

LAS OBLIGACIONES DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN LA SEGUNDA GENERACIÓN DE APPRI ESPAÑOLES *

Francisco José PASCUAL VIVES

Profesor Ayudante de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales
Universidad de Alicante

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.–II. LA SISTEMATIZACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PROMOCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS: 1. *La consideración de la obligación de promoción como una obligación de comportamiento.* 2. *Los efectos jurídicos derivados de la progresiva ampliación del contenido de la obligación de promoción.*–III. LA CONSOLIDACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS: 1. *El núcleo duro de la obligación de protección:* A) La concepción autónoma del trato justo y equitativo. B) El alcance restringido de las cláusulas de TN y NMF. 2. *El régimen de responsabilidad internacional en los casos de expropiación injustificada y daños en la inversión extranjera resultantes de un conflicto interno:* A) La elevada concreción del régimen previsto para las expropiaciones injustificadas. B) La escasa concreción del régimen previsto para los daños resultantes de un conflicto interno. C) La reparación del daño y la cuantía de la indemnización. 3. *Otros mecanismos adicionales para la protección de la inversión:* A) La obligación de garantizar la libertad de las transferencias. B) La generalización de las cláusulas de cobertura.–IV. CONSIDERACIONES FINALES.

Palabras clave: Obligación de promoción; Obligación de protección; Estándares de protección; Expropiación y daños; Transferencias; Cláusulas de cobertura.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional (DI) económico constituye un sector normativo del ordenamiento internacional que ha experimentado un considerable desarrollo en sede

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia «El Derecho de la Responsabilidad Internacional del Estado y los intereses de España: un análisis desde nuestra práctica más reciente (II)» (Ref. SEJ2005-08744C0201).

institucional durante los últimos años ¹. Es cierto, no obstante, que esta tendencia ² ha sido completada por una rica práctica estatal de carácter relacional en ciertos ámbitos específicos, como en el caso de la protección de las inversiones extranjeras. A consecuencia del fenómeno de mundialización económica y de los hasta ahora resultados poco satisfactorios proporcionados por la aplicación de la institución de la protección diplomática a las personas jurídicas ³, se ha multiplicado el número de instrumentos internacionales (APPRI) destinados a establecer mecanismos de promoción y protección recíproca de las inversiones extranjeras.

Transcurridos veinte años desde que España celebrara su primer APPRI con Marruecos el 27-9-1989 ⁴, resulta necesario examinar las principales directrices de la que denominamos segunda generación ⁵ de APPRI españoles. El presente trabajo, en particular, pretende analizar la evolución y el alcance de las obligaciones de promoción y protección recíproca de las inversiones en la práctica convencional española. Para alcanzar este objetivo someteremos dicha práctica española al método comparativo, utilizando como parámetros de estudio los recientes modelos de APPRI y las relaciones convencionales entabladas por otros Estados ⁶, así como los precedentes dictados por los órganos arbitrales constituidos principalmente en el seno del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Antes de iniciar nuestro análisis conviene formular una serie de precisiones de carácter conceptual y también metodológico. En este sentido, consideramos como APPRI de segunda generación aquel que ha sido celebrado y ha entrado en vigor con posterioridad al año 2000. Esta fecha marca un punto de inflexión para la política española de promoción y protección de las inversiones extranjeras, puesto que en ella se hizo público el laudo que resolvía el primer y hasta ahora único litigio sustanciado ante un Tribunal arbitral del CIADI contra el Reino de España, el *Caso Maffezini* ⁷.

¹ CARREAU, D. y JUILLARD, P., *Droit International Économique*, 3.ª ed., Dalloz, Paris, 2007, pp. 8-19; y SACERDOTI, G., «Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection», *RCADI*, t. 269 (1997), 251-460, pp. 261-297.

² Debe subrayarse el protagonismo ejercido en las relaciones internacionales por entidades como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM), la Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económica (OCDE), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) o la Organización Mundial del Comercio (OMC): *vid.* LOWENFELD, A.F., *International Economic Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford 2008.

³ DUGARD, J., «Cuarto Informe sobre la protección diplomática», Doc. ONU A/CN.4/530, de 13-3-2003, párs. 17-18.

⁴ *BOE* 6-2-1992: *vid.* TAPIA BARIOLA, J. y TEMOS, F., «Inversiones españolas en Marruecos. Aspectos prácticos», *Boletín Económico ICE*, n.º 2349 (1992), 3811-3820, p. 3820.

⁵ Esta sistematización de los APPRI ha sido empleada de manera originaria para clasificar aquellos acuerdos celebrados por los Estados Unidos de América: *vide* VANDELVELDE, K. J., «U.S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave», *Mich J Int'l L*, vol. 14 (1992-1993), 621-704, pp. 622-625.

⁶ Se estudiarán los modelos de APPRI de India (2003), los Estados Unidos de América (2004), Canadá (2004), Francia (2006), Noruega (2007) y Alemania (2008), que pueden consultarse en <http://ita.law.uvic.ca/investmenttreaties.htm>. Debe advertirse que, ante las numerosas críticas que había suscitado, nos consta que el modelo de APPRI noruego al que nos referimos en el presente trabajo ha sido descartado (<http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2009/06/08/norway-shelves-its-proposed-model-bilateral-investment-treaty.aspx>).

⁷ *Emilio Agustín Maffezini c. España* (Caso CIADI N.º ARB/97/7, Laudo de 9-11-2000).

Centran nuestro examen aquellos más recientes APPRI de segunda generación⁸, en tanto que la doctrina ya ha estudiado con rigor los primeros APPRI de segunda generación⁹. Por consiguiente, se estudian los APPRI celebrados con Siria¹⁰, Nigeria¹¹, Moldavia¹², Macedonia¹³, Colombia¹⁴, Kuwait¹⁵, México¹⁶ y China¹⁷. Además, en el trabajo se evalúan un par de APPRI celebrados con Ghana¹⁸ y Libia¹⁹ que actualmente se tramitan en sede parlamentaria²⁰. Pese a que estos dos últimos todavía no se encuentran en vigor, si se atiende a la práctica parlamentaria seguida tradicionalmente por España, no se debería esperar reforma alguna en el texto que ha sido remitido a las Cortes para su consideración *ex* artículo 94.1 de la Constitución Española²¹. Todo ello sin perjuicio de que adicionalmente se examine el contenido de otros dos APPRI

⁸ En los volúmenes de 2007, 2008 y 2009 de la *REDI* hemos tenido la ocasión de presentar de manera muy general el conjunto de obligaciones jurídicas previsto en algunos de los APPRI de segunda generación a los que nos referimos en este estudio.

⁹ En este sentido, merecen una especial y destacada referencia sendos trabajos de la Profesora GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones exteriores. Los Acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones celebrados por España*, Tirant, Valencia 2005, pp. 121-421; y «Spanish Practice on Investment Treaties», en JIMÉNEZ PIERNAS, C. (ed.), *The Legal Practice in International Law and European Community Law*, Martinus Nijhoff, Leiden 2007, 567-598.

¹⁰ *BOE* 18-2-2005.

¹¹ *BOE* 11-2-2006.

¹² *BOE* 12-2-2007 y corrección de errores en *BOE* 2-4-2007.

¹³ *BOE* 19-2-2007.

¹⁴ *BOE* 12-9-2007.

¹⁵ *BOE* 1-4-2008.

¹⁶ *BOE* 3-4-2008 y corrección de errores en *BOE* 19-5-2008.

¹⁷ *BOE* 8-7-2008.

¹⁸ Hecho en Madrid el 6-10-2006 y aprobado por el Pleno del Congreso (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie C, n.º 309-3, 4-12-2007, p. 5).

¹⁹ Hecho en Madrid el 17-12-2007 (*BOCG, Congreso de los Diputados*, IX Legislatura, Serie C, n.º 27-1, 22-7-2008, p. 1).

²⁰ En el momento de cerrar este trabajo se tiene constancia que España ha mostrado su interés por renovar el APPRI con Cuba, así como por negociar y celebrar otros con Omán y Yemen: *vid.* «Cronología de la Política Exterior Española», *Anuario Internacional CIDOB* (2008), pp. 365, 368 y 374.

²¹ Pueden contrastarse los diferentes dictámenes de la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados para los APPRI celebrados con Jordania (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie C, n.º 17-2, 5-10-2000, p. 3); Trinidad y Tobago (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie C, n.º 35-2, 5-10-2000, p. 3); Bolivia (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie C, n.º 167-2, 18-3-2002, p. 3); Jamaica (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie C, n.º 214-2, 28-6-2002, p. 3); Bosnia-Herzegovina (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie C, n.º 222-2, 3-10-2002, p. 3); Nigeria (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie C, n.º 240-2, 2-12-2002, p. 3); Serbia (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie C, n.º 243-2, 21-12-2002, p. 3); Guatemala (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie C, n.º 264-2, 28-2-2003, p. 3); Uzbekistán (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie C, n.º 278-2, 22-9-2003, p. 3); Irán (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie C, n.º 285-2, 22-9-2003, p. 3); Namibia (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie C, n.º 297-2, 22-9-2003, p. 3); Albania (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie C, n.º 303-2, 11-11-2003, p. 3); Siria (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie C, n.º 22-2, 5-10-2004, p. 3); Guinea-Ecuatorial (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie C, n.º 25-2, 5-10-2004, p. 3); Colombia (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie C, n.º 109-2, 4-10-2005, p. 3); Macedonia (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie C, n.º 130-2, 29-11-2005, p. 3); Kuwait (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie C, n.º 158-2, 11-4-2006, p. 3); China (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie C, n.º 163-2, 27-4-2006, p. 3); Moldavia (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie C, n.º 187-2, 11-9-2006, p. 3); y México (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie C, n.º 311-2, 3-12-2007, p. 3).

celebrados antes del año 2000 con Marruecos²² y Bolivia²³, que fueron convenidos para renovar acuerdos ya existentes con ambos Estados y que también resultan de gran interés para las inversiones españolas.

II. LA SISTEMATIZACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PROMOCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

1. LA CONSIDERACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PROMOCIÓN COMO UNA OBLIGACIÓN DE COMPORTAMIENTO

Los APPRI tienen como objeto establecer obligaciones recíprocas de promoción y protección de las inversiones extranjeras entre los Estados, pero en la práctica ambos mandatos presentan una naturaleza jurídica diversa. Para examinar con rigor tales diferencias conviene ayudarse de una categoría propia del DI de la responsabilidad que distingue entre obligaciones de comportamiento y de resultado²⁴. La doctrina española suele considerar que esta distinción debe afrontarse desde una perspectiva sustantiva²⁵ y, por tanto, el aspecto crucial para identificar el contenido de estas obligaciones reside en el grado de probabilidad de su cumplimiento²⁶. En las obligaciones de actividad o comportamiento el Estado obligado se compromete a desarrollar a favor de otro Estado una determinada conducta, si bien este compromiso no garantiza

²² BOE 11-4-2005. El APPRI con Marruecos se firmó por ambas partes en 1997 y su entrada en vigor tan tardía puede explicarse por las tensas relaciones diplomáticas mantenidas por ambas partes a finales de los años noventa: *vid.* Keesing's [vol. 46 (2000), pp. 43724-43725; vol. 47 (2001), pp. 44648-44649; vol. 49 (2003), pp. 45220 y 45764]. A modo de ejemplo, puede consultarse la posición mantenida por España respecto a la controversia del Sahara durante los ocho años de mandato del Presidente Aznar López en la Sección «Spanish Diplomatic and Parliamentary Practice in International Law» del *Spanish Yearbook of International Law*: *vid.* vol. V (1997), 103-189, pp. 111-113; vol. VI (1998), 105-242, pp. 116-123; vol. VII (1999-2000), 71-188, pp. 82-84; vol. VIII (2001-2002), 69-175, pp. 79-82; vol. IX (2003), 103-194, pp. 110-112. En cuanto al incidente acaecido en el islote de Perejil, consultar esta misma Sección en el vol. VIII (2001-2002), 69-175, pp. 98-103; y Keesing's, vol. 48 (2002), pp. 44915-44916 y 45015.

²³ BOE 16-10-2002, que sustituye al APPRI celebrado por ambas partes en Madrid el 24-4-1990.

²⁴ El ponente R. AGO introdujo esta distinción en el marco del proceso codificador del Derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, si bien la doctrina ha formulado diversas opiniones y críticas a su concepción: *vid.* COMBACAU, J., «Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponses», en *Le droit international: unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*; Pedone, Paris 1981, 181-204, pp. 196-197; DUPUY, P.-M., «Reviewing the Difficulties of Codification: on Ago's Classification of Obligations of Result in Relation to State Responsibility», *EJIL*, vol. 10 (1999), 371-385; y MARCHESI, A., *Obblighi di condotta e obblighi di risultato*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 43-97.

²⁵ JIMÉNEZ PIERNAS, C., «La Codificación del Derecho de la responsabilidad internacional: un balance provisional (1988)», en JIMÉNEZ PIERNAS, C. (ed.), *La Responsabilidad Internacional del Estado: aspectos de Derecho Internacional público y Derecho Internacional privado*. XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Alicante 1990, 17-109, pp. 28-30; y en la misma obra véase también MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., «El objeto de las obligaciones establecidas por la parte XII del Convenio de Montego Bay», pp. 179-182.

²⁶ Vide «Sexto Informe sobre la responsabilidad de los Estados», en *Anuario CDI, 1977-II* (1.ª parte), párs. 2-3.

el resultado esperado por este último. Mientras que en las obligaciones de resultado el Estado obligado garantiza la consecución del referido resultado²⁷.

