

# ENTRA EN VIGOR EL ACUERDO PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES (APPRI) ENTRE ESPAÑA Y VIETNAM DE 20 DE FEBRERO DE 2006

JOSÉ ÁNGEL RUEDA GARCÍA  
*Doctor en Derecho. Abogado*

Recibido: 17.03.2012 / Aceptado: 23.03.2012

**Resumen:** El APPRI que acaba de entrar en vigor entre España y Vietnam contiene disposiciones habitualmente recogidas en tratados similares que permiten calificarlo como un texto moderno apto para la protección de las inversiones españolas en Vietnam y vietnamitas en España. El APPRI debería contribuir asimismo a la promoción de las inversiones recíprocas que, hasta la fecha, son prácticamente inexistentes.

**Palabras clave:** APPRI, Vietnam, arbitraje de inversiones, CIADI, Reglamento UNCITRAL.

**Abstract:** The BIT that has just entered into force between Spain and Vietnam contains provisions usually included in similar treaties that allow us to label it as a modern text suitable for the protection of Spanish investments in Vietnam and Vietnamese investments in Spain. The BIT should also contribute to the promotion of reciprocal investments that, to date, are virtually nonexistent.

**Key words:** BIT, Vietnam, investment arbitration, ICSID, UNCITRAL Rules.

**Sumario:** I. Introducción. II. Ámbitos de aplicación del APPRI. 1. Ámbito de aplicación material: el concepto de «inversión». 2. Ámbito de aplicación personal: el concepto de «inversor». 3. Ámbito de aplicación territorial. 4. Ámbito de aplicación temporal. III. Promoción de las inversiones entre España y Vietnam. IV. Protecciones materiales de las inversiones. 1. Tratamiento justo y equitativo y plena protección y seguridad. 2. Tratamiento nacional y de la nación más favorecida. 3. Expropiación. 4. Compensación por pérdidas. 5. Libre transferencia de rentas. 6. Condiciones más favorables. V. Solución de controversias. 1. Controversias entre un inversor y un Estado parte. A) Alternativas de arbitrajes inversor-Estado. B) Subrogaciones y excepciones. a) Subrogación en caso de pago de seguro o garantía de inversión. b) No excepción por pago de seguro o garantía de inversión. 2. Controversias entre los Estados parte del APPRI. 3. Normas especiales del procedimiento arbitral. VI. Conclusión.

## I. Introducción

1. El pasado 29 de julio de 2011 entró en vigor el Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) celebrado entre España y Vietnam en Hanói el 20 de febrero de 2006. No obstante, como viene siendo habitual con los tratados internacionales celebrados por España, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación no remitió la noticia al Boletín Oficial del Estado (BOE) hasta más tarde, en concreto el 1 de diciembre de 2011. El texto fue publicado finalmente casi cinco meses después de su entrada en vigor<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> BOE nº 303, de 17 de diciembre de 2011. La tramitación parlamentaria en España fue rápida y pacífica; *vid.* el dictamen favorable de la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados, de 27 de octubre de 2010 (BOCG, Sección Congreso de los Diputados, serie C, nº 255-2, de 2 de noviembre de 2010); la aprobación por el Pleno del Congreso de los

2. En líneas generales el APPRI con Vietnam responde al esquema habitual de este tipo de tratados internacionales, de los que hasta la fecha España ha celebrado más de sesenta con Estados de todo el mundo, incluidos varios del sudeste de Asia<sup>2</sup>; mientras que Vietnam ha firmado una cantidad algo inferior<sup>3</sup>. Tras su análisis entendemos que los operadores económicos españoles y vietnamitas dispondrán de una herramienta útil para la *protección* de sus inversiones efectuadas en el territorio del otro Estado. No obstante, la entrada en vigor de este APPRI debería contribuir asimismo a la *promoción* de unas inversiones que hasta la fecha son prácticamente inexistentes<sup>4</sup> en el contexto de unos intercambios comerciales altamente deficitarios para España<sup>5</sup>.

3. Para comprender la interpretación del APPRI que hemos realizado en este trabajo debemos hacer dos aclaraciones metodológicas que, aun siendo obvias, no dejan de ser trascendentes en vista de las peculiaridades de este tipo de tratados internacionales.

- i. De un lado, hemos comentado el APPRI en su versión española, que es considerada auténtica al igual que las versiones en vietnamita e inglés. Sin embargo, debemos señalar que, en caso de divergencia en la interpretación de las diversas versiones auténticas, el APPRI dispone que prevalecerá el texto inglés (que no ha sido publicado en el BOE siquiera a efectos informativos)<sup>6</sup>.

---

Diputados de la autorización al Gobierno prevista en el art. 94.1 CE, de 10 de noviembre de 2010 (BOCG, Sección Congreso de los Diputados, serie C, nº 255-3, de 16 de noviembre de 2010); y la autorización por el Pleno del Senado, de 1 de diciembre de 2010 (BOCG, Sección Senado, serie IV, nº 215(c), de 7 de diciembre de 2010).

<sup>2</sup> Vid. la lista de APPRIs celebrados por España que ya han entrado en vigor en <http://www.comercio.gob.es/es-ES/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-reciproca-inversiones-appris/Paginas/lista-appri-vigor.aspx> (consultada el 5 de marzo de 2012). Aparte del APPRI que comentamos en este trabajo, actualmente España tiene APPRIs en vigor con los siguientes Estados de la zona del este o sudeste de Asia: China (BOE nº 164, de 8 de julio de 2008), República de Corea (BOE nº 297, de 13 de diciembre de 1994), Filipinas (BOE nº 275, de 17 de noviembre de 1994), Indonesia (BOE nº 31, de 5 de febrero de 1997; corrección de errores, BOE nº 98, de 24 de abril de 1997) y Malasia (BOE nº 59, de 8 de marzo de 1996; corrección de errores, BOE nº 156, de 28 de junio de 1996).

<sup>3</sup> Vid. la lista de APPRIs celebrados por Vietnam en [http://www.unctad.org/sections/dite\\_pceb/docs/bits\\_vietnam.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite_pceb/docs/bits_vietnam.pdf) (consultada el 5 de marzo de 2012). De los 58 APPRIs firmados por Vietnam a 1 de junio de 2011 habían entrado en vigor 40, mayoritariamente con Estados asiáticos y europeos. A los efectos de este trabajo comentaremos exclusivamente los textos de los 27 APPRIs en vigor que figuran publicados en la página web <http://www.unctadxi.org/templates/docsearch.aspx?id=779> (consultada el 5 de marzo de 2012), a saber: los APPRIs con Alemania, Australia, Austria, Belarús, Unión Económica de Bélgica y Luxemburgo, Bulgaria, República Checa, China, República de Corea, Cuba, Dinamarca, Egipto, Finlandia, Francia, Hungría, Indonesia, Italia, Japón, Letonia, Malasia, Países Bajos, Polonia, Rumania, Singapur, Suecia, Suiza y Tailandia. Se citarán por la fecha de su firma por las partes.

<sup>4</sup> De acuerdo con los datos elaborados por la Dirección General de Comercio e Inversiones del entonces Ministerio de Industria, Turismo y Comercio del Gobierno de España (hoy dependiente del Ministerio de Economía y Competitividad), el flujo neto de inversiones de España a Vietnam entre 2006 y 2010 fue de menos de un millón de euros, mientras que las inversiones de Vietnam a España alcanzaron la simbólica cantidad de diez mil euros. Vid. la ficha de Vietnam disponible en <http://www.barrerascomerciales.es/Paises.aspx?doc=452> (consultada el 5 de marzo de 2012).

<sup>5</sup> Aunque los intercambios comerciales (exportaciones e importaciones) no son el objeto de atención de la promoción y protección de los APPRIs, en general estos tratados y el APPRI con Vietnam en particular suelen expresar en sus preámbulos que los Estados parte del tratado en cuestión han decidido celebrarlo «*deseando intensificar la cooperación económica en beneficio mutuo de ambos Estados*». No hay duda de que existe una relación estrecha entre comercio e inversión: una inversión inicial puede servir para poner en marcha una empresa que se dedique a exportar bienes y servicios al Estado del que procede el capital invertido para constituirlo o aun hacia terceros Estados. Según datos provisionales, en 2010 las exportaciones de España a Vietnam ascendieron a 159 millones de euros mientras que las importaciones desde Vietnam ascendieron a 1.076 millones de euros (tasa de cobertura = 14,78%). Vid., de nuevo, la ficha de Vietnam (*supra*, nota 4); la noticia publicada en el diario *El País*, «Vietnam, refugio del fabricante español», de 8 de enero de 2012, sección *Negocios*, p. 15; y la información disponible en la Red de Oficinas Económicas y Comerciales de España en el Exterior de la Secretaría de Estado de Comercio del Ministerio de Economía y Competitividad, en [http://www.oficinascomerciales.es/icex/cda/controller/pageOfecom.es/0,5310,5280449\\_5299371\\_5296234\\_0\\_VN,00.html](http://www.oficinascomerciales.es/icex/cda/controller/pageOfecom.es/0,5310,5280449_5299371_5296234_0_VN,00.html) (consultada el 5 de marzo de 2012).

<sup>6</sup> Recuérdese el art. 33.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969 (BOE nº 142, de 13 de junio de 1980) sobre la interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas.

- ii. De otro, hemos de advertir de que, aunque los APPRI son muy parecidos los unos a los otros, es esencial que todo análisis de un tratado de estas características descansa principalmente en el texto concreto<sup>7</sup>. Ello es sin perjuicio de que se hagan comparaciones puntuales con otros tratados para entender la práctica convencional de los Estados parte en el APPRI (y de que, en su caso, se intentase importar, a través de una cláusula de la nación más favorecida, alguna disposición de otro APPRI que pudiese ser más favorable en un supuesto concreto).

4. A continuación veremos los ámbitos de aplicación del APPRI (II.), las disposiciones del APPRI sobre promoción de las inversiones (III.), las protecciones materiales que brinda el APPRI a las inversiones (IV.) y los esquemas de solución de las controversias que pudieren surgir de su interpretación y aplicación (V.).

