

LA EXPROPIACIÓN DE YPF (REPSOL) A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

YPF (REPSOL) NATIONALIZATION IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL LAW

Romualdo Bermejo García* y Rosana Garciandía Garmendia**

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. CONTEXTO ECONÓMICO Y POLÍTICO. III. LOS MECANISMOS JURÍDICOS AL ALCANCE DE LAS PARTES. IV. REFLEXIONES FINALES.

RESUMEN: En abril de 2012, el Gobierno argentino anunciaba la expropiación del 51% de acciones de YPF, filial de la empresa española Repsol. Los principales argumentos utilizados para ello eran la recuperación del control de un recurso natural y la falta de inversión por parte de Repsol en los yacimientos argentinos. Las normas bilaterales que rigen las inversiones entre Argentina y España exigen al Gobierno argentino indemnizar con un justiprecio a la empresa española. Si esto no ocurriera, el Derecho articula mecanismos para proteger a la empresa española. En este estudio se analizan esos mecanismos, así como las posibilidades de que en este contexto la diferencia se resuelva satisfactoriamente.

ABSTRACT: In April 2012, the Argentinean Government announced the expropriation of 51% of YPF shares, YPF being a subsidiary of the Spanish company Repsol. The main arguments used to justify that decision were recovering control over a natural resource and the lack of investment by Repsol in the Argentinean oilfields. Bilateral norms on investments between Argentina and Spain bind the Argentinean Government to adequately compensate Repsol. Should this compensation not take place, some legal mechanisms are in place to protect the Spanish company. In this paper, those mechanisms are analyzed, as well as different possibilities for a satisfactory resolution of the dispute in this context.

PALABRAS CLAVES: Expropiación, nacionalización, indemnización, protección de inversiones, CIADI, seguridad jurídica, sanciones.

KEYWORDS: Expropriation, nationalization, compensation, investment protection, ICSID, legal certainty, sanctions.

Fecha de recepción del original: 11 de junio de 2012. Fecha de aceptación de la versión final: 18 de octubre de 2012.

* Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de León.

** Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional, Universidad de Murcia

I. INTRODUCCIÓN

El 16 de abril de 2012 la presidenta argentina, Cristina Fernández de Kirchner, anunciaba una decisión polémica. YPF, la filial de la empresa Repsol, volvía a manos del sector público argentino, al declarar su Gobierno que el 51% de las acciones de ésta eran consideradas de utilidad pública, y sujetas a expropiación. La puesta en escena de dicho anuncio puso de manifiesto la determinación de Argentina por hacerse con una empresa que ha tratado de convertir en símbolo de patriotismo, de recuperación de lo propio. Asimismo, la manera de expresar esa decisión hacía presagiar una postura tajante por parte del Gobierno argentino, que no parecía dispuesto a establecer indemnizaciones que satisficieran las pretensiones de Repsol.

Las primeras reacciones procedieron, como no podía ser de otro modo, de la empresa española y de los ciudadanos argentinos. La primera expresó su descontento ante la decisión del Gobierno argentino, así como su intención de utilizar todos los medios legales a su alcance para conseguir una indemnización justa a cambio de la pérdida del control de YPF. Por su parte, entre los ciudadanos argentinos había posturas diferentes. Algunos se mostraban pléticos por haber recuperado el control de una gran parte de los recursos petrolíferos del país. Otros estaban de acuerdo con la medida adoptada, pero no con el modo de ejecutarla ni con la escenificación de la misma.

En lo que respecta a la reacción del Gobierno español, las declaraciones realizadas por algunos miembros del Ejecutivo en los primeros momentos tras el anuncio argentino parecían identificar los intereses de la compañía privada Repsol con los intereses del país en su conjunto, lo que después se ha mostrado poco acertado. De hecho, algunas de esas reacciones parecían ser la antesala de un conflicto a nivel diplomático entre los dos Estados. Afortunadamente, con el paso de los días se suavizaron las reacciones y las aguas parecen haber vuelto a cauces de cierta normalidad¹. La intervención de la Unión Europea ha contribuido también a esta normalización de la situación.

Dejando a un lado las cuestiones más puramente políticas o de escenificación, en este artículo se analiza la situación desde el punto de vista jurídico, centrando la atención especialmente en las posibles soluciones que el Derecho internacional pone al servicio de las partes en este conflicto de intereses. Para ello, en primer lugar es necesario contextualizar la decisión del Gobierno argentino, revisando los acontecimientos relativamente recientes en la materia, así como las relaciones del resto de países latinoamericanos en materia de protección de las inversiones. En cuanto a los

¹ Respecto al Gobierno español, conviene poner de relieve que las primeras declaraciones del Ministro de Asuntos Exteriores, García Margallo, eran más políticas que jurídicas, y por supuesto poco diplomáticas, ya que hacían entender que el país suramericano había llevado a cabo una especie de “agresión” contra España, ignorando así el derecho de todo Estado de nacionalizar. Con el paso del tiempo, y poco a poco, se ha ido actuando mejor, reconociendo el derecho de Argentina a nacionalizar, puesto que es un acto de soberanía, pero insistiendo en la obligación imperiosa de indemnizar. Es cierto que en los tiempos que corren, nacionalizar no parece que sea en circunstancias normales el paso más apropiado en un mundo globalizado, pero esto es otra cuestión, pues es algo que tiene que sopesar el Gobierno argentino.

mecanismos jurídicos al alcance de las partes, se debe analizar el contenido del Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre la República Argentina y el Reino de España, suscrito en 1991. Asimismo, se hace necesaria una reflexión sobre el papel de la Unión Europea en la resolución de esta situación, y sobre el CIADI, pieza clave para el arreglo de esta controversia.

II. CONTEXTO ECONÓMICO Y POLÍTICO

El sector energético es uno de los más sensibles a nivel político y estratégico, como demuestra el hecho de que algunos de los conflictos recientes entre países tengan su origen, al menos en parte, en controversias relacionadas con el suministro de energía². También a menudo se utiliza dicho suministro como mecanismo de sanción o medida de presión, como ocurriera en 2005 con la disputa entre Ucrania y Rusia³. Esa sensibilidad del sector energético viene motivada fundamentalmente por dos razones. La primera es que en la actualidad la energía se considera un bien de primera necesidad⁴. La segunda es que algunos países, conscientes de ello, luchan por convertirse en potencias energéticas y que así otros dependan de su suministro⁵.

Además de eso, como es sabido, uno de los principales retos del sector energético de cara al futuro es la introducción de las energías renovables como una alternativa real,

² Uno de los ejemplos más recientes es la ocupación de Georgia por parte de Rusia, a quien se acusó de pretender controlar el suministro energético, ya que Georgia suministraba en 2008 el 60% del petróleo y gas que llegaban a Europa. Esa acusación era vertida, entre otros, nada menos que por el presidente de Georgia, Mijail Saakashvili, en una entrevista ofrecida al Diario El Mundo, el 21 de noviembre de 2008 en su visita a Valencia. Igualmente, el Centro Nacional de Inteligencia español advirtió, en uno de sus informes (C/12861/07-10/2008) del interés de Rusia por que la petrolera Lukoil entrara en España haciéndose con el 30% de Repsol YPF, como parte de su estrategia para monopolizar el acceso de la energía a Europa. También podríamos remitirnos al conflicto que existió en los años noventa entre Bolivia y Chile por la gestión de gasoductos que transitaban por ambos países.

³ Sobre esta cuestión, cfr: DE ESPONA, R. J. R., “Rusia, la Unión Europea y la isla energética del Báltico”, *Política Exterior*, vol. 25, núm. 141, 2011, pp. 36-41; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “Los vecinos más próximos: Ucrania, Moldavia, Belarús y Rusia”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008*, 2009, pp. 477-496; MORÉ, I., “Rusia abre la caja de Pandora del gas”, *ARI 5/2006*, *Real Instituto Elcano*; CLAUDÍN, C., SHAMRAY, V., “Ucrania: algo más que el gas para la UE. La coherencia del proyecto europeo”, *Política Exterior*, vol. 24, núm. 134, 2010, pp. 29-34.

⁴ Así lo reflejan las cifras de producción energética mundial que en 1973 eran de 6226,21 Millones de TEP (Toneladas Equivalentes de Petróleo) y en 2009 alcanzaban los 12291,68 Millones de TEP (AIE, *Key World Energy Statistics*, 2011, pp. 36 y 37).

⁵ Sobre la dependencia energética, cfr. BLANC ALTEMIR, A., “La seguridad en el suministro energético, en particular de gas, como prioridad estratégica de la UE: ¿existen alternativas viables que reduzcan la dependencia de Rusia?”, en Ministerio de Defensa, *Panorama Estratégico 2010/2011*, Instituto Español de Estudios Estratégicos y Real Instituto Elcano, pp. 197-233; LÓPEZ CACHERO, M., “La dependencia de la energía”, en *Energía: una visión económica*, Club Español de la Energía, 2008, pp. 357-405; SODUPE, K., BENITO, E., “La dependencia energética de la Unión Europea”, *Actas del IV Congreso Vasco de Sociología*, Bilbao, 1998, pp. 792-798.

puesto que el petróleo o el gas están condenados al agotamiento, por mucho que se intenten mejorar los indicadores de eficiencia energética⁶. No obstante, el petróleo sigue siendo una de las principales fuentes de energía, como demuestra el dato de que en 1973 el petróleo cubría el 48,1% del consumo energético y en 2009 ese porcentaje se redujo sólo hasta el 41,3% del consumo⁷.

Otro elemento fundamental en este escenario es la sensibilidad de los países y los inversores respecto a posibles expropiaciones de las empresas que explotan los recursos naturales nacionales o prestan algunos servicios. Para el país susceptible de nacionalizar, la justificación suele estar en la recuperación del control de sus recursos naturales, y por lo tanto, de su soberanía. Para los inversores, el principal argumento contra estas medidas es la inseguridad jurídica que estas decisiones generan en muchas ocasiones, así como el perjuicio que esto les causa.

Todo lo anterior explica que lo acontecido recientemente con Argentina y Repsol-YPF haya tenido una repercusión tan importante para las relaciones entre dicho país y España. Para comprender bien las conductas de las partes y localizar las posibles soluciones a esta diferencia, a continuación se revisan los detalles del contexto en que se ha producido. En primer lugar, se analiza la situación en que se encontraba Argentina antes de producirse el anuncio de nacionalización de YPF. En segundo lugar, se estudia el contexto en la región latinoamericana, para tratar de vislumbrar las perspectivas de futuro en torno a la cuestión de las nacionalizaciones.

1. Antecedentes: crónica de una expropiación anunciada

Tres cuestiones resultan fundamentales para entender el escenario argentino previo al anuncio de nacionalización por parte de la Presidenta Fernández de Kirchner en abril de 2012. En primer lugar, en lo que respecta a la gestión de los yacimientos petrolíferos argentinos, en distintas regiones del país como Neuquén y Mendoza se habían comenzado a retirar licencias a Repsol YPF, arguyendo los gobernadores provinciales falta de inversión por parte de la empresa española. Esto no tuvo en principio grandes efectos económicos, por tratarse de pequeños yacimientos. Sin embargo, alfombraría el camino para lo que vino después.

Un segundo elemento que configura ese escenario es el hallazgo del yacimiento de Vaca Muerta. Precisamente entre las regiones de Neuquén y Mendoza. Y es que, en noviembre de 2011 se descubrió este yacimiento de petróleo no convencional que, para algunos analistas, ha sido determinante para que el Gobierno argentino tomara la decisión de expropiar YPF.

⁶ La Agencia Internacional de la Energía estimaba en su informe anual de 2011 que “la proporción de las energías renovables no hidráulicas en la generación de electricidad pasará del 3% en 2009 al 15% en 2035, respaldada por subvenciones anuales que prácticamente se quintuplicarán hasta alcanzar los 180.000 millones USD. China y la Unión Europea liderarán esta expansión, siendo el origen de cerca de la mitad del crecimiento” (AIE, *World Energy Outlook*, 2011, resumen ejecutivo, p. 7).

⁷ AIE, *Key World Energy Statistics*, 2011, p.28.

El tercer elemento que completa esta descripción del contexto en que desde la Casa Rosada se inició la nacionalización lo constituyen algunos acontecimientos recientes ocurridos en Argentina, cuya gestión por parte del ejecutivo han podido debilitar el apoyo de ciertos sectores de la opinión pública. Una gestión poco acertada de los accidentes de ferrocarril ocurridos en el mes de febrero en Buenos Aires, que provocaron 49 muertos, algunos problemas económicos internos, y ciertas críticas a la Presidenta por recientes acciones relacionadas con asuntos internacionales como el de las Malvinas explican, en parte, que la decisión del Gobierno argentino de expropiar el 51% de las acciones de YPF se haya caracterizado por algunas notas que se podrían calificar de excesivas e inapropiadas como la expulsión inmediata de los trabajadores de YPF de sus oficinas el mismo día del anuncio⁸.

A) Retirada de licencias regionales

La gestión de las reservas petrolíferas en Argentina presenta la particularidad que deriva de su naturaleza de Estado federal. Desde el punto de vista político, es importante hacer notar que los gobernadores de las distintas provincias tienen una cuota considerable de autonomía política respecto del poder central. Además, existe una cámara de senadores elegidos según la lógica de representación territorial⁹, por lo que gobernadores y senadores responden a intereses locales y regionales que pueden coincidir o no con los intereses nacionales. De esta manera, los intereses de cada una de las provincias que conforman el Estado argentino se entienden mejor representados en la política nacional.