Los Estados contemplan la obligación de promoción de las inversiones en la práctica internacional conforme al modelo expuesto en primer lugar, esto es, como una obligación de comportamiento. En efecto, los APPRI establecen un mandato de promoción genérico, que obligaría a los Estados a desarrollar toda una serie de comportamientos tendentes a facilitar la promoción de las inversiones extranjeras. Pero la mayoría de estos acuerdos ni siquiera enumeran el elenco de conductas que deberían llevar a cabo los sujetos partes, en el bien entendido de que cada uno de ellos ejecutará las que mejor se adecuen a sus respectivos intereses. Entre aquellas podrían incluirse desde el fortalecimiento de las relaciones diplomáticas y consulares, hasta el establecimiento de oficinas de información y de apoyo a la inversión extranjera.

La práctica convencional española de primera generación ha seguido los anteriores parámetros y los diferentes APPRI celebrados durante ese periodo se refieren simplemente a la existencia de una obligación de «promoción»²⁸ que en algunos supuestos se completa lacónicamente con la expresión «en la medida de lo posible»²⁹, en otros casos se hace acompañar del enunciado «creación de condiciones favorables»³⁰ y, por último aunque eso sí con muy poca frecuencia, se vincula con el mandato de protección³¹.

Bien es cierto que en la última hornada de la primera generación de APPRI celebrados por España se incorporó un deber para los Estados partes de «procurar informar a la contraparte sobre las oportunidades de inversión en su territorio»³², que enriquece sensiblemente el contenido material del mandato de promoción. Cabe precisar que dicho deber sólo se puede invocar a petición del Estado de origen de la inversión, por lo que no consideramos que su inclusión en el seno de la obligación de promoción constituya una modificación sustantiva de su naturaleza jurídica como obligación de comportamiento.

La información proporcionada por los Estados con el objeto de favorecer los flujos y las oportunidades de inversión, además, no puede convertirse en un argumento suficiente para reclamar responsabilidad al Estado receptor por parte del inversor

²⁷ LOZANO CONTRERAS, F., *La noción de debida diligencia en Derecho Internacional Público*, Atelier, Barcelona 2007, p. 185.

²⁸ Vid. el artículo 3 del APPRI con Rusia (*BOE* 17-12-1991); el artículo 2.1 del APPRI con El Salvador (*BOE* 10-5-1996); el artículo 2.1 del APPRI con Líbano (*BOE* 22-5-1997); o el artículo II.1 del APPRI con Bulgaria (*BOE* 16-6-1998).

²⁹ Vid. el artículo II.1 del APPRI con Argentina (*BOE* 18-11-1992); el artículo 2.1 del APPRI con Chile (*BOE* 19-3-1994); el artículo 2.1 del APPRI con Uruguay (*BOE* 27-5-1994); el artículo 2.1 del APPRI con Egipto (*BOE* 30-6-1994); el artículo 2 del APPRI con Filipinas (*BOE* 17-11-1994); el artículo 2.1 del APPRI con Corea del Sur (*BOE* 13-12-1994); el artículo II.1 del APPRI con Nicaragua (*BOE* 25-4-1995); el artículo 2.1 del APPRI con Cuba (*BOE* 18-11-1995); el artículo II.1 del APPRI con Lituania (*BOE* 25-1-1996); o el artículo 2.1 del APPRI con Pakistán (*BOE* 12-6-1996).

³⁰ Vide el artículo II.1 del APPRI con Malasia (*BOE* 8-3-1996); el artículo 2.1 del APPRI con Honduras (*BOE* 20-7-1996); el artículo 2.1 del APPRI con Indonesia (*BOE* 5-2-1997); el artículo 2.1 del APPRI con Estonia (*BOE* 15-7-1998); o el artículo III.1 del APPRI con Panamá (*BOE* 23-10-1998).

³¹ Vid. el artículo 2.1 del APPRI con Rumanía (*BOE* 23-11-1995).

³² Vid. el artículo 2.2 del APPRI con Croacia (*BOE* 29-10-1998); el artículo 2.2 del APPRI con India (*BOE* 3-2-1999); el artículo II.2 del APPRI con Costa Rica (*BOE* 17-7-1999); o el artículo II.2 del APPRI con Sudáfrica (*BOE* 31-1-2000).

extranjero. En otras palabras, el deber de informar que le correspondería al Estado receptor no puede descargar de responsabilidad al inversor extranjero en todo lo que atañe a la toma de decisiones relacionadas con su inversión, por lo que este último debe utilizar la información suministrada por aquel Estado con diligencia.

En el *Caso Maffezini*, donde precisamente el demandante solicitaba la responsabilidad del Reino de España como consecuencia de la deficiente asesoría proporcionada por una empresa semipública española, el Tribunal arbitral matizó que «los acuerdos bilaterales sobre inversiones no son pólizas de seguro contra malas decisiones de negocios (...) no se puede responsabilizar a España por las pérdidas que pueda haber sufrido (el inversor) como podría haberle ocurrido a cualquier otra entidad en circunstancias similares»³³.

Así las cosas la promoción de las inversiones se ha asentado tradicionalmente en un precepto forjado en torno a los principios de soberanía estatal y reciprocidad, que establece obligaciones de comportamiento entre los Estados partes de un APPRI.

2. LOS EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DEL CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN DE PROMOCIÓN

Si se estudian los modelos de APPRI más recientes en el marco del derecho comparado pueden apreciarse leves modificaciones de este régimen jurídico, que en ningún caso eso sí parecen modificar la naturaleza jurídica de la citada obligación. Así, el modelo norteamericano, bajo la rúbrica «transparencia», incorpora una serie de obligaciones para el Estado receptor como la de: establecer e identificar oficinas de información para tratar las materias previstas por el acuerdo; hacer públicas las modificaciones legislativas que afectaren a las inversiones extranjeras y/o a la aplicación del APPRI; e informar, a petición de parte, acerca de cualesquiera medidas que potencialmente pudieran afectar a las inversiones³⁴.

El modelo de APPRI canadiense establece el mismo deber de transparencia, consistente tanto en una actualización periódica entre los Estados partes de la normativa relevante en materia de inversiones extranjeras, como en el establecimiento de redes o sistemas de interacción con los inversores extranjeros. En este último caso, de la misma forma que sucede en el modelo estadounidense, el Estado receptor se compromete en la medida de lo posible a poner en conocimiento de los inversores todas las modificaciones en la normativa interna que pudieran afectar a las materias cubiertas por el APPRI³⁵. En cualquier caso, Canadá no ha querido dejar dudas acerca de la naturaleza de esta interacción entre el inversor y el Estado receptor e introduce una lapidaria nota al pie del artículo 19.2 de su modelo de APPRI, según la cual, los inversores no podrán invocar este precepto en un procedimiento inversor-Estado.

La práctica convencional seguida hasta la fecha por algunos Estados europeos, como el Reino Unido, Francia o Alemania, no parece tan proclive al recono-

³³ *Emilio...* (Caso CIADI N.º ARB/97/7, Laudo de 9-11-2000, pág. 64).

³⁴ Vide los apartados 1-3 del artículo 11 del modelo estadounidense.

³⁵ Vide el Artículo 19.2 del modelo canadiense.

cimiento de este deber de transparencia ³⁶. De hecho ni el modelo francés ni el alemán mencionan este expediente en su articulado. El modelo de APPRI noruego, por el contrario, dispone una fórmula más genérica para referirse al mismo y sólo establece el mandato de dar a conocer a la contraparte cuantas normas o decisiones pudieran afectar a las inversiones extranjeras, así como de atender las cuestiones relacionadas con la aplicación del acuerdo que fueran presentadas por aquélla ³⁷. Mientras que el modelo de APPRI de la India mantiene una formulación consistente con la práctica seguida por los APPRI españoles de primera generación ³⁸.

La mayoría de los APPRI españoles de segunda generación, siguiendo la línea establecida en la década de los noventa, enuncian la obligación de promoción de manera conjunta con la de admisión ³⁹. En el mismo precepto se establece, en primer lugar, un mandato genérico de promover y admitir las inversiones de los inversores en el Estado receptor, siempre que aquéllas cumplan con la legislación de este último. Aunque generalmente el tiempo verbal utilizado para expresar tal mandato posee valor imperativo («promoverá y admitirá»), estas fórmulas verbales a menudo se acompañan de enunciados como «en la medida de lo posible» ⁴⁰ o «crear condiciones

³⁶ Vide el APPRI de 5-5-1980 celebrado entre Finlandia y Egipto; el APPRI de 3-12-1980 celebrado entre el Reino Unido y Filipinas; el APPRI de 8-3-1984 celebrado entre Francia y Costa Rica; el APPRI de 30-5-1984 celebrado entre Francia y China; el APPRI de 22-3-1989 celebrado entre el Reino Unido y Ghana; el APPRI de 23-3-1989 celebrado entre Francia y Bolivia; el APPRI de 6-4-1989 celebrado entre el Reino Unido y Rusia; el APPRI de 13-6-1989 celebrado entre Alemania y Rusia; el APPRI de 30-11-1989 celebrado entre Italia y Rusia; el APPRI de 30-4-1990 celebrado entre Italia y Bolivia; el APPRI de 30-4-1991 celebrado entre Italia e Indonesia; el APPRI de 3-7-1991 celebrado entre Francia y Argentina; el APPRI de 14-7-1992 celebrado entre Francia y Chile; el APPRI de 24-5-1993 celebrado entre Suecia y Chile; el APPRI de 28-3-1995 celebrado entre Finlandia y Brasil; el APPRI de 10-7-1995 celebrado entre Alemania e India; el APPRI de 11-3-1996 celebrado entre Alemania y Argelia; el APPRI de 10-9-1996 celebrado entre Italia y Arabia Saudita; y el APPRI de 14-10-1999 celebrado entre el Reino Unido y El Salvador. Se puede destacar una excepción en el Artículo 2.2 del más reciente APPRI de 23-11-2000 celebrado entre Suecia y Croacia.

³⁷ Vide el artículo 31 del modelo noruego.

³⁸ Vide el artículo 3 del modelo indio.

³⁹ La obligación de admisión de las inversiones queda sometida al derecho interno de cada Estado parte y consiste en el deber de conceder tanto «los permisos necesarios en relación con dicha inversión y con la realización de contratos de licencia, de asistencia técnica, comercial o administrativa», como «las autorizaciones requeridas en relación con las actividades de consultores o de personal cualificado, cualquiera que sea su nacionalidad». También se ha amparado bajo este mandato el deber de «estudiar con interés las solicitudes de concesión de visados y permisos de trabajo» de los nacionales de un Estado de origen que participen en la ejecución de una inversión extranjera en el Estado receptor: *vid.* el artículo 2.4 del APPRI con China. Esta previsión convencional forma parte de la práctica del país asiático, si bien es cierto que la ha empleado principalmente con los Estados del Este de Europa, de América Latina y en aquellos APPRI celebrados durante los años noventa: *vid.* el artículo 2.2 del APPRI de 12-10-1989 celebrado entre China y Ghana; el artículo 2.2 del APPRI de 8-5-1992 celebrado entre China y Bolivia; el artículo 2.2 del APPRI de 7-6-1993 celebrado entre China y Croacia; el artículo 2.2 del APPRI de 13-9-1993 celebrado entre China y Eslovenia; el artículo 2.2 del APPRI de 8-11-1993 celebrado entre China y Lituania; el artículo 2.2 del APPRI de 23-3-1994 celebrado entre China y Chile; el artículo 2.2 del APPRI de 9-6-1994 celebrado entre China y Perú; o el artículo 2.3 del APPRI de 26-10-1994 celebrado entre China y Jamaica. Más recientemente se observa una redacción idéntica en el artículo 2.4 del APPRI de 1-12-2003 celebrado entre China y Alemania.

⁴⁰ Vide el artículo 2.1 del APPRI con Bolivia; el artículo 3.1 del APPRI con Nigeria; el artículo 2.1 del APPRI con Moldavia; o el artículo 2.1 del APPRI con Kuwait.

favorables para las inversiones»⁴¹, que mantienen su naturaleza como obligación de comportamiento.

Algunos APPRI de segunda generación han tratado de identificar con mayor eficacia el alcance de la obligación de promoción que atañe a las partes. Con este objeto se ha generalizado el recurso al deber de información mutua entre las partes, una solución que también recogieron algunos APPRI de primera generación. El artículo II.1 del APPRI con México, por ejemplo, establece el deber de las partes de intercambiar «la información que facilite el conocimiento de las condiciones y oportunidades para la inversión». Mientras que el artículo 2.3 del APPRI con Kuwait se refiere al deber de consultarse mutuamente «en relación con la forma que consideren más apropiada para promover y facilitar las oportunidades de invertir en sus respectivos territorios». Sin despreciar la idoneidad de estas declaraciones para incentivar las relaciones bilaterales, dada su condición de obligaciones de comportamiento para el Estado receptor, no consideramos que presenten mayor interés para el inversor extranjero en el marco de una controversia relativa a una inversión.

Lo cierto es que atendiendo a los desarrollos convencionales que experimentan algunos Estados, no puede descartarse que en los próximos años la obligación de promoción tienda todavía hacia una mayor concreción mediante el reconocimiento de un mandato de transparencia entre las partes. Un deber que, como algunos acuerdos ya han apuntado, podría englobar por ejemplo el mandato más preciso de difundir «las leyes, regulaciones, procedimientos y fallos administrativos y decisiones judiciales de aplicación general, lo mismo que acuerdos internacionales, que puedan afectar las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante en el territorio de la primera Parte Contratante»⁴².

Esta senda, ya ha sido esbozada en los modelos de APPRI norteamericanos y en la práctica convencional de algún Estado europeo como Finlandia, y parece estar siendo transitada tímidamente por la política convencional española, al menos por lo que respecta a los APPRI con Macedonia y Kuwait, donde se reconoce la facultad, que no el deber, de los Estados partes de «intercambiar información sobre las leyes, reglamentos, decisiones, prácticas administrativas, procedimientos o políticas»⁴³.

