

# PROTECCIÓN DE INVERSIONES CON CONCEPTOS INDETERMINADOS: EL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN LOS APPRIS CELEBRADOS POR ESPAÑA<sup>1</sup>

Antonio PASTOR PALOMAR

Profesor Titular de Derecho Internacional Público  
Universidad Rey Juan Carlos

## SUMARIO

I. EL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO A LA INVERSIÓN EXTRANJERA COMO TÉCNICA CARACTERÍSTICA DE REGULACIÓN CONVENCIONAL: 1. *Obligación conceptualmente indeterminada*. 2. *De aplicación concreta*.—II. EL NÚCLEO FIJO O DE CERTEZA DE LA OBLIGACIÓN DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO: 1. *La voluntad de los Estados partes en el APPRI*: 1.1 Modelos de cláusulas dentro del contexto, objeto y fin de cada APPRI. 1.2 Otras cláusulas concurrentes.—2. *La medida del estándar mínimo exigible conforme al derecho internacional general*.—III. CUMPLIMIENTO DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO POR EL ESTADO CONCEDENTE: 1. *Margen de apreciación, buena fe y confianza legítima*. 2. *Situaciones excepcionales o de emergencia: obligación de diligencia*.—IV. EL CONTROL JUDICIAL Y ARBITRAL: EL AMPLIO «HALO» O ZONA DE INCERTIDUMBRE DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO: 1. *Obligación de no discriminación: trato nacional*. 2. *Obligación de transparencia*. 3. *Obligación de respeto a los compromisos contractuales asumidos con el inversor*. 4. *Juicio equitativo y propiedad en el procedimiento*.—V. REFLEXIONES FINALES.

## I. EL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO A LA INVERSIÓN EXTRANJERA COMO TÉCNICA CARACTERÍSTICA DE REGULACIÓN CONVENCIONAL

El presente trabajo está orientado hacia la práctica presente y futura de España, y se estructura en cuatro partes. Primero, estudiaremos la técnica que permite la compleja aplicación e interpretación de un concepto indeterminado como el trato justo y equitativo. Segundo, nos fijaremos en las cláusulas relevantes de los acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRIS, en adelante), que

---

<sup>1</sup> Este artículo se ha elaborado en el contexto de una actividad de investigación sobre el derecho internacional de inversiones financiada por la Cátedra Santander de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Rey Juan Carlos.

constituyen la base natural para llevar a cabo la interpretación. Tercero, analizaremos la eficacia y las condiciones de cumplimiento de la obligación convencional. En cuarto y último lugar, compararemos el régimen establecido en la red de APPRIS celebrados por España con los elementos del contenido del trato justo y equitativo que va concretando la jurisprudencia internacional.

## 1. Obligación conceptualmente indeterminada

Se entiende por la cláusula del trato justo y equitativo inserta en un APPRI, la disposición convencional en virtud de la cual el Estado huésped de la inversión –concedente– se obliga con el otro Estado parte a otorgar a los inversores –beneficiarios– un tratamiento justo y equitativo a sus inversiones directas. Correlativamente, la obligación confiere derechos para los inversores y los Estados partes en el tratado internacional, en virtud del principio del *pacta sunt servanda*, que incluye la buena fe en el cumplimiento. Todo ello configura un marco jurídico de gran utilidad para el desarrollo económico de los Estados y la internacionalización de las empresas.

Este tipo de cláusula encarna una técnica característica de regulación convencional en el conjunto del derecho internacional de inversiones, pues su contenido se sirve de un concepto jurídico indeterminado –un trato justo y equitativo– referido a una realidad de límites imprecisos que ha sido creada para su aplicación a supuestos concretos. En los APPRIS aparecen otros conceptos de este tipo: utilidad pública, interés social, trato no menos favorable, plena protección, medidas injustificadas, arbitrarias o discriminatorias, indemnización adecuada, resolución de la controversia por la vía diplomática hasta donde sea posible, entre otros ejemplos.

Se trata de una obligación autónoma que, sin embargo, puede servir de fundamento, amplificador y límite a otras obligaciones convencionales e incluso contractuales, a modo de principio general. Esto es importante, como veremos más tarde, porque puede suceder que en el contexto de una controversia no se le plantee directamente a un tribunal internacional una reclamación basada en la cláusula del trato justo y equitativo, pero el tribunal entienda que el asunto se relaciona con uno de sus corolarios: la arbitrariedad o las medidas discriminatorias, por ejemplo<sup>2</sup>. En la doctrina también se califica esta obligación como estándar<sup>3</sup> y se debate sobre si refleja el estándar mínimo internacional u ofrece otro estándar de protección autónomo y adicional al del Derecho internacional general<sup>4</sup>.

En cualquier caso, nos encontramos ante una técnica con implicaciones prácticas muy concretas y que se identifica en que, dentro del concepto indeterminado, habrá siempre un núcleo fijo –elemento rector y de certidumbre– rodeado por un cerco difu-

<sup>2</sup> Esta situación se produjo en el asunto *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, Estados Unidos c. Italia, sometido a la Corte Internacional de Justicia. Véase, ICJ Reports 1989, p. 15.

<sup>3</sup> En el sentido del *Dictionnaire de la terminologie du Droit international*, Sirey, 1959, p. 581; esto es el «comportamiento medio», tipo o modelo que sirve como «fórmula de apreciación» de la «corrección del comportamiento de un Estado en la materia considerada».

<sup>4</sup> *Ad. Ex.*, DOLZER, R., y STEVENS, M., *Bilateral Investments Treaties*, Dordrecht, 1995, p. 60; SCHREUER, CH. «Fair and equitable treatment in arbitral practice», *The Journal of World Investment and Trade*, v. 6, junio 2005, núm. 3, pp. 357 y ss.; VASCIANNIE, S., «The fair and equitable treatment standard in international investment law and practice», *BYIL*, v. 70, 1999, pp. 104 y ss.

so y de incertidumbre, que hemos denominado «halo». Tengamos en cuenta que con la garantía de un trato a la inversión extranjera se confiere a las personas físicas y jurídicas un conjunto de derechos personales, procedimentales y económicos<sup>5</sup>.

## 2. De aplicación concreta

La misma técnica de regulación convencional ofrece otros rasgos constantes. La indeterminación de un enunciado como el del trato justo y equitativo no se extiende a sus aplicaciones, pues en toda rama del Derecho la aplicación de un concepto jurídico indeterminado sólo permite una solución excluyente, que se apreciará por juicios disyuntivos. El trato dado a una inversión extranjera no puede ser al mismo tiempo justo/injusto o equitativo/no equitativo. Consecuentemente, en la categoría indeterminada podrán incluirse múltiples comportamientos de hecho del Estado huésped de la inversión o concedente, pero en un supuesto concreto sólo cabrá un juicio disyuntivo *–tertium non datur–* sobre el tratamiento a la inversión.

