
GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA. INTEGRACIÓN REGIONAL Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS EN BRASIL

ECONOMIC GLOBALISATION. REGIONAL INTEGRATION AND PROTECTION OF FOREIGN INVESTMENTS IN BRAZIL

Luis Maria Chamorro Coronado*

Resumen: La globalización económica ha supuesto un reto para las empresas que buscan nuevos mercados. Se introducen en países que pertenecen a Organizaciones de integración regional, cuyas normas, además de las internas de cada país, configuran el marco jurídico de sus inversiones. Las empresas extranjeras que invierten en Brasil quedan, por tanto, afectadas por el Derecho brasileño y por su pertenencia al MERCOSUR. Como paso previo al estudio del sistema más apto para la protección de las inversiones en Brasil, el del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, y sus esquemas de aseguramiento, el presente trabajo contiene la descripción de los Convenios multilaterales que regulan el tratamiento y protección de las inversiones exteriores. El artículo concluye con el estudio de los instrumentos legales para la protección de las inversiones en el MERCOSUR y su interacción con los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRIs), que contienen el nuevo Derecho internacional en la materia y que Brasil, a día de hoy, no ha hecho parte de su regulación.

Palabras clave: Globalización económica. Integración regional. Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones. Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. MERCOSUR.

Abstract: Economic globalization poses a challenge to enterprises looking for new markets. These enterprises search for new markets in countries that belong to regional integration organizations whose regulations- as well as those of the internal system of each country - shape the legal framework for foreign investments. Foreign enterprises investing in Brazil, for instance, are affected by Brazilian law as well as by Mercosur regulations. This article focuses on the Multilateral Investment Guarantee Agency and its insurance schemes - an institution that protects foreign investment in Brazil - as well as on a description of the Multilateral Conventions which rule the treatment and protection of foreign investments. This article concludes with a review of Mercosur's main legal documents to protect investments and their interaction with Bilateral Investment Treaties, containing the new international law

* Doctor en Derecho por la Facultad de Economía, Derecho y Empresariales, Universidad Europea de Madrid. Profesor Ayudante de Derecho Internacional Privado de la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor de Derecho Administrativo en la ESERP - Fundación Universitaria y Universidad Rei Juan Carlos (URJC, Madrid-España). Email: luismariachamorro@hotmail.com

on foreign investments. To this day, Brazil has signed some bilateral investment treaties but has not yet ratified them.

Key-words: Economic Globalisation. Regional Integration. Multilateral Investment Guarantee Agency. MERCOSUR.

INTRODUCCIÓN

Uno de los términos más utilizados por los responsables económicos de los gobiernos del mundo es el de “globalización”. Se nos explica que la adopción de una determinada medida económica se justifica para adaptar la economía del país a “los retos de la globalización”. Al ser un término utilizado como comodín por nuestros responsables políticos y económicos inmediatamente se vuelve sospechoso de utilización inadecuada. ¿Qué es y en qué consiste la globalización económica de la que todo el mundo habla? (STIGLITZ, 2001).

U. Beck (2000, p. 9-11) acota el término “globalización”, distinguiendo entre “globalismo” con arreglo al cual el mercado mundial sustituye o elimina la acción política; “globalidad” equivalente al de la sociedad mundial en la que vivimos, en la que los Estados y grupos de Estados no están ni pueden vivir aislados unos de otros¹; y “globalización”, que implica los procesos mediante los cuales la soberanía de los Estados se ve amenazada por las empresas transnacionales, con diferentes visiones del poder, de la identidad y de las relaciones internacionales y con diferentes políticas e intereses económicos. Además de esa precisión terminológica creo importante señalar la confusión existente que tiende a identificar la “globalización” con la “internacionalización económica” (BECK, 2000, p. 120-121), pues esta última no es sino la consecuencia de los intercambios económicos que se realizan entre tres grandes bloques: América, Asia y Europa (BECK, 2000, p. 120). Y entre los países que dentro de cada uno de éstos tres grandes bloques han constituido entidades de integración regional supraestatal.

A nadie escapa, por tanto, que existe, llámese como se llame, un movimiento hacia una integración regional, tanto por parte de los países desarrollados como por parte de los países en vías de desarrollo (PVD), que o toman como modelo la integración europea o simplemente reflejan el deseo –aunque no la voluntad política– de aprovechar los beneficios económicos de los intercambios

¹ Como claramente mostró la utilización de internet como medio para convocarse unos a otros los grupos anti-globalización y “reventar” la cumbre de la Organización Mundial del Comercio que “reunió” en Seattle, Estados Unidos, a los delegaciones de 135 países, los días 30 de noviembre y 1, 2, 3, 4 y 5 de diciembre de 1999, que no pudieron entrevistarse al quedar paralizada la ciudad por la protesta de aquellos.

comerciales internacionales reforzando su posición en el mundo; lo cual es particularmente relevante en los países de economías menos desarrolladas. Las fórmulas empleadas por los Estados van desde la constitución de “zonas de libre comercio” (free trade areas) – caso del TLCAN/NAFTA – en las que los países participantes levantan las barreras comerciales existentes entre sí – básicamente arancelarias –, manteniendo las relativas a la libre circulación de personas; las “uniones aduaneras” (customs unions), en las que los países que participan levantan las barreras comerciales entre sí y las imponen a los productos procedentes de terceros países; el “mercado común” (common markets) – caso del MERCOSUR² –, que provoca una mayor integración que las fórmulas anteriores al establecer la libertad de movimiento de los factores que intervienen en el proceso de producción (movimiento de capitales, libre circulación de trabajadores y libre intercambio de tecnología); la “comunidad económica” (economic community) – caso del SICA –, construida sobre la base del anterior y armonizando las políticas económicas básicas de los Estados participantes, por ejemplo en materia de transportes, de impuestos y monetaria; siendo la fórmula de integración más avanzada la “unión económica” (economic union), que comprende una armonización de las políticas nacionales referidas a la economía de la “unión”, trazando normas en materia de sociedades, de Acuerdos comerciales, bienestar social, de moneda única y de ayudas al desarrollo. Como bien se puede apreciar, la Unión Europea ha atravesado alguna de las fases descritas, si no todas.

Lo cierto es que además de la Unión Europea, en el continente americano destacan como procesos de integración regional el TLCAN y el MERCOSUR. El Sistema de Integración Centroamericano (SICA) creado por el Protocolo de Tegucigalpa, de 13 de diciembre de 1991, sobre la base del ya existente Mercado Común Centroamericano, con el objetivo de contribuir al desarrollo económico y político de sus países miembros, supone otra manifestación de integración regional en el continente americano. La Comunidad Andina³, establecida por

² Caso de MERCOSUR, en el que no existe un Parlamento regional, y que constituye un proceso de integración regional “que ya funciona plenamente como zona de libre comercio, que su constitución como unión aduanera está en proceso de evolución [...] y que la configuración de un mercado común apenas se adivina en el horizonte. No obstante, es de justicia señalar que [...] Mercosur se introduce por una senda más ambiciosa, al plantear no sólo la constitución de una unión aduanera, sino también –de un lado- la adopción de políticas comunes en materia comercial, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, de transportes y comunicaciones ‘y otras que se acuerden’, y – de otro lado – el compromiso de armonizar las legislaciones en las áreas que sean pertinentes”.

el Tratado de Cartagena de 1969, creada en un primer momento con el objetivo de contrarrestar el poder económico en la zona de Argentina, Brasil y México, comparte los objetivos de estas organizaciones de integración de contribuir al desarrollo económico⁴, la justicia social y la democracia. En el caso de MERCOSUR⁵ conviene señalar que esta organización ha sufrido algunas crisis de alcance como ha ocurrido en un pasado reciente a consecuencia de la situación económica Argentina. No fue, por tanto, extraño que el presidente de Brasil Luiz Inacio “Lula” da Silva escogiese como destino de su primera visita de Estado al extranjero tras resultar elegido Buenos Aires, ciudad en la que tras criticar las políticas que han llevado a los países de la región a “sucesivas crisis”, invocó la necesidad de avanzar en un proceso de “reconstrucción del MERCOSUR”, integrando plenamente a Chile y Bolivia - convirtiéndolo en alternativa al Área de Libre Comercio de las Américas, extensión fracasada del TLCAN/NAFTA que Washington dijo querer impulsar - que comprenda la creación de un Parlamento y una moneda propios; proponiendo, además, un frente común de los países del MERCOSUR, de cara a sus relaciones internacionales y a los organismos de crédito, para lo que deberá profundizar su política exterior y coordinar la presencia común en los organismos internacionales⁶, en una clara referencia al modelo de la Unión Europea.

Para contribuir a facilitar un cierto nivel de intercambio económico y comercial sostenible que contribuya al desarrollo de los países en vías de desarrollo inmersos en esos procesos, la Organización Mundial del Comercio se ha erguido desde su creación por el Acuerdo de Marrakech, de 15 de abril de 1994, como el gran intento a nivel global de contribuir al desarrollo económico mundial⁷.

Desde su creación la Organización Mundial del Comercio se ha convertido

³ Vid. www.comunidadandina.org. Sus Estados parte son Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

⁴ Aunque la Decisión N° 220, de 1987, concede libertad a cada nación para adoptar sus propias normas en materia de inversiones extranjeras y de transferencia de tecnología; Decisión que fue sustituida por la Decisión N° 291, que establece un régimen de regulación de las inversiones extranjeras todavía más abierto, que ha contribuido a la conclusión de numerosos APPRI, con los países de la Comunidad Andina. Vid. Folsom, Gordon y Spanogle, (1996, p. 412-414).

