

CONSTRUYENDO UN NUEVO DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES: LAS PROPUESTAS DEL INSTITUTO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

BUILDING A NEW INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: PROPOSALS OF THE INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Katia Fach Gomez*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. APORTACIONES MÁS RELEVANTES DEL MODELO DEL IISD SOBRE INVERSIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE. III. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: Este artículo analiza el contenido del Modelo de Acuerdo internacional sobre inversión para el desarrollo sostenible. Dicho texto, elaborado por el Instituto Internacional de Desarrollo sostenible, desea potenciar la dimensión social de los Acuerdos internacionales de inversión, con el objetivo de que en el futuro en los países en vías de desarrollo se priorice el aspecto cualitativo de la inversión, esto es, la inversión extranjera beneficiosa para estos Estados. La reflexión sobre los aspectos esenciales de este Modelo permite asimismo realizar un análisis de derecho comparado en la materia y vaticinar las tendencias futuras que caracterizarán al Derecho de las Inversiones internacionales prospectivo.

ABSTRACT: This article analyzes the content of the Model Agreement on Investment for Sustainable Development. This text, prepared by the International Institute for Sustainable Development, hopes to strengthen the social dimension of international investment agreements, with the aim that in the future developing countries can prioritize the qualitative aspect of the investment. Reflecting on the essential aspects of this model also allows an analysis of comparative law in this area and predict future trends that will characterize the prospective International Investment Law..

PALABRAS CLAVES: Inversiones internacionales, desarrollo sostenible, arbitraje de inversiones, países en vías de desarrollo.

KEYWORDS: International investments, sustainable development, investment arbitration, developing countries.

Fecha de recepción del artículo: 29 de septiembre de 2009. Fecha de aceptación de la versión final: 22 de diciembre de 2009.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Zaragoza y miembro de los Proyectos de Investigación SEJ2006-14516/JURI y e-PROCIFIS (Ref. S14/3). Esta investigación se ha llevado a cabo gracias a una Ayuda concedida en el año 2009 por el Ministerio de Asuntos Exteriores de Canadá (Programa "Understanding Canada"). I would like to extend my deepest gratitude to Howard Mann, Associate & Senior International Law Advisor from IISD, for his generosity in devoting his time to discussions on the intricacies of Investment Arbitration. I am also grateful to the Ottawa Law School for giving me office space so that I could conduct my research. El presente artículo se concluyó en el mes de agosto de 2009 y en él se incluyen referencias bibliográficas aparecidas hasta esa fecha. La vigencia y accesibilidad de las páginas *web* que se citan se comprobó asimismo en esa fecha.

"!Qué gran víspera el mundo! (...)
!Qué inocencia creer
que fue el pasado de otros
y en otro tiempo, ya
irrevocable, siempre!
No, el pasado era nuestro:
no tenía ni nombre"
Pedro Salinas, *La voz a tí debida*

I. INTRODUCCIÓN

El Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (sigla en inglés, IISD) es un *think tank* con sede en Winnipeg (Canadá) y oficinas en Ginebra y Nueva York. Desde su creación en el año 1990, esta organización ha tenido por objetivo “*demostrar que el ingenio humano puede mejorar de forma sostenible el desarrollo de nuestro medio ambiente, economía y sociedad globales*”¹. Para ello, su personal -experto en cuestiones jurídicas, económicas y técnicas-, viene realizando abundantes investigaciones en solitario o cooperando con alguna de las más de 200 ONGs con las que está vinculado. Los resultados de sus análisis se presentan ante muy diversos foros -gubernamentales, empresariales, académicos y/o cívicos- y generan un fructífero debate a nivel internacional². Los temas que son objeto de investigación por parte de IISD son tan variados como relevantes -cambio climático, energía, comercio, inversiones, gestión sostenible de los recursos naturales, política económica, innovación, etc- y siempre se abordan desde la perspectiva de “*what can make a difference?*”³.

Una de las áreas por las que esta organización muestra un interés preferente es la denominada «inversión extranjera para el desarrollo sostenible». En este ámbito, el Instituto canadiense lleva casi dos décadas realizando un exhaustivo trabajo. La finalidad es que sus publicaciones⁴ y acciones formativas en esta materia⁵ vayan conformando un completo cuaderno de bitácora, que permita darle una esencia más adecuada a las inversiones internacionales -“*A global agenda for change in international investment law, policy and institutions*”-⁶. Dentro del marco de este gran sector de actuación del Instituto, el presente trabajo se consagra a estudiar las dos cuestiones siguientes:

¹ http://www.iisd.org/pdf/2007/iisd_brochure_2007.pdf.

² Para apreciar la repercusión internacional de los trabajos realizados por esta organización, puede consultarse su último Informe Anual 2008-2009 «*Développeur l'excellence*» en http://www.iisd.org/pdf/2009/annrep_2008_2009_fr.pdf.

³ Más datos sobre el IISD pueden hallarse en http://www.iisd.org/pdf/2005/iisd_corp_brochure_2005.pdf.

⁴ http://www.iisd.org/publications/publication_list.aspx?themeid=7.

⁵ Véase por ejemplo, los Foros anuales que IISD organiza para negociadores en materia de inversiones que provengan de países en vías de desarrollo. http://www.iisd.org/investment/capacity/dci_forum_2008.asp.

⁶ <http://www.iisd.org/investment/>

En primer lugar, se va a estudiar un documento que se reputa especialmente relevante: el Modelo de Acuerdo internacional sobre inversión para el desarrollo sostenible (en adelante, Modelo IISD)⁷. Siguiendo las explicaciones de sus autores⁸, este Modelo es la reacción del Instituto canadiense frente a una tipología de negociaciones de inversión internacional y a unos arbitrajes en esta materia que no toman en cuenta los objetivos de desarrollo global y sostenible. En la época en la que se empezaron a celebrar Acuerdos bilaterales de inversión Internacional⁹, un determinado contexto político-económico¹⁰ permitió que estos Acuerdos sólo se preocupasen de un único aspecto de la inversión: la protección del inversor extranjero¹¹. El contexto contemporáneo, sin embargo, se considera que es diferente. El poder actual de la sociedad civil, la creciente conciencia medioambiental o el desarrollo de abundantes disposiciones e iniciativas internacionales en pos de la promoción de los derechos humanos, son alguno de los datos que conducen a requerir que las inversiones internacionales adopten hoy en día un enfoque mucho más plural y dinámico.

Reflejando lo recién expuesto, el Modelo IISD se presentó en el año 2005 y supone la culminación de un intenso proceso, durante el cual se trabajó partiendo de otras investigaciones previas del Instituto¹² y también se realizaron varias reuniones internacionales, en las que representantes del mundo político, económico, académico y social aportaron múltiples sugerencias respecto del texto canadiense¹³. Estructuralmente, este Modelo IISD cuenta con 59 artículos (agrupados bajo 11 capítulos -denominados

⁷ La traducción al español que ofrece el IISD en su *web* denomina a este documento «Acuerdo internacional modelo sobre inversión para el desarrollo sostenible». No obstante, la autora del presente trabajo considera más adecuado manejar la nomenclatura «Modelo de Acuerdo internacional sobre inversión para el desarrollo sostenible» que, a la postre, coincide con la denominación ofrecida por la versión francesa del documento «Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable» (v. http://www.iisd.org/investment/model/default_fr.asp).

⁸ http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

⁹ El primer Tratado bilateral en materia de inversiones data de 1959: "Treaty for the Promotion and Protection of Investments". Signed at Bonn, on 25 November 1959. http://untreaty.un.org/unts/60001_120000/7/7/00012301.pdf.

¹⁰ Cuando se aborda este tema, la doctrina suele citar una serie de motivos entre los que destaca el deseo de paliar las repercusiones económicas negativas que la descolonización iba a causar en los países en vías de desarrollo que acababan de alcanzar la independencia o el temor a la expansión del comunismo. Realizando un detallado estudio histórico sobre cómo han influido distintas políticas y planteamientos económicos en el Derecho Internacional de las Inversiones, v. SORNARAJAH, M., "A law for need or a law for greed?: Restoring the lost law in the international law of foreign investment", *Environmental Agreements* 2006, pp. 329-357.

¹¹ Se ha llegado a afirmar que este tipo de textos son "a human right treaty for special interest groups" (los inversores), cuyo objetivo es implantar una "multinational corporate hegemony". V. ALVAREZ, J E: "Critical Theory and The North American Free Trade Agreement's Chapter Eleven", *University Miami International- American Law Review* 28, n.º. 2, 1997, p. 303 y MANIRUZZAMAN, A. F. M.: "The international law of foreign investment in the age of globalization: from panic to panacea", *International Environmental Agreements*, 2006, pp. 365-369.

¹² Véase, por ejemplo, la denominada «Agenda Sureña sobre inversión» <http://www.iisd.org/investment/model/southern.asp>.

¹³ <http://www.iisd.org/investment/model/default.asp>.

Partes en el texto-) y con 6 Anexos (Anexo A-F). En cuanto a su contenido, el Modelo IISD no sólo revisita los conceptos clásicos y básicos del ámbito de las inversiones internacionales sino que, como veremos, introduce en él una serie de cuestiones realmente innovadoras. Siendo consciente de que un estudio exhaustivo de prácticamente cualquiera de los preceptos del Modelo IISD podría generar un trabajo de dimensiones monográficas, este artículo opta por realizar una presentación condensada de los aspectos de esta propuesta canadiense que se consideran más destacados. Con esta metodología se pretende llegar a comprender los elementos claves del Modelo IISD así como las opciones de *policy* que han hecho que el Modelo presente tales características.

En segundo lugar, este artículo también pretende descubrir en qué medida el Modelo IISD ha sido tenido en cuenta en estos últimos cuatro años por parte de legisladores nacionales y organizaciones regionales con capacidad de regular las inversiones internacionales¹⁴. Como es lógico, las propuestas *lege ferenda* ven a aumentar su peso específico si hallan reflejo en el ámbito del derecho positivo, por lo que para el Modelo IISD sería un signo de vitalidad y un buen presagio de futuro que éste hubiese experimentado dicho proceso de traslación. Realizar este análisis supone estudiar asimismo los abundantes documentos que el IISD ha ido elaborando desde el año 2005 en materia de inversiones internacionales. Para el Instituto canadiense, su Modelo sobre inversión para el desarrollo sostenible es la piedra angular sobre la que pivotan sus más recientes investigaciones, por lo que éstas también contribuyen a vivificar y consolidar dicho Modelo IISD, dándole relevancia internacional.

II. APORTACIONES MÁS RELEVANTES DEL MODELO DEL IISD SOBRE INVERSIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

Antes de comenzar el estudio individualizado de las cuestiones jurídicas más sobresalientes del Modelo IISD, es conveniente recalcar dos ideas clave que, recogidas en el Preámbulo¹⁵

¹⁴ Naturalmente, este análisis empírico no pretende ser exhaustivo. De los miles de textos existentes en materia de inversiones internacionales, solo se han seleccionado algunos que, por su actualidad y/o contenido, se han considerado especialmente interesantes.

¹⁵ El Preámbulo establece: “*Las partes, Buscando fomentar el desarrollo sostenible a nivel nacional, regional y global; Comprendiendo el desarrollo sostenible como desarrollo que cumple con las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de futuras generaciones para cumplir con sus propias necesidades y reconociendo la contribución de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de 2002 y los Objetivos de Desarrollo del Milenio a nuestro entendimiento de desarrollo sostenible; Reconociendo que el fomento de las inversiones sostenibles es crucial para el desarrollo adicional de economías nacionales y globales, así como la búsqueda de objetivos nacionales y globales para el desarrollo sostenible, Comprendiendo además que la promoción de dichas inversiones requiere esfuerzos cooperativos por parte de los inversores de y los gobiernos anfitriones y locales; Reconociendo el desarrollo de protecciones para inversores extranjeros en ley internacional hasta la fecha; Afirmando el progresivo desarrollo de la ley y la política internacionales sobre las relaciones entre las empresas multinacionales y los gobiernos anfitriones tal como se perciben en tales instrumentos internacionales como la Declaración Tripartita de Principios de la OIT sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, las Directrices de la OCDE para las Empresas Transnacionales y la serie de normas de*

y en el articulado de este texto¹⁶, han de tenerse siempre presentes a la hora de interpretar adecuadamente la propuesta canadiense¹⁷. En primer lugar, se considera que la inversión extranjera no debe generar cualquier tipo de desarrollo, sino únicamente aquel que sea sostenible. El Modelo del Instituto canadiense está optando claramente por el elemento cualitativo de la inversión, frente a una priorización cuantitativa-cumulativa que, siendo la práctica tradicional en muchos países en vías de desarrollo, se ha constatado que no ofrece buenos resultados medioambientales ni sociales en el largo plazo¹⁸. En segundo lugar, para alcanzar este desarrollo sostenible es necesario, que los Acuerdos de Inversión se instrumentalicen de forma que permitan alcanzar un equilibrio entre los derechos y obligaciones de todos los sujetos involucrados -fundamentalmente, inversores, Estado anfitrión y Estado local-. Así, el Modelo del Instituto canadiense está optando por consensuar una pluralidad de enfoques que tradicionalmente no habían conseguido ser tenidos en cuenta en las negociaciones de los textos internacionales en esta materia. Si antaño la totalidad del espacio era ocupado por los derechos de los inversores, ahora estos deberán aprender a convivir con otros elementos, como sus propios deberes o los derechos de los Estados anfitriones¹⁹. En coherencia con los dos objetivos recién explicitados, el Modelo IISD presenta las siguientes características esenciales:

la ONU sobre las responsabilidades de las corporaciones transnacionales y multinacionales en materia de derechos humanos; Buscando un equilibrio general de derechos y obligaciones con respeto a la inversión internacional entre inversores, países anfitriones y países locales; y Reconociendo que un acuerdo de inversión internacional debería reflejar los principios básicos de transparencia, responsabilidad y legitimidad para todos los participantes en los procesos de inversión extranjera, han acordado (...)" http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf.

¹⁶ Sin ánimo de exhaustividad: Artículo 1: "El objetivo de este Acuerdo es el de promover la inversión extranjera que apoya el desarrollo sostenible, en particular en los países en vías de desarrollo y en los menos desarrollados" y artículo 25.1: "Los Estados anfitriones tienen, de acuerdo con los principios generales de la ley internacional, el derecho de buscar sus propios objetivos y prioridades de desarrollo" http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf.

¹⁷ El Modelo IISD insiste en la importancia que ha de tener el Preámbulo, ya que debe recoger los objetivos de los textos y servir para interpretar el articulado. En este sentido, algunos Acuerdos bilaterales y regionales recientes han incluido en su Preámbulo relevantes referencias. Por ejemplo, Comesa afirma que: "*bearing in mind that the measures agreed upon shall contribute towards the realisation of the Common Market and the achievement of sustainable development in the region*" y el borrador de Modelo Noruego recoge contundentes manifestaciones en material medioambiental, laboral, derechos humanos, democracia, estándares de vida, etc. V. *infra*, notas 32 y 34.

¹⁸ Mostrando los efectos negativos de la competencia establecida entre países en vías de desarrollo para obtener capital extranjero, v. por ejemplo, CHOWLA, P. «Comparing Naughty BITs: Assessing the Development Impact of Variation in Bilateral Investment Treaties», www.lse.ac.uk/depts/destin. Un corto muy didáctico al respecto, reflexionando desde una perspectiva macroeconómica: <http://storyofstuff.com/>

¹⁹ Téngase en cuenta además, que el Modelo IISD aspira ser un Acuerdo multilateral porque esta estructura de negociación es más favorable que la bilateral para que los intereses del Estado menos desarrollado sean realmente considerados -ya que, de esta forma, estos Estados pueden agruparse para negociar-. Defendiendo otras virtudes de un Acuerdo General de Inversiones (se evita el riesgo de reglas inconsistentes, incertidumbres, conflictos legales, etc, lo cual termina generando una beneficiosa reducción de los costes empresariales), v. GUGLER, P y TOMSIK, V, "General Agreement on Investment: Departure from the Investment Agreement Patchwork", en <http://sr-sax-81.unifr.ch/pes/assets/files/News/Gugler%20Tomsik%20Reading%20April%20%2007.pdf>.