En nuestros días, no existen suficientes argumentos para inferir una alteración relevante de la naturaleza jurídica de la obligación de promoción en los APPRI. En este sentido, debe recordarse que México no tuvo reparos en calificarla como una obligación de carácter político durante la renegociación de su APPRI con España. En virtud de todo lo anterior, no creemos que ésta pudiera incorporarse más que como una obligación de comportamiento a un eventual modelo de APPRI español, si bien todo ello no obsta para que nuestros negociadores se esfuercen por introducir, tal vez

⁴¹ Vide el artículo 2.1 del APPRI con Marruecos; el artículo 2.1 del APPRI con China; y el artículo 2.1 del APPRI con Ghana.

⁴² En este punto merece particular atención la reciente práctica convencional finlandesa, entre otros: vide el artículo 15.1 del APPRI de 17-9-2003 celebrado entre Finlandia y Nicaragua; y el artículo 12 del APPRI de 15-11-2004 celebrado entre Finlandia y China. El BM anima a los Estados a publicar informes que contengan los datos actualizados sobre su legislación nacional en materia de inversiones extranjeras: cfr. DOLZER, R. y STEVENS, M., *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff, Leiden 1995, p. 51.

⁴³ Vide artículo 12.2 del APPRI con Macedonia; y el artículo 3.3 del APPRI con Kuwait.

mediante la asunción del deber de transparencia, fórmulas que permitan completar y enriquecer el intercambio de información entre las partes sobre las oportunidades de inversión.

Pese a los esfuerzos por sistematizar progresivamente la obligación de promoción, queda patente que el principal propósito de los APPRI radica en la promoción indirecta de las inversiones, manifestada por medio de la obligación de protección. Los recientes desarrollos de la obligación de promoción podrían servir para definir con mayor precisión su contenido material, sin que a nuestro juicio tal circunstancia llegue a desnaturalizar su condición como obligación de comportamiento.

III. LA CONSOLIDACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

El establecimiento de un marco recíproco de obligaciones internacionales que otorgue suficiente protección a las inversiones extranjeras constituye uno de los principales objetivos perseguidos por los Estados cuando celebran un APPRI. Forman parte del núcleo duro de ese conjunto normativo las obligaciones de conceder un trato justo y equitativo, evitar la adopción de medidas discriminatorias y ofrecer plena protección y seguridad a las inversiones, así como las de otorgar un trato nacional (TN) y de nación más favorecida (NMF).

La protección de las inversiones extranjeras se amplía además mediante otra serie de mandatos más específicos que prohíben las expropiaciones injustificadas o discriminatorias y sin indemnización y, siempre con arreglo a los parámetros jurídicos previstos en el núcleo duro de los APPRI (TN y NMF), aseguran la compensación del inversor y la libre transferencia de las rentas relacionadas con la inversión. Nos vamos a ocupar en primer lugar del análisis del denominado núcleo duro de la obligación de protección de los APPRI.

1. EL NÚCLEO DURO DE LA OBLIGACIÓN DE PROTECCIÓN

A) *La concepción autónoma del trato justo y equitativo*

Mucho se ha discutido sobre el alcance de la obligación de conceder un trato justo y equitativo a las inversiones extranjeras, principalmente porque el DI de la responsabilidad ya reconoce un estándar mínimo de trato a los extranjeros. Bien es cierto que este último concepto ha experimentado un proceso de concreción, como resultado de la interacción entre aquel sector normativo y el DI de los derechos humanos que ha permitido, desde hace varias décadas, «lograr la síntesis de un consensus sobre el contenido sustantivo del *standard* mínimo de protección del particular, sea o no extranjero»⁴⁴.

⁴⁴ JIMÉNEZ PIERNAS, C., «El particular ante el Derecho de la responsabilidad internacional: los problemas previos del *standard* mínimo y la protección diplomática», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz* (1988), 65-116, p. 80. También en la doctrina, por orden de publicación: vide DÍAZ

Gran parte de los Estados⁴⁵, incluido España⁴⁶, han tratado de desvincular el mandato de conceder un trato justo y equitativo reconocido en los APPRI del estándar mínimo de trato, como consecuencia del contenido tan reducido que presenta este último en el DI general. Tal posición pretende cultivar una definición autónoma del concepto de trato justo y equitativo en el marco del DI económico y someter su observancia a las directrices particulares expuestas por cada Estado en su política convencional de protección recíproca de las inversiones.

En esta línea, algunos precedentes arbitrales han sostenido que dicha separación permite entender este concepto de manera particular, arrogándose el intérprete una facultad hermenéutica sobre la definición del trato justo y equitativo que se extendería hacia aquellas situaciones donde se prueba una denegación de justicia o la coerción del Estado receptor, la inobservancia del principio de seguridad jurídica y de las legítimas expectativas del inversor, así como el enriquecimiento injusto, la mala fe, la ausencia de transparencia, el trato arbitrario y discriminatorio por parte del Estado receptor⁴⁷. Por el contrario, la opción que defiende una consideración autónoma del trato justo y equitativo no ha sido avalada por los Estados miembros del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), quienes se han replegado en torno al estándar mínimo de trato del DI para dar una definición de esta institución⁴⁸.

La práctica convencional española apuesta mayoritariamente por la primera opción descrita y distingue el trato justo y equitativo del estándar mínimo de trato

BARRADO, C., «La protección de españoles en el extranjero. Práctica Constitucional», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gastéiz* (1992), 238-354, pp. 247-251; y AMERASINGHE, Ch. F., *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, Oxford 2008, pp. 73-78.

⁴⁵ UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact in Investment Rulemaking*, United Nations Publications, New York and Geneva 2007, pp. 29-31.

⁴⁶ Vide el artículo 4.1 del APPRI con Uruguay (*BOE* 27-5-1994); el Artículo 4.1 del APPRI con Túnez (*BOE* 20-7-1994); el artículo 2.3 del APPRI con Bulgaria (*BOE* 23-11-1995); el artículo 4.1 del APPRI con Perú (*BOE* 8-3-1996); o el artículo 4.1 del APPRI con República Dominicana (*BOE* 22-11-1996).

⁴⁷ TUDOR, I., *The 'Fair and Equitable Treatment Standard' in International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, Oxford 2008, pp. 156-180. Para un ejemplo de esta posición en la reciente práctica arbitral: *vid. PSEG c. Turquía* (Caso CIADI N.º ARB/02/5, Laudo de 19-1-2007, párs. 252-253); *Siemens c. Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/02/8, Laudo de 6-2-2007, pár. 290); y *Parkerings-Compagniet c. Lituania* (Caso CIADI N.º ARB/05/8, Laudo de 11-9-2007, párs. 331-338).

⁴⁸ Después de que la observancia de esta obligación fuera objeto de discusión en una serie de arbitrajes, en el año 2001 la Comisión de Libre Comercio creada en el marco del TLCAN emitió una declaración interpretativa del trato justo y equitativo en los siguientes términos: «1. El artículo 1105.1 establece el estándar mínimo de trato conferido por el DI consuetudinario a los individuos como el estándar mínimo de trato concedido a las inversiones de los inversores de otra Parte. 2. Los conceptos trato justo y equitativo y plena protección y seguridad no requieren un tratamiento superior al que confiere el estándar mínimo de trato del DI consuetudinario. 3. La violación de cualquier otra disposición contenida en el TLCAN, o de cualquier otro tratado internacional, no significa una violación del artículo 1105.1» (traducción propia). En este sentido: vide el artículo 5.2 de los modelos estadounidense y canadiense y, en particular, el Anexo A del modelo estadounidense. Este último señala: «Las Partes confirman un compromiso mutuo consistente en considerar que el derecho internacional consuetudinario al que se refiere el artículo 5 (estándar mínimo de trato) y el Anexo B (expropiación) resulta de una práctica general y uniforme que ambas siguen y a la que otorgan carácter vinculante. Con relación al artículo 5 (estándar mínimo de trato), el estándar mínimo de trato contenido por el derecho internacional consuetudinario abarca todos los principios de derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos económicos y los intereses de los particulares» (traducción propia).

conferido por el DI⁴⁹. El APPRI con Colombia también se atiene a esta posición, aunque el trato justo y equitativo se plasma de una manera completamente diferente al resto de los acuerdos españoles. En efecto, en este acuerdo se incluye la cláusula del trato justo y equitativo junto a la obligación de promoción de las inversiones⁵⁰, y no en un precepto independiente como sucede en la mayoría de acuerdos. Sin embargo no consideramos que esta diferente ubicación del concepto de trato justo y equitativo en el APPRI con Colombia, recogida igualmente en los APPRI con Ghana y Libia, permita establecer una concepción de esta institución distinta a la que se viene aceptando con carácter general en la práctica española⁵¹.

Los precedentes arbitrales relacionados con los intereses españoles revelan igualmente una interpretación amplia y autónoma del concepto de trato justo y equitativo, definiéndose como un deber para el Estado receptor de garantizar la transparencia⁵², no frustrar las expectativas del inversor⁵³ y evitar comportamientos que supongan una denegación de justicia⁵⁴.

No obstante, se aprecian un par de excepciones a este régimen convencional autónomo en los acuerdos celebrados con México y China. La primera de ellas trae causa de la posición restrictiva que han consensuado México y el resto de los miembros del TLCAN, e implica la equiparación del trato justo y equitativo con el estándar mínimo de trato concedido por el DI consuetudinario⁵⁵. Por otra parte, en línea con los recientes modelos de APPRI estadounidense y canadiense⁵⁶, el Protocolo del APPRI con China flexibiliza sobremanera el régimen de reciprocidad convenido por ambas partes al permitir el mantenimiento y la modificación de aquellas decisiones ya adoptadas por las autoridades chinas, que fueran inconsistentes con la prohibición de tomar medidas injustificadas o discriminatorias contra las inversiones españolas⁵⁷.

⁴⁹ Así se expresa, entre otros, el artículo 3.1 del APPRI con Kuwait: «Se concederá un trato justo y equitativo y plena protección y seguridad a las inversiones realizadas por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante. En ningún caso concederá una Parte Contratante a dichas inversiones un tratamiento menos favorable que el exigido por el derecho internacional».

⁵⁰ Vide el artículo 2.3 del APPRI con Colombia. Conviene resaltar que el APPRI de 9-6-1995 celebrado con Colombia ya preveía una mención del trato justo y equitativo que no contemplaba alusión alguna al DI, si bien en este acuerdo el trato justo y equitativo se incluía en un precepto junto al TN y de NMF (art. IV.1). Este APPRI, sin embargo, no fue ratificado por Colombia al considerar que presentaba una incompatibilidad con su ordenamiento constitucional y nunca entró en vigor.

⁵¹ Cfr. PASTOR PALOMAR, A., «Protección de inversiones con conceptos indeterminados: el trato justo y equitativo en los APPRIS celebrados por España», *REDI*, vol. LVIII, n.º 1 (2006), 271-287, pp. 275-280.

⁵² *Emilio...* (Caso CIADI N.º ARB/97/7, Laudo de 9-11-2000, párr. 83).

⁵³ *Técnicas Medioambientales c. México* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/2, Laudo de 29-5-2003, párr. 154).

⁵⁴ *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (Caso CIADI N.º ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párrs. 653-674). Puede consultarse un examen del contenido de este laudo, en lo que atañe a las cuestiones de competencia, en PASCUAL VIVES, F. J., «La competencia del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) para proteger las inversiones extranjeras realizadas por los particulares: el laudo de 8 de mayo de 2008 dictado por un Tribunal del CIADI en el Caso Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende y la República de Chile (Caso CIADI N.º ARB/98/2)», *AEDI*, vol. XXIV (2008), 177-214.

⁵⁵ Vide el artículo IV del APPRI con México.

⁵⁶ Vide el artículo 14.1 del modelo estadounidense; y el artículo 9 del modelo canadiense.

⁵⁷ Vide la adenda a los artículos 2 y 3 del APPRI con China.

Aunque dicho Protocolo admite la transitoriedad de esta situación, la imposibilidad de establecer *ex novo* medidas diferentes a las ya existentes y prevé que China «dará todos los pasos necesarios para eliminar de forma progresiva las medidas no conformes», el inversor español debe conocer que la protección otorgada por el trato justo y equitativo queda, al menos parcialmente, erosionada y comprometida en las relaciones con China⁵⁸. La aceptación por parte de España de esta excepción al régimen de protección recíproca generalmente convenido con terceros debe entenderse, a nuestro juicio, como una evidencia del gran interés de las autoridades españolas por facilitar el establecimiento de nuestras inversiones en el emergente mercado chino.

Así pues, la definición del trato justo y equitativo en la política convencional española ha quedado sometida a algunas de las principales tensiones que caracterizan el DI económico contemporáneo. Aunque no cabe duda que un eventual modelo de APPRI español abogaría por una concepción autónoma de este concepto, no es menos cierto que el juego de la negociación bilateral, así como los intereses de carácter económico y político en presencia, pueden provocar modificaciones puntuales de la posición mantenida por España con carácter general.

B) *El alcance restringido de las cláusulas de TN y NMF*

La responsabilidad incurrida por España en el *Caso Maffezini* ha servido para establecer un marco convencional mucho más preciso en todo lo que atañe a las cláusulas de TN y de NMF⁵⁹. Con ambas se pretende otorgar a las inversiones y/o a los inversores extranjeros, según se convenga, bien un trato similar al que reciben los nacionales del Estado receptor, bien el trato más favorable que éste concede a los inversores o inversiones de terceros Estados. Salvo en el APPRI con China, todos los demás acuerdos españoles conceden el TN y de NMF tanto a las inversiones como a los inversores extranjeros, aunque en el caso de estos últimos dicho tratamiento se confiere únicamente desde el momento en que constituyen o formalizan la inversión en el Estado receptor, pero no antes⁶⁰.