La figura de los gobernadores provinciales ha tenido una gran relevancia en el asunto de YPF, porque ha sido desde los niveles provinciales desde donde se ha comenzado a ejercer presión sobre Repsol-YPF, aunque a pequeña escala, lo que después desembocaría en el anuncio del Gobierno federal que ya conocemos. El primer gobernador en retirar su licencia a la empresa española para la explotación petrolífera de los yacimientos de su provincia fue el del Chubut, mediante el Decreto núm. 324/12, de 14 de marzo, declarando la caducidad de los contratos de operación de YPF en las áreas “El Trébol - Escalante” y “Cañadon Perdido - Campamento Central - Bella Vista Este”. El argumento para justificar esta medida se basó en que la empresa no cumplió con las inversiones a su cargo comprometidas en el sector¹⁰.

La siguiente provincia en la que Repsol-YPF vio suspendidas algunas concesiones fue la provincia de Neuquén, en la que desde el 19 de marzo la empresa no podría explotar las áreas de “Chihuido de la Salina” y “Portezuelo Minas”. Lo mismo ocurrió en la provincia de Mendoza, el 22 de marzo, en relación con las áreas “Ceferino” y “Cerro

⁸ Diario Clarín, URL: http://www.clarin.com/politica/ejecutivos-Repsol-echados-violentamente-interrogados_0_686931576.html, 22 de abril de 2012.

⁹ MOREIRA, C., BARBOSA, S., “El Kirchnerismo en Argentina: origen, apogeo y crisis. Su construcción de poder y forma de gobernar”, *Sociedade e Cultura*, vol. 13, núm. 2, julio-diciembre 2010, pp. 193-200, p. 197.

¹⁰ Todas las referencias a los decretos regionales se han obtenido del Decreto nacional argentino núm. 530/2012, de 16 de abril.

Mollar Norte”. Se acreditaba, para justificar esa medida el incumplimiento sustancial e injustificado de las obligaciones estipuladas en materia de productividad, inversiones y trabajos.

A estos anuncios siguieron los de la provincia de Salta, el 26 de marzo¹¹, la provincia de Río Negro, al día siguiente¹², y la provincia de Santa Cruz, que revocó la concesión del área Los Perales - Las Mesetas, Cañadón Vasco y Pico Truncado - El Cordon, ubicadas en la Cuenca del Golfo San Jorge, y Los Monos y Cerro Piedra - Cerro Guadal Norte, en distintas fechas de marzo y abril.

Todas estas decisiones provinciales precedieron al anuncio del Gobierno federal de nacionalizar el 51% de las acciones de YPF, e incluso se podría decir que existió coordinación entre los gobernadores provinciales y el Gobierno central, ya que parece que este último ya tenía prevista la operación, dirigida por el que se ha considerado su cerebro, el viceministro de Economía Axel Kicillof, y que las provincias tan sólo allanaron el camino.

B) El yacimiento de Vaca Muerta

En general, todos los países productores de petróleo observan cómo sus reservas de un bien tan preciado se reducen considerablemente con el paso de los años, por lo que es muy importante el descubrimiento de cualquier nuevo yacimiento que se pueda localizar. En el caso argentino, el gran descubrimiento reciente ha sido el del yacimiento de Vaca Muerta, situado entre las provincias de Mendoza y Neuquén, en la Patagonia argentina. En mayo de 2011, YPF, entonces con Repsol como su principal accionista, anunciaba el mayor hallazgo petrolífero de los últimos 20 años en el país. Se trataba de un yacimiento de petróleo no convencional con el que se esperaba aumentar en un 28% las reservas de YPF y en un 6% las reservas de Argentina. En cualquier caso, estas previsiones debían recibirse teniendo en cuenta que a esa fecha quedaban por explorar unos 40.000 kilómetros de terreno en la zona. La inversión prevista por la empresa era de unos 270 millones de dólares¹³.

El descubrimiento de este yacimiento parece haber sido uno de los elementos cruciales que han motivado la expropiación del 51% de YPF. En la actualidad se puede afirmar que el yacimiento de gas y petróleo no convencional contiene casi 23.000 millones de barriles equivalentes de petróleo de hidrocarburos no convencionales, valorados en unos

¹¹ Esta decisión hacía referencia al yacimiento de Tartagal Oeste.

¹² La decisión impedía a la empresa española explotar el área de Los Caldenes, decisión a la que el 4 de abril se sumaría la reversión de la concesión del área Ñirihuau.

¹³ Diario El Mundo, “YPF anuncia el mayor hallazgo petrolero de los últimos 20 años en Argentina”, 11 de mayo de 2011, URL: <http://www.elmundo.es/america/2011/05/11/economia/1305118232.html>.

14.000 millones de dólares¹⁴, lo que justifica en gran parte el deseo argentino de recuperar la explotación nacional de sus recursos naturales.

No obstante, un elemento que no se puede obviar es la necesidad de elevadas inversiones para poder sacar rendimiento a dicho yacimiento. Nos encontramos ante un yacimiento de petróleo no convencional, que requiere una elevada inversión¹⁵. Desde esta perspectiva, se plantea la duda de si Argentina podrá disponer del capital suficiente en los próximos años para llevar a cabo esa inversión y poder así explotar el nuevo yacimiento. Esta necesidad de inversión había hecho que, además de Repsol, otras empresas internacionales estuvieran ya pendientes de lo que ocurría en Vaca Muerta, como la norteamericana Exxon o algunos inversores chinos. De hecho, tras el anuncio de nacionalización de YPF, el propio ministro de Economía argentino, Julio de Vido, reconocía públicamente el 17 de abril la posibilidad de que una petrolera china invirtiera en la región para desarrollar el citado yacimiento¹⁶. Finalmente, en septiembre de 2012, YPF anunciaba la existencia de un preacuerdo de inversión con la empresa estadounidense Chevron.

En otro orden de cosas, la expropiación del 51% de las acciones de YPF genera un perjuicio a Repsol por la inversión que la empresa había realizado en este yacimiento, ya que no va a poder beneficiarse de los resultados positivos de la misma. Esto podría considerarse dentro de la indemnización que Argentina debe establecer por la expropiación. De hecho, Brufau ha anunciado que en el procedimiento ante el CIADI, sobre el que se profundiza más adelante, reclamará, a parte de la indemnización correspondiente, el *lucro cesante*, lo que incluye las inversiones realizadas en Vaca Muerta.

En cualquier caso, es reseñable el dato de que si en las provincias del interior el apoyo a la expropiación es del 66% frente al 55% de Buenos Aires, en las provincias de Mendoza y Neuquén el apoyo a la misma es del 84%¹⁷.

¹⁴ ESCRIBANO, G., “La expropiación de YPF culmina el fracaso de la política energética argentina”, Real Instituto Elcano, *ARI 30/2012*, pp. 6 y 7. En dicho artículo se precisa que los datos facilitados sobre valor y capacidad de Vaca Muerta se obtuvieron del Instituto Argentino del Petróleo y el Gas.

¹⁵ Algunas notas técnicas se pueden encontrar en OTTULICH, M., GARCÍA, F., GRANDE, R., “La producción de petróleo en yacimientos no convencionales”, *Petrotecnia*, Abril de 2011, pp. 55-61.

¹⁶ Aunque Antonio Brufau, presidente de Repsol, no veía esto como probable en esos primeros días, era una posibilidad a considerar, sobre todo teniendo en cuenta que las chinas CNOOC y Sinopec habían estado negociando con Repsol la compra de YPF, precisamente ante los rumores de nacionalización por parte de Argentina. Pero ésta se materializó antes de que un acuerdo entre las compañías chinas y española fuera posible (ROVETTA, P., “Las inversiones chinas en el exterior”, Anuario Asia-Pacífico, núm. 1, 2009, pp. 245-250; JIANG, J., “Overseas Investments by Chinese National Oil Companies”, *IEA Energy Papers*, núm. 03, 2011; REINOSO, J., “La nacionalización de YPF echa por tierra los planes de venta a la china Sinopec”, *El País*, 18 de abril de 2012. URL: http://economia.elpais.com/economia/2012/04/18/actualidad/1334736834_958757.html).

¹⁷ MALAMUD, C., “YPF y la política argentina”, Real Instituto Elcano, *ARI 28/2012*, p. 2.

C) Dificultades del Gobierno argentino

Como se mencionaba al principio de esta sección, el anuncio de la presidenta Fernández de Kirchner se producía en un momento político delicado para su Gobierno que ha visto cómo varias crisis internas en el país debilitaban el apoyo del pueblo argentino a su gestión¹⁸. Un ejemplo de esto es la forma en que el Ejecutivo argentino gestionó la crisis posterior a los accidentes de ferrocarril que tuvieron lugar en Buenos Aires en el mes de febrero de 2012 y que provocaron 49 muertos. La reacción del Gobierno no fue todo lo visible que cabría esperar. La indignación era patente en los ciudadanos afectados y en el conjunto de la población por la relativa habitualidad de accidentes de ferrocarril y el mal estado de la red ferroviaria en algunos puntos. Además, la oposición argentina achacaba a la corrupción gubernamental el desastroso accidente, ya que las concesiones a las empresas que en la actualidad explotan esas rutas se produjeron bajo el mandato del presidente Menem, sin que esas concesiones obligaran a las empresas a invertir. Y es que, cuatro auditorías realizadas entre 2002 y 2008 alertaban ya de las malas condiciones en que se prestaba el servicio en algunas de esas rutas¹⁹.

La situación socio-económica del país también ha debilitado, en cierto modo, los apoyos con que cuenta el Gobierno argentino. Y es que, aunque las cifras de desempleo son favorables, habiéndose reducido éste al 7,75% en 2010 y con unas perspectivas de 6,65% para 2012, no se puede decir lo mismo de la inflación, que en 2010, alcanzaba el 10,46%²⁰, y en 2012 podría alcanzar el 20% según diversas fuentes, a pesar de la falta de veracidad de las estadísticas oficiales²¹. Esto es especialmente preocupante al tratarse de un dato muy sensible para la economía de este país. Téngase en cuenta su historia económica. A pesar de que Argentina no haya sido uno de los países más afectados por la crisis financiera internacional, su inflación debe ser controlada²².

En cualquier caso, Argentina sigue siendo una economía emergente y no parece que el Gobierno argentino haya tomado la decisión de nacionalizar YPF por motivos exclusivamente electoralistas. Dicho esto, y a pesar de que el criterio de utilidad pública

¹⁸ BERENSZTEIN, S., "Argentina 2012: ¿continuidad o radicalización?", *Política Exterior*, vol. 25, núm. 144, 2011, pp. 116-126.

¹⁹ Informes elaborados por la Auditoría General de la Nación Argentina.

²⁰ FMI, *Perspectivas de la Economía Mundial*, Abril 2012.

²¹ El propio Director del Departamento del Hemisferio Occidental del FMI, Nicolás Eyzaguirre, reconocía en 2011 tener indicaciones de que la inflación argentina sea más alta de lo que se ha informado oficialmente. En marzo de 2012, Dilma Rousseff, Presidenta de Brasil, hablaba de un 20% de inflación en Argentina, en la línea de lo que algunas consultoras privadas vienen advirtiendo. Otras referencias se encuentran en: http://www.clarin.com/politica/Inflacion-Argentina-quedo-peores-mundo_0_392960788.html; <http://www.lanacion.com.ar/1457075-dilma-la-inflacion-argentina-es-20>; <http://www.inflacionverdadera.com/>.

²² TORTUL, M., "Impacto de la crisis internacional sobre la economía argentina", *Ciencias Económicas*, vol. 29, núm. 1, 2011, pp. 145-159, p. 158. Ver también CAMPOS, N. F., KARANASOS, M. G., TAN, B., "Two to tangle: Financial development, political instability and economic growth in Argentina", *Journal of Banking and Finance*, vol. 36, núm. 1, 2012, pp. 290-304; ZULAICA, M., "Crecimiento económico y desarrollo en Argentina", *Nuevas Tendencias*, núm. 85, 2012, pp. 46-48.

esta presente en esa decisión, sí podría entenderse, sin embargo, que esta crisis de legitimidad haya influido en el modo de llevar a cabo ese anuncio.

2. La protección de las inversiones en la región latinoamericana: ¿es la seguridad jurídica un problema?

El anuncio de nacionalización argentino adquiere además una dimensión regional e internacional, al poder afectar a la credibilidad de los países de su entorno en materia de inversiones. La decisión de una empresa de invertir su capital en un país extranjero viene determinada en gran medida por la confianza que transmiten en ese ámbito el país en cuestión y también la región en que éste se sitúa. Un indicador relevante a estos efectos es el riesgo país, cuyo análisis requiere el estudio de aspectos económicos, financieros, políticos, históricos y sociológicos. Se puede definir como la probabilidad de que se produzca una pérdida financiera por circunstancias macroeconómicas, políticas o sociales, o por desastres naturales²³.

Uno de los elementos que pueden conformar el cálculo del riesgo país es el riesgo asociado a la inversión extranjera directa, que comprende el riesgo de transferencia en el pago de los dividendos y el producto de la liquidación de las inversiones, el riesgo de confiscación, expropiación y nacionalización de las inversiones extranjeras, el riesgo de incumplimiento de los contratos y el riesgo de guerras, violencia política y catástrofes naturales²⁴.

Con todo esto, el anuncio de Argentina plantea un efecto contagio que puede afectar al riesgo-país de otros países de la región. Eso explica que el anuncio de Bolivia de expropiación de la red eléctrica pusiera tanto esfuerzo en desmarcarse de la actuación de Argentina, del mismo modo que la reacción de España y la empresa española afectada no fue la misma en este caso. Igualmente, interesa ampliar el análisis a otros países y sectores a los que este anuncio podría afectar.

A) Anuncio de Bolivia

Tan sólo dos semanas después de que Argentina anunciara la expropiación del 51% de acciones de YPF, el 1 de mayo, el Consejo de Ministros de Bolivia aprobaba un decreto en el que nacionalizaba la filial de Red Eléctrica Española en el país, la empresa Transportadora de Energía. Dicha empresa controlaba el 74% de las líneas de transmisión de electricidad, por lo que el anuncio tiene repercusiones importantes.

