



# Protección de inversiones extranjeras: aproximación a los aspectos más relevantes del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca entre España y México

*Luis María Chamorro Coronado\**



Fecha de recepción: 29 de septiembre de 2005.  
Fecha de aceptación: 28 de febrero de 2006.

\* Doctor en Derecho. Profesor de la Universidad Rey Juan Carlos, Profesor Visitante por dos años en el Instituto Tecnológico de Monterrey, Campus Irapuato y Hermosillo.

E-mail: [luismariachamorro@hotmail.com](mailto:luismariachamorro@hotmail.com)



## **Resumen / Abstract**

El objeto del presente trabajo es analizar un instrumento jurídico básico y novedoso para la protección de las inversiones en el extranjero: los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRIIs). A la fecha se han firmado aproximadamente 2400 APPRIIs a nivel mundial. El trabajo se centra en el Acuerdo que une a España con México. Dado el flujo inversionista de España hacia México y, progresivamente, de empresas mexicanas que se están instalando en España, rompiendo la dinámica de dependencia de la economía mexicana de su poderoso vecino del norte, puede resultar de sumo interés conocer el alcance de algunas de las cláusulas contenidas en el Acuerdo. De su análisis e interpretación puede

The object of the present work focuses in analyzing a basic and novel legal instrument for the protection of foreign investments: the Bilateral Investment Treaties (BITs). Approximately 2400 BITs have been concluded in the world so far. This work is centered in the Agreement signed by Spain with Mexico. First, due to the Spanish investment flow towards Mexico and, secondly, to the progressive increase of Mexican companies settled in Spain -breaking the dependence of the Mexican economy on the United States-, it is highly interesting to know the range of the main clauses contained in the Treaty because the peaceful and productive development of the investment may depend on them. From a bilateral point of view,

depender el desarrollo pacífico y productivo de la inversión. Desde un punto de vista bilateral, México ha logrado superar su inicial desconfianza con relación al inversionista extranjero y ha firmado veintiún Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, con las principales potencias económicas de la Unión Europea y también con países de América y de Asia. El análisis del alcance de algunas de las cláusulas más controvertidas de estos Acuerdos, de los mecanismos de solución de controversias contenidos en ellos y de su aplicación jurisprudencial, constituye el objeto central del trabajo.

Palabras clave: acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, inversión extranjera, liberalización comercial, TLCAN, mecanismos de solución de controversias.

Mexico has been able to overcome its initial distrust in relation to the foreign investor and has signed 21 Bilateral Investment Treaties with the European Union's main economies, and some American and Asian countries. The analysis of the range of some of the most controversial clauses in these Agreements, together with their dispute resolution mechanisms and their case law application, constitutes the main object of this paper.

Key words: bilateral investment treaties, foreign investment, commercial liberalization, NAFTA, dispute resolution mechanisms.

## Introducción: Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con países iberoamericanos<sup>1</sup>

La especial relación que une a España con América Latina ha hecho que aquélla haya suscrito Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones prácticamente con todos los países del continente americano con la llamativa excepción de Brasil (Oman, 2000). Ello no es de extrañar, pues España se ha convertido en el primer inversionista en la zona; ha desplazado de este puesto a Estados Unidos, utilizando como "lanzadera" tanto su cultura e idioma comunes como la creación, decidida en la Ronda Uruguay del *General Agreement of Tariffs and Trade* (GATT),<sup>2</sup> de la Organización Mundial del Comercio, la cual se ha convertido en el principal foro interna-

<sup>1</sup> Resulta de interés en materia de inversiones directas en Latinoamérica el libro editado por el Centro de Cooperación con países no Miembros de la Organización para la Cooperación y el desarrollo Económico (OCDE) en colaboración con la Comisión Europea, *Foreign Direct Investment Policy and Promotion in Latin America*, París, OCDE, 1999, elaborado en ocasión de los Trabajos sobre Políticas y Promoción de la Inversión Extranjera Directa celebrados en Lima entre los días 15 y 17 de diciembre de 1998.

<sup>2</sup> En el Acta Final de la Ronda Uruguay del GATT -*General Agreement on Tariff and Trade*- (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, hecho en Ginebra en 1947), que tuvo lugar el 15 de diciembre de 1993, tras siete años de negociaciones, recogió el acuerdo para crear la Organización Mundial del Comercio, creación que tuvo lugar mediante el Acuerdo de Marrakech, de 15 de abril de 1994.

cional para la liberalización del comercio,<sup>5</sup> además de establecer un eficaz sistema de arreglo de controversias relacionadas con aquél.<sup>6</sup> A nadie escapa que México representa un país lleno de oportunidades para la inversión por tratarse de un mercado en continuo crecimiento, constituye un lugar de gran atractivo para las inversiones extranjeras. España, por sus lazos históricos privilegiados con México, no es ajena a ese atractivo que para sus empresas representa este país -no creo necesario citar las empresas cuya presencia resulta bien patente en sectores importantes en la economía mexicana como la banca, las telecomunicaciones o las obras públicas-. A España le interesa invertir en México y a México recibir inversiones españolas, además de la privilegiada relación de ambos países, sobre todo desde el restablecimiento de la democracia en España, para diversificar las fuentes inversionistas y, dicho sea con toda prudencia "mirar más hacia el oeste que hacia el norte", pues es un hecho cierto la dependencia económica que tiene México de los Estados Unidos de América. España invierte en México -como otros países de la Unión Europea- y, al mismo tiempo, busca un marco de protección jurídica para sus inversiones. El Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversión (APPRI) entre España y México, firmado el 23 de junio de 1995 y en vigor desde el 18 de diciembre de 1996, cumple esa función.

Conviene señalar, antes de avanzar, que se pueden plantear problemas de compatibilidad entre el APPRI, España y México y el Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación (AAECPC) entre la Unión Europea y México de 8 de diciembre de 1997, pues la Decisión Nº 2/2001 del Consejo Conjunto UE-México, de 27 de febrero de 2001, por la que se aplican los artículos 6<sup>5</sup> y 9,<sup>6</sup> la letra b) del apartado 2 del artículo 12<sup>7</sup> y del artículo

<sup>5</sup> Vid párrafo tercero del preámbulo del Acuerdo de Marrakech, de 15 de abril de 1994.

<sup>6</sup> Vid anexo 2 del Acuerdo Organización Mundial de Comercio (OMC), "Entendimiento para la solución de controversias".

<sup>5</sup> Los artículos 4 y 6 del Acuerdo establecen que el Consejo Conjunto decidirá las medidas necesarias para la liberalización progresiva y recíproca del comercio de servicios, de conformidad con el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios AGCS/GATS - *General Agreement on Trade in Services*- aprobado en el seno de la OMC).

<sup>6</sup> El artículo 9 del Acuerdo dispone que el Consejo Conjunto adoptará las medidas para la liberalización progresiva de la inversión y los correspondientes pagos entre las Partes.

<sup>7</sup> El artículo 12 del Acuerdo estipula que el Consejo conjunto adoptará medidas para asegurar una protección adecuada y efectiva de los derechos de propiedad intelectual.

