que procedan en caso de su infracción (*v.gr.* fijar la indemnización en caso de expropiación y ordenar su pago).

36. Tener un derecho declarado por un tribunal internacional es algo muy importante. Primero porque permite hablar con una sola voz en el plano internacional sobre la infracción de un tratado cometida por el Estado receptor de la inversión y el correlativo derecho del inversor a una reparación. Segundo, porque pone a disposición del inversor, si el inversor ha vencido y el Estado ha sido condenado al pago de una indemnización, un procedimiento de ejecución que es mucho más importante de lo que algunos piensan. Si se trata de una decisión de un tribunal constituido al amparo del Convenio CIADI (Convenio de Washington de 1965 sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados), su art. 54 dispone que todo Estado parte del Convenio –y hay más de 140 Estados parte– reconocerá el carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si

se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal del Estado donde se pide la ejecución; es decir, procede la ejecución directa del laudo, sin exequátur ni homologación previa.

37. Llegados a este punto alguien podría decir que “del dicho al hecho hay un gran trecho” y, por lo tanto, que una cosa es lo que un tratado diga y otra que lo que un Estado haga. La pregunta es, ¿qué ocurre si a pesar de todo un Estado no cumple?.

38. Antes de responder conviene apuntar que la pregunta formulada en el párrafo anterior tiene menos relevancia práctica de lo que parece, porque la mayoría de los Estados cumple los laudos.

N.B. De todos modos, el incumplimiento del laudo comportaría una segunda infracción del Derecho internacional por el Estado en cuestión: si tomamos el ejemplo de un tribunal arbitral CIADI, si este pronuncia una decisión de condena es porque ha habido una primera violación de una regla internacional (el tratado bilateral de protección de inversiones) y ahora se produciría un segundo incumplimiento, esta vez, además del tratado bilateral se añadiría un incumplimiento de un tratado multilateral que es el Convenio CIADI. En este caso, el incumplimiento permitiría que el Estado de la nacionalidad del inversor ejercitase la protección diplomática (art. 27) y plantear a la Corte Internacional de Justicia una reclamación contra el otro Estado relativa a la aplicación de la Convención (art.64). Al respecto *vid.* Schreuer, “Investment Protection and International Relations”, en Reinisch/Kriebaum, *The Law of International Relations. Liber Amicorum H. Neuhold*, 2007, pp. 345 ss; el artículo es accesible en internet.

III. El *enforcement* en el Derecho internacional

39. El punto de partida para entender lo que sigue es que en el ámbito internacional no hay una autoridad central que pueda imponer el respeto del Derecho o hacer que las sentencias se cumplan.

40. Normalmente tendemos a proyectar sobre el mundo la imagen del Estado del Derecho tal y como lo conocemos en nuestro país, donde el Estado actúa como productor de “ley y orden”. Sin embargo en la sociedad internacional no existe un Estado productor de “ley y orden”. La sociedad internacional es una sociedad dividida organizativamente en fragmentos territoriales que se arrojan facultades soberanas, los Estados. Para entender cómo funciona esta sociedad conviene dar un paso atrás y fijarse en el “Estado de la Naturaleza” que describe Hobbes, en que la ausencia de reglas hace que cada hombre deba utilizar todos los medios de que disponga para asegurar su propia conservación y donde “el hombre deviene un lobo para el hombre”. Pues bien, entre ese estado de la naturaleza sin reglas y el Estado

de Derecho que cuenta con un sistema de administración de justicia y de ejecución de lo juzgado, la sociedad internacional se encuentra en un “estado intermedio”. Lo internacional se desenvuelve, por tanto, en un mundo imperfecto.

41. En este mundo imperfecto en el que no hay una instancia superior que imponga el cumplimiento de las reglas, el principio de base es la autotutela: cada Estado aprecia por sí mismo la situación jurídica respecto de otros Estados y reacciona de forma individual frente a la violación del Derecho.

N.B. La reacción colectiva existe también en la sociedad internacional, pero se produce en el ámbito de las organizaciones internacionales, en que las medidas no solo se adoptan por un grupo de Estados, sino que expresan la autoridad de la organización. Este sistema complementa, pero no ha sustituido, al principio de autotutela.

42. Sobre este contexto descentralizado de autotutela podemos proyectar la acción de los particulares, del inversor en nuestro caso, y de los Estados.