1. Afina la cobertura de algunas definiciones esenciales

Si se atiende al artículo 2 de la propuesta canadiense, es reseñable en primer lugar que ésta ofrece una noción de “inversión” más limitada de la que habitualmente aparece recogida en los textos sobre Derecho Internacional de Inversiones²⁰. Esta restricción tiene dos manifestaciones en el Modelo IISD: por un lado, de la definición de inversión se excluyen expresamente determinadas figuras (artículo 2 (C) a y d: carteras de inversión²¹, cuotas de mercado o derechos de propiedad intelectual que sean el único objeto de la inversión, etc.). Por otro lado, se exige que haya una “*presencia física significativa*” de la inversión en el Estado anfitrión. En este sentido, en la Guía para Negociadores publicada por IISD se especifica que no se puede considerar que haya una presencia física significativa de la inversión si sólo existen “*oficinas de ventas sin otras instalaciones operacionales, negocios operados desde casillas de correo o a través de Internet u otro tipo de negocios con una presencia física muy limitada en el Estado anfitrión*”²². Con esta aclaración, el Modelo del Instituto canadiense se posiciona en contra de otorgar los beneficios derivados del Derecho Internacional de Inversiones a una inversión que, por no haberse introducido suficientemente en el Estado anfitrión, no se la estima susceptible de poder contribuir al desarrollo de dicho Estado.

Como se viene recalcando, cuando el Modelo IISD alude al desarrollo que tiene que generar una inversión, sólo considera digno de ser tenido en cuenta el “buen desarrollo”²³.

²⁰ La autora es consciente de que, dado el gran número de textos que existen en este ámbito, cualquier afirmación general (como la realizada en texto principal) es susceptible de ser justamente rebatida con base en algún texto específico. Por eso, las declaraciones de esta naturaleza que se recojan en el presente artículo únicamente pretender hacer alusión a las tendencias mayoritarias.

²¹ Que se estime que figuras como las carteras de inversión (*investment portfolios*) no deban beneficiarse del régimen de las inversiones internacionales estipulado en este tipo de Acuerdos no significa que en los mercados financieros no deban potenciarse muchos de los principios de desarrollo sostenible propuestos por el texto del IISD. En este sentido, están surgiendo iniciativas de *soft law* (como los “Principles for Responsible Investment” <http://www.unpri.org/principles/>) que desean ayudar a los inversores para que integren las consideraciones medioambientales, sociales y de gobierno en la toma de decisiones y en las prácticas de inversión.

²² http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

²³ A este respecto, son interesantes las reflexiones de Paulsson: «*Es un craso error concentrarse en la oposición entre el inversor y el Estado receptor. La verdadera línea divisoria se encuentra dentro de la comunidad de inversores. Hay buenos inversores y malos inversores. El buen inversor está ahí para el largo trayecto, y para obtener un retorno decente, como es entendido por todos desde el comienzo. Con el fin de merecerse dicha recompensa éste espera que sea llamado para efectuar una contribución real la cual, él mismo agradecería que fuera evaluada por alguien y en cualquier momento. Su enemigo no es el Estado porque ambos comparten intereses. Sin embargo, el mal inversor, un operador dudoso que quiere ganar dinero rápidamente obteniendo beneficios enormes por bienes de mala calidad, procurando firmar toda clase de documentos de dudosa procedencia, tales como contratos, enmiendas y certificados diseñados como una cobertura legal de un desempeño pobre, genera un mal ambiente que también perjudica al buen inversor*”. PAULSSON, J., “El poder de los Estados para hacer promesas significativas a los extranjeros”, *Revista de Economía y Derecho*, 2009, esp. p. 7.

En el ámbito de Ciadi²⁴, la falta de una definición expresa del término “inversión” en el Convenio ha generado diversas decisiones arbitrales, que han tenido que dictaminar si el supuesto de hecho controvertido era o no una inversión para, consecuentemente, considerar si la reclamación arbitral entraba o quedaba fuera de la jurisdicción del Centro (artículo 25). La cuestión sigue siendo muy controvertida en la actualidad, ya que el denominado “test Salini” (“*an investment suppose contributions, a certain duration of performance, a participation in the risks of the transaction and contribution to the economic development of the host State of the investment*”)²⁵ ha sido cuestionado en decisiones posteriores²⁶. Repasando recientes manifestaciones arbitrales, se percibe en ellas un marcado enfoque economicista (“*the tribunal must reject any perceived political or cultural benefits arising from the contract in assessing whether it constituted an investment except where such benefits would have had a significant impact on the Respondent’s economic development*”)²⁷, que no encaja con los principios defendidos en el Modelo IISD.

No obstante, sí que se han hallado en varios textos internacionales recientes algunas matizaciones a la tradicionalmente amplia noción de inversión. Así, el CAFTA-DR 2004²⁸ y el BIT USA-Ruanda de 2008²⁹, aparte de enumerar las características de una inversión³⁰, apuntan en nota a pie que no son inversión los reclamos de pago de vencimiento inmediato y que son resultado de la venta de mercancías o servicios y que asimismo no se tiene certeza de que sean inversión algunas formas de deuda y algunos tipos de autorizaciones. Dando un paso adelante, el FIPA Canadá-Jordania de 2009 introduce en texto principal – siguiendo la estructura del Modelo canadiense de BIT 2004³¹ – un listado de figuras que no

²⁴ En relación con esta organización internacional, dedicada a la conciliación y al arbitraje de inversiones internacionales. V. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>.

²⁵ <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

²⁶ Analizando los laudos CIADI en esta materia y perfilando una noción de inversión que se centra en la noción de contribución (y en su complementario remuneración) y descarta los otros tres elementos del test Salini, v. MANCIAUX, S. “The Notion of Investment: New Controversies”, *The Journal of World Investment and Trade*, 2008, pp. 1-22.

²⁷ V. punto 138 del laudo. Aunque parece que el inicio del punto 139 pretende matizar la afirmación previa: “*It should not be thought that investments of relatively small cash sumes can never amount to an investment*”, las siguientes líneas, sin embargo, vuelven a pivotar sobre la idea del beneficio económico “*Investments can be valued in ways other than pure cash, e. g, as human capital or intelectual property rights. So long as the putative investor has committed to making a contribution which results in some form of positive economic development, the Salini test can be fulfilled*”. Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia (ICSID Case No. ARB/05/10). (ICSID Case No. ARB/05/10).

²⁸ <http://www.ustr.gov/trade-agreements/bilateral-investment-treaties/bit-documents>.

²⁹ El acrónimo BIT significa «*Bilateral Investment Treatment*» y es la terminología usada en Estados Unidos. <http://www.ustr.gov/trade-agreements/bilateral-investment-treaties/bit-documents>.

³⁰ Artículo 10.28 Cafta-DR: «*Incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades o el asumir el riesgo*”. <http://www.procafta.net/images/stories/procafta/docs/TextoCAFTADR/10inversion.pdf>.

³¹ <http://ita.law.uvic.ca/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>.

han de considerarse inversión³². También es muy interesante en este sentido el Acuerdo de Inversión para la Zona Común de Inversión COMESA 2007 (*Investment Agreement for the Comesa Common Investment Area* –a partir de ahora, Acuerdo de Inversión Comesa-)³³ que, junto a una definición negativa de inversor, introduce en materia de propiedad intelectual la restricción propuesta por el IISD –sólo son inversión estos derechos si están asociados con un negocio que opere en el territorio del Estado Comesa en el que se ha hecho la inversión-.

En segundo lugar, ha de destacarse asimismo que el artículo 2 (I) del Modelo IISD precisa de una forma muy detallada qué ha de entenderse por “Estado Local”. El precepto insta a que el inversor extranjero elija rápidamente y notifique al Estado anfitrión cuál es su Estado local. Dicha elección no es libre, sino que este Estado ha de corresponderse “*con su lugar principal de negocio o un centro importante con enlaces eficaces y sustentados con la economía del Estado local y desde el cual se ejerza un control efectivo de la inversión*”. Con esta restricción, el IISD quiere evitar que el inversor genere en un Estado una estructura ficticia que, pese a su vacuidad empresarial, le permita realizar un “*treaty shopping*” y beneficiarse de un concreto Acuerdo de inversión³⁴. Por ello, las mismas exigencias se aplican en caso de que el inversor cambie en relación con la inversión (“*deberá identificar el Estado local del nuevo inversor, en función de su principal lugar de negocio o un centro importante de operaciones reales muy relacionado con la inversión*”) o de que el inversor no elija un Estado local o no haya acuerdo entre el inversor y el Estado anfitrión (“*en el caso de que un inversor tenga su oficina central corporativa o su principal*

³² Artículo 1 de este Acuerdo (“*Foreign Investment Promotion and Protection Agreements*” -FIPA-) firmado el 28 de junio de 2009: “*but “investment” does not mean, (xi) claims to money that arise solely from a commercial contracts for the sale of goods or services by a national or enterprise in the territory of a Party to an enterprise in the territory of the other Party, or (b). the extension of credit in connection with a commercial transaction, such as trade financing, other than a loan covered by subparagraph (d) or (e), or (xii) any other claims to money, that do not involve the kinds of interests set out in subparagraphs (a) to (j)*”. <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/jordan-agreement-jordanie-accord.aspx?lang=eng>. En relación con la evolución de la política canadiense en materia de inversiones internacionales, v. LEVESQUE, C: «Canada’s FIPAs», www.commonlaw.uottawa.ca/index.php?option=com...task... y NEWCOMBE, A: “Canada’s New Model Foreign Investment Protection Agreement”, <http://ita.law.uvic.ca/documents/CanadianFIPA.pdf>.

³³ El Mercado Común de África Oriental y Austral (COMESA, sigla en inglés) es una unión aduanera con diecinueve Estados miembros de la Comunidad Económica Africana. Dentro de este marco, recientemente se tomó la iniciativa de elaborar y ofrecer para la firma el *Investment Agreement for the Comesa Common Investment Area*, que aún no ha entrado en vigor. En estas materias, v. http://programmes.comesa.int/index.php?option=com_content&view=article&id=82&Itemid=66&lang=en y <http://www.epzakenya.com/UserFiles/File/COMESA%20INVESTMENT%20OPPORTUNITIES.pdf>.

³⁴ En este sentido, en la Guía para negociadores se ejemplifica: «*Shell corporations, off-shore tax haven registrations and incorporations and other forms of incorporation or location shall not be determinative of the formal place of location of home state. Effective control of the investment is the central issue here, commensurate with the capacity of home State liability to be effectively pursued if appropriate, in accordance with Article 17*” (se aporta la versión inglesa de la Guía, ya que en este punto la traducción oficial al español no se considera del todo precisa). http://www.iisd.org/pdf/2004/investment_invest_and_sd.pdf.

lugar de negocio en un Estado parte de este Acuerdo, ese Estado será considerado como el Estado local”).

Examinando recientes textos bilaterales y regionales en materia de inversiones, se lamenta que la realidad legislativa en este punto se halle bastante alejada de la propuesta del IISD. La mayoría de los Acuerdos analizados únicamente indican, en su precepto dedicado a definiciones, que se considerará inversor a una persona jurídica constituida u organizada según la ley de un Estado parte y con domicilio allí. Por ahora, son minoría los textos que (como borrador de Modelo noruego 2007³⁵ o Acuerdo de Inversión Comesa³⁶) complementariamente requieren que dicha persona jurídica desarrolle “*substantial business activity*” en ese Estado o que, al menos, dejan abierta la posibilidad (como hace el Acuerdo del Área de Libre Comercio ASEAN-Australia-Nueva Zelanda³⁷) de que previa notificación no se le concedan los beneficios derivados del Acuerdo a un inversor que no cumpla con dicho requisito³⁸.

2. Rebaja el grado de indefinición de los derechos básicos de los inversores

El artículo 5 del Modelo IISD comienza realizando una presentación estándar de la regla de “Trato Nacional”: cada Parte acordará a los inversores/inversiones de otra Parte un tratamiento no menos favorable que aquel acordado en circunstancias similares a sus propios inversores/a las inversiones de sus propios inversores, con respecto a la administración, la conducta, la operación, la expansión y venta u otras disposición de

³⁵ V. el artículo 2.1.ii) del borrador de Modelo noruego. Respecto de este último texto, ha de indicarse que en junio de 2009 se anunció que el Gobierno noruego había decidido retirar este Modelo, dado que había generado controversia en el país. Por ello, no se sabe qué parámetros va a usar este país para sus negociaciones futuras en materias de inversiones internacionales. <http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2009/06/08/norway-shelves-its-proposed-model-bilateral-investment-treaty.aspx>.

³⁶ V. el artículo 1.4 del Acuerdo de Inversión Comesa. http://programmes.comesa.int/attachments/104_Investment%20agreement%20for%20the%20CCIA%20FINAL%20_English_.pdf.

³⁷ Agreement Establishing the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN)–Australia–New Zealand Free Trade Area (AANZFTA), firmado el 27 de febrero de 2009. <http://www.dfat.gov.au/trade/fta/asean/aanzfta/chapters/chapter11.html>.

³⁸ Artículo 11: “*Denial of Benefits: 1. Following notification, a Party may deny the benefits of this Chapter: to an investor of another Party that is a juridical person of such other Party and to investments of that investor if an investor of a non-Party owns or controls the juridical person and the juridical person has no substantive business operations in the territory of the other Party; to an investor of another Party that is a juridical person of such other Party and to investments of that investor if an investor of the denying Party owns or controls the juridical person and the juridical person has no substantive business operations in the territory of any Party, other than the denying Party*”. <http://www.dfat.gov.au/trade/fta/asean/aanzfta/chapters/chapter11.html>. En el mismo sentido, v. el artículo 19 del *Asean Comprehensive Investment Agreement* (<http://www.aseansec.org/22218.htm>). Este texto ha sido elaborado por la *Association of Southeast Asian Nations*, una organización regional creada en 1967 con el objetivo de acelerar el crecimiento económico y el progreso social y cultural de la región y de promover la estabilidad regional potenciando el respeto a la justicia y al sistema legal (<http://www.aseansec.org/64.htm>).

inversiones³⁹. La aportación novedosa del IISD es que introduce en este precepto⁴⁰ un listado no exhaustivo de circunstancias que han de tenerse en cuenta a la hora de precisar, en cada caso, la indeterminada expresión “*circunstancias similares*”. Así el texto requiere que se haga una revisión global y ponderada de, al menos, las siguientes circunstancias: “*sus efectos sobre terceros y la comunidad local, sus efectos sobre el medio ambiente local, regional o nacional o el patrimonio mundial; el sector donde se halle el inversor; el objetivo de una medida en cuestión; el proceso regulatorio generalmente aplicado en relación con una medida en cuestión; y otros factores directamente relacionados con la inversión o el inversor en relación con la medida en cuestión*”.

Según los autores del Modelo IISD, la inclusión de esta enumeración es su reacción ante una serie de decisiones arbitrales en las que el control de las circunstancias similares se ha cubierto manejando solamente datos genéricos y aislados⁴¹. Reflexionando desde la nueva perspectiva de Derecho Internacional de las Inversiones que propugna el IISD, una inversión extranjera es una realidad extremadamente compleja y sensible. Por ello, a la hora de valorar si se le ha concedido un trato nacional, se requiere realizar un análisis lo más amplio posible de sus circunstancias, de ahí que por ejemplo el artículo 5 (D) aluda expresamente a los efectos no sólo económicos de la inversión sino también a los medioambientales y que se hayan de tener en cuenta no sólo los efectos reales sino también los objetivos perseguidos por la medida adoptada por el Estado anfitrión.