Esta solución es muy común en la práctica convencional de terceros Estados⁶¹ y resulta de particular importancia desde la perspectiva del Estado receptor, pues le

⁵⁸ Se aprecia una regulación excepcional del trato justo y equitativo en otras manifestaciones recientes de la práctica convencional china: *vid.* la adenda al artículo 3 del APPRI de 26-11-2001 entre China y Holanda; la adenda al artículo 3 del APPRI entre China y Bosnia-Herzegovina; la adenda al artículo 2.3 del APPRI de 1-12-2003 celebrado entre China y Alemania; o la adenda al artículo 2.3 del APPRI de 15-11-2004 celebrado entre Finlandia y China.

⁵⁹ En la primera generación de APPRI españoles se aprecia una redacción heterogénea de estas cláusulas: *cfr.* GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección...*, *op. cit.*, pp. 241-244.

⁶⁰ Los APPRI utilizan la fórmula «en todo lo que respecta a la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute, la disposición, la venta o, en su caso, la liquidación de tales inversiones» para acotar el alcance del TN y de NMF: *vide* el artículo 4 del APPRI con Bolivia; el artículo 5 del APPRI con Nigeria; el artículo III del APPRI con México; el artículo 4 del APPRI con Kuwait; o el artículo 4 del APPRI con Libia.

⁶¹ *Vide* el artículo 3 del APPRI de 13-2-1980 celebrado entre el Reino Unido y Sri Lanka; el artículo 5 del APPRI de 27-9-1989 celebrado entre Francia y Kuwait; el artículo 3 del APPRI de 5-5-1994 celebrado entre Perú e Italia; el artículo 3 del APPRI de 10-5-1994 celebrado entre el Reino Unido y Ecuador; o el artículo 3 del APPRI de 22-1-1995 celebrado entre Italia y Emiratos Árabes Unidos. Entre los modelos de APPRI, en el mismo sentido: *vid.* el artículo 4.2 del modelo indio; el artículo 4.2 del modelo estadounidense; el artículo 4 del modelo canadiense; el artículo 4.1 del modelo noruego; y el artículo 3.5 del modelo alemán. No obstante, en la práctica convencional francesa se pueden encontrar algunas

permite planificar su desarrollo económico con autonomía y proteger ciertos sectores industriales de carácter estratégico. Unos sectores donde los inversores nacionales gozarían de preferencia para desarrollar su actividad frente a los inversores extranjeros, quienes sólo podrían reclamar el TN cuando el Estado receptor hubiera admitido su inversión.

Importa advertir adicionalmente que, en determinadas situaciones, algunos APPRI españoles también limitan expresamente la extensión del TN y de NMF a las inversiones extranjeras. Este fenómeno tiene lugar cuando el Estado receptor decreta medidas o incentivos de carácter tributario, laboral o administrativo que benefician exclusivamente a sus propios nacionales y que generalmente están destinados a «fomentar la creación o el crecimiento de la industria local»⁶².

Otro de los aspectos materiales que delimitan la obligación de protección es el que impide invocar el TN y de NMF para extender a los inversores extranjeros los beneficios resultantes de la pertenencia del Estado receptor a una estructura de cooperación comercial o económica de carácter regional. Se trata de una excepción básica en la política de inversiones extranjeras⁶³, de la que son tributarios los APPRI de primera y segunda generación que ha celebrado España⁶⁴. La coexistencia entre estos acuerdos bilaterales y los procesos de cooperación o integración regional exige la aplicación rigurosa del principio de relatividad de los tratados internacionales, aunque esta relación no siempre resulta pacífica. Un buen ejemplo de la importancia asumida por esta cláusula se aprecia en el proceso de integración europea, donde el Tribunal de Luxemburgo ha declarado la existencia de un incumplimiento de Suecia y Austria⁶⁵, al considerar que ciertos APPRI celebrados por ambos Estados antes de su adhesión a la Unión Europea (UE), carentes de la referida excepción, contravienen varias disposiciones del Derecho originario⁶⁶.

excepciones a esta pauta: *vid.* el artículo 4 del APPRI de 13-2-1993 celebrado entre Francia y Argelia; o el artículo 4 del APPRI de 13-1-1996 celebrado entre Francia y Marruecos.

⁶² Vide el artículo 5.1.a) del APPRI con Ghana. La práctica convencional reciente tiende a establecer cada vez más excepciones de esta misma naturaleza, a medida que el contenido de los APPRI se hace más complejo. Este es el caso, por ejemplo, de las exclusiones establecidas por los modelos estadounidense y canadiense en determinados sectores como las garantías financieras de carácter estatal; la contratación pública; y la propiedad intelectual: *vid.* el artículo 14.1 del modelo estadounidense; y el artículo 9 del modelo canadiense.

⁶³ UNCTAD, *The REIO Exception Clause in MFN Treatment Clauses*, United Nations Publications, New York and Geneva 2004, pp. 43-48.

⁶⁴ Cfr. el artículo 3.3 del APPRI con Corea del Sur; y el artículo 5.3 del APPRI con Nigeria. El artículo 3.4.c) del APPRI con China excluye además la extensión de los beneficios nacidos de un acuerdo fronterizo sobre el comercio; una fórmula muy común en la política convencional de China: cfr. el artículo 4.3.b) del APPRI de 21-11-1984 celebrado entre China y Noruega; el artículo 8.c) del APPRI de 12-3-1985 celebrado entre China y Tailandia; el artículo 5.1.b) del APPRI de 22-11-1988 celebrado entre China y Nueva Zelanda; el artículo 3.3 del APPRI de 26-8-1991 celebrado entre China y Mongolia; o el artículo 3.3 del APPRI de 7-6-1998 celebrado entre China y Polonia.

⁶⁵ Queda todavía pendiente el asunto C-118/07, entablado por la Comisión contra Finlandia con idéntico motivo.

⁶⁶ Vide STJCE 3-3-2009, *Comisión c. Austria*, asunto C-205/06, apdos. 25-46 (*DO C* 165, 15-7-2006, p. 17; y *DO C* 102, 1-5-2009, p. 2); y STJCE 3-3-2009, *Comisión c. Suecia*, asunto C-249/06, apdos. 25-46 (*DO C* 178, 29-7-2006, p. 27; y *DO C* 102, 1-5-2009, p. 2).

Asimismo se excluyen tradicionalmente del ámbito de aplicación de la obligación de protección las cuestiones tributarias⁶⁷, reguladas usualmente mediante otros instrumentos bilaterales específicos, así como todas aquellas controversias originadas antes de la entrada en vigor de los APPRI. Esta última excepción resulta de gran importancia en la práctica forense y no debe confundirse con la extensión de la protección del APPRI hacia las inversiones constituidas con anterioridad a su vigencia. En otras palabras, los APPRI no disponen una extensión retroactiva de las obligaciones de promoción y protección hacia las inversiones establecidas o iniciadas con anterioridad a su vigencia, sino que tan sólo permiten someter aquellas inversiones a las obligaciones de promoción y protección desde el momento de su entrada en vigor.

Tanto el *Caso Tecmed* como el *Caso Clarín* constatan esta afirmación en todos sus extremos⁶⁸. En la primera controversia, ventilada sobre la base del APPRI con México, el Tribunal sostuvo que «la utilización continua (en el APPRI) del tiempo futuro (...) impide interpretar que las disposiciones del Acuerdo, aún en relación con inversiones existentes al momento de su entrada en vigencia, sean de aplicación retroactiva»⁶⁹. Y en la segunda, donde se dirimía un incumplimiento en el marco del APPRI con Chile, el Tribunal arbitral indicó que las disposiciones sustantivas de dicho APPRI eran aplicables «únicamente si el APPRI se hallaba en vigor en el momento en el que se cometieron las supuestas violaciones»⁷⁰. Los comportamientos estatales anteriores a la entrada en vigor del APPRI que signifiquen una contravención de las obligaciones de promoción y protección, como se insiste en el *Caso Vieira*, no se rigen por este régimen convencional⁷¹ y muy difícilmente pueden considerarse como violaciones del mismo, salvo que el perjudicado lograra demostrar en sede arbitral que aquellas forman parte de un hecho ilícito continuado mediante la aplicación de las categorías del DI de la responsabilidad⁷².

Comentario separado merece el régimen de protección dispuesto por el APPRI con China, que prevé un sistema de geometría variable donde, en primer lugar, el TN y de NMF se reconocen únicamente para las inversiones extranjeras (no para los inversores). Asimismo este APPRI tampoco otorga genéricamente el TN a las inversiones españolas en China⁷³. De la misma forma que sucede con la concesión del trato justo y equitativo, el Protocolo del APPRI con China excluye del ámbito de protección del TN aquellas medidas ya existentes adoptadas por China para favorecer a

⁶⁷ Cfr. el artículo 4.3 del APPRI con Argelia; y el artículo 4.3 del APPRI con Libia.

⁶⁸ En el mismo sentido se han pronunciado otros Tribunales arbitrales constituidos en el seno del CIADI: vide *Mondev International c. Estados Unidos* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/2, Laudo de 11-10-2002, párs. 65-68); y *SGS c. Pakistán* (Caso CIADI N.º ARB/01/13, Decisión sobre objeciones a la competencia de 6-8-2003, pár. 116).

⁶⁹ *Técnicas...* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/2, Laudo de 29-5-2003, párs. 64-65).

⁷⁰ *Víctor...* (Caso CIADI N.º ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, pár. 429).

⁷¹ Cfr. *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. Chile* (Caso CIADI N.º ARB/04/7, Laudo de 21-8-2007, párs. 262-265 y 295).

⁷² Vide artículo 14 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Los precedentes arbitrales al respecto son bastante exigentes a la hora de reconocer la existencia de un hecho ilícito continuado. Entre otros laudos: vide *MCI Power Group c. Ecuador* (Caso CIADI N.º ARB/03/6, Laudo de 31-7-2007, pár. 93).

⁷³ PASTOR PALOMAR, A., «Inversiones España-China bajo el nuevo APPRI 2005», *REEI*, n.º 12 (2006), pp. 9-12.

sus nacionales, así como también las eventuales modificaciones de éstas⁷⁴. Por consiguiente, respecto al alcance del TN en este APPRI cabe presentar las mismas cautelas que se formulan cuando se estudió el concepto de trato justo y equitativo hace unas páginas.

Deben hacerse finalmente dos apuntes adicionales sobre el contenido de los principios de TN y de NMF en la práctica convencional española. En primer lugar, los APPRI acertadamente establecen que el TN se refiere únicamente a aquel concedido por el Estado, sin valorar la existencia de diferentes regímenes normativos autonómicos. Un inversor extranjero en España, por tanto, no podrá reclamar la violación del TN cuando una región española otorgara un mejor tratamiento a los inversores nacionales residentes en su territorio, siempre que esta medida fuera compatible con el principio de no discriminación reconocido por la Constitución Española.

En segundo lugar, la aplicación del trato de NMF no puede extenderse a todas las disposiciones de un APPRI, pues como ya se señaló en el *Caso Tecmed* determinadas materias «por su trascendencia e importancia, integran el núcleo de cuestiones que deben presumirse como especialmente negociadas entre las Partes Contratantes y determinantes de su aceptación del Acuerdo (...) y no pueden, por ende, verse desvirtuadas en su aplicación a través de la cláusula de la nación más favorecida»⁷⁵. En el más reciente *Caso Renta 4*, iniciado a resultas de un presunto incumplimiento del APPRI entre España y Rusia, unos inversores españoles pretendían afirmar la competencia del Tribunal en virtud del APPRI celebrado entre Dinamarca y Rusia, prevaleciendo de la «doctrina Maffezini». El órgano arbitral instituido en el seno la Cámara de Comercio de Estocolmo para resolver el litigio⁷⁶, sin embargo, ha vuelto a insistir en el carácter restringido con el que debe interpretarse la cláusula de NMF de dicho APPRI⁷⁷.

Ello no obsta para que de una manera excepcional, si las disposiciones del APPRI no fueran lo suficientemente precisas o ésta fuera la intención de los sujetos partes⁷⁸, pudiera entrar en juego la «doctrina Maffezini», según la cual, sería posible extender las disposiciones de un APPRI que reconocen el trato de NMF a los preceptos que regulan el sistema de solución de controversias inversor-Estado. Aunque es cierto que

⁷⁴ Esta solución normativa se reproduce en otras recientes manifestaciones de la actividad convencional China, como el artículo 3 del APPRI de 1-12-2003 celebrado entre China y Alemania. España inició las negociaciones con China con muy poco margen de maniobra para evitar este régimen, puesto que el APPRI que sirvió como borrador para ambas partes fue el APPRI celebrado entre China y Holanda, que adopta una posición similar.

⁷⁵ *Técnicas...* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/2, Laudo de 29-5-2003, pág. 69).

⁷⁶ Conviene puntualizar que en el *Caso RosInvest*, planteado a resultas de una violación del APPRI celebrado entre Rusia y el Reino Unido, el Tribunal arbitral constituido en la Cámara de Comercio de Estocolmo reconoció su competencia sobre la base del APPRI celebrado entre Rusia y Dinamarca aplicando la cláusula de NMF, pues este último extendía la competencia arbitral a las materias que eran objeto de la controversia y que estaban excluidas en el APPRI aplicable al litigio: *vid. RosInvest c. Rusia* (Caso N.º V/079/2005, Laudo sobre competencia de 11-2007, párs. 124-139).

⁷⁷ *Renta 4 y otros c. Rusia* (Caso N.º V/024/2007, Laudo sobre objeciones a la competencia de 20-3-2009, párs. 105-118).

⁷⁸ FERNÁNDEZ MASÍ, E., «Atribución de competencia a través de la cláusula de la nación más favorecida: lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral internacional en materia de inversiones extranjeras», *REEL*, vol. 13 (2007), pp. 16-20; y VALENTI, M., «The Most Favoured Nation Clause in BITs as a Basis for Jurisdiction in Foreign Investor-Host State Arbitration», *Arb Int'l*, vol. 24, n.º 3 (2008), 447-465, p. 462.

algunos precedentes arbitrales todavía acogen con carácter residual dicha doctrina⁷⁹, no lo es menos que tales litigios generalmente se basan en el incumplimiento de APPRI de primera generación celebrados en la mayoría de ocasiones con anterioridad a la fecha en que se resolvió el *Caso Maffezini*. En nuestros días la mayoría de los Estados, entre ellos España, excluyen la aplicación de la «doctrina Maffezini» acotando el alcance del precepto que contiene el trato de NMF en los APPRI de segunda generación.

