

# La política de inversiones internacionales de la Unión Europea: a propósito de los fantasmas que habitan los nuevos tratados de libre comercio y de inversión europeos

The international investment policy of the European Union: on the ghosts hidden in the new european free trade and investment treaties

IÑIGO IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA\*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONTEXTO EN EL QUE SE ADOPTA EL TRATADO DE LISBOA: PRIMEROS SIGNOS DE LA CRISIS DEL DERECHO DE LAS INVERSIONES EXTRAJERAS. 1. *El derecho de las inversiones extranjeras en el siglo XXI: producto de la consolidación del régimen convencional bilateral.* 2. *Manifestación de los primeros signos de la crisis del sistema.* 3. *Las inversiones extranjeras en la Unión Europea pre-Lisboa.* III. PRIMEROS DESARROLLOS DE LA POLÍTICA DE INVERSIONES EXTRANJERAS DE LA UNIÓN EUROPEA. 1. *La nueva política de inversiones de la Unión tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa: alcance y objetivos.* 2. *Una herencia difícil de gestionar: los 1400 APPRI de los Estados miembros.* IV. A PROPÓSITO DE LOS FANTASMAS QUE HABITAN LA POLÍTICA DE INVERSIONES EXTRANJERAS DE LA UNIÓN EUROPEA. 1. *Un debate competencial complejo alumbrado por el Dictamen 2/15 del TJUE.* 2. *El derecho a regular de los Estados en entredicho.* 2.1. Descripción de la problemática. 2.2. Contribución de los proyectados TLCI de la UE en

\* Profesor agregado de derecho internacional público en la Universidad del País Vasco UPV/EHU. Trabajo realizado en el marco de las actividades de investigación del Grupo de Investigación Consolidado del Gobierno Vasco (referencia IT1039-16), del proyecto de investigación financiado por la UPV/EHU "Persona, empresa y derechos humanos en una sociedad globalizada" y del proyecto de investigación DER2015-65486-R financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

defensa de la facultad reguladora de los Estados: pasos en la buena dirección. 3. *Los mecanismos de solución de diferencias inversor-Estado (ISDS)*. 3.1. Del arbitraje de inversiones al nuevo modelo ISDS que propone la Unión: un recorrido marcado por la improvisación. 3.2. La legitimidad de los mecanismos ISDS. 3.3. Los mecanismos ISDS y el derecho de la UE: la incógnita de su compatibilidad. 4. *El debilitamiento del Estado a raíz de una mayor liberalización de los flujos de inversión*. 4.1. La regulación de la fase de admisión: el verdadero caballo de Troya de los nuevos TLCI europeos. 4.2. El concepto de «inversión» en los nuevos TLCI europeos: una declaración de intenciones. V. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿SON REALES LOS FANTASMAS?

**Resumen:** La puesta en marcha y primeros desarrollos de la nueva política de inversiones extranjeras de la UE, lanzada tras la entrada en vigor del tratado de Lisboa, se asemejan mucho a una carrera con obstáculos: en primer lugar, porque tiene lugar en un contexto donde se está cuestionando a escala global la legitimidad del derecho internacional de las inversiones extranjeras; en segundo lugar, porque esta nueva política se está construyendo sobre un escenario en estado de transición, ocupado por una tupida red de más de mil APPRIs todavía hoy en vigor para los Estados miembros, y; en tercer lugar, porque existen interrogantes de carácter técnico, sobre el alcance de la competencia de la Unión y sobre la compatibilidad de algunos de los contenidos habituales de los tratados de inversión con el derecho de la UE, que deben ser previamente resueltos para valorar la potencialidad real de esta nueva política de inversiones. Todo ello conduce a que los tratados de libre comercio y de inversiones de nueva generación que está impulsando la UE provoquen un encendido debate político y doctrinal, y que los «fantasmas» que habitan estos acuerdos hayan tomado cuerpo y una dimensión apenas imaginada cuando se adoptó el tratado de Lisboa. El presente trabajo pretende identificar, conocer y, si procede, desenmascarar a estos fantasmas, al fin de determinar si