Se estima que el tipo de control propuesto por el IISD (y reproducido en el Acuerdo de Inversión Comesa⁴²) es una herramienta útil para los países en vías de desarrollo. Es factible que aplicar este análisis más detallado pueda conducir a que en un mayor número de casos el Estado anfitrión sea arbitrariamente exonerado de una reclamación por violación

³⁹ En coherencia con lo expuesto respecto del artículo 3, no se reconoce el derecho al trato nacional en la fase de pre-establecimiento, salvo que “*un inversor extranjero pueda, bajo la ley nacional, establecer una inversión*», en cuyo caso «*este artículo se aplicará en la medida en que no sea inconsistente con dicha ley nacional relacionada con el establecimiento o adquisición de inversiones*» (artículo 5. A). http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

⁴⁰ Y también en el artículo 6 –tratamiento de nación mas favorecida- a raíz de la remisión que hace la letra (F) de éste al párrafo (E) del artículo 5.

⁴¹ Criticando la preponderancia que se ha otorgado en este análisis a consideraciones empresariales, v. World Summit on Sustainable Development. <http://www.ciel.org/Publications/investment.pdf>.

⁴² V. artículo 17 del texto. http://programmes.comesa.int/index.php?option=com_content&view=article&id=82&Itemid=66&lang=en.

También se ha hallado un esfuerzo –menos preciso- de concretar el concepto “*in like circumstances*” en el artículo 3.1 Borrador Modelo noruego: “*In like circumstances: The Parties agree/ are of the understanding that a measure applied by a government in pursuance of legitimate policy objectives of public interest such as the protection of public health, safety and the environment, although having a different effect on an investment or investor of another Party, is not inconsistent with national treatment and most favoured nation treatment when justified by showing that it bears a reasonable relationship to rational policies not motivated by preference of domestic over foreign owned investment*”.

de este principio del trato nacional⁴³. Pero, aparte de ello, una mayor especificación de las circunstancias similares permite reducir el criticado margen de discrecionalidad -y los posibles laudos contradictorios- de los tribunales arbitrales, lo que ayudaría a reforzar la legitimidad de un nuevo Derecho Internacional de las Inversiones.

En la redacción que el IISD propone darle al tratamiento de nación más favorecida y al tratamiento justo y equitativo se aprecia un evidente deseo de reforzar el “*bargaining power*” de los Estados anfitriones. Así, el artículo 6 es taxativo al establecer limitaciones temporales y de contenido respecto del tratamiento que se acuerde para los inversores de otra Parte, que habrá de ser no menos favorable que aquel que se acuerde dar, en circunstancias similares, a inversiones o inversores de cualquier otra Parte o no pertenecientes a una Parte. En este sentido, el precepto indica que tal tratamiento de “nación más favorecida” se aplica a “*disposiciones de fondo de otros Acuerdos internacionales relacionadas con la inversión que entren en vigor después de que este Acuerdo haya entrado en vigor*”⁴⁴. Ello supone, *sensu contrario*, que este beneficio pro-inversor no rige respecto de disposiciones de naturaleza procesal o instrumental ni tampoco respecto de Acuerdos de inversión cronológicamente anteriores, lo que reduce considerablemente el denominado por la doctrina “*cherry picking*”. Como se indica en la Guía para Negociadores, la no introducción de esta restricción cronológica en el Modelo del Instituto canadiense supondría perpetuar la posición débil del Estado anfitrión, frente al cual un inversor de un Estado parte del nuevo Acuerdo podría alegar disposiciones más favorables contenidas en Acuerdo previo entre el Estado anfitrión y un Estado no Parte⁴⁵ al

⁴³ Algunos autores consideran que realizar un análisis amplio como el que propugna el IISD permitiría que supuestos como los siguientes no se considerasen una violación del principio de trato nacional: por ejemplo, si el Estado anfitrión otorga un trato diferenciado al inversor nacional, cuando éste estuviese justificado por objetivos como discriminar positivamente a determinadas minorías nacionales o fomentar la erradicación de la pobreza a través de la creación de microempresas nacionales. V. SALGADO, V. R. “The Case Against Adopting Bit Law in the FTAA Framework”, *Wisconsin Law Review*, 2006, 1024-1066. En este sentido, textos como el FIPA Canadá-Jordania indican expresamente en el Anexo II que “*Canada reserves the right to adopt or maintain any measure with respect to rights or preferences provided to aboriginal peoples or to socially or economically disadvantaged minorities*” (<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/jordan-agreement-jordanie-accord.aspx?lang=eng>).

⁴⁴ En consonancia con ello y buscando que el Modelo del Instituto canadiense se vaya imponiendo como parámetro armonizador a nivel mundial, el artículo 33 (C) establece que: “*Los Estados Parte de este Acuerdo asegurarán que todo Acuerdo de inversión futuro del que puedan convertirse en Parte sea completamente consistente con el presente Acuerdo, particularmente con la igualdad de derechos y obligaciones que establece y las principales características del sistema de solución de diferencias*”. http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

⁴⁵ Véase que tal problema no se generaría entre Estados Parte del Acuerdo, ya que el artículo 33. (A) del Modelo IISD establece que: “*A partir de que los Estados local y anfitrión se conviertan en Partes de este Acuerdo, todos los Acuerdos de inversión internacional preexistentes de los que forman parte, entre dichos Estados, se considerarán anulados por consentimiento mutuo y todos los debidos derechos y obligaciones deberán cumplir con este Acuerdo*”. Véase también que el problema apuntado en la Guía de Negociadores sólo se generaría si no se hubiese podido cumplir exitosamente con el artículo 33 (B) del Modelo IISD: “*En el caso de que los Estados Parte de este Acuerdo tengan un Acuerdo de inversión internacional con una no Parte, deberán hacer un esfuerzo para renegociar esos Acuerdos para hacerlos consistentes con el presente*

que se le presume no concienciado con el objetivo del desarrollo sostenible⁴⁶. En definitiva, con tales restricciones el IISD (y el Modelo colombiano de BIT⁴⁷ o el Borrador de Modelo noruego⁴⁸) quieren evitar que en el futuro la alegación de la cláusula de nación más favorecida conduzca a resultados como el defendido en el laudo de *Emilio Agustín Maffezini versus Reino de España*⁴⁹.

Por su parte, el artículo 7 del Modelo establece que el estándar mínimo de tratamiento que ha de proporcionársele a las inversiones se corresponde con el estándar mínimo de tratamiento a extranjeros determinado por el derecho internacional consuetudinario. Este concepto de estándar mínimo de tratamiento se perfila incluyendo dentro de él nociones como “protección y seguridad completas” o “trato justo y equitativo” y vinculando estos principios con el artículo 19 del Modelo IISD, en el que se define la “imparcialidad procesal” que pueden esperar los inversores de los Estados anfitriones⁵⁰. En este punto, la perspectiva del texto canadiense es que ha de tenerse muy en cuenta el -en muchas ocasiones, escaso- nivel de desarrollo de los Estados anfitriones⁵¹. Por ello, el artículo 19 (D) del texto proclama que: “*las Partes entienden que diferentes Partes tienen diferentes formas de sistemas administrativos, legislativos y judiciales, y que los Estados a diferentes*

Acuerdo o para asegurar que todas las Partes del otro acuerdo se conviertan en una parte de este Acuerdo”. http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

⁴⁶ En el ejemplo de la Guía, los niveles de desequilibrio que en su día Reino Unido logró imponer a un buen número de Estados en vías de desarrollo, seguirían siendo aprovechados por otros Estados desarrollados –caso de que Reino Unido no firmase el nuevo Acuerdo- y ello reduciría enormemente la importancia real del Modelo IISD. http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

⁴⁷ V. texto del artículo 4.2. http://www.iisd.org/pdf/2007/inv_model_bit_colombia.pdf.

⁴⁸ Artículo 4: «*For greater certainty, treatment referred to in paragraph 1 does not encompass dispute resolution mechanisms provided for in this Agreement or other International Agreements*”. <http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2009/06/08/norway-shelves-its-proposed-bilateral-investment-treaty.aspx>.

⁴⁹ Caso Ciadi 97/7: «*El Tribunal es de la opinión que el Demandante ha demostrado convincentemente que la cláusula de la nación más favorecida incluida en el ABI Argentina-España comprende las disposiciones sobre solución de controversias de este tratado. Por consiguiente, sobre la base de los arreglos más favorables contenidos en el ABI Chile-España y la política jurídica adoptada por España respecto del tratamiento de sus propios inversores en el extranjero, el Tribunal concluye que el Demandante tiene derecho a someter la controversia actual al arbitraje sin presentarla previamente a los tribunales españoles. El Tribunal considera que la exigencia de recurrir previamente a los tribunales nacionales contenida en el ABI Argentina-España no responde a un aspecto fundamental de la política pública considerada en el contexto del tratado, de las negociaciones relacionadas con él, de los otros mecanismos jurídicos o de la práctica subsiguiente de las partes. Sobre esta base, el Tribunal confirma la jurisdicción del Centro y su propia competencia en este caso, no siéndole posible acoger la objeción que en este aspecto ha sido presentada por el Reino de España*». <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

⁵⁰ Este artículo está incorporado en la Parte 4 del Proyecto «Obligaciones del Estado anfitrión» (artículos 19-24).

⁵¹ Apuntando, por ejemplo, las «patologías estructurales» del sistema jurídico y legal de países latinoamericanos, v. HAMMERGEN, L: «Quince años de reforma judicial en América Latina: ¿dónde estamos y por qué no hemos progresado más?», http://www.cejamericas.org/doc/documentos/quince_anos.pdf.
o http://www.cejamericas.org/doc/documentos/JudicialReforminLatinAmericaSPANISH_final.pdf.

niveles de desarrollo pueden no lograr sus mismos estándares o cualidades para sus procesos administrativos y judiciales. Los párrafos A-C de este artículo no establecen un único estándar internacional en este contexto”⁵².

Esta idea de que el trato justo y equitativo garantiza sólo un nivel mínimo (“*provides a floor*”)⁵³ de lo que se le puede exigir al Estado anfitrión y que, además, este nivel ha de tener en cuenta las características de este Estado anfitrión y no el grado de progreso alcanzado por el Estado local, ha sido recogida en otros actuales textos internacionales (BIT USA⁵⁴, Acuerdo ASEAN-Australia-Nueva Zelanda⁵⁵ o Acuerdo de inversión Comesa⁵⁶) y

⁵² http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

⁵³ El artículo 5 del Modelo de BIT canadiense es explicado de la siguiente forma por el Gobierno canadiense “*The Minimum Standard of Treatment ensures investments of investors fair and equitable treatment and full protection and security in accordance with the principles of customary international law. The minimum standard provides a “floor” to ensure that the treatment of an investment cannot fall below treatment considered as appropriate under generally accepted standards of customary international law*”. <http://ita.law.uvic.ca/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>.

⁵⁴ Artículo 5: «*The concepts of «fair and equitable treatment» and «full protection and security» do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, an do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide “fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world*”. <http://www.ustr.gov/sites/default/files/U.S.%20model%20BIT.pdf>. Autores norteamericanos apuntan cómo esta noción ha evolucionado restrictivamente en los Modelos de BITs de USA (“*the international minimum Standard, which was a floor in the US 1994 Model Treaty became a ceiling in 2004*”). Se argumenta que esta modificación viene justificada por el temor de los inversores extranjeros usasen estos estándares contra Estados Unidos, lo que supone de facto una aproximación de este país a la anteriormente denostada doctrina Calvo. V. BOND, M. J., “The Americanization of Calvo”, *Transnational Dispute Management*, marzo 2009.

⁵⁵ Article 6: “1. Each Party shall accord to covered investments fair and equitable treatment and full protection and security. 2. For greater certainty: fair and equitable treatment requires each Party not to deny justice in any legal or administrative proceedings; and the concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required under customary international law, and do not create additional substantive rights”. <http://www.dfat.gov.au/trade/fta/asean/aanzfta/chapters/chapter11.html>.

⁵⁶ Artículo 14: “1. Member States shall accord fair and equitable treatment to COMESA investors and their investments, in accordance with customary international law. Fair and equitable treatment includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world. 2. Paragraph 1 of this Article prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments and does not require treatment in addition to or beyond what is required by that standard. 3. For greater certainty, Member States understand that different Member States have different forms of administrative, legislative and judicial systems and that Member States at different levels of development may not achieve the same standards at the same time. Paragraphs 1 and 2 of this Article do not establish a single international standard in this context”. http://programmes.comesa.int/attachments/104_Investment%20agreement%20for%20the%20CCIA%20FINAL%20English_.pdf.

se defiende asimismo por un sector doctrinal⁵⁷. En ese sentido, se valoran negativamente laudos como el emitido en el caso *CMS Gas Transmission Company versus Republica de Argentina*⁵⁸. Se estima que considerar que “no puede haber en consecuencia duda alguna de que la estabilidad del entorno jurídico y empresarial es un elemento esencial del trato justo y equitativo” supone “engordar artificialmente” esta noción, introduciendo en ella una protección de naturaleza sustantiva -como las expectativas económicas del inversor- que no tendría que hallar acomodo en un estándar mínimo de tratamiento que debería estar limitado a cuestiones de naturaleza procesal. En cambio, por establecer un nivel de exigencia elevado a la hora de considerar que se ha producido una violación de este principio, se valora positivamente el reciente laudo referido al caso *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*. En él, el tribunal arbitral no admite que se haya producido una violación del artículo 1105 de Nafta, ya que considera que el demandante no fue capaz de probar que el derecho internacional consuetudinario en esta materia había evolucionado de la forma alegada por el inversor⁵⁹.

Cerrando esta sección, procede hacer referencia al artículo 8 del Modelo IISD dedicado a la expropiación. Junto a dos interesantes aportaciones referidas a la cuantificación y pago de la compensación (la compensación puede elevarse si el inversor desarrolló una conducta agravante o que no persiguió mitigar los daños y los fallos especialmente gravosos pueden irse abonando a plazos), la novedad más relevante de este precepto es la declaración contenida en el párrafo (I). Abordando la cuestión de la expropiación indirecta -esto es, simplificada, la que no implica transferencia del título de propiedad-, el Modelo del Instituto canadiense afirma que «*las medidas regulatorias bona fide y no discriminatorias tomadas por una Parte que están diseñadas y aplicadas para proteger o mejorar objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente, no constituyen una expropiación indirecta bajo este artículo*»⁶⁰. Comparando esta propuesta con textos como el Modelo BIT estadounidense⁶¹ que se

⁵⁷ MAYEDA, G: «Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties», Ottawa University, *Journal of World Trade* 2007, pp. 273-291.

⁵⁸ ICSID Case Arb 01/8. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

⁵⁹ Punto 627: «*The Tribunal holds that Claimant has not met its burden of proving that something other than the fundamentals of the Neer standard apply today. The Tribunal therefore holds that a violation of the customary international law minimum standard of treatment, as codified in Article 1105 of the NAFTA, requires an act that is sufficiently egregious and shocking—a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons—so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105. Such a breach may be exhibited by a “gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards;” or the creation by the State of objective expectations in order to induce investment and the subsequent repudiation of those expectations*». <http://www.state.gov/documents/organization/125798.pdf>.