⁵ Forman parte de MERCOSUR Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay; esta organización de integración regional fue creada por el Tratado de Asunción, en vigor desde el 26 de noviembre de 1991. Venezuela ha firmado un Protocolo de adhesión en 2006, que todavía no ha ratificado; y Bolivia y Chile tienen la condición de Estados asociados.

⁶ Diario ABC, 3/12/2002. No es de extrañar, por otro lado, la preocupación de la autoridades políticas y económicas brasileñas hacia la situación en la región, pues no en vano Brasil aporta el setenta por ciento del Producto Interior Bruto de MERCOSUR.

en el principal foro de discusión y de creación de normas ordenadoras de los intercambios económicos internacionales (Art. III, Acuerdo OMC) Los principios que informan la ordenación comercial llevada a cabo por la Organización Mundial del Comercio se asientan sobre las cuatro reglas fundamentales del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947. Son la protección de las ramas de producción nacionales únicamente mediante aranceles (art. VI, GATT), la reducción y la consolidación de estos (Art. XI, GATT), el comercio al amparo de la cláusula de la nación más favorecida (Art. I, GATT) y el trato nacional (Art. III, GATT). De este modo, con arreglo a la primera, al tiempo que se reconoce la importancia de que los países miembros apliquen una política comercial abierta y liberal, les permite proteger la producción nacional frente a la competencia del extranjero, con la condición que esa protección se lleve a cabo mediante aranceles mantenidos en un bajo nivel. Por ello se prohíbe que los países apliquen restricciones cuantitativas, salvo en casos muy concretos (prohibición que resultó muy reforzada tras los acuerdos de la Ronda Uruguay); la segunda regla incide sobre la reducción y eliminación, en el marco de las negociaciones multilaterales en materia comercial, de las barreras arancelarias y de efecto similar, mediante el mecanismo para lograr tal fin de incluir las reducciones arancelarias en unas listas que cada país confecciona con “sus concesiones”, con obligación de no aumentar los aranceles por encima de los tipos consolidados que figuran en su lista; en virtud de la tercera regla, cada país debe actuar en materia comercial sin discriminar entre los países de los que importa productos y los países a los que los exporta, consagrado en el principio del trato de la nación más favorecida

⁷ Vid. el preámbulo del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), Marrakech, 15 de abril de 1994, según el cual la OMC se establece “para que los países en desarrollo, y especialmente los menos adelantados, obtengan una parte del incremento del comercio internacional que corresponda a las necesidades de su desarrollo económico, Acuerdo que entró en vigor y de forma general el 1 de enero de 1995. Convenio que forma parte del Acta Final en la que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay del GATT (General Agreement on Tariffs and Trade). En la página web de la OMC, el 9 de marzo de este mismo año aparece una información relativa a Brasil: “La promoción de la competencia en el mercado contribuiría a mantener el crecimiento económico del Brasil: desde el último examen de sus políticas comerciales, realizado en 2004, el Brasil ha continuado su proceso gradual de modernización y racionalización del régimen comercial, aunque también ha incrementado sus promedios de protección arancelaria. Según el informe de la Secretaría de la OMC sobre las políticas y prácticas comerciales del Brasil, las recientes reformas y un entorno favorable han permitido que la economía creciera a un ritmo anual medio del 4,5 por ciento durante el período 2004-2007, y un 6,3 por ciento en los últimos 12 meses transcurridos hasta septiembre del año pasado”.

(TNMF), con arreglo al cual una ventaja concedida por un país a los productos comerciales de otro, supone su extensión automática a los productos de todos los países miembros de la OMC, aunque, hay que destacarlo, se admite una excepción importante en el caso de los acuerdos regionales preferenciales; la cuarta norma, trato nacional (TN), obliga a cada país a no gravar con impuestos internos superiores a los que soporta un producto nacional similar, un producto importado una vez que ha entrado en el mercado nacional después de satisfacer los derechos de aduana en la frontera.

De todos los Acuerdos relativos al comercio mundial interesa destacar, por constituir el tema central del presente trabajo, el relativo a las inversiones. En este campo, la OMC ha adoptado las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (TRIMs, acuerdo por el que se reconoce que determinadas medidas relativas a las inversiones en el exterior relacionadas con el comercio puede tener un efecto restrictivo sobre el mismo. Siguiendo la senda abierta por los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), y por el fallido intento de crear un estándar universal en materia de inversiones en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) a través del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) (CRESPO, 2000), las TRIMs establecen que ningún Estado parte de la OMC aplicará medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio que sean incompatibles con los artículos III (tratamiento nacional⁸) y XI (prohibición de restricciones cuantitativas⁹) del Acuerdo General del GATT de 1994 (y Art. 2, TRIMs y Anexo). Para ello se adjunta al Acuerdo TRIMs

⁸ Entre las MIC (Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio=TRIMs) incompatibles con la obligación de trato nacional, la lista ilustrativa contenida en el Anexo a las TRIMs comprende “las que sean obligatorias o exigibles en virtud de la legislación nacional o de resoluciones administrativas, o cuyo cumplimiento sea necesario para obtener una ventaja, y que prescriban: a) la compra o la utilización por una empresa de productos de origen nacional o de fuentes nacionales, ya se especifiquen en términos de productos determinados, en términos de volumen o valor de los productos, o como proporción del volumen o del valor de su producción local; o b) que las compras o la utilización de productos de importación por una empresa se limite a una cantidad relacionada con el volumen o el valor de los productos locales que la empresa exporte”. Sobre en qué consiste el estándar de tratamiento nacional, véase el Capítulo II del presente Trabajo.

⁹ Entre las MIC incompatibles con la obligación de eliminación general de las restricciones cuantitativas, la lista ilustrativa contenida en el Anexo a las TRIMs comprende “las que sean obligatorias o exigibles en virtud de la legislación nacional o de resoluciones administrativas, o cuyo cumplimiento sea necesario para obtener una ventaja, y que restrinjan: a) la importación por una empresa de los productos utilizados en su producción local o relacionados con ésta, en general o a una cantidad

una lista ilustrativa de medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio que se consideran incompatibles con los artículos referidos. En la lista se incluyen las medidas que exigen que una empresa compre una cantidad determinada de productos nacionales o que limitan el volumen o el valor de las importaciones que una empresa puede adquirir en relación con los productos que exporte. El Acuerdo TRIMs requiere, además, que los Miembros notifiquen (Art. 5. 1, TRIMs) obligatoriamente al Consejo del Comercio de Mercancías de la OMC todas las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio que no sean conformes con aquél y su eliminación en un plazo de dos años en el caso de los países desarrollados, de cinco años en el de los países en vías de desarrollo (PVD) y de siete en el de los países menos adelantados (Art. 5. 2, TRIMs). Asimismo, el Acuerdo dispone la creación de un Comité de medidas en materia de inversiones, encargado de vigilar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en el mismo (Art. 7, TRIMs) - así como la realización de un estudio por parte del Consejo del Comercio de Mercancías para determinar si debe complementarse con disposiciones relativas a la política en materia de inversiones y competencia en términos generales (Art. 9, TRIMs).

Todo el sistema diseñado por la OMC en materia de regulación de los intercambios comerciales internacionales se complementa con el establecimiento, en el Anexo 2 al Acuerdo de Marrakech, del “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias”¹⁰, en cuyos acuerdos abarcados no se encuentra, por cierto, el Acuerdo sobre las

relacionada con el volumen o el valor de la producción local que la empresa exporte; b) la importación por una empresa de productos utilizados en su producción local o relacionados con ésta, limitando el acceso de la empresa a las divisas, a una cantidad relacionada con las entradas de divisas atribuibles a esa empresa; o c) la exportación o la venta para la exportación de productos por una empresa, ya se especifiquen en términos de productos determinados, en términos de volumen o valor de los productos o como proporción del volumen o valor de su producción local”.

¹⁰El Apéndice 1 del Entendimiento sobre solución de controversias establece los Acuerdos abarcados por éste. Son.

A) Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

B) Acuerdos Comerciales Multilaterales

Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías.

Anexo 1B: Acuerdo General sobre el Comercio de servicios.

Anexo 1C: Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

Anexo 2: Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.

C) Acuerdos Comerciales Plurilaterales.

Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (TRIMs), probablemente porque los mecanismos previstos para las controversias en materia de inversiones pueden quedar suficientemente salvaguardados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), perteneciente al grupo Banco Mundial, organismo con el que la OMC coopera de acuerdo a lo establecido en el artículo III. 5 del Acuerdo constitutivo de la OMC”. Y a causa también de que los particulares no pueden ser parte¹¹ en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC.

Gestado en 1944, durante los Acuerdos de Bretton Woods (New Hampshire, Estados Unidos) junto con el Fondo Monetario Internacional¹², poco tiempo antes de la finalización de la Segunda Guerra Mundial con el nombre de Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRD), y creado por el Convenio de Washington de 27 de diciembre de 1945, resulta de especial interés para este trabajo el Banco Mundial¹³, el cual se constituye como organismo especializado

Anexo 4: Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles.

Acuerdo sobre Contratación Pública.

Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos.

Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino.

¹¹ Vid. artículo 1.1 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias en el seno de la OMC: “[...] Las normas y procedimientos serán [...] aplicables a las consultas y solución de diferencias entre los Miembros relativas a sus derechos y obligaciones dimanantes de las disposiciones del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio [...]”. E, U. Petersmann, Catedrático de Derecho internacional de la Universidad de Ginebra y persona cercana a la OMC, con la que ha colaborado en repetidas ocasiones, afirmó en su curso “Trade, Investment and the Settlement of Disputes”, que tuvo lugar en el aula Grotius de la Academia de Derecho internacional de La Haya, los días 17 a 21 de julio de 2000, y a los que asistió el autor de este trabajo, que nada impide, en principio, que los particulares puedan actuar en los procedimientos de solución de controversias como amicus curiae para reforzar una determinada posición de uno de los Miembros de la OMC.