Veamos acto seguido cómo se reglamentan otras manifestaciones del mandato de protección de las inversiones extranjeras, en particular, los casos en los que se adoptan medidas expropiatorias o nacionalizadoras de manera discriminatoria por parte del Estado receptor contra la inversión extranjera y, en segundo lugar, cuando se producen daños sobre la inversión extranjera como consecuencia de un conflicto interno.

2. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL EN LOS CASOS DE EXPROPIACIÓN INJUSTIFICADA Y DAÑOS EN LA INVERSIÓN EXTRANJERA RESULTANTES DE UN CONFLICTO INTERNO

A) *La elevada concreción del régimen previsto para las expropiaciones injustificadas*

La adopción de medidas expropiatorias por parte del Estado receptor sobre las inversiones establecidas en su territorio constituye una opción política coherente con el principio de igualdad soberana de los Estados⁸⁰. Tanto es así que en el DI general no existe ninguna norma que prohíba a los Estados adoptar estas medidas contra sus nacionales o los extranjeros, siempre que sean justificadas, justamente compensadas y respondan a un interés público⁸¹. Ahora bien, el régimen de protección particular de los APPRI permite atribuir responsabilidad internacional al Estado receptor que acomete expropiaciones injustificadas o improcedentes contra las inversiones extranjeras, así como medidas equivalentes⁸².

En efecto, la práctica convencional maneja un concepto de expropiación amplio⁸³, que engloba tanto a las expropiaciones directas (aquellas que implican una transferen-

⁷⁹ *MTD Equity c. Chile* (Caso CIADI N.º ARB/01/7, Laudo de 25-5-2004, párs. 100-104); y *Siemens c. Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/02/8, Decisión sobre jurisdicción de 3-8-2004, párr. 103).

⁸⁰ CHUECA SANCHO, A. G., «Contratos entre Estados y empresas extranjeras y Derecho internacional público», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gastéiz* (1989), 311-377, pp. 347-360. Procede señalar que las negociaciones del primer APPRI con Colombia no prosperaron precisamente a resultas de la incompatibilidad existente entre la Constitución colombiana y las normas sobre expropiación que recogía el proyecto de APPRI. Tales negociaciones sólo se relanzaron tras la reforma de la Constitución colombiana y tuvieron como resultado un nuevo APPRI, en vigor desde el 22-9-2007.

⁸¹ *ADC c. Hungría* (Caso CIADI N.º ARB/03/16, Laudo de 2-10-2006, párs. 477 y ss.).

⁸² CHRISTIE, G.C., «What Constitutes a Taking of Property under International Law», *BYIL*, vol. 38 (1962), 307-338, pp. 309-312; FORTIER, L.Y. y DRUMER, S.L., «Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know it When I see it, or Caveat Investor», *ICSID Review FILJ*, vol. 19, n.º 2 (2004), 293-327 pp. 295-296 y 305; y HOFFMAN, A.K., «Indirect Expropriation», en REINISCH, A. (ed.), *Standards in Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford 2008, 151-170, pp. 152-153.

⁸³ Vide el artículo 5.1 del APPRI de 4-6-1982 celebrado entre el Reino Unido y Camerún; el artículo 4.2 del APPRI de 30-5-1984 celebrado entre Francia y China; el artículo 5.1 del APPRI de 23-11-1985 celebrado entre China y Kuwait; el artículo 5.1 del APPRI de 15-5-1986 celebrado entre el Reino Unido y

cia indiscutible del título de propiedad en favor del Estado), como a las denominadas expropiaciones indirectas (las que sin llegar *de iure* a ese extremo, *de facto* generan un resultado similar o equivalente a la expropiación)⁸⁴. Los APPRI españoles distinguen formalmente entre las expropiaciones directas e indirectas, identificando en su articulado como un incumplimiento de la obligación de protección todas aquellas medidas de nacionalización, expropiación o de efectos similares que fueran adoptadas de manera injustificada.

Los precedentes arbitrales relacionados con los intereses españoles han confirmado esta doctrina y así en el *Caso Tecmed* se insistió en que la expropiación no sólo supone una apropiación de bienes y derechos por parte del Estado receptor, sino que también se perfecciona cuando «existe despojo de su uso o del goce de sus beneficios, o interferencia en tal uso (...), aun cuando no se afecte a la titularidad legal o jurídica de los bienes en cuestión, y siempre que el despojo no sea efímero»⁸⁵.

Asimismo, en la práctica convencional se viene incorporando cada vez con más frecuencia una cláusula que pretende declarar el incumplimiento de la obligación de protección cuando la expropiación sea injustificada, aunque tenga lugar por motivos de protección ambiental⁸⁶. Esta tendencia ha cobrado una especial relevancia en los últimos años, toda vez que se han intensificado los esfuerzos de los Estados por luchar contra el cambio climático y, al mismo tiempo, han aumentado las medidas proteccionistas o nacionalizadoras sobre las principales fuentes de energía.

Sin embargo, en este punto los APPRI no hacen más que codificar la doctrina asentada por algunos precedentes arbitrales como, por ejemplo, el *Caso Santa Elena*⁸⁷. Precisamente siguiendo los pasos de este último, el Tribunal que resolvió el *Caso Tecmed* concluyó que las expropiaciones por motivos medioambientales igual-

China; el artículo 6.3 del APPRI de 13-9-1990 celebrado entre Francia y la República Checa; el artículo 6.1 del APPRI de 30-10-1990 celebrado entre el Reino Unido y Marruecos; el artículo 6.1 del APPRI de 7-9-1994 celebrado entre Francia y Ecuador; el artículo 5.1 del APPRI celebrado el 4-12-1996 entre el Reino Unido y Nicaragua; el artículo 6.2 del APPRI de 27-5-1998 celebrado entre Francia y Guatemala; o el artículo 4.2 del APPRI de 1-12-2003 celebrado entre China y Alemania. Entre los modelos de APPRI utilizados en este trabajo: cfr. el artículo 5.1 del modelo indio; el artículo 6.1 del modelo estadounidense; el artículo 13.1 del modelo canadiense; el artículo 5.2 del modelo francés; y el artículo 4.2 del modelo alemán. Por el contrario, el modelo noruego no establece una distinción tan clara entre ambos tipos de expropiación (artículo 6.1). A la luz de la práctica convencional noruega puede comprobarse, sin embargo, que dicho Estado también ha acogido esta sistematización: cfr. el artículo 6 del APPRI de 6-11-1984 celebrado entre Noruega y Malasia; el artículo 5.1 del APPRI de 21-11-1984 celebrado entre China y Noruega; el artículo 6.1 del APPRI de 1-6-1993 celebrado entre Chile y Noruega; o el artículo 5 del APPRI de 4-10-1995 celebrado entre Noruega y Rusia.

⁸⁴ *Técnicas...* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/2, Laudo de 29-5-2003, pág. 114).

⁸⁵ *Técnicas...* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/2, Laudo de 29-5-2003, pág. 116). En la doctrina puede consultarse FIETTA, S., «Expropriation and the Fair and Equitable Standard: The Developing Role of Investors' Expectations in International Investment Arbitration», *JIArb*, vol. 23, n.º 5 (2006), 375-399, pp. 381-385.

⁸⁶ En el ámbito de la OMC ya se ha generado una práctica que constata nuestra afirmación: *vid.* FAJARDO DEL CASTILLO, T., «El sistema de solución de controversias de la OMC y el medio ambiente», en DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. (coord.), *Globalización y Comercio Internacional*. Actas de las XX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Boletín Oficial del Estado, Madrid 2005, 131-145, pp. 134 y ss.

⁸⁷ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica* (Caso CIADI N.º ARB/96/1, Laudo de 17-1-2000, pág. 72).

mente se someten a las obligaciones de protección y de compensación adecuada establecidas por los APPRI⁸⁸.

Los modelos de APPRI canadiense, estadounidense y noruego declaran como inapropiada la promoción de las inversiones extranjeras mediante una reducción de la protección ambiental y permiten que las partes soliciten consultas diplomáticas cuando alguna de ellas considera que la otra ha rebajado sus estándares ambientales⁸⁹. Asimismo, el modelo estadounidense permite adoptar medidas ambientales compatibles con el resto de obligaciones reconocidas en el APPRI, es decir, *a sensu contrario* somete cualquier medida expropiatoria tomada por razones ambientales a los principios básicos de protección convenidos por las partes⁹⁰.

En el modelo de APPRI presentado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDS) en el año 2005 se incluyen igualmente un par de preceptos que persiguen reforzar la protección ambiental y salvaguardar la soberanía del Estado receptor para establecer los estándares ambientales más elevados⁹¹. Sin embargo, tal vez la disposición más relevante de este modelo es aquella que dicta que «las medidas legislativas no discriminatorias adoptadas por una parte que estuvieran diseñadas o destinadas a proteger o reforzar (...) el medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta»⁹².

En este mismo orden de ideas, pese a que se trata de una materia que de momento sólo experimenta un progresivo proceso de comunitarización, interesa poner de relieve que desde el subsistema de integración comunitario se ha exhortado a los Estados miembros para que, en el ejercicio de su política convencional de promoción y protección de inversiones extranjeras, se esfuercen por mantener los estándares de protección ambiental y fomenten el desarrollo sostenible⁹³.

El impacto de esta tendencia en la política convencional española ha sido bastante reducido y hasta la fecha sólo el APPRI con Libia, que como se advirtió *supra* todavía está pendiente de autorización parlamentaria en el momento de cerrar este trabajo, acoge un precepto en sintonía con los anteriores. Aunque no es menos cierto que, ya durante las negociaciones del primer APPRI con México, dicho Estado planteó una cláusula de esta naturaleza que finalmente no prosperó.

Esta disposición del APPRI con Libia habilita al Estado receptor para imponer medidas de garantía del cumplimiento de las obligaciones ambientales que no fueran discriminatorias y reitera el compromiso de las partes por no rebajar los estándares

⁸⁸ *Técnicas...* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/2, Laudo de 29-5-2003, pág. 121).

⁸⁹ Vide el artículo 12.1 del modelo estadounidense; el artículo 11 del modelo canadiense; y el artículo 11 del modelo noruego.

⁹⁰ Vide el apartado 1 del Protocolo al APPRI de 1-12-1998 celebrado entre los Estados Unidos de América y Mozambique; y el artículo 12.2 del APPRI de 4-11-2005 celebrado entre los Estados Unidos de América y Uruguay.

⁹¹ En el Artículo 21.A de dicho modelo se reconoce el derecho de cada parte a «establecer su propio nivel de protección ambiental y sus propias políticas y prioridades de desarrollo sostenible, así como de adoptar o modificar leyes y reglamentos ambientales». Las partes, asimismo, deberán asegurar que «sus normas internas ofrecen altos niveles de protección ambiental y se esforzarán por mejorar la calidad de tales normas» (traducción propia).

⁹² Vide el artículo 8.I del modelo del IIDS (traducción propia).

⁹³ EUROPEAN COMMISSION, «Note for the attention of the 133 Committee: upgrading the EU Investment Policy», de 30-5-2006, punto 4.º

ambientales en beneficio de la promoción de las inversiones extranjeras⁹⁴. Asimismo, de acuerdo con el modelo estadounidense y con los precedentes referidos en este apartado, se reconoce que nada en el acuerdo «se interpretará en el sentido de que impida que las Partes Contratantes modifiquen o adopten medidas compatibles con el presente Acuerdo para garantizar que la actividad inversora se lleve a cabo teniendo en cuenta las preocupaciones medioambientales, siempre que dichas medidas no se apliquen de forma arbitraria o injustificable y no menoscaben la esencia de los derechos establecidos en el presente Acuerdo».

A tenor de la evolución de la política convencional de inversiones a nivel internacional y comunitario, sería de esperar que este tipo de disposiciones proliferen en los próximos APPRI negociados por España e incluso que, siguiendo los modelos norteamericanos, incorporen el referido procedimiento de consultas entre las partes.

B) *La escasa concreción del régimen previsto para los daños resultantes de un conflicto interno*

Otra de las situaciones que pueden activar el régimen de protección establecido por los APPRI tiene lugar cuando se producen daños sobre la inversión extranjera como consecuencia de un conflicto interno en el Estado receptor. Esta cláusula, que pretende proteger las inversiones sometiendo la conducta del Estado receptor al estándar de la debida diligencia, pone de relieve la estrecha vinculación entre los APPRI y el DI de la responsabilidad⁹⁵. De aquel Estado, por tanto, se requiere tanto que no adopte actos discriminatorios o arbitrarios en contra de la inversión, como también que adopte todas las medidas necesarias para evitar el menoscabo o la pérdida de la inversión, garantizando su «plena protección y seguridad»⁹⁶.

En este último supuesto, su responsabilidad se determina tras un análisis objetivo, donde corresponde al órgano arbitral ponderar en cada caso si el comportamiento del Estado receptor se ajusta o no al referido estándar⁹⁷. En el *Caso Tecmed*, por ejemplo, tras realizar una valoración del comportamiento de las autoridades públicas mexicanas, el Tribunal descartó atribuir finalmente responsabilidad a México, toda vez que la demandante fue incapaz de probar que estas autoridades habían alentado o incitado las movilizaciones de los ciudadanos en contra de una inversión española⁹⁸.

El régimen jurídico aplicable a este tipo de supuestos a través de la cláusula de compensación por pérdidas dista mucho de ser uniforme en la práctica convencional. Por un lado, algunos Estados reconocen, sobre la base del TN y de NMF, un derecho

⁹⁴ Vide los artículos 8.4 y 8.5 del APPRI con Libia.