50<sup>8</sup> del AAECPC incluye disposiciones relativas a la protección de inversiones y a la solución de controversias. Este Acuerdo acota las inversiones al comercio de servicios (con arreglo a lo establecido en el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios de la OMC) y a los *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS) (Acuerdos para la protección de los derechos de propiedad intelectual establecido en el seno de la OMC), pero provoca un solapamiento con las inversiones protegidas por el APPRI entre España y México, pues sus previsiones guardan algo más que una mera similitud con los APPRI, ya que establece unos estándar de tratamiento muy similares (tratamiento nacional -artículos 6 y 14-, tratamiento de nación más favorecida -artículos 5 y 15-, por citar sólo algunos) y un mecanismo de solución de controversias basado en el arbitraje internacional -artículo 25 y Título V-.<sup>9</sup>

El problema de la compatibilidad citado encuentra fácil solución pues el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), interpretando el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE),<sup>10</sup> ha declarado que los Estados miembros de la Unión Europea no pueden ampararse en el Derecho Comunitario para evitar cumplir las obligaciones legales a las que se habían comprometido con anterioridad a la entrada en vigor del derecho comunitario en la materia.

Cuestión distinta, aunque íntimamente relacionada con lo anterior, sería que surgiese una disputa entre una Empresa española afincada en México y el Gobierno mexicano relativa a una inversión cubierta tanto por el APPRI como por el AAECPC y si sería de aplicación éste o aquél. La respuesta es, en primer lugar, que lo "específicamente protegido" por el APPRI es el riesgo de expropiación, materia no prevista por el AAECPC, y, en segundo lugar, que el APPRI prevé como mecanismo de solución de controversias un sistema de arbitraje mixto entre un inversionista particular (ya sea un empresario individual, ya sea una empresa) y un Estado; y el AAECPC, por su parte, prevé un mecanismo de solución de controversias en el que contienden dos Estados. Por tanto, para un caso como el apuntado se aplicarían las previsiones contenidas en el

<sup>8</sup> El artículo 50 del Acuerdo prevé que el Consejo Conjunto establecerá un procedimiento específico para la solución de controversias comerciales y relativas al comercio.

<sup>9</sup> *Vid* artículos 37 a 43 del AAECPC y el anexo III que establece las reglas modelo de procedimiento.

<sup>10</sup> Cfr. la STJCE de 27 de febrero de 1962, *Comisión c. Italia*, asunto 10/61, *Recueil de jurisprudence*. 1962.

APPRI entre España y México. Menores problemas podrían plantearse, si alguno, entre el APPRI España-Méjico y el Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y México,<sup>11</sup> por las razones que acabo de exponer.

### **Aplicación a las inversiones efectuadas con anterioridad: retroactividad de los APPRI**

La importante cuestión de si la protección dispensada por los APPRI a las inversiones extranjeras cubre las efectuadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de estos Acuerdos, como lo hacen con las realizadas con posterioridad, es tratada de manera diversa.

Los países receptores de capitales se muestran en ocasiones remisos a dispensar protección a las inversiones anteriores a la entrada en vigor del tratado (*Bilateral Investment Treaties*, 1998). Es por ello que aunque los APPRI, normalmente, prevén su aplicación de manera retroactiva a las inversiones realizadas antes de que cobren fuerza obligatoria, algunos excluyen las disputas surgidas con anterioridad a esa fecha -es el caso de los celebrados por España con Argentina, Rumanía, Argelia, El Salvador, Paraguay, Venezuela y Panamá-. Pero lo importante en este caso no es cuando surge la disputa en relación a la fecha de entrada en vigor del APPRI, sino la concreción del momento en el que se produce la controversia, como ha demostrado la Decisión sobre la jurisdicción dictada por un tribunal del CIADI en el caso *Maffezini*, como se verá más adelante (*Bilateral Investment Treaties*, 1998). Pues aunque existan diferencias previas entre un inversionista de una Parte y el Estado receptor anteriores a la entrada en vigor del APPRI si éstas se concretan después, el mecanismo de solución de controversias resulta de aplicación.

Para los países exportadores de capitales, por el contrario, el interés radica en que el APPRI en cuestión se aplique a las inversiones ya existentes, lo que evita además tener que conceder a los inversionistas "previos" ventajas competitivas con respecto de los inversionistas "posteriores", lo que podría provocar distorsiones en el mercado y la oposición a la conclusión del tratado de los primeros (*Bilateral Investment Treaties*, 1998). De este modo, la política convencional seguida por los Estados es la de extender la protección a las inversiones existentes -aunque la intención de los Países en Vías de Desarrollo (PVD)

<sup>11</sup> *Vid* para una información más completa sobre el tema el Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea, vol. I, publicado por la antigua Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

sea únicamente la de atraer inversiones-, pues ello podría provocar un clima de desconfianza en el inversionista ya establecido que podría traducirse en una desinversión.

Por lo que respecta al APPRI entre México y España, su artículo 2. 2 no contiene limitación temporal alguna, quedando patente que se aplica a todas las inversiones realizadas, tanto anteriores como posteriores al Acuerdo:

"El presente Acuerdo se aplicará también a las inversiones efectuadas antes de la entrada en vigor del mismo por los inversionistas de una Parte Contratante conforme a las disposiciones legales de la otra Parte Contratante en el territorio de esta última".

El análisis del APPRI con México se centrará, a partir de este momento, en las previsiones contenidas en el mismo que pueden coadyuvar más certeramente a entender su funcionamiento y objetivos, apoyándose en las mismas para tratar otras que, aún siendo de gran relevancia, no suponen una especialidad con respecto a otros Acuerdos firmados por España y México.

### **Especialidades del tratamiento de las inversiones en el APPRI entre España y México**

#### **"Tratamiento justo y equitativo" y "tratamiento conforme al derecho internacional"**

Un ejemplo típico en la práctica convencional en la materia lo ofrece el artículo IV 1 del Acuerdo entre España y Argentina que dispone que "cada Parte garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversionistas de la otra Parte".

Aunque su significado no ha sido nunca definido, el tratamiento justo y equitativo constituye un estándar clásico del derecho internacional consuetudinario, e independiente del derecho del Estado receptor (Dolzer y Stevens, 1995). Su uso en los APPRI proviene del borrador de Convenio sobre Protección de la Propiedad Extranjera, redactado en el seno de la OCDE en 1967, aunque como señala F. A. Mann (1981) su inclusión en los convenios de protección de inversiones no responde a propósito alguno por ser un principio independiente del estándar mínimo de protección que requiere el derecho internacional, pues "los términos <justo y equitativo> implican un trato que va mucho más

allá del estándar mínimo, concediendo una protección muy superior a cualquier otra fórmula que pudiera emplearse, por lo que ningún tribunal va sentirse obligado a respetarlo: el juzgador a la vista de las circunstancias de cada caso decidirá si la actuación del Estado receptor es justa y equitativa o lo contrario. Por ello esos términos son autónomos e independientes de las normas que configuran el derecho internacional en materia de inversiones".

En cualquier caso, su inclusión en los APPRI puede justificarse como elemento básico de interpretación de otras cláusulas de los mismos, así como para la integración de lagunas jurídicas que en el seno de estos Acuerdos puedan existir (Laviec, 1985).

Los APPRI españoles, como no podía ser de otro modo, contienen la critica- da cláusula, más declarativa que otra cosa, con un propósito de reforzar la pro- tección "estrella" contenida en las cláusulas de Tratamiento Nacional (TN) y de Tratamiento de Nación Más Favorecida (TNMF), de arraigada tradición en el derecho internacional -ya contempladas en el articulado del GATT de 1947-. Algunos APPRI contienen este estándar de tratamiento de manera indepen- diente, mientras otros la ponen en relación con otros estándares. Y no faltan los APPRI que relacionan el tratamiento justo y equitativo con el derecho inter- nacional y los que lo hacen con la legislación nacional, lo cual no parece exce- sivamente grave en relación a la protección de inversiones, pues lo que es "justo y equitativo" pertenece a conceptos de alcance universal - esa es la razón por la que desaparece de algunos Convenios-.