¹² El International Monetary Fund (Fondo Monetario Internacional), surgido también del impulso aliado tras el desembarco de Normandía durante la Segunda Guerra Mundial, cuyo convenio constitutivo se firma también en Washington el 27 de diciembre de 1945 –aunque firmados en la misma fecha en la misma ciudad los Convenios constitutivos del FMI y del BIRF constituyen instrumentos jurídicos diferentes– con los objetivos de “favorecer la cooperación monetaria internacional mediante los mecanismos de consulta y colaboración; facilitar el desarrollo armonioso del comercio mundial; promover la estabilidad de los tipos de cambio; ayudar al establecimiento de un sistema multilateral de pagos y transferencias para las operaciones corrientes; utilizar los recursos del Fondo para ayudar a los Estados miembros bajo ciertas condiciones; y reducir los desequilibrios de las balanzas de pagos de dichos Estados”.

de Naciones Unidas desde 1947. El Banco Mundial agrupa a más de 184 países, los cuales están representados ante el Banco por una Junta de Gobernadores y por un Directorio; su sede está en Washington DC y cuenta con oficinas en cien países. El Grupo Banco Mundial está integrado por cinco instituciones¹⁴; el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRD), cuya misión consiste en conceder préstamos a los países en vías de desarrollo y a los de economías menos adelantadas, obteniendo los fondos para este fin mediante la venta de bonos en los mercados de capitales internacionales, siendo interesante destacar que la representación de cada país ante el Banco es proporcional a su aportación de capital; la Asociación Internacional de Fomento (AIF/AID)¹⁵, por su parte, se ocupa de conceder créditos sin interés a los países más desfavorecidos, dependiendo en lo relativo a sus recursos financieros de las contribuciones de los países desarrollados; la Corporación Financiera Internacional¹⁶ se encarga de apoyar al sector privado en colaboración con inversores privados mediante la inversión en empresas de ese sector a través de la concesión de préstamos y participando con aportaciones monetarias en el capital social de aquellas; el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI/MIGA) que contribuye a fomentar la inversión extranjera en los países en desarrollo (PVD) mediante el otorgamiento de garantías a los inversores extranjeros contra la posible pérdida de su inversión por causa de los llamados riesgos no comerciales -expropiación, nacionalización, conflictos armados, disturbios civiles, confiscación y circunstancias similares-, proporcionando además asesoramiento a los gobiernos para ayudarles a atraer inversiones extranjeras, y divulgando informaciones periódicas sobre oportunidades de inversión en economías en vías de desarrollo; y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)¹⁷, institución que administra procedimientos

¹³ El International Bank for Reconstruction and Development (Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento), no es hasta 1955 que pasa a llamarse World Bank (Banco Mundial).

¹⁴ Sobre las funciones y características más destacadas de los organismos que forman parte del grupo Banco Mundial resulta de gran utilidad consultar la página web www.worldbank.org

¹⁵ El Convenio Constitutivo de la Asociación Internacional de Fomento -IDA: International Development Association- se firmó en Washington el 26 de enero de 1960.

¹⁶ El Convenio Constitutivo de la Corporación Financiera Internacional - IFC: International Financial Corporation- se firmó en Washington el 25 de mayo de 1955.

¹⁷ El CIADI (ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes) se crea por medio del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, suscrito en Washington el 18 de marzo de 1965.

de conciliación y arbitraje comercial internacional para contribuir a resolver diferencias entre inversores extranjeros y países receptores de capitales.

1 EL TRATAMIENTO DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN CONVENIOS MULTILATERALES

Como ha demostrado el fracaso para la conclusión del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI/MAI) (CRESPO, 2000), en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), resulta difícil elaborar un convenio multilateral en materia de inversiones. Tal instrumento debería contener reglas de comportamiento tanto para los inversores extranjeros como para los Estados receptores de las inversiones de aquellos (SORNARAJAH, 1994). El citado autor, con un gran capacidad de predicción, señala en 1994 que, en su opinión, el intento de elaboración de un instrumento multilateral relativo al tratamiento y protección de las inversiones extranjeras debería ser abordado desde una institución diferente de las Naciones Unidas – la OCDE, constituía el intento más reciente hasta hace poco tiempo –, cuyo borrador de Código de Conducta de la Compañías Transnacionales (UNCTC Draft Code) ha sido seriamente contestado en el Seminario, que tuvo lugar, los días 4 y 5 de mayo de 2001, en Céligny (Suiza)¹⁸, sobre las actividades de las sociedades transnacionales y la necesidad de su encuadramiento jurídico, cuya primera conclusión es que los códigos de conducta voluntarios no pueden sustituir a las normas dictadas por los Estados y las acordadas en el seno de las organizaciones internacionales, pues sólo éstas tienen carácter de normas jurídicas de eficacia obligatoria¹⁹. Se comprende, por tanto, el papel que juegan los APPRI para defender los intereses de las empresas transnacionales, en ausencia de un instrumento de alcance universal y obligatorio, pues los APPRI permiten a los Estados exportadores de capitales proteger a sus inversores mediante los

¹⁸ En el Seminario, cuya organización forma parte del trabajo que vienen realizando la Asociación Americana de Juristas (AAJ) y el Centro Europa-Tercer Mundo acerca de los problemas que plantean las sociedades transnacionales en el ámbito de los derechos humanos, continuación de las reuniones que antes tuvieron lugar en la sede de Naciones Unidas de Ginebra en 1996, y en la Universidad Carlos III de Madrid en 1997, se criticó severamente las tendencias actuales del Derecho internacional en la materia, negando la aplicación del Derecho internacional cuando se contrata con una STN, y para el que resulta inaceptable el que un contrato prevea la aplicación de tal Derecho.

¹⁹ Vid. Séminaire de travail: Les activités des sociétés transnationales et la nécessité de leur encadrement juridique, Céligny, Genève, 4-5 mai 2001, Parte 3, p. 2, Edition CETIM/AAJ.

estándar mínimos de tratamiento internacionales sobre una base bilateral y, además, permiten a los Estados receptores de inversiones mantener su libertad de aceptar o cuestionar tales estándar, pudiendo negar su validez fuera de la relación bilateral (MUCHLINSKI, 1995, p. 598-602). Y diferente también del Banco Mundial, cuyas Directrices de 1992 para el tratamiento de las Inversiones Extranjeras Directas, aunque tampoco tienen alcance obligatorio, inspiran decididamente los estándar de tratamiento incluidos en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

Las Directrices de la OCDE sobre Empresas Multinacionales²⁰ suponen el antecedente del borrador del Código de Conducta de las Compañías Transnacionales, y del también fallido Acuerdo Multilateral de Inversiones (MUCHLINSKI, 1995, p. 578-592), y surgen como reacción por parte de los países exportadores de capitales a los cambios políticos y económicos auspiciados por la emergencia de los países en vía de desarrollo en esos campos. Son recomendaciones dirigidas por parte de los gobiernos a las empresas multinacionales que operen en sus territorios (parágrafo 6, Introducción a las Directrices). Establecen una serie de principios voluntarios y de estándar de aplicación en sectores como el empleo, la industria, los derechos humanos, el medio ambiente, la revelación de informaciones sobre productos potencialmente peligrosos, la competencia, la fiscalidad, la ciencia y la tecnología. Resulta claro que la igualdad de trato entre las empresas nacionales y las multinacionales es una característica básica del sistema OCDE, esto es, el estándar de tratamiento nacional se alza como clave del mismo²¹. Es de destacar como las Directrices

²⁰ La primera versión de las Directrices de la OCDE sobre Empresas Multinacionales fue publicada en ILM, vol. 15, 1976, pp. 961-980, su última revisión tuvo lugar en 2000, aunque se han producido revisiones en 1979 (“First Review of the 1976 Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises”, Documento, C (79) 102 (Final)), 1984 (“1984 Review of the 1976 Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises”, París. OCDE, 1984, Documento /MIN (84) 5 (Final) y 1991 (“The OECD Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises”, París, OECD, 1992 Documento DAF/IME (91) 23). Constan de 4 elementos: las Directrices sobre Empresas Multinacionales, el tratamiento nacional, la solución de conflictos y los incentivos y obstáculos para las inversiones internacionales. Para mayor información sobre el tema puede consultarse la página web de la OCDE: www.oecd.org.

²¹ Para consultar el texto completo de las Directrices de la OCDE sobre Empresas Multinacionales en su última versión de 9 de noviembre de 2000, entrar en la página web de la OCDE: www.oecd.org. La clave del documento es DAF/IME (2000) 20. Sobre el tratamiento nacional se dispone: “1 That adhering governments should, consistent with their needs to maintain public order, to protect their essential security interests and to fulfil commitments relating to international peace and security,

contienen el derecho de los Estados de establecer las condiciones con arreglo a las cuales las empresas multinacionales pueden operar en su territorio²². Respecto de la solución de controversias recomiendan el uso de mecanismos de arreglo de disputas ajustados a la problemática que presentan las empresas multinacionales - como el arbitraje -, lo cual sugiere una preferencia por los mecanismos deslocalizados²³, pues no se mencionan los que pudiera ofrecer el Estado receptor (MUCHLINSKI, 1995, p. 587).