⁹⁵ Con carácter general puede consultarse HOBÉR, K., «State Responsibility and Investment Law», *JIArb*, vol. 25, n.º 5 (2008), 545-568, pp. 549 y ss.

⁹⁶ *Compañía de Aguas del Aconquija c. Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/97/3, Laudo de 20-8-2007, párs. 7.4.13-7.4.15).

⁹⁷ *Asian Agricultural Products c. Sri Lanka* (Caso CIADI N.º ARB/87/3, Laudo de 27-6-1990, pág. 85). Para un comentario doctrinal de este litigio: *vid.* VASCIANNE, S. C., «Bilateral Investment Treaties and Civil Strife: The AAPL/Sri Lanka Arbitration», *NILR*, vol. XXXIX, n.º 3 (1992), 332-354, pp. 339 y ss. Sobre el estándar de la debida diligencia en el DI público debe consultarse la monografía de LOZANO CONTRERAS, J. F., *La noción...*, *op. cit.*, pp. 61-228.

⁹⁸ *Técnicas...* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/2, Laudo de 29-5-2003, pág. 176).

de compensación por las pérdidas sufridas por las inversiones extranjeras a resultas de disturbios o conflictos internos de muy diverso grado⁹⁹. Al margen de esta posición, defendida entre otros por los Estados Unidos, Francia o Alemania, otros APPRI consagran no sólo tal derecho, sino que además extienden la compensación por las pérdidas a los daños imputables a las autoridades del Estado receptor, originados como consecuencia de su actuación desproporcionada. Este segundo modelo de cláusula, más favorable para el régimen de protección de las inversiones extranjeras, ha sido una constante de la política convencional británica¹⁰⁰ y, más recientemente, es asumido por el modelo de APPRI noruego¹⁰¹.

La obligación de protección, en los APPRI españoles de segunda generación, alcanza a las pérdidas sufridas por las inversiones extranjeras como consecuencia de una guerra o de cualquier otro conflicto de carácter interno o internacional, incluso cuando aquellas se puedan imputar a las fuerzas o autoridades del Estado receptor, siempre que en este último caso la necesidad de la situación no exigiera tal comportamiento. Los APPRI reglamentan, además, que el Estado receptor queda obligado a indemnizar o compensar tales pérdidas, en virtud de los principios de TN y de NMF.

Pero conviene advertir que los APPRI no mantienen una posición uniforme en torno a la cláusula de compensación por pérdidas. En efecto, mientras que con la mayoría de Estados el enunciado propuesto por la cláusula sigue las coordenadas indicadas, con los países iberoamericanos y también con Ghana se prescinde de la última parte de este precepto, esto es, de la que atribuye responsabilidad internacional al Estado como consecuencia de una actuación desproporcionada de sus fuerzas armadas¹⁰².

Debe entenderse, a nuestro juicio, que la redacción final adoptada por la cláusula de compensación por pérdidas depende de la negociación diplomática entre las partes. De hecho, la posición que mantiene España en este ámbito respecto a los Estados iberoamericanos no es compartida por otros Estados. Así, Finlandia ha logrado incluir

⁹⁹ Vide el artículo 4.3 del APPRI de 4-5-1987 celebrado entre Alemania y Uruguay; el artículo 5.3 del APPRI de 14-2-1989 celebrado entre Francia y Polonia; el artículo 4.3 del APPRI de 9-4-1991 celebrado entre Alemania y Argentina; el artículo 4.3 del APPRI de 21-10-1991 celebrado entre Alemania y Chile; el artículo 4.3 del APPRI de 13-9-1994 celebrado entre Alemania y Costa Rica; el artículo 6.4 del APPRI de 2-9-1997 celebrado entre Francia e India; el artículo 4.3 del APPRI de 18-10-2001 celebrado entre Alemania y Bosnia-Herzegovina; el artículo 6 del APPRI de 12-5-2003 celebrado entre Francia e Irán; o el artículo 5.3 del APPRI de 24-2-2004 celebrado entre Francia y Bahrein. Entre los modelos de APPRI estudiados: cfr. el artículo 6 del modelo indio; el artículo 5.4 del modelo estadounidense; el artículo 12.1 del modelo canadiense; el artículo 5.3 del modelo francés; y el artículo 4.3 del modelo alemán.

¹⁰⁰ Vide el artículo 4 del APPRI de 4-6-1981 celebrado entre el Reino Unido y Paraguay; el artículo 4 del APPRI de 7-10-1983 celebrado entre el Reino Unido y Panamá; el artículo 4 del APPRI de 27-11-1987 celebrado entre el Reino Unido y Benín; el artículo 4 del APPRI de 25-5-1989 celebrado entre el Reino Unido y la República Democrática del Congo; el artículo 7 del APPRI de 4-10-1993 celebrado entre el Reino Unido y Perú; el artículo 4 del APPRI de 7-12-1993 celebrado entre el Reino Unido y Honduras; o el artículo 4 del APPRI de 1-3-1994 celebrado entre el Reino Unido y Bielorrusia.

¹⁰¹ Vide el artículo 7 del modelo noruego.

¹⁰² Vide el artículo 6 del APPRI con Bolivia; el artículo 5 del APPRI con Colombia; el artículo VI del APPRI con México; y el artículo 6 del APPRI con Ghana. En el caso del también reciente APPRI con Guinea-Ecuatorial (*BOE* 12-1-2004), sin embargo, se utiliza el modelo completo de cláusula (art. 6).

la fórmula más completa de la cláusula de compensación por pérdidas en las relaciones convencionales con buena parte de los Estados iberoamericanos con quien ha celebrado este tipo de acuerdos ¹⁰³, Perú y Colombia la han convenido en el APPRI que les une ¹⁰⁴ y, en último lugar, el Reino Unido ha mantenido este criterio en sus APPRI con Bolivia y Colombia, mientras que los APPRI españoles con ambos Estados contemplan una formulación restringida de esta cláusula ¹⁰⁵.

La cláusula de compensación por pérdidas, en definitiva, constituye una herramienta compleja ¹⁰⁶ que exige al operador encargado de interpretarla considerar múltiples conceptos jurídicos indeterminados del DI de la responsabilidad, como la debida diligencia, el estado de necesidad o el propio concepto de conflicto interno. Por esta razón, sin separarse de la práctica tradicional de aquel sector normativo ¹⁰⁷, los APPRI plasman esta cláusula en un precepto muy genérico, dejando un considerable margen de apreciación a los órganos arbitrales.

C) *La reparación del daño y la cuantía de la indemnización*

Ante una expropiación injustificada o la constatación de daños sobre la inversión subsumibles en el enunciado de la cláusula de compensación, la indemnización pecuniaria al inversor por los perjuicios causados aparece como la modalidad de reparación más plausible. Los Estados se limitan a recoger en los APPRI una serie de directrices elementales para determinar el montante de la indemnización. En los últimos años se aprecia una tendencia en la práctica ¹⁰⁸ por unificar este catálogo en torno, por una parte, al concepto de valor de mercado y, por otra, mediante la denominada cláusula *Hull* (que supone el pago sin demora, plenamente realizable y libremente convertible de la indemnización).

Los acuerdos de segunda generación celebrados por España, en lo que se refiere a la indemnización en los casos de expropiación, prescriben que ésta se efectúe conforme al valor de mercado que tenía el bien antes de que se produjera la expropiación y

¹⁰³ Entre los APPRI que incluyen una formulación amplia de la cláusula de compensación por pérdidas: cfr. el artículo 6 del APPRI de 27-5-1993 celebrado entre Finlandia y Chile; el artículo 7 del APPRI de 28-11-2001 celebrado entre Finlandia y Costa Rica; el artículo 6 del APPRI de 21-3-2002 celebrado entre Finlandia y Uruguay; o el artículo 6 del APPRI de 17-9-2003 celebrado entre Nicaragua y Finlandia. Entre los que incluyen la formulación conforme a los modelos de APPRI estadounidense y canadiense: cfr. el artículo 5 del APPRI de 5-11-1993 celebrado entre Finlandia y Argentina; o el artículo 6 del APPRI de 12-4-2005 celebrado entre Finlandia y Guatemala.

¹⁰⁴ Vide el artículo 8 del APPRI de 7-5-2001 celebrado entre Perú y Colombia.

¹⁰⁵ Vide el artículo 4 del APPRI de 24-5-1988 celebrado entre el Reino Unido y Bolivia; y el artículo 5.2 del APPRI de 9-3-1994 celebrado entre el Reino Unido y Colombia. En el artículo 4 del APPRI celebrado entre el Reino Unido y Emiratos Árabes Unidos, por el contrario, se incluye una concepción restringida de esta cláusula.

¹⁰⁶ BURKE-WHITE, W. W. y VON STANDEN, A., «Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties», *Va Jour Int'l Law*, vol. 48, n.º 2 (2008), 309-410, pp. 324-349.

¹⁰⁷ Vide *Anuario CDI*, 1978-II (1.ª parte), pp. 105 y ss.

¹⁰⁸ Vide el artículo 5.1 del modelo indio; el artículo 13 del modelo canadiense; el artículo 6 del modelo estadounidense; el artículo 5.2 del modelo francés; y el artículo 4.2 del modelo alemán.

que se realicen de manera pronta¹⁰⁹, adecuada y efectiva¹¹⁰. Tan sólo el APPRI con Kuwait perfila con más detalle este expediente en su artículo 5.3 al añadir que «si el valor justo de mercado no pudiera establecerse fácilmente, la indemnización se fijará con arreglo a principios equitativos que tengan en cuenta, entre otros, el capital invertido, el valor de reposición, la apreciación, la depreciación, las rentas actuales, el fondo de comercio y otros factores pertinentes»¹¹¹. La cuantía de los intereses, que se devengan desde el momento de la expropiación hasta la fecha del pago, resulta otro aspecto que los APPRI no reglamentan con uniformidad, puesto que se limitan a indicar que este montante se fijará conforme a un tipo comercial de mercado¹¹².

Por lo que se refiere a los casos de compensación por pérdidas, la mayoría de acuerdos reconocen de manera cumulativa tanto el carácter pronto, adecuado y efectivo de la indemnización resultante por este concepto, como la obligación de transferir la libremente¹¹³. Ambos expedientes pueden también ser dispuestos separadamente¹¹⁴ y sólo los APPRI con Colombia y México prescinden de cualquier referencia a los mismos en su articulado¹¹⁵, pese a que estos dos últimos Estados hayan reconocido expresamente el criterio de la libre transferencia de los pagos en otras manifestaciones de su práctica convencional¹¹⁶.

Parece comprensible que los Estados hayan preferido utilizar redacciones abiertas para regular esta cuestión, pues en definitiva este expediente suele generar siempre múltiples disensiones entre el inversor y el Estado receptor. Cuando el inversor no

¹⁰⁹ El artículo 7.1.b) del APPRI con Ghana dispone un mecanismo para acelerar el pago de la indemnización, al prever que «si la indemnización no se paga en los cinco meses siguientes a la fecha en que se hubiese fijado la misma, devengará intereses al tipo normal de mercado desde esa fecha hasta la fecha del pago».

¹¹⁰ Los APPRI con Marruecos, México y China también contemplan una fórmula parecida, aunque de manera menos meridiana en sus artículos 5.1, V.2 y 4.2, respectivamente.

¹¹¹ Los Estados del Golfo Pérsico suelen establecer una normativa bastante precisa de este expediente en su práctica convencional: *vid.* el artículo 7 del APPRI de 8-11-1989 celebrado entre Kuwait y Hungría; los artículos 4-7 del APPRI de 14-6-1996 celebrado entre Alemania y Qatar; los artículos 5-7 del APPRI de 8-7-1996 celebrado entre Francia y Qatar; los artículos 6-7 del APPRI de 31-10-1998 celebrado entre Suiza y Kuwait; los artículos 5-7 del APPRI celebrado entre Suiza y Emiratos Árabes Unidos; o los artículos 5-7 del APPRI de 22-9-2003 celebrado entre Austria y Emiratos Árabes Unidos.

¹¹² El APPRI con México, sin embargo, se refiere a una «tasa comercial razonable» en su artículo V.2.c). Durante las negociaciones del APPRI con Kuwait se discutió introducir como referencia para calcular el montante de los intereses el índice LIBOR (London Interbank Offered Rate), si bien esta opción se descartó finalmente. En la práctica convencional de terceros Estados se ha invocado este índice, por ejemplo, en el artículo 5.4 del APPRI de 12-3-1996 celebrado entre Finlandia y Emiratos Árabes Unidos.

¹¹³ Vide el artículo 6.2 del APPRI con Siria; el artículo 6.2 del APPRI con Marruecos; el artículo 7.2 del APPRI con Nigeria; el artículo 6.2 del APPRI con Moldavia; el artículo 6.2 del APPRI con Macedonia; y el artículo 6.2 del APPRI con Libia.

¹¹⁴ Vide el artículo 6 del APPRI con Kuwait; el artículo 5.2 del APPRI con China; y el artículo 6 del APPRI con Ghana.

¹¹⁵ Vide el artículo 5 del APPRI con Colombia; y el artículo VI del APPRI con México.