⁶⁰ http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

⁶¹ Anexo B. “*Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations*”. <http://ita.law.uvic.ca/documents/USmodelbitnov04.pdf>.

consideran avanzados en esta materia⁶², se aprecia que el Modelo IISD da un paso adicional. El artículo 8 (I) alude expresamente a la necesidad de que la medida regulatoria sea *bona fide* y cumpla los demás requisitos explicitados por el precepto. Si ello sucede, la medida no es expropiatoria en ningún caso – ya que el texto del IISD prescinde de la salvaguarda estadounidense «*except in rare circumstances*»⁶³-, y por lo tanto, no genera derecho a compensación económica, siendo tarea del inversor probar lo contrario⁶⁴.

Esta concepción, que consolida el derecho de legislar del Estado anfitrión, ha sido recogida en preceptos que Acuerdos posteriores dedican a regular la expropiación (Acuerdo del Área de Libre Comercio ASEAN-Australia-Nueva Zelanda⁶⁵ o Acuerdo de Inversión de Comesa⁶⁶). La problemática que generan las medidas normativas públicas cuando los textos sobre inversiones no reflejan las nuevas pautas recién expuestas es una cuestión profusamente abordada desde el plano arbitral internacional. Muestra muy reciente de ello es por ejemplo la demanda de arbitraje presentada por Vattenfall AB contra el Estado alemán, alegando que la empresa sueca ha sufrido una expropiación indirecta sancionada el artículo 13.1 del Tratado sobre la Carta de la Energía⁶⁷. Dado que no se han alcanzado

⁶² Véase, por ejemplo, p. 5 del “Statement of Alan P. Larson. Senior International Policy Advisor, Covington & Burling Before the House Ways and Means Committee Subcommittee on Trade May 14, 2009”, <http://waysandmeans.house.gov/media/pdf/111/larson.pdf>.

⁶³ Véase que el FIPA Canadá-Jordania también maneja el término “*rare circumstances*”, pero da una definición restrictiva de él. Anexo b.13. 1: “*Rare circumstances: Such as when a measure or series of measures are so severe in the light of their purpose that they cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith*”. <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/jordan-agreement-jordanie-accord.aspx?lang=eng>. Este texto sigue la redacción contenida en el Anexo B. 13.1 del Modelo canadiense de 2004.

⁶⁴ Es reseñable la distinción aportada por H. Mann en esta materia: «*it is important to note that the reason such measures are not compensable is that they do not fall within the definition or scope of expropriation. In strict legal terms, the police powers rule is a “carve out” from the definition or scope of expropriation. It is not about an expropriation that is non-compensable. Rather, it addresses a measure that is not compensable because it is not an expropriation. The distinction is not just esoteric, but impacts significantly on the burden of proof and other factors in arbitrations around this issue*”. MANN, H., “Investment Agreements and the Regulatory State: Can Exception Clauses Create a Safe Haven for Governments?”, http://www.iisd.org/investment/capacity/dci_forum_2007.asp.

⁶⁵ Annex on Expropriation and Compensation: “*4. Non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to achieve legitimate public welfare objectives, such as the protection of public health, safety, and the environment do not constitute expropriation of the type referred to in Paragraph 2(b)*”. <http://www.dfat.gov.au/trade/fta/asean/aanzfta/chapters/chapter11.html>.

⁶⁶ Con un texto muy similar, v. artículo 20.8 del Acuerdo de Inversión Comesa. http://programmes.comesa.int/attachments/104_Investment%20agreement%20for%20the%20CCIA%20FINA L%20_English_.pdf.

⁶⁷ Con una redacción clásica (que no recoge los planteamientos del Modelo IISD), el artículo 13.1 de este texto sectorial establece que: “*Las inversiones de los inversores de una Parte Contratante en el territorio de otra Parte Contratante no serán objeto de nacionalización, expropiación o medida o medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación, excepto si dicha expropiación se lleva a cabo: por un motivo de interés público, de manera no discriminatoria, con arreglo al debido procedimiento legal y mediante el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva*”. <http://www.boe.es/boe/dias/1995/05/17/pdfs/A14122-14153.pdf#>. Proponiendo una actualización de este

resultados unánimes en el plano de la práctica arbitral en esta materia es muy importante poder aclarar desde el plano normativo esta cuestión del mantenimiento de la soberanía legislativa de los Estados. Dicha cuestión, como veremos a continuación, también se puede abordar en el Derecho Internacional de las Inversiones a través de otras tipologías de cláusulas que presentan un ámbito de aplicación material no limitado al fenómeno expropiatorio.

3. Protege la potestad normativa del Estado anfitrión

Las Partes 4 y 5 del Modelo IISD recogen una serie de preceptos que refuerzan los derechos del Estado anfitrión y sistematizan sus obligaciones⁶⁸. Entre todos ellos, el presente apartado se centra en reflexionar sobre cómo han de coordinarse adecuadamente los dos fenómenos siguientes⁶⁹: por un lado, el deseo de los Estados en vías de desarrollo de captar inversión extranjera⁷⁰, que se plasma en la negociación de una serie de textos internacionales en materia de inversiones que les vinculan. Por otro lado, la capacidad estatal de emitir normativa que puede afectar negativamente a inversores extranjeros que han desarrollado determinadas expectativas respecto al régimen jurídico que les es aplicable.

En este ámbito, se va a exponer cómo los Estados pueden crear “refugios normativos” en los Acuerdos de Inversión a través de diversos mecanismos no incompatibles entre sí. Junto con la referida exclusión de estas medidas normativas de la definición de expropiación, este objetivo también puede lograrse a través de disposiciones sustantivas que expliciten las capacidades de los Estados en materia legislativa o bien incluyendo exclusiones genéricas o específicas en los anexos de estos acuerdos⁷¹. Analizando el Modelo de Instituto canadiense, éste aborda la cuestión desde una doble perspectiva que se complementa. Por un lado, el texto recoge tres artículos referidos a “*regulatory measures*”: uno presentado desde la óptica de que es un derecho inherente de los Estados: “*tomar medidas regulatorias u otras para asegurar que el desarrollo en su territorio sea consistente con los objetivos y principios de desarrollo sostenible y con otros objetivos de política social y económica. (D)*

texto, que tenga en cuenta el aspecto del desarrollo sostenible y establezca un régimen especial para los países en vías de desarrollo, v. CHALKER, J: “Making the investment provisions of the Energy Chapter Treaty sustainable development friendly”, *International Environmental Agreements*, 2006, pp. 435-458.

⁶⁸ Por una parte: imparcialidad procesal, mantenimiento de estándares medioambientales y otros, estándares mínimos para la protección medioambiental, laboral y de derechos humanos, anticorrupción, publicación de información, subsidios. Por otra parte, derechos inherentes de los Estados, exigencias de rendimiento, fomento y facilitación de inversión, acceso a la información del inversor.

⁶⁹ El resto de los temas tratados en las Partes 4 y 5 ya han sido abordados o se van a abordar de forma específica en otros puntos de este trabajo.

⁷⁰ Para captar esta inversión extranjera, los países ofrecen una serie de incentivos, sobre cuyas peculiaridades y efectos sobre el desarrollo sostenible se reflexiona en: BAUMÜLLER, H, «Competing for Business», www.iisd.org.

⁷¹ En esta materia, v. MANN, H: “Investment Agreements and the Regulatory State: Can Exception Clauses Create a Safe Haven for Governments?”, http://www.iisd.org/investment/capacity/dci_forum_2007.asp.

Las medidas bona fide y no discriminatorias tomadas por una Parte para cumplir con sus obligaciones internacionales bajo otros tratados no constituirán una violación de este Acuerdo”⁷². Y los otros dos, indicando que el Estado anfitrión está obligado a asegurar que sus normas conceden altos niveles de protección medioambiental, social y de derechos humanos, por lo que reconocen que “es inapropiado alentar la inversión moderando las medidas nacionales laborales, de salud pública, de seguridad o medioambientales y por lo tanto no anularán o, de otro modo, derogarán dichas medidas u ofrecerán anular o de otro modo derogar las mismas para alentar el establecimiento, expansión o retención en sus territorios de una inversión”⁷³. Por otro lado, el Modelo IISD también incluye dos “reservas y excepciones generales” que protegen la potestad estatal de emitir normas dirigidas a, respectivamente, proteger a personas que han sido discriminadas históricamente y evitar o mitigar una emergencia de la balanza de pagos⁷⁴ -cuestión ésta que la doctrina está vinculando a crisis económicas como la de Argentina⁷⁵. Otros textos bilaterales (Modelo canadiense de BIT⁷⁶, borrador del Modelo noruego⁷⁷) y regionales (Acuerdo de Asean sobre inversiones 2009⁷⁸, Acuerdo de Inversión Comesa⁷⁹, Acuerdo de Asociación

⁷² V. artículo 25 del Modelo IISD. http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

⁷³ V. respectivamente, artículos 21 y 20 del Modelo IISD. http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

⁷⁴ Artículo 51 del Modelo IISD. http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdfhttp://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

⁷⁵ La crisis argentina ha dado lugar a una pluralidad de reclamaciones de inversores ante Ciadi. Varios laudos afirman que Argentina no puede invocar exitosamente el “estado de necesidad” como argumento de defensa si se evidencia que fue el mismo Estado argentino quien contribuyó de forma sustancial a la crisis. V. recientemente, *National Grid plc v The Argentine Republic*: “Internal factors such as external indebtedness, fiscal policies or labor market rigidity were under the control of the Respondent and created a fertile ground for the crisis to develop when in the late nineties the external factors adduced by the Respondent came to play. The Respondent’s response to the crisis further contributed to it. In the words of the IMF study, the crisis was exacerbated by a series of policy mistakes...notably the capital controls, the corralito and corralón, and the asymmetrical pesoization and indexation. Mindful of the categorical terms of paragraph 2(b) of Article 25 of the Draft Articles, the Tribunal concludes that the Respondent has failed to show that it did not contribute to the situation of necessity on which it based its defense”, <http://ita.law.uvic.ca/documents/NGvArgentina.pdf>. No obstante, se estima que en el futuro se podrían alcanzar resultados menos gravosos para el Estado anfitrión si los textos sobre inversiones internacionales introducen limitaciones expresas en el precepto dedicado a la transferencia de bienes (por ejemplo, artículo 10 del Modelo IISD y 8.3 del *Acuerdo ASEAN-Australia-Nueva Zelanda*) o si autorizan cierto grado de intervención estatal en estas materias en el artículo que aborda las excepciones generales (por ejemplo, artículo 10 del FIPA Canadá-Jordania).

⁷⁶ V. las reservas y excepciones de los artículos 9-11 del texto. <http://ita.law.uvic.ca/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>.

⁷⁷ El artículo 12 de este texto se refiere al derecho a regular y complementa al artículo 6.2 referido a la expropiación. <http://ita.law.uvic.ca/documents/NorwayModel2007.doc>.

⁷⁸ Los artículos 17 y 18 del “ASEAN Comprehensive Investment Agreement” -ACIA- introducen excepciones generales y en materia de seguridad. <http://www.aseansec.org/22218.htm>.

⁷⁹ El artículo 5.e) recoge una obligación general de no conceder excepciones en determinadas materias, el artículo 7.2.d) quiere que se elaboren estándares mínimos, el artículo 18 remite genéricamente a unas listas (“sensitive” o de “temporary exclusion”) que podrán crear las Partes y el artículo 22 recoge unas excepciones.

Económica Unión Europea-Caribe 2008)⁸⁰ también han acudido a este tipo de herramientas. Se aprecia una tendencia generalizada en esta materia a favor de proteger la soberanía legislativa frente a recursos existentes en el ámbito del Derecho de las Inversiones como el arbitraje internacional, que pueden generar resultados insatisfactorios para los Estados en vías de desarrollo⁸¹.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que los avances de esta lucha contra la retracción del poder legislativo pueden devenir poco efectivos si los inversores extranjeros siguen introduciendo cláusulas de estabilización en sus contratos. Este mecanismo les permite a las empresas reducir el riesgo derivado de invertir en un proyecto de larga duración, ya que admitir alguno de los diversos tipos de cláusulas de estabilización⁸² supone permitir que los inversores extranjeros o bien estén exentos de adaptar sus negocios a las nuevas exigencias dispositivas nacionales o bien tengan derecho a ser compensados económicamente por tener que cumplir con estas citadas regulaciones. Sin embargo, dichas cláusulas suponen no sólo un importante freno a la libertad normativa de los Estados en vías de desarrollo sino que *de facto* también traen consigo la desvinculación de éstos respecto de textos internacionales en materia de protección medioambiental, social y derechos humanos⁸³. Ello es especialmente preocupante, ya que en la práctica se ha comprobado que las cláusulas de estabilización son más frecuentes y radicales en inversiones que se van a llevar a cabo en países no pertenecientes a la OCDE y que se caracterizan, justamente, por requerir urgentemente una mejora de sus estándares normativos⁸⁴.

Un interesante ejemplo de cómo se pueden evitar los efectos negativos que los denominados *Host Government Agreements* generan en los Estados anfitriones son las buenas prácticas empresariales que en esta materia se implementaron en dos grandes obras de construcción transfronterizas. Las empresas encargadas de los proyectos de un oleoducto y gaseoducto (Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline Company y South Caucasus Pipeline

generales. V. http://programmes.comesa.int/attachments/104_Investment%20agreement%20for%20the%20CCIA%20FINAL%20_English_.pdf.

⁸⁰ El artículo 73 prohíbe rebajar el estándar de las normas, el artículo 184 proclama el derecho a regular de los Estados, el artículo 224 introduce una excepción general, etc. V. European Union-Caribbean Economic Partnership Agreement, http://www.sice.oas.org/Trade/CAR_EU_EPA_s/careu_in_s.ASP.

⁸¹ Exponiendo qué amplitud de “*policy space*” le están concediendo al Estado anfitrión los últimos laudos arbitrales en la materia, v. YU, V y MARSHAL, F.: “Investors’ Obligations and Host State Policy Space”, http://www.iisd.org/investment/capacity/dci_forum_2008.asp.

⁸² Aportando una clasificación y una detallada especificación de las distintas tipologías de cláusulas de estabilización (freezing clauses, economic equilibrium clauses e hybrid clauses), v. SEMBERG, A., “Stabilization Clauses and Human Rights”, 2008, www.iisd.org.

⁸³ Algunos autores defienden una postura restrictiva en esta materia, argumentando que a la corporación transnacional no se le pueden imputar obligaciones derivadas de la violación de derechos humanos si en el Estado en que la empresa está actuando no impide tal intervención (y en este sentido, es un “*bad State*”). V. KARP, D. J., “Transnational corporations in bad states: human rights duties, legitimate authority and the rule of law in international political theory”, *International Theory* 2009, pp. 87-118.

⁸⁴ MANN, H., “International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities”, 2008, www.iisd.org.

Company) dieron a conocer el contenido de sus contratos y, ante las fuertes críticas de diversas organizaciones porque estos contenían cláusulas de estabilización, las compañías emitieron en los años 2003 y 2005 sendas “Promesas de derechos humanos”⁸⁵. Expuesto de forma simplificada, a través de tales documentos los inversores se obligaron a: en primer lugar, no plantear demandas que no tengan en cuenta que los estándares aplicables al proyecto en materia de derechos humanos, salud, seguridad y medioambiente son dinámicos y que han de evolucionar al alza de la misma manera que lo hacen tales derechos en el plano internacional; en segundo lugar, a permitir que en estas materias las personas afectadas o entidades no gubernamentales del Estado anfitrión acudan a los tribunales nacionales pese a que el contrato de inversión proclame la exclusividad del mecanismo arbitral internacional; en tercer lugar, a considerar que en estas materias los contratos de inversión no limitan la capacidad de las personas afectadas o de las entidades no gubernamentales para acudir a los tribunales del Estado anfitrión buscando la aplicación de los remedios existentes en el derecho nacional y en cuarto lugar, a no hacer uso del derecho de compensación que las cláusulas del equilibrio económico del contrato de inversión le conceden si la intervención del Estado anfitrión viene justificada por el cumplimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, laborales o salud, seguridad y medioambiente.