El criticado borrador del Código de Conducta de las Compañías Transnacionales surge por impulso de los países menos desarrollados de Naciones Unidas - el grupo de los 77 -, que reclaman un Nuevo Orden Económico Internacional²⁴. Los sucesivos intentos de realizar un borrador de Código de Conducta desembocaron en la última versión del texto, de 31 de mayo de 1990, remitida al Comité Económico y Social de Naciones Unidas. Como consecuencia de la falta de acuerdo, entre países exportadores y receptores de capitales, con respecto al contenido, al status legal y de las relaciones entre el Código de Conducta y el Derecho internacional general las negociaciones para su elaboración fueron suspendidas en julio de 1992 (MUCHLINSKI, 1995, p. 592-594). Hubo acuerdo respecto de que los Estados tienen el derecho de controlar la entrada y el establecimiento de STN en su territorio, así como de limitar o negar el acceso de las mismas en determinados sectores, así como

accord to enterprises operating in their territories and owned or controlled directly or indirectly by nationals of another adhering government (hereinafter referred to as "Foreign-Controlled Enterprises") treatment under their laws, regulations and administrative practices, consistent with international law and no less favourable than that accorded in like situations to domestic enterprises (hereinafter referred to as "National Treatment).

2. That adhering governments will consider applying "National Treatment" in respect of countries other than adhering governments;

3. That adhering governments will endeavour to ensure that their territorial subdivisions apply "National Treatment";

4. That this Declaration does not deal with the right of adhering governments to regulate the entry of foreign investment or the conditions of establishment of foreign enterprises."

²² Parágrafo 44 de la 1979 Review, reproducido en el parágrafo 14 de la 1986 Review, p.20: "Every State has the right to prescribe conditions under which multinational enterprises operate within its national jurisdiction, subject to international law and to the international agreements to which it has subscribed. The entities of a multinational enterprise located in various countries are subject to the laws of these countries".

²³ Vid. parágrafo 10 de la introducción a las Directrices de la OCDE sobre empresas Multinacionales.

²⁴ Cfr. Resolución 3201 de 1 de mayo de 1974 (S-VI).

respecto de las obligaciones generales, las obligaciones económicas, financieras y sociales de las STN; sobre la obligación de revelar información sobre cuestiones relativas a la salubridad y seguridad de sus productos y servicios, que resulte en la prohibición, restricción o medida reglamentaria impuesta a los mismos en cualquier país, de igual forma que se obliga a aquellas a informar en el etiquetado de sus productos de los efectos peligrosos que pudieran tener²⁵.

La redacción del borrador del Código de Conducta de las Compañías Transnacionales refleja el estado del Derecho internacional en materia de tratamiento de las inversiones extranjeras realizadas por sociedades transnacionales, y la diferente concepción del mismo para los países exportadores e importadores de capitales, lo que desemboca en la protección que los primeros buscan en los APPRI –que constituyen una manifestación de su Derecho internacional en materia de protección de inversiones-, máxime tras el fracaso del AMI, que de haberse concluido hubiese supuesto la consagración de un Derecho internacional universal –y no bilateral como el contenido en los APPRI- en materia de inversiones que respondiese a los intereses de los países desarrollados. Refuerza las afirmaciones anteriores el hecho de que el desacuerdo principal los países exportadores e importadores de capitales giró en torno a la cuestión de la inclusión de los estándar mínimos internacionales de tratamiento, sobre la base de un ya existente Derecho internacional consuetudinario obligatorio para todos los Estados (MUCHLINSKI, 1995, p. 592-597). Desacuerdo que quedó plasmado en la redacción del proyecto de borrador de 1990, en el que se dispone que “en todas las materias incluidas en el Código, los Estado cumplirán, de buena fe, sus obligaciones con arreglo al Derecho internacional”²⁶. Redacción que deja libertad a los Estados para determinar el alcance de sus obligaciones según su interpretación de los límites de la aplicación del Derecho internacional. La concreción de los estándar de tratamiento –tratamiento justo y equitativo, tratamiento nacional y tratamiento de nación más favorecida- supuso también un punto de fricción, pues aunque hubo acuerdo en que las “sociedades transnacionales recibirán un tratamiento justo y equitativo en los países en los que operen”²⁷, la inclusión en la previsión

²⁵ Cfr. United Nations Conduct on Transnational Corporations Draft Code, UN Doc. E/1990/94, parágrafos 7-58.

²⁶ Vid. United Nations Conduct on Transnational Corporations Draft Code, UN Doc. E/1990/94, parágrafo 47.

²⁷ Vid. United Nations Conduct on Transnational Corporations Draft Code, UN Doc. E/1990/94, parágrafo 49: “Transnational corporations shall receive fair and equitable treatment in the countries inn which they operate”.

del tratamiento nacional de un tratamiento preferente para las STN que pretendían los países exportadores de capitales fue rechazada, como así ocurrió, por los PVD que estimaban que tal tratamiento preferente entraba dentro de la discrecionalidad de los Estados, no constituyendo, por tanto, un estándar internacional (MUCHLINSKI, 1995, p. 595)

Si con respecto al derecho de los Estados a expropiar las inversiones realizadas por las STN dentro de sus territorios, sujeto a compensación, no existió desencuentro, sí lo hubo, en cambio, respecto al alcance de ésta, pues mientras los Estados desarrollados abogaban por la inclusión del estándar de una compensación “pronta, adecuada y efectiva”, como integrante del Derecho internacional general, los países menos desarrollados impugnaron la existencia de principios generalmente aceptados en la materia. Al final se impuso una solución intermedia, en la que se adivina la presencia de la fórmula Hull, sin consagrarla abiertamente:

Se reconoce el derecho de los Estados de nacionalizar o expropiar los activos de una sociedad transnacional que opere en sus territorios, y que el Estado interesado ha de pagar una compensación adecuada, de acuerdo con las normas y principios legales aplicables²⁸.

Pero la batalla entre ambos bloques de países continua, además del hecho de que en la actualidad las inversiones de las compañías transnacionales se han dirigido principalmente a los países desarrollados, estancándose en los PVD.

Las Directrices del Banco Mundial sobre Inversiones Extranjeras²⁹ fueron elaboradas a iniciativa del Comité de Desarrollo, que trabajando a propuesta de Francia, solicitó al OMGI la preparación de un marco legal para promover las inversiones extranjeras directas. Un grupo de trabajo, formado por juristas de

²⁸ La redacción del borrador de 1990 cambia, con respecto a la de 1988 el adjetivo “appropriate” por el de “adequate”, para acercar la cuestión de la compensación a la fórmula Hull, como señala P. T. Muchlinski, p. 596: “It is acknowledged that States have de right to nationalize or expropriate the assets of a transnational corporation operating in their territory, and that appropriate compensation is to be paid by the State concerned, in accordance with the applicable legal rules and principles”.

²⁹ Vid. “World Bank Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment”, 21 september 1992, publicado como World Bank, Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, vol. II, Guidelines, 1992. Las Directrices se reproducen en ICSID Review-FILJ, vol 7. 2, 1992, pp. 297-306., así como los informes del Comité de Desarrollo, que agrupa al Comité Ministerial del Consejo de Gobernadores del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, con el título “Progress Report on the “Legal Framework” for the Treatment of Foreign Investment” (p. 307-314 y 315-337).

diferentes organismos del grupo Banco Mundial, fue designado para elaborar un informe, el cual fue remitido, una vez concluida su elaboración, al Comité de Desarrollo en abril de 1992, informe en el que se señalaba que el Banco Mundial no podía dictar normas de carácter obligatorio para los Estados (MUCHLINSKI, 1995, p. 598, SORNARAJAH, 1994, p. 211-222) La primera Directriz (I), relativa al ámbito de aplicación, en tal sentido señala que no entrará en conflicto con “los Tratados e instrumentos obligatorios” en los que sean parte los países miembros del Banco Mundial, siendo complementaria a los mismos. La segunda Directriz (II), sobre admisión, establece el derecho de cada Estado de establecer normas que regulen la admisión de las inversiones extranjeras de carácter privado. La tercera (III), relativa al tratamiento de inversores e inversiones extranjeras, confirma el compromiso del Banco Mundial con los estándar de tratamiento comúnmente recogidos en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones –tratamiento justo y equitativo, tratamiento nacional, tratamiento no discriminatorio, entre otros. La cuarta (IV) recoge la cuestión de la expropiación, la cual es juzgada legal a condición de que se realice “in accordance with applicable legal procedures, in pursuance in good faith of a public purpose, without discrimination on the basis of nationality and against the payment of appropriate compensation” y de que la compensación que se pague se haga de manera “adequate, effective and prompt”. La quinta y última Directriz (V) versa sobre la solución de controversias entre Estados y nacionales de otros Estados, siendo las negociaciones el paso previo a acudir, alternativamente, a los tribunales internos o a otros mecanismos previamente acordados, como la conciliación o el arbitraje independiente obligatorio, recomendándose específicamente el recurso al arbitraje del CIADI.

Resulta de interés referirse a los estándar de tratamiento contenidos en el Protocolo de Promoción y Protección de Inversiones para Estados no miembros de MERCOSUR, hecho en Buenos Aires el 5 de abril de 1994³⁰, que por influencia de la doctrina Calvo a la que son especialmente sensibles los países iberoamericanos, contiene en su artículo 1 la previsión de que “los Estados Partes se comprometen a otorgar a las inversiones realizadas por inversores de Terceros Estados un Tratamiento no más favorable que el que se establece en el presente Protocolo”. El artículo 2 C, sobre protección de inversiones, por su parte, establece los principios de tratamiento nacional y de tratamiento de nación más favorecida para las inversiones de inversores extranjeros, en la línea marcada por los instrumentos ya analizados³¹. El resto de disposiciones

³⁰ Decisión del Consejo MERCOSUR, N^o 11/94.

sobre expropiación, subrogación, transferencia y solución de controversias sigue los principios establecidos en las Directrices del Banco Mundial, salvo en lo tocante a la subrogación, que sigue el modelo del OMI³¹.