La cláusula de "tratamiento conforme al derecho internacional" contenida en los APPRI (cuando la contienen) prevé para las inversiones cubiertas por éstos un tratamiento no menos favorable que el establecido de conformidad con el derecho internacional, poniéndolo en relación con el tratamiento justo y equitativo, para darle, por tanto, mayor precisión a éste. De acuerdo con la cláusula "cada Parte contratante garantizará un tratamiento justo y equitativo, conforme al derecho internacional, a las inversiones de la otra Parte con- tratante", según la fórmula utilizada en el artículo 4.1 del Acuerdo con México. La redacción de este precepto asegura más adecuadamente que la cláusula de tratamiento justo y equitativo sin referencia al derecho internacional que los APPRI concedan, como mínimo, un tratamiento no menos favorable que el establecido por el derecho internacional -que ellos mismos contribuyen deci- sivamente a crear, a base de repetir una cláusulas universalmente aceptadas

por los Estados-, pues al incorporar como estándar autónomo de tratamiento los principios del derecho internacional en materia de inversiones van a permitir que en caso de disputa el tratamiento justo y equitativo sea directamente invocado ante el órgano de solución de controversias por el inversionista. Artículo que sirvió de base al tribunal arbitral que conoció del caso *Tecmed c. Estados Unidos Mexicanos*,<sup>12</sup> para aseverar que el tratamiento "justo y equitativo" está basado en el principio de buena fe y, por tanto, la conducta del Estado receptor de la inversión ha de ser coherente, sin ambigüedades y transparente en relación al inversionista.

La inclusión en los APPRI del estándar de tratamiento mínimo conforme al derecho internacional ha suscitado no pocas reticencias en los Países en Vías de Desarrollo (Brownlie, 1998), al haber sido usado en el pasado para asegurar un tratamiento privilegiado en materia económica a los extranjeros -que explotaban los recursos naturales de los PVD-, y, a menudo, para justificar intervenciones militares en esos territorios. Por esta razón el contenido y la aplicabilidad de ciertos estándares internacionales a las inversiones extranjeras han sido fuertemente cuestionado por numerosos países en los foros internacionales (Sornarajah, 1994). Ello porque aun cuando los APPRI no definen el contenido del derecho internacional aplicable a las inversiones extranjeras contribuyen a crearlo.

Junto con lo ya apuntado, cabría añadir que esta cláusula puede además funcionar como una elección de ley aplicable a la disputa dentro de los mecanismos de resolución de controversias previstos por los Tratados, en el caso de que tales mecanismos no prevean una cláusula específica de elección de ley aplicable. Y es que si las inversiones han de recibir un "tratamiento no menos favorable que el requerido por el derecho internacional", cualquier disputa relativa al tratamiento de una inversión protegida por un APPRI habrá de ser resuelta conforme al derecho internacional. Por lo que esta cláusula concede el mayor grado de protección, al deslocalizar la ley aplicable a la controversia, siempre, claro está, que el APPRI en cuestión que la incluya no contenga, a su vez -en el título dedicado a la solución de controversias entre una Parte contratante e inversionistas de la otra Parte contratante- disposiciones sobre ley aplicable. Lo que no es el caso del Acuerdo entre España y México.

<sup>12</sup> Vid *Técnicas Medioambientales Tecmed v. United Mexican Status*, (caso ICSID ARB (AF)/00/2), *ICSID Review-FILJ* Vol. 19. 1, 2004, pp. 158-271.

## Restricciones derivadas de dificultades en la balanza de pagos del Estado receptor

El artículo 7.6 del APPRI con México contiene una cláusula de salvaguardia que supone una restricción al derecho a la libre transferencia, previendo casos de fugas masivas de capital o de desinversiones masivas, como ha ocurrido recientemente en Argentina:

"En caso de un desequilibrio fundamental de balanza de pagos, una Parte Contratante podrá establecer controles temporales a las operaciones cambiarias, siempre y cuando se instrumenten medidas o un programa conforme a los criterios internacionales comúnmente aceptados.<sup>13</sup> Estas restricciones se establecerán por un periodo limitado, de forma equitativa, no discriminatoria y de buena fe".

El evitar el riesgo de las alteraciones monetarias en el Estado receptor de la inversión es la razón de la inclusión en los acuerdos bilaterales sobre inversiones de las cláusulas sobre libre transferencia de pagos. Aunque su ausencia queda, a mi juicio, suficientemente cubierta por los instrumentos multilaterales reguladores de los pagos internacionales, como el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional<sup>14</sup> o el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS),<sup>15</sup> que en esta cuestión se superponen a lo establecido por los APPRI en materia de libre transferencia, a no ser que éstos contengan una cláusula específica que, como *lex specialis*, module lo dispuesto en un instrumento multilateral (Sacerdoti, 1997).<sup>16</sup> En cualquier caso, en este punto parece existir una tensión entre dos fuerzas contrapuestas -por un lado el derecho internacional contenido en el Convenio del Fondo Monetario Internacional (FMI) y en el Acuerdo GATS y por otro el derecho internacional contenido en el APPRI-. Arriesgando una respuesta definitiva, se puede afirmar que realmente es complejo negar el reducto de soberanía que, inclu-

<sup>13</sup> *Vid* los artículos VI, sección 3 y VII, sección 3 del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional y el artículo XII del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS).

<sup>14</sup> Cuyos artículos VI, sección 3; VII, sección 3 (b) permiten a los Estados miembros establecer controles a los movimientos de capitales ajustándose a la premisa de que tales movimientos pueden ser, en algunos casos, desestabilizadores o responder a movimientos de carácter especulativo

<sup>15</sup> *Vid* artículo XII del GATS, sobre restricciones para proteger la balanza de pagos.

<sup>16</sup> *Vid* los artículos 30 y 59 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

so APPRI mediante, un PVD tiene -y que además consta en un instrumento convencional como es el Convenio del FMI- para, en caso de circunstancias excepcionales que pongan en grave peligro su balanza de pagos, establecer medidas que restrinjan la libre transferencia de pagos (caso de los *empréstitos serbios en Francia* ante el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) resulta aquí, ilustrativo). Cuestión diferente son los efectos que produzcan en la inversión tales medidas, pues si éstas son desmesuradas o discriminatorias entraríamos de lleno en la expropiación (o la confiscación), materia para la que los APPRI prevén una garantía reforzada por la operatividad del estándar internacional de protección -causa pública, no discriminatoria, indemnización y revisión judicial-, de la cláusula Hull (que establece una compensación para casos de expropiación "*prompt, adequate and effective*") y de los mecanismos de solución de controversias a elección del inversionista, contenidos en la mayoría de los APPRI.

### **Arreglo de controversias ante el CIADI**

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) es una organización internacional de carácter público integrada en el Grupo Banco Mundial<sup>17</sup> creada por el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, suscrito en Washington el 18 de marzo de 1965 con el fin de fomentar la inversión procedente de los países desarrollados en los PVD, por un lado, y para evitar los riesgos en los que tales inversiones se susciten mediante el establecimiento de un mecanismo basado en el arbitraje mixto entre el inversionista nacional de un Estado y el Estado en el que se lleva a cabo la inversión, por otro (Álvarez, 2002). Antes de seguir es necesario poner de relieve el hecho de que dos de los países con mayor recepción de inversiones españolas, México y Brasil, no han suscrito el Convenio de Washington, y aunque este problema puede ser resuelto a través del recurso al Mecanismo Complementario (*Additional Facility*) del CIADI, como prevé expresamente el APPRI entre España y México, no resulta tan sencillo en el caso de Brasil por no tener un APPRI concluido.