Los intérpretes del APPRI dispondrán de un margen de apreciación, dentro de los límites del Derecho, y sólo podrán ofrecer una solución excluyente o justa. Si interviniera el control de un juez o árbitro internacional se utilizaría lo que Soerensen denominó equidad interpretativa<sup>6</sup>, especialmente conveniente para la aplicación al caso concreto de la obligación del trato justo y equitativo. Esto no es la decisión *ex aequo et bono*<sup>7</sup>. Efectivamente, en el laudo de 9 de enero de 2003 relativo al *asunto ADF Group, Inc. c. Estados Unidos de America* el tribunal interpretó que, de acuerdo con la jurisprudencia creada por el *asunto Mondev International Ltd. c. Estados Unidos*<sup>8</sup>,

«no existe por parte del tribunal NAFTA un margen ilimitado de apreciación de lo que es justo o equitativo en el caso concreto, (...) pues el tribunal está vinculado por la práctica estatal, la jurisprudencia arbitral y judicial o por otras fuentes del derecho internacional»<sup>9</sup>.

Además, el trato requerido por la obligación convencional se determinará en un contexto específico de aplicación y no por analogía o referencia al trato acordado en situaciones de inversión idénticas o semejantes. Por ello, nuestra cláusula se define como absoluta frente a las cláusulas de trato nacional y de la nación más favorecida, caracterizadas por la relatividad o correspondencia<sup>10</sup>. El significado de la obligación objetiva no puede determinarse de manera abstracta sino atendiendo a los hechos y

<sup>5</sup> Ministerio de Asuntos Exteriores de Suiza en 1979, al comentar el estándar del trato justo y equitativo en el *Annuaire Suisse de Droit International*, 1980, p. 178.

<sup>6</sup> SOERENSEN, M., *Les sources du droit international*, Copenhague, 1946, p. 197.

<sup>7</sup> Véase, sobre esta distinción, SCHREUER, CH., «Decisions *ex aequo et bono* under the ICSID Convention», *ICSID Review, FILJ*, núm. 37, 1996.

<sup>8</sup> CIADI, Caso núm. ARB (AF)/99/2, párr. 119. Laudo de 11 de octubre de 2002 (disponible en [www.worldbank.org/icsid/](http://www.worldbank.org/icsid/); o en <http://ita.law.uvic.ca/>).

<sup>9</sup> CIADI, Caso núm. ARB (AF)/00/1, párr. 184.

<sup>10</sup> Cfr. OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, Direction des Affaires Financières et des entreprises, Documents de travail sur l'investissement international, 2004/3, p. 2.

normas del caso particular, de acuerdo con lo afirmado en los *asuntos Mondev* –ya citado–<sup>11</sup> y *Waste Management Inc. c. México*<sup>12</sup>. Asimismo, los tribunales internacionales ejercen una suerte de control legal negativo, consistente en decidir cuándo se ha violado el estándar, o se han rebasado los límites, o el trato ha sido injusto y no equitativo. La jurisprudencia nos ofrecerá principios generales de interpretación además de situaciones fácticas típicas<sup>13</sup>. Unos y otras van pasando a formar parte del núcleo de la cláusula evolutiva y, consecuentemente, se va reduciendo la zona de incertidumbre o halo del concepto indeterminado.

La UNCTAD afirma, a propósito de la caracterización de situaciones fácticas y normativas, que

«en la mayoría de sistemas legales es posible identificar ciertos comportamientos aparentemente contrarios a la justicia y la equidad que nos ejemplifiquen el tipo de acción estatal que puede contravenir el trato justo y equitativo, utilizando su significado directo. Si un Estado actúa fraudulentamente o con mala fe, o caprichosamente, y voluntariamente discrimina a un inversor, o le priva de derechos adquiridos con el consiguiente enriquecimiento injusto del Estado, entonces, existe *prima facie* el argumento de que el trato justo y equitativo ha sido violado»<sup>14</sup>.

Nos centramos en los APPRIS porque son los que han creado el concepto en el plano convencional<sup>15</sup>, porque no existe en la actualidad un tratado multilateral específico sobre protección de inversiones y, finalmente, porque la limitación de la extensión del presente trabajo no nos permite incidir en el estudio de otros tratados multilaterales relevantes<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> *Mondev, supra*, nota 8, pág. 118.

<sup>12</sup> CIADI, Caso núm. ARB (AF)/00/3, pág. 99.

<sup>13</sup> SCHREUER, CH., en «Fair and equitable treatment in arbitral practice», *The Journal of World Investment and Trade (T.J.W.I.T)*, v. 6, junio 2005, núm. 3, pp. 357 y 373, distingue los pronunciamientos de los tribunales sobre el significado general del trato justo y equitativo, de las aplicaciones más concretas en casos típicos.

<sup>14</sup> Cfr. UNCTAD, *Fair and equitable treatment*, Series on issues in international investment agreements, 1999, pp. 12 y ss. La traducción es nuestra. También, UNCTAD, *Recent developments in international investments agreements*, Research Note, 30 de agosto de 2005 (UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2005/1).

<sup>15</sup> Sobre las relaciones entre los tratados de inversiones, véase, OCDE, *Relations entre les accords internationaux sur l'investissement international*, núm. 2004/1, en ([www.oecd.org/](http://www.oecd.org/)). Entre los estudios doctrinales sobre los APPRIS destacamos la obra de DOLZER, R. y STEVENS, M., *op. cit.* Nota 4; SACERDOTI, G., «Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection», *R. des C.* v. 269, 1997. Sobre la práctica española, véase, GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones exteriores. Los APPRIS celebrados por España*, Tirant, 2005; Díez HOCHLEITNER, J., «Análisis del Acuerdo España México», en Real Instituto Elcano, Mesa Redonda, *La seguridad jurídica y las inversiones extranjeras en América Latina. El caso Mexicano*, 21 y 22 de octubre; Díez HOCHLEITNER, J. e IZQUIERDO, C., «Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRIS celebrados por España con países de Iberoamérica», en ([www.reei.org/](http://www.reei.org/)); o IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I., «Promoción y protección de las inversiones españolas en el extranjero: los APPRI», *AEDIPr*, t. II, 2002, pp. 151-182.

<sup>16</sup> El artículo 10 del Tratado sobre la Carta de la Energía, del que es parte España, establece unas características sobre el trato justo y equitativo: la estabilidad, la equidad y la transparencia. El Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) no sólo ha inspirado el APPRI España-México sino que también contiene el artículo 1105 (1), a partir del cual la jurisprudencia internacional ha elaborado un cuerpo de doctrina sobre la relación entre el trato justo y equitativo y el estándar mínimo internacional. En el ámbito del Derecho comunitario europeo, el Tratado de la Comunidad Europea opera como *lex specialis* y establece altos estándares de protección a la inversión extranjera e intracomunitaria, con las normas relativas a la libre circulación de capitales o el derecho de establecimiento.

A continuación, analizaremos de manera sistemática el grupo de cláusulas sobre el trato justo y equitativo en los sesenta y ocho APPRIS celebrados por España: firmados con nuevos países<sup>17</sup> o renegociados<sup>18</sup>.