La proximidad en el tiempo con la operación argentina hizo temer, en un primer momento, que esta decisión del Gobierno boliviano fuera sólo la primera de muchas otras nacionalizaciones, generando una oleada perjudicial para las inversiones en

²³ IRANZO, S., “Introducción al Riesgo-País”, Documentos Ocasionales del Banco de España, núm. 0802, de 2008, 99 pp., p. 9.

²⁴ Ibid, p. 10. Sobre el riesgo país, ver también SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, M., “Análisis de los criterios de valoración de inversiones utilizados por parte de las sociedades de capital riesgo”, Jornadas de introducción a la investigación de la Universidad Politécnica de Cartagena, núm. 4, 2011, pp. 130-132.

América Latina. Sin embargo, quizá previendo eso, el Ejecutivo boliviano puso especial empeño en desmarcarse de la acción argentina, afirmando desde el primer momento su intención de indemnizar con una cantidad justa a la empresa española por los perjuicios que hubiera podido causarle. Además, pocas horas después del anuncio, el presidente boliviano Evo Morales se reunió con Antonio Brufau, presidente de Repsol, con motivo de la inauguración de una nueva planta de procesamiento de gas natural en el campo Margarita del sur de Bolivia, asistiendo también a dicho encuentro los ejecutivos de British Gas y Pan American Energy. En esa reunión, por cierto muy diplomática, al elogiarse mutuamente, el presidente de Bolivia reconoció expresamente “el liderazgo de Repsol, una de las empresas internacionales más grandes de todo el mundo”, añadiendo que “su inversión siempre será respetada como socio”²⁵.

El motivo por el que Bolivia justifica la decisión de nacionalizar la filial de Red Eléctrica Española es la falta de inversión por su parte. Eso no fue óbice para que en su mismo discurso reconociera las inversiones realizadas por Red Eléctrica de España en el país, afirmando que Bolivia es “responsable con las empresas”, y que “si lo que corresponde es devolver, hay que devolver. Si una empresa ha hecho inversión, reconocemos la inversión y siempre vamos a reconocer la inversión”. Por eso, está previsto que Bolivia cuente con una empresa independiente que fije el valor de la filial nacionalizada en un plazo de 180 días²⁶. Conviene apuntar, también, que en este caso, la medida no va a afectar tanto a la empresa española, ya que la actividad en los países andinos le supone tan sólo un 2,5% de su actividad empresarial total. De cualquier modo, la disposición del Gobierno boliviano a satisfacer una indemnización justa, así como las palabras del Ministro de Economía español Luis de Guindos hacen presagiar, al menos por el momento, una solución negociada satisfactoria para las partes, como confirman las declaraciones de José Folgado, presidente de Red Eléctrica Española, que afirma la inexistencia de arbitraje.

B) Otros posibles países y sectores

Aunque la nacionalización boliviana en el sector eléctrico se ha desmarcado, como se ha visto, del anuncio argentino, los inversores han manifestado su preocupación por una posible oleada de nacionalizaciones en la región. En este sentido, los temores se advierten en dos líneas, por sectores y por países.

En lo que respecta a los países, los Gobiernos de algunos países de América Latina parecerían más proclives que otros a llevar a cabo nacionalizaciones. Sin embargo, este temor responde únicamente al tinte del partido que esté en el Gobierno en cada momento. En lo que respecta a los sectores, debe tenerse en cuenta que en los años

²⁵ Un análisis interesante sobre la IED en Bolivia se puede encontrar en PEREDO HERRERA, H. O., “La inversión extranjera directa y seguridad jurídica en Bolivia: un análisis de las reformas estructurales y su implicación en las inversiones”, *Viejas y nuevas alianzas entre América Latina y España: XII Encuentro de Latino Americanistas españoles*, Santander, 21 al 23 de septiembre de 2006.

²⁶ Las declaraciones aquí citadas respecto del anuncio boliviano se han recogido de las noticias del diario El País en las fechas en que se producía la noticia.

noventa América Latina fue testigo de una fuerte tendencia a la privatización de determinados servicios, con el argumento de que esa privatización permitiría una mayor competitividad y la prestación de servicios de manera económicamente más eficiente. Sin embargo, no todos los efectos de las privatizaciones han sido positivos²⁷. Perder el control sobre los propios recursos y dejar en manos de capital privado ciertos servicios esenciales puede tener consecuencias negativas, y es por ello, que algunos países latinoamericanos han tomado decisiones de expropiación en los últimos años, especialmente en relación con sus recursos naturales²⁸.

Dicho esto, no conviene olvidar, sin embargo, que esas expropiaciones deben producirse dentro de la legalidad vigente para que la seguridad jurídica se siga manteniendo, aparte de que se considere, además, que la alta incidencia de expropiaciones en esta región puede ser, en parte, fruto de una excesiva privatización en momentos anteriores.

III. LOS MECANISMOS JURÍDICOS AL ALCANCE DE LAS PARTES

Habiendo analizado el contexto en el que se ha producido el anuncio de expropiación de YPF por parte del Gobierno argentino y las reacciones de la empresa española Repsol y de los representantes políticos de España y la Unión Europea, han quedado patentes dos ideas principales.

La primera de ellas es que la controversia surgida entre Argentina y la empresa española Repsol no es una controversia entre Estados, sino entre un Estado y una empresa privada. Partiendo de esa base, el Estado español y la Unión Europea tienen la obligación y las competencias necesarias para actuar en determinado sentido, si con eso se logra proteger los intereses de España y de Europa, en materia de inversiones y de protección de la actividad económica y empresarial. Pero no se debe confundir esto con un conflicto entre dos Estados, al menos en los primeros momentos de una controversia de este tipo. Como se verá más adelante, dependiendo de cómo se gestione, una crisis de estas características podría llegar a desembocar en un litigio entre Estados, aunque de momento no se han dado las circunstancias para afirmar su existencia.

La segunda idea que conviene subrayar con base en la sección anterior es que de cómo se resuelva esta cuestión dependerá en parte el futuro de la confianza y la seguridad jurídica en Iberoamérica en materia de inversiones. No hay que olvidar que la mayor parte de países de América Latina están soportando relativamente bien los envites de la crisis financiera internacional, por ser economías emergentes, aunque circunstancias

²⁷ FERRANTI, D., LEIPZIGER, D., FOSTER, V., "Privatizaciones en América Latina", Banco Mundial, *Working Paper*, 2002.

²⁸ Cfr. ARAHUETES GARCÍA, A., GARCÍA DOMONTE, A., "¿Qué ha sucedido con la Inversión Extranjera Directa de las empresas españolas en América Latina tras el boom de los años noventa y la incertidumbre de los primeros años 2000?", Documento de Trabajo, núm. 35/2007, Real Instituto Elcano, 59 pp., pp. 9-12.

como ésta no parecen favorecer la imagen que los inversionistas tengan de la región. Por su parte, España está atravesando uno de los momentos económicos más difíciles de su historia, y su reacción en este conflicto también será determinante para la protección de los intereses de todas las empresas españolas con importante presencia en América Latina.

Con todo esto, si bien en muchos ámbitos el Derecho internacional se encuentra limitado, en materia de inversiones se han desarrollado instrumentos jurídicos detallados para el caso en que surgieran diferencias como la que nos ocupa. De ahí que la solución a la misma pase por el conocimiento de esas normas y su aplicación con base en principios como la buena fe o la cooperación, que también el Derecho internacional recoge. Es por eso que a continuación se analizan las normas, instrumentos e instituciones clave para arreglar esta controversia de manera pacífica. En primer lugar, es preciso aclarar el marco jurídico general en torno a las nacionalizaciones, porque aunque los grandes principios generales son conocidos, no dejan de tener en esta situación su interés. En segundo lugar, se analiza el Acuerdo bilateral entre España y Argentina para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones. En tercer lugar, se revisa el papel de la Unión Europea y sus normas en materia de inversiones. Por último, se estudia el procedimiento a seguir por las partes ante el CIADI, tribunal de arbitraje en materia de inversiones, así como los antecedentes que a este respecto podemos encontrar. Con todo ello, se pretende arrojar luz sobre la resolución de una controversia de la que en parte depende el futuro de las inversiones en Iberoamérica.

1. El marco jurídico general de las nacionalizaciones y el Derecho internacional: la indemnización

El tema de las nacionalizaciones ha sido siempre objeto de grandes controversias entre países inversores y países receptores o beneficiarios de las inversiones, debido sobre todo a las indemnizaciones. En esta cuestión, hay que partir de la premisa de que todo Estado tiene el derecho a nacionalizar en virtud del principio de igualdad soberana de los Estados, y también a causa del derecho que tienen a elegir el sistema económico, político y social que estimen más pertinente. Para Jean Touscoz, el derecho de nacionalizar “est un droit inalienable, auquel il est impossible de déroger, même par traité”²⁹. Con la misma firmeza se pronunciaba sobre esta cuestión el Profesor uruguayo Jiménez de Aréchaga, declarando que el Derecho internacional contemporáneo reconoce el derecho de todo Estado a nacionalizar, como corolario del principio de soberanía de los Estados sobre su riqueza, sus recursos naturales y sus actividades económicas³⁰.

²⁹ TOUSCOZ, J.: “Le régime international des hydrocarbures et le droit international du développement”, op. cit., p. 320.

³⁰ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: “International Law in the Past Third of a Century”, *RCADI*, 1978, vol. I, p. 297.

Así pues, nadie ha puesto en duda la legalidad de los actos de los Estados tendentes a nacionalizar. Tan sólo se han considerado contrarias al Derecho internacional aquellas nacionalizaciones que tenían como objetivo sólo a los nacionales de un país o de determinados países, o lo que es lo mismo, las nacionalizaciones discriminatorias. Dicho esto, hay que recalcar también que no siempre se ha respetado este principio por parte de personas físicas o jurídicas extranjeras, dando así lugar a controversias entre el Estado y estos particulares que, de una forma o de otra, habían llevado a cabo determinadas inversiones.

Desde esta perspectiva, no es de extrañar que el tema de las nacionalizaciones sea una materia bien conocida en el Derecho internacional, tanto a nivel teórico como práctico y jurisprudencial. Y es que los fundamentos jurídicos de este derecho se remontan ya a las nacionalizaciones que siguieron al establecimiento del régimen soviético ya que, como es sabido, las potencias occidentales reunidas en Cannes no encontraron bases jurídicas suficientes para oponerse a tales acciones, tal y como quedó de manifiesto en la Declaración que adoptaron el 6 de enero de 1922. Aunque no es éste el lugar adecuado para establecer un estudio pormenorizado al respecto, consideramos necesario realizar las siguientes observaciones.

En el Derecho internacional tradicional existe una regla, que sigue vigente sin lugar a dudas en la actualidad, según la cual la nacionalización, la expropiación o la requisición de bienes deberán fundarse en motivos de uso público, de seguridad o de interés nacional, reconociendo que estos priman sobre los simples intereses particulares o privados, sean estos nacionales o extranjeros. Pero el derecho del Estado de recurrir a estas medidas no es absoluto, ya que el propietario tendrá que recibir una “indemnización adecuada” de conformidad con las reglas en vigor en el Estado que ha adoptado esas medidas y con el Derecho internacional. Estos principios están recogidos expresamente en el párrafo 4 de la Resolución 1803 (XVII) de 1962, que ha constituido la bóveda del sistema. Recálquese que los problemas no van a venir por poner en duda las medidas en sí mismas sino por el cálculo de la indemnización, debiendo ésta ser adecuada tanto desde el Derecho interno como del Derecho internacional.

Para que la indemnización fuera adecuada, se decía que debía ser “rápida, pronta y efectiva”³¹. Siguiendo estas reglas se adoptaron las famosas sentencias Texaco/Calasiatic de 1977, en torno a las nacionalizaciones libias de 1973-74, y Liamco, adoptada en 1980³². En la sentencia Texaco/Calasiatic, el Profesor Dupuy no

³¹ Fórmula ya utilizada, parece que por primera vez, por el Secretario de Estado norteamericano Cordell Hull en 1938 para zanjar la cuestión de la nacionalización por parte de México del petróleo (NOVOA MONREAL, E.: *Nacionalización y recuperación de recursos naturales ante la ley internacional*. Fondo de Cultura Económica, 1974, 135 p. De este autor, ver también “La nacionalización en su aspecto jurídico”, en Castañeda, J. (Coord.): *Derecho económico internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, p. 156).

³² A este respecto, véanse respectivamente las sentencias de René Jean Dupuy, en el asunto Texaco/Calasiatic, de 16 de enero de 1977 (Clunet, 1977, pp. 350-389) y la de Mahmassani en la sentencia Liamco. Sobre esta última, Rambaud, P: “Un arbitrage pétrolier: la sentence Liamco”, *AFDI*, 1980, pp. 274-292.

duda en considerar la Resolución 1803 (XVII) como la manifestación de “una voluntad general real”. Y continúa diciendo de una forma clara y contundente que:

*“l’absence de rattachement du processus d’indemnisation au droit international et son assujettissement aux seules dispositions nationales ne peuvent être considérés par le Tribunal de céans que comme une formulation de lege ferenda, laquelle apparaît même contra legem à de nombreux pays développés”*³³

El profesor Joe Verhoven destacaría después la riqueza de la motivación de la sentencia, su interés excepcional y su audacia en un momento en que las tesis defendidas en ella eran más que puestas en duda por muchos países del Tercer Mundo³⁴. Huelga señalar que estas reglas serían defendidas con ahínco por parte de los países desarrollados cuando se negociaba el texto de la Declaración para la instauración de un nuevo orden económico internacional, Resolución 3201 (S-VI) del 2 de mayo de 1974, insistiendo en que la indemnización debía ser pronta y adecuada³⁵.