<sup>17</sup> El grupo Banco Mundial está integrado por el Banco y otras cuatro organizaciones afiliadas: la Asociación Internacional de Desarrollo (IDA), la Corporación Financiera Internacional (IFC), el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y el Organismo Multilateral para la Garantía de Inversiones (OMGI/MIGA).

Para entender cómo funciona la jurisdicción del CIADI resulta de gran interés el caso *Waste Management Inc. c. México*, pues aún no derivándose la controversia del incumplimiento de un APPRI, sino del incumplimiento del Capítulo 11 Sección A del TLCAN, afecta a una inversión de una empresa norteamericana en México. La empresa estadounidense alegó que dos entidades de crédito mexicanas violaron con su actuación varias previsiones del TLCAN; a saber, los artículos 1105 -trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas y trato conforme con el derecho internacional- y 1110 -prohibición de nacionalización y expropiación-. En el primer procedimiento el tribunal del CIADI declaró su falta de jurisdicción por una razón que sirve para ilustrar el mecanismo de solución de controversias entre un Estado y un inversionista del otro Estado; por el incumplimiento por la demandante de un requisito esencial del artículo 1121 (2) (b) del TLCAN, consistente en la renuncia a incoar o continuar ante otros foros procedimientos de resolución de disputas respecto de medidas tomadas por el demandado presuntamente violatorias del TLCAN, renuncia que tiene que estar incluida en el sometimiento de la reclamación a arbitraje.<sup>18</sup> Además, para el primer tribunal la renuncia debe ser "clara, expresa y terminante" y no estar sometida a condiciones, como en el caso que nos ocupa.<sup>19</sup> Para el primer tribunal la renuncia, de acuerdo con el artículo 1121, alcanza a cualquier reclamación, tanto derivada de una "medida" recogida en el derecho nacional, como recogida en el TLCAN,<sup>20</sup> no así para el árbitro disidente. De este modo, el primer tribunal se declaró incompetente por entender que la renuncia condicionada de *Waste Management Inc.* a las disputas con origen en el TLCAN no era válida a efectos de los requisitos del artículo 1121, que alcanzaba a las disputas derivadas tanto del derecho interno mexicano como de las disposiciones del TLCAN.<sup>21</sup> Para el voto disidente la cuestión no era de compe-

<sup>18</sup> *Vid* parágrafo 31. 1 y 2 del laudo del primer tribunal.

<sup>19</sup> K. Higuet en su opinión disidente al laudo del primer tribunal, que declaró su falta de jurisdicción por la razón apuntada, discrepa alegando con complejas y bien argumentadas razones que la renuncia con la fórmula condicionada era formalmente válida, aunque no *ratione materiae* por las causas que él explica más arriba, y que el segundo tribunal no acoge. *Vid* opinión disidente al laudo del primer tribunal del árbitro K. Higuet, párrafos 4 a 9 en ICSID Review-FILJ, vol. 15. 1 2000 y en <[www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm](http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm)>

<sup>20</sup> Cfr. artículos 1105 y 1110 del TLCAN.

<sup>21</sup> Para el voto disidente "las reclamaciones relacionadas con las reparaciones mexicanas con motivo de ilícitos mexicanos no son las mismas que las reclamaciones de reparaciones dentro del marco del

tencia, sino de admisibilidad de la reclamación, lo que tuvo "un efecto radicalmente preclusivo, con el resultado de que la totalidad de la reclamación dentro del marco del TLCAN ha sido destruida". El segundo tribunal no fue tan lejos, y como el primero no se había pronunciado sobre el fondo de la controversia, abrió la vía para un segundo procedimiento desestimando la petición de la demandada, al no constituir el primer laudo *res judicata*.<sup>22</sup>

### **La incidencia del caso *E. A. Maffezini c. el Reino de España en el APPRI entre España y México***

La jurisdicción del CIADI no sólo se basa en el Convenio del CIADI, sino en los propios APPRI, como ha establecido el Comité de Anulación en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A y Vivendi Universal* (antes *Compagnie Générale des Eaux*) c. *República Argentina* ARB/97/3, al anular parcialmente el laudo dictado por el primer tribunal. El Comité de Anulación establece que la jurisdicción del CIADI deriva de un APPRI directamente (como ya se ha dicho que puede hacerlo de una ley de inversión) al establecer en el parágrafo 86 de la decisión de anulación que:

---

TLCAN por ilícitos relacionados con el TLCAN. Más aún, las medidas específicamente objeto de reclamación en los procedimientos mexicanos no eran como tales susceptibles de ser objeto de acción judicial en el marco del TLCAN, y por lo tanto no serían la clase 'una demanda' a que se refiere el artículo 1121. Si bien es cierto que el artículo 1121 no contempla procedimientos concurrentes ante tribunales nacionales y un tribunal del TLCAN relacionados con idéntica cuestión ese riesgo... no surge de los procedimientos internos subsidiarios que sólo guardan relación con una parte de los antecedentes ficticios que sustentan o respaldan la reclamación en el ámbito del TLCAN". Este último razonamiento lo emplea el árbitro disidente para sortear el punto débil, a mi juicio, de su argumentación, cual es el problema de que la renuncia de la empresa americana fue condicionada. En el parágrafo 4 del laudo del primer tribunal (*Vid* caso CIADI ARB (AF)/98/2) en ICSID Review-FILJ, vol. 15. 1, 2000, así como en <[www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm](http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm)> se transcribe la fórmula condicionada empleada por *Waste Management Inc.* para someter al Mecanismo Complementario del CIADI, de acuerdo con el TLCAN, la disputa con México: "asimismo, los Demandantes renuncian su [sic] derecho de iniciar o continuar ante un tribunal administrativo o una corte gobernado [sic], o en otro procedimiento de resolución de disputas, cualquier procedimiento con respecto a las medidas tomadas por el Demandado que se aleguen ser una violación del capítulo 11 del NAFTA [sic] o las normas aplicables del derecho internacional, salvo los procedimientos de recursos equitativos como un mandamiento judicial, una sentencia declaratoria u otro recurso extraordinario que no involucren el pago de daños. Sin embargo, esta renuncia no aplica a cualquier procedimiento de resolución de disputas que involucre alegaciones que el Demandado haya violado las obligaciones impuestas por otras fuentes de ley, incluyendo las [ sic] leyes de México" (énfasis del tribunal).

<sup>22</sup> Cfr. parágrafo 43 de la Decisión del Segundo tribunal.

"... la omisión de un tribunal en ejercer una jurisdicción que le es otorgada por el Convenio del CIADI y por un [Tratado Bilateral de Inversión] TBI, en circunstancias donde se veía afectado el resultado de su examen... constituye una extralimitación manifiesta de [sus] facultades...".<sup>23</sup>

Centrándonos en la Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción planteadas por España, previa a la decisión sobre el fondo que se contiene en el laudo y separada del mismo como cuestión preliminar, España objeta la jurisdicción del Centro, utilizando dos argumentos; el primero de ellos, sobre la base del no agotamiento de los recursos internos por el demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo X (Solución de Controversias entre una Parte e Inversionistas de la otra Parte) (3) (a) del APPRI entre España y Argentina que determina que:

"La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes... a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo...".