## II. EL NÚCLEO FIJO O DE CERTEZA DE LA OBLIGACIÓN DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

El nuestro es un problema de interpretación de tratados internacionales, por lo que han de seguirse las reglas de los artículos 31 y 32 de las Convenciones de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969 y de 1986. La voluntad de las partes hace constar el contenido normativo y el núcleo fijo o de certeza de la obligación del trato justo y equitativo.

### 1. La voluntad de los estados partes en el APPRI

#### 1.1 MODELOS DE CLÁUSULAS DENTRO DEL CONTEXTO, OBJETO Y FIN DE CADA APPRI

El régimen jurídico del trato justo y equitativo previsto en la red de APPRIS celebrados por España contiene unos elementos rectores comunes que se desprenden del texto, el contexto, el objeto y el fin del tratado. En los textos también se observa una variedad de modelos de cláusulas relevantes, cuya incidencia en el estándar de protección conviene analizar.

El primer elemento rector común es la identidad del objeto y fin de la red de APPRIS, a saber: dotar de seguridad jurídica a las inversiones extranjeras con unos estándares de protección, derivados de la combinación de varias cláusulas y sometidos a mecanismos arbitrales que garantizan su eficacia. El segundo, es que todos los APPRIS celebrados por España mencionan explícitamente el binomio «trato justo y equitativo», y permiten una interpretación lógico-sistemática del conjunto de sus cláusulas. Ahora bien, el acuerdo de los Estados sobre el texto no es siempre el mismo. Existen varios modelos, que nos alumbran una clasificación basada en la distinción de tres grados de regulación: completo, medio y simple.

<sup>17</sup> El 31 de marzo de 2005 se firmó el APPRI con Colombia, ya autorizado por las Cortes para que el Gobierno preste el consentimiento en obligarse (*BOCG, Sección Cortes Generales, Serie A*, núm. 154, de 17 de junio de 2005). El 20 de junio de 2005 se firmó el APPRI con Macedonia, que está en trámite de Cortes, y cuyo texto se encuentra en (*BOCG, Serie C*, núm. 109-3, de 14 de octubre de 2005). El 8 de septiembre de 2005 se firmó el APPRI con Kuwait, que también está en trámite de Cortes y su texto se encuentra en (*BOCG, Sección Cortes Generales, Serie A*, núm. 232, de 17 de febrero de 2006). Los Estados sucesores de la URSS han asumido el cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas del APPRI con la URSS de 26 de octubre de 1990; a excepción de Kazajstán, Ucrania y Uzbekistán, con los que España ha celebrado nuevos APPRIS, ya en vigor. En este sentido, Chequia y Eslovaquia cumplen las obligaciones del APPRI celebrado entre España y Checoslovaquia el 12 de diciembre de 1990.

<sup>18</sup> El importante APPRI con China, de 14 de noviembre de 2005, publicado en el (*BOCG, Sección Cortes Generales, Serie A*, núm. 243, de 17 de marzo de 2006) y ya autorizado por las Cortes para la prestación del consentimiento en obligarse del Gobierno español (*BOCG, Serie C*, núm. 163-3, de 17 de mayo de 2006).

En la regulación simple, los APPRIS mencionan concisamente el trato justo y equitativo, junto al trato nacional y al trato de la nación más favorecida, componiendo la disposición dedicada al tratamiento. Cabe interpretar contextualmente que el régimen se completa con la disposición sobre protección, según la cual las medidas injustificadas o discriminatorias no podrán obstaculizar la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta, o la liquidación de las inversiones. Además, se establece que el Estado «se esforzará en conceder» o, más rotundamente, «concederá» las autorizaciones necesarias y permitirá la ejecución de contratos laborales, de licencia, fabricación, asistencia técnica, comercial, financiera y administrativa. En este grupo se integran los APPRIS de España con los siguientes países (36,7%), repartidos por todas las zonas geográficas: en África (Túnez, Egipto, Argelia); en Europa (la antigua Checoslovaquia, Lituania, Letonia, Estonia, la antigua URSS, Bulgaria); en Asia (Pakistán, Turquía, Kazajstán, Corea del Sur, Filipinas, Indonesia); en Iberoamérica y Caribe (Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, Nicaragua, Perú, Honduras, Cuba, República Dominicana y Ecuador)<sup>19</sup>. Dentro del mismo grupo destacamos que, en el APPRI España-Cuba se distinguen las inversiones extranjeras a través de sociedades locales, y que en los APPRIS de España con Indonesia y Filipinas no se incluye la cláusula del trato nacional. Más tarde estudiaremos el alcance de esta falta.

La regulación media comprendería la simple, y la suma de un estándar de protección complementario. Por ejemplo, los APPRIS (5,8%) que vinculen expresamente el trato justo y equitativo con el Derecho internacional (APPRI España-El Salvador)<sup>20</sup>, que expliciten el *pacta sunt servanda* en el sentido que «los contratantes respetarán todas las obligaciones contraídas con los inversores de la otra parte» (APPRI España-Rumanía)<sup>21</sup>, o que garanticen el trato «en todo momento», o concedan «plena protec-

<sup>19</sup> APPRI España-Túnez de 28 de mayo de 1991 (*BOE*, núm. 172, de 20 de julio de 1994); APPRI España-Egipto, de 3 de noviembre de 1992 (*BOE* núm. 155, de 30 de junio de 1994); APPRI España-Argelia, de 23 de diciembre de 1994 (*BOE* núm. 59, de 8 de marzo de 1996); APPRI España-Checoslovaquia, de 7 de febrero de 1992 (*BOE* núm. 33, de 7 de febrero de 1992); APPRI España-Lituania, de 6 de julio de 1994 (*BOE* núm. 22, de 25 de enero de 1996); APPRI España-Letonia, de 26 de octubre de 1995 (*BOE* núm. 134, de 5 de junio de 1997); APPRI España-Estonia, de 11 de noviembre de 1997 (*BOE* núm. 168, de 15 de julio de 1998); APPRI España-URSS, de 26 de octubre de 1990 (*BOE* núm. 301, de 17 de diciembre de 1991); APPRI España-Bulgaria, de 5 de septiembre de 1995 (*BOE* núm. 143, de 16 de junio de 1998); APPRI España-Pakistán, de 15 de septiembre de 1994 (*BOE* núm. 142, de 12 de junio de 1996); APPRI España-Turquía, de 15 de febrero de 1995 (*BOE* núm. 71, de 24 de marzo de 1998); APPRI España-Kazajstán, de 23 de marzo de 1994 (*BOE* núm. 104, de 30 de abril de 1996); APPRI España-Corea del Sur, de 17 de enero de 1994 (*BOE* núm. 297, de 13 de diciembre de 1994); APPRI España-Filipinas, de 19 de octubre de 1993 (*BOE* núm. 275, de 17 de noviembre de 1994); APPRI España-Indonesia, de 30 de mayo de 1995 (*BOE* núm. 31, de 5 de febrero de 1997); APPRI España-Chile, de 2 de octubre de 1991 (*BOE* núm. de 19 de marzo de 1994); APPRI España-Argentina, de 3 de octubre de 1991 (*BOE* núm. de 18 de noviembre de 1992); APPRI España-Uruguay, de 7 de abril de 1992 (*BOE* núm. de 27 de mayo de 1994); APPRI España-Paraguay, de 11 de octubre de 1993 (*BOE* núm. 8, de 9 de enero de 1997); APPRI España-Nicaragua, de 16 de marzo de 1994 (*BOE* núm. 98, de 25 de abril de 1995); APPRI España-Perú, de 17 de noviembre de 1994 (*BOE* núm. 59, de 8 de marzo de 1996); APPRI España-Honduras, de 18 de marzo de 1994 (*BOE* núm. 175, de 20 de julio de 1996); APPRI España-Cuba, de 27 de mayo de 1994, (*BOE* núm. 276, de 18 de noviembre de 1995); APPRI España-Rep. Dominicana, de 16 de marzo de 1995 (*BOE* núm. 282, de 22 de noviembre de 1996); APPRI España-Ecuador, de 26 de junio de 1996 (*BOE* núm. 86, de 10 de abril de 1998).