¹¹⁶ Vide el artículo 5.2 del APPRI de 9-3-1994 celebrado entre el Reino Unido y Colombia; el artículo 5 del APPRI de 8-12-2000 celebrado entre México y Portugal; o el artículo el artículo 8 del APPRI de 7-5-2001 celebrado entre Perú y Colombia. No prevén tal criterio, en línea con el precepto convenido con España, otra serie de APPRI: *cfr.* el artículo 8 del APPRI de 10-7-1995 celebrado entre México y Suiza; el artículo 6 del APPRI de 18-2-1998 celebrado entre México y Austria; el artículo 5.4 del APPRI de 27-8-1998 celebrado entre México y la Unión Belgo-Luxemburguesa; el artículo 4 del APPRI de 30-6-1999 celebrado entre México y Uruguay; el artículo VII del APPRI de 22-1-2000 celebrado entre Chile y Colombia; o el artículo 6 del APPRI de 30-11-2000 celebrado entre México y Grecia.

estuviera conforme con el importe de la indemnización tiene siempre expedita la vía arbitral para ventilar dicha cuestión, sin perjuicio de que pueda antes recurrir la decisión del Estado receptor en el foro interno¹¹⁷, no sin antes examinar rigurosamente todas y cada una de las disposiciones sobre el arreglo de las controversias inversor-Estado previstas en el respectivo APPRI. En efecto, no puede obviarse que algunos de estos acuerdos impiden iniciar un procedimiento arbitral si el inversor hubiera acudido a la vía interna previamente, por lo que una correcta identificación del *petitum* en sede interna constituye una exigencia procesal que en absoluto debe descuidarse.

3. OTROS MECANISMOS ADICIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN

A) *La obligación de garantizar la libertad de las transferencias*

El contenido de la obligación de protección, para finalizar, se completa con otros dos mandatos más específicos. El primero tiene como objeto garantizar la libre transferencia de las rentas de inversión e impedir, en consecuencia, que desde el Estado receptor se puedan establecer trabas legales para liquidarlas y hacerlas efectivas. Tras la crisis económica y financiera padecida por Argentina a principios de la presente década y los subsiguientes procedimientos arbitrales iniciados contra dicho Estado, las cláusulas de transferencia han cobrado importancia en el DI económico. Es por esto que los recientes APPRI reglamentan cada vez con más precisión las condiciones en las que debe reconocerse el principio de libertad de transferencias y las excepciones que pueden darse al mismo¹¹⁸.

Los APPRI de segunda generación utilizan un modelo de cláusula muy general para proteger la libre transferencia, donde se realiza una enumeración no cerrada de los conceptos sobre los que cabe predicar esta obligación y también se prescribe que la transferencia debe realizarse sin demora¹¹⁹, en moneda libremente convertible y al tipo de cambio vigente en ese momento¹²⁰. Sólo los APPRI con Marruecos y Macedonia incorporan un mandato adicional de extender el trato de NMF a la obligación de libre transferencia¹²¹, que ofrece la posibilidad de que el inversor pueda invocar el mismo trato que el Estado receptor confiere a los inversores de cualquier otra nacionalidad. Importa destacar que esta utilización del trato de NMF con carácter específi-

¹¹⁷ El artículo 5.3 del APPRI con Macedonia establece que «el inversor afectado tendrá derecho, con arreglo a la legislación de la Parte Contratante que realice la expropiación, a que una autoridad judicial u otra autoridad competente de esa Parte Contratante revise con prontitud su caso, incluidos la tasación de su inversión y el pago de la indemnización, de conformidad con los principios establecidos en el presente artículo». En el mismo sentido: *vid.* el artículo 5.4 del APPRI con Marruecos; el artículo 4.4 del APPRI con Colombia; o el artículo 5.4 del APPRI con Libia.

¹¹⁸ Vide el artículo 14 del modelo estadounidense.

¹¹⁹ El APPRI con Colombia establece incluso un plazo para realizar la transferencia sin demora, que se extiende tres meses desde la fecha en que el inversor la hubiera solicitado (art. 6.2).

¹²⁰ Vide el artículo 7 del APPRI con Siria; el artículo 7 del APPRI con Nigeria; el artículo 7 del APPRI con Moldavia; el artículo 7 del APPRI con Kuwait; el artículo 6 del APPRI con China; el artículo 8 del APPRI con Ghana; y el artículo 7 del APPRI con Libia.

¹²¹ Vide el artículo 7.3 del APPRI con Marruecos; y el artículo 7.3 del APPRI con Macedonia.

co revela, en línea con lo expresado *supra*, que la práctica española no es proclive a reconocer de manera general los efectos de la cláusula de NMF.

Además de las excepciones generales a la obligación de protección «por razones de orden público o seguridad y salud pública»¹²², que se extenderían a la cláusula de libre transferencia en virtud de una concepción integradora de estos acuerdos, los APPRI celebrados con la mayoría de Estados iberoamericanos establecen otra serie de mecanismos que limitan la libre transferencia para: proteger los derechos de acreedores en supuestos de quiebra e insolvencia del inversor extranjero¹²³, asegurar el cumplimiento de aquellas sentencias que éste tuviera pendientes en el Estado receptor¹²⁴ y garantizar ciertas operaciones financieras¹²⁵. Esta posición se enmarca en la tendencia sistematizadora que, como ya advertimos, se viene experimentando en la práctica internacional y es común en las relaciones convencionales de otros Estados¹²⁶.

Quizá la excepción al principio de libre transferencias que más problemas teóricos presenta es aquella que se invoca ante la amenaza o la aparición de desequilibrios macroeconómicos que afecten seriamente a la balanza de pagos del Estado receptor, un argumento ya presente en algunos precedentes del DI clásico como el *Caso de las indemnizaciones rusas*¹²⁷. España ha acogido esta cláusula mediante una formulación abierta y la ha incorporado residualmente en los APPRI de segunda generación que se han celebrado con Colombia, México, China y Ghana. Mucho más inédita fue su utilización antes del año 2000, salvo algunas contadas excepciones en los APPRI con Argentina y Costa Rica¹²⁸.

Para restringir lícitamente las transferencias, en virtud de esta última disposición, se exige el cumplimiento de varias condiciones por parte del Estado receptor. Por ejemplo, todos los APPRI someten su ejercicio a los principios de equidad, buena fe, no discriminación y temporalidad, con la particularidad de que el APPRI con Ghana establece un plazo temporal de seis meses para mantener su vigencia¹²⁹. Asimismo, y aunque en este punto no existe uniformidad en la práctica, otros APPRI también prevén que tales medidas sean compatibles con los acuerdos del FMI y con los respectivos compromisos asumidos por el Estado receptor que las adopta en este ámbito institucional¹³⁰.

La invocación de una desestabilización en la balanza de pagos para detener las transferencias de capitales implica una contravención del objeto principal perseguido por el régimen de protección de las inversiones, por lo que el Estado receptor debe administrar el recurso a esta opción con prudencia, so pena de que disminuya su cre-

¹²² Vide el artículo 3.5 del APPRI con Bolivia; el artículo 5.4 del APPRI con Nigeria; el artículo 4.4 del APPRI con Moldavia; o el artículo 11.2 del APPRI con Colombia. La excepción de orden público también se admitió en el APPRI de primera generación con India (art. 13.2).

¹²³ Vide el artículo VII.2.a) del APPRI con México.

¹²⁴ Vide el artículo 7.3.b) del APPRI con Bolivia.

¹²⁵ Vide el artículo VII.2.b) y VII.2.d) del APPRI con México.

¹²⁶ Vide el artículo 7.4 del modelo estadounidense.

¹²⁷ *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. XI, pp. 443-446.

¹²⁸ Vide el apartado 2.º del Protocolo anexo al APPRI con Argentina; o el artículo VI.5 del APPRI con Costa Rica.

¹²⁹ Un plazo que puede ser sometido a consultas y, por ende, modificado por acuerdo de las partes: *vid.* el artículo 8.3 *in fine* del APPRI con Ghana.

¹³⁰ Vide el artículo 6.4 del APPRI con Colombia; el artículo VII.3 del APPRI con México; y la adenda al artículo 6 del APPRI con China.

dibilidad en las relaciones económicas internacionales¹³¹. En este sentido, la decisión dictada en el *Caso LG&E* ya ha confirmado cómo la existencia de un estado de necesidad en el Estado receptor, otro de esos conceptos jurídicos indeterminados pertenecientes al DI de la responsabilidad, podría constituir un argumento suficiente para moderar esta obligación de libre transferencia¹³². Queda por determinar si, ante un escenario de crisis económica internacional generalizado, los Estados se van a mostrar receptivos a este primer precedente.

B) *La generalización de las cláusulas de cobertura*

Uno de los problemas jurídicos planteados con mayor frecuencia ante los órganos arbitrales consiste en determinar si el litigio nace de un incumplimiento del APPRI o de un contrato¹³³, siendo aquellos competentes para conocer del mismo con carácter general sólo en el primero de los casos. En la práctica internacional, los Estados¹³⁴ han convenido unos instrumentos denominados *umbrella clause*, que en adelante calificaremos como cláusulas de cobertura, que elevarían un incumplimiento contractual a la categoría de incumplimiento del APPRI y, por ende, allanarían el acceso del inversor extranjero a un arbitraje internacional.

A menudo en la práctica convencional este tipo de cláusulas se redactan con un lenguaje muy general y simplemente ordenan que cada Estado parte cumpla cualquier obligación que hubiera contraído en relación con las inversiones efectuadas por individuos o empresas de la contraparte, sin especificar cuestiones tan relevantes como si el tipo de obligaciones a las que se refiere son legales o contractuales, o si el inversor extranjero que actúa a través de sociedades locales también quedaría facultado para invocar tal protección¹³⁵.

Por todo lo anterior, no existe unanimidad en la jurisprudencia del CIADI a la hora de ponderar el alcance de las cláusulas de cobertura, habiéndose dado precedentes que las interpretan tanto de manera estricta¹³⁶ como amplia¹³⁷. Un ejemplo palmario de esta situación se contempla en el *Caso CMS*, cuyo laudo reconoció unos compromisos contractuales mediante la invocación de la cláusula de cobertura del APPRI celebrado entre Argentina y Estados Unidos, aunque tal decisión ha sido pos-

¹³¹ UNCTAD, *Investor-State...*, *op. cit.*, p. 63. El artículo XII del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios celebrado en el marco de la OMC (DO L 336, 23-12-1994) también admite una excepción de esta naturaleza, si bien se encuentra reglamentada con más precisión.

¹³² *LG&E c. Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/02/1, Decisión sobre responsabilidad de 3-10-2006, párs. 239 y ss.).

¹³³ WEIL, P., «Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier», *RCADI*, t. 128 (1969-III), 95-240, pp. 133-147.

¹³⁴ SINCLAIR, A. C., «The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection», *Arb Int'l*, vol. 20, n.º 4 (2004), 411-434, pp. 413-418.

¹³⁵ GALLUS, N., «An Umbrella just for Two? BIT Obligations, Observance Clauses and the Parties to a Contract», *Arb Int'l*, vol. 24, n.º 1 (2008), 157-169, pp. 159-169.

¹³⁶ *SGS...* (Caso CIADI N.º ARB/01/13, Decisión sobre objeciones a la competencia de 6-8-2003, párs. 166-168); o *Salini and Italstrade c. Jordania* (Caso CIADI N.º ARB/02/13, Decisión sobre competencia de 29-11-2004, pár. 126).

¹³⁷ *Sempra Energy c. Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/02/16, Decisión sobre objeciones a la competencia de 11-5-2005, párs. 100-101); *Eureko c. Polonia* (Laudo parcial de 19-8-2005, pár. 246); *Noble Ventures c. Rumania* (Caso CIADI N.º ARB/01/11, Laudo de 12-10-2005, párs. 46-62); o *LG&E...* (Caso CIADI N.º ARB/02/1, Decisión sobre responsabilidad de 3-10-2006, párs. 169-175).

teriormente revisada y anulada por un Comité *ad hoc*, precisamente porque no se había motivado suficientemente que la demandante pudiera servirse de aquella cláusula para reclamar un derecho que le correspondía a una sociedad local ¹³⁸.

La práctica convencional española no se ha mostrado especialmente entusiasta en cuanto a la recepción de las cláusulas de cobertura, al menos por lo que respecta a los APPRI de primera generación ¹³⁹. Bien es cierto que a partir del año 2000, a medida que se iban planteando litigios donde esta institución jurídica iba siendo perfilada en sede arbitral, su presencia comenzó a destacar ¹⁴⁰. Los APPRI de segunda generación a los que se ciñe este trabajo, aunque mucho más anuentes a aceptarlas ¹⁴¹, no han logrado homogeneizar su redacción. Así, algunos se refieren al deber de respetar las «obligaciones contractuales» ¹⁴²; otros emplean la fórmula «obligaciones» ¹⁴³ u «obligaciones escritas» ¹⁴⁴. En otros APPRI se ha sustituido el concepto de obligaciones por el de «compromisos» ¹⁴⁵ o «compromisos escritos» ¹⁴⁶.

La generalidad con la que se encuentran redactados todos estos enunciados dificulta una interpretación uniforme del contenido de la cláusula de cobertura en los APPRI españoles. Al utilizar conceptos como «obligación» o «compromiso escrito» España ha flexibilizado su alcance material sobremedida, incorporando cualquier incumplimiento estatal bajo su ámbito de aplicación. Sin embargo, esta redacción no se ajusta a la interpretación restringida sostenida por algunos precedentes arbitrales, que únicamente consideran como obligaciones susceptibles de ser protegidas las que son concertadas por el Estado actuando *iure imperii* ¹⁴⁷ o aquellas de gran importancia ¹⁴⁸. Ante la ausencia de una práctica arbitral que haya interpretado la redacción de

¹³⁸ Cfr. *CMS c. Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/01/8, Laudo de 12-5-2005, p. 299); con *CMS c. Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/01/8, Decisión del Comité *ad hoc* sobre la solicitud de anulación de Argentina de 25-9-2007, párs. 95-97).

¹³⁹ Entre los que sí la previeron: *vid.* el artículo 3.1 del APPRI con China (*BOE* 4-10-1993); el artículo 3.5 del APPRI con Rumania (*BOE* 23-10-1995); el artículo 8.2 del APPRI con Argelia; el artículo 3.2 del APPRI con Líbano; el artículo III.4 del APPRI con Venezuela (*BOE* 13-10-1997); el artículo 3.2 del APPRI con Estonia; el artículo 3.2 del APPRI con Croacia; el artículo IV.3 del APPRI con Panamá; el artículo 4.3 del APPRI con India; y el artículo III.2 del APPRI con Costa Rica.