Estas teorías bien asentadas en torno a la indemnización sufrirían el envite de las reivindicaciones sobre el nuevo orden económico internacional (NOEI), como otros muchos ámbitos del Derecho internacional³⁶, sin que a nuestro entender lograra sustituir el derecho positivo al menos en una buena parte de la sociedad internacional. En efecto, conviene recordar sobre esta cuestión que el artículo 2, apartado 2, letra c), de la Carta de Derechos y deberes económicos de los Estados (Resolución 3281 (XXIX) de 12 de diciembre de 1974 de la Asamblea General de la ONU) cambia sustancialmente las reglas que acabamos de comentar, al señalar que todo Estado tiene el derecho de nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, a cambio de una compensación apropiada. Precisa además dicha disposición que si se produjera controversia respecto de la compensación, ésta deberá ser resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, salvo acuerdo en contrario.

Conviene poner de relieve las diferentes perspectivas de las que parten las Resoluciones 1803 y la 3281: si la primera somete al poder de nacionalizar o de expropiar los bienes a

³³ Ver nº 88 *in fine* de la sentencia.

³⁴ VERHOEVEN, J., “Droit international des contrats et droit des gens”, *Revue belge de droit international*, 1978/1979, pp. 209-230.

³⁵ A este respecto, el texto propuesto por la entonces República Federal de Alemania en nombre de los nueve países de la antigua Comunidad Económica Europea, no deja lugar a dudas, al proponer lo siguiente: “Les Etats dotés de ressources naturelles ont le droit, pour des raisons ou des motifs d’utilité publique, de sécurité ou d’intérêt national, de disposer de ces ressources et ont notamment le droit, pour ces raisons ou ces motifs, de nationaliser, de saisir ou de réquisitionner lesdites ressources. L’exercice de la souveraineté et des droits en question doit être conforme aux règles applicables du droit international, eu égard en particulier à l’indemnité prompte, suffisante et efficace des propriétaires. Dans l’exercice de la dite souveraineté et desdits droits, il sera tenu compte des besoins et de l’interdépendance de tous les Etats et de la nécessité de contribuer à l’expansion équilibrée de l’économie mondiale”. Cfr. Doc. A/AC-166/GR.6, párrafo 43.

³⁶ Sobre el nuevo orden económico internacional y sus efectos, cfr. BERMEJO, R.: *Vers un nouvel ordre économique international. Etude centrée sur les aspects juridiques*, Fribourg, Editions Universitaires, 1982.

un doble control del Derecho internacional al exigir por un lado la legitimidad de la causa invocada y por otro el carácter adecuado de la indemnización, la segunda deja una y otra cosa en manos del Estado territorial. En esta situación ¿dónde está el Derecho internacional?

Los debates que se suscitaron después de la adopción de la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados no serían pacíficos, ya que numerosos autores del Tercer Mundo tomarían una posición clara a favor de la Carta³⁷. El concepto de indemnización equitativa introducido por algunos de ellos obligaba a profundizar sobre la cuestión de la indemnización, surgiendo conceptos como el de “beneficios normales” o el de “beneficios excesivos”³⁸. La teoría de los “beneficios excesivos”³⁹, aunque múltiples veces invocada sobre todo por algunos países en desarrollo⁴⁰, nunca ha sido generalmente aceptada⁴¹, por su imprecisión y por las causas políticas que invocaban los que recurrían a ella⁴². Es evidente que tiene un atractivo particular, pero las cuestiones que suscita esta teoría son varias y complejas. Por ejemplo, ¿cómo capitalizar los beneficios?, ¿cómo determinar con claridad los recursos que deben quedarse a nivel local y los que deben ir a los inversores?, ¿cómo determinar el valor de la empresa y a qué momento? Todas estas cuestiones nunca han sido resueltas con claridad y con precisión.

³⁷ Tal fue el caso del Profesor y antiguo juez en la Corte Internacional de Justicia de La Haya, Mohammed Bedjaoui, que incluso ya lo había defendido antes (“Deuxième rapport sur la sucesión dans les matières autres que les traités”, *Annuaire de la Commission du droit international*, V-II, 1969) o de Abd-El Kader Boye, que preconizaba que la indemnización debía ser tan sólo “equitativa” y no ya “adecuada” (“Problèmes actuels posés par l’indemnité de nationalisation”, *Annuaire du Tiers Monde*, T. I, 1975, pp. 30-40).

³⁸ Ver, por ejemplo, KOPELMANAS, L., “Le protection des investissements privés à l’étranger”, *Droit et pratique du commerce international*, 1975, pp. 6 y sgs.

³⁹ Aunque fue actualizada durante las nacionalizaciones del sector del cobre en Chile, en 1972, su origen remonta en realidad a los años 1930, al ser invocada por el Gobierno estadounidense que mantenía un litigio con algunas empresas privadas que trabajaban para el sector de la defensa nacional (*Ibid*, p. 7. Ver también “Chronique des faits internationaux”, *RGDIP*, 1973, p. 501).

⁴⁰ Para un análisis de esta noción en la práctica de los países en desarrollo (América Latina, Africa y Asia), ver el estudio muy detallado de IMPERIALI, C., “Les bénéfices excessifs, une pratique limitée et controversée”, *AFDI*, 1978, pp. 678-710. Sobre las nacionalizaciones chilenas, ver: *RGDIP*, 1972, pp. 822-826.

⁴¹ Ni siquiera gozó de aceptación generalizada durante el período en el que se estaba dilucidando las nacionalizaciones del cobre en Chile, por mucho que los Estados recurrieran al ejercicio de su soberanía permanente sobre los recursos naturales, al enriquecimiento desproporcionado o injusto de los inversores extranjeros o al hecho de que la concesión de una indemnización pudiera poner en peligro su economía por varias razones, como quizás un excesivo endeudamiento.

⁴² En algunos casos se tendía a confundir el beneficio excesivo con el beneficio ilícito, cuando son completamente distintos. El beneficio ilícito es aquel que ha sido obtenido en violación de la ley de un Estado determinado, pero un beneficio excesivo no tiene por qué ser ilícito, ya que quizás el beneficio llamado excesivo se deba a una buena inversión o a una buena gestión. Aunque algunos han intentado precisar e incluso definir cuándo estaríamos ante beneficios excesivos, lo cierto es que no conviene ir demasiado lejos con esta clase de precisiones o de definiciones, ya que todo dependerá de cada caso.

Así las cosas, hay que advertir que la cuestión de la indemnización ha ido, en general, por otros derroteros, al margen en la mayoría de los casos de estas reivindicaciones preconizadas por varios países en desarrollo, hoy en día muchos de ellos denominados “emergentes”, tesis que eran apoyadas por un amplio sector doctrinal de estos países. Pero estas tesis, fueron ya en su momento también vivamente criticadas, como lo revela la posición de otros muchos autores⁴³.

Como se puede apreciar, el tema ha sido candente y, en realidad, lo sigue siendo también en la actualidad, aunque con algunos matices. Y es que como ha señalado Jean Touscoz, todas estas nociones deben ser interpretadas y aplicadas de buena fe, teniendo en cuenta las circunstancias propias a cada nacionalización, y poniendo en la balanza los intereses legítimos del Estado que nacionaliza y las condiciones particulares en las que se han llevado a cabo las inversiones. Por lo tanto, “es difícil precisar mucho más el tema en términos generales y absolutos”⁴⁴. Es más, si comparamos esta tesis con la que mantuvo la Comisión de Derecho internacional en 1959, no encontramos muchas diferencias de fondo, al señalar ésta que al tratar el tema de la indemnización es necesario tomar en cuenta no sólo consideraciones de carácter jurídico, sino también elementos de equidad y de orden práctico, técnico y político⁴⁵. A este respecto, conviene apuntar que en algunos casos se ha recurrido pura y simplemente a una indemnización global calculada pura y simplemente mediante un acuerdo político (“*lump sum agreement*”), poniendo fin a la controversia.

La posición equilibrada y mitigada del Profesor Jean Touscoz, aquí apuntada, no parece muy alejada de la que muchos años atrás defendiera Alfred Verdross en 1931 en su

⁴³ Por ejemplo, al artículo de Díaz Albónico, aquí apuntado, nota 228, siguieron otros en este mismo periódico rebatiendo sus tesis de forma categórica: PUGA VELA, M., “L’immunité de l’Etat chilien devant la juridiction française”; CARTOU, L., “Une curiosité juridique, la théorie des bénéfices excessifs”; NIEDERGANG, M., “L’affaire du cuivre chilien”, los tres publicados el 1 de diciembre de 1972, p. 2. Cabe destacar asimismo la posición de Louis Cartou, por su claridad y contundencia, al afirmar como posible una noción de beneficios excesivos en el futuro, pero constatar que en la actualidad es una teoría que no resulta convincente en sus fundamentos, ni en su contenido, ni en la aplicación que de ella se ha hecho en la materia. Continúa diciendo: “Para que una regla sea aplicable en las relaciones internacionales, es necesario que encuentre su fundamento en un tratado, en una costumbre o en los principios generales del derecho. La teoría de “beneficios excesivos” al no existir ni en los tratados ni en los principios generales del derecho ni en la jurisprudencia internacional, al menos sería necesario que fuera consuetudinaria. Pero, en derecho, la costumbre requiere tener dos características; una larga práctica y ser aceptada universalmente. Por su parte, la teoría de los “beneficios excesivos” presenta las dos características inversas: es de creación reciente y es controvertida. No se entiende pues en qué se basa una tal norma jurídica a la que se quieren vincular efectos tan importantes”.

⁴⁴ TOUSCOZ, J.: “Le régime juridique international des hydrocarbures et le droit international du développement”, *Clunet*, 1973, p. 324. La tesis del profesor francés no olvida pues que para muchos Estados, la nacionalización representa la toma de control de los recursos naturales que hasta entonces habrían estado, por diversas razones, en manos de empresas extranjeras. La nacionalización viene a ser así algo como el inicio de un despegue económico... Cuestión distinta es que la hayan conseguido. Para un estudio sobre estas tesis reivindicadas por muchos Estados al nacionalizar diferentes sectores económicos, ver GALLAIS-HAMONNO, G., *Les nationalisations... à quel prix? Pourquoi faire?*, PUF, París, 1977, 238 p.

⁴⁵ Ver *Annuaire de la Comisión du Droit International*, V-II, 1959 (Doc. A/CN.4/119), p. 68.

curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, al señalar lo siguiente: "Les droits acquis⁴⁶ des étrangers ne sont pas protégés par le droit des gens d'une manière absolue. Car ce droit ne veut nullement empêcher les réformes qu'exige le développement social". Y continúa diciendo que el Derecho internacional no se opone al cambio "si d'après un jugement impartial, une telle loi peut être reconnue nécessaire au bien commun de la nation"⁴⁷. Y es que no conviene olvidar que si bien no parece que la teoría de los "beneficios excesivos" se haya abierto camino, en parte al ser interpretada de forma unilateral por los Estados que la preconizaban, la tesis de la indemnización adecuada (o apropiada) a la que nosotros nos sumamos tampoco ha estado exenta de algunas presiones.

Valga como botón de muestra citar la enmienda *Hickennlooper*, previendo la supresión de la ayuda americana a los Estados que nacionalizasen bienes americanos sin ofrecer una indemnización adecuada. Así las cosas, también es preciso recordar que la tesis clásica de una indemnización adecuada, en el sentido de rápida, pronta, efectiva y adecuada, ha sufrido atenuaciones importantes a causa de las propias mutaciones de la sociedad internacional en general y del derecho de propiedad en particular, al reforzarse en este su función social. La desaparición del sistema soviético, con sus diversas esferas de influencia, ha puesto contra las cuerdas muchas de las tesis que eran defendidas con fuerza por la antigua URSS y muchos países en desarrollo que seguían sus consignas. Esto ha traído consigo que, salvo raras excepciones que se sitúan en América Latina, la tesis de una indemnización adecuada o apropiada sea la regla general, sin que esto quiera decir que en el momento actual el alcance que se dé a este concepto sea el mismo que hace unas décadas.

2. El Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre Argentina y España

Son muchos los Estados que optaron en su momento por la suscripción de un acuerdo. La práctica estatal en materia de inversiones ha generado la celebración de muchos acuerdos, en general muy similares, para proteger las inversiones entre ellos y para favorecer las condiciones que fomenten inversiones nuevas. Entre ellos se encuentra el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre Argentina y España, suscrito en 1991 y recogido en el Boletín Oficial del Estado Español con fecha de 18 de Noviembre de 1992.

El texto del acuerdo define qué se considera "inversión" a los efectos del mismo, incluyendo en esa definición "los derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados por la ley o en virtud de un contrato, en particular los relacionados con la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos

⁴⁶ Para un estudio clásico y que ha marcado el concepto de los "derechos adquiridos", ver DESCHAMPS, P., "La définition des droits acquis. Sa portée générale et son application en matière de succession d'Etat à Etat", *RGDIP*, 1908, pp. 385-400.

⁴⁷ VERDROSS, A., "Les règles internationales concernant le traitement des étrangers", *RCADI*, 1931-III, p. 359.

naturales”⁴⁸. De modo que las licencias para explotar un yacimiento petrolífero argentino estarían dentro del ámbito de aplicación de este acuerdo bilateral.

Asimismo, el artículo I del Acuerdo establece que el contenido y alcance de esos derechos estará determinado por las leyes y reglamentaciones de la parte en cuyo territorio esté situada la inversión. En cualquier caso, los Estados partes en este acuerdo, Argentina y España, no sólo se comprometen a no obstaculizar el desarrollo de inversiones en su territorio, como veremos, sino que además se obligan a promover las inversiones efectuadas en su territorio por inversores de la otra parte y admitir esas inversiones conforme a sus disposiciones legales.