<sup>20</sup> APPRI España-El Salvador, de 14 de febrero de 1995 (*BOE* núm. 114, de 10 de mayo de 1996).

<sup>21</sup> APPRI España-Rumanía, de 25 de enero de 1995 (*BOE* núm. 280, de 23 de noviembre de 1995).

ción y seguridad» (APPRI España-Polonia<sup>22</sup> y el APPRI España-Colombia, en tramitación en Cortes)<sup>23</sup>.

Más de la mitad de los APPRIS celebrados por España (57%) se clasificarían en el tercer grupo, con una regulación del trato justo y equitativo completa o muy completa, pues los estándares de protección ya estudiados se acumularían en distintas combinaciones<sup>24</sup>.

En los siguientes puntos analizaremos el alcance de esta triple regulación en los APPRIS. La jurisprudencia arbitral servirá de medio auxiliar de interpretación.

## 1.2 OTRAS CLÁUSULAS CONCURRENTES

La combinación de cláusulas plantea la cuestión sobre si el trato justo y equitativo establece la regla general y el resto de cláusulas constituyen sus elementos normativos de interpretación<sup>25</sup>. La respuesta positiva no impide que la obligación del trato justo y equitativo, la del trato nacional y la de la nación más favorecida sigan considerándose autónomas, aunque la primera sirva de fundamento, amplificador o límite de las otras. La autonomía de cada obligación no puede obviarse, a menos que asumiéramos que el trato justo y equitativo conlleva automáticamente el trato nacional o el de la nación más favorecida, incluso cuando el APPRI guarde silencio sobre las últimas. Por consiguiente, la presencia expresa en el texto del tratado internacional de las tres obligaciones es deseable –garantiza un estándar de protección más concreto y elevado<sup>26</sup>– pero no imprescindible.

Los APPRIS de España con Indonesia y Filipinas no incluyen el trato nacional, aunque sí el trato justo y equitativo y el de la nación más favorecida. El trato nacional protegería al inversor extranjero de una discriminación a favor del inversor del Estado huésped; pero dicho trato nacional podría no satisfacer el estándar del trato justo y equitativo. Este puede ser el caso del Protocolo al APPRI España-China, de 14 de noviembre de 2005, en tramitación en Cortes. Comentaremos el Protocolo cuando veamos la interpretación jurisprudencial de la no discriminación como uno de los elementos del trato justo y equitativo.

La insuficiencia del trato nacional respecto al justo y equitativo explica que algunos países exportadores de capital opten por equivaler el trato justo y equitativo con el estándar mínimo internacional. Siguiendo con los APPRIS de España con Indonesia y con Filipinas, que prescinden del trato nacional, la situación del inversor español en ambos países, o *viceversa*, sería problemática cuando el Estado huésped beneficiara al inversor nacional por encima del estándar del trato justo y equitativo, pues la ausencia de la cláusula del trato nacional le impediría recibir el nivel superior de protección.

<sup>22</sup> APPRI España-Polonia, de 30 de julio de 1992 (BOE núm. 133, de 4 de junio de 1993).

<sup>23</sup> Nota 17.

<sup>24</sup> A modo de ejemplo, señalaremos algunos con países iberoamericanos: APPRI España-México, de 23 de junio de 1995 (BOE núm. 32, de 6 de febrero de 1997); APPRI España-Venezuela, de 2 de noviembre de 1995 (BOE núm. 245, de 13 de octubre de 1997); APPRI España-Bolivia, de 29 de octubre de 2001 (BOE núm. 247, de 15 de octubre de 2002).

<sup>25</sup> UNCTAD, «Fair and equitable treatment», *International Investment Agreements: Key issues*, v. I, 2004, p. 222.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 215.

Si el texto del APPRI recoge todas las cláusulas (regulación completa), la diferente formulación de sus combinaciones no tiene por qué repercutir automáticamente en el estándar general de protección. Lo que sí parece claro es que el trato justo y equitativo, sería la obligación primordial o dominante (*overriding obligation*)<sup>27</sup>; incluso cuando una reclamación arbitral no se fundamente directamente en ella. Esta interpretación quedaría ratificada cuando los APPRIS contengan la cláusula de la plena protección y seguridad.

Aunque no es el caso de la red de APPRIS celebrados por España, si un APPRI no dispusiera ni de la cláusula del trato justo y equitativo ni de la del estándar mínimo de trato en el derecho internacional<sup>28</sup>, el intérprete que necesite resolver un problema relacionado con el trato justo y equitativo podría recurrir al derecho consuetudinario vigente entre las partes. A este respecto, sería muy significativo para probar la (in) existencia de la norma sobre el trato justo y equitativo en el derecho consuetudinario, la ausencia de la obligación en el APPRI. No obstante, al ser el trato justo y equitativo un principio estructural de la protección de las inversiones, y ante la inexistencia o insuficiencia del Derecho en vigor, creemos que un árbitro se serviría de la equidad *praeter legem* para aplicar el contenido de dicho trato como principio general del Derecho<sup>29</sup>.

Además, sin necesidad de llegar a ese punto, cuando el APPRI que no disponga el trato justo y equitativo, sí regule el trato de nación más favorecida y uno de los Estados partes hubiera celebrado otro APPRI que sí contemplase dicho trato, se extenderían los efectos del trato justo y equitativo previsto en el segundo tratado a los beneficiarios del primer tratado, gracias a la cláusula de la nación más favorecida.

## 2. La medida del estándar mínimo exigible conforme al Derecho internacional general

Si partimos de que el estándar mínimo internacional no es equivalente pero comporta un trato justo y equitativo, pues es un elemento básico y fundamental en la protección a la inversión extranjera, toda obligación convencional sobre el trato justo y equitativo poseería un umbral mínimo de carácter consuetudinario. La interacción costumbre-tratado produce que se pueda identificar el estándar mínimo del Derecho internacional general en una cláusula de un APPRI. Este elemento consuetudinario constituiría además un núcleo fijo de la obligación convencional, a pesar de que el

<sup>27</sup> Esta concepción expansiva del trato justo y equitativo aparece en la sección tercera de las *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/WorldBank.pdf> También, es la concepción de MANN, F. A., «British treaties for the formation and protection of investment», *B.Y.I.L.*, V. 24, 1981, pp. 244 y ss.