El Acuerdo de Cartagena de Libre Comercio entre México, Colombia y Venezuela, también conocido como Tratado de Libre Comercio del Grupo de los Tres, contiene también el principio de trato nacional del artículo III del GATT de 1947, el que además incorpora por referencia; de este modo, su artículo 3-03. 1 estipula que “cada Parte otorgará trato nacional a los bienes de otra Parte de conformidad con el artículo III del GATT, incluidas sus notas interpretativas. Para tal efecto, el artículo III del GATT y sus notas interpretativas se incorporan a este Tratado y son Parte integrante del mismo”.

Por su lado, el artículo 1102 del TLCAN/NAFTA tiene como principal característica el que el trato nacional alcanza también a la fase de admisión, al disponer que “cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a su propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones”. El tratamiento de nación más favorecida (Art.1103, Sección A, Capítulo XI, del TLCAN/NAFTA), el tratamiento justo y equitativo (Art. 1105), la libertad de transferencia (Art. 1109), la previsión de que la expropiación esté sujeta a una compensación pronta, adecuada y efectiva (Art. 1110), así como un mecanismo de “solución de controversias entre una Parte y un inversionista de la otra Parte” (Arts. 1115-1158, Sección B, Capítulo XI), constituyen provisiones del mismo alcance que las tratadas hasta ahora.

En el marco de la Organización Mundial del Comercio, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) contiene unos estándar de tratamiento nacional (Art. XVII. 1), de tratamiento de nación más favorecida (Art. II) y sobre pagos y transferencias (Art. XI), que ciñéndose al comercio de servicios no difieren del contenido que poseen en otros instrumentos multilaterales analizados.

³¹ El artículo 2. C del Protocolo de Buenos Aires dispone que: “1. cada Estado Parte asegurará un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversores de Terceros Estados, y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias. 2. Cada Estado Parte concederá plena protección a tales inversiones y les podrá acordar un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversores nacionales o a las inversiones realizadas por inversores de otros Estados”.

³² Cfr. Protocolo de Promoción y Protección de Inversiones para Estados no miembros de MERCOSUR, hecho en Buenos Aires el 5 de abril de 1994, Decisión del Consejo MERCOSUR, N° 11/94.

El artículo I.1 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947, contiene el antecedente de la cláusula de trato general de la nación más favorecida de los instrumentos bilaterales y multilaterales siguientes. Dispone que:

“con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones [...] cualquier ventaja, favor o privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado”.

La Convención de Lomé IV constituye un acuerdo no recíproco de cooperación financiera y técnica, ayuda de emergencia y un sistema preferencial de comercio de la Comunidad Europea hacia el grupo de países independientes de África, Caribe y Pacífico (ACP) al que pertenecen en su mayor parte ex colonias europeas. Mediante este acuerdo, los países de la Unión Europea y sus territorios de ultramar conceden un tratamiento preferencial a los Estados ACP, sobre la base de un tratamiento “justo y equitativo” de las inversiones, obligándose los países receptores a establecer un clima seguro y previsible para las mismas, sobre la base del tratamiento de la nación más favorecida del GATT (SACERDOTI, 1997, p. 344).

2 LOS ACUERDOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES

Instrumentos fundamentales para la atracción de inversiones extranjeras son los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), que suponen un importante instrumento de globalización económica - aceptando el término con las precisiones apuntadas más arriba - porque están cambiando el Derecho internacional relativo a las inversiones. Estos Acuerdos bilaterales han creado una tupida red que supera los dos mil concluidos en todo el mundo desde el primero que se firmó el 25 de noviembre de 1957, entre la República Federal de Alemania y Pakistán (DOLZER, STEVENS, 1995, p. 1, BANZ, 1988). Los APPRI suponen la reacción de los países exportadores de capitales a las nacionalizaciones masivas en África y Oriente Próximo de propiedades extranjeras pertenecientes a individuos o a empresas nacionales de países desarrollados, llevadas a término como consecuencia del fenómeno de la descolonización que siguió a la Segunda Guerra Mundial y a la mayoría de que disponen estos nuevos Estados, junto con los de América Latina - en los que la

Doctrina Calvo³³ con su influencia sobre la protección de inversiones, está muy presente – y Asia en foros internacionales generadores de normas de Derecho internacional público, como son las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. De éstas, tres son las más destacables en relación a la propiedad de las inversiones; la Resolución 1803 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del XVII periodo de sesiones, de 14 de diciembre de 1962, que contiene principios de Derecho internacional generalmente aceptados, como la doctrina del Acto de Estado (Act of State Doctrine) y el principio de soberanía de los Estados sobre sus propios recursos naturales; la Resolución 3281, del XXIX periodo de sesiones, de 12 de diciembre de 1974, que viene a reforzar a la anterior; y la Resolución 3201 (S-VI) sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Mundial, también de 1974, que sirve de base a la 3281 (XXIX).

Los APPRI permiten “sustraer” las inversiones en todo su proceso, desde que se llevan a cabo hasta su eventual extinción – por una controversia entre el inversor y el Estado receptor o por decisión del inversor o por causas de carácter comercial –, al “viejo” Derecho internacional. Así, por ejemplo, si en un APPRI existe una cláusula CIADI, lo que es muy común, se garantiza, por un lado, que desde que se inicia la inversión hasta que se dicta y cumple el laudo – en caso de una controversia cubierta por el Acuerdo – los tribunales del Estado parte en la disputa no pueden entrar a conocer, produciéndose, además, por otro, el fenómeno de que el régimen jurídico de la inversión en el Estado receptor va a verse “alterado” por los estándares de tratamiento contenidos en tal Acuerdo.

La explicación de por qué Brasil no ha ratificado ninguno de los catorce APPRIs que ha concluido radica en razones de carácter político³⁴, razones que apoyan el hecho de que no sea parte del Convenio de Washington de 1965 que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. La protección de las inversiones extranjeras en Brasil tiene que seguir necesariamente otros caminos.

³³ Establecida por Carlos Calvo, jurista y diplomático argentino.

³⁴ Cfr. The entry into force of Bilateral Investment Treaties, IIA Monitor No. 3, International Investment Agreements, New York and Geneva, Unctad, 2006. p. 3, nota 3.

3 LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS EN BRASIL: SISTEMA DEL ORGANISMO MULTILATERAL DE GARANTÍA DE INVERSIONES

La primera organización tuitiva de las inversiones extranjeras en Brasil es el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI/MIGA)³⁵ creado por el Convenio de Seúl en 1988, y que agrupa a más de 150 países en la actualidad. Para acceder al Organismo es necesario ser miembro del Banco Mundial³⁶. El OMGI tiene como principal objetivo contribuir a fomentar el flujo de inversiones extranjeras directas a sus países miembros en desarrollo, de la misma manera que facilita las inversiones fundamentalmente mediante el otorgamiento de garantías contra riesgos no comerciales (expropiación, conflictos bélicos, transferencia de moneda). El OMGI también presta asistencia técnica para ayudar a los países miembros a difundir información sobre las oportunidades de inversión en sus territorios, así como para crear la capacidad necesaria para la promoción de las inversiones. Como dato de interés, señalar que el OMGI ha cubierto el proyecto de inversión de la Compañía Española de Financiación del Desarrollo, Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S. A. e Inversiones en Concesiones Ferroviarias, en el sector de infraestructuras ferroviarias en Brasil, por valor de 61.7 millones de dólares³⁷. Respecto de la efectividad de las garantías que proporciona el sistema OMGI/MIGA, y por la relevancia que ha tenido en los medios de comunicación de todo el mundo, la quiebra de la compañía norteamericana Enron, conviene comentar, siquiera brevemente, que el Organismo pagó, en el ejercicio 2001, 15.000 millones de dólares por una reclamación contra la citada compañía como consecuencia de la cancelación de un proyecto de inversión en Indonesia, acordando el gobierno de este país del sudeste asiático reembolsar al OMGI la cantidad principal de la reclamación más los intereses de los tres años siguientes.

El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI/MIGA)³⁸ es el organismo más reciente del Grupo Banco Mundial, tomando como modelo la Overseas Private Investment Corporation (OPIC) estadounidense Sus objetivos

³⁵ Cfr. Banco Mundial, Informe Anual 1999, pp. xii-xiii.

³⁶ El artículo 61 a) del Convenio de Seúl Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones dispone que “este convenio quedará abierto a la firma de todos los miembros del Banco y de Suiza y estará sujeto a la ratificación, aceptación o aprobación de los Estados signatarios de conformidad con sus procedimientos constitucionales”.

³⁷ Cfr. por ejemplo, MIGA Annual Report, 2002, www.miga.org/screens/pubs/annrep02/operations.htm.

³⁸ Hoy son partes del Convenio 151 países.

se centran en fomentar la inversión extranjera en los países en vías de desarrollo mediante la prestación de garantías de inversión – seguros a largo plazo, básicamente – contra los riesgos relacionados con la inconvertibilidad de la moneda, la expropiación, la guerra y los disturbios civiles, y el incumplimiento de contrato por parte del gobierno del Estado receptor de la inversión, por un lado; y en la prestación de asesoría a los PVD miembros acerca de los medios para atraer inversiones extranjeras, por otro (Art. 2, Convenio OMGI) (COMEAUX, KINSELLA, 1997, p. 168). Por sus objetivos y mecanismos de garantía, el OMGI es un instrumento que se sitúa en lo relativo a la protección de inversiones a la altura del CIADI y de los APPRI, a los que ayuda decisivamente a su desarrollo y conclusión³⁹.