El segundo argumento utilizado por España para impugnar la competencia del CIADI se basa en que el demandante no presentó previamente el caso ante los tribunales españoles, de acuerdo con el apartado 2 del artículo X:

"Si una controversia en el sentido del párrafo 1 [solución amistosa] no pudiera ser dirimida dentro de plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión".

El tribunal rechaza la postura española apoyándose en la siguiente razón para justificar su competencia: aunque el tribunal considera que el juego de los apartados 2 y 3 (a) del artículo X del APPRI entre España y Argentina obli-

<sup>23</sup> *Vid* el artículo 52 (1)(b) del Convenio del CIADI que contiene las causas por las que un laudo dictado por un Tribunal CIADI puede ser recurrido en anulación.

gaba al demandante (E. A. Maffezini), como paso previo a la competencia del CIADI, a acudir a los tribunales españoles, sin que ello implique el agotamiento de los recursos internos (Schreurer, 1997), hay que decir que el Tribunal hubiese declinado la competencia del Centro de no ser porque el APPRI analizado incluye una cláusula de Tratamiento de Nación Más Favorecida (TNMF)<sup>24</sup> que sirvió al demandante para invocar el mecanismo de "solución de conflictos entre una Parte e inversionistas de la otra Parte" previsto en el artículo 10 del APPRI entre España y Chile, que permite al inversionista, tras haber agotado el plazo de seis meses para intentar solucionar amistosamente la controversia, dirigirse directamente al CIADI.<sup>25</sup>

El tribunal arbitral apreció que el TNMF previsto en artículo IV. 2 del APPRI entre España y Argentina alcanza a los mecanismos de resolución de controversias (cosa que no tuvo ocasión de hacer el tribunal arbitral en el caso seguido ante el CIADI *Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka*, pues se limitó a analizar la cláusula de TNMF en relación a las normas de responsabilidad previstas en los APPRI Sri Lanka-Suiza y Sri Lanka-Reino Unido) contenidos en otros APPRI firmados por España pues el TNMF alcanza a "todas las materias regidas" por el Acuerdo. Añade además el tribunal arbitral que el TNMF alcanza a los mecanismos de resolución de controversias entre un Estado y un inversionista nacional de otro pues "hay razones suficientes para concluir que actualmente los arreglos relativos a la resolución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección de inversionistas extranjeros".

Por último, la Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción afirma que "no obstante que la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a los arreglos de solución de controversias en el contexto de los tratados sobre inversiones puede llevar al resultado de alcanzar la armonización y la ampliación del alcance de tales mecanismos, hay ciertos límites importantes que han de tenerse en cuenta". Paso a referirlos por la importancia que supone en cuanto a la acotación del alcance de la cláusula de TNMF a los mecanismos de solución de controversias. El primer límite se encuentra en que si existe una

<sup>24</sup> El artículo IV.2 del APPRI entre España y Argentina incluye la cláusula de TNMF de la siguiente forma: "En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversionistas de un tercer país".

<sup>25</sup> Esta línea jurisprudencial es contestada en la Decisión sobre excepciones a la Jurisdicción, de 8 de febrero de 2005, en el caso *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (caso CIADI ARB/03/24).

disposición en el APPRI que condiciona el recurso al arbitraje al agotamiento de los recursos internos, ésta ha de cumplirse, pues además de que el CIADI lo permite,<sup>26</sup> configura una "regla fundamental del derecho internacional general" (el Tribunal de Justicia considera esa norma como parte del derecho internacional en el *Interhandel case (Switzerland v. United States)*), así como la Corte Permanente de Justicia Internacional del *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. United Kingdom)*. El segundo límite radica en que las partes hayan incluido en el APPRI un método de arreglo de disputas de "bifurcación de caminos", esto es, que las partes en la controversia puedan elegir entre el recurso a los tribunales internos del Estado receptor o al arbitraje internacional, pues una vez elegido "el camino" el otro queda cerrado. En tercer lugar, cuando un APPRI escoja un determinado mecanismo de arbitraje, el del CIADI, por ejemplo, este no se puede sortear mediante la cláusula de TNMF. El cuarto de los límites señalados por el tribunal al alcance en el ámbito tratado de la cláusula de TNMF es que mediante su utilización no se pueden alterar las reglas de arbitraje contenidas en algunos tratados internacionales (TLCAN, CIADI), pues esas reglas previamente definidas "denotan la voluntad precisa de las partes contratantes de tales tratados". En este contexto, habría que situar la previsión contenida en el Apéndice sobre solución de controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante del APPRI entre España y México, que limita la jurisdicción del CIADI:

"El Convenio de CIADI... regirá[n] el arbitraje, salvo en la medida de lo modificado por este apéndice".<sup>27</sup>

### **La ley aplicable al fondo de la controversia**

Es importante comenzar aquí diciendo que la deslocalización de la controversia trae consigo la deslocalización del derecho aplicable a la misma, como demuestran multitud de sentencias arbitrales dictadas en el marco del CIADI, en las que aún aplicándose la ley interna del Estado receptor, esta ley se "acomodaba" a los estándar contenidos en el derecho internacional.

<sup>26</sup> Ex art. 26 del Convenio de Washington.

<sup>27</sup> Apartado 2 del título III del apéndice del APPRI entre España y México sobre Solución de controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante.

En esta línea resultante interesante analizar la anulación del laudo dictado en el seno del CIADI en el caso *Klöckner c. Camerún*, por no basar la sentencia el primer tribunal en el derecho del Estado receptor: el de Camerún. La norma "violada" en este caso por el tribunal arbitral es el artículo 42 del Convenio de Washington de 1965 que establece, como se acaba de señalar, la obligación de los árbitros de aplicar, a falta de elección por las partes, la ley del Estado receptor y *aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables*. Quizá el empleo de una coma en la versión española del Convenio tras la referencia las normas de derecho internacional privado del Estado parte en la diferencia, aclarase más la posición que juega el derecho internacional como ley aplicable a la controversia. Sin coma parece que juega un papel completivo, con coma jugaría un papel alternativo a la ley interna del Estado receptor.

Los APPRI, creadores de un "nuevo" derecho internacional en materia de expropiación y de nacionalización, establecen que el arbitraje se basará en las disposiciones contenidas en los acuerdos internacionales vigentes entre las partes, en las normas y principios universalmente reconocidos del derecho internacional y en la ley interna del Estado receptor de la inversión incluidas sus normas de derecho internacional privado, fórmula que "compatibiliza" el derecho del Estado receptor con los estándar internacionales sobre protección de inversiones. El "viejo" derecho internacional, contenido en las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que establecía la aplicación de la ley del Estado receptor es absorbido por el "nuevo" derecho internacional, abarcado en los APPRI. Manifestaciones de este fenómeno (Schreuer, 1997) son el artículo 1131 del TLCAN,<sup>28</sup> el artículo 26 (6) del Tratado de la Carta de la Energía, el artículo 9 (5) del Protocolo de Colonia de Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) de 17 de enero de 1994 y los artículos 17 a 20 del Acuerdo de Cartagena de Libre Comercio entre México, Colombia y Venezuela, que sigue la fórmula del primero.

Los APPRI firmados por España no permiten elegir el derecho aplicable a la controversia sino que utilizan una fórmula que abona la aplicación cumulativa

<sup>28</sup> El artículo 1131 del TLCAN dice que: "Un Tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional".

de "las disposiciones contenidas en el presente Acuerdo o en cualesquiera otros Acuerdos vigentes entre la Partes contratantes. Las normas y los principios universalmente aceptados del derecho internacional. El derecho nacional de la Parte contratante en cuyo territorio se haya realizado la inversión, incluidas las reglas relativas a los conflictos de leyes". De esto se deduce que las partes están eligiendo, con un enfoque práctico, el derecho previsto como aplicable, a falta de elección, del artículo 42 del Convenio del CIADI:

"1. El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables".