## II. Ámbitos de aplicación del APPRI

5. Como es habitual en tratados similares, el APPRI con Vietnam contiene una serie de disposiciones que en conjunto definen su ámbito de aplicación.

### 1. Ámbito de aplicación material: el concepto de «inversión»

6. *Ratione materiae*, el art. 1.1 del APPRI contiene una definición amplia y no exhaustiva de lo que debe entenderse como «inversión». En este sentido coincide con las prácticas convencionales española y vietnamita hasta la fecha<sup>8</sup> y es coherente con la tendencia general en el Derecho internacional de las inversiones. Así, el APPRI establece que se entenderá por «inversión» todo tipo de activos invertidos por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante de conformidad con la normativa de esta última.

7. El APPRI ofrece algunos ejemplos de lo que puede ser una inversión y menciona categorías frecuentemente recogidas en tratados similares: a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles; b) participaciones, acciones, obligaciones y cualquier otro tipo de participación en una sociedad; c) el derecho a aportaciones monetarias o a cualquier otro tipo de prestación en virtud de un contrato que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión; d) derechos de propiedad intelectual e industrial, *know how* y fondo de comercio; y, e) derechos a realizar actividades económicas y comerciales otorgados por ley o contrato, incluidas las concesiones para la prospección, extracción o explotación de recursos naturales.

8. Aparte de lo anterior, el art 1.1 *in fine* del APPRI permite considerar que las inversiones realizadas por «sociedades locales» (esto es, domiciliadas en el Estado receptor de la inversión) pero que sean propiedad o estén controladas efectivamente por inversores del otro Estado son efectivamente inversiones realizadas por esos inversores de ese otro Estado siempre que se hayan efectuado de conformidad con la legislación del Estado receptor de la inversión. Si, por ejemplo, la legislación vietnamita exigiese la constitución de una sociedad local para canalizar la inversión extranjera en su territorio, las operaciones desarrolladas por esa sociedad local serán consideradas como inversiones a efectos de este APPRI si la sociedad es propiedad o está controlada efectivamente por inversores españoles. Los

---

<sup>7</sup> Recuérdese el art. 31.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados respecto de los criterios hermenéuticos de los tratados internacionales.

<sup>8</sup> Parece una excepción el art. 1.1 del APPRI Bulgaria-Vietnam (de 19 de septiembre de 1996), que en su versión auténtica en inglés trata la cuestión en sentido restrictivo: «*The term «investments» shall mean, every kind of assets invested by an investor of the one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in one of the following forms*» (énfasis añadido).

conceptos de «propiedad» y «control efectivo» deberán entenderse conforme a la *lex societatis* que, por definición, es la del Estado receptor de la inversión<sup>9</sup>.

## 2. Ámbito de aplicación personal: el concepto de «inversor»

9. *Ratione personae*, el APPRI otorga la condición de «inversor» tanto a personas físicas como a personas jurídicas.

10. En cuanto a las personas físicas, el APPRI considera «inversor» a quienes sean nacionales de un Estado parte de acuerdo con su legislación interna (art. 1.2.a). En este sentido el APPRI cimenta la práctica española contemporánea de usar la *nacionalidad* como punto de conexión, frente al *domicilio* o la *residencia habitual*<sup>10</sup>. Asimismo, añade un ejemplo más a la muy consolidada práctica negociadora vietnamita de usar la conexión de la *nacionalidad*<sup>11</sup>.

11. En cuanto a las personas jurídicas, el APPRI adopta un criterio *cumulativo* al exigir, para el otorgamiento de la calificación de inversor, que la persona jurídica haya sido constituida o debidamente organizada conforme a la legislación de un Estado parte y que tenga su domicilio social en el territorio de ese mismo Estado parte (art. 1.2.b)<sup>12</sup>. El uso cumulativo de la constitución y el domicilio o la «sede» social de la persona jurídica es el que prevalece cuantitativamente en la práctica española<sup>13</sup>, si bien se

<sup>9</sup> A falta de una regla expresa en el APPRI. *Cfr.*, por ejemplo en la práctica española, el art. I.2 *in fine* del APPRI con Costa Rica: «Para mayor certeza, se considerará que una empresa de una Parte está efectivamente controlada por inversores de la otra Parte Contratante cuando estos últimos tengan la facultad de designar a la mayoría de sus directores o de dirigir legalmente de otro modo sus operaciones» (BOE nº 170, de 17 de julio de 1999). Y, del lado de Vietnam, puede verse el art. 1.3 del APPRI con Australia, de 5 de marzo de 1991: «For the purposes of this Agreement, a natural person or company shall be regarded as controlling a company or an investment if the person or company has a substantial interest in the company or the investment. Any question arising out of this Agreement concerning the control of a company or an investment shall be resolved to the satisfaction of the Contracting Parties».

<sup>10</sup> La mayoría de APPRIs celebrados por España solamente se refieren a la *nacionalidad* como punto de conexión para la identificación del inversor persona física. Atrás quedan otras prácticas creativas, como (i) el uso cumulativo del *domicilio* y la *nacionalidad*, como en el art. 1.1.a) del APPRI con Argentina (BOE nº 277, de 18 de noviembre de 1992); (ii) el uso exclusivo de la *residencia* para el caso español y de la *nacionalidad* para el caso del otro Estado parte, como en el art. 1.2.a) del APPRI con Checoslovaquia, en vigor tanto con la República Checa como con Eslovaquia (BOE nº 33, de 7 de febrero de 1992); art. 1.1.a) del APPRI con Egipto (BOE nº 155, de 30 de junio de 1994); art. 1.3.a) del APPRI con Filipinas; art. 1.1.a) del APPRI con Honduras (BOE nº 175, de 20 de julio de 1996); art. 1.2.a) del APPRI con Hungría (BOE nº 217, de 9 de septiembre de 1992); art. 1.2.a) del APPRI con Indonesia; art. 1.1.a) del APPRI con Kazajistán (BOE nº 104, de 30 de abril de 1996); art. 1.1.a) del APPRI con Lituania (BOE nº 22, de 25 de enero de 1996; corrección de errores, BOE nº 98, de 23 de abril de 1996); art. 1.1.a) del APPRI con Nicaragua (BOE nº 98, de 25 de abril de 1995); art. 1.1.a) del APPRI con Paraguay (BOE nº 8, de 9 de enero de 1997); art. 1.1.a) del APPRI con Perú (BOE nº 59, de 8 de marzo de 1996; corrección de errores, BOE nº 157, de 29 de junio de 1996); y el art. 1.2.a-b) del APPRI con Rumania (BOE nº 280, de 23 de noviembre de 1995); (iii) el uso alternativo de la *nacionalidad* y la *residencia* solamente para el caso español y el uso exclusivo de la *nacionalidad* para el caso del otro Estado parte, como en el art. 1.1.a) del APPRI con Bulgaria (BOE nº 143, de 16 de junio de 1998); (iv) el uso exclusivo de la *nacionalidad* para el caso de España y de la *residencia* para el otro Estado parte, como en el art. 1.3.a-b) del APPRI con Uruguay (BOE nº 126, de 27 de mayo de 1994); (v) el uso exclusivo de la *residencia* para ambos Estados parte, como en el art. 1.1 del APPRI con la República de Corea; art. 1.1.a) del APPRI con la República Dominicana (BOE nº 282, de 22 de noviembre de 1996); art. 1.1.a) del APPRI con Letonia (BOE nº 134, de 5 de junio de 1997); art. 1.1.a) del APPRI con Polonia (BOE nº 133, de 4 de junio de 1993); y el art. 1.1.a) del APPRI con Turquía (BOE nº 71, de 24 de marzo de 1998); y (vi) el uso cumulativo de la *residencia* y la *nacionalidad*, como en el art. 1.a) del APPRI con Tunicia (BOE nº 172, de 20 de julio de 1994). Para comprender algunos problemas que surgen de esta disparidad de puntos de conexión, *vid.* I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *La protección de las inversiones exteriores (los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrados por España)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 128-142.

<sup>11</sup> En el caso de Vietnam el uso de la *nacionalidad* es general en todos los APPRIs que tiene en vigor. No obstante, matizaremos que en dos casos la *nacionalidad* aparece colocada como alternativa con otros criterios: (i) la *residencia no limitada* (art. 1.1.c.ii) del APPRI con Australia); y (ii) la *residencia permanente* (art. 1.1.c.ii) del APPRI con Malasia, de 21 de enero de 1992).

<sup>12</sup> Los ejemplos que ofrece el APPRI de persona jurídica refiriéndose a sociedades anónimas, sociedades colectivas o asociaciones mercantiles, deben entenderse sin ánimo de exhaustividad.

<sup>13</sup> Incluyendo en este grupo la poco afortunada redacción del art. 1.2.b) del APPRI con Checoslovaquia, hoy en vigor tanto con la República Checa como con Eslovaquia: «personas jurídicas, incluidas compañías, y otras entidades debidamente organizadas según el derecho de una de las Partes y estén situadas en el territorio de esa misma Parte».



pueden encontrar otras fórmulas<sup>14</sup>. Mientras, en el caso de Vietnam la práctica es realmente heterogénea y es difícil afirmar cuál es la opción prevalente<sup>15</sup>.