El Convenio adopta un criterio amplio a la hora de concretar cuáles pueden ser los inversores asegurables, pudiendo serlo todos los nacionales de un país miembro distinto del país receptor (Art. 13, a, i); cuando se trata de una persona jurídica, si ésta se ha constituido y tiene la sede de sus negocios en un país miembro o si la mayoría de su capital es propiedad de nacionales

³⁹ El artículo 23 b) iii) dispone que el Organismo “promoverá y facilitará la celebración de acuerdos entre sus miembros acerca de la promoción y protección de las inversiones”, lo que supone, como se ha señalado más arriba, un impulso decisivo para la celebración de APPRI. J. A. Vives Chillida, *op. cit.* pp. 23-24, pone como ejemplo de “las actividades de promoción normativa del OMGI” y del Banco Mundial las “líneas directrices sobre el tratamiento de la inversión extranjera directa”, instrumento adoptado por el Comité para el desarrollo de la Junta de gobernadores del FMI y del BM, el 21 de septiembre de 1992, que fue elaborado por I. F. I Shihata, “consejero jurídico general del Banco y secretario General del CIADI”. Siguiendo al jurista egipcio, J. A. Vives Chillida llega a una conclusión de sumo interés sobre el estado actual del Derecho internacional en materia de inversiones con marcada relación a los APPRI; así señala que “como si se tratara de un proceso de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional, los trabajos preparatorios [de las líneas directrices] incluyen el estudio de los TPPI [APPRI], los instrumentos multilaterales, los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas in foro domestico y, finalmente, la jurisprudencia internacional y la doctrina de los publicistas. Pero el enfoque de las líneas directrices, que no regulan las actividades de las empresas multinacionales sino las obligaciones de trato a cargo del Estado receptor, es el de la formulación de ‘estándares óptimos’, es decir, de la mejor práctica para el inversor extranjero porque, según justifica Ibrahim Shihata, la elaboración de un proyecto de convenio multilateral codificador inevitablemente sólo recogerá [...] el mínimo denominador común de lo que los Estados interesados consideran que es el derecho consuetudinario indiscutido’. Se trata, por tanto, de un instrumento con carácter de recomendación para los Estados diseñado para complementar los TPPI, jurídicamente no vinculante como tal, pero que podría influir en el desarrollo del Derecho internacional a través de su incorporación en la garantía del OMGI, en legislaciones internas, en contratos de Estado o en TPPI”.

de países miembros (Art. 13, a, ii); si se trata de empresas públicas para que sean asegurables basta que “funcionen en términos comerciales” (Art. 13, a, iii). Resultando de interés la solución que da el Convenio al problema de la doble nacionalidad, vertebrándolo en dos estadios que agrupan tres situaciones: en primer lugar prevalecerá la nacionalidad del país miembro, en el caso de que se ostenten dos nacionalidades, una de un país miembro y otra de un no miembro; prevalecerá la nacionalidad del país receptor en el caso de un doble nacional de países miembros (Art. 13, b) En segundo lugar, tanto en el caso de un doble nacional cuya nacionalidad prevalente coincida con la del Estado receptor – o aún tratándose de un inversor con una única nacionalidad coincidente con la del Estado receptor – o cuando se trate de una persona jurídica constituida en el Estado receptor o cuyo capital sea en su mayoría propiedad de sus nacionales, podrán beneficiarse de una garantía del OMGI a condición de que lo soliciten el inversor y el país receptor y de que así lo acuerde la Junta por mayoría especial (Art. 13, c).

Las inversiones asegurables se encuentran descritas de un modo amplio⁴⁰ en el artículo 12, el cual, en cambio, enumera exhaustivamente todos los extremos en los que el Organismo “deberá estar satisfecho”, como condición para la concesión de la garantía. Así:

- i) La solvencia económica de la inversión y su contribución al desarrollo del país receptor.
- ii) La juridicidad de la inversión conforme a las leyes y reglamentos del país receptor.
- iii) La armonía de la inversión con los objetivos y prioridades declarados por el país receptor.
- iv) Las condiciones para las inversiones en el país receptor, con inclusión de la disponibilidad de trato justo y equitativo y protección legal para la inversión”.

Fijando nuestra atención en el último párrafo, hemos de concluir que tanto el “tratamiento justo y equitativo” como la “protección legal” han de ser

⁴⁰ Así, el artículo 12 establece que son inversiones admisibles las contribuciones al capital social, incluidos los préstamos a medio o largo plazo otorgados o garantizados por los tenedores de acciones en el capital social de la empresa, y las formas de inversión directa que la Junta [de Directores del OMGI] pueda determinar. El que no se trata de una lista cerrada lo abona el artículo referido al disponer seguidamente que “la Junta, por mayoría especial, podrá extender la admisibilidad a cualquier otra forma de inversión a medio o largo plazo” con la condición de que si se trata de los préstamos mencionados éstos “podrán ser admisibles solamente si están vinculados a una inversión específica garantizada o que se proponga amparar con garantía del Organismo”. También entran dentro de las inversiones admisibles “las transferencias de divisas efectuadas para modernizar, ampliar o desarrollar una inversión existente”.

considerados satisfechos por el Organismo, bien con arreglo a la ley del Estado receptor, bien conforme a un Acuerdo internacional de carácter obligatorio, para proceder a garantizar operaciones de inversión en un Estado (SHIHATA, 1987, p. 251). De no existir los estándar apuntados en el Estado receptor de una inversión puede todavía garantizarse la inversión a través de un acuerdo específico entre aquél y el OMGI, “circunscrito a la protección jurídica de la inversión garantizada” (VIVES CHILLIDA, 1998, p. 22). Momento a partir del cual el inversor puede celebrar un contrato de garantía con el OMGI, mediante el mecanismo previsto en el artículo 16 del Convenio, con arreglo al cual “los términos y condiciones de cada contrato de garantía serán determinados por el organismo con sujeción a las reglas y reglamentos que dicte la Junta... Los contratos de garantía serán aprobados por el Presidente bajo la dirección de la Junta”. Contrato de garantía entre el inversor y el OMGI que antes de su materialización ha de contar con la aprobación previa del Estado receptor de la inversión (Art. 15). Contrato de garantía cuya celebración puede ser rechazada por el Organismo, pues aunque se trate de una inversión cubierta por el Convenio:

“However, it does not obligate the Agency to issue its guarantee in a given case. The issuance of a guarantee is a business decision which MIGA may decline to take due to other limitations or simply on the basis of its overall assessment of the risk involved in spite of the consistency of local laws and practice with the requirements of international law” (SHIHATA, 1987, p.282).

El monto máximo que el OMGI cubre por cada proyecto es de 180 millones de dólares, otorgando cobertura por cantidades superiores mediante acuerdos de reaseguramiento⁴¹.

Los riesgos asegurable, como se ha señalado más arriba, son, en primer término, la inconvertibilidad de la moneda y las restricciones sobre la transferencia (Art. 11, a, i). Siguiendo la Guía para la Garantía de Inversiones, publicada por el propio OMGI, éste protege contra las pérdidas causadas al inversor cuando éste no puede convertir en moneda extranjera los ingresos obtenidos por su inversión en la divisa del Estado receptor para su transferencia al exterior. También asegura contra una dilación excesiva en la adquisición de divisas como consecuencia de medidas adoptadas de forma activa o de la omisión del Estado receptor, y “contra modificaciones adversas en las leyes y reglamentos cambiarios y empeoramiento de las condiciones que rigen la conversión y la transferencia”. Pero el OMGI no cubre el riesgo de la devaluación

⁴¹ Vid. Guía para el Aseguramiento de Inversiones en www.miga.org.

de la moneda. “A cambio de la moneda nacional no convertida, el OMGI paga al inversor una indemnización en la moneda en que ha emitido la garantía”⁴¹.

El segundo riesgo cubierto es el de la expropiación y las medidas similares a ésta (Art. 11, a, ii). El OMGI “protege contra la pérdida parcial o total de la inversión asegurada resultante de medidas imputables al gobierno del Estado receptor de la inversión que tengan como efecto reducir o eliminar el dominio, el control o los derechos del inversor respecto de la inversión asegurada”. Junto con la nacionalización y la confiscación directas el OMGI cubre también la expropiación progresiva, que se produce mediante la adopción paulatina de una serie de medidas por parte del Estado receptor que unidas unas a otras tienen el efecto de una expropiación, “con excepción de las medidas no discriminatorias de aplicación general que los Gobiernos toman normalmente con objeto de regular la actividad económica en sus territorios” (Art. 11, a, ii, in fine). La indemnización que paga el OMGI en el caso de que la expropiación del capital en acciones sea total es la del valor contable neto de la inversión asegurada; si la expropiación no es total se paga la parte asegurada de los fondos o del valor contable neto de los activos expropiados. En el caso de préstamos y avales de préstamos se asegura el principal no amortizado y todos los intereses devengados y no pagados. La indemnización se paga contra la cesión por el inversor al OMGI de sus derechos, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 a) el Organismo se subroga en la posición del inversor -en sus derechos y reclamaciones-.

La guerra y los disturbios civiles constituyen el tercer riesgo político asegurado (Art. 11, a, iv). El Organismo, a través de su sistema de concesión de garantías, protege contra las pérdidas que se derivan de los daños causados a bienes materiales, así como de la destrucción o desaparición de los mismos, acaecidos como consecuencia de guerra o disturbios civiles de causa política ocurridos en el país receptor, como una revolución, una insurrección, un golpe de Estado, sabotaje y terrorismo. “En el caso de inversiones de capital, el OMGI pagará al inversor la proporción que corresponda del monto que sea menor de entre los siguientes: el valor contable de los activos, su coste de reposición y el coste de la reparación”. De tratarse de préstamos o avales de préstamos, se “pagará la parte asegurada del principal y de los intereses no pagados como consecuencia directa del daño causado”. La cobertura en este supuesto alcanza también a los acontecimientos que produzcan una interrupción de un año en

⁴² Vid. Guía para el Aseguramiento de Inversiones en www.miga.org.

las actividades del proyecto que sean esenciales para su viabilidad financiera general, sólo en el caso de que se produzca la pérdida total de la inversión⁴².