Aunque en los APPRI concluidos por España se dice que el "arbitraje se basará en las disposiciones previstas en el presente Acuerdo [el propio APPRI] o en cualesquiera otros Acuerdos vigentes entre las Partes" -lo que parece establecer la posibilidad de que las partes elijan el derecho aplicable al fondo de la controversia-, al disponer además la aplicación, junto con el propio APPRI u otros Acuerdos vigentes entre las partes, del derecho internacional y del derecho del Estado receptor, en la práctica la aplicación cumulativa lleva a la aplicación del derecho previsto por el artículo 42 a falta de elección. Así, mediando elección o no, de acuerdo con los APPRI -españoles, insisto- el tribunal CIADI siempre aplicará el mismo derecho: el del Estado receptor en cuanto no se oponga al derecho internacional, que es de lo que se trata.

En la práctica arbitral del CIADI, aunque algunos autores (Schreuer, 1997) se empeñen en realizar complejas clasificaciones sobre las distintas leyes aplicables, se decanta por una aplicación *cumulativa* de varias leyes, las cuales al final descansan, indefectiblemente, en el estándar internacional; con más razón en los casos decididos *ex aequo et bono*.

### **El mecanismo complementario**

Con el fin de ampliar la jurisdicción del CIADI, el Consejo Administrativo del Centro, el 27 de septiembre de 1978, autorizó al Secretariado del CIADI a administrar procedimientos relativos a controversias que quedaban fuera del Convenio de Washington, mediante el establecimiento de las Reglas del

Mecanismo Complementario (*Additional Facility*). El Mecanismo Complementario tiene por objeto extender la jurisdicción del CIADI a controversias en que una de las partes, bien el Estado receptor de la inversión, bien el Estado del inversionista, no sea signatario del Convenio de Washington (Vives, 1998); a aquellos procedimientos de conciliación y de arbitraje que no surjan directamente de una inversión y en los que al menos una de las partes, bien el Estado receptor de la inversión, bien el Estado de quien invierte, sea un Estado contratante, siempre que no se trate de una operación comercial ordinaria; y a los denominados procedimientos de comprobación de hechos.

El Mecanismo Complementario ha sido utilizado principalmente en procedimientos incoados al amparo del TLCAN, ya que de los tres países parte de éste, dos -Canadá y México- no han suscrito el Convenio de Washington de 1965. Por esta causa, de los diez procedimientos iniciados con arreglo al Mecanismo Complementario, cinco han sido abiertos contra México bajo el TLCAN,<sup>29</sup> tres en contra de Estados Unidos bajo el TLCAN,<sup>30</sup> uno contra México de acuerdo con el APPRI entre España y México<sup>31</sup> y uno contra Ucrania de acuerdo con el APPRI Estados Unidos-Ucrania.<sup>32</sup>

### **El problema de la litispendencia**

Tratando de la cuestión arbitral no se puede dejar de abordar un problema de litispendencia -esto es, la duplicidad de procesos arbitrales- que podría darse en el seno del TLCAN, y la respuesta que se da al mismo en el voto disidente de K. Highet al laudo del primer tribunal del caso *Waste Management, Inc.*

<sup>29</sup> *Metalclad Corporation c. Estados Unidos de México* (caso CIADI ARB (AF)/97/1); *Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca c. Estados Unidos de México* (caso CIADI ARB (AF)/97/2); *Waste Management Inc c. Estados Unidos de México* (caso CIADI ARB (AF)/98/2); *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos de México* (caso CIADI ARB (AF)/99/1); *Fireman's Fund Insurance Company c. Estados Unidos de México* (caso CIADI ARB (AF)/02/1). *Vid.* las decisiones respectivas en <[www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm](http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm)>

<sup>30</sup> *ADF Group Inc. v. United States of America* (caso CIADI ARB (AF)/00/1 (caso pendiente)); *The Loewen Group, inc and Raymond L. Loewen v. United States of America* (caso CIADI ARB (AF)/98/3 (caso pendiente)); *Mondev International Ltd v. United States of America* (caso CIADI ARB (AF)/99/2)), concluido: laudo emitido el 22 de octubre de 2002. *Vid.*, las decisiones respectivas en <[www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm](http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm)> y en <[www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm](http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm)>

<sup>31</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A c. Estados Unidos de México*, (caso CIADI ARB (AF)/00/2).

<sup>32</sup> *Joseph Charles Lemire c. Ucrania* (caso CIADI ARB (AF)/97/2). *Vid.*, ICSID Review-FILJ, vol. 15. 2, 2000 y <[www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm](http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm)>

*Estados Unidos Mexicanos*<sup>33</sup> en relación a si el artículo 1121 establece la "bifurcación de caminos". Para el árbitro disidente el problema de la litispendencia se resuelve desligando los procedimientos de solución de controversias del TLCAN de los del derecho interno; se aplica el mecanismo del TLCAN cuando la disputa tiene su origen en una violación del TLCAN, se aplican los mecanismos de derecho interno cuando la disputa se basa en la violación del derecho interno: "las reclamaciones relacionadas con las reparaciones mexicanas con motivo de ilícitos mexicanos no son las mismas que las reclamaciones de reparaciones dentro del marco del TLCAN por ilícitos relacionados con el TLCAN. Más aún, las medidas específicamente objeto de reclamación en los procedimientos mexicanos no eran como tales susceptibles de ser objeto de acción judicial en el marco del TLCAN.

El Título V, del Apéndice de solución de controversias entre una Parte contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante del APPRI entre España y México, resuelve el problema que se puede derivar de que dos inversionistas de una misma empresa presenten una reclamación en nombre de la misma por ejercer el control y otro, de forma paralela, sin ejercer el control, presente otra reclamación por la misma violación, permitiendo acumular ambos procedimientos:

"Se podrán acumular los procedimientos... cuando un inversionista contendiente presente una reclamación en representación de una empresa que esté bajo su control directo o indirecto y, de manera paralela, otro u otros inversionistas que tengan participación en la misma empresa, pero sin tener el control de ella, presenten reclamaciones por cuenta propia como consecuencia de las mismas violaciones...".

### **El APPRI y el principio de *Res judicata***

Estrechamente ligado al problema de la litispendencia y los procedimientos paralelos aparece la cuestión del valor de cosa juzgada material que pueda tener la decisión dictada, en el marco de los APPRI, por un tribunal arbitral o por un tribunal estatal, en el hipotético caso de que cualquiera de las instancias implicadas no haya declinado su competencia. No parecen existir dudas de que el principio de *res judicata* está integrado en el derecho internacional,

<sup>33</sup> *Waste Management Inc c. Estados Unidos de México* (caso CIADI ARB (AF)/98/2), en <[www.worldbank.org/icsid/cases/waste\\_diss.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/waste_diss.pdf)>

siempre que se aplique a las mismas partes y trate de la misma cuestión sobre la que previamente ya existe una decisión. Así queda de manifiesto en tres casos reproducidos por el segundo tribunal del caso seguido ante el CIADI *Waste Management Inc. c. México*.<sup>34</sup>

Respecto del CIADI la *res judicata* ha jugado un papel relevante en el caso *Tradex Hellas S. A. c. República de Albania*, para cuyo tribunal, en los casos en que la misma cuestión se plantea tanto en relación a la competencia como en cuanto al fondo, lo más apropiado es unir ambas cuestiones.