12. Para aclarar la extensión personal de este APPRI debemos volver al supuesto de las inversiones mediante sociedades locales. Así, de una interpretación sistemática del tratado surge que las operaciones mediante sociedades locales son consideradas como «inversión» (art. 1.1 *in fine*) pero las sociedades locales no son consideradas como «inversores»<sup>16</sup>. Esto implica que, en caso de surgir una controversia entre inversores y uno de los dos Estados parte en el APPRI, quienes tendrán la legitimación activa para instar las negociaciones a que se refiere el art. 11.1 de este APPRI (y después promover un arbitraje contra el Estado receptor de la inversión) serán solamente las personas físicas o jurídicas *propietarias* o que *controlen efectivamente* la sociedad local<sup>17</sup>. Esta limitación es, sin embargo, la norma en la práctica convencional española, que únicamente cuenta con dos excepciones en los que se permita considerar como «inversores» también a las sociedades locales<sup>18</sup>. Por su parte, en la práctica vietnamita

<sup>14</sup> Esas otras fórmulas son las siguientes: (i) *residencia* de la persona jurídica, como en el art. 1.1 del APPRI con la República de Corea; (ii) uso exclusivo del criterio de *constitución* de la persona jurídica, como en el art. 1.1.b) del APPRI con Croacia (BOE nº 259, de 29 de octubre de 1998); art. 1.1.b) del APPRI con El Salvador (BOE nº 114, de 10 de mayo de 1996; corrección de errores, BOE nº 207, de 27 de agosto de 1996); art. 1.1.b) del APPRI con Eslovenia (BOE nº 113, de 11 de mayo de 2000; corrección de errores, BOE nº 136, de 7 de junio de 2000); art. 1.1.b) del APPRI con la India (BOE nº 29, de 3 de febrero de 1999; corrección de errores, BOE nº 101, de 28 de abril de 1999); art. 1.1.b) del APPRI con Jordania (BOE nº 9, de 10 de enero de 2001; corrección de errores, BOE nº 35, de 9 de febrero de 2001); art. 1.b) del APPRI con Malasia; art. 1.1.b) del APPRI con Panamá (BOE nº 254, de 23 de octubre de 1998; corrección de errores, BOE nº 277, de 19 de enero de 1998); art. 1.1.b) del APPRI con Polonia; art. 1.1.b) del APPRI con Sudáfrica (BOE nº 26, de 31 de enero de 2000); art. 1.1.b) del APPRI con Trinidad y Tobago (BOE nº 252, de 19 de octubre de 2004); art. 1.1.b) del APPRI con Tunicia; art. 1.2.b) del APPRI con Ucrania (BOE nº 108, de 5 de mayo de 2000; corrección de errores, BOE nº 138, de 9 de junio de 2000); y art. 1.1.b) del APPRI con Venezuela (BOE nº 245, de 13 de octubre de 1997); (iii) uso cumulativo de los criterios de *constitución* y *dirección efectiva* desde el territorio de uno de los Estados parte, como en el art. 1.1.b) del APPRI con Egipto; art. 1.1.b) del APPRI con Estonia (BOE nº 168, de 15 de julio de 1998); art. 1.3.b) del APPRI con Filipinas; art. 1.2.b) del APPRI con Indonesia; y el art. 1.1.b) del APPRI con Letonia; (iv) uso cumulativo de los criterios de *constitución* y *control efectivo* desde el territorio de uno de los Estados parte o por inversores de uno de los Estados parte, como el art. 1.1.b) del APPRI con Pakistán (BOE nº 142, de 12 de junio de 1996); y art. 1.1.b) del APPRI con Perú; (v) uso cumulativo de los criterios de *constitución*, *domicilio* y *actividad económica efectiva* en el territorio de uno de los Estados Parte, como en el art. 1.2.b) del APPRI con Irán (BOE nº 192, de 10 de agosto de 2004); art. 1.1.b) del APPRI con Líbano (BOE nº 122, de 22 de mayo de 1997); y el art. 1.2.b) del APPRI con Siria (BOE nº 42, de 18 de febrero de 2005); y (vi) uso cumulativo de los criterios de *constitución* y *domicilio* junto con la exigencia de una autorización para invertir en el otro Estado, como en el art. 1.1.B) del APPRI con la U.R.S.S., aplicable por sucesión a Armenia, Azerbaiyán, Belarús, Georgia, Kirguizistán, Rusia, Tayikistán y Turkmenistán (BOE nº 301, de 17 de diciembre de 1991). *Vid.*, asimismo, I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *Op. cit.*, pp. 142-157.

<sup>15</sup> Podemos encontrar las siguientes opciones: (i) uso cumulativo de los criterios de *constitución* y *sede*, como en el art. 1.2 del APPRI con Austria (de 27 de marzo de 1995); art. 1.1.b) del APPRI con la Unión Económica de Bélgica y Luxemburgo (de 24 de enero de 1991); art. 1.3.b) del APPRI con Bulgaria; art. 1.2.b) del APPRI con la República Checa (de 21 de marzo de 2008); art. 1.2.b) del APPRI con China (de 2 de diciembre de 1992); art. 1.3 del APPRI con Francia (de 26 de mayo de 1992); y art. 1.1.b) del APPRI con Rumania (de 15 de septiembre de 1994); (ii) uso cumulativo de los criterios de *constitución* y *sede* en el caso de Vietnam y exclusivo del criterio de la *sede* en el otro Estado Parte, como en el art. 1.4 del APPRI con Alemania (de 3 de abril de 1993); (iii) uso exclusivo del criterio de la *sede* para ambos Estados parte, como en el art. 1.3.b) del APPRI con Finlandia (de 21 de febrero de 2008); art. 1.4 del APPRI con Italia (de 18 de mayo de 1990); y art. 1.3.b) del APPRI con Suecia (de 8 de septiembre de 1993); (iv) uso exclusivo del criterio de la *constitución*, como en el art. 1.d) del APPRI con Australia; art. 1.4 del APPRI con Belarús (de 8 de julio de 1992); art. 1.2.b) del APPRI con la República de Corea (de 15 de septiembre de 2003); art. 1.4 del APPRI con Cuba (de 12 de octubre de 1995); art. 1.3.b) del APPRI con Dinamarca (de 23 de julio de 1993); art. 1.2.b) del APPRI con Egipto (de 6 de septiembre de 1997); art. 1.2.b) del APPRI con Hungría (de 26 de agosto de 1994); art. 1.3 del APPRI con Indonesia (de 25 de octubre de 1991); art. 1.1.b) del APPRI con Japón (de 14 de noviembre de 2003); art. 1.c.ii) del APPRI con Letonia (de 6 de noviembre de 1995); art. 1.1.c.ii) del APPRI con Malasia; art. 1.b.ii) del APPRI con Países Bajos (de 10 de marzo de 1994); art. 1.2.b) del APPRI con Polonia (de 31 de agosto de 1994); art. 1.4 del APPRI con Singapur (de 29 de octubre de 1992); y art. 1.2 del APPRI con Tailandia (de 30 de octubre de 1991); y, (v) uso cumulativo de los criterios de *constitución*, *sede* y *actividad económica real*, como en el art. 1.1.b) del APPRI con Suiza (de 3 de julio de 1992).

<sup>16</sup> Esto queda bien explicado en el art. 2.3 del APPRI Australia-Vietnam: «*A company duly organised under the law of a Contracting Party shall not be treated as a national of the other Contracting Party, but any investments in that company by nationals of that other Contracting Party shall be protected by this Agreement*».

<sup>17</sup> *Vid.*, *supra*, ¶ 8.

<sup>18</sup> *Vid.* el art. 1.2.c) del APPRI con Ucrania: «*Cualquier persona jurídica constituida o debidamente organizada de conformidad con las leyes de la otra Parte Contratante pero que esté controlada directa o indirectamente por una persona física con arreglo a la definición de la anterior letra a) o por cualquier persona jurídica con arreglo a la definición de la anterior letra*

encontramos también solo dos casos en los que se reconoce a las sociedades locales la categoría de «inversor» o, al menos, *ius standi* contra el Estado en caso de surgir una controversia de inversión<sup>19</sup>.

13. Finalmente, es interesante señalar que hay algunos APPRI en vigor para Vietnam que otorgan la categoría de «inversor» a sociedades *constituidas* en terceros Estados pero controladas directa o indirectamente por personas físicas o jurídicas nacionales de uno de los Estados parte en el APPRI correspondiente<sup>20</sup>. En este sentido, una inversión española podría ser canalizada hacia Vietnam a través de la constitución de una sociedad en un Estado intermedio, por ejemplo, Países Bajos; en ese caso, la inversión quedaría protegida *también* por el APPRI Países Bajos-Vietnam. La jurisprudencia ha aceptado esta solución<sup>21</sup> aunque no ha sido bien vista en algunos sectores<sup>22</sup>.

### 3. Ámbito de aplicación territorial

14. *Ratione loci*, el art. 1.4 del APPRI define el término «territorio» a los efectos de determinar el lugar de realización de la inversión y lo hace en un sentido acorde con el Derecho internacional<sup>23</sup> al incluir el territorio terrestre, las aguas interiores, el mar territorial y el espacio aéreo suprayacente, así como la zona económica exclusiva y la plataforma continental que se extienden fuera de los límites del mar territorial de cada uno de los Estados parte.

15. A este respecto no huelga recordar que Vietnam mantiene disputas territoriales por la soberanía de los archipiélagos de Paracelso y Spratly, situados en el Mar de la China Meridional. El interés de esta puntualización reside en la eventual explotación de los recursos naturales existentes en la superficie y en las aguas jurisdiccionales de estas islas que, obviamente, sería calificable como una «inversión» a los efectos de este APPRI en caso de que la soberanía de alguna de esas islas fuera atribuida a Vietnam<sup>24</sup>.

### 4. Ámbito de aplicación temporal

16. Finalmente, *ratione temporis* el art. 12 establece que el APPRI será aplicable a las inversiones realizadas tanto antes como después de su entrada en vigor (29 de julio de 2011)<sup>25</sup>. Respecto de la

---

b)». Asimismo, el art. 1.1.b) del APPRI con Venezuela: «*Personas jurídicas, incluidas compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles, sucursales y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho de esa Parte Contratante, así como las que están constituidas en una de las Partes Contratantes y estén efectivamente controladas por inversores de la otra Parte Contratante*».

<sup>19</sup> Vid. el art. 1.3 del APPRI con Francia y el art. 14.7 del APPRI con Japón.