1. La autotutela y el papel del inversor

43. Los tratados de protección de inversiones suelen establecer que las controversias que surjan entre el inversor y el Estado receptor de la inversión deban, en la medida de lo posible, ser amigablemente dirimidas mediante negociación. Sin embargo, en la práctica, una vez el Estado expropiador se hace con el control de los activos tiene pocos incentivos para negociar con el inversor.

N.B. En el caso concreto, los esfuerzos de Argentina se dirigieron hacia conseguir nuevos inversores para el desarrollo del proyecto (la explotación de las enormes reservas descubiertas), ya bajo control estatal. Conseguido el resultado, Argentina no se interesó en la negociación ni se avino a iniciarla, al menos en un primer momento.

44. Varias razones explican esa carencia de incentivos. Por la teoría de la negociación sabemos que las posibilidades de una salida negociada son tanto menores cuanto mejores sean las opciones de que una de las partes disponga fuera de la negociación (denominadas técnicamente *outside options*); y también que el poder negociador relativo de dos partes no depende de su fuerza, sino de lo atractiva que sea para cada una de ellas la opción de no llegar a un acuerdo (R. Fisher, W. Ury y B. Patton, *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*, Barcelona, Gestión 2000, 2002).

45. Si el Estado expropiador puede explotar libremente los activos expropiados, no tendrá ningún acicate para buscar una solución negociada. El tiempo operará en contra del inversor que busca una compensación. En este sentido, algunos tribunales arbitrales aplican soluciones que, aunque no sea esa su intención, incentivan la no-negociación por el Estado expropiador, pues mejoran las opciones de ese Estado fuera de la negociación.

46. En efecto, los procedimientos arbitrales son largos, con una duración probable de varios años. En su horquilla superior de duración un caso CIADI puede llegar a prolongarse hasta siete años. Para compensar al inversor por el periodo de tiempo que transcurre entre la privación del bien y el laudo que determina la indemnización debida, los tribunales confieren intereses pre-laudo.

47. En teoría hay tres metodologías principales para ajustar el valor de la compensación debida por la expropiación al tiempo transcurrido desde que se produjo el hecho relevante (en este caso, la intervención pública de la empresa), hasta la fecha del laudo: (i) aplicar una tasa de interés “libre de riesgo”, utilizándose como proxy generalmente la tasa a corto plazo de los bonos del Tesoro de EE UU; de este modo se compensa al inversor solamente por el valor temporal del dinero. (ii) El “préstamo implícito” (o “*coerced loan*”) que consiste en aplicar el mismo tipo de interés que hubiera sido capaz de obtener como deudor el Estado infractor en el mercado en el momento de la infracción (e.g. *Argentina’s borrowing rate*); de este modo se compensa también al inversor por el riesgo de impago del Estado. Y (iii) el “coste de oportunidad” del inversor, que le compense por no haber podido usar la indemnización debida en sus negocios durante todo ese periodo de tiempo y que se corresponde con su coste de capital (*v.gr.*, su WACC).

N.B. La práctica arbitral es bastante anárquica. No obstante, los tribunales no suelen otorgar el coste de capital (rationale: in depriving the investor of an asset worth Y at a time o, the State also relieved it of the risks associated with investment in that asset; for this reason the investor is entitled to interest compensating it for the time value of money, but not to compensation for the business risks it did not bear, Fisher/Romaine, “Janis Joplin’s Yearbook and the Theory of Damages”, *Journal of Accounting, Auditing and Finance*, 1990, pp. 145 ss, esp. p. 146). De hecho, imponer una tasa igual al coste de capital genera un problema de moral hazard (riesgo moral o riesgo inducido) del inversor: la parte dañada tendrá un incentivo para que el arbitraje dure más tiempo, pues ganará sin riesgo real la tasa de retorno que espera de sus negocios (Abdala, “Key Damage Compensation Issues in Oil and Gas International Arbitration Cases”, *Am. Univ. Int’l Rev.*, vol. 24, pp. 539 ss, esp. p.567, donde justifica esta tasa cuando el inversor continúe operando los activos afectados por una medida de expropiación parcial).