Aunque doctrinalmente se han criticado algunos puntos concretos de estas Promesas de derechos humanos⁸⁶, iniciativas de estas características han de valorarse positivamente ya que permiten contener los amplísimos efectos que pueden desplegar los contratos de inversión. Dado que los “*Human Rights Undertakings*” surgieron de la voluntad de los inversores implicados en los proyectos referidos, de cara al futuro deberían estipularse mecanismos que generalizasen este tipo de restricciones a los contratos de inversión. En este sentido, se ha propuesto que los Estados anfitriones impongan con carácter general la inclusión de estas Promesas de derechos humanos en los contratos de inversión⁸⁷. Otra opción es la que argumenta que ha de entenderse que los efectos de las cláusulas de estabilización están siempre –incluso cuando no se indique expresamente– limitadas por la

⁸⁵ V. BTC Human Rights Undertaking. The Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline Company, 22 septiembre de 2003, <http://subsites.bp.com/caspian/Human%20Rights%20Undertaking.pdf> y SCPC Human Rights Undertaking. The South Caucasus Pipeline Company (SCPC) 8 de julio de 2005. <http://subsites.bp.com/caspian/Security/HR/SCPC%20Human%20Rights%20Undertaking%20July%208th,05%20.pdf>.

⁸⁶ Por ejemplo la prohibición de que autoridades gubernamentales acudan a los tribunales nacionales (punto 2 c. i y 2.c.ii) o la no aplicación de tales auto-limitaciones contenidas en el “*Human Rights Undertaking*” en el caso de que la ley nacional sea más estricta que determinados estándares internacionales en materia de *Projects Agreements* (punto 2.a). v. MANIRUZZAMAN, A. F. M., “The pursuit of stability in international energy investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends”, *Journal of World Energy Law and Business*, 2008, pp. 121-157.

⁸⁷ LEADER, S., “Human rights, risks and new strategies for global investment”, *Journal of International Economic Law*, 2006, 657-705.

obligación del cumplimiento del Derecho Internacional⁸⁸. Junto a estas iniciativas, existen propuestas de *soft law* como la *Política de Sostenibilidad Social y Ambiental del Internacional Finance Corporation*⁸⁹ o la *Extractive Industry Transparency Initiative*⁹⁰ y asimismo preceptos como el artículo 23 del Modelo IISD que impone al Estado anfitrión el deber de publicitar contratos de inversión⁹¹.

4. Excluye un derecho de pre-establecimiento general y autoriza la implantación de requisitos post-establecimiento

El artículo 3 (E) del Modelo IISD no permite que del Acuerdo de inversión derive un derecho de pre-establecimiento con un alcance absoluto. Al contrario, se considera que en este ámbito a los Estados en vías de desarrollo les es más conveniente hacer únicamente una cesión materialmente limitada y, además, susceptible de ser modificada con el paso del tiempo. Por eso, el texto del Instituto canadiense propone que estos Estados listen, en un Anexo del Acuerdo, los sectores en los que han eliminado las barreras para los inversores extranjeros⁹². Asimismo, la deseable soberanía de los Estados anfitriones respecto a la concreción de sus políticas de desarrollo justifica que mientras esté vigente el Acuerdo de inversión, éstos puedan ir modificando de forma unilateral ese “*aviso de oportunidades de inversión*”⁹³. Se estima que dicha estrategia podría ser muy útil para que los países en vías de desarrollo fuesen modelando su progreso de una forma “*development friendly*”, ya que por ejemplo podrían priorizar las inversiones extranjeras en ámbitos como el de las energías limpias⁹⁴.

⁸⁸ COTULA, L., “Reconciling regulatory stability and evolution of environmental standards in investment contracts: Towards a rethink of stabilization clauses”, *Journal of World Energy Law and Business*, 2008, pp. 158-179.

⁸⁹ Dicha Política pretende verificar el desempeño social y ambiental de la empresa extranjera durante todo el proceso de inversión.
[http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/AttachmentsByTitle/pol_SocEnvSustainability2006_Spanish/\\$FILE/SustainabilityPolicy_Spanish.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/AttachmentsByTitle/pol_SocEnvSustainability2006_Spanish/$FILE/SustainabilityPolicy_Spanish.pdf).

⁹⁰ <http://eitransparency.org/eiti>.

⁹¹ Artículo 23: “*los Estados anfitriones harán público cualquier contrato o acuerdo de inversión con un inversor o una inversión que participe en el proceso de autorización de la inversión*”.
http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

⁹² Esta eliminación de barreras no tiene por qué ser absoluta. De hecho, el mismo Modelo IISD prevé expresamente que los Estados han de precisar en el citado Anexo si tal liberalización está sujeta a alguna limitación y condición (y se cita como ejemplo una restricción cuantitativa, que puede aplicarse al sector de la recolección de materias primas o al del establecimiento de cargas de contaminación).
http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

⁹³ Modificación que, lógicamente, deberá preservar los derechos de una inversión que haya nacido bajo el régimen previo. En consonancia con la admisión de un derecho de pre-establecimiento muy limitado, el artículo 3 (F) del Modelo IISD no da cabida en el Acuerdo de Inversión ni a las inversiones realizadas en sectores que el Estado anfitrión considera excluidos ni tampoco permite que se apliquen medidas que, estando vigentes todo o parte de ese Estado, sean discordantes con el Acuerdo de Inversión.
http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

⁹⁴ En esta materia, v. por ejemplo, COSBEY, A.: “Clean Energy Investment”, www.iisd.org.

Sin embargo, si se atiende a textos como los Modelos estadounidense y canadiense de BIT, se constata que éstos defienden el planteamiento inverso, al declarar aplicables los principios de trato nacional y nación más favorecida también a la fase del establecimiento de la inversión⁹⁵. Esta opción viene respaldada por unos planteamientos de naturaleza económica -no liberalizar la fase del establecimiento de la inversión genera costosas distorsiones en el mercado-, que difícilmente se pueden hacer casar con el respeto de un crecimiento acorde con el desarrollo sostenible. El mismo planteamiento de partida favorable al derecho de pre-establecimiento se refleja en textos como el borrador de Modelo noruego o el Acuerdo de inversión Comesa⁹⁶. Sin embargo éstos permiten que los Estados incorporen excepciones a tales principios⁹⁷, por lo que Acuerdos como los citados terminan se terminan acercando, *de facto*, a la versión contenida en el Modelo IISD. En el ámbito europeo, la tendencia general de los Acuerdos bilaterales en esta materia ha coincidido con la postura defendida por el IISD, ya que se defiende el denominado “*bottom-up approach*”, caracterizado por garantizar el derecho de pre-establecimiento sólo en los sectores en que se haya previsto expresamente. En definitiva, está claro que esta materia se dista mucho de haber alcanzado un consenso general, lo que hace pensar que los derechos pre-establecimiento serían uno de los temas controvertidos caso de que se alcanzase el consenso político suficiente como para realizar otro intento de elaborar un nuevo Acuerdo multilateral en materia de inversiones internacionales⁹⁸ o caso de que un texto -comunitario, por ejemplo- vaya a ser negociado con terceros países.

Por su parte, el artículo 26 del Modelo IISD permite que los Estados anfitriones impongan exigencias de rendimiento al inversor “*para fomentar beneficios de desarrollo nacional que provengan de inversiones*”⁹⁹. Estas medidas, recogidas en una enumeración no exhaustiva en el mismo precepto, pueden obligar al inversor, por ejemplo, a exportar un porcentaje determinado de su producto o a adquirir determinados artículos en el mercado del Estado anfitrión¹⁰⁰. No obstante, si se atiende a lo que establecen otros textos en esta materia, se aprecia que éstos recogen mayoritariamente el planteamiento inverso, fundamentado nuevamente en que los “*performance requirements*” impiden la asignación eficiente de los

⁹⁵ V. los artículos 3 y 4 de ambos Modelos. Consecuentemente, los últimos BITs celebrados por estos países también recogen el mismo planteamiento (v. artículos 3 y 4 BIT Usa-Ruanda y FIPA Canadá-Jordania).

⁹⁶ V. respectivamente, los artículos 3 y 4 y 17 y 19 de estos textos.

⁹⁷ V. respectivamente, el artículo 18 y el Anexo A de estos textos.

⁹⁸ Al respecto, v. GUGLER, P y TOMSIK, V: "International Agreements on Foreign Direct Investments: Liberalization or Protection?", en Satyanarayana Prasad (ed), *International Investment Agreements: Issues and Perspectives*, Amicus Books, The Icfai University Press, Hyderabad, 2007, pp. 1-22.

⁹⁹ Como es lógico, por cuestiones de previsibilidad y de respeto de expectativas, el Modelo del Instituto canadiense sólo admite aquellos requisitos post-establecimiento que se den a conocer al inversor en la fase de pre-establecimiento.

¹⁰⁰ En esta materia, también es reseñable el artículo 9.2 del Modelo: “*Una Parte puede requerir que la mayoría de la junta directiva o cualquier comité de la misma, de una inversión, sea de una nacionalidad particular o residente en el territorio de la Parte, a condición de que el requerimiento no dificulte materialmente la capacidad del inversor para ejercer control sobre su inversión*”.

recursos. Así, modelos de BITs como el estadounidense¹⁰¹ o el canadiense¹⁰² incluyen un amplio listado de limitaciones que no se le pueden imponer a un inversor extranjero. Otros textos como el Acuerdo de Asean sobre inversiones¹⁰³ llegan al mismo resultado haciendo una remisión expresa a lo establecido en esta materia por el Acuerdo de la OMC sobre las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio¹⁰⁴. Y documentos como el modelo francés¹⁰⁵ o el alemán¹⁰⁶ aluden a estas prohibiciones vinculándolas a la implementación de principios como el trato nacional y el trato justo y equitativo¹⁰⁷. Parece complicado, por tanto, que en el corto plazo el Modelo del IISD se imponga al planteamiento opuesto defendido en el derecho positivo. Se cree más bien que la propuesta del Instituto canadiense en este punto va a quedar como una muestra teórica de cómo podrían protegerse al máximo los intereses de los Estados en vías de desarrollo.

5. Sanciona el incumplimiento de las abundantes obligaciones y deberes que impone a los inversores e inversiones

Un mérito de la Parte tercera del Modelo IISD es que explicita y sistematiza una serie de obligaciones de los inversores/inversiones. Este valor se ve además fuertemente reforzado por la incorporación, en los dos preceptos finales de esta misma Parte tercera, de unos muy novedosos mecanismos jurídicos que compelen a los inversores a cumplir con sus obligaciones (o, utilizando una expresión muy plástica manejada por los autores norteamericanos, “*give teeth to the host state obligations*”).

Analizando más detalladamente estos preceptos, el artículo 12 impone que en la fase del pre-establecimiento se realice una evaluación del impacto medioambiental y social de la inversión. Además, antes de que el Estado inversor autorice la inversión, el precepto indica que el inversor extranjero ha de permitir que la comunidad local y los interesados accedan a estas evaluaciones y, que en toda esta fase de pre-establecimiento, se dará una importancia prevalente al principio de precaución. El artículo 14 se refiere a la fase del post-establecimiento y obliga al inversor a, teniendo en cuenta las características de cada inversión, esforzarse por alcanzar y mantener un buen sistema de administración medioambiental. El precepto también desea implicar directamente a los inversores - personas privadas- en la defensa de los “*derechos humanos en el lugar de trabajo y en el*

¹⁰¹ Artículo 8 2004 US Model Bit.

¹⁰² Artículo 7 2004 Canadian Model Bit.

¹⁰³ Artículo 7 del Acuerdo Asean.

¹⁰⁴ Véase la lista ilustrativa del Anexo del denominado Acuerdo MIC. <http://www.jurisint.org/pub/06/sp/doc/17.htm>.

¹⁰⁵ Artículo 3 2006 Model Bit.

¹⁰⁶ Artículo 3 2008 Model Bit.

¹⁰⁷ En esta materia, v. NEWCOMBE, A y PARADELL, L: *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*, Wolters Kluwer, Holanda 2009, pp. 417-430.

Estado y la comunidad donde se encuentran”¹⁰⁸ y asimismo indica la necesidad de cumplir con los estándares laborales básicos recogidos en la Declaración de principios de la OIT relativa a los derechos fundamentales en el trabajo¹⁰⁹.

El artículo 15 alude a la gestión y prácticas corporativas, requiriendo expresamente que los inversores cumplan una serie de estándares contables y que hagan público los datos no confidenciales del acuerdo de inversión y de los pagos realizados a autoridades públicas del Estado anfitrión. El artículo 16 se dedica a la responsabilidad social corporativa¹¹⁰ y, según el IISD, recoge una serie de “requerimientos proactivos”, que exceden las obligaciones legales mínimas contenidas en los artículos previos¹¹¹. Así, se desea que los inversores se esfuercen “*para realizar el máximo de contribuciones viables al desarrollo sostenible del país anfitrión y la comunidad local a través de altos niveles de prácticas socialmente responsable*”¹¹². En este precepto no sólo se citan expresamente dos textos internacionales que, abordando la cuestión de la responsabilidad corporativa de las empresas multinacionales, deberían ser aplicados, sino que también se apunta que las inversiones tendrán que evolucionar en esta materia conforme se vayan elevando en el futuro estos estándares de responsabilidad social corporativa¹¹³. Por último, el Modelo IISD rechaza de manera muy concluyente las prácticas corruptas, prohibiendo que en las fases pre- y post-establecimiento los inversores, sus intermediarios o sus cómplices, ofrezcan, prometan o

¹⁰⁸ Aunque en este punto, la redacción del precepto rebaja el grado de obligatoriedad (“*deberían*”), Para reforzar este objetivo, el artículo 14 (B) indica expresamente que “*los inversores no realizarán o causarán la realización de actos que violen dichos derechos humanos. Los inversores y las inversiones no serán cómplices o ayudarán a la violación de los derechos humanos por parte de otros en el Estado anfitrión, lo que incluye a autoridades públicas o durante disturbios civiles*”. http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

¹⁰⁹ En relación con las tres materias recién citadas, el artículo 14 (D) prohíbe expresamente se administren u operen las inversiones de manera que “*se circunvenjan las obligaciones internacionales, medioambientales y de derechos humanos de las que el estado anfitrión y/o local son partes*”. http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

¹¹⁰ Al respecto, v. MUCHLISNKI, P., “Corporate Social Responsibility and International Investment Law”, en AA.VV., *The Oxford Handbook of International Investment Law (OUP) ILA Committee on the International Law on Foreign Investment*, Oxford University Press, 2008, capítulo 11, ORTINO, F., “The Social Dimension of International Investment Agreements: Drafting a New BIT/MIT Model?”, *International Law Forum du droit international* 2007, pp. 243-250; KRIEBAUM, U., “Privatizing Human Rights. The Interface between International Investment Protection and Human Rights”, en AA. VV., *The Law of International Relations – Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, Utrecht 2007, http://www.univie.ac.at/intlaw/kriebaum/pub_uk_10.pdf.

¹¹¹ Apuntando la importancia adquirida por las CSOs (*civil society organisations*) como figura impulsora de la CSR (*corporate social responsibility*), v., HASLAM, P. A. “Is Corporate Social Responsibility a Constructivist Regime? Evidence from Latin America”, *Ottawa University, Global Society*, Abril 2007, pp. 269-296.