<sup>20</sup> Vid. el art. 1.1.d.ii) del APPRI con Australia; el art. 1.2.c) del APPRI con Austria -solo para sociedades controladas por nacionales austriacos-; el art. 1.c.iii) del APPRI con Letonia; el art. 1.b.iii) del APPRI con Países Bajos; el art. 1.3.b) del APPRI con Suecia -que usa el criterio de la *sede* de la sociedad en un tercer Estado en vez del criterio de la *constitución*-; y el art. 1.1.c) del APPRI con Suiza.

<sup>21</sup> Vid. los asuntos *Mobil Corporation y otros c. Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/07/27), Decisión sobre jurisdicción de 10 de junio de 2010 (disponible en <http://italaw.com/documents/MobilVenezuelaJurisdiction.pdf>; consultada el 5 de marzo de 2012); y *CEMEX Caracas Investments B.V. y CEMEX Caracas II Investments B.V. c. Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/08/15), Decisión sobre jurisdicción de 30 de diciembre de 2010 (disponible en [http://italaw.com/documents/CEMEX\\_v\\_Venezuela\\_Jurisdiction\\_Sp.pdf](http://italaw.com/documents/CEMEX_v_Venezuela_Jurisdiction_Sp.pdf); consultada el 5 de marzo de 2012), sobre la articulación de inversiones en Venezuela a través de sociedades constituidas en Países Bajos. En ambos casos los demandantes instaron sus reclamaciones bajo el art. 1.b.iii) del APPRI Países Bajos-Venezuela que en este punto es idéntico al art. 1.b.iii) del APPRI Países Bajos-Vietnam.

<sup>22</sup> Vid. G. KAHLE, III, «The new Dutch sandwich: The issue of treaty abuse», *Columbia FDI Perspectives*, n° 48, 10 de octubre de 2011, en <http://www.vcc.columbia.edu/content/new-dutch-sandwich-issue-treaty-abuse> (consultada el 5 de marzo de 2012).

<sup>23</sup> Recuérdese el art. 29 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados respecto de la aplicación *ratione loci* de los tratados internacionales.

<sup>24</sup> Vid. la ficha de Vietnam en *The World Factbook* de la *Central Intelligence Agency* de los Estados Unidos de América en <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/vm.html>, así como las de las islas Paracelso y Spratly respectivamente en <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/pf.html> y <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/pg.html> (consultadas el 5 de marzo de 2012).

<sup>25</sup> Recuérdese el art. 28 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados respecto de irretroactividad de los tratados internacionales salvo disposición en contrario.

duración del tratado, el art. 13.1 dispone primero que el APPRI permanecerá en vigor por un período inicial de diez años (esto es, hasta el 29 de julio de 2021) y añade que, después de la expiración de ese período inicial, el APPRI continuará indefinidamente en vigor a menos que cualquiera de las Partes notifique a la otra por escrito su decisión de denunciarlo. El art. 13.2 indica que esa notificación entrará en vigor un año después de la fecha de dicha notificación.

17. No obstante, el APPRI prevé en su art. 13.3 una cláusula de remanencia por la cual sus arts. 1 a 12 (todos los de promoción y protección de las inversiones) permanecerán en vigor por otro período adicional de diez años desde la fecha de terminación del tratado para aquellas inversiones efectuadas con anterioridad a esa fecha de terminación. Por ejemplo, si el APPRI fuera denunciado por cualquiera de los Estados parte al día siguiente del término del primer período de vigencia de diez años (30 de julio de 2021), denuncia que entraría en vigor un año después (30 de julio de 2022), el APPRI seguiría siendo aplicable para las inversiones efectuadas antes de esa última fecha por otros diez años más (hasta el 30 de julio de 2032). Esta cláusula de remanencia es una garantía adicional de protección de las inversiones para el caso de que uno de los Estados parte reniegue del tratado. Disposiciones como ésta aparecen en toda la práctica convencional española y vietnamita en vigor.

### III. Promoción de las inversiones entre España y Vietnam

18. Como reza su título, el APPRI pretende tanto la *promoción* como la *protección* de las inversiones españolas en Vietnam y vietnamitas en España. Sin embargo, la lectura de cualquier tratado de estas características revela que la proporción entre disposiciones dedicadas a la protección frente a la promoción de las inversiones suele ser normalmente de diez a una. Por ello, no resultará extraño que en este trabajo prestemos más atención a la primera que a la segunda.

19. A pesar de lo anterior, es claro que de nada sirve un tratado que protege algo inexistente (aunque el hecho de su vigencia no puede considerarse en sí algo pernicioso)<sup>26</sup>. Así, y en vista de las elocuentes estadísticas sobre (ausencia de) flujos de inversiones entre España y Vietnam, consideramos que las disposiciones sobre promoción de las inversiones de este APPRI adquieren un significado simbólico.

20. En primer lugar, en el art. 2.1 del APPRI los dos Estados parte se comprometen de manera genérica a promover en su territorio, «*en la medida de lo posible*», las inversiones de inversores del otro Estado parte. Se trata simplemente de una declaración de intenciones que no tiene un contenido específico ni representa una obligación concreta para los Estados parte<sup>27</sup>. Empero, en vista de la situación de

<sup>26</sup> Cfr. el hecho de que Ecuador haya justificado la denuncia de APPRIs que había celebrado con algunos Estados alegando que no habían contribuido al aumento de los flujos de inversiones procedentes de sus contrapartes. De este modo en 2008 Ecuador denunció sus APPRIs con Cuba, la República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Rumania y Uruguay; *vid.* UNCTAD, *World Investment Report 2009. Transnational Corporations, Agricultural Production and Development*, p. 32 ([http://www.unctad.org/en/docs/wir2009\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2009_en.pdf)); (consultada el 5 de marzo de 2012). Asimismo, después de la entrada en vigor de la Constitución de 20 de octubre de 2008 y su art. 422.I, ha intentado hacer lo mismo con una docena de APPRIs; *vid.*, por todos, el informe de la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral de la Asamblea Nacional de Ecuador para la denuncia del APPRI Ecuador-Alemania, de 10 de agosto de 2010, ¶ 3.1.5: «Este Tratado en la práctica no han [sic] sido recíproco y únicamente ha beneficiado a los nacionales de la contraparte, evidenciando además un fracaso evidente en su objetivo de atraer inversión, convirtiéndose a la par, en mecanismo de presión a la política económica de los Gobiernos»; en <http://documentacion.asambleanacional.gov.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/703b4234-9138-4928-bd1c-0388b81f7c52/Informe%20sobre%20la%20solicitud%20del%20Presidente%20de%20la%20Rep%C3%BAblica%20de%20aprobar%20la%20Denuncia%20del%20Tratado%20entre%20la%20Rep%C3%BAblica%20del%20Ecuador%20y%20la%20Rep%C3%BAblica%20Federal%20de%20Alemania%20sobre%20Fomento%20y%20Rec%C3%ADproca%20Protecci%C3%B3n%20de%20Inversiones%20de%20Capital.pdf> (consultada el 5 de marzo de 2012).

<sup>27</sup> R. DOLZER y C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008, pp. 80-81, destacan que este tipo de formulaciones es habitual en los APPRIs negociados por Estados europeos. Sobre afirmaciones similares *vid.*, además, J. W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, New York, Oxford University Press, 2010, pp. 193-195.

ausencia de inversiones recíprocas al tiempo de la celebración del APPRI en 2006 (lo que sigue sucediendo al tiempo de su entrada en vigor en 2011), habría sido deseable que los negociadores del tratado hubieran incluido al menos alguna cláusula del estilo de otras existentes en la práctica convencional española de hace unos años con el fin de reforzar esta debilidad *a futuro*<sup>28</sup>. En todo caso, entendemos que este pobre art. 2.1 vale por lo menos para justificar la organización de eventos (ferias, congresos, etc.) o la divulgación de oportunidades de inversión (como concursos para la adjudicación de obra pública) que efectivamente contribuyan al aumento de las inversiones recíprocas<sup>29</sup>.

Desde la perspectiva española, nuestros operadores económicos pueden ver Vietnam como una economía emergente y efervescente en la que muchos otros Estados ya se habían fijado incluso antes de la adhesión de Vietnam a la Organización Mundial del Comercio el 1 de enero de 2007<sup>30</sup> y en la que la inversión extranjera desempeña un papel clave en el desarrollo económico<sup>31</sup>. Y desde el punto de vista de Vietnam, los inversores locales pueden ver a España como una economía avanzada a pesar de la crisis económica. En este sentido, este APPRI y otros instrumentos ya disponibles deberían entonces animar la realización de inversiones en ambos Estados<sup>32</sup>.

**21.** En segundo lugar, una vez conseguida la captación de la atención del inversor interesado en invertir, los dos Estados parte del APPRI se comprometen asimismo a *admitir* las inversiones de acuerdo con sus leyes y reglamentos (art. 2.1) y, admitida la inversión, a conceder los permisos necesarios para su puesta en marcha y para la ejecución de acuerdos de licencia y de contratos de asistencia técnica, comercial o administrativa (art. 2.2). Esto representa, en definitiva, un compromiso lógico de acelerar la puesta en marcha de la inversión captada.

#### IV. Protecciones materiales de las inversiones

**22.** En cuanto a las protecciones materiales, los arts. 3 a 9 del APPRI contienen disposiciones habitualmente recogidas en otros APPRIs celebrados por España y Vietnam que son acordes con la práctica contemporánea en el Derecho internacional y que ya han sido tratadas con frecuencia y atención en la jurisprudencia de inversiones exteriores.