48. Pues bien, si los tribunales aplican una tasa libre de cambio (digamos un 3% por poner un ejemplo) mientras que el Estado infractor para financiar su deuda debería pagar en el mercado bastante más (digamos un 9%), es claro que ese Estado tienen un incentivo a financiarse retrasando el arbitraje y por tanto el laudo de condena (en nuestro ejemplo se ahorra un 6% de pago de intereses por año). Si a eso le unimos que tradicionalmente los tribunales arbitrales son conservadores a la hora de fijar las indemnizaciones, tendremos ya una imagen bastante clara de los desincentivos que la propia jurisprudencia puede generar. En ese contexto, un Estado no tendrá realmente incentivos para negociar una salida amistosa antes (salvo que el inversor acepte una rebaja sustancial en el importe a pagarle o que medien otras circunstancias).

49. La pregunta que salta inmediatamente es qué hacer entonces para devolver al Estado expropiante a la mesa de negociaciones; cómo volver a hacer atractiva la negociación. Pues bien, de nuevo la teoría de la negociación nos enseña que eso se logra alterando las alternativas a una solución negociada de que dispone la otra parte. Por eso resulta vital para persuadir a la vuelta al sendero de la negociación el reducir o empeorar las outside options de la parte que no tiene incentivos para negociar. Una estrategia adecuada pasa siempre por intentar aumentar los costes de no llegar a un acuerdo.

50. Para lograrlo, en el caso de la expropiación de Argentina fue clave poder reclamar la restitución de lo expropiado, la *restitutio in integrum*, en el arbitraje CIADI.

N.B. En efecto, si la expropiación es calificada como ilícita per se (e.g. por ser discriminatoria o por no servir una causa de utilidad pública), el remedio que en Derecho Internacional procede como remedio principal es la restitución. Esta regla fue ya enunciada por la CPJI en su célebre sentencia de 13 septiembre 1928 en el asunto de la Fábrica de Chorzów y ha sido confirmada por la Comisión de Derecho Internacional en sus Artículos sobre la Responsabilidad Internacional del Estado (art. 35: “[e]l Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución”; aunque este artículo se refiere a casos interestatales, nada impide su aplicación a disputas entre un Estado y un inversor, *vid.* art. 33.2º). Incluso se ha llegado a afirmar que la restitución es la forma de reparación más adecuada a los objetivos de los tratados bilaterales de protección: “restitution is more consistent with the objectives of bilateral investment treaties, as it preserves both the investment and the relationship between the investor and the Host State [...] The Tribunal considers restitution to be the preferable remedy” (*Mr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo de 8 abril 2013, párrafos 570 y 571).

51. Alguien puede legítimamente pensar que pedir la restitución equivale, si se tiene éxito, a volver a la “boca del lobo” y exponerse a

nuevas acciones dañinas por el Estado de la inversión. Sin embargo la restitución *in integrum*, la exigencia de la restitución del bien expropiado, es muy importante por otra razón: permite sentar las bases para demandar a terceros. Si el inversor tiene un derecho a volver, un derecho a que se le restituyan los activos, puede dirigirse contra aquellos terceros que impidan esa restitución, adquiriendo, en el ejemplo concreto, derechos sobre los activos expropiados y entrando a explotar Vaca Muerta.

52. El Derecho internacional no da al inversor expropiado una acción contra esos terceros, pero la ilicitud internacional de la expropiación y el derecho a la restitución puede activar diversos remedios conforme al Derecho nacional en su caso aplicable. Así, por ejemplo, el mercado de exploración y explotación de petróleo es un mercado mundial del que forma parte España y la Ley de competencia desleal española tipifica como competencia desleal tanto la acción de prevalecerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de leyes (art. 15.1º) como la obstaculización indebida de competidores (*ex art. 4.1º*). Sobre la base de estas y otras normas se dirigieron demandas contra aquellos competidores que intentaron sacar provecho de la situación y adquirir derechos sobre Vaca Muerta.

53. Las demandas dirigidas por Repsol contra aquellos terceros competidores que quisieron entrar en Vaca Muerta alteraron las *outside options* de Argentina, pues significaban que su Gobierno tendría que ofrecer ventajas muy significativas a los potenciales nuevos inversores que les compensara no solo del lógico riesgo país, sino del riesgo añadido que esas demandas suponían. El hecho de que finalmente Argentina se sentara en la mesa de negociaciones demuestra que esas acciones contribuyeron a hacer menos atractiva la opción de no negociar un arreglo y a que el caso se cerrara definitivamente por un acuerdo entre Argentina y Repsol.