Las disposiciones relevantes de este acuerdo en lo que respecta a su aplicación en el asunto de la nacionalización de YPF son fundamentalmente de dos tipos. Por una parte, a lo largo de su articulado se recogen los requisitos que deben cumplirse para que una nacionalización o expropiación sea legal, y los principios que deben respetarse al actuar en relación con las inversiones. Por otra parte, el Acuerdo prevé un procedimiento de arreglo de diferencias para el caso en que se produzca una controversia.

A) Obligaciones que garantizan la protección y la promoción de las inversiones

El artículo III del Acuerdo, en su párrafo 1, establece que las partes deberán proteger las inversiones efectuadas en su territorio, no pudiendo obstaculizar la gestión, el mantenimiento, el uso y disfrute, la venta o la liquidación de esas inversiones mediante “medidas injustificadas o discriminatorias”⁴⁹. Esto significa que si alguna de las medidas adoptadas recientemente por el Gobierno argentino se pudiera considerar un obstáculo a las inversiones injustificado y discriminatorio Argentina estaría incumpliendo el contenido del Acuerdo, y habría que acudir a los mecanismos de solución de controversias en él acordados, que serán objeto de análisis a continuación.

No obstante, no es fácil demostrar que en el caso de YPF se haya producido un incumplimiento. El Decreto 530/2012 por el que el Gobierno argentino expropiaba el 51% de las acciones de YPF ha dedicado varios párrafos a justificar su decisión con base en normas nacionales y en aras de la protección de sus intereses económicos. En este sentido, mantiene Argentina que “los intereses del accionista mayoritario han sido distintos a los de la República Argentina, en tanto ha determinado la disminución de las inversiones, la caída de la producción y la reducción en el horizonte de reservas que compromete la soberanía energética del país, quedando en evidencia que el proceder de la empresa se encontró guiado por una lógica cortoplacista”.

Asimismo, el Decreto establece que como consecuencia de la gestión de la empresa española Argentina experimentaba en 2011, por primera vez en 17 años, un saldo

⁴⁸ Artículo 1 del Acuerdo.

⁴⁹ Además, las partes no sólo deben abstenerse de introducir los mencionados obstáculos sino que deben actuar para favorecer esa inversión, concediendo las autorizaciones necesarias para permitir la ejecución de la misma.

comercial deficitario en batería de combustibles, lo que le obligaba a importar. En este mismo sentido se manifestaba Argentina en el recientemente publicado Informe Mosconi, refrendado por Julio de Vido y Axel Kicillof. En él se detallan, entre otras cuestiones, los aspectos técnicos de la gestión de Repsol en YPF, quedando en entredicho algunas de las afirmaciones realizadas por la empresa española⁵⁰.

En cuanto a la prohibición de discriminación, es evidente que la situación no es favorable a Argentina, puesto que la expropiación ha afectado únicamente a Repsol mientras que otros accionistas de YPF, incluido el grupo Petersen de accionistas argentinos o la brasileña Petrobras, no se han visto perjudicados por la decisión, al menos directamente. En este sentido, es preciso mencionar, además, que el artículo IV del Acuerdo recoge la obligación de un trato justo y equitativo a las inversiones de la otra parte, así como la prohibición de dar un trato más favorable a unos inversores que a otros.

En cualquier caso, la norma que más directamente atañe a la cuestión que nos ocupa es el artículo V del Acuerdo, en el que se regulan las nacionalizaciones y expropiaciones de inversiones. Lo primero que se debe subrayar respecto de esta disposición es que el propio acuerdo prevé como legal y legítima la expropiación, la nacionalización y cualquier otra medida de características o efectos similares a éstas. Y es que, aunque algunas veces se tiende a olvidarlo, y aunque en algunos casos las nacionalizaciones hayan tenido efectos negativos, un Estado está legitimado para nacionalizar inversiones, en determinadas circunstancias, a pesar de que esto implica que se tengan que respetar las normas y principios vigentes en esta materia en el ámbito del Derecho internacional general aquí ya apuntado.

Ahora bien, es necesario que concurren esas circunstancias, o dicho de otro modo, que se cumplan ciertos requisitos, para que la expropiación o nacionalización sea considerada conforme a Derecho, y en el caso que nos ocupa conforme al contenido del Acuerdo de Protección y Promoción de Inversiones entre Argentina y España. Esos requisitos son tres. El primero de ellos es que la expropiación se produzca por causas de utilidad pública, conforme a las disposiciones legales. El segundo requisito es que la expropiación no sea discriminatoria, lo que enlaza con lo establecido en el artículo III.1

⁵⁰ En las páginas 45 y ss., el informe afirma que “algunos campos maduros de producción significativa para la compañía comenzaban a mostrar los efectos de la falta de inversión y mantenimiento en instalaciones de superficie y pozos, que se manifiesta como un aumento de las pérdidas y mermas en la producción. La política de maximizar la extracción por primaria, posponer la recuperación secundaria y no realizar inversiones en mantenimiento afectó en forma notoria la vida útil de los yacimientos, con pérdida de la recuperación final y en contra de las mejores prácticas de la industria”. Se señala como especialmente perjudicados los yacimientos de Vizcacheras, Barrancas y Neuquén, entre otros. En sus últimas páginas, el informe afirma haber demostrado “que el grupo Repsol efectivamente utilizó YPF para apalancar y financiar su estrategia de expansión a escala mundial, depredando los recursos hidrocarbúricos argentinos con una visión corto-placista que priorizó el giro de dividendos a su casa matriz por sobre las actividades de exploración y explotación propias de las mejores prácticas del negocio petrolero (DE VIDO, J., KICILLOF, A., “YPF: El Informe Mosconi”, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Argentina, 2012, 90 pp.).

del Acuerdo. El tercer requisito, y probablemente el más controvertido en la mayoría de los casos, es la obligación del Estado que expropia una inversión de indemnizar al inversor adecuadamente, y sin demora injustificada⁵¹.

Dicho esto, en virtud del contenido del Acuerdo, para poder probar que la expropiación del 51% de las acciones de YPF por parte del Gobierno argentino ha sido ilegal, como mantiene el Sr. Brufau, presidente de Repsol, habría que conseguir probar la ausencia de utilidad pública de esa expropiación, su carácter discriminatorio o, en último término, que no se produjera una indemnización adecuada. En el momento presente existen argumentos para manifestarse respecto de los dos primeros requisitos. Sin embargo, sobre el tercero, la indemnización adecuada, es todavía pronto para emitir un juicio. Las declaraciones del Gobierno argentino no dan pie a creer que la indemnización será satisfactoria de las pretensiones de Repsol, al contrario que ha ocurrido con la nacionalización de la Red Eléctrica de Bolivia. Las estimaciones de la empresa española hablaban de 8.000 millones de euros, cifra que no se espera alcance el Gobierno argentino. No obstante, hasta que no se establezca la cifra definitiva de la indemnización no se podrá hablar de incumplimiento del Acuerdo en este aspecto.

En lo que respecta a esos dos primeros requisitos, la utilidad pública y la no discriminación, como ya se adelantaba en referencia al artículo III del Acuerdo, la no discriminación plantea más problemas que la utilidad pública. Argentina ha justificado su decisión por el interés de su economía, que se vería beneficiada por la recuperación del control de sus recursos petrolíferos. Argumenta en su Decreto 530 que el modo de proceder de YPF en los últimos años ha puesto de manifiesto “que los intereses del accionista mayoritario han sido distintos a los de la República Argentina, en tanto ha determinado la disminución de las inversiones, la caída de la producción y la reducción en el horizonte de reservas que compromete la soberanía energética del país, quedando en evidencia que el proceder de la empresa se encontró guiado por una lógica cortoplacista encaminada a la expansión mundial y lindero con la especulación y que se tradujo en el vaciamiento progresivo de la principal empresa de nuestro país, la cual repercutió negativamente en la producción y en el nivel de reservas”⁵².

Para determinar si realmente la causa de la nacionalización ha sido de utilidad pública debe atenderse a las características y coyuntura del sector petrolífero en Argentina, así como a las acciones que Repsol estaba acometiendo en el país. La empresa española asegura haber invertido cuantioso capital en actualizar infraestructuras para sacar el máximo rendimiento a los yacimientos⁵³. Argentina, por su parte, sostiene que de un tiempo a esta parte Repsol no estaba invirtiendo todo lo que su situación le permitía, reduciendo sus reservas petrolíferas en un 50% entre 2001 y 2011, y obligando esto a que el país tuviera que importar combustible al no ser capaz de autoabastecerse⁵⁴.

⁵¹ Artículo V del Acuerdo.

⁵² Decreto 530/2012.

⁵³ Así lo ha hecho su presidente, Antonio Brufau, en diversas comparecencias ante los medios de comunicación.

⁵⁴ Decreto 530/2012.

Además, los rumores de que Repsol había estado negociando con China una posible entrada de ésta en los yacimientos argentinos contribuyen a sospechar si realmente los intereses de Repsol y los de la economía argentina convergían. Esto nos lleva a aceptar la posibilidad de que el requisito de utilidad pública se cumpla, aunque quizá habría convenido más otra salida como la renegociación de los términos del acuerdo entre Repsol y Argentina. No obstante, para afirmarlo sería necesario un análisis mucho más profundo de los datos económicos y energéticos, que escapa al objeto de este estudio.

En lo que respecta a la no discriminación, la expropiación se puede considerar discriminatoria, puesto que ha afectado únicamente a Repsol como accionista de YPF⁵⁵. El resto de accionistas, entre ellos el grupo Petersen de accionistas argentinos, que adquirió en 2008 el 25% de las acciones de la compañía, no ha visto directamente afectados sus intereses. Es cierto que la caída del valor de YPF en los mercados bursátiles podría generar pérdidas a estos accionistas indirectamente, pero la expropiación causa un perjuicio claro a la empresa Repsol, no siendo así para otros grupos de accionistas.

B) Arreglo de controversias

Identificados los tres elementos que deben ser objeto de análisis para resolver esta controversia, el Acuerdo también establece el procedimiento a seguir en caso de que surja una diferencia en la aplicación de sus disposiciones entre las partes. En este sentido, no debemos confundir el contenido de los artículos IX y X del Acuerdo. El primero de ellos regula la solución de controversias entre las partes contratantes, esto es, entre Argentina y España. El segundo, el artículo X, recoge el modo de proceder en caso de controversia entre una parte e inversores de la otra parte, esto es, un Estado y una empresa privada. La distinción es fundamental porque no es lo mismo dirimir una controversia entre dos Estados, que entre un Estado y una persona jurídica, como es el caso que nos ocupa.

Como ya insistíamos al principio de esta sección, es importante tener presente que esta controversia no se plantea entre dos Estados, España y Argentina, sino que enfrenta los intereses de un Estado (Argentina) con los de una empresa de otro Estado (Repsol). Los intereses de esa empresa pueden coincidir en parte con los intereses del Estado español, aunque sería un error identificarlos totalmente, porque eso nos llevaría a aplicar disposiciones que no corresponden al supuesto de hecho, y porque entre los intereses del Estado español está velar por la protección de todas las inversiones españolas en Argentina, y las consecuencias de las acciones tomadas en esta controversia podrían afectar al resto de empresas⁵⁶.

⁵⁵ Un antecedente en este sentido es el laudo del CIADI en relación con el caso *El Paso c. Argentina* (Caso CIADI núm. ARB/03/15).

⁵⁶ JIMÉNEZ PIERNAS, C., “La expropiación de YPF: análisis desde el Derecho Internacional”, *ARI* 31/2012, *Real Instituto Elcano*, p. 3.

Aclarada esta cuestión, el artículo X del Acuerdo establece en primer lugar un período de negociaciones amistosas entre las partes en la controversia, en este caso Argentina y Repsol. Si en el plazo de seis meses esas negociaciones no alcanzasen un resultado satisfactorio, el siguiente paso que exige el Acuerdo es someter la controversia a los tribunales competentes de la parte en cuyo territorio se realizó la inversión. En el caso que nos ocupa, esta disposición no se aplica, es decir, no es necesario que la controversia se conozca ante un tribunal nacional argentino. El motivo de esta excepción es la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, que extiende sus efectos “en todas las materias regidas por el presente Acuerdo”, lo que incluiría también el procedimiento de resolución de controversias⁵⁷. Así lo reconocía el propio CIADI en el caso *Maffezini c. España*, en el que el tribunal arbitral consideró que la citada cláusula permitía a los inversores “someter a arbitraje la controversia sin recurrir primero a los tribunales españoles”, al existir un trato más favorable con inversores entre España y Chile⁵⁸. Recientemente, el CIADI se ha vuelto a pronunciar sobre la cláusula de la nación más favorecida en relación con el caso *Impregilo c. Argentina*, poniendo en duda la aplicación de esta cláusula al procedimiento de resolución de conflictos entre las partes. No obstante, debe tenerse en cuenta que dicho laudo se basaba en el texto del Tratado de Protección de Inversiones entre Argentina e Italia, que no es el que rige en el caso que nos ocupa⁵⁹.

Prosiguiendo con el procedimiento en caso de controversia regulado en el artículo X del Acuerdo entre España y Argentina, el siguiente paso después de recurrir, si procede, a los tribunales nacionales del Estado en cuyo territorio se realizó la inversión, es acudir a un tribunal arbitral internacional, ya sea de mutuo acuerdo entre las partes, o bien a petición de una de las partes cuando no exista decisión sobre el fondo 18 meses después de iniciar el proceso, o cuando exista decisión pero la controversia subsistiera⁶⁰. Se prevé, pues, la posibilidad de que las partes traten de alcanzar un acuerdo en el marco del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, de 18 de marzo de 1965, o bien en el marco de un tribunal arbitral *ad hoc* conforme con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Si en tres meses no se alcanzase dicho acuerdo, se debe iniciar un procedimiento en el CIADI, del que tanto España como Argentina son partes desde 1994.

⁵⁷ Cláusula recogida en el art. IV.2 del Acuerdo.