<sup>28</sup> Por ejemplo, el art. II.2 del APPRI con Costa Rica: «*Con la finalidad de incrementar los flujos de inversión, cada Parte Contratante se esforzará, a petición de la otra Parte Contratante, en informar a esta última de las oportunidades de inversión en su territorio*». *Vid.*, en parecidos términos, el art. 2.2 del APPRI con Croacia; art. 2.3 del APPRI con El Salvador; art. 2.2 del APPRI con Gabón (BOE nº 22, de 25 de enero de 2002); art. 3.2 del APPRI con la India; art. 2.2 del APPRI con Jamaica (BOE nº 11, de 13 de enero de 2003); art. 2.2 del APPRI con Libano; art. II.2 del APPRI con México (BOE nº 81, de 3 de abril de 2008; corrección de errores, BOE nº 121, de 19 de mayo de 2008); art. II.2 del APPRI con Sudáfrica; art. 2.2. del APPRI con Ucrania; art. II.2 del APPRI con Venezuela; y, en términos más opacos, el art. 2.3 del APPRI con Kuwait (BOE nº 79, de 1 de abril de 2008). Del lado de Vietnam apenas se pueden citar el art. 6 del APPRI con Australia y el art. 7 del APPRI con Japón sobre la publicidad y accesibilidad de las normas sobre inversiones.

<sup>29</sup> *Vid.* I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *Op. cit.*, pp. 126-127.

<sup>30</sup> Es significativo que sólo 10 de los 58 APPRIs firmados por Vietnam han sido concluidos con posterioridad al 1 de enero de 2007 (con Mozambique en 2007; con Finlandia, la República Checa y Grecia en 2008; y con los Emiratos Árabes Unidos, Irán, Uruguay, Kazajistán, Sri Lanka y Eslovaquia en 2009). En cuanto a los Estados Unidos de América, aún no han firmado un APPRI con Vietnam; no obstante, se puede decir que están supervisando la apertura de la economía vietnamita al libre mercado a través del Acuerdo Marco sobre Comercio e Inversión firmado en Washington, DC, el 21 de junio de 2007 (disponible en [http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/tifa/asset\\_upload\\_file81\\_12935.pdf](http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/tifa/asset_upload_file81_12935.pdf); consultada el 5 de marzo de 2012).

<sup>31</sup> *Vid.* el interesante trabajo de D. S. L. JARVIS, «Foreign Direct Investment and Investment Liberalization in Asia: Assessing ASEAN's Initiatives», *Lee Kuan Yew School of Public Policy*, Singapur, en <http://www.risk-and-regulation.com/wp-content/uploads/2010/05/RR2-ASEAN-Investment-Liberalization.pdf> (consultada el 5 de marzo de 2012); quien en la p. 2 afirma significativamente que «*Foreign investment has been the life-blood of ASEAN's economies*». Vietnam es Estado miembro de ASEAN desde el 28 de julio de 1995.

<sup>32</sup> *Vid.* el Convenio entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta, hecho en Hanói el 7 de marzo de 2005 (BOE nº 8, de 10 de enero de 2006; corrección de errores, BOE nº 81, de 4 de abril de 2007). Señalaremos únicamente que este Convenio contiene definiciones que hacen que su ámbito de aplicación sea distinto al del APPRI aquí comentado; por ejemplo, el art. 1 indica que «*el presente Convenio se aplicará a las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes*».



## 1. Tratamiento justo y equitativo y plena protección y seguridad

23. En primer lugar, el art. 3.1 recoge la obligación de cada Estado parte del APPRI de dar un tratamiento justo y equitativo y plena protección y seguridad a las inversiones «*de conformidad con el Derecho internacional*». El estándar por excelencia de la protección de inversiones exteriores figura en este APPRI vinculado al Derecho internacional mediante una redacción que es claramente minoritaria en la práctica convencional española<sup>33</sup>, frente a otras más frecuentes<sup>34</sup>; si bien en la mayoría de APPRIs en vigor para España no existe ninguna mención al Derecho internacional junto a estos estándares<sup>35</sup>. Por su parte, del lado de Vietnam la regla general es la mención del estándar al margen de toda referencia al Derecho internacional salvo en una sola excepción<sup>36</sup>.

24. Esta descripción diversa del estándar en la práctica convencional puede generar cierta inquietud entre quienes deban aplicar este APPRI. En particular puede dar lugar a dudas sobre el verdadero alcance de la protección que ofrece este APPRI. Sin embargo, parece que hay una clara diferencia entre aquellos casos en que el estándar aparece vinculado directamente al estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario (art. IV.1 del APPRI España-México)<sup>37</sup> y otros supuestos como el del APPRI España-Vietnam. Viendo cómo ha señalado la jurisprudencia sobre inversiones exteriores ha interpretado de manera convergente tratados con expresiones divergentes se puede concluir que la diferencia entre unas redacciones y otras no pasa de la mera discrepancia entre los equipos de negociación de distintos tratados<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> Con anterioridad aparece solamente en el art. 3.2 del APPRI con Croacia; art. 4.1 del APPRI con El Salvador; art. 4.1 del APPRI con Gabón; art. III.2 del APPRI con Sudáfrica; y el art. IV.1 del APPRI con Venezuela.

<sup>34</sup> Otras fórmulas son: (i) mencionado el tratamiento justo y equitativo, que «*en ningún caso concederá una Parte a dichas inversiones un tratamiento menos favorable que el exigido por el derecho internacional*», y expresiones análogas, como en el art. 3.1 del APPRI con Albania (BOE nº 38, de 13 de febrero de 2004; corrección de errores, BOE nº 83, de 6 de abril de 2004); art. 3.1 del APPRI con Bolivia (BOE nº 247, de 15 de octubre de 2002); art. 3.1 del APPRI con Bosnia y Herzegovina (BOE nº 158, de 3 de julio de 2003); art. III.1 del APPRI con Costa Rica; art. III.1 del APPRI con Eslovenia; art. 3.1 del APPRI con Guatemala (BOE nº 146, de 17 de junio de 2004); art. 3.1 del APPRI con Guinea Ecuatorial (BOE nº 10, de 12 de enero de 2004); art. 3.1 del APPRI con Jamaica; art. 4.1 del APPRI con Jordania; art. 3.1 del APPRI con Kuwait; art. 3.1 del APPRI con Líbano; art. 3.1 del APPRI con la A. R. Y. de Macedonia (BOE nº 43, de 19 de febrero de 2007); art. 3.1 del APPRI con Moldavia (BOE nº 37, de 12 de febrero de 2007; corrección de errores, BOE nº 79, de 2 de abril de 2007); art. 3.1 del APPRI con Namibia (BOE nº 199, de 18 de agosto de 2004); art. 4.1 del APPRI con Nigeria (BOE nº 36, de 11 de febrero de 2006); art. IV.1 del APPRI con Panamá; art. 3.1 del APPRI con Siria; y art. 3.1 del APPRI con Trinidad y Tobago; y el art. 3.1 del APPRI con la ex Yugoslavia, aplicable por sucesión a Montenegro y Serbia (BOE nº 135, de 4 de junio de 2004; y BOE nº 188, de 4 de agosto de 2010); (ii) un «*trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido trato justo y equitativo*», como en el art. IV.1 del APPRI con México; y (iii) un tratamiento justo y equitativo «*en consonancia con los principios del derecho internacional*», como en el art. 3.1 del APPRI con Marruecos (BOE nº 86, de 11 de abril de 2005).

<sup>35</sup> Vid. el art. 4.1 del APPRI con Argelia (BOE nº 59, de 8 de marzo de 1996); art. IV.1 del APPRI con Argentina; art. IV.1 del APPRI con Bulgaria; art. 2.3 del APPRI con Colombia (BOE nº 219, de 12 de septiembre de 2007); art. 4.1 del APPRI con Checoslovaquia (en vigor tanto con la República Checa como con Eslovaquia); art. 4.1 del APPRI con Chile (BOE nº 67, de 19 de marzo de 1994); art. 3.1 del APPRI con China; art. 3.1 del APPRI con la República de Corea; art. 4.1 del APPRI con Cuba (BOE nº 276, de 18 de noviembre de 1995); art. 4.1 del APPRI con la República Dominicana; art. IV.1 del APPRI con Ecuador (BOE nº 86, de 10 de abril de 1998); art. 4.1 del APPRI con Egipto; art. 4.1 del APPRI con Estonia; art. 2 del APPRI con Filipinas; art. 4.1 del APPRI con Honduras; art. 3.1 del APPRI con Hungría; art. 4.1 del APPRI con la India; art. 4.1 del APPRI con Indonesia; art. 3.1 del APPRI con Irán; art. 4.1 del APPRI con Kazajistán; art. 4.1 del APPRI con Letonia; art. 3.1 del APPRI con Libia (BOE nº 237, de 1 de octubre de 2009); art. IV.1 del APPRI con Lituania; art. III.1 del APPRI con Malasia; art. IV.1 del APPRI con Nicaragua; art. 4.1 del APPRI con Pakistán; art. 4.1 del APPRI con Paraguay; art. 4.1 del APPRI con Perú; art. 4.1 del APPRI con Polonia; art. 2.3 del APPRI con Rumania; art. 4.1 del APPRI con Tunicia; art. IV.1 del APPRI con Turquía; art. 3.1 del APPRI con Ucrania; art. 5.1 del APPRI con la U.R.S.S., aplicable por sucesión a Armenia, Azerbaiyán, Belarús, Georgia, Kirguizistán, Rusia, Tayikistán y Turkmenistán; art. 4.1 del APPRI con Uruguay; y el art. 3.1 del APPRI con Uzbekistán (BOE nº 78, de 31 de marzo de 2004).

<sup>36</sup> Es el caso del art. 3.1 del APPRI con Francia, que menciona el tratamiento justo y equitativo «*conformément aux principes du droit international*». Como se verá *infra* en la nota 38, esta redacción responde a la influencia de la práctica francesa en la negociación del tratado.

<sup>37</sup> Vid., *supra*, nota 34.

<sup>38</sup> Vid., por su contenido, el asunto *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/17), Decisión sobre responsabilidad de 30 de julio de 2010, disponible en <http://italaw.com/documents/SuezInterAguaDecisiononLiability.pdf> (consultada el 5 de marzo de 2012). El Tri-

25. Asimismo, en el art. 3.2 del APPRI se recoge el compromiso de ambos Estados de no obstaculizar, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute y la enajenación de las inversiones. Se trata de un estándar adicional que figura abundantemente en la práctica de ambos Estados parte de este APPRI, unas veces bajo la prohibición de medidas «injustificadas» y otras veces de medidas «arbitrarias».