¹¹² http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

¹¹³ Con carácter indicativo, en el Anexo F del Modelo IISD se ha recogido un listado de asuntos que se subsumen en la noción de “responsabilidad social corporativa” (por ejemplo, prácticas de comercio justo, publicidad ética, reciclado de productos, higiene ocupacional, protección de sabiduría tradicional, filantropía, etc). http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

den “dinero u otra ventaja de manera indebida a un funcionario público del Estado anfitrión, para ese funcionario o para una tercera parte, a fin de que ese funcionario o tercera parte actúe o deje de actuar en relación con la realización de tareas oficiales, a fin de lograr cualquier favor con respecto a una inversión propuesta o a cualquier licencia, permiso, contrato u otros derechos relacionados con una inversión”¹¹⁴.

No se ha hallado otro texto sobre Derecho Internacional de las Inversiones que desgane las obligaciones de los inversores como lo hace el Modelo IISD. De hecho, en este punto los Acuerdos recogen la perspectiva tradicional de aludir a una serie de obligaciones de las que son sujetos los Estados (fundamentalmente, el Estado anfitrión) y no las personas privadas. Así, aunque dichos textos se refieren a materias que, como protección medioambiental o laboral, también están recogidas en el Modelo IISD, la perspectiva utilizada por ellos es bien distinta¹¹⁵. Así, algunos Acuerdos proclaman el compromiso de autorizar la entrada, permanencia y desarrollo de actividades laborales a trabajadores de la empresa extranjera durante el proceso de desarrollo de la inversión¹¹⁶ lo que, claramente, no está vinculado con el nivel de protección laboral que esa misma empresa va a conceder a los trabajadores procedentes del país en vías de desarrollo.

Además, aunque en los últimos años algunos Estados locales –del denominado “primer mundo”- han ido incrementando su volumen de obligaciones en el sector de las inversiones internacionales, se considera que tales asunciones no tienen la intensidad que la promoción del desarrollo sostenible requeriría ni tampoco esta adopción pública de obligaciones suele generar para los inversores que internacionalizan su actividad unas obligaciones que tengan que implementarse en el Estado anfitrión. A modo de ejemplo, en el curso de sus negociaciones para celebrar Acuerdos de inversión internacional, el Gobierno canadiense se obliga a realizar un completo análisis del impacto medioambiental de las futuras actividades que genere dicho Acuerdo. El denominado *Framework for Conducting Environmental Assessments of Trade Regulation* es un mecanismo que, caracterizado por requerir coordinación interdepartamental, consultas y retroalimentación pública, se ha

¹¹⁴ Esta prohibición de la “faceta activa” de la corrupción recogida en el artículo 13 del Modelo IISD se complementa con lo dispuesto en el artículo 22 y 32, en los que los Estados anfitriones y locales se comprometen a sancionar penalmente estas conductas corruptas. http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

¹¹⁵ Véase que, complementariamente, el Modelo IISD también dedica la Parte 6 de su texto a los «Derechos y obligaciones del Estado local» (artículos 29-32). Con ello, el Modelo IISD quiere superar un planteamiento muy extendido en el ámbito del Derecho Internacional de las Inversiones, consistente en que el Estado local, un vez que le ha conseguido la inversión el grado de seguridad que su inversión requiere, intenta permanecer al margen de los procesos de inversión y de sus consecuencias. http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

¹¹⁶ V. por ejemplo, el artículo 22 Acuerdo de Asean sobre inversiones 2009 (“*Entry, Temporary Stay and Work of Investors and Key Personnel*” – <http://www.aseansec.org/22218.htm>), artículo 10 borrador de Modelo noruego 2007 (“*Key personnel*”). <http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2009/06/08/norway-shelves-its-proposed-model-bilateral-investment-treaty.aspx>.

usado en los últimos Acuerdos negociados por Canadá -con países como Túnez, Madagascar, India, Jordania, Kuwait, Bahrein, etc-¹¹⁷. Sin embargo, este análisis sólo evalúa los impactos que dichos Acuerdos pueden generar en el medio ambiente canadiense, omitiendo, por tanto, el estudio de tales efectos en el territorio del otro Estado contratante y no imponiendo obligaciones directas al respecto a su inversor nacional¹¹⁸.

Para finalizar con el análisis de esta Parte tercera del Modelo del IISD, ha de prestarse una atención individualizada a dos preceptos altamente atrayentes del texto del Instituto canadiense. En primer lugar, el artículo 17 del Modelo IISD quiere garantizar la posibilidad de ejercitar en el Estado local una acción de civil de responsabilidad, caso de que acciones o decisiones tomadas en relación con la inversión generen daños significativos, lesiones físicas o fallecimientos en el Estado anfitrión. Este precepto se complementa con el artículo 31 del Modelo del Instituto canadiense, que establece como una obligación del Estado local el “asegurar que sus sistemas y reglas legales permitan o no impidan o restrinjan indebidamente la realización de acciones legales sobre el fondo de la cuestión ante cortes nacionales (...). Las leyes sobre la responsabilidad del Estado anfitrión se aplicarán a dichos procedimientos”¹¹⁹. Desde la perspectiva del equilibrio de derechos y obligaciones de inversores, inversiones y Estados anfitriones que debería regir el sector de las inversiones internacionales, estos preceptos suscitan una lectura positiva, ya que reducen el estatus privilegiado del inversor extranjero y lo equiparan a un inversor nacional a la hora de asumir su responsabilidad legal por las consecuencias de sus actuaciones. Sin embargo, desde una perspectiva internacional-privatista, este artículo genera una serie de incertidumbres. En el ámbito de la competencia judicial internacional, se ve factible que el juego de los actuales artículos 2 y 5.3 del Reglamento comunitario 44/01 otorgue competencia al Estado local. Más problemática se presenta la situación en los países que cuentan con reglas como el “*forum non conveniens*”, ya que parece poco realista que estos Estados accedan a “desactivar” la intervención de tales mecanismos. En el ámbito del derecho aplicable, no está claro si la referencia del Modelo IISD a las leyes sobre responsabilidad del Estado anfitrión abarca también las disposiciones conflictuales. Dado que el Modelo del Instituto canadiense está imponiendo con carácter general la aplicación de la *lex damni*, en los casos en que la norma de conflicto nacional condujese a aplicar otra *lex causae*¹²⁰ se estaría pretendiendo introducir una modificación del sistema conflictual

¹¹⁷

<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/index.aspx?lang=en#foreign>.

¹¹⁸ Véase, McCORMICK, R; SHUTTLEWORTH, J y CHEN, S: “Environmental assessment of Canadian trade and investor negotiations”, *Impact Assessment and Project Appraisal*, diciembre 2006. Indicando cómo deberían llevarse a cabo estos análisis en los países en vías de desarrollo, v. VOLADET, S: “Sustainable Development in the Plantation Industry in Laos. An Examination of the Role of the Ministry of Planning and Investment”. www.iisd.org.

¹¹⁹ http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

¹²⁰ Situación que podría darse en el ámbito europeo a raíz de, por ejemplo, la intervención de los artículos 4.2 o 4.3 del Reglamento 864/2007. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:0049:ES:PDF>.

general frente a la cual es posible que los Estados se muestren asimismo reticentes. Otra cuestión que puede suscitar dificultades en su implementación jurídica es la posibilidad, no negada por el texto canadiense, de que la herramienta del artículo 16 sea usada por el Estado anfitrión, que desea que los tribunales del Estado local le resarzan por los “daños significativos” sufridos en su territorio.

En segundo lugar, el artículo 18 es una herramienta legal decisiva a la hora de conseguir que los inversores cumplan con las obligaciones que se explicitan en el Modelo IISD. En este sentido, el precepto comienza introduciendo en su apartado (A) un estricto castigo ante la violación de la regla anticorrupción: “*ni el inversor ni la inversión tendrá derecho a iniciar ningún proceso de solución de diferencias establecido bajo este Acuerdo*”¹²¹. De esta forma, el IISD muestra su “tolerancia cero” ante lo que denomina “*el flagelo en que se ha transformado la corrupción*”¹²². Por su parte, los apartados (B) y (D) del artículo 18 recogen una sanción menos contundente -ya que ésta no impide automáticamente el acceso a los procesos de solución de diferencias-, pero igualmente cargada de consecuencias prácticas: si en el curso de uno de estos procesos, el Estado anfitrión alega que el inversor o la inversión no han cumplido con la obligación de evaluación del impacto de pre-establecimiento (artículo 12) o ha incumplido persistentemente los artículos 14 o 15 -obligaciones de post-establecimiento y gestión y prácticas corporativas-, “*el tribunal que de audiencia a dicha diferencia considerará si esta violación, si se prueba, es materialmente relevante a los asuntos que se le han presentado y, si es así, qué efectos mitigantes o compensatorios puede tener sobre el fundamento de una demanda o sobre cualquier daño adjudicado*”¹²³.

El apartado (C) ofrece un mecanismo que, de adoptarse en el Derecho Internacional de las Inversiones, también traería consigo un impactante cambio en este sector, por los efectos aleccionadores y preventivos que reportaría. Frente a la inmutabilidad tradicional de los derechos otorgados al inversor a través de un instrumento internacional, la propuesta canadiense somete al inversor a una evaluación continuada, de forma que el mantenimiento de sus derechos dependerá del cumplimiento de sus obligaciones. Ello conduce a que el Estado anfitrión o local podrán solicitar la revocación de los derechos del inversor o inversión, si se estima que éste ha violado el artículo 13 –anticorrupción- o ha incumplido

¹²¹ Y si lo inicia, el mismo artículo 18 (A) establece que el Estado anfitrión o local podrá alegar ese hecho para objetar a la jurisdicción (a través del mecanismo previsto en el Artículo 7 del Anexo A). Por como está regulada esta cuestión en el Modelo IISD, parece muy posible que esta objeción vaya a ser admitida por el tribunal arbitral: “*el tribunal supondrá que las alegaciones concretas del demandante son verdaderas, en apoyo de cualquier demanda en el aviso de arbitraje, excepto en cuanto se relacione con una violación del artículo 13 (...) Una demanda de pérdida de jurisdicción debido a una violación del artículo 13 será decidida por el tribunal en función de un equilibrio de probabilidades sobre los hechos aducidos en evidencia ante el mismo*”. http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

¹²² http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

¹²³ El apartado (E) del artículo 18 indica que «*Un Estado anfitrión puede iniciar una contrademanda ante cualquier tribunal establecido según este Acuerdo por daños que resulten de una violación alegada del Acuerdo*». http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

persistentemente los artículos 14 o 15. Dicha solicitud de revocación de derechos cuenta con un procedimiento individualizado en el artículo 44 del Modelo IISD, que se caracteriza por su celeridad en la emisión de una decisión apelable que puede imponer una revocación de diversa duración¹²⁴. Por último, el artículo 18 (F) recoge un mecanismo complementario, cuyo ejercicio está al alcance no sólo del Estado anfitrión, sino también de personas y organizaciones privadas: si se estima que la conducta del inversor ha producido una violación de las obligaciones y deberes contenidos en la Parte Tercera del Modelo del Instituto canadiense, se puede ejercitar una acción por daños. En definitiva, este precepto introduce una perspectiva diametralmente opuesta a la tradicional solución arbitral, a la que se los inversores recurren para demandar al Estado en vías de desarrollo. Está por ver en qué medida futuros textos en materia de inversiones internacionales recogen planteamientos como los recién expuestos, en los que el esfuerzo por equilibrar los roles de las partes implicadas en una inversión internacional trae como consecuencia la diversificación de los mecanismos de solución de diferencias y la ampliación de los sujetos que pueden hacer uso de ellos.

6. Mejora los mecanismos de prevención y solución de diferencias en materia de inversión

La Parte novena del Modelo IISD especifica que, en el caso de que surja una diferencia entre alguna de las partes implicadas en la inversión, éstas han de intentar solucionar su conflicto de forma amigable acudiendo, si no han escogido otro mecanismo, a la figura de la mediación (artículo 42). Caso de que en esta fase no se alcance un acuerdo, las diferencias Estado-Estado e inversión/inversor-Estado se someterán a un arbitraje regido por las normas del Modelo IISD¹²⁵ y gestionado por un órgano propio de solución de diferencias, que se inspira en el sistema de la OMC¹²⁶. Para el IISD, que su Modelo prescindiera de las instituciones arbitrales a las que se acude actualmente para solucionar las diferencias derivadas de las inversiones internacionales¹²⁷ es un importante paso que

¹²⁴ Esta cuantificación de la sanción «caso por caso» se justifica en la Guía de Negociadores indicando que se desea «dejar la capacidad de reconstruir relaciones si la situación cambia, así como reconocer que puede haber gradaciones de violaciones que todavía merecen el sancionamiento, pero pueden no merecer la pérdida permanente de los derechos». http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

¹²⁵ En relación con el arbitraje, el Modelo IISD recoge en su Anexo A una serie de reglas que regulan todo este procedimiento.

¹²⁶ V. artículo 40 Modelo IISD.

¹²⁷ En importante novedad se proclama en preceptos como el artículo 3 del Anexo A del Modelo IISD: «El Consejo del Órgano de Solución de diferencias establecerá reglas de arbitraje consistentes con las disposiciones de este Acuerdo. Hasta el momento en que se hayan acordado dichas reglas, las reglas de arbitraje del centro en efecto en la fecha en que la demanda o demandas hayan sido presentadas a arbitraje bajo este Acuerdo, regirán el arbitraje excepto hasta el punto modificado por este Acuerdo, sin importar si los Estados anfitrión y local son partes de la Convención Cadi». http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

permite superar las deficiencias que se les achacan a organismos como CIADI¹²⁸. En este sentido, el Modelo IISD impide que, mientras dure su mandato, los árbitros puedan ejercer también como abogados en controversias arbitrales (artículo 40), incorpora una fase de apelación, admite las presentaciones *amicus curiae*, abre al público las audiencias orales, permite acceder desde Internet a los documentos que genere el arbitraje (artículo 46) y estipula que las decisiones de apelación generan precedente (artículo 48)¹²⁹. En relación con las diferencias inversor/inversión-Estado, es destacable la imposición del artículo 45.2, en el sentido de que no se podrá acudir a un proceso de solución de diferencias “*hasta que se agoten soluciones nacionales sobre los asuntos subyacentes abogados en relación con una violación del Acuerdo*”¹³⁰.

El Modelo del Instituto canadiense, por tanto, está reconociendo a los tribunales nacionales un campo de actuación¹³¹ que muchos textos internacionales –a través de fórmulas como el denominado *fork in the road*- le habían ido limitando. Ello, unido a la necesidad de que en ocasiones el inversor tenga que presentar una renuncia escrita y expresa de “*cualquier derecho condicionante para la iniciación de un arbitraje*”¹³², permite al Modelo IISD asegurarse de que el Estado anfitrión no va a tener que hacer frente a una pluralidad de reclamaciones (nacional e internacional) derivadas del mismo hecho. Se ha comprobado que estas garantías y novedades procedimentales recién citadas están siendo recogidas por

¹²⁸ Desarrollando esta cuestión, v. FACH GÓMEZ, K: “La protección del medio ambiente y el comercio internacional: ¿Hay que “*pensar en verde*” el arbitraje de inversiones?”, en AA. VV, *Comercio Exterior*, 2009, Iustel, pp. 205- 255, esp. pp. 247-249.

¹²⁹ Asimismo, “*una declaración interpretativa adoptada por la Conferencia de las Partes declarando su interpretación de una disposición de este Acuerdo será obligatoria para cualquier tribunal establecido bajo este Acuerdo y cualquier fallo debe ser consistente con dicha declaración*”.