<sup>28</sup> No figura la cláusula del trato justo y equitativo en algunos APPRIS celebrados pro Pakistán, Arabia Saudí y Singapur, de acuerdo con la información de la UNCTAD, en *Bilateral Investments Treaties in the Mid 1990s*, 1998, p. 54.

<sup>29</sup> También reconoce que se trata de un principio general del derecho internacional, JUILARD, P., en «L'évolution des sources du droit des investissements» *R. des C.* v. 250, 1994, p. 83.

En un estudio realizado por la OCDE en 1984, todos los Estados miembros entendían que el trato justo y equitativo reenviaba a los principios generales del derecho internacional. Cfr. OCDE, *Accords intergouvernementaux relatifs aux investissements dans les pays en développement*, 1984.

relativismo propio de la formación y aplicación de las normas consuetudinarias internacionales no iluminaría con claridad la determinación del contenido común o mínimo.

En efecto, la identificación del contenido correspondería al intérprete en cada caso, aunque podría decirse de acuerdo con el laudo de 13 de noviembre de 2000, en el *asunto S.D. Myers c. Canadá*<sup>30</sup>, que el estándar mínimo se compone de la plena protección y seguridad. Podría añadirse la obligación de actuar de buena fe, en el sentido de no desvirtuar las expectativas del inversor, como afirmó el laudo de 29 de mayo de 2003, en el *asunto Tecmed S.A. c. Estados Unidos*<sup>31</sup>. Y la prohibición de la arbitrariedad, en cuanto que se opone al Estado de Derecho o imperio de la ley, según la interpretación de la Corte Internacional de Justicia en el Fallo de 20 de julio de 1989 sobre el *asunto Elettronica Sicula S.p.A. (Estados Unidos c. Italia)*<sup>32</sup>.

En la red de APPRIS españoles se manifiesta la complementariedad y diferenciación de las obligaciones convencionales con las normas consuetudinarias, en las cláusulas que afirman que «en ningún caso» se concederá a las inversiones un «tratamiento menos favorable que el exigido por el Derecho internacional»<sup>33</sup>, o las que establecen que las inversiones «recibirán en todo momento un tratamiento justo y equitativo de conformidad con el Derecho internacional»<sup>34</sup>, o las que combinan los dos modelos anteriores<sup>35</sup>.

Como vimos anteriormente, existe un debate doctrinal y jurisprudencial sobre si el alcance de la obligación convencional del trato justo y equitativo es superior a la protección ofrecida por el estándar derivado de la norma consuetudinaria. Esta es otra cuestión que habrá de determinarse atendiendo a la interpretación de cada APPRI en el caso concreto. Ahora bien, la interpretación de la red de APPRIS celebrados por España no se presta bien a este debate; no sólo por el juego de la cláusula de la nación más favorecida con las del trato justo y equitativo y el trato nacional, sino también porque los APPRIS celebrados por España, salvo el renegociado con China, suelen reflejar claramente en su texto, un estándar de protección más allá de lo que pudiera valorarse como mínimo.

Por último, de acuerdo con el artículo 12 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado, habrá violación de la obligación internacional cuando el hecho del Estado no esté en conformidad con lo que de él exige la obligación, sea cual fuere su origen o naturaleza. Así que, si un árbitro al interpretar el marco jurídico creado por el APPRI, se sirve del elemento correspondiente al derecho consuetudinario internacional para decidir sobre la violación del estándar, el hecho disconforme del Estado constituiría probablemente una violación de la obligación del trato justo y

<sup>30</sup> UNCITRAL (arbitraje NAFTA), S.D. Myers Inc. c. Canada, Laudo Parcial, pág. 262, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/>

<sup>31</sup> CIADI, ARB (AF)/00/2, pág. 154.

<sup>32</sup> ICJ Reports 1989, pág. 128.

<sup>33</sup> APPRIS de España con países europeos (República Federal de Yugoslavia, Bosnia y Herzegovina, Albania, Eslovenia); con países africanos (Nigeria, Namibia, Guinea Ecuatorial); con países asiáticos (Líbano, Kuwait; tramitándose en Cortes; Siria, Jordania); o con iberoamericanos y del Caribe (Costa Rica, Panamá, Bolivia, Jamaica, Guatemala, Trinidad Tobago).

<sup>34</sup> APPRIS de España con Croacia; con países africanos (Sudáfrica, República Gabonesa); iberoamericanos (El Salvador, México).

<sup>35</sup> APPRI de España con Marruecos.

equitativo. Sin embargo, no toda violación de la obligación convencional del trato justo y equitativo será necesariamente otra violación del estándar mínimo previsto en el derecho consuetudinario, pues el alcance de la obligación convencional puede ser superior y hacer referencia a situaciones distintas a las típicas de la norma consuetudinaria.

### III. CUMPLIMIENTO DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO POR EL ESTADO CONCEDENTE

#### 1. Margen de apreciación, buena fe y confianza legítima

El estándar de protección viene dado por los comportamientos de hecho del Estado concedente del trato justo y equitativo, sobre la base del APPRI aplicable y también de la legislación o de las prácticas administrativas y judiciales del Estado huésped de la inversión. El régimen puede calificarse de particularista y presidido por tres principios interpretativos e interrelacionados, que a su vez son componentes del trato justo y equitativo: el margen de apreciación del Estado huésped, la buena fe y la confianza legítima del inversor.

En tanto que concedente, la aplicación primera por el Estado de la obligación relativa al trato justo y equitativo debe presumirse que se realizará voluntaria o espontáneamente, y de conformidad con el Derecho aplicable: el Derecho internacional y el Derecho interno del Estado de inversión<sup>36</sup>. Sin embargo, como se reconoce en el laudo de 25 de junio de 2001, en el *asunto Genin c. Estonia*, no siempre será posible encontrar en el Derecho interno una solución a la medida de la obligación internacional del trato justo y equitativo, ni siquiera para satisfacer el estándar mínimo<sup>37</sup>.

El inversor operará en un marco jurídico cimentado en el cumplimiento de buena fe, por los Estados partes, de una serie de obligaciones convencionales o contractuales. El inversor presumirá que están protegidas sus expectativas legítimas, que existe transparencia, y que de este modo se beneficia del trato justo y equitativo. Así se desprende del laudo de 29 de mayo de 2003, en el *asunto Tecmed c. México*<sup>38</sup>. Existirá una presunción a favor del Estado concedente lo que permitirá al inversor estructurar jurídicamente su inversión. La jurisprudencia ha aclarado, en el asunto *Mondev*, que no toda violación de la obligación del trato justo y equitativo requiere mala fe, pero la acción estatal *mala fides* supone la violación del trato justo y equitativo<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Por ejemplo, creemos que a esto obedece la rectificación de una de las medidas de emergencia adoptadas por el Gobierno argentino en 2003, que discriminaba al extranjero frente al nacional (Decreto 53/2003, de 9 de enero), derogada al día siguiente con el Decreto 70/2003.

<sup>37</sup> CIADI, Caso núm. ARB/99/2, párr. 367.