26. Por último, el art. 3.2 *in fine* se refiere al deber de cada Estado de respetar «*toda obligación que haya contraído por escrito con respecto a las inversiones de inversores*» del otro Estado. Sin perder de vista el debate abierto sobre el alcance de las «cláusulas paraguas» en los acuerdos de protección de inversiones, parece desprenderse de semejante redacción que la intención de los dos Estados parte es que un incumplimiento del deber de respetar una obligación de ese tipo contraída por escrito implica un incumplimiento del APPRI.

## 2. Tratamiento nacional y de la nación más favorecida

27. En los arts. 4.1 y 4.3 del APPRI España y Vietnam se han comprometido a otorgar *a las inversiones* realizadas por inversores del otro Estado un tratamiento equivalente al que conceden a sus propios nacionales y a los de cualquier tercer Estado. También en el art. 4.2 se han comprometido a brindar ese tratamiento de la nación más favorecida *a los inversores* en lo que respecta a la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute o la enajenación de sus inversiones; sin embargo, el APPRI no dice que el tratamiento nacional deba extenderse *a los inversores*.

28. Estas referencias al tratamiento nacional y de la nación más favorecida encuentran una excepción en el art. 4.4, común con otros APPRIs en vigor para España y Vietnam. Esa excepción indica que ese tratamiento equivalente no comprenderá cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de la pertenencia o asociación del Estado receptor de la inversión a alguna zona de libre comercio o unión aduanera, económica o monetaria existentes o futuras (art. 4.4.a) ni a acuerdos internacionales o legislación interna con contenido tributario (art. 4.4.b)<sup>39</sup>.

29. En lo que se refiere a los acuerdos de libre comercio y otras formas de organización económica regional, el art. 4.4.a) implica que los inversores vietnamitas en España no puedan beneficiarse de normas de la Unión Europea como la libertad de establecimiento, que España debe garantizar a los nacionales de todos los demás Estados miembros de la UE. Y, recíprocamente, que los inversores españoles en Vietnam no puedan beneficiarse de las normas de profundización de la integración económica en el marco de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) por las que Vietnam hubiere de dar un tratamiento preferente a los nacionales de los demás Estados miembros de ASEAN<sup>40</sup>.

## 3. Expropiación

30. El art. 5 del APPRI está consagrado a la expropiación de las inversiones. En él ambos Estados se han comprometido a no llevar a cabo medidas de nacionalización, expropiación o de efecto equivalente sobre las inversiones de inversores del otro Estado salvo por causa de utilidad pública, con

---

bunal condenó a Argentina por haber incumplido su obligación de dar un tratamiento justo y equitativo a unos inversores extranjeros conforme a los APPRIs España-Argentina y Francia-Argentina. El Tribunal advirtió de que el art. 3.1 del APPRI Francia-Argentina define el tratamiento justo y equitativo «*conformément aux principes du droit international*», mientras que el art. 4.1 del APPRI España-Argentina no dice nada al respecto (*vid., supra*, nota 35); sin embargo, el Tribunal no apreció en la práctica ninguna diferencia entre ambas disposiciones (¶¶ 176-182).

<sup>39</sup> En el art. 4.5 se aclara que las disposiciones del art. 4 serán sin perjuicio del derecho de cualquiera de los dos Estados de aplicar un tratamiento diferente en materia de impuestos a los diferentes contribuyentes respecto de su lugar de residencia fiscal.

<sup>40</sup> En el plano de los acuerdos de integración regional no se debe perder de vista para el futuro la iniciativa de la *Trans-Pacific Partnership* que abanderan los Estados Unidos de América y en la que Vietnam participa junto a Australia, Brunei, Chile, Malasia, Nueva Zelanda, Perú y Singapur para la constitución de una gigantesca área de libre comercio. *Vid.* <http://www.ustr.gov/tpp> (consultada el 5 de marzo de 2012).

arreglo al debido procedimiento legal, de manera no discriminatoria y mediante el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva (art. 5.1). Esta disposición, tradicional en el marco de la protección de inversiones y presente en todos los APPRI en vigor para España y Vietnam, solamente da derecho a la obtención de una indemnización en caso de expropiación pero no cercena en modo alguno el poder inherente del Estado a llevar a cabo expropiaciones dentro de su territorio.

**31.** Como es habitual en otros APPRI, el tratado fija que el pago de la indemnización corresponderá al valor de mercado de la inversión expropiada a una fecha de tasación que se fija en aquella inmediatamente anterior al conocimiento público de la expropiación o de su inminencia, lo que ocurra antes (art. 5.2). Con ello se trata de valorar el bien a su precio en condiciones normales, evitando la natural depreciación de aquello que se sabe va a ser tomado por el Estado. Ese valor de mercado se expresará en una moneda libremente convertible al tipo de cambio de mercado vigente a la fecha de tasación e incluirá un interés comercial a tipo de mercado desde la fecha de expropiación hasta el pago (art. 5.3)<sup>41</sup>.

**32.** Es significativo que en este contexto el art. 5.5 prevea que cuando un Estado expropie los activos de una sociedad constituida de conformidad con la legislación vigente en cualquier parte de su propio territorio y en la que tengan participación inversores del otro Estado, se asegurará de que se apliquen las disposiciones del art. 5 para garantizar una indemnización pronta, adecuada y efectiva respecto de su inversión a los inversores del otro Estado que sean titulares de dichas participaciones<sup>42</sup>. Esta disposición debe ser leída junto al concepto de inversión que recoge el art. 1.1 *in fine* respecto de las operaciones de las sociedades locales que son propiedad o están controladas efectivamente por inversores del otro Estado<sup>43</sup> y a la falta de *ius standi* que tienen esas sociedades locales para reclamar *per se* bajo este APPRI<sup>44</sup>.

#### 4. Compensación por pérdidas

**33.** Bajo esa rúbrica el art. 6 del APPRI trata el alcance de los derechos de los inversores en caso de pérdidas sufridas en sus inversiones debidas a guerra u otro conflicto armado, estado de emergencia nacional, revolución u otros acontecimientos similares. En este punto el APPRI establece dos reglas distintas que merecen un comentario particularizado.

- i. Como regla general, los Estados parte se comprometen a conceder, a título de restitución, indemnización, compensación u otro arreglo, un tratamiento no menos favorable que el que el Estado conceda a sus propios inversores o a inversores de cualquier tercer Estado, según el que resulte más favorable para el inversor afectado (art. 6.1).

<sup>41</sup> Sin perjuicio de las disposiciones sobre solución de diferencias entre el inversor y el Estado receptor de su inversión recogidas en el art. 11 del APPRI, el art. 5.4 indica que el inversor afectado tendrá derecho, con arreglo a la legislación del Estado que realice la expropiación, a que una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente de ese Estado revise con prontitud su caso, incluidos la tasación de su inversión y el pago de la indemnización, de conformidad con los principios establecidos en el art. 5.

<sup>42</sup> Se trata de una disposición que con un lenguaje más o menos similar ya ha aparecido en la práctica española. *Vid.* el art. 5.5 del APPRI con Albania; art. 5.5 del APPRI con Bolivia; art. 5.5 del APPRI con Bosnia y Herzegovina; art. 4.5 del APPRI con Colombia; art. V.5 del APPRI con Costa Rica; art. 5.4 del APPRI con Croacia; art. 5.3 del APPRI con El Salvador; art. V.5 del APPRI con Eslovenia; art. 5.5 del APPRI con Estonia; art. 5.4 del APPRI con Gabón; art. 5.5 del APPRI con Guatemala; art. 5.5 del APPRI con Guinea Ecuatorial; art. 6.4 del APPRI con la India; art. 6.5 del APPRI con Jordania; art. 5.5 del APPRI con Kuwait; art. 5.4 del APPRI con Líbano; art. 5.5 del APPRI con Libia; art. 5.4 del APPRI con la A. R. Y. de Macedonia; art. 5.5 del APPRI con Moldavia; art. 5.5 del APPRI con Namibia; art. 6.5 del APPRI con Nigeria; art. VI.5 del APPRI con Panamá; art. V.4 del APPRI con Sudáfrica; art. 5.5 del APPRI con Trinidad y Tobago; art. 5.5 del APPRI con Ucrania; art. 5.5 del APPRI con Uzbekistán; y el art. V.3 del APPRI con Venezuela. También del lado de la práctica de Vietnam ya ha aparecido en el art. 4.2 del APPRI con Austria; art. 5.3 del APPRI con la República de Corea; art. 5.4 del APPRI con Egipto; art. 5.3 del APPRI con Hungría; art. 6.3 del APPRI con Indonesia; art. 5.1.iv) del APPRI con Italia; art. 5.3 del APPRI con Polonia; art. 6.2 del APPRI con Singapur; y art. 6.2 del APPRI con Tailandia.

<sup>43</sup> *Vid., supra*, ¶ 8.

<sup>44</sup> *Vid., supra*, ¶ 12.

- ii. Como regla especial, en cambio, los Estados se comprometen a conceder una restitución o indemnización, en ambos casos pronta adecuada y efectiva, siempre que la requisa de la inversión o parte de la misma hubiera tenido lugar por las fuerzas o autoridades del Estado receptor de la inversión (art. 6.2.a); o bien la destrucción de la inversión hubiera tenido lugar por las fuerzas o autoridades del Estado receptor de la inversión sin que lo exigiera la necesidad de la situación (art. 6.2.b).

34. Resulta claro que solo en el segundo caso existe un derecho concreto del inversor a recibir una indemnización pronta, adecuada y efectiva<sup>45</sup>. Por el contrario, en el primer caso el inversor no tiene derecho a una indemnización concreta, sino a recibir un tratamiento acorde al tratamiento nacional o de la nación más favorecida que brinde en su caso el Estado receptor de la inversión que, en la práctica, podría llevar perfectamente a que el inversor no recibiera ninguna indemnización. Por lo demás, ambas disposiciones deben ser examinadas a la luz de las normas generales del Derecho internacional público que dan contenido a conceptos como el de la «necesidad»<sup>46</sup>.