⁵⁸ Laudo del CIADI de 13 de noviembre de 2000 por el *Caso Maffezini c. España* (Caso núm. ARB/97/7), Párr. 21, p. 9.

⁵⁹ El Laudo del CIADI en el caso *Impregilo c. Argentina* (Caso núm. AB/07/17, párrafo 56, p. 18) estableció que la cláusula de la nación más favorecida no era aplicable al artículo 8 del Tratado de protección de Inversiones entre Argentina e Italia, que recoge el procedimiento en caso de resolución de controversias.

⁶⁰ Art. X.3 del Acuerdo.

3. El CIADI: “solución” pacífica

Con base en el citado artículo X del Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones entre Argentina y España, de no ser posible un acuerdo entre las partes en la controversia y al no proceder acudir a los tribunales argentinos en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, el CIADI es el tribunal competente para resolver esta controversia. De hecho, con fecha de 15 de mayo de 2012, Repsol presentaba ante el CIADI una declaración de controversia con Argentina, con el que se abre un período de seis meses de negociaciones entre las partes, antes de dar comienzo al procedimiento arbitral.

A) El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados

El CIADI se rige, además de otras normas, por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, de 18 de marzo de 1965. En lo que a este caso respecta, interesa observar las disposiciones relativas a la jurisdicción del tribunal y al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

En efecto, en lo referente a la jurisdicción del CIADI, el artículo 25 del citado Convenio reza así:

“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”⁶¹.

Dado que los numerosos convenios en materia de inversiones prevén recurrir a este Convenio en relación con las controversias, su alcance se ha generalizado, debido sobre todo a la liberalización de las inversiones vía Organización Mundial del Comercio, así como al surgimiento de nuevos países inversores, entre los que está el nuestro⁶², aunque también Brasil, Corea del Sur, China o la India, por citar algunos ejemplos.

⁶¹ Remárguese que la jurisdicción del Centro está abierta a las controversias entre un Estado, u organismos públicos de este y particulares, lo que fue una gran novedad para su época, convirtiéndose así en un centro de referencia no sólo en esta materia, sino en general, ya que era excepcional que los particulares pudieran recurrir a jurisdicción internacionales directamente. Así pues, el acceso de los particulares a estos organismos internacionales no es una especialidad de algunos ámbitos relacionados con los derechos humanos o con la responsabilidad penal del individuo.

⁶² Para un estudio en esta materia sobre las inversiones españolas al exterior, ver García Rodríguez, I.: *La protección de las inversiones exteriores. Los acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones celebrados por España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Al no tener un concepto preciso y definido en el CIADI de lo que se entiende por inversión⁶³, ha sido la jurisprudencia arbitral la que ha ido conformando y precisando el concepto a la luz de los trabajos preparatorios. Según éstos, habría que considerar como inversión cualquier aportación económica o de cualquier otro activo de la misma naturaleza, que se efectúe con carácter indefinido o al menos por un período que no sea inferior a 5 años. Desde esta perspectiva, la numerosa jurisprudencia arbitral ha señalado como elementos esenciales de una inversión los siguientes: a) una contribución o aporte económico; b) que se efectúe por un determinado período de tiempo; c) que plantee ciertos riesgos para el inversor; y d) que la inversión contribuya al desarrollo económico del país⁶⁴.

La exigencia de contribuir al desarrollo económico del Estado receptor no puede ser un elemento autónomo, ya que una inversión será tal al margen de que resulte útil o no para el Estado receptor, tal y como ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia⁶⁵. Y es que si todas las inversiones hubieran contribuido al desarrollo económico de los Estados receptores quizás no hubiéramos tenido en muchos Estados problemas de endeudamiento. Aunque algunos de estos Estados hayan achacado a los países acreedores y a los organismos financieros y monetarios internacionales una buena parte de responsabilidad de esa situación, hay que dejar claro que estos Estados no siempre han utilizado las inversiones correctamente por diversas razones que no es nuestro cometido analizar.

Como se ha dicho anteriormente, tanto España como Argentina son partes de dicho Convenio desde 1994⁶⁶. Además, en el Acuerdo para la Promoción y la Protección

⁶³ Aunque en el preámbulo del Convenio se recoge el importante papel que desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado en la cooperación internacional para el desarrollo económico, algo que parece que algunos Estados se resisten a aceptar, el propio Convenio no precisa en su artículo 25 el concepto de inversión. Es más, no sólo no es una laguna, sino que si se recurre a los trabajos preparatorios, se ve claramente que se prefirió esta tesis con el fin de que fueran los Estados los que concretaran dicho concepto a través de los diversos instrumentos internacionales, bien sean bilaterales o multilaterales, que fueron celebrando para someter sus controversias al marco competencial del CIADI. Conviene apuntar también que a la hora de aceptar la competencia del CIADI, los Estados pueden excluir determinadas materias de conformidad con el artículo 25.4 del Convenio. Tal es el caso por ejemplo de China que comunicó en 1993 aceptar la competencia del CIADI sólo para las controversias referentes a determinar la compensación en caso de una expropiación o una nacionalización. También Ecuador ha decidido en 2007 excluir la competencia del CIADI, las controversias relativas a las inversiones que surjan de actividades económicas referentes al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros. Ni que decir tiene que estas limitaciones pueden suscitar reticencias de los Estados o empresas extranjeras a la hora de llevar a cabo inversiones en estos sectores, como es el caso precisamente de Ecuador.

⁶⁴ Véase a este respecto, Pascual Vives, F.J.: “La competencia del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) para proteger las inversiones extranjeras realizadas por los particulares: El Laudo de 8 de mayo de 2008 dictado por un Tribunal del CIADI en el caso Víctor Rey Casado y Fundación Presidente Allende y la República de Chile (Caso CIADI N° ARB/98/2)”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2008 (en prensa).

⁶⁵ Esta jurisprudencia está recogida y analizada por Pascual Vives, citado en la nota anterior.

⁶⁶ España publicó dicha decisión en el BOE (núm. 219) de 13 de septiembre de 1994. Argentina es parte desde el 18 de noviembre del mismo año. Firmó el Convenio del CIADI en septiembre de 1991, pero

Recíproca de las Inversiones entre Argentina y España se consiente expresamente que en caso de controversia se acuda al CIADI. Por tanto, para que este tribunal arbitral sea competente en el caso Repsol, restaría únicamente probar que se trata de una controversia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión entre un Estado contratante y el nacional de otro Estado contratante. En este sentido, han quedado expuestos en el epígrafe anterior los motivos de la controversia: determinar si la expropiación del 51% de las acciones de YPF ha respondido a razones de utilidad pública, aclarar si la expropiación ha sido o no discriminatoria, y establecer una indemnización adecuada. En definitiva, se trata de ver si Argentina ha cumplido, al llevar a cabo esta expropiación, las obligaciones que se derivan del Derecho internacional y de su acuerdo bilateral con España en materia de promoción y protección de inversiones. Así las cosas, todo indica que estamos ante la existencia de una controversia de naturaleza jurídica derivada directamente de una inversión entre ésta y Repsol, y que el CIADI sería competente a todos los efectos.

En lo que respecta a los seis meses de negociaciones que se mencionaban, es un requisito que podría no tener que cumplirse, pasando directamente al procedimiento arbitral, en el caso de que una de las partes no mostrara ningún interés en la negociación. Así lo ha puesto de manifiesto el CIADI en laudos como los del caso *Enron c. Argentina*, o *Abaclat c. Argentina*⁶⁷. De todos modos, sería deseable que no se hiciera uso de esta opción, ya que eso posibilitaría una solución negociada y la relación entre las partes no quedaría tan dañada.

Más problemática resulta, una vez justificada la jurisdicción del tribunal, la cuestión de la ejecución del laudo que éste dicte. El artículo 53 del Convenio establece la obligatoriedad del laudo para las partes, sin que pueda ser objeto de apelación ni de recurso, debiendo el Estado y el inversor acatarlo y cumplirlo en todos sus términos⁶⁸. Los Estados contratantes deben reconocer el carácter obligatorio del laudo y hacer ejecutar “dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo”, del mismo modo que se hace cumplir una sentencia firme de un tribunal nacional⁶⁹. En la misma línea, el artículo X.6 del Acuerdo bilateral entre España y Argentina reconoce que “la sentencia arbitral será obligatoria y cada Parte la ejecutará de acuerdo con su legislación”.

hasta el 28 de julio de 1994 no aprobaría la Ley núm. 24.353, promulgada el 22 de agosto y publicada en el Boletín Oficial Argentino el 2 de septiembre. El 19 de octubre realizó el depósito del instrumento de ratificación.

⁶⁷ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/01/3, Laudo de 14/I/2004, párrafo 88; *Abaclat y otros c. Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/07/5, Decisión de 4/VIII/2011, párrafos 563-566.

⁶⁸ El artículo 53.1 incluye también algunas excepciones, al establecer que “El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio”. A este respecto, ver la sección 5 del capítulo IV del Convenio.

⁶⁹ Art. 54 del Convenio.

Con estas normas como base, si el laudo del CIADI resolviese sancionar a Argentina y ésta no ejecutara su contenido indemnizando a Repsol con la cantidad convenida por el tribunal, el Estado argentino estaría incurriendo en incumplimiento de sus obligaciones internacionales, contenidas tanto en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados como en el Acuerdo bilateral entre España y Argentina, ambos regidos por las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados. Además, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados remite al Tribunal Internacional de Justicia cualquier diferencia que pudiera surgir entre los Estados partes sobre la interpretación o aplicación del Convenio, si ésta no fuera resuelta por la vía de la negociación⁷⁰. Este escenario de incumplimiento de un laudo por parte del Estado argentino no es pura hipótesis, sino que responde a los precedentes que en el propio CIADI encontramos.

B) Precedentes relevantes en el CIADI

Si el caso Repsol termina en el CIADI, como parece probable, Argentina se habrá visto involucrada en procedimientos ante este tribunal en 50 ocasiones. Especialmente a partir de 2002, un elevado número de casos se iniciaron ante el CIADI con Argentina como parte demandada. El motivo que justifica esta alta incidencia es doble. Por un lado, desde mediados de los años noventa, Argentina ha suscrito numerosos acuerdos bilaterales de protección de inversiones con otros países, sirviendo éstos de base jurídica para acudir al CIADI en caso de controversia. Por otro lado, muchos inversores extranjeros se han visto perjudicados por las medidas tomadas por el Gobierno argentino ante las circunstancias adversas de su economía. Algunas nacionalidades habituales entre los demandantes son la estadounidense, la francesa o la española⁷¹.

Lo más preocupante para Repsol no es, sin embargo, cuántos casos se hayan dirimido ante el CIADI con Argentina como demandada sino cómo ha reaccionado Argentina en el reconocimiento y ejecución del laudo. Dos precedentes recientes a este respecto son los casos de las inversoras norteamericanas CMS Gas y Azurix. En los laudos que el CIADI dictó por ambos casos se consideró que Argentina debería indemnizar a las empresas por valor de 133 y 165 millones de dólares respectivamente⁷², aunque Argentina no ha cumplido con su obligación indemnizatoria hasta el momento. Eso ha motivado que el Gobierno de Estados Unidos se plantee eliminar a Argentina de su Sistema de Preferencias Generalizadas, previsto como un mecanismo de ayuda a los países en desarrollo en materia comercial⁷³.

⁷⁰ Art. 64 del Convenio.

⁷¹ PEROTTI, J., "Consideraciones del caso argentino ante la jurisdicción del CIADI", *Centro Argentino de Estudios Internacionales*, 2006, URL: <http://www.caei.com.ar/es/programas/ooii/08.pdf>, 11 pp., p. 4.

⁷² *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/01/8, Laudo de 12/V/2005; *Azurix Corp. c. Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/01/12, Laudo de 14/VII/2006.

⁷³ No es la primera vez que se recurre al SPG como medio de presión internacional. Así ocurría, por ejemplo, en 1997 a raíz de una controversia entre EEUU y Argentina por la legislación de patentes y protección de datos de prueba (DALLE, D., LAVOPA, F., "¿Hay vida después del SGP? Implicancias de

Como se veía al hablar del contexto económico y político en que se producía el anuncio de expropiación por parte de Argentina, en los últimos meses el Gobierno de este país latinoamericano ha adoptado una postura desafiante a nivel internacional, en cuestiones económicas y en otras de carácter político o diplomático. Pero no se trata de algo nuevo sino de una seña de identidad del Estado argentino, que en muchos ámbitos se ha mantenido fuerte en su posición a lo largo de la historia. Sirvan de ejemplo los pulsos que en distintos momentos mantuviera con el Fondo Monetario Internacional para defender mejor sus intereses⁷⁴, aunque la defensa de los intereses nacionales no debería estar reñida con el respeto a las obligaciones internacionales.

Otra cuestión que debe tenerse en cuenta con base en la información que los laudos precedentes del CIADI nos transmiten se refiere a la cuantía de la indemnización, que nunca ha superado la barrera de los 300 millones de dólares⁷⁵. El presidente de Repsol, Antonio Brufau, ha manifestado que la indemnización satisfactoria sería aproximadamente de unos 8.000 millones de euros, lo que no parece alcanzable en un procedimiento ante el CIADI. Por ello, la opción más razonable para el inversor, en este caso la empresa española Repsol, es agotar todas las posibilidades de negociación que estén a su alcance, ya que de lo contrario, la indemnización podría ser mucho más baja de lo que ellos consideran justo, y en el peor de los escenarios Argentina podría no pagar esa cantidad al demandante. Un elemento que puede dificultar esas negociaciones son las demandas que ha interpuesto Repsol contra YPF, tanto ante un tribunal federal de Nueva York, como ante el Juzgado de lo Mercantil de Madrid, esta última admitida a trámite el pasado 4 de octubre, por competencia desleal de YPF al ofrecer a terceros derechos de explotación del yacimiento de Vaca Muerta, descubierto antes de la nacionalización.