<sup>38</sup> CIADI, Caso núm. ARB (AF)/00/2, párr. 154.

<sup>39</sup> *Mondev, supra*, nota 8, párr. 116. Esta interpretación se ha reiterado en el asunto *Loewen Group Inc. and R. L. Loewen v. Estados Unidos de América*, Laudo de 26 de junio de 2003 (CIADI, Caso núm. ARB(AF)/98/3 NAFTA, párr. 132); y en el *asunto Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador*, Laudo de 1 de julio de 2004 (London Court of International Arbitration, Caso núm. UN 3467, párr. 186).

Sucede que, la mera formulación de una obligación formal de trato justo y equitativo en un APPRI no es una garantía suficiente de cumplimiento. Conviene que la interpretación sea objetiva –frente a las subjetivas del concedente o del beneficiario– y que el juicio sobre la adecuación del trato a las normas internacionales aplicables provenga de un mecanismo internacional de solución de controversias entre el inversor extranjero y el Estado huésped de la inversión. El arbitraje internacional en el que el inversor posea el *ius standi* ante el tribunal arbitral es la clave de la eficacia jurídica de los APPRIS<sup>40</sup>. De esta manera, no se hace depender la protección del inversor de la voluntad del Estado de su nacionalidad de ejercer el derecho estatal a la protección diplomática de sus nacionales. El juez o árbitro nunca será el concedente ni sustituirá el primer trato otorgado al inversor, sino que decidirá sobre la adecuación del trato al Derecho aplicable.

## 2. Situaciones excepcionales o de emergencia: obligación de diligencia

¿Podría condicionar el cumplimiento de la obligación que el Estado sufra períodos de emergencia o excepcionales? Esto nos lleva a la relación de nuestra cláusula con la de la plena protección y seguridad, así como a estudiar uno de los elementos del contenido del trato justo y equitativo, determinado por la jurisprudencia internacional: la obligación de vigilancia y la diligencia debida.

Aunque la mayoría de APPRIS no lo regulen expresamente en su texto, de acuerdo con el objeto y fin de los mismos ha de entenderse, que la obligación del trato justo y equitativo operaría también en situaciones excepcionales o de emergencia, a saber: conflicto armado, revolución, insurrección, disturbio, graves crisis económicas e institucionales, estado de emergencia nacional, entre otras. Dichas situaciones sí se contemplan en las disposiciones de la mayoría de los APPRIS y son, precisamente, en las que más riesgo existe de un trato injusto y no equitativo.

El APPRI de España con Marruecos establece, en la cláusula de compensación por pérdidas (art. 6), que si tales situaciones se producen en el territorio o zona marítima de la otra Parte Contratante, las inversiones gozarán de «un tratamiento no discriminatorio». Además, se dispone el trato nacional y el de la nación más favorecida, por lo que cabe inferir que el inciso relativo a la discriminación refleja uno de los elementos fundamentales del trato justo y equitativo.

En el mismo sentido, cuando el texto del APPRI establece, en lugar distinto al de la cláusula de compensación por pérdidas, la plena protección y seguridad de la inversión, entendemos que la plenitud se proyectaría sobre todos los estándares de protección, e incluiría el trato justo y equitativo. La plena protección y seguridad no se aplica sólo a situaciones de violencia. Su efectividad puede consistir en la comprobación del cumplimiento, en circunstancias normales, del derecho a la tutela judicial efectiva ante una controversia de inversiones, como ha sido reconocido en el laudo de 3 de septiembre de 2001 en el *asunto R. S. Lauder c. República Checa*<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Cfr., Díez HOCHLEITNER, J., «Protección diplomática v. arbitraje de inversiones», en *El derecho internacional: normas, hechos y valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, UCM, p. 473.

<sup>41</sup> Asunto R. S. Lauder c. República Checa, UNCITRAL, párr. 314, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/LauderAward.pdf>.

Los APPRIS regulan las situaciones excepcionales o de emergencia en las cláusulas de compensación por pérdidas<sup>42</sup>. No todas se redactan de igual manera. En unas se establece que se otorgará al inversor extranjero el trato nacional y el de la nación más favorecida, a título de restitución o indemnización, salvo si la destrucción, requisición u ocupación de las inversiones es imputable al Estado huésped de la inversión. Otro modelo de cláusula de compensación por pérdidas sólo ofrece el trato de la nación más favorecida<sup>43</sup>. Y un tercer modelo prescinde del hecho de que las pérdidas sean consecuencia de la actuación de los órganos del Estado huésped.

Los APPRIS celebrados por España con Turquía, Chile y Argentina, guardan silencio sobre la compensación en estas situaciones excepcionales. Sin embargo, creemos que puede interpretarse que regirían cumulativamente el trato justo y equitativo, el trato nacional y el de la nación más favorecida, en tanto que están previstos con generalidad o no se ha descartado expresamente su aplicación en tales situaciones. Esta solución serviría para indemnizar a los inversores que sufran pérdidas atribuidas a órganos del Estado huésped, cuando el APPRI aplicable no lo disponga explícitamente.

Otro elemento a tener en cuenta es que la definición de estas situaciones, cuyos extremos pueden ser determinantes en la aplicación del trato justo y equitativo, corresponde al Derecho internacional general. Se prevé en el APPRI España-Corea del Sur, cuando en el artículo 4 habla de: «pérdidas debidas a guerra, otros conflictos armados, un estado de emergencia nacional, u otras circunstancias así consideradas por el Derecho internacional».

Algunos APPRIS celebrados por España<sup>44</sup> completan el contenido básico de la cláusula de compensación de pérdidas (trato nacional y/o el de la nación más favorecida a título de indemnización) con una disposición relativa a las pérdidas sufridas a consecuencia de la requisición o destrucción no necesaria de las inversiones por las fuerzas o autoridades del Estado huésped. En estos casos, se concederá a los inversores una compensación monetaria, adecuada y efectiva. Dichos comportamientos (requisición, ocupación, destrucción por fuerzas armadas de un Estado) y el principio de necesidad, nos reenvían al derecho internacional humanitario<sup>45</sup>.

La efectividad de todas estas disposiciones de los APPRIS se verifica en la jurisprudencia arbitral que se ha ocupado del tema de la obligación de vigilancia, (*asuntos AAPL c. Sri Lanka*<sup>46</sup>; *AMT c. R.D. Congo*; y *Wena Hotels LTD c. Egipto*), según la

<sup>42</sup> También existen las coberturas de los seguros de riesgo político, como las de la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación (CESCE), o la de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA).

<sup>43</sup> APPRIS de España con países asiáticos (Filipinas, Malasia), o con países iberoamericanos (Uruguay, República Dominicana, o Ecuador).

<sup>44</sup> *Adex.*, los APPRIS con Costa Rica, Panamá, Jamaica, Trinidad Tobago, Macedonia y Kuwait (ambos en tramitación parlamentaria).