El incumplimiento de contrato (Art. 11, a, iii) es el cuarto riesgo asegurado para proteger al inversor contra pérdidas resultantes de la resolución o incumplimiento por parte del Estado receptor del contrato que le une con el inversor extranjero. El OMGI pagará una indemnización cuando el inversor – tenedor de la garantía – no tiene recurso ante un tribunal ordinario o arbitral o cualquiera de dichos tribunales no dicta “una decisión dentro de un plazo razonable a tenor de los prescrito en los contratos de garantía de conformidad con los reglamentos del organismo” o si el mecanismo de resolución de controversias no funcionara debido a medidas adoptadas por el Estado receptor.

La cobertura que el OMGI puede proporcionar a las inversiones de capital es hasta del 90 por ciento del monto de la inversión, más un 450 por ciento adicional para cubrir la utilidades futuras atribuibles a la inversión. En el caso de préstamos y avales de préstamos el Organismo puede asegurar hasta el 95 por ciento del principal – en circunstancias excepcionales – y el importe de los intereses a devengar durante la vigencia del préstamo – hasta el 135 por ciento-. Cuando se trate de contratos de asistencia técnica u otros similares el Organismo asegura hasta el 90 por ciento del importe total que se adeuda conforme al contrato. Del alcance de la cobertura fácilmente se deduce que el inversor debe asumir el riesgo de al menos el 10 por ciento de cualquier pérdida⁴³.

En cuanto al sistema de solución de controversias entre el OMGI y sus países miembros, el Anexo II al Convenio establece como mecanismos la negociación, la conciliación y el arbitraje, siendo este último mecanismo el que ha de utilizarse obligatoriamente cuando la diferencia se produzca entre las partes de un contrato de garantía o de reaseguro (Art. 58). Salvo cuando se trate de una de estas disputas el procedimiento de solución de controversias se establece de una manera escalonada (CHATERJEE, 1987, p. 88). De este modo, las partes antes de someter la disputa a conciliación o a arbitraje “tratarán de resolver la diferencia mediante negociación” (Art. 2, Anexo II). La primera indemnización por una reclamación contra el OMGI tuvo lugar en 2001, como consecuencia de la expropiación que sufrió la empresa norteamericana Enron Corporation en Indonesia a causa de los graves problemas económicos que sacudieron al país asiático en 1997⁴⁴. En el caso de que la negociación no tenga

⁴² Vid. Guía para el Aseguramiento de Inversiones en www.miga.org.

⁴³ El artículo 16 del Convenio constitutivo del OMGI limita la cobertura al disponer que “el Organismo no cubrirá la pérdida total de la inversión asegurada”, ello con el fin de evitar el lucro del asegurado.

éxito “las partes pueden someter la diferencia a arbitraje [...] a menos que [...] hayan decidido recurrir primero al procedimiento de conciliación [...]” (Art. 3, a, Anexo II). Tanto la conciliación – en mayor medida – como el arbitraje se inspiran en los procedimientos establecidos de acuerdo al Convenio sobre Arreglo de Diferencias entre Estados y Nacionales de otros Estados⁴⁵. El laudo dictado por el tribunal arbitral (Art. 4, j, Anexo II) es obligatorio – “The tribunal is the tribunal of first and final instance – (CHATERJEE, 1987, p. 89) para todos los Estados miembros que habrán de ejecutarlo con arreglo a las “leyes relativas a la ejecución de sentencias en vigor en el Estado en cuyos territorios se pretenda tal ejecución y no se entenderá como derogatoria de la Ley vigente relativa a la inmunidad en materia de ejecución”.

⁴⁴ A partir de esta fecha, tras más de un año de negociaciones entre el OMGI, Enron e Indonesia con el objeto de alcanzar una solución, el Organismo quedó obligado a pagar una vez transcurrido el plazo establecido en el contrato de garantía. Las conversaciones no obstante continuaron en espera de que la situación económica mejorase para permitir a la empresa retomar su inversión, lo que no se produjo. El OMGI abonó 15 millones de dólares por la pérdida y negoció un acuerdo de solución con Indonesia mediante el cual el desembolso pagado sería recuperado en un periodo de tres años, lo que comenzó a hacerse, habiendo el OMGI reabierto sus proyectos de aseguramiento de inversiones en Indonesia. En el asunto Idreco una constructora italiana ganó un contrato en 1987 para construir una planta purificadora de agua en la provincia argentina de Córdoba, la cual tuvo problemas para hacer frente a sus obligaciones financieras. Las relaciones entre ambas partes se deterioraron hasta el punto de que el inversor acusó a las autoridades de la provincia de hacer una interpretación errónea de la legislación tributaria y éstas imputaron diversos incumplimientos al inversor. El OMGI negoció con las partes durante cuatro años hasta alcanzar un arreglo amistoso. De cualquier modo, la implicación del OMGI como mediador en las disputas sobre inversión puede relacionarse con una situación general que ponga en cuestión la capacidad de un determinado país miembro para atraer inversiones extranjeras, jugando un papel preventivo. Este rol de mediación es el que el Organismo está jugando respecto de las expropiaciones de inversiones extranjeras que tuvieron lugar en Etiopía durante el régimen del coronel Mengistu Haile Mariam hace tres décadas, por las cuales los inversores han estado intentando obtener, infructuosamente, una compensación. En octubre de 2000, el OMGI y el gobierno de Etiopía concluyeron un memorándum de entendimiento por el cual el Organismo fue nombrado mediador en un intento de encontrar solución al problema. El 31 de mayo de 2001, fecha límite fijada para la presentación de reclamaciones, más de 70 reclamantes habían solicitado ser incluidos en el proceso de mediación. Vid., www.miga.org.

⁴⁵ En el caso de la conciliación se remite directamente, salvo pacto en contrario entre las partes, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 c) del Anexo II del Convenio constitutivo del OMGI, a las reglas de conciliación del CIADI. En el caso del arbitraje el Convenio constitutivo del OMGI establece un procedimiento inspirado en los

4 INSTRUMENTOS LEGALES PARA LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES EN EL MERCOSUR. INTERACCIÓN CON LOS APPRI. EL ACUERDO DE COOPERACIÓN ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y EL MERCOSUR

Los Protocolos de MERCOSUR, anejos al Tratado de Asunción de 26 de marzo de 1991, no tienen gran relevancia en relación a las inversiones españolas en el territorio de sus Estados parte, pues salvo en el caso de Brasil⁴⁶ España ha concluido APPRI con los demás países de MERCOSUR; además, el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR, de 17 de enero de 1994, se aplica únicamente a las inversiones realizadas en Estados parte por inversores de los demás. El Protocolo de Buenos Aires sobre Promoción y Protección de inversiones provenientes de Estados no partes del MERCOSUR, de 5 de agosto de 1994, establece unos estándar de tratamiento y de solución de controversias muy similares a los de los APPRI españoles, aunque limita el alcance de la cláusula de TNMF, al disponer que “los Estados parte se comprometen a otorgar a las inversiones realizadas por inversores de terceros Estados un tratamiento no más favorable que el que se establece en el presente Protocolo”⁴⁷. Norma derivada directamente de la

principios del arbitraje CIADI, como demuestra el artículo 4. g) del Anexo II, que en materia de ley aplicable sigue la solución del artículo 42 del Convenio del CIADI al estipular que “en cualquier diferencia comprendida dentro del alcance de este anexo, el Tribunal aplicará las disposiciones de este Convenio, las de cualquier acuerdo pertinente celebrado entre las partes en la diferencia, las de los estatutos y reglamentos del organismo, las normas aplicables del derecho internacional, el derecho interno del miembro de que se trate y las disposiciones aplicables del contrato de inversión, si las hubiere. Sin perjuicio de las disposiciones de este Convenio, el Tribunal puede decidir una diferencia ‘ex aequo et bono’ si el Organismo y el miembro interesado así lo convinieren. El tribunal no dará un veredicto de ‘non liquet’ basado en el silencio u oscuridad de la ley”.

⁴⁶ Para la protección de las inversiones españolas en Brasil, a falta de APPRI, “resultará de aplicación” –por el carácter intergubernamental de las normas del MERCOSUR y por su falta de aplicación directa – el Protocolo de Buenos Aires sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no Partes de MERCOSUR, DEC N° 11/94, de 5 de agosto de 1994. Es de destacar el hecho de que Brasil no es parte en el Convenio del CIADI, por lo que solamente podría someterse una eventual disputa de un inversor español en Brasil al CIADI utilizando el Mecanismo Complementario del Centro, con las limitaciones que esto lleva consigo, en cuanto al efecto obligatorio directo del laudo; si bien es cierto que, aunque la garantía de cumplimiento no queda tan reforzada como en el Tratado de Washington de 1965, el artículo 2 H. 5 del Protocolo de Buenos Aires determina que “las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las Partes en la controversia. El Estado parte las ejecutará de conformidad con su legislación”.