¹³⁰ No obstante, el inversor puede indicar a un panel arbitral que “*dichas soluciones no están disponibles debido al tema de la diferencia o a una falta demostrable de independencia o plazos de los procesos judiciales o administrativos*” y si esta alegación preliminar es admitida por el panel, se podrá comenzar el arbitraje sin tener que cumplir con el requisito del artículo 45. 2. Véase que en esta materia el Modelo IISD vuelve a prescindir de parámetros universales, al indicar en nota a pie que “*las Partes reconocen que diferentes procesos sí llevan diferentes periodos de tiempo. Por lo tanto, el determinante clave debería ser que los procedimientos están avanzando a un ritmo que es consistente con la buena práctica y el plazo normalmente anticipado para ese tipo de procedimiento en el Estado anfitrión y que no se impongan cargas o impedimentos indebidos en los procedimientos*”.
http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

¹³¹ En este sentido, el artículo 25 (E) del Modelo IISD afirma que: “*Los Estados anfitriones, pueden, a través de sus procesos constitucionales aplicables, incorporar completamente este Acuerdo a sus propia ley nacional para que las disposiciones aquí descritas sean ejecutables ante las cortes nacionales u otros procesos apropiados*”. http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

¹³² Como indica el artículo 5.2 del Anexo A, esta renuncia ha de ser presentada cuando suceda lo establecido en el artículo 45. C del texto (“*que se le haya otorgado al demandante un pedido a un panel por un fallo de que no está en posición viable para agotar soluciones locales*”).
http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

los Acuerdos bilaterales¹³³ y regionales¹³⁴ más recientes. Esta evolución se considera muy positiva¹³⁵, ya que se están juridificando una serie de planteamientos ampliamente defendidos tanto por los países en vías de desarrollo como por las organizaciones no gubernamentales que tutelan intereses colectivos¹³⁶. Sería también deseable que otras propuestas del Modelo IISD -como la creación de un mecanismo financiero y un centro de asistencia legal (artículos 38 y 41)- hallen respaldo legislativo, ya que éstas pretenden aumentar la capacidad económica y técnica de los Estados anfitriones¹³⁷.

III. CONSIDERACIONES FINALES

El Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible le ha dado a su Modelo de Acuerdo Internacional la forma de un Acuerdo Multilateral de Inversiones. Esta estructura viene justificada porque en el sector de las inversiones internacionales se aspira a que se llegue a implantar un texto común¹³⁸, que permita superar las incoherencias derivadas de la existencia de una pluralidad de instrumentos bilaterales y regionales. El complejísimo entramado que ha generado la coexistencia de todos estos documentos –conocido como “*spaghetti bowl*”- crea actualmente dificultades a los Estados, tanto para coordinar la política nacional con las obligaciones internacionales como para compatibilizar entre sí una

¹³³ V. por ejemplo, los artículos 26-47 y los Anexos C26-C39 del FIPA Canadá- Jordania, artículos 15-21 Borrador de Modelo noruego, artículos 20-47 del Modelo de BIT canadiense y artículos 23-37 del Modelo de BIT americano.

¹³⁴ V. por ejemplo, artículos 18-28 del *Acuerdo del Área de Libre Comercio ASEAN-Australia-Nueva Zelanda*, artículos 202-223 del *Acuerdo de Asociación Económica Unión Europea-Caribe*, artículos 26-39 del *Acuerdo de inversión Comesa*, artículos 28-41 del *Acuerdo Asean sobre inversiones*.

¹³⁵ Por ello, se lamenta que Uncitral haya dilatado abordar la cuestión de la transparencia en el arbitraje de inversiones. V. SUTCLIFFE, J y SABATER, A., “*Uncitral Arbitration: New Rules on Transparency*”, *Mealey’s International Arbitration Report*, Mayo 2008 y http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/2Arbitration.html.

¹³⁶ Muestra reciente de ello son las fuertes presiones que ONGs como Greenpeace están ejerciendo sobre el Gobierno alemán, para que éste modifique su política tradicional, y permita el acceso público a la información que genere el caso Vattenfall. <http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2009/07/15/greenpeace-pressures-german-government-for-transparency-in-vattenfall-dispute.aspx>.

¹³⁷ Estos artículos forman parte de la Parte octava del Modelo IISD, que pretende aplicar el planteamiento de la buena gobernabilidad a la misma vida del Acuerdo y hacer de éste un texto dinámico. Así, la Parte octava recoge una serie de previsiones en este sentido: cada parte establecerá un punto de contacto que se encargará del Acuerdo (artículo 35), las partes celebrarán Conferencias que tienen asignadas una amplia serie de competencias respecto de la implementación del Acuerdo (entre ellas, a imagen de lo que sucede en Nafta, la Conferencia puede “*adoptar decisiones interpretativas en relación con la interpretación de este Acuerdo*”- artículo 36), se creará un Comité de asistencia técnica y una secretaría (artículos 37 y 39), así como un mecanismo financiero (artículo 38) y un centro de asistencia legal que apoye a los países en vías de desarrollo que sean Estados Parte. http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

¹³⁸ Apuntando las virtudes de que, tras varios intentos frustrados, se consiguiese implantar un Acuerdo Multilateral de Inversiones, v. TIENHAARA, K: «*Investment Institutions and Global Environmental Change*», http://www2.bren.ucsb.edu/~idgcep/papers/Kyla_Tienhaara.doc.

serie de obligaciones internacionales que, procedentes de diversas fuentes, no presentan unos contenidos completamente armonizados¹³⁹. Hasta el momento, el texto del IISD no ha sido adoptado “en bloque” por una organización multilateral como documento a partir del cual estructurar el régimen general en materia de inversiones internacionales. Sin embargo, en este trabajo se ha expuesto cómo muchas de las disposiciones clave del Modelo del Instituto canadiense sí han sido incorporadas a recientes tratados bilaterales y regionales de inversión. La positivización de los planteamientos del IISD supone un encomiable primer paso, que materializa el deseo de crear un Derecho Internacional de las Inversiones más justo.

Este objetivo, sin embargo, dista mucho de haber sido alcanzado por completo, por lo que hoy en día sigue siendo muy necesario que se realice un esfuerzo para equilibrar las posiciones de las partes implicadas en el Derecho Internacional de las Inversiones¹⁴⁰. Como propugna el Modelo IISD, si los inversores extranjeros se han venido beneficiando tradicionalmente del contenido de los Acuerdos de Inversión, ha llegado el momento de especificar también en estos textos una serie de obligaciones a las que los inversores han de quedar necesariamente sometidos. Se estima que esta visión multipolar que defiende el Modelo IISD ha de afianzarse y expandirse, de forma que, con el paso del tiempo, los Estados desarrollados lleguen a interiorizar que ya no cabe negociación “a la baja” respecto de herramientas jurídicas que potencien la dimensión social de los Acuerdos internacionales de inversión y que, en definitiva, potencian la generación de “inversión extranjera beneficiosa” en los países en vías de desarrollo¹⁴¹. El Modelo IISD es una propuesta valiente e innovadora en este sentido, por lo que sería muy deseable que los valores que propugna sean tenidos seriamente en cuenta por un Acuerdo multilateral y, hasta que éste llegue, por los textos regionales y bilaterales que se continúen renegociando u aprobando.

Aún siendo una cuestión cuyo análisis detallado excede el objeto del presente trabajo, esta presentación del Modelo IISD y las abundantes referencias a textos y proyectos extranjeros conducen a plantearse en qué medida los Acuerdos de Inversión vigentes en España reflejan los principios defendidos por el Instituto canadiense. Si se atiende a la presentación

¹³⁹ En esta material, VAN DUZER, J. A., “APEC’s Role in Rationalizing International Investment Obligations”, AIELN Conference 2009. La autora agradece al professor Van Duzer que le haya entregado este *paper* en el curso de un encuentro llevado a cabo en la Universidad de Ottawa.

¹⁴⁰ En este sentido, el Gobierno de Sudáfrica está revisando su política en materia de inversiones extranjeras, con el objeto de reafirmar su posición a la hora de renegociar o celebrar BITs. «South African trade department critical of approach taken to BIT-making», <http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2009/07/15/south-african-trade-department-critical-of-approach-to-bit-policy.aspx>.

¹⁴¹ Apuntando los nuevos rasgos del Derecho Internacional de las Inversiones, v. International Law Association, “International Law on Foreign Investment”, Toronto Conference 2006, www.ila-hq.org/.../C5443B2B-406F-4A42-9BE49EE93FB92A4C e International Law Association, “International Law on Foreign Investment”, Rio de Janeiro Conference 2008, www.ila-hq.org/.../93B50EA9-5609-4501-915629DBEE9FDAA7.

que el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio español realiza sobre los APPRIs (Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones)¹⁴², se aprecia que ésta recoge exclusivamente una perspectiva tradicional del fenómeno: estos Tratados “*han de proporcionar un ambiente estable y favorable a la inversión que permita reducir los factores de incertidumbre política y jurídica que a veces afectan al desarrollo de los proyectos de inversión a los que se suele enfrentar la empresa en el exterior*”, presentando además una visión meramente unilateral “*los APPRIs son un instrumento básico en el contexto de los planes de apoyo a la internacionalización de la empresa española*”¹⁴³.

Partiendo de este marco general, era previsible que el análisis de los APPRIs aprobados por España tras la elaboración del Modelo IISD nos conduzca a afirmar que dichos textos no han plasmado en su articulado propuestas como las defendidas por el Instituto canadiense¹⁴⁴. Si bien alguno de estos Acuerdos sí introduce alguna referencia que podría considerarse novedosa en el ámbito español¹⁴⁵, ésta no puede calificarse más que de excepcional, no teniéndose certeza además de si tal incorporación supone un cambio de planteamiento por parte del legislador español o es simplemente una mera particularidad impuesta por el otro Estado contratante¹⁴⁶ -a causa de, por ejemplo, los laudos arbitrales que desde Ciadi se hayan podido dictar contra él-¹⁴⁷. Si se atiende al panorama europeo, los

¹⁴²<http://www.comercio.mityc.es/comercio/bienvenido/Inversiones+Exteriores/Acuerdos+Internacionales/APRI/ContenidosObjetivos.htm?in=4>.

¹⁴³ CRESPO HERNÁNDEZ, A., " Actividad estatal de protección de inversiones exteriores: los APPRIs", en AA. VV. comercio exterior, Iustel 2009, pp. 395-447.

¹⁴⁴ De hecho, los resultados son muy pobres si se aplica a estos textos el “*flexibility for development Index*”. Respecto a este índice, que valora cuantitativamente los tratados de inversión bilaterales y regionales, según el margen que éstos concedan a la capacidad normativa estatal en pos del desarrollo sostenible, v. HASLAM, P. A., “A Flexibility for Development’ Index: Can International Investment Agreements be Compared Quantitatively?”, *The European Journal of Development Research*, junio 2007, pp. 251-273.

¹⁴⁵ Véase en este sentido, el Acuerdo entre España y Colombia (BOE de 12 septiembre de 2007) y sus limitaciones a las transferencias (artículo 6.2); Acuerdo entre España y México (BOE de 3 de Abril de 2008) con exclusiones al concepto de inversión (artículo 1.4) y obligación de renunciar al derecho de acudir a los tribunales para poder iniciar un arbitraje (artículo 10.5); Acuerdo entre España y Siria (BOE de 18 febrero 2005) y exigencia de que la sociedad lleve a cabo una actividad económica efectiva en ese Estado contratante (artículo 1.2.b); Acuerdo entre España y Nigeria (BOE de 11 de febrero de 2006) y precisión del concepto “menos favorable” en el ámbito del tratamiento nacional y nación más favorecida (artículo 5.4).

¹⁴⁶ En relación con el Acuerdo entre España y China (BOE, martes 5 de Julio de 2008), la doctrina española – PASTOR PALOMAR, A.: “Inversiones España-China bajo el nuevo APPRI 2005, www.reei.org- ha llamado la atención sobre el contenido del Protocolo de dicho APPRI, donde se estipula que determinadas inversiones españolas no se beneficiarán del principio de trato nacional o de la obligación de no adoptar medidas injustificadas o discriminatorias. Tal vez la actual política china en materia de inversiones internacionales (DULAC, E y SAVAGE, J: “China BITS”, *The Asia Pacific Arbitration Review* 2007, <http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/2/sections/4/chapters/19/china-bits/>) esté respaldada por el gran cambio económico que ha vivido este país en los últimos años.

¹⁴⁷ Apuntado cómo los precedentes arbitrales han influido en el contenido del APPRI España-México, v. PASCUAL VIVES, F J: “Nuevas manifestaciones de la segunda generación de Acuerdo sobre la promoción y la protección recíproca de las inversiones en España: Los Acuerdos celebrados con Kuwait y México», *Revista Española de Derecho Internacional* 2008, 2, pp. 695-700.

más recientes Modelos propuestos por países de nuestro entorno –*Model Treaty* de Francia 2006¹⁴⁸ y Alemania 2008¹⁴⁹ - tampoco reflejan con carácter general el espíritu del Modelo IISD, a pesar de que desde el plano científico sí se ha animado al poder legislativo a incorporar los principios del desarrollo sostenible en el ámbito de las inversiones internacionales¹⁵⁰.

Podría argüirse que la no recepción en estos textos bilaterales de los novedosos principios contenidos en el Modelo del Instituto canadiense trae su explicación en la pérdida de poder que en materia de inversiones internacionales están experimentando los Estados europeos. Tal vez defender la evolución jurídica individual en este sector haya perdido en parte su razón de ser, dado que la Unión Europea está irrumpiendo con fuerza en el ámbito de los Acuerdos internacionales de Inversión. A este respecto, en estos últimos años se han emitido varios documentos desde el ámbito comunitario indicando que los Acuerdos bilaterales intracomunitarios deben considerarse desplazados por el derecho comunitario¹⁵¹ y asimismo el Tribunal de Justicia ha condenado a Austria, Suecia¹⁵² y Finlandia¹⁵³ por incumplir las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 307.2 CE, al no haber recurrido a los medios apropiados para eliminar la regla de libre transferencia en divisa libremente convertible, sin retrasos indebidos, de los pagos vinculados a una inversión. Esta regla se contiene en varios Convenios de Inversión celebrados con terceros Estados y el Tribunal ha considerado que resulta incompatible con las medidas de restricción de los movimientos de capital y de los pagos previstas por el Tratado CE. Se prevé que en el futuro próximo se va a producir una culminación de esta tendencia “comunitarizante”, puesto que el Tratado de Lisboa¹⁵⁴ introduce el tema de las inversiones extranjeras directas dentro de la política comercial común¹⁵⁵, lo que supone, según la doctrina mayoritaria, una

¹⁴⁸ “Draft Agreement between the Government of the Republic of France and the Government of the Republic of X on the Reciprocal Promotion and Protection of Investment». <http://ita.law.uvic.ca/documents/ModelTreatyFrance2006.pdf>.

¹⁴⁹ “Treaty between the Federal Republic of Germany and X concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment”, <http://ita.law.uvic.ca/documents/2008-GermanModelBIT.doc>.

¹⁵⁰ V. por ejemplo, MALIK, M.: “Time for a Change, Germany’s bilateral Investment Treaty Programme and Development Policy”, 2006, <http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/04138.pdf>.

¹⁵¹ Esta opinión, sin embargo, no es unánime entre la doctrina (v. WEHLAND, H., “Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: is European Community an obstacle?”, *ICLQ*, abril 2009, pp. 297-320) ni ha sido apoyada por el tribunal arbitral del caso Sugar B. V. v. Czech Republic, (v. POTESTÀ, M., “Bilateral Investment Treaties and the European Union. Recent Developments in Arbitration and Before the ECJ”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2009, pp. 225-245, esp. pp. 228-229).