<sup>45</sup> En esta línea, se pronunció el Comité Internacional de la Cruz Roja, en los comentarios al «Proyecto de Instrumento de la OCDE sobre la sensibilización del riesgo destinado a las empresas multinacionales que operan en zonas de gobernabilidad frágil», 23 de noviembre de 2005, disponible en [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

<sup>46</sup> Por orden de cita, CIADI, Caso núm. ARB/87/3; CIADI Caso núm. ARB/93/1; CIADI Caso núm. ARB/98/4.

cual el Estado huésped debe adoptar todas las medidas preventivas, sin justificar el incumplimiento en el Derecho interno.

#### IV. EL CONTROL JUDICIAL Y ARBITRAL: EL AMPLIO «HALO»' O ZONA DE INCERTIDUMBRE DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

Los límites inciertos del trato justo y equitativo repercuten en la labor del juez o árbitro, pues les conmina a la prudencia en el control negativo del cumplimiento de la obligación. En relación con el artículo 1105 del NAFTA, el laudo de 13 de noviembre de 2000 sobre el *asunto S.D. Myers c. Canada*, expresó ese condicionamiento de la siguiente manera:

«El Tribunal considera que una violación del artículo 1105 solamente ocurre cuando se demuestra que un inversor ha sido tratado de manera tan injusta y arbitraria que el trato alcanza un nivel inaceptable desde la perspectiva internacional. Tal determinación deber realizarse a la luz de la alta deferencia que el derecho internacional concede al derecho de las autoridades internas a regular sus asuntos en su territorio»<sup>47</sup>.

No obstante, los tribunales arbitrales han destacado los siguientes elementos individuales o combinados de la obligación del trato justo y equitativo<sup>48</sup>, que relacionaremos en la medida de lo posible con el régimen derivado de la red de APPRIS celebrados por España.

##### 1. Obligación de no discriminación: trato nacional

En el *asunto S.D. Myers* el tribunal arbitral afirmó claramente que la violación del trato nacional demostraba el del trato justo y equitativo<sup>49</sup>.

El Protocolo al APPRI España-China, de 14 de noviembre de 2005, en tramitación en Cortes, establece el trato nacional sinalagmático, pero se excluye para la República Popular China la obligación de no adoptar medidas no conformes o injustificadas y discriminatorias en la gestión, mantenimiento, uso, disfrute y enajenación de las inversiones del inversor español, cuando estas medidas ya existieran, dejándolas continuar o incluso permitiendo su modificación a no ser que esto último incrementa la falta de conformidad de la medida. A modo de compensación, el Protocolo también dispone que China «dará todos los pasos necesarios para eliminar de forma progresiva las medidas no conformes». Estas previsiones afectan a uno de los elementos compositivos del trato justo y equitativo: la no discriminación, rebajando el umbral a partir del cual se verifique su incumplimiento. El trato justo y equitativo de

<sup>47</sup> *Cit.*, pág. 263 (la traducción es nuestra).

<sup>48</sup> Sobre el tema, SCHREUER, CH., «Fair and equitable treatment in arbitral practice», *op. cit.*, nota 13. También, CHOUDHURY, B., «Evolution or Devolution? Defining fair and equitable treatment in international investment Law», *TJWIT*, v. 6, abril 2005, núm. 2, pp. 297-316.

<sup>49</sup> *S. D. Myers, supra*, nota 31, pág. 266.

naturaleza convencional, materializado en un Protocolo, podría estar por debajo del estándar mínimo internacional.

## 2. Obligación de transparencia

En la jurisprudencia internacional la transparencia, la buena fe y el respeto de las expectativas legítimas del inversor están íntimamente relacionados (*asuntos Metalclad Corp. c. México*<sup>50</sup>; *Maffezini c. España*<sup>51</sup>; o *MTD c. Chile*<sup>52</sup>, entre otros). El marco jurídico de la inversión ha de ser perceptible y la actuación de la administración del Estado huésped no puede caer en la ambigüedad o contradicción. Esto no significa la estabilización del marco jurídico sino más bien que no exista inconsistencia (discriminación, arbitrariedad, hostilidad) en la actuación de la administración del Estado.

Los acuerdos interestatales que culminen la fase de negociación amistosa constituyen un elemento valioso de la interpretación de un APPRI y, lógicamente, forman parte del marco jurídico de la inversión. El problema está en conocer su existencia. En España, este tipo de acuerdos interpretativos no sigue las normas aplicables a la publicación de los tratados internacionales, como ha podido comprobarse mediante la Sentencia de la Sala 3<sup>a</sup> del Tribunal Supremo (STS), de 27 de enero de 2004<sup>53</sup>, relacionada con un caso pendiente ante el CIADI, planteado por el español *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile*<sup>54</sup> y cuyo objeto es la reclamación por la confiscación de dos empresas de publicidad.

La STS se refiere al Acta de 1 de octubre de 1998 que interpretaría «el sentido y alcance de algunas disposiciones» del vigente APPRI España-Chile, de 2 de octubre de 1991. El Acta que materializó el acuerdo de interpretación, y que fue recurrida ante la jurisdicción contencioso administrativa española, sería «remitida al recurrente mediante Comunicación del Director General del Gabinete del Ministerio de Asuntos Exteriores de 12 de abril de 1999, que también se recurre». El recurrente solicitó a la Audiencia Nacional tres cosas: la anulación del Acta y de la Comunicación por ser contrarias a Derecho, la ineficacia del Acta en la controversia ante el CIADI; y el reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios. La Audiencia Nacional desestimó el recurso con el argumento de que el Acta y la Comunicación no eran actos administrativos sobre los que tuviese competencia la jurisdicción española, pues su contenido no se sometía al Derecho administrativo sino al artículo 9 (1) del APPRI España-Chile, según el cual «cualquier controversia entre las partes referente a la interpretación o aplicación del presente Convenio será resuelta, hasta donde sea posible, por los Gobiernos de las dos partes»<sup>55</sup>.

El Tribunal Supremo asume los argumentos anteriores, que se completan de la siguiente manera: se han recurrido actos no susceptibles de impugnación y la Comunicación de Exteriores

<sup>50</sup> Laudo de 30 de agosto de 2000, CIADI Caso núm. ARB(AF)/97/1 NAFTA, pág. 212.

<sup>51</sup> Laudo de 13 de noviembre de 2000, CIADI Caso núm. ARB/97/7, pág. 83.

<sup>52</sup> Laudo de 25 de mayo de 2004, CIADI Caso núm. ARB/01/7, pág. 163.

<sup>53</sup> Recurso de Casación, Núm. de Recurso 2586/2000 (disponible en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)).

<sup>54</sup> CIADI, Caso núm. ARB/98/2, pendiente.

<sup>55</sup> BOE, de 19 de marzo de 1994.

«no deja de ser una simple carta por medio de la que se contesta al recurrente a una previa petición de información [...] no es acto administrativo, no ha sido dictado en el seno de ninguna clase de procedimiento, ni toma ningún acuerdo, ni tienen ningún contenido sustantivo ni accesorio [...] dicha carta nada decide, nada ordena y nace y muere en si misma al no haberse dictado en relación a procedimiento alguno»<sup>56</sup>.