⁴⁷ Vid. Artículo 1 del Protocolo de Buenos Aires sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no Partes de MERCOSUR, DEC N° 11/94, de 5 de agosto de 1994.

doctrina Calvo - con arreglo a la doctrina Calvo, desde el punto de vista de los países latinoamericanos, resulta claro que si existe una teoría sobre la internacionalización de los contratos, ésta no es de aplicación en los mismos, pues como es sabido la doctrina Calvo excluye el control internacional sobre la inversión extranjera y la sujeta a un control de la ley nacional, en primer lugar, y a los tribunales domésticos en caso de disputas, en segundo. Aunque ello no significa que tales inversiones puedan ser tratadas de forma contraria al Derecho internacional (SORNARAJAH, 1986, p. 135-136; LAUTERPACHT, 1990, p. 241-250). Por lo demás, los mecanismos de solución de controversias relativas a inversiones entre un Estado y un inversor particular nacional de otro, contenidos en ambos Protocolos permiten, por lo demás, al inversor elegir someter la disputa a los tribunales nacionales del Estado receptor o a arbitraje internacional⁴⁸. Protocolo de Buenos Aires que, a primera vista, podría provocar ciertas interferencias en materia de solución de controversias entre inversor y Estado receptor con los APPRI celebrados por España con Argentina, Uruguay y Paraguay, al establecer el citado Protocolo unas “pautas” en su artículo 2 H, que pudieran afectar a lo dispuesto en estos APPRI. La cuestión se solventa por la característica de las normas de MERCOSUR, las cuales no tienen aplicación directa, como consecuencia, entre otras circunstancias, de su carácter intergubernamental.

⁴⁸ El artículo 9 del Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR, de 17 de enero de 1994 establece que:

“1. Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Protocolo entre un inversor de una Parte Contratante y la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas.

2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida a alguno de los siguientes procedimientos, a pedido del inversor:

i) a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; o

ii) al arbitraje internacional, conforme a lo dispuesto en el párrafo 4 del presente Artículo; o

iii) al sistema permanente de solución de controversias con particulares que, eventualmente, se establezca en el marco del Tratado de Asunción.

3. Cuando un inversor haya optado por someter la controversia a uno de los procedimientos establecidos en el párrafo 2 del presente Artículo la elección será definitiva.

4. En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada, a elección del inversor:

a) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte en el presente Protocolo haya adherido a aquél. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI para la administración de procedimientos de conciliación, de arbitraje o de investigación:

De cualquier forma, conviene señalar que la firma en Madrid del Acuerdo Marco Interregional de Cooperación⁴⁹ entre la Comunidad Europea y el MERCOSUR, el 15 de diciembre de 1995, no supone problemas de compatibilidad con los APPRI que ha suscrito España con Argentina, Paraguay y Uruguay, toda vez que no trata la cuestión de la protección de inversiones de forma expresa⁵⁰. Esta conclusión se puede proyectar al Acuerdo Marco de Cooperación entre la Unión Europea y los países del Pacto Andino⁵¹ (CAN), de 26 de junio de 1992 y al Acuerdo Marco de Cooperación entre la Unión Europea y la República de Chile⁵², de 21 de junio de 1996.

b) a un tribunal de arbitraje “ad hoc” establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).
5. El órgano arbitral decidirá las controversias en base a las disposiciones del presente Protocolo, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia, incluidas las normas relativas a conflictos de leyes, a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, como así también a los principios del derecho internacional en la materia.

6. Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia. Cada Parte contratante las ejecutará de conformidad con su legislación”. Por su parte el Artículo 2 H del Protocolo de Buenos Aires sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no Partes de MERCOSUR, DEC N° 11/94, de 5 de agosto de 1994, determina que:

“1. Toda controversia relativa a la interpretación o aplicación de un convenio de promoción y protección recíproca de inversiones que se suscite entre un inversor de un Tercer Estado y un Estado Parte, será en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas.

2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en un plazo prudencial a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, podrá ser sometida, a pedido del inversor: o bien a los tribunales competentes del Estado Parte en cuyo territorio se realizó la inversión, o bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el apartado 3. Una vez que un inversor hubiese sometido la controversia a la jurisdicción del Estado parte implicado o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de estos procedimientos será definitiva.

3. En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser sometida, a elección del inversor, a un tribunal de arbitraje “ad hoc” o a una institución internacional de arbitraje.

4. El órgano arbitral decidirá en base a las disposiciones del convenio celebrado, al derecho del Estado Parte involucrado en la controversia, incluidas las normas relativas a conflictos de leyes, a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, como así también a los principios del derecho internacional en la materia.

5. Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia. El Estado Parte las ejecutará de conformidad con su legislación”.

⁴⁸ DOCE 1996 n° L 295.

⁴⁹ Aunque el Acuerdo Marco de Cooperación entre la Comunidad Europea y MERCOSUR promueven la promoción de inversiones (artículo 12), básicamente en el seno del Acuerdo TRIPS - Acuerdos sobre propiedad intelectual concluidos en el seno de la OMC- (artículo 9), no contiene un mecanismo claro de solución de controversias, ya que únicamente se establece que cuando una Parte no haya satisfecho sus obligaciones la otra Parte podrá adoptar “las medidas apropiadas”, proporcionando a la Comisión

CONCLUSIÓN

Brasil por cuestiones políticas relacionadas con su soberanía ha firmado, pero no ratificado, catorce Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) – que han modificado el Derecho internacional en materia de inversiones- que no han entrado en vigor. Brasil ha decidido, en consecuencia, quedar fuera del sistema del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965, – Centro al que los APPRI remiten en su gran mayoría para resolver una controversia sobre una inversión entre el inversor extranjero y el Estado receptor y que permiten deslocalizarla a favor del inversor, que va a acudir al CIADI y no a los tribunales del Estado que ha tomado, en ejercicio de su soberanía que nadie discute, una medida de carácter político que afecta a la inversión extranjera –, organismo del grupo BM, y principal centro de solución de controversias sobre inversiones extranjeras basadas en el arbitraje mixto entre un particular y el Estado receptor de la inversión. Las autoridades brasileñas han optado por tratar a las inversiones extranjeras conforme a su sistema legal interno, concediendo al inversor extranjero la posibilidad de acudir al esquema de aseguramiento de las inversiones extranjeras diseñado por el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, perteneciente también al Banco Mundial, como forma sustitutiva de proteger externamente las inversiones realizadas en su territorio, toda vez que el sistema normativo del MERCOSUR no goza de eficacia directa al dejarse a la voluntad de los Estados el cumplimiento de las normas elaboradas por aquél.

El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, que actúa como una compañía de seguros, se alza como la solución adecuada para tutelar una inversión extranjera en Brasil y protegerla contra riesgos de carácter político – no comerciales –, que son los relacionados con la inconvertibilidad de la moneda, la expropiación, la guerra y los disturbios civiles, y el incumplimiento de contrato por parte del gobierno del Estado receptor de la inversión. El Organismo, una vez satisfecha la póliza que aseguraba la inversión extranjera, va subrogarse en la posición jurídica del inversor.

Mixta que crea el Acuerdo los útiles para examinar la cuestión “con vistas a buscar una solución aceptable para las Partes” (artículo 35).

⁵⁰ DOCE 1993 n^o C 25.

⁵¹ DOCE 1996 n^o C 77.

BIBLIOGRAFÍA

BANZ, Michael. *Völkerrechtlicher Eigentumsschutz durch Investitionsschutzabkommen: insbesondere die Praxis der Bundesrepublik Deutschland seit 1959*. Berlin: Duncker & Humblot, 1988.

BECK, Ulriche. *What is globalization?*, Cambridge: Polity Press, 2000.

CHAMORRO CORONADO, L. María. *Los Acuerdos Españoles de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*. Madrid: Alhulia, 2006.

CHATTERJEE, S. K., The Convention establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency. *ICLQ*, v. 36, n. 1, p. 76-91, 1987.

COMEAX, Paul. E.; KINSELLA, Norman Stephen. *Protecting foreign investment under international law: Legal aspects of political risk*. New York: Oceana Publications, 1997.

CRESPO HERNÁNDEZ, Ana. *El Acuerdo Multilateral de Inversiones: ¿crisis de un modelo de globalización?*, Madrid: Eurolex, 2000.

DOLZER, Rudolf; STEVENS, Margaret. *Bilateral Investment Treaties*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

FOLSOM, Ralph H.; GORDON, Michael W.; SPANOGLE, John A. *International Trade and Investment*. Saint Paul, Minnesota: West Publishing, 1996.

LAUTERPACHT, Eli. Issues of compensation and nationality in the taking of energy investments. *Journal of Energy and Natural Resources Law*, v. 8, n. 4, p. 241-250, 1990.

OCDE. Introducción a las Directrices de la OCDE sobre empresas Multinacionales. In: _____. *El Medio Ambiente y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales: herramientas y enfoques empresariales*. [Paris: OCDE, 2005].

MUCHLINSKI, Peter T. *Multinational enterprises and the law*. Oxford: Blackwell, 1995.

SACERDOTI, Giorgio. Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection. *Recueil des Cours*, n. 269, p. 251-460, 1997.

SÉMINAIRE DE TRAVAIL: LES ACTIVITÉS DES SOCIÉTÉS TRANSNATIONALES ET LA NÉCESSITÉ DE LEUR ENCADREMENT JURIDIQUE, 2001, Céligny, Genève. [Annuaire...] Genève.: Edition CETIM/AAJ, 2001. Parte 3, p. 2

SHIHATA, Ibrahim F. I. The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the legal treatment of foreign investment. *Recueil des Cours*, n. 203, p. 95-320, 1987.

SORNARAJAH, M. The International Law on foreign Investment. Cambridge University Press, 1994.

_____. *The Pursuit of Nationalized Property*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1986.

STIGLITZ, Joseph E. *El malestar en la globalización*. Madrid: Taurus, 2002.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *The entry into force of Bilateral Investment Treaties: IIA Monitor No. 3*, International Investment Agreements. New York and Geneva: Unctad, 2006.

UNITED NATIONS CONDUCT ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS DRAFT CODE, UN Doc. E/1990/94.

VIVES CHILLIDA, Julio A. *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.

WORLD BANK. *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment: Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment* vol. Washington, 1992. v. 2.

Artigo recebido em 30/03/09 e
aceito em 30/07/09