Esta corriente continuada en el derecho internacional se ha mantenido, también en el seno del CIADI, en el caso *Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca c. México*, pues con arreglo a la doctrina de la *res judicata* un tribunal del TLCAN no tiene "plena competencia de apelación" respecto a decisiones que han sido previamente tomadas por tribunales nacionales de conformidad con su legislación nacional, las cuales prevalecen a no ser que se demuestre que la legislación nacional es contraria al TLCAN.

El ya citado caso *Waste Management Inc. c. México* sirve además para ilustrar el problema de la *res judicata* en el arbitraje comercial internacional, aunque sea en el marco del TLCAN, cuyas disposiciones, por otro lado tanta relación guardan en materia de resolución de controversias relativas a inversiones entre un Estado parte y un particular (un nacional o una empresa) de otra Parte contratante, con los APPRI. El segundo tribunal que conoció de la disputa entre la empresa norteamericana y México tuvo que dar respuesta a la excepción planteada por México a su jurisdicción, basándose en que al haberse pronunciado el primer tribunal sobre su falta de jurisdicción por incumplimiento de la Demandante de los requisitos del artículo 1121 del TLCAN relativos al consentimiento para someter la disputa a arbitraje, el laudo tiene efecto de cosa juzgada y precluye la jurisdicción del CIADI.

El segundo tribunal se pronunció a favor de que la decisión del primer tribunal fue *res judicata*, pues "tanto el artículo 1138 del TLCAN como el artículo

<sup>34</sup> El primero es el de la Comisión Mixta de Reclamaciones entre Francia y Venezuela en el caso *Compagnie Générale de l'Orénoque*; El segundo, el del Tribunal de Reclamaciones Británico-Estadounidense: "Es una regla de derecho establecida que la doctrina de *res judicata* se aplica sólo cuando existe identidad de partes y de la cuestión a resolver... resultando imposible decir que la cuestión de la responsabilidad de Estados Unidos ha terminado con la decisión del Tribunal de Su Majestad Británica, cuando el Tribunal, por el contrario, sostuvo que no tenía jurisdicción para tratar esa cuestión". Y el tercero, el del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el caso del *Servicio Postal Polaco en Danzig*.

53. 4 del Reglamento del Mecanismo Complementario disponen claramente que el laudo es definitivo y obligatorio para las partes, a menos que se inicie la acción correspondiente para anular el laudo, lo que no ocurrió en este caso, por lo que las partes en este caso aceptaron que la elección del tribunal fue *res judicata* y debía cumplirse como tal". Pero el verdadero problema radicaba en que el primer tribunal (ni otros que conocieron) no se pronunció sobre el fondo de la controversia sino que desestimó la reclamación por falta de competencia. De este modo, el tribunal entendió que la *res judicata* no alcanzaba al fondo de la controversia y abría la vía a un "nuevo intento" ante el CIADI:

"No hay duda de que la preocupación de las partes del TLCAN al insertar el artículo 1121 era el lograr la finalidad de la decisión y evitar multiplicidad de procedimientos. Sin embargo, cuando no se emite decisión sobre el fondo en el primer procedimiento a causa de una barrera de competencia, no hay nada en el capítulo XI que expresamente [sic] o implícitamente prohíba la iniciación de un segundo procedimiento después de que la barrera de competencia ha sido removida" (parágrafo 27).

Es por ello, que el segundo tribunal concluye que no existe impedimento para que "la Demandante vuelva a presentar el caso a arbitraje con una renuncia válida".

De lo visto se puede concluir que los vicios de consentimiento siempre son subsanables, pues a éste no alcanza la *res judicata* al no haber pronunciamiento sobre el fondo.<sup>35</sup>

Para cerrar el presente trabajo resulta de interés referirse a la manifestación que suponen los APPRI del "nuevo" derecho internacional de los países exportadores de capitales, algunos de los cuales -no es el caso del Acuerdo entre España y México, aunque ilustra la ratio ultima sobre la que se asientan estos tratados- proporcionan al inversionista el "antídoto" contra decisiones ya dictadas -que tendrían, por tanto, valor de *res judicata*- en su perjuicio por tribunales internos, permitiendo someter la controversia a un Tribunal arbitral internacional "cuando exista tal decisión pero la diferencia subsista entre las partes por considerar cualquiera de éstas [el inversionista, normalmente] que dicha decisión es notoriamente injusta o contraviene las disposiciones de este

<sup>35</sup> Cfr., caso *Waste Management Inc., c. Estados Unidos de México* (caso CIADI ARB (AF) 98/2), en *ICSID Review-FILJ*, vol. 15, 1, 2000 y en <[www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm](http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm)>

Acuerdo o cualquier otra norma de derecho Internacional.<sup>36</sup> El mencionado "antídoto" contra el principio generalmente aceptado de la *res judicata* funciona también en el caso -ciertamente improbable- de que el Estado acuda antes que el inversionista a sus tribunales internos los cuales una vez dictada sentencia sobre el fondo cerrarían el camino a una futura decisión sobre el fondo por parte de una instancia arbitral.<sup>37</sup>

## Conclusiones

Con todas sus limitaciones, el Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones constituye un instrumento jurídico de primera magnitud para atraer inversiones españolas a México y, por tratarse de un Acuerdo de doble dirección, para impulsar a las empresas mexicanas a establecerse en España, también como puente hacia otros mercados dentro de la Unión Europea.

Una inversión, una vez admitida, queda sometida al régimen jurídico del Estado receptor de la misma. Por esta causa los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, con el fin de proteger tal inversión diseñan unas cláusulas especiales de tratamiento que van a "interferir" en el régimen jurídico interno del Estado receptor, introduciendo los nuevos principios del derecho internacional general en materia de protección de las inversiones extranjeras. De esta manera, los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones están cambiando el contenido del derecho internacional en materia de inversiones al crear unos estándares de tratamiento de universal aceptación -pues los Países en Vías de Desarrollo los están aceptando en masa al concluir estos Acuerdos- que modulan el derecho de los Estados sobre sus propios recursos naturales y, fundamentalmente, deslocalizan la solución de las controversias a favor del inversionista.

El efecto de protección de los estándares de tratamiento y demás previsiones contenidas en un Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones se multiplica por el efecto que provoca el funcionamiento de la todopoderosa cláusula de tratamiento de la nación más favorecida, con arre-

<sup>36</sup> *Vid* el Artículo 11. 3 (a) en relación con el artículo 2 del APPRI entre España y Uruguay.

<sup>37</sup> Es por esta causa que el artículo 11. 3 (a) *in fine* del APPRI entre España y Uruguay dispone que, de darse las circunstancias antes mencionadas: "... el Tribunal Arbitral laudará sobre la controversia entre las partes en su totalidad, si constata que la parte que sometido el asunto a arbitraje lo ha hecho con causa justificada".

glo a la cual el tratamiento más ventajoso concedido por un país a quienes invierten de un tercer Estado se extiende automáticamente a las inversiones realizadas por empresarios procedentes de los Estados con el que el país que concede esa ventaja a inversionistas terceros haya suscrito un Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, que contenga tal cláusula (caso del Acuerdo entre España y México).

Lo que hace interesante a los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones es que juegan un doble papel; por un lado, sirven para defender los intereses de las empresas transnacionales en ausencia de un instrumento de alcance universal y obligatorio, permitiendo a los Estados exportadores de capitales proteger a sus inversionistas mediante los estándares mínimos de tratamiento internacionales sobre una base bilateral y, por otro lado, permiten a los Estados receptores de inversiones mantener su libertad de aceptar o cuestionar tales estándares, pudiendo negar su validez fuera de la relación bilateral.