No pretendemos extendernos en los problemas que esto plantea, desde la perspectiva del Derecho de los tratados internacionales aplicable a España (caracterización del acuerdo, tramitación interna y respeto de los requisitos constitucionales, entre otras cosas), pero sí resulta conveniente señalar un argumento esgrimido en el fundamento tercero de la Sentencia del Supremo; a saber, que el Acta se subsume en el artículo 31 (3, a) de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, según el cual todo acuerdo ulterior entre las partes sobre la aplicación de sus disposiciones constituye un elemento de interpretación del tratado. Por muy *sui generis* que sea el Acta, el tribunal español la ha calificado como un acuerdo interpretativo del APPRI.

Así que, aunque al Supremo sólo le interese aquel argumento para rechazar que el Acta sea un acto administrativo y desestimar el recurso, creemos que la falta de publicación de un acuerdo internacional que se entienda de carácter normativo, pudiera originar la responsabilidad patrimonial de la Administración, exigible en vía contencioso administrativa, cuando perjudique derechos de los particulares (artículo 106.2 de la Constitución española). Por lo demás, el conocimiento del contenido del Acta en cuestión nos permitiría valorar si con ella queda afectada la obligación del trato justo y equitativo, u otros estándares de protección a la inversión previstos en el APPRI España-Chile.

Si el problema de publicación se produjese en relación con el APPRI España-Kuwait de 8 de septiembre de 2005, que está tramitándose en Cortes, entraría en juego el párrafo tercero del artículo 3 dedicado a la «protección de inversiones», según el cual

«Cada Parte publicará con prontitud o pondrá a disposición del público de otra manera, sus leyes, reglamentos, procedimientos, directivas, directrices, resoluciones administrativas y decisiones judiciales de aplicación pública, así como los acuerdos internacionales.»

La obligación de transparencia se contiene en las cláusulas sobre protección y trato a la inversión. Bajo una interpretación sistémica, se entenderían incluidos los acuerdos internacionales interpretativos del APPRI adoptados con ocasión de la negociación diplomática, prevista como primer modo de solución de una controversia en el artículo 10 del APPRI. No podría descartarse, por tanto, una reclamación por violación de esta disposición relativa a la transparencia, que en buena lógica sería también un corolario del trato justo y equitativo; condicionada dicha reclamación por la indeterminación del concepto «publicar con prontitud o poner a disposición del público de otra manera».

<sup>56</sup> Primer fundamento de Derecho de la Sentencia del TS de 27 de enero de 2004.

### 3. Obligación de respeto a los compromisos contractuales asumidos con el inversor

El comportamiento del Estado concedente puede traer causa de un contrato internacionalizado. Existe un debate sobre la posibilidad de extender los efectos de la cláusula del trato justo y equitativo contenida en un APPRI, a las obligaciones surgidas de un contrato entre el inversor y el Estado de inversión. En consecuencia, la violación de un contrato supondría la violación del APPRI pertinente, incluso cuando este tratado no incluya una *umbrella clause* o cláusula paraguas, que iguale las obligaciones contractuales con las convencionales. La jurisprudencia no es uniforme en este punto.

A favor de la equivalencia de la cláusula convencional del trato justo y equitativo con una cláusula paraguas, que elevaría las violaciones contractuales a violaciones convencionales, tenemos: el laudo de 29 de enero de 2004 sobre el *asunto SGS c. Filipinas* (el rechazo injustificado de un pago previsto en un contrato plantea cuestiones discutibles, bajo el artículo IV sobre el trato justo y equitativo y el artículo X (2) relativo a la cláusula paraguas, del APPRI entre Suiza y Filipinas)<sup>57</sup>; así como el laudo de 29 de diciembre de 2004 en el *asunto CSOB c. República Eslovaca* (la falta de pago de una suma de dinero prevista en un contrato no se conforma con la obligación del artículo 2 (2) del APPRI entre las Repúblicas Checa y Eslovaca, que establece el trato justo y equitativo o la plena protección y seguridad de la inversión)<sup>58</sup>.

Al contrario, en el *asunto Waste Management c. México*, el tribunal consideró en el laudo de 30 de abril de 2004, que la falta de pago de las deudas de un Ayuntamiento por una crisis financiera no suponía la violación del artículo 1105 (1) del NAFTA, siempre que no significase aquello un rechazo directo e injustificado de la transacción y cuando se ofreciese una solución al acreedor<sup>59</sup>. En el *asunto Impregilo c. Pakistán* el tribunal decidió con el laudo de 22 de abril de 2005, que la violación del artículo 2 (2) del APPRI entre Italia y Pakistán, dedicado al trato justo y equitativo, implicaría a una materia que se situaría fuera del ámbito de la aplicación de un contrato y tendría que ver con el ejercicio por el Estado del poder público<sup>60</sup>.

Como conclusión, nos apoyamos en la opinión autorizada del Profesor Schreuer, para quien parece probable que prevalecerá el criterio restrictivo de estos últimos laudos; esto es, que el trato justo y equitativo y la cláusula paraguas no son intercambiables<sup>61</sup>.

### 4. Juicio equitativo y propiedad en el procedimiento

Se trata de un elemento básico del Estado de Derecho que impide, entre otras cosas la denegación de justicia o la violación del derecho a ser oído, como se puso de manifiesto en el *asunto Metalclad*<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> CIADI, Caso núm. ARB/02/06, párs. 128 y 162.

<sup>58</sup> CIADI, Caso núm. ARB/97/4, párs. 153 y 161.

<sup>59</sup> *Waste Management, supra*, nota 12, pág. 115.

<sup>60</sup> CIADI, Caso núm. ARB/03/3, párs. 266-270.

<sup>61</sup> Cfr. SCHREUER, Ch., «Fair and equitable treatment», British Institute of International and Comparative Law, *Investment Treaty Forum*, 9 septiembre 2005, disponible en ([www.biicl.org](http://www.biicl.org)).

<sup>62</sup> *Metalclad, supra*, nota 49, pág. 91.

## V. REFLEXIONES FINALES

Todos los APPRIS celebrados por España establecen un estándar elevado de protección a la inversión extranjera, a través de la obligación dominante del trato justo y equitativo. Más de la mitad de esos tratados internacionales (57%) contienen la regulación más completa del conjunto de obligaciones y componentes del trato justo y equitativo. Lamentablemente, entre los BRIC (Brasil, Rusia, India y China), que son las potencias económicas más relevantes a estos efectos, España sólo ha celebrado con la India un APPRI con la regulación del trato justo y equitativo más completa<sup>63</sup>. Y el APPRI renegociado con China, cuarta economía del mundo, podría considerarse como el que expresamente rebaja en mayor grado el umbral de protección de las inversiones españolas ya existentes en dicho país.

Tanto la regulación convencional cuanto la jurisprudencia internacional demuestran que, a pesar de la indeterminación y del carácter evolutivo del concepto, el trato justo y equitativo puede servir bien a la defensa individual de los intereses de los inversores ante una instancia internacional de control.

---

<sup>63</sup> APPRI España-India, de 30 de septiembre de 1997 (BOE núm. 29, de 3 de febrero de 1999).