Finalmente, existe una cuestión que no afecta a Repsol pero sí a Argentina, que también encontramos en los precedentes del CIADI. Los accionistas del 49% de acciones de YPF que no han sido expropiadas, pero sí han visto reducido el valor de las mismas por la caída de su valoración en los mercados bursátiles, podrían reclamar a Argentina una indemnización por esos daños que indirectamente la operación les ha causado. La expropiación por Rusia de la petrolera Yukos en 2003⁷⁶ motivó el reconocimiento de

la posible exclusión de Argentina de los sistemas generalizados de preferencias de Estados Unidos y la Unión Europea”, Red Latinoamericana de Política Comercial, Serie Brief núm. 79, noviembre de 2011, 12 pp., p. 3).

⁷⁴ GARCÍANDÍA GARMENDIA, R., *Estados e instituciones financieras internacionales: lo que los países desarrollados pueden aprender hoy de algunas experiencias concretas en países en desarrollo*, Cuadernos Empresa y Humanismo, Pamplona, 2011.

⁷⁵ El valor de la indemnización ha sido de 133 millones de dólares en el caso de CMS Gas, 165 en el caso de Azurix, y de 218 millones de dólares en el caso Siemens (*Siemens c. Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/02/8, Laudo de 6/II/2007), por citar algunos ejemplos.

⁷⁶ *RosInvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa*, Caso núm. V079/2005.

indemnizaciones para pequeños inversores afectados. Igualmente, el corralito motivó reclamaciones de tenedores de deuda pública que el propio CIADI ha reconocido⁷⁷.

4. El papel de España y la Unión Europea

Aclarado el procedimiento establecido por el Acuerdo bilateral entre Argentina y España y por el Convenio del CIADI para el arreglo de esta controversia, queda por resolver la posibilidad de acción que tienen España y la Unión Europea. La primera, por ser el Estado del que es nacional el inversor Repsol. La segunda, por ser una Organización de la que España es miembro y a la que, en virtud de ciertas normas se ha atribuido competencias en materia de protección de inversiones.

A) La respuesta española

Como ya se ha mencionado, las primeras reacciones del Gobierno español fueron algo desacertadas puesto que identificaron la expropiación del 51% de las acciones de YPF con un ataque a los intereses de España. Es cierto que una expropiación ilegal o sin indemnización justa, en caso de que finalmente se demuestre que así sea, perjudicaría a la empresa española y afectaría indirectamente a los intereses de España. Sin embargo, no hay que olvidar al resto de inversores españoles, y el Gobierno de la nación debe velar por proteger a la economía española y al conjunto de inversores españoles, lo que en ocasiones puede exigir abstenerse de realizar ciertas acciones. Especialmente delicadas pueden ser las repercusiones de cualquier acción del ejecutivo en un momento en que España se encuentra en una situación económica muy delicada y en que la economía española no parece contar con una excesiva confianza internacional.

El artículo IX del Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones entre España y Argentina contempla la posibilidad de que sea el Estado del inversionista el que inicia el procedimiento contra el otro Estado parte. Sin embargo, esta disposición sólo es de aplicación cuando la controversia se produce entre los dos Estados, entre España y Argentina. Como se ha explicado repetidamente, en el caso de Repsol no se puede afirmar que exista una controversia entre los dos países, puesto que ello implicaría asimilar el interés de una empresa con el del Estado de su nacionalidad.

Por todo lo analizado, no hay duda de que la mejor opción es propiciar una salida negociada a esta controversia. Ahora bien, ¿qué es lo que el Derecho permite a España? Además de ser lo más conveniente, propiciar las negociaciones entre Argentina y Repsol es lo único que las normas internacionales autorizan al Gobierno español en este momento. En virtud del artículo 27 del CIADI, “ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de

⁷⁷ Se trata de los casos *Abaclat y otros c. Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/07/5; *Giovanni Alemanni y otros*, Caso CIADI núm. ARB/07/6; y *Giordano Alpi y otros*, Caso CIADI núm. ARB/08/9.

cumplirlo”. Queda claro, con base en esta disposición, que quien debe iniciar el procedimiento de reclamación internacional que corresponda es la empresa inversora, en este caso, Repsol.

El único supuesto en que el Gobierno español podría iniciar acciones legales contra Argentina por la expropiación de YPF sería aquel en que el CIADI hubiera dictado un laudo condenando al país latinoamericano y éste hubiera decidido no cumplirlo. El modelo que se podría reproducir en ese caso es el de suspensión del Sistema de Preferencias Comerciales Generalizadas, planteado por los Estados Unidos tras los impagos ya citados de dos empresas norteamericanas. Cabría esperar otras sanciones, pero fundamentalmente de carácter comercial.

El apartado 2 del mismo artículo 27 establece además que a los efectos del apartado anterior “no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia”, lo que legitima cualquier acción que el Gobierno español pueda emprender con la finalidad de crear un clima favorable a las negociaciones y el acuerdo satisfactorio entre Argentina y Repsol.

Por el momento, el Gobierno español ha ofrecido su apoyo a Repsol, asesorándolo y tratando por medios diplomáticos informales de establecer los vínculos que propicien unas negociaciones satisfactorias. No obstante, tomó contra Argentina una medida, aunque ésta no duraría mucho. El 21 de abril de 2012 se publicaba en el BOE la orden ministerial por la que se daba preferencia al biodiesel español y europeo en perjuicio del que se importaba de países como Argentina. Se pretendía así limitar las importaciones de biodiesel argentino, que en 2011 alcanzaba un valor de 750 millones de euros⁷⁸.

La medida tuvo algunas consecuencias económicas y jurídicas. El 10 de mayo de 2012, Argentina anunciaba restricciones a la importación de jamón procedente de España e Italia. El día 14 del mismo mes, la eurodiputada del Partido Popular Esther Herranz solicitaba a la Comisión Europea que se adoptasen medidas contra la decisión del Gobierno Argentino de restringir las importaciones de jamones españoles e italianos, calificándola de totalmente contraria a las normas establecidas por la OMC. Por su parte, el mismo día, el Gobierno argentino se dirigía a través de su embajada ante la Unión Europea al Director General de Comercio de la Unión, Jean Luc De Marty, en una carta en la que expresaba su preocupación y pedía explicaciones por esa orden ministerial. Justificaba su preocupación por entender que supondría una violación de las normas de la OMC. La Unión Europea, a través de la Comisión, apoyaba la decisión de España y criticaba la intención de restringir las importaciones de jamón por parte de Argentina, mostrándose incluso dispuesta a acudir a los mecanismos de solución de controversias de la OMC en función de cómo se articulen dichas restricciones. Esta amenaza se cumplía, al presentarse una demanda al respecto el 25 de mayo de 2012 ante

⁷⁸ BOE núm. 96, 21/04/2012, Secc. 1, p. 30992.

el órgano de Solución de Diferencias de la OMC⁷⁹. En cualquier caso, el clima no parecía conciliador.

Además de esta medida comercial, el 21 de mayo el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación anunciaba la suspensión de la Ayuda Oficial al Desarrollo a Argentina, Brasil y México, aunque desvinculaba esta decisión del asunto Repsol y la justificaba por los recortes presupuestarios del momento.

El 16 de octubre de 2012 se revocaba la orden relativa al biodiesel argentino, argumentando el elevado coste de esta medida para la economía española. Si bien es cierto que el coste económico de asumir dicha medida es elevado, y más en este momento de dificultad para la economía española, esta medida podría ser un indicio de que existe un clima más conciliador en los intentos de negociación.

B) La Unión Europea y su papel en la protección de las inversiones

La última pieza del rompecabezas que debemos analizar en esta controversia es precisamente una de las más importantes: la Unión Europea. El motivo por el que se analiza en último lugar es que su papel en el ámbito de la protección de inversiones se ha visto reforzado muy recientemente.

Durante décadas, han sido los Estados miembros de la Unión Europea los encargados de velar por la protección y la promoción de sus inversiones en el extranjero. Para ello, alcanzaron numerosos acuerdos bilaterales de protección y promoción de inversiones, como ocurre con el caso de España y Argentina. Como se ha podido ver para este caso, el texto de los acuerdos prevé ciertas garantías, sobre todo ante el temor de una expropiación discriminatoria o injustificada.

Sin embargo, el Tratado de Lisboa supuso un punto de inflexión en este sentido. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su artículo 207.1, reconoce como parte de la competencia exclusiva de la Unión Europea en materia de política comercial común, la inversión extranjera directa⁸⁰. Esto ha favorecido una europeización progresiva de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas, lo que a su vez plantea un problema en cuanto a los acuerdos de protección de inversiones preexistentes. A partir de Lisboa, es la UE la encargada de negociar nuevos acuerdos de protección de inversiones con terceros Estados, pero los acuerdos que ya existen se mantienen, previendo un período transitorio de adaptación a la nueva competencia

⁷⁹ En comunicación de esa fecha, la delegación de la Unión Europea ante la OMC comunicaba a la delegación argentina su solicitud para la celebración de una consulta en relación con algunas medidas argentinas que afectan a la importación de mercancías, en el marco del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (G/AG/GEN/101). De no alcanzarse un acuerdo entre las partes, la UE podría pedir que resuelva un grupo especial.

⁸⁰ Téngase en cuenta que el mismo artículo 207 del TFUE, en su apartado 5, exceptúa de esta competencia exclusiva algunas materias.

Europea en materia de inversiones⁸¹. Una de las aportaciones de la Comisión Europea en este sentido ha sido el establecimiento de ciertas pautas que fijen la posición de la Unión durante la negociación de acuerdos internacionales con terceros⁸².

Asimismo, la Comisión ha realizado esfuerzos como el acuerdo político celebrado para adecuar al subsistema comunitario algunos acuerdos de protección de inversiones adoptados por los Estados del Centro y del Este de Europa con los Estados Unidos, y sus intentos por alcanzar el estatus de *amicus curiae* ante los órganos arbitrales del CIADI. Se trata de avances positivos pero que sólo solucionan parcialmente el problema. Merece especial atención, en este intento de aportar nuevas soluciones, la jurisprudencia que reconoce una obligación de resultado a cargo de los Estados miembros, de hacer compatibles con el subsistema comunitario los acuerdos preexistentes celebrados con terceros sujetos antes de su adhesión a la UE, a través de su denuncia o renegociación⁸³.

Así las cosas, ante el anuncio de expropiación del Gobierno argentino cabía esperar una reacción por parte de la Unión Europea. Y así fue. La primera en pronunciarse sobre el asunto fue la Alta Representante Catherine Ashton, en una intervención ante el pleno del Parlamento Europeo. En este foro constató el respaldo de la UE al Gobierno español, y señaló que la decisión “crea una inseguridad jurídica para todas las firmas de la UE y extranjeras” y completa “una serie de decisiones problemáticas” tomadas por el gobierno del país sudamericano en los últimos años en relación a restricciones a importaciones y políticas de inversiones, al tiempo que instó al Gobierno argentino a garantizar el cumplimiento de sus compromisos internacionales⁸⁴. Asimismo, fue Catherine Ashton quien anunció la cancelación de la reunión de la Comisión Mixta de Cooperación UE-Argentina prevista para los días 19 y 20 de abril.

El siguiente apoyo lo recibió el Gobierno español del Parlamento Europeo, a través de la Resolución de 20 de abril de 2012, sobre la seguridad jurídica de las inversiones europeas fuera de la Unión Europea. Dicha resolución hace varias aportaciones importantes. En primer lugar, en ella, el Parlamento Europeo “lamenta la decisión del Gobierno argentino de proceder, sin tener en cuenta una posible solución negociada, a expropiar la mayoría de las acciones de una empresa europea”. Considera, en este sentido, el Parlamento Europeo, que dicha decisión es “unilateral y arbitraria”, y que va en contra de la libertad de empresa y el principio de seguridad jurídica, provocando un

⁸¹ Sobre la nueva regulación en materia de inversiones en la UE, cfr. PASCUAL VIVES, F. J., “Los acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las inversiones extranjeras y el Derecho de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 40, 2011, pp. 441-489; ÁLVAREZ CALZADA, O., DAJANI GONZÁLEZ, J., “El nuevo marco europeo de protección de inversiones exteriores”, Real Instituto Elcano, ARI 139/2010.

⁸² HJÄLMROTH, C., WESTERBERG, C., “A common investment policy for the EU”, *The contribution of trade to a new EU growth strategy. Ideas for a more open European economy*, 2010, 29 pp.

⁸³ PASCUAL VIVES, F. J., “El subsistema regional comunitario ante el régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras”, *Revista de Derecho Comunitario*, 2010, núm. 36, pp. 467-495.

⁸⁴ URL: <http://www.europapress.es/economia/noticia-ashton-advierge-argentina-decision-ypf-le-perjudicara-20120423101124.html>.

deterioro en el clima de inversión para las empresas de la UE y Argentina. Esta declaración es importante no sólo por la condena expresa a las acciones del Gobierno argentino sino también por la manera de expresar esta cuestión como un problema que concierne a la Unión Europea, y no sólo a la empresa española Repsol. Sin duda, la reacción de la UE en este caso va a contribuir a consolidar las inversiones como una competencia exclusiva de la UE, tras reconocerlo así el Tratado de Lisboa.

En segundo lugar, la Resolución afirma que al afectar la decisión a una sola empresa del sector, y dentro de ésta sólo a una parte de su accionariado, cabría considerar la existencia de discriminación. Llama la atención, asimismo, el Parlamento Europeo sobre lo preocupante de que se incumplan los acuerdos internacionales, y manifiesta que la expropiación de YPF puede “enrarecer el clima de cordialidad y entendimiento necesario para lograr” el acuerdo de asociación entre la UE y Mercosur.