En lo relativo al derecho aplicable a la controversia el sistema CIADI marca la pauta, y aunque México no pertenezca a éste, sirve como mecanismo de solución de controversias previsto tanto por el Acuerdo con España como por el TLCAN, con arreglo al funcionamiento del Mecanismo Complementario del Centro. De acuerdo con el Convenio de Washington de 1965, constitutivo del CIADI, se dispone la aplicación, junto con el propio APPRI de otros Acuerdos vigentes entre las partes, del derecho internacional y del derecho del Estado receptor, lo que supone en la práctica la aplicación cumulativa del derecho previsto por el artículo 42 del Convenio del CIADI a falta de elección. Así, mediando elección o no, de acuerdo con el Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones el tribunal CIADI -cuando sea el caso- siempre aplicará el mismo derecho: el del Estado receptor en cuanto no se oponga al Derecho internacional.

Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones -aunque no todos, y no es el caso del Acuerdo entre España y México, pero refleja la tendencia- también constituyen, con respecto del problema que puede plantear una decisión de un tribunal interno relativo al carácter de cosa juzgada de la misma, una manifestación más del "nuevo" derecho internacional de los países exportadores de capitales, pues proporcionan al inversionista el "antídoto" contra decisiones ya dictadas -las cuales por tanto tendrían valor de

*res judicata*- en su perjuicio por tribunales internos, permitiendo someter la controversia a un Tribunal arbitral internacional cuando exista tal decisión pero la diferencia subsista entre las partes por considerar cualquiera de éstas [el inversionista, normalmente] que dicha decisión es notoriamente injusta o contraviene las disposiciones de este Acuerdo o cualquier otra norma de Derecho Internacional.

### **Jurisprudencia**

-Tribunal Permanente de Justicia Internacional.

*Caso de los empréstitos serbios en Francia, Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans (France v. Serb-Croat-Slovene State), PCIJ Series A Nº 20/21, 1929.*

*Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. United Kingdom), PCIJ Serie A, Nº 2, 1924, p. 12.*

-Tribunal Internacional de Justicia.

*Interhandel case (Switzerland v. United States), ICJ Reports, 1959 p. 27.*

-Procedimientos arbitrales ante el CIADI

*ADF Group Inc. v. United States of America* (caso CIADI ARB (AF)/00/1 (caso pendiente)).

*Asian Agricultural Products Ltd.(AAPL) c. República de Sri Lanka*, (caso CIADI ARB/87/3) ILM., vol. 30. 3, 1991, pp. 577-655.

*Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux c. República Argentina (ICSID Review-FILJ, vol. 16. 1, 2001).*

*Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España* (caso CIADI ARB/97/7), ICSID Review-FILJ, vol. 16. 1, 2001.

*Joseph Charles Lemire c. Ucrania* (caso CIADI ARB (AF)/98/1). *Vid ICSID Review-FILJ*, vol. 15. 2, 2000 y <[www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm](http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm)>

*Klöckner Industrie-Anlagen GMBH et al. V. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des engrails (Socame)* (caso CIADI ARB/81/2), laudo de 21 de octubre de 1983, *ICSID Reports*, vol. 2, p. 59 y ss. y decisión de anulación de 3 de mayo de 1985, *ICSID Reports*, vol. 2, pp. 117-126.

*Fireman's Fund Insurance Company c. Estados Unidos de México* (caso CIADI ARB (AF)/02/1).

*The Loewen Group, inc and Raymond L. Loewen v. United States of America* (caso CIADI ARB (AF)/98/3

*Lanco International Inc. c. República Argentina* (caso CIADI ARB/97/6) en ILM, vol. 40. 2, 2001, pp. 457-473.

*Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos de México* (caso CIADI ARB (AF)/99/1).

*Metalclad Corp. v. United Mexican States*, (caso CIADI ARB/97/1), ILM, vol. 40. 1, 2001.

*Mondev International Ltd. v. United States of America* (caso CIADI ARB (AF)/99/2)), concluido: laudo emitido el 22 de octubre de 2002. <[www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm](http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm)>

*Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca c. Estados Unidos de México* (caso CIADI ARB (AF)/97/2). *CSID Review-FILJ*, vol. 14 .1, 1999 y <[www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm](http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm)>

*Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. c. Estados Unidos de México* (caso CIADI ARB (AF)/00/2, <[www.worldbank.org/icsid/cases/laudo051903FINAL.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/laudo051903FINAL.pdf)>

*Tradex Hellas S.A. C. República de Albania* (caso CIADI ARB/94/2), Decision on jurisdiction, 24 december 1996, *ICSID Review-FILJ*, vol. 14, 1999, p. 161.

*Waste Management Inc. c. Estados Unidos de México* (caso CIADI ARB (AF)/00/3), segundo procedimiento ante el CIADI <[www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm](http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm)>, que siguió al caso CIADI ARB (AF)/98/2 *CSID Review-FILJ*, vol. 15. 1, 2000, y <[www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm](http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm)>

-TLCAN/NAFTA

*Methanex v. United States*", H. Mann, "Opening the Doors, at Least a Little: Comment on the Amicus Decision in *Methanex v. United States*", *RECIEL*, vol. 10.2, 2001, pp. 241-245.

-Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

STJCE de 27 de febrero de 1962, *Comisión c. Italia*, asunto 10/61, *Recueil de jurisprudence*. 1962.

Textos legales

APPRI España-México

Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones.

Firma: 23 de junio de 1995

En vigor: 18 de diciembre de 1996

B.O.E: 6 de febrero de 199

## Bibliografía

- Álvarez Ávila, G. (2002) *Las Características del arbitraje CIADI*, AMDI, vol. 2, pp. 205-229.
- Brownlie, I. (1998) *Principles of Public International Law*, 4th edition, Oxford, Clarendon Press.
- Dolzer, R and M. Stevens (1995) *Bilateral Investment Treaties*, Martinus-Nijhoff Publishers.
- Foreign Direct Investment Policy and Promotion in Latin America (1999) París, OCDE.
- Lavie, J. P. (1985) *Protection et Promotion des Investissements, étude de droit international économique*, Paris, Presses Universitaires de France.
- Mann, F. A. (1981) "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments", BYBIL, vol. 52.
- NUSSBAUM (1950) *Money in the Law- National and International*, Brooklyn, The Foundation Press.
- Oman, C. (2000) *Policy Competition for Foreign Direct Investment, A Study of Competition among Governments to Attract FDI*, Paris, Development Centre Studies, OECD.
- Sacerdoti, G. (1997) "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *R. des C.*, nº 269, pp. 255-460.
- Schreuer, C. (1997) "Commentary on the ICSID Convention: article 26", *ICSID Review-FILJ*, vol. 12. 2, pp. 154-203.
- "Commentary on the ICSID Convention: article 42", *ICSID Review-FILJ*, vol. 12. 2, pp. 398-500.
- Sornarajah, M. (1994) *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press.
- (1986) "State Responsibility and Bilateral Investment Treaties", *JWT*, vol. 20.
- Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea, vol. I, publicado por la antigua Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.
- UNITED NATIONS (1998) *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, Ginebra, United Nations.
- UNITED NATIONS CENTRE ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS (1988) *Bilateral Investment Treaties*, London, Graham & Trotman.
- Vives Chillida, J. A. (1998) el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Madrid, McGraw-Hill.