2. La autotela y el papel del Estado

54. En el campo del Derecho internacional, no hay una policía o fuerza que imponga las reglas al Estado incumplidor, pero la teoría de juegos nos enseña que los Estados, como participantes en la sociedad internacional, pueden conseguir por otros medios aquello que en última instancia hacen los tribunales de justicia en el ámbito doméstico: hacer que el incumplidor asuma los costes de su incumplimiento de modo que la perspectiva de tener que afrontar esos costes le induzca

al cumplimiento. En otras palabras, pueden hacer que la decisión de violar el Derecho internacional imponga costes al Estado incumplidor; el deseo de evitar esos costes es lo que proporciona el incentivo a cumplir las reglas del Derecho internacional (Guzman, *How International Law Works*, Oxford 2008, cuyo trabajo seguiremos en lo que sigue).

55. Hay tres formas principales por las cuales se puede imponer un coste al Estado incumplidor que incentive o le obligue a cumplir. Guzman las denomina “las tres Rs de la observancia” o del enforcement: Reputación, Reciprocidad y Retorsión.

56. La reputación cumple un papel importante: si un Estado tiene una reputación de incumplir le será más difícil beneficiarse del Derecho internacional en el futuro, pues nadie se fiará de él sin exigir cautelas adicionales. Por poner un ejemplo el coste de recibir inversiones o de emitir deuda será mayor (tendrá que pagar tipos de interés mayores que compensen ese riesgo). Para poder mejorar tendrá que volver a la senda del cumplimiento. En este sentido, la publicación de los laudos y la transparencia en los arbitrajes de inversión ayudan y mucho.

57. La reciprocidad consiste básicamente en replicar el comportamiento inicial del otro. En lógica de reciprocidad (o de “*tit for tat*”), frente al incumplimiento de un Estado los demás Estados responden dejando a su vez de cumplir con el infractor. De este modo el Estado que decide incumplir sabe que se autoimpondrá un daño. Este coste le persuadirá de volver a cumplir y los demás Estados cumplirán recíprocamente, volviendo a la senda de la cooperación y el cumplimiento. Así funcionan muchas cosas en Derecho internacional. Esta es la lógica que sigue, por ejemplo, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados para el régimen de las reservas (*vid.* art. 21.1^o: la reserva hecha por un Estado modifica en esa misma medida las obligaciones de los demás hacia el autor de la reserva).

58. La retorsión implica adoptar medidas dirigidas al Estado incumplidor. Normalmente se distingue entre contramedidas, que son medidas de respuesta a un ilícito previo de otro Estado, que deben estar orientadas a inducir al Estado infractor a cumplir, y sanciones propiamente dichas, que tienen ya un carácter punitivo y proceden cuando la violación tiene graves consecuencias para la comunidad internacional. Las medidas de retorsión pueden tener diverso conte-

nido: afectar a los intercambios económicos y financieros con el Estado concernido: prohibir la exportación de determinados bienes al país infractor (embargo), prohibir la importación de determinados bienes de ese Estado (boicot), suspensión o retirada de programas de ayuda voluntaria o de otros beneficios, etc.

59. Más que detenernos ahora en cómo España u otro país pudo utilizar estos mecanismos en un caso concreto, conviene un apunte al futuro. Para que una amenaza de sanción (en sentido amplio, comprendiendo toda medida de reacción) sea efectiva, la sanción debe ser creíble y la credibilidad depende en parte de la reputación del Estado que amenaza de responder y aplicarlas efectivamente. Esto puede generar un problema en la UE, porque hasta ahora la protección a las inversiones viene dada fundamentalmente por tratados bilaterales, mientras que la política comercial, donde se inscribirían las medidas de autotutela económica, es fundamentalmente competencia de la UE. Puesto que el imponer estas medidas puede tener un coste para quien las impone (si la UE limita el comercio con ese Estado perjudica a sus propias empresas) y los acuerdos de protección son bilaterales (es decir, protegen no a todos los inversores de la UE, sino solo a los inversores nacionales del Estado parte del tratado), los incentivos de la UE para desarrollar sanciones a un nivel óptimo para ganar esa credibilidad son bajos, haciendo que la amenaza de sanciones pueda terminar por no ser creíble.

60. La asunción de competencias exclusivas por parte de la Unión Europa en materia de protección de inversiones permite una mejora en los tres planos antes señalados.