## 5. Libre transferencia de rentas

35. El art. 7 del APPRI también reconoce a los inversores la garantía del Estado receptor de la inversión a la libre transferencia de todos los pagos relacionados con sus inversiones<sup>47</sup>. Se trata de una garantía típica que aparece en todos los APPRI en vigor para España y Vietnam hasta la fecha. El art. 7.1 contiene ejemplos de pagos transferibles e incluye, sin ánimo de exhaustividad, tanto aquellos procedentes de la operación normal de la inversión como los derivados de circunstancias extraordinarias que afectan o impiden su desarrollo.

- a) entre los primeros, el capital inicial invertido y otros importes adicionales para mantener o ampliar la inversión; las rentas procedentes de la inversión; el producto de la venta o liquidación, total o parcial, de la inversión; o los ingresos y demás remuneraciones del personal contratado en el extranjero; y,
- b) entre los segundos, las indemnizaciones previstas en cuanto a expropiaciones (leído en consonancia con el art. 5.3) y a compensación por pérdidas (tanto en la regla general del art. 6.1, si hay pago de indemnización; como en la regla especial del art. 6.2 para la indemnización debida); y, los pagos derivados de la solución de controversias (por ejemplo, un laudo arbitral dictado contra el Estado receptor de la inversión, ante el silencio del art. 11.5 del APPRI).

---

<sup>45</sup> La inclusión de una regla especial de indemnización aparece en algo menos de la mitad de los APPRI celebrados por España que ya han entrado en vigor. *Vid.* el art. 6.2 del APPRI con Albania; art. 6.2. del APPRI con Bosnia y Herzegovina; art. 6.2 del APPRI con China; art. 6.2 del APPRI con Costa Rica; art. 6.2 del APPRI con Eslovenia; art. 6.2 del APPRI con Guinea Ecuatorial; art. 7.2 del APPRI con la India; art. 5.2 del APPRI con Irán; art. 6.2 del APPRI con Jamaica; art. 7.2 del APPRI con Jordania; art. 6.2 del APPRI con Kuwait; art. 6.2 del APPRI con Líbano; art. 6.2 del APPRI con Libia; art. 6.2 del APPRI con la A. R. Y. de Macedonia; art. 6.2 del APPRI con Marruecos; art. 6.2 del APPRI con Moldavia; art. 6.2 del APPRI con Namibia; art. 7.2 del APPRI con Nigeria; art. VII.2 del APPRI con Panamá; art. 6.1 *in fine* del APPRI con Siria; art. VI.2 del APPRI con Sudáfrica; art. 6.2 del APPRI con Trinidad y Tobago; art. 6.2 del APPRI con Ucrania; art. 6.2 del APPRI con Uzbekistán; y el art. 6.2 del APPRI con la ex Yugoslavia, aplicable por sucesión a Montenegro y Serbia. Salvo cuatro, los demás APPRI en vigor para España contienen solamente la regla general equivalente al art. 6.1 del APPRI con Vietnam; mientras que esos otros cuatro APPRI no contienen ninguna disposición sobre compensación por pérdidas: Argentina, Checoslovaquia (en vigor tanto con la República Checa como con Eslovaquia), Chile y la U.R.S.S. (aplicable por sucesión a Armenia, Azerbaiyán, Belarús, Georgia, Kirguizistán, Rusia, Tayikistán y Turkmenistán). *Vid.* asimismo I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *Op. cit.*, pp. 214-219. En cuanto a la práctica de Vietnam, existen disposiciones similares en el art. 4.2 del APPRI con la República Checa; art. 4.2 del APPRI con Egipto; art. 5.2 del APPRI con Finlandia; art. 4.2 del APPRI con Hungría; y el art. 4.2 del APPRI con Polonia. No hay mención alguna al derecho a la compensación por pérdidas en los APPRI de Vietnam con Austria y la Unión Económica de Bélgica y Luxemburgo.

<sup>46</sup> *Vid.* R. DOLZER y C. SCHREUER, *Op. cit.*, pp. 166-168.

<sup>47</sup> El art. 1.3 del APPRI define «rentas» como los importes producidos por una inversión y comprenden en particular, aunque no exclusivamente, los beneficios, dividendos, intereses, plusvalías, cánones y honorarios.



36. Conforme al art. 7.2 las transferencias se realizarán sin demora, en moneda libremente convertible y al tipo de cambio de mercado aplicable en la fecha de la transferencia.

## 6. Condiciones más favorables

37. Por último, el art. 8.1 incluye una cláusula que permitirá la aplicación a los inversores de condiciones más favorables para la inversión. Según este artículo, si la legislación de cualquiera de los dos Estados o las obligaciones dimanantes del Derecho internacional, ya existentes o que surjan posteriormente entre los dos Estados además del APPRI, contuvieran normas generales o específicas en virtud de las cuales debiere concederse a las inversiones realizadas por inversores del otro Estado un tratamiento más favorable que el previsto en el APPRI, dichas normas prevalecerán sobre el APPRI en la medida en que sean más favorables.

38. El tratado está pensando, por ejemplo, en futuros tratados sectoriales o más amplios que un mero APPRI que se negociaren tanto por los dos Estados como sobre todo por los bloques comerciales en que se integran (UE y ASEAN). Del mismo modo entendemos que este artículo deja abierta la entrada a la aplicación de normas de Derecho internacional consuetudinario que fuesen *más favorables* que los estándares de protección que recoge el APPRI actualmente (por ejemplo, si el Derecho internacional consuetudinario recogiese una protección mayor a los inversores que el actual estándar convencional del tratamiento justo y equitativo).

39. No obstante lo anterior, el art. 8.3. establece como excepción que el art. 8.1 no afectará a las disposiciones establecidas mediante acuerdos internacionales relativos a derechos de propiedad intelectual e industrial vigentes a la fecha de firma del APPRI.

## V. Solución de controversias

40. En cuanto a la solución de controversias, como es la tónica general en los APPRI este tratado contiene disposiciones tanto para la solución de las controversias Estado-Estado como para las controversias inversor-Estado.

### 1. Controversias entre un inversor y un Estado parte

41. En la regulación de la solución de las controversias entre inversores y Estados el art. 11 del APPRI no contiene ninguna disposición que se aleje de la práctica habitual en normas convencionales similares.

#### A) Alternativas de arbitrajes inversor-Estado

42. En primer lugar prevé que el inversor notifique en forma escrita la existencia de la controversia al Estado receptor de la inversión. El APPRI indica que las partes (el inversor y el Estado receptor, sin intervención del Estado del que aquél es nacional) se esforzarán por resolver dicha controversia de forma amistosa mediante negociaciones; nada impide que opten, por ejemplo, por una mediación o una conciliación.

Si la controversia no pudiera ser resuelta en el plazo de seis meses a partir de la fecha de notificación, el inversor puede elegir someterla a:

- i. los tribunales locales del Estado receptor de la inversión;
- ii. un arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (UNCITRAL);

- iii. un arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) conforme al Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965<sup>48</sup>, en el caso de que ambos Estados parte del APPRI fuesen contratantes del Convenio; o,
- iv. *un arbitraje ante el CIADI bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario (RMC) de 1978 en el caso de que no se cumpla la condición de Estados contratantes a la que se refiere la alternativa iii).*

**43.** Dadas las alternativas de arbitrajes recogidas en este art. 11 es necesario realizar dos aclaraciones.

**44.** La primera aclaración es que, sabida la existencia de una nueva versión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010<sup>49</sup>, es menester aclarar cuál de los Reglamentos sería aplicable a un arbitraje de inversiones instado bajo este APPRI:

- i. el Reglamento de Arbitraje de 1976<sup>50</sup>, vigente al tiempo de la firma del APPRI el 20 de febrero de 2006; o bien,
- ii. *el vigente en el momento en el que se inste un procedimiento arbitral por un inversor contra cualquiera de los dos Estados parte.*

En este sentido el art. 1.2 del Reglamento de Arbitraje de 2010 establece que:

*«Se presumirá que las partes en un acuerdo de arbitraje concertado después del 15 de agosto 2010 se han sometido al Reglamento que esté en vigor en la fecha de apertura del procedimiento de arbitraje, a menos que las partes hayan acordado que su litigio se rija por una versión determinada del Reglamento. Esa presunción no se aplicará cuando el acuerdo de arbitraje se haya concertado aceptando después del 15 de agosto 2010 una oferta que se hizo antes de esa fecha».*

Desde luego la aceptación de un arbitraje por el inversor conforme a este APPRI tendría lugar después del 15 de agosto de 2010. Sin embargo, cabe preguntarse cuándo, a los efectos de esta disposición, se considera realizada la oferta de arbitraje por el Estado, bien al tiempo de la firma del APPRI (20 de febrero de 2006) bien al tiempo de su entrada en vigor (29 de julio de 2011). Pues bien, de la lectura de los trabajos preparatorios del Reglamento parece desprenderse que la intención de los autores del Reglamento es considerar la oferta como realizada al tiempo de la firma o celebración del tratado en cuestión<sup>51</sup>. De este modo entendemos que todo arbitraje CNUDMI a partir de este APPRI será sustanciado bajo el Reglamento de Arbitraje de 1976, salvo que las partes en el procedimiento arbitral acordasen la aplicación de otra versión.

**45.** La segunda aclaración es que, a fecha 5 de marzo de 2012, Vietnam no es aún Estado contratante del Convenio CIADI (de hecho, ni siquiera lo ha firmado)<sup>52</sup>. Por lo tanto, un inversor español que tenga una controversia de inversión en Vietnam (o, recíprocamente, un inversor vietnamita que tenga una controversia análoga en España) solo puede optar en estos momentos por canalizar su reclamación ante los tribunales locales del Estado receptor de su inversión o mediante arbitrajes bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o el RMC<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> BOE n° 219, de 13 de septiembre de 1994. España es Estado contratante del mismo desde el 17 de septiembre de 1994.