En tercer lugar, el Parlamento Europeo pide a la Comisión que responda a la decisión argentina con todas las herramientas apropiadas de resolución de conflictos disponibles en la OMC y el G-20, al tiempo que solicita al presidente del Consejo Europeo, al Presidente de la Comisión y a la Alta representante que intervengan ante las autoridades argentinas en defensa del interés comunitario y del principio de seguridad jurídica, retomando la vía del diálogo. Comisión y Consejo son instados a estudiar las medidas que mejor defiendan los intereses de la Unión, y se implica también al Comisario De Gucht y a la Alta Representante, con el deseo de que agoten todas las vías diplomáticas para posibilitar soluciones negociadas.

El Comisario de Comercio, Karel De Gucht, respondiendo a esa petición del Parlamento Europeo, dirigía una carta al Gobierno argentino en la que manifestaba su preocupación por la situación. Asimismo, se refería a la decisión argentina en un foro empresarial en Bruselas en los siguientes términos: “éste es exactamente el tipo de medida que debe evitarse”, y que “con esta acción, Argentina ha enviado un ataque a la comunidad empresarial internacional”. Pero recordaba que la situación iba a ser negativa para Argentina y también para Europa, por lo que mostraba su determinación por “apoyar al Gobierno español en su intento de lograr una compensación total para la compañía afectada”⁸⁵.

Asimismo, la Comisión y el Consejo se han manifestado en contra de la decisión del Gobierno argentino y le han instado a respetar sus obligaciones internacionales.

⁸⁵ DE GUCHT, K., “EU – Latin America/ Caribbean Trade: A Partnership for the Future”, *Conferencia IRELAC*, Brussels Management School ICHEC, Bruselas, 24 de abril de 2012.

IV. REFLEXIONES FINALES

El anuncio de Argentina de su decisión de nacionalizar el 51% de las acciones de YPF ha generado reacciones diversas. Lógicamente, la reacción más relevante es la de la empresa afectada por esa expropiación, Repsol, así como la del Gobierno español y de la Unión Europea, que tienen la obligación de proteger los intereses económicos del entramado empresarial del país y de la región.

Esta situación plantea cuestiones relevantes en los ámbitos económico, jurídico, político e incluso diplomático, como se ha podido ver. El presente artículo se ha centrado en las cuestiones jurídicas, aclarando cuáles son las normas que rigen la controversia surgida entre Argentina y la empresa española Repsol. Argentina y España habían suscrito un acuerdo bilateral de protección y promoción de inversiones por el que se permite la expropiación, siempre que cumpla los requisitos de utilidad pública, no discriminación, e indemnización adecuada. En este caso, Repsol mantiene que la expropiación no ha sido conforme con el contenido del Acuerdo.

Es el propio Acuerdo bilateral el que establece el procedimiento a seguir en caso de controversia, para que su solución se lleve a cabo de forma pacífica y se evite, en la medida de lo posible, el deterioro de las relaciones diplomáticas. El último recurso es acudir al CIADI, tribunal arbitral del Banco Mundial. Si finalmente se inicia un procedimiento ante este tribunal, corresponderá al mismo dirimir si efectivamente la expropiación fue conforme a las normas vigentes o no.

En todo caso, antes de llegar a iniciarse el procedimiento se debe agotar la vía de la negociación que, por otra parte, es la mejor opción para las partes. El Gobierno español y la Unión Europea tienen un papel fundamental en estas negociaciones, pero no como actores principales de las mismas sino tratando de contribuir a la creación de un clima favorable al diálogo y al acuerdo entre Argentina y Repsol.

En cuanto a la resolución de la controversia, en los próximos meses seremos testigos de si las partes están a la altura de la importancia del reto que se les plantea: ser capaces de solucionar esta controversia con base en el Derecho internacional y respetando los compromisos previamente adquiridos. En un momento de crisis económica grave para muchos países del mundo, es importante mantener un equilibrio razonable entre la protección de los recursos naturales y la protección y promoción de la inversión extranjera directa.

Dicho esto, tampoco hay que olvidar algo que en España no se ha apuntado lo suficiente. Y es que Argentina tiene otras muchas controversias en esta materia, y en este ámbito no es un país que tenga una conducta no ya intachable, sino incluso correcta⁸⁶. Sorprende por ello la respuesta de las empresas españolas con este país,

⁸⁶ No conviene ignorar que el famoso Club de París ya se creó en 1956 para tratar la deuda argentina, y desde entonces se puede decir que el país iberoamericano ha sido asiduo en ese foro.

invirtiendo considerablemente en él pero descuidando el riesgo político del país, riesgo que es evidente en el caso de Argentina. Basta recordar el “corralito”, que el Gobierno argentino parece haber olvidado como por arte de magia, al igual que las empresas españolas. Recuérdese también la ayuda que nuestro país brindó a Argentina en ese momento, y el apoyo diplomático de España en los distintos foros internacionales. Ahora que la situación ha cambiado en España, Argentina parece querer sacar provecho político de las circunstancias. ¿Lo conseguirá? Pensamos que no, y esperamos que el Gobierno argentino recapacite su decisión, ya que si sigue adelante sin una indemnización adecuada para Repsol, los perjudicados serán los dos, pero quizás más Argentina.

BIBLIOGRAFÍA

AIE, *Key World Energy Statistics*, 2011.

AIE, *World Energy Outlook*, 2011, resumen ejecutivo.

ÁLVAREZ CALZADA, O., DAJANI GONZÁLEZ, J., “El nuevo marco europeo de protección de inversiones exteriores”, Real Instituto Elcano, ARI 139/2010.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “Los vecinos más próximos: Ucrania, Moldavia, Belarús y Rusia”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008*, 2009, pp. 477-496.

ARAHUETES GARCÍA, A., GARCÍA DOMONTE, A., “¿Qué ha sucedido con la Inversión Extranjera Directa de las empresas españolas en América Latina tras el boom de los años noventa y la incertidumbre de los primeros años 2000?”, Documento de Trabajo, núm. 35/2007, Real Instituto Elcano, 59 pp., pp. 9-12.

BERENSZTEIN, S., “Argentina 2012: ¿continuidad o radicalización?”, *Política Exterior*, vol. 25, núm. 144, 2011, pp. 116-126.

BERMEJO, R.: *Vers un nouvel ordre économique international. Etude centrée sur les aspects juridiques*, Fribourg, Editions Universitaires, 1982.

BLANC ALTEMIR, A., “La seguridad en el suministro energético, en particular de gas, como prioridad estratégica de la UE: ¿existen alternativas viables que reduzcan la dependencia de Rusia?”, en Ministerio de Defensa, *Panorama Estratégico 2010/2011*, Instituto Español de Estudios Estratégicos y Real Instituto Elcano, pp. 197-233.

CAMPOS, N. F., KARANASOS, M. G., TAN, B., “Two to tangle: Financial development, political instability and economic growth in Argentina”, *Journal of Banking and Finance*, vol. 36, núm. 1, 2012, pp. 290-304.

CLAUDÍN, C., SHAMRAY, V., “Ucrania: algo más que el gas para la UE. La coherencia del proyecto europeo”, *Política Exterior*, vol. 24, núm. 134, 2010, pp. 29-34.

DALLE, D., LAVOPA, F., “¿Hay vida después del SGP? Implicancias de la posible exclusión de Argentina de los sistemas generalizados de preferencias de Estados Unidos y la Unión Europea”, Red Latinoamericana de Política Comercial, *Serie Brief* núm. 79, noviembre de 2011, 12 pp.

DE ESPONA, R. J. R., “Rusia, la Unión Europea y la isla energética del Báltico”, *Política Exterior*, vol. 25, núm. 141, 2011, pp. 36-41.

DE GUCHT, K., “EU – Latin America/ Caribbean Trade: A Partnership for the Future”, *Conferencia IRELAC*, Brussels Management School ICHEC, Bruselas, 24 de abril de 2012.

DESCHAMPS, P., “La définition des droits acquis. Sa portée générale et son application en matière de succession d’Etat à Etat”, *RGDIP*, 1908, pp. 385-400.

DE VIDO, J., KICILLOF, A., “YPF: El Informe Mosconi”, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Argentina, 2012, 90 pp.

DIAZ ALBONICO, R.: “La place de l’équité et de l’enrichissement sans cause dans le calcul de l’indemnité en cas de nationalisation”, *Revue Egyptienne de Droit International*, 1973, pp. 175-210.

ESCRIBANO, G., “La expropiación de YPF culmina el fracaso de la política energética argentina”, Real Instituto Elcano, *ARI 30/2012*, pp. 6 y 7.

FERRANTI, D., LEIPZIGER, D., FOSTER, V., “Privatizaciones en América Latina”, Banco Mundial, *Working Paper*, 2002.

FMI, *Perspectivas de la Economía Mundial*, Abril 2012.

GALLAIS-HAMONNO, G., *Les nationalisations... à quel prix? Pourquoi faire?*, PUF, París, 1977, 238 p.

GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: *La protección de las inversiones exteriores. Los acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones celebrados por España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

GARCIANDÍA GARMENDIA, R., *Estados e instituciones financieras internacionales: lo que los países desarrollados pueden aprender hoy de algunas experiencias concretas en países en desarrollo*, Cuadernos Empresa y Humanismo, Pamplona, 2011.

HJÄLMROTH, C., WESTERBERG, C., “A common investment policy for the EU”, *The contribution of trade to a new EU growth strategy. Ideas for a more open European economy*, 2010, 29 pp.

IMPERIALI, C., “Les bénéfiques excessifs, une pratique limitée et controversée”, *AFDI*, 1978, pp. 678-710.

IRANZO, S., “Introducción al Riesgo-País”, Documentos Ocasionales del Banco de España, núm. 0802, de 2008, 99 pp.

JIANG, J., “Overseas Investments by Chinese National Oil Companies”, *IEA Energy Papers*, núm. 03, 2011.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: “International Law in the Past Third of a Century”, *RCADI*, 1978, vol. I, p. 297.

JIMÉNEZ PIERNAS, C., “La expropiación de YPF: análisis desde el Derecho Internacional”, *ARI 31/2012*, *Real Instituto Elcano*.

KOPELMANA, L., “Le protection des investissements privés à l'étranger”, *Droit et pratique du commerce international*, 1975, pp. 6 y ss.

LÓPEZ CACHERO, M., “La dependencia de la energía”, en *Energía: una visión económica*, Club Español de la Energía, 2008, pp. 357-405.

MALAMUD, C., “YPF y la política argentina”, *Real Instituto Elcano*, *ARI 28/2012*.

MORÉ, I., “Rusia abre la caja de Pandora del gas”, *ARI 5/2006*, *Real Instituto Elcano*.

MOREIRA, C., BARBOSA, S., “El Kirchnerismo en Argentina: origen, apogeo y crisis. Su construcción de poder y forma de gobernar”, *Sociedade e Cultura*, vol. 13, núm. 2, julio-diciembre 2010, pp. 193-200.

NOVOA MONREAL, E.: *Nacionalización y recuperación de recursos naturales ante la ley internacional*. Fondo de Cultura Económica, 1974, 135 p. De este autor, ver también “La nacionalización en su aspecto jurídico”, en Castañeda, J. (Coord.): *Derecho económico internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

OTTULICH, M., GARCÍA, F., GRANDE, R., “La producción de petróleo en yacimientos no convencionales”, *Petrotecnia*, Abril de 2011, pp. 55-61.

PASCUAL VIVES, F. J., “El subsistema regional comunitario ante el régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras”, *Revista de Derecho Comunitario*, 2010, núm. 36, pp. 467-495.

PASCUAL VIVES, F. J., “Los acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las inversiones extranjeras y el Derecho de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 40, 2011, pp. 441-489.

PASCUAL VIVES, F.J., “La competencia del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) para proteger las inversiones extranjeras realizadas por los particulares: El Laudo de 8 de mayo de 2008 dictado por un Tribunal del CIADI en el caso Víctor Rey Casado y Fundación Presidente Allende y la República de Chile (Caso CIADI N° ARB/98/2)”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2008 (en prensa).

PEREDO HERRERA, H. O., “La inversión extranjera directa y seguridad jurídica en Bolivia: un análisis de las reformas estructurales y su implicación en las inversiones”, *Viejas y nuevas alianzas entre América Latina y España: XII Encuentro de Latino Americanistas españoles*, Santander, 21 al 23 de septiembre de 2006.

PEROTTI, J., “Consideraciones del caso argentino ante la jurisdicción del CIADI”, *Centro Argentino de Estudios Internacionales*, 2006, 11 pp.

ROVETTA, P., “Las inversiones chinas en el exterior”, *Anuario Asia-Pacífico*, núm. 1, 2009, pp. 245-250.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, M., “Análisis de los criterios de valoración de inversiones utilizados por parte de las sociedades de capital riesgo”, *Jornadas de introducción a la investigación de la Universidad Politécnica de Cartagena*, núm. 4, 2011, pp. 130-132.

SODUPE, K., BENITO, E., “La dependencia energética de la Unión Europea”, *Actas del IV Congreso Vasco de Sociología*, Bilbao, 1998, pp. 792-798.

TORTUL, M., “Impacto de la crisis internacional sobre la economía argentina”, *Ciencias Económicas*, vol. 29, núm. 1, 2011, pp. 145-159.

TOUSCOZ, J.: “Le régime juridique international des hydrocarbures et le droit international du développement”, *Clunet*, 1973.

VERDROSS, A., “Les règles internationales concernant le traitement des étrangers”, *RCADL*, 1931-III, p. 359.

VERHOEVEN, J., “Droit international des contrats et droit des gens”, *Revue belge de droit international*, 1978/1979, pp. 209-230.

ZULAICA, M., “Crecimiento económico y desarrollo en Argentina”, *Nuevas Tendencias*, núm. 85, 2012, pp. 46-48.