61. En primer lugar, porque una vez que la UE ha asumido esa competencia debe adoptar una política de medidas de autotutela (contramedidas y sanciones) que genere esa credibilidad (que es, a su vez, clave para disuadir en primer lugar del incumplimiento). Una mirada al otro lado del atlántico basta para comprobar que EE UU se ha dotado de instrumentos que le permiten reaccionar ante el incumplimiento. La suspensión de los derechos preferenciales en el caso argentino por su retraso en cumplir una serie de laudos en favor de inversores americanos es un ejemplo. Desde este punto de vista la UE debería explorar la conveniencia de disponer de medidas frente a terceros (*v.gr.*, empresas competidoras) que colaboran con el Estado infractor en su incumplimiento. La expropiación argentina antes comentada pone de relieve la importancia que tienen las acciones frente

a terceros que pretendan sacar provecho de la violación (en ese caso, empresas competidoras que aprovechan las medidas ilícitas para ganar mercados o ventajas competitivas).

62. En segundo lugar, porque la Unión Europea no está negociando meros tratados de protección de inversiones sino acuerdos de libre comercio en los que se integran las normas de protección de inversiones. Es decir, la UE se inclina por un modelo más parecido a NAFTA que a los tradicionales tratados bilaterales de protección de inversiones. Los acuerdos de libre comercio tienen un contenido amplio. Su finalidad es abrir los mercados de bienes y servicios de los Estados participantes, crear más oportunidades de inversión, rebajar costes limitando derechos de aduana y trámites, acelerar el comercio, apoyar el desarrollo sostenible, etc. Pues bien, las medidas de autotutela son más fáciles de implementar cuando la fuente de la obligación incumplida y el mecanismo disponible para asegurar su cumplimiento se encuentran en el mismo instrumento internacional. Esto ocurrirá con los acuerdos en negociación por la UE. El marco más amplio de los acuerdos de libre comercio facilita, por ejemplo, la reciprocidad, porque al formar parte del mismo instrumento, salvo que otra cosa se establezca en ellos, el incumplimiento de las reglas de protección de inversiones por una de las partes permitirá a la otra suspender recíprocamente beneficios o ventajas que el acuerdo proporcione a la parte infractora. En el marco de estos acuerdos los Estados pueden anticipar fácilmente los riesgos que entraña el incumplir y ello incentivará el cumplimiento, como explicamos antes.

63. Y en tercer lugar, porque el peso de la Unión Europea como interlocutor internacional reforzará el impacto de las sanciones reputacionales contra el Estado incumplidor (*v.gr.*, “*name and shame*”, exclusión de grupos de prestigio como el G20) en que pueda participar.

64. Como resumen final, si un tribunal arbitral constituido al amparo de un tratado de protección de inversiones determina que un Estado ha infringido el tratado y debe reparar los perjuicios causados, la práctica nos demuestra que la mayoría de los Estados cumplen los laudos y que si no lo hacen la UE y los demás Estados cuentan con un arsenal de medidas, si se quiere todavía desordenadas, para que el Estado incumplidor asuma los costes de su incumplimiento y, por lo tanto, regrese voluntariamente a la senda del cumplimiento. Por eso,

el resultado del diagnóstico es que los mecanismos de protección de inversiones son eficaces, pero a futuro pueden (y deben) mejorarse.

Bibliografía

- ABDALA, M.A.: "Key Damage Compensation Issues in Oil and Gas International Arbitration Cases", *Am. Univ. Int'l Rev.*, vol. 24, pp 539 ss.
- ABDALA, M.A. y P.T. SPILLER: "Damage Valuation of Indirect Expropriation in Public Services", accessible en internet.
- DOLZER, R.: "Fair and Equitable Treatment: Today's Contours", *Santa Clara J. Int'l L.*, 2013, pp. 7 ss.
- FISHER, R., URY, W. y PATTON, B.: *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*, Barcelona, Gestión 2000, 2002
- FISHER/ROMAINE: "Janis Joplin's Yearbook and the Theory of Damages", *Journal of Accounting, Auditing and Finance*, 1990, pp. 145 ss).
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. y ANDRÉS, P.: *Curso de Derecho internacional público*, Cizur Menor, Civitas, 2003.
- GUZMAN, A.T.: *How International Law Works*, Oxford 2008.
- SCHREUER, C.: "Investment Protection and International Relations", en Reinisch/Kriebaum, *The Law of International Relations. Liber Amicorum H.Neuhold*, 2007, pp 345 ss.