<sup>49</sup> Aprobada por la Resolución de la Asamblea General de la ONU A/RES/65/22 de 6 de diciembre de 2010 y disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf> (consultada el 5 de marzo de 2012).

<sup>50</sup> Aprobado por la Resolución de la Asamblea General de la ONU 31/98 de 15 de diciembre de 1976 y disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf> (consultado el 5 de marzo de 2012).

<sup>51</sup> *Vid.* Documento A/CN.9/646, de 29 de febrero de 2008, ¶¶ 75-77 (disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UN-DOC/GEN/V08/514/01/PDF/V0851401.pdf?OpenElement>; consultada el 5 de marzo de 2012).

<sup>52</sup> *Vid.* la lista de Estados contratantes en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=Spanish> (consultada el 5 de marzo de 2012).

<sup>53</sup> Hasta la fecha solamente tenemos constancia de la existencia de un procedimiento arbitral contra Vietnam. Se trata del asunto *Trinh Vinh Binh c. Vietnam*, seguido conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI bajo el APPRI Países Bajos-Vietnam. Según la página web <http://italaw.com> (consultada el 5 de marzo de 2012), en marzo de 2007 fue dictado un laudo arbitral en el que se recogió el acuerdo de las partes para terminar el procedimiento.

## B) Subrogaciones y excepciones

46. Asimismo, el art. 11 del APPRI debe ser leído junto a otras dos disposiciones que pueden ser relevantes en un hipotético arbitraje de inversiones.

### a) Subrogación en caso de pago de seguro o garantía de inversión

47. Por un lado, el art. 9 del APPRI reconoce un principio de subrogación por el cual en caso de que uno de los Estados parte o su organismo designado realice un pago en virtud de un acuerdo de indemnización o garantía o de un contrato de seguro contra riesgos no comerciales otorgado en relación con una inversión efectuada por alguno de sus inversores en el territorio del otro Estado, este último reconocerá la cesión de cualquier derecho o crédito de dicho inversor al Estado pagador o a su organismo designado y el derecho de ese Estado pagador o de su organismo designado a ejercer, por subrogación, dicho derecho o crédito con el mismo alcance que su predecesor en el título.

Este artículo también indica que esta subrogación hará posible que el Estado pagador o su organismo designado sea beneficiario directo de cualquier pago en concepto de indemnización u otra compensación a que pueda tener derecho el inversor.

48. Si conjugamos este art. 9 con el arbitraje de inversiones del art. 11 nos podemos encontrar ante situaciones como que el Estado pagador o su organismo designado pongan en marcha una reclamación propia contra el Estado receptor de la inversión para recuperar la suma pagada al inversor. En ese supuesto hay que distinguir dos escenarios según quien sea el ente que presenta la reclamación contra el Estado receptor.

- a) Si la reclamación la presenta el Estado pagador, nos encontramos ante una controversia puramente interestatal. Entonces el Estado pagador debería acudir al mecanismo del arbitraje interestatal previsto en el art. 10 que está abierto a cualquier controversia derivada de la interpretación o aplicación del APPRI<sup>54</sup>.
- b) *Si la reclamación la presenta el organismo designado, dependerá de su naturaleza jurídica (compañía de seguros en forma de sociedad de capital o un organismo administrativo público) para determinar si cumple o no con los requisitos de legitimación activa que permiten activar un arbitraje de inversiones. Debemos recordar que, por definición, el CIADI no administra más que reclamaciones interpuestas por inversores contra Estados (o viceversa) pero nunca reclamaciones interestatales<sup>55</sup>.* En consecuencia, la compañía de seguros puede iniciar el arbitraje bajo el RMC y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI mientras que el organismo administrativo solo puede hacerlo bajo este último.

49. Si el inversor ya ha iniciado el procedimiento arbitral y antes de obtener un laudo a su favor recibe la indemnización a que tenía derecho por mor de la garantía o el contrato de seguro, el Estado pagador puede forzar al inversor a mantenerse en el arbitraje para recibir la indemnización y devolverla posteriormente al Estado. En ese caso, aun cuando el beneficiario último del laudo sea el Estado del que es nacional el inversor, el arbitraje de inversiones no muta en su naturaleza en virtud del principio de la *perpetuatio iurisdictionis* que se fija en el momento de interposición de la solicitud de arbitraje.

<sup>54</sup> *Vid., infra*, § 5.2.

<sup>55</sup> Art. 25.1 del Convenio de Washington: «La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado». Igualmente, art. 2 del RMC: «Autorízase al Secretariado del Centro para administrar, con sujeción a este Reglamento y de conformidad con él, procedimientos entre un Estado (o una subdivisión constitutiva de un Estado o una entidad del mismo) y un nacional de otro Estado».

## b) No excepción por pago de seguro o garantía de inversión

50. Y, por otro lado, el art. 11.4 establece que el Estado receptor de la inversión no podrá alegar como excepción que el inversor ha recibido o va a recibir, en virtud de una garantía o de un contrato de seguro, una indemnización u otra compensación por la totalidad o una parte de los daños en cuestión. Se trata de una excepción de fondo habitualmente recogida en los APPRI en vigor para España y Vietnam que pone freno a una actitud que sin duda demostraría mala fe por parte del Estado que alegara esa excepción.

### A. Normas especiales del procedimiento arbitral

51. Por lo demás, el art. 11 recoge algunas disposiciones especiales para el caso de que el inversor opte por plantear su reclamación ante un tribunal arbitral. Estas normas desplazan a las que prevea el reglamento de arbitraje que se siga (el de la CNUDMI o las Reglas de Arbitraje del RMC).

- i. la ley aplicable al fondo del asunto será el propio APPRI, el derecho nacional del Estado receptor de la inversión (incluidas las normas relativas a los conflictos de leyes) y los principios generalmente aceptados del Derecho internacional que sean de aplicación (art. 11.3);
- ii. para dar confort al inversor el art. 11.5 indica asimismo que las decisiones arbitrales serán definitivas y vinculantes para las partes en la controversia; no obstante, esto no impide que el laudo que ponga fin al procedimiento pueda ser recurrido en anulación ante una Comisión *ad hoc* (en el caso del CIADI bajo el Convenio de Washington) o ante los tribunales de la sede del procedimiento (en el caso del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y del RMC);
- iii. conforme al art. 11.5 *in fine* ambos Estados se han comprometido a ejecutar las decisiones arbitrales de conformidad con su legislación nacional; esto tampoco impide que el inversor (y aun el propio Estado en determinadas circunstancias, como una condena en costas al inversor demandante) pueda instar la ejecución del laudo en un tercer Estado con o sin un exequátur previo<sup>56</sup> o que el exequátur sea necesario para ejecutar el laudo si éste ha sido dictado fuera del territorio del Estado receptor de la inversión.

## 2. Controversias entre los Estados parte del APPRI

52. En cuanto a la solución de controversias entre los dos Estados el APPRI prevé un procedimiento muy similar al de otros tratados análogos. En su art. 10.1 el APPRI dispone, en primer lugar, que las controversias referidas a la interpretación o aplicación del tratado deberán resolverse por conducto diplomático. De no haberse llegado a un acuerdo en un plazo de seis meses desde el comienzo de las negociaciones, la disputa será sometida a petición de cualquiera de las partes a un tribunal arbitral *ad hoc* de tres miembros (art. 10.2) que resolverá conforme al APPRI y a los principios del Derecho internacional (art. 10.5) y que establecerá su propio procedimiento salvo lo dispuesto por las partes (art. 10.6). El APPRI prevé igualmente normas subsidiarias para la constitución del tribunal arbitral (art. 10.3-4) y que su decisión será definitiva y vinculante para ambas Partes contratantes (art. 10.7).

53. La reciente publicación de un laudo arbitral emitido en 2008 por un tribunal que tuvo que resolver una diferencia entre Italia y Cuba derivada de la aplicación del APPRI que firmaron el 7 de mayo de 1993 ha resucitado la importancia de este tipo de disposiciones casi siempre olvidadas<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Sin exequátur en el caso de un arbitraje bajo el Convenio de Washington (art. 54.1). Con exequátur conforme al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (BOE nº 164, de 11 de julio de 1977), o norma más favorable, para el caso de arbitrajes bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o el RMC.

<sup>57</sup> *Italia v. Cuba*, Laudo de 15 de julio de 2008 (disponible en [http://italaw.com/documents/Italy\\_v\\_Cuba\\_FinalAward2008.pdf](http://italaw.com/documents/Italy_v_Cuba_FinalAward2008.pdf)) y opinión disidente (disponible en [http://italaw.com/documents/Italy\\_v\\_Cuba\\_FinalAward2008\\_Dissent.pdf](http://italaw.com/documents/Italy_v_Cuba_FinalAward2008_Dissent.pdf)), en ambos casos consultados el 5 de marzo de 2012.



## VI. Conclusión

54. El APPRI entre España y Vietnam es un tratado moderno que refleja la práctica convencional española contemporánea y que puede servir como un buen punto de referencia para futuros APPRIs que Vietnam desee negociar con otros Estados. Sus disposiciones recogen sin duda el mínimo común denominador de la materia existente en el Derecho internacional y garantizan una adecuada protección de las inversiones españolas en Vietnam y vietnamitas en España. No obstante, no huelga señalar que este APPRI a veces abraza soluciones un tanto problemáticas por ambiguas, como la mención del estándar del tratamiento justo y equitativo «*de conformidad con el derecho internacional*», que ponen de manifiesto las inconsistencias en las prácticas negociadoras de ambos Estados.

Solo queda ahora que los operadores españoles y vietnamitas encuentren oportunidades de inversión que los animen a invertir en el otro Estado y que ambos Estados tengan una actitud activa en la promoción de esas oportunidades de inversión más allá de los vagos compromisos asumidos en el APPRI en esta materia.