¹⁴⁰ Vide el artículo III.1 del APPRI con Sudáfrica; el artículo 3.2 del APPRI con Ucrania (*BOE* 5-5-2000); el artículo del 3.2 APPRI con Eslovenia (*BOE* 11-5-2000); el artículo 4.2 del APPRI con Jordania (*BOE* 10-1-2001); el artículo 3.2 del APPRI con Gabón (*BOE* 25-1-2002); el artículo 3.2 del APPRI con Jamaica (*BOE* 13-1-2003); el artículo 3.2 del APPRI con Bosnia-Herzegovina (*BOE* 3-7-2003); el artículo 3.2 del APPRI con Guinea-Ecuatorial; el artículo 3.2 del APPRI con Albania (*BOE* 13-2-2004); el artículo 3.2 del APPRI con Uzbekistán (*BOE* 31-3-2004); el artículo 3.2 del APPRI con Yugoslavia (*BOE* 4-6-2004); el artículo 3.2 del APPRI con Guatemala (*BOE* 17-6-2004); el artículo 9 del APPRI con Irán (*BOE* 10-8-2004); y el artículo 3.2 del APPRI con Namibia (*BOE* 18-8-2004).

¹⁴¹ Tan sólo los APPRI con Colombia y México descartan su inclusión.

¹⁴² Vide el artículo 3.2 del APPRI con Bolivia; y el artículo 3.2 del APPRI con Marruecos.

¹⁴³ Vide el artículo 4.2 del APPRI con Nigeria; y el artículo 3.3 del APPRI con Ghana.

¹⁴⁴ Vide el artículo 3.2 del APPRI con Siria; el artículo 3.2 del APPRI con Moldavia; y el artículo 3.2 del APPRI con Kuwait.

¹⁴⁵ Vide el artículo 10.2 del APPRI con China.

¹⁴⁶ Vide el artículo 3.2 del APPRI con Libia.

¹⁴⁷ *El Paso Energy c. Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/03/15, Decisión sobre competencia de 27-4-2006, párs. 70 y 81); y *Pan American c. Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/03/13, Decisión sobre objeciones preliminares de 27-7-2006, párs. 109-110).

¹⁴⁸ *Joy Mining Machinery c. Egipto* (Caso CIADI N.º ARB/03/11, Laudo sobre competencia de 6-8-2004, p. 81).

estas cláusulas en los APPRI españoles, procede acoger con cautela la interpretación extensiva que parece proponer su articulado.

Los APPRI tampoco definen claramente el ámbito de aplicación subjetivo de la cláusula de cobertura. Al emplear la fórmula «con respecto a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante», no queda resuelto si los inversores extranjeros que actúan mediante sociedades locales también pueden invocarla. En este punto, y a pesar de la posición mantenida por el citado *Caso CMS*, una interpretación sistemática de aquellos APPRI conduciría a responder positivamente, siempre que del texto del acuerdo se desprendiera que tales inversores pueden establecer este tipo de inversiones.

Por otra parte, a pesar de que esta cuestión ya se planteó en uno de los primeros arbitrajes que trataron las cláusulas de cobertura¹⁴⁹, los APPRI de segunda generación no abordan el problema derivado de la determinación del foro competente para conocer la controversia cuando en el contrato de inversión se efectúa una elección preferente de los tribunales internos del Estado receptor. Encontramos una excepción a este silencio en el APPRI de primera generación celebrado con India, firmado en septiembre de 1997, que señala en su artículo 4.3 que «las controversias derivadas de dichas obligaciones se dirimirán únicamente con arreglo a las condiciones de los contratos subyacentes a las obligaciones». Si no media un precepto de esta naturaleza en el acuerdo, entendemos que el inversor optará con toda probabilidad por acudir a un arbitraje internacional apelando a la imposibilidad de obtener una solución adecuada en el foro interno, siendo el Tribunal arbitral quien en último lugar defina su competencia con arreglo a los elementos de prueba presentados por las partes¹⁵⁰.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El examen de las obligaciones de promoción y protección de las inversiones extranjeras que hemos realizado permite formular una serie de consideraciones que, para su mejor sistematización, plantearemos distinguiendo entre su dimensión *ad intra* y *ad extra*. Así, nos ocuparemos primero de la evolución de la segunda generación de APPRI valorando su impacto en la política convencional española y, a continuación, de las interacciones entre esta política y la desarrollada por los Estados nor-

¹⁴⁹ *SGS c. Filipinas* (Caso CIADI N.º ARB/02/6, Decisión sobre objeciones a la competencia de 29-1-2004, párs. 151 y ss.). Para un análisis doctrinal: *vid.* WONG, J., «Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing Countries and Developed Countries in Foreign Investment Disputes», *Geo M Law Rev*, vol. 14, n.º 1 (2006), pp. 168-169.

¹⁵⁰ Conviene señalar que el modelo español no difiere en exceso del que establecen otros Estados europeos: *vid.* el artículo 2.3 del APPRI de 5-7-2000 celebrado entre Dinamarca y Croacia; el artículo 2.2 *in fine* del APPRI de 31-10-2000 celebrado entre Suecia y Bosnia-Herzegovina; el artículo 9.1 del APPRI de 17-6-2001 celebrado entre Austria y Emiratos Árabes Unidos; el artículo 8.2 del APPRI de 18-10-2001 celebrado entre Alemania y Bosnia-Herzegovina; el artículo 2.2 del APPRI de 1-8-2002 celebrado entre el Reino Unido y Vietnam; y el artículo 12.2 del APPRI de 17-9-2003 celebrado entre Finlandia y Nicaragua.

teamericanos, europeos y algunas potencias económicas emergentes, como China o India.

Por lo que se refiere a la primera perspectiva de análisis, la segunda generación de APPRI se caracteriza por haber dotado de estabilidad a la política convencional española de inversiones extranjeras. En efecto, pese a carecer oficialmente de un modelo de APPRI, la práctica más reciente ha plasmado y consolidado un cuerpo de normas elemental en torno al cual se articulan las obligaciones de promoción y protección. Dentro del mismo destaca la concepción autónoma del trato justo y equitativo, el carácter restringido y opuesto a la «doctrina Maffezini» que asume el TN y de NMF, la concepción amplia de las expropiaciones, el empleo de la cláusula *Hull* a efectos de valorar las indemnizaciones y la generalización de las cláusulas de cobertura. Menos desarrollo conocen las normas que concretan la obligación de promoción, así como aquellas que sancionan las expropiaciones injustificadas por motivos ambientales. No puede descartarse empero, a tenor sobre todo de la evolución de la práctica convencional internacional, que finalmente estos preceptos se vayan incorporando de manera regular a la política española, como ya lo han hecho en los APPRI con Kuwait y Libia, respectivamente.

Las obligaciones de promoción y protección se someten a un proceso de mejor concreción técnica, a través de una sistematización de los comportamientos exigidos a las partes para respetar el mandato de promoción y mediante una progresiva consolidación del contenido del deber de protección. El conjunto normativo creado especialmente en torno a la obligación de protección de las inversiones extranjeras, sin embargo, no resulta homogéneo en la práctica española. Determinados APPRI, concretamente aquellos que han sido celebrados con los Estados iberoamericanos y con China, establecen mayores límites, excepciones y cautelas a esta obligación. La disposición que decreta la responsabilidad del Estado receptor cuando se producen daños en la inversión que pueden atribuirse a este último, por ejemplo, no posee un contenido uniforme y su alcance, fundamentalmente en los APPRI celebrados con los Estados iberoamericanos, es más restringido que en el resto de acuerdos desde la perspectiva de la protección del inversor. Una tendencia similar se aprecia respecto a las excepciones a la cláusula de libres transferencias convenidas también con los Estados iberoamericanos, a quienes se concede formalmente una mayor flexibilidad para restringir o suspender justificadamente los flujos de capitales relacionados con la inversión. Con independencia de la razón política que fundamenta esta posición de España con los Estados iberoamericanos y sin perjuicio de que su concesión se realiza sobre la base del principio de reciprocidad, debe reconocerse que precisamente esa zona geográfica recibe importantes inversiones españolas y, por ende, sería deseable invertir las con el grado más óptimo de protección.

En otro orden de cosas, si valoramos el tratamiento de las obligaciones de promoción y protección en la política convencional española en relación con otros Estados, puede concluirse que la negociación de los APPRI sigue marcada por una tensión entre los principios de igualdad soberana y reciprocidad. Las obligaciones convenidas por los Estados partes son el resultado de un balance de intereses políticos, jurídicos y económicos donde se persigue un equilibrio entre el desarrollo de los sectores productivos nacionales y la recepción de inversiones extranjeras. La situación descrita ha

dado lugar, en nuestros días, a dos concepciones diferentes de las obligaciones de promoción y protección en los APPRI.

Por una parte, los Estados Unidos de América y sus socios en el TLCAN, han optado por una regulación minuciosa y exhaustiva del alcance de las obligaciones de promoción y protección, así como de las excepciones que pueden formularse a ambas. Se trata, en cualquier caso, de una tendencia normativa que no presenta propuestas relevantes de desarrollo progresivo para el DI económico y que utiliza el DI general como marco de referencia, por ejemplo, al concebir de manera restringida tanto el concepto de trato justo y equitativo como la cláusula de compensación por pérdidas. Por otra parte, algunos Estados todavía emplean un modelo de APPRI más clásico y acorde con la práctica convencional de primera generación, compuesto por no más de una quincena de artículos y donde se mantiene tanto una concepción autónoma del trato justo y equitativo, como una consideración amplia de la cláusula de compensación por pérdidas. La práctica española sigue mayoritariamente esta segunda tipología, aunque deben advertirse algunas excepciones relevantes en las relaciones con los Estados iberoamericanos, especialmente con México, y en el APPRI con China.

Un análisis comparativo de la práctica convencional en el seno de la UE evidencia cómo ambos modelos se usan indistintamente o de manera simultánea por los Estados miembros. Por ejemplo, Finlandia invoca el modelo norteamericano para disciplinar la obligación de promoción de las inversiones extranjeras y el modelo clásico para ocuparse del mandato de protección. España utiliza ambos modelos para disciplinar el régimen de compensación por daños a la inversión, decantándose por el más restringido (de inspiración norteamericana) en sus relaciones con Iberoamérica, mientras que el Reino Unido, por el contrario, ha convenido soluciones uniformes más cercanas al modelo clásico en sus relaciones con Iberoamérica.

Las anteriores consideraciones revelan una evidente falta de coordinación en el plano comunitario y, como consecuencia de la misma, una situación de desventaja no sólo respecto a los Estados Unidos de América, sino también respecto a China, India o los Estados del Golfo Pérsico. Así las cosas, una vez que en sede comunitaria se culmine el debate sobre la naturaleza y el alcance de la competencia en materia de inversiones extranjeras, sería recomendable que los Estados miembros llegaran a un acuerdo sobre la adopción de un modelo europeo de APPRI que, en particular, establezca una definición uniforme de las obligaciones de promoción y protección de las inversiones extranjeras, superando las distintas aproximaciones nacionales.

RESUMEN

La segunda generación de APPRI españoles se caracteriza por haber sistematizado la obligación de promoción reforzando los deberes de información mutua y transparencia. Un par de mandatos que no modifican su naturaleza como obligación de comportamiento, pero que la dotan de un contenido material más cierto, imprescindible para identificar y calificar jurídicamente su aplicación por los Estados partes. La obligación de protección asiste a un proceso de consolidación que ha permitido asentar un modelo básico fundamentalmente en torno al trato justo y equitativo, al TN y de NMF y, por otra parte, a través de una serie de normas que atribuyen responsabilidad al Estado receptor, le impiden frenar la libre transferencia de las inversiones y, finalmente, amplían el acceso del inversor a los medios de arreglo de las controversias que ofrecen los APPRI. La regulación propuesta por el modelo de APPRI español para las obligaciones de promoción y protección de las

inversiones se sitúa a mitad de camino entre las nuevas tendencias normativas marcadas por los Estados miembros del TLCAN y el modelo clásico de APPRI que se viene desarrollando por la mayoría de Estados miembros de la UE. Sin embargo, para evitar distintas aproximaciones desde este subsistema regional y reforzar el papel de la UE como actor internacional, sería muy útil definir un modelo común europeo para las obligaciones de promoción y protección de las inversiones extranjeras.

ABSTRACT

A distinguishing feature of what we call the second generation of BITS, concluded by Spain, is the obligation of investment's promotion broken down into the mutual information and transparency; this conception stands for a tangible obligation of conduct applicable by the States parties. Meanwhile, the obligation of protection is in the process of being consolidated through several standards of treatment: fair and equitable treatment, national treatment and the most favoured nation treatment. Besides, the model of protection is set by means of attributing international responsibility to the host State, the limitation of capital flows and, finally, the investor's broad access to the means of dispute set out in BITS. Spain's model BIT is halfway between the new normative tendencies pointed out in NAFTA and the classic model of BITS adopted by most of the EU member States. However, in order to avoid different approaches and to enhance the EU role, the definition of a common European model could be very useful for promotion and protection of foreign investment.

RÉSUMÉ

Une caractéristique de ce qu'on appelle la deuxième génération de 'APPRIS' espagnoles c'est celle d'une obligation de promotion consistant en l'information mutuelle et la transparence. On a là une obligation de comportement tangible applicable aux Etats. Cependant, l'obligation de protection est en train de se consolider par voie de plusieurs standards, notamment en ce qui concerne le traitement juste et équitable, le traitement national ou la clause de la nation la plus favorisée; et aussi, il y a une série de normes portant la responsabilité de l'Etat, le libre transfert des investissements et l'accès de l'investisseur à tout une panoplie de moyens de solutions des disputes. Le modèle espagnol se situe entre les nouvelles tendances de NAFTA et le modèle traditionnel adopté par la plus part des Etats membres de l'Union Européenne. Certainement, on a besoin d'un modèle européen.