¹⁵² Vid. Sentencias de 3 de marzo de 2009 (Asuntos C-205/06 y C-249/06), en <http://curia.europa.eu/>

¹⁵³ V. Sentencia del TJUE de 19 de noviembre de 2009, Asunto C-118/07.

¹⁵⁴ En relación con este texto, v. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “El sistema institucional en el Tratado de Lisboa: entre la continuidad y el cambio”, AA.VV., *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, AEPDIRI, Iustel, Madrid, 2008, pp. 205-225.

¹⁵⁵ Artículo 207 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 133 TCE): “1. La política comercial común se basará en principios uniformes, en particular por lo que se refiere a las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales relativos a los intercambios de mercancías y de servicios, y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e

proclamación de la competencia exclusiva de la Unión Europea respecto de Acuerdos de inversión con terceros países¹⁵⁶.

Todo lo recién expuesto, sin embargo, no le resta importancia al Modelo IISD. Más bien al contrario, ya que se vaticina que el espíritu de este Modelo va a ser esgrimido desde diversos foros si en el futuro próximo, la Unión Europea desarrolla un Modelo de Acuerdo de Inversión¹⁵⁷. Sería deseable que dicho texto le diese una importancia prioritaria a los principios contenidos en el Modelo sobre inversión para el desarrollo sostenible¹⁵⁸. Existiendo voluntad comunitaria en dicho sentido, preceptos como el artículo 21 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea permiten fundamentar el desarrollo de un Modelo de Acuerdo de Inversión europeo que sea respetuoso con el medio ambiente, los derechos humanos y la soberanía legislativa de los países en vías de desarrollo¹⁵⁹. Para países europeos como España, la evolución competencial recién indicada tampoco implica

industrial, las inversiones extranjeras directas, la uniformización de las medidas de liberalización, la política de exportación, así como las medidas de protección comercial, entre ellas las que deban adoptarse en caso de dumping y subvenciones. La política comercial común se llevará a cabo en el marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión.

(...)" V. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:ES:PDF>.

¹⁵⁶ Artículo 3 TFUE: "1. La Unión dispondrá de competencia exclusiva en los ámbitos siguientes: e) la política comercial común". <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:ES:PDF>.

¹⁵⁷ En estas materias, v. BUNGENBERG, M., "The Common Commercial Policy after Lisbon", micro5.mscc.huji.ac.il/.../draft_paper_bungenberg_jerusalem_conference_11.7.2008.doc. Con un planteamiento más restrictivo, considerando que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa no va a dar competencia exclusiva a la Unión Europea para concluir Acuerdos de Inversión completos –se estima que algunas de las clásicamente denominadas "garantías para los inversores" como la expropiación, serían objeto de competencia compartida-, v. MOLA, L., "Which Role for the EU in the Development of International Investment Law?", www.sielnet.org/Default.aspx?pageId=108611.

¹⁵⁸ Desde la perspectiva de los países extracomunitarios, una negociación única con la Unión Europea (frente a las múltiples negociaciones que han llevado a cabo en el pasado con diversos países comunitarios) supondrá una positiva simplificación de esfuerzos. DE MESTRAL, A., "The EU as Maker of Investment Agreements: the Potential Impact on Canada and the Broader World System of Bilateral Investment Treaties", [http://www.carleton.ca/europecluster/publications/2008-12-18-InvestmentAgreements\(deMestral\).pdf](http://www.carleton.ca/europecluster/publications/2008-12-18-InvestmentAgreements(deMestral).pdf).

¹⁵⁹ Artículo 21: "2. La Unión definirá y ejecutará políticas comunes y acciones y se esforzará por lograr un alto grado de cooperación en todos los ámbitos de las relaciones internacionales con el fin de: a) defender sus valores, intereses fundamentales, seguridad, independencia e integridad; b) consolidar y respaldar la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y los principios del Derecho internacional; d) apoyar el desarrollo sostenible en los planos económico, social y medioambiental de los países en desarrollo, con el objetivo fundamental de erradicar la pobreza; (...) e) fomentar la integración de todos los países en la economía mundial, entre otras cosas mediante la supresión progresiva de los obstáculos al comercio internacional; f) contribuir a elaborar medidas internacionales de protección y mejora de la calidad del medio ambiente y de la gestión sostenible de los recursos naturales mundiales, para lograr el desarrollo sostenible; h) promover un sistema internacional basado en una cooperación multilateral sólida y en una buena gobernanza mundial". Véase que las "Disposiciones generales relativas a la acción exterior de la Unión" del TFUE remiten expresamente a "las disposiciones generales contempladas en el capítulo 1 del título V del Tratado de la Unión Europea" (artículo 205). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:ES:PDF>.

que el Derecho Internacional de las Inversiones vaya a perder interés desde una perspectiva política, económica o científica nacional. Concretamente, nuestro país debería participar activamente en todos los retos que traerá consigo la consolidación de un Derecho de las Inversiones europeo, máxime dado que, por ejemplo, es inminentísima la asunción de la presidencia de la Unión Europea por parte de España¹⁶⁰.

Ya que el Derecho Internacional de las Inversiones es un sector jurídico que está en constante transformación¹⁶¹, es procedente plantearse si las líneas básicas del Modelo IISD también van a seguir implementándose en el futuro del Derecho Internacional de las Inversiones en la esfera extracomunitaria. Las perspectivas en este sentido parecen esperanzadoras. Por citar tres ejemplos, en primer lugar se prevé que en los próximos años se seguirá generalizando el recurso a Acuerdos bilaterales y regionales por parte de Estados en vías de desarrollo (*South-South*). Estos textos, que presentan unas peculiaridades propias¹⁶², reflejan los postulados del Modelo canadiense permitiendo, por ejemplo, las restricciones en la repatriación de fondos o construyendo alguna cláusula clásica como la del trato nacional¹⁶³. En segundo lugar, la administración Obama ha expresado su deseo de revisar el USA Model BIT de 2004¹⁶⁴. En este sentido, en julio de 2009 se realizó en Washington una reunión en la que múltiples grupos de interés expresaron su opinión sobre cómo adaptar este texto a las exigencias futuras de las inversiones internacionales estadounidenses¹⁶⁵. Es reseñable que diversas propuestas recogen planteamientos del Modelo IISD como la potenciación del recurso a los tribunales nacionales, la posibilidad de que los Estados exijan responsabilidad a los inversores por incumplimiento de sus obligaciones o la creación de nuevas instancias arbitrales¹⁶⁶. Respecto a la inclusión de

¹⁶⁰

<http://www.la-moncloa.es/NR/exeres/571C47A8-D712-4F4A-B73A-5F3E3E812D29,frameless.htm?NRMODE=Published>.

¹⁶¹ Por citar alguna de las interesantes tendencias de estos últimos años, se aprecia: un crecimiento más lento del número de BITS celebrados (aún así, nos acercamos a los 3000); Alemania sigue siendo el país que más BITS ha firmado pero el número de BITS chinos ha crecido mucho en los últimos tiempos; aumenta considerablemente el número de BITS entre dos países en vías de desarrollo; se ha generado una actitud crecientemente hostil en Latinoamérica ante el fenómeno de los BITS; se están renegociando muchos BITS e intentando introducir en ellos nuevos planteamientos; aumenta el número de Acuerdos de inversión regionales y de tratados comerciales que también abordan el tema de las inversiones. http://www.iisd.org/pdf/2008/dci_recent_dev_bits.pdf.

¹⁶² POULSEN, L. S.: "Are South-South BITs any different? A logistic regression analysis of two substantive BIT provisions". <http://www.asil.org/files/ielconferencepapers/poulsen.pdf>.

¹⁶³ Incluso se está llegando a eliminar este tipo de preceptos. V. por ejemplo el Acuerdo bilateral India-Singapur de 2005 <http://commerce.nic.in/ceca/toc.htm>.

¹⁶⁴ En su campaña electoral, Obama proclamó en esta materia que el BIT estadounidense ha de asegurar que: "*foreign investor rights are strictly limited and will fully exempt any law or regulation written to protect public safety or promote the public interest*". <http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2009/06/05/united-states-reviews-its-model-bilateral-investment-treaty.aspx>.

¹⁶⁵ <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2009/july/126304.htm>.

¹⁶⁶ <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2009/08/comments-on-the-us-model-bit-debating-investorstate.html>.

nuevos temas en el Modelo de BIT, también se sugieren cuestiones que han sido objeto de detallado estudio por parte del Instituto canadiense como el acceso a recursos naturales extranjeros¹⁶⁷, la importancia de las energías limpias, la cuestión del comercio de derechos de emisión¹⁶⁸ y la autorización a que los Estados realicen controles de capital para prevenir o mitigar situaciones de inestabilidad económica¹⁶⁹. En tercer lugar, otra iniciativa que puede ofrecer interesantes frutos en el futuro próximo es el *Template for Bilateral Investment Agreements* que se está elaborando desde la *Commonwealth of Nations*¹⁷⁰. Esta organización intergubernamental cuenta entre sus cincuenta y tres Estados Parte con muchos países en vías de desarrollo localizados en África y Asia. Dichos Estados han manifestado que no poseen capacidad individual para negociar, sobre bases de igualdad, Acuerdos sobre inversión internacional con países desarrollados¹⁷¹. Para superar estas asimetrías económicas, de información y de experiencia de estos países, la *Commonwealth* está valorando la aprobación de un Modelo que se inspira claramente en el Modelo del Instituto canadiense. Así, el *Template* pretende ser una herramienta que refleje las peculiaridades de los países en vías de desarrollo y por eso sus objetivos esenciales son: la toma en consideración de los efectos a largo plazo de la inversión extranjera y de su impactos no económicos, la protección de los derechos humanos y del medio ambiente y la superación de las debilidades institucionales –falta de transparencia, corrupción, etc- de los países en vías de desarrollo¹⁷².

¹⁶⁷ En los últimos años, se ha producido un gran aumento de las inversiones destinadas a comprar terrenos dedicados a la producción de materias agrícolas o biocombustibles. El objetivo de estas inversiones ya no es conseguir una producción más barata, sino suplir las necesidades de agua y energía de un país explotando materias primas del otro país en el que se ha invertido. Se prevé que en el futuro la mercantilización de materias primas como el agua y la tierra va a requerir nuevos desarrollos por parte del derecho de las inversiones, que especifiquen, por ejemplo, la valoración jurídica (expropiación indirecta versus ejercicio autorizado de la potestad normativa estatal) que habrán de merecer medidas nacionales tomadas en momentos de escasez alimenticia V. SMALLER, C y MANN, H., “A Thirst for Distant Lands: Foreign investment in agricultural land and water”, www.iisd.org.

¹⁶⁸ <http://waysandmeans.house.gov/media/pdf/111/larson.pdf>.

¹⁶⁹ Frente a la prohibición que el actual BIT establece respecto de los controles de capital, se propone que el nuevo texto impida a los inversores acudir al arbitraje –o, en su defecto, limite las cuantías que puedan reclamarse- si el Estado ha establecido estas medidas restrictivas en situaciones económicas extraordinarias. Al respecto, v. *supra* nota 74 y ANDERSON, S., “Comments on the U. S. Model Bilateral Investment Treaty”, www.regulations.gov/search/Regs/contentStreamer?...pdf.

¹⁷⁰ Este Modelo y un documento explicativo anexo está siendo desarrollado por un grupo de profesores de la Facultad de Derecho de Ottawa. V. VAN DUZER, J. A., “Foreign investment and development the role of domestic policy and international investment agreements”, Ottawa University, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1340723.

¹⁷¹ “Deputy Secretary-General Calls for Investment Agreements that Support Sustainable Growth”. http://www.thecommonwealth.org/news/34580/34581/143454/deputy_secretarygeneral_calls_for_investment_agree.htm.

¹⁷² VANDUZER, J.A, SIMONS, P y MAYEDA, G., “Modeling International Investment Agreements for Economic Development”, en AA.VV, *Bilateralism and Development: Emerging Trade Patterns*, Londres, 2008, pp 359-410 y <http://www.thecommonwealth.org/files/177255/FileName/Cape%20Town%20presentation%20VanDuzer.ppt>

Se considera esencial, por tanto, que estos países cuenten con apoyos externos que les permitan mejorar su capacidad y experiencia negociadora en materia de Acuerdos de inversión, con el objetivo último de que únicamente acojan en su territorio una tipología de inversión que potencie su crecimiento digno y sostenible¹⁷³. Como reflexión final, desea subrayarse que muchos autores han concluido, basándose en estudios económico-jurídicos, que no se puede proclamar taxativamente que la firma de un BIT vaya a reportar un aumento de FDI en el Estado en vías de desarrollo¹⁷⁴. Frecuentemente, se cita Brasil como ejemplo de país que ha conseguido atraer mucha inversión extranjera sin haber realizado ninguno de tales Acuerdos¹⁷⁵ y, en cambio, se alude a países africanos como Tanzania, Uganda o Gambia como ejemplo de países que sí han celebrado tales Acuerdos pero no han conseguido con ellos resultados adecuados¹⁷⁶. Ello conduce a afirmar que estos países en vías de desarrollo, aparte de luchar por que se generalicen Acuerdos de Inversión que recojan los postulados del Modelo IISD, también han de esforzarse por implementar otras medidas complementarias, como la mejora del clima económico y político del país¹⁷⁷ y la modernización de la normativa interna sobre inversiones¹⁷⁸.

¹⁷³ En esta materia, es interesante el documento presentado en el año 2009 por el IISD, el cual proporciona un listado de cuestiones que el Estado anfitrión tendría que analizar a la hora de valorar una iniciativa inversora extranjera. THOMAS, K. P., “Assessing Sustainable Development Impacts of Investment Incentives”, www.iisd.org.

¹⁷⁴ V. por ejemplo, HALLWARD-DRIEMEIER, M “Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a Bit...and They Could Bite”, en AA.VV, *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 349-378; YACKEE, J. W., “Conceptual Difficulties in the Empirical Study of Bilateral Investment Treaties” (October 2007) *University of Wisconsin Law School, Legal Studies Research Paper* Nº. 1054; HICKS, B: “Dissecting the Black-Box: Bilateral Investment Treaties and Global Investments”, http://www.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/2/5/0/7/0/p250708_index.htm.

¹⁷⁵ V. www.investmenttreatynews.org/.../investment-arbitration-in-brazil-yes-or-no.aspx; COSBEY, A. “International Investment Agreements and Sustainable Development: Achieving the Millennium Development Goals”, www.iisd.org.

¹⁷⁶ Es muy preocupante que las inversiones en los países citados se concentren en el sector de la extracción de materias primas, ya que estas actividades se caracterizan por generar pocos empleos locales, incentivar la destrucción medioambiental y la deslocalización social y quedar un porcentaje muy bajo de los beneficios en el Estado anfitrión. V. VAN DUZER, J. A., “Foreign investment and development the role of domestic policy and international investment agreements”, Ottawa University, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1340723. Analizando los mismos problemas respecto de países asiáticos, v. NGUYET HONG, V. X., “Sustainable Development Impacts of Investment Incentives. A Case Study of the Mining Industry in Vietnam”, www.iisd.org.

¹⁷⁷ Exponiendo cómo la estabilidad política facilita las relaciones comerciales internacionales, v. BROWN, O, QOBO, M y RUIZ-DANA, A., «The role for regional trade intergration in conflict prevention», en AA. VV, *Regional Trade Integration and Conflict Resolution*, IDRC 2008, http://www.idrc.ca/en/ev-129649-201-1-DO_TOPIC.html.

¹⁷⁸ MAYEDA, G. : «International Investment Agreements Between Developed and Developing Countries: Dancing with the Devil», Ottawa University http://www.commonlaw.uottawa.ca/index.php?option=com_content&task=view&id=364&contact_id=45&language=en&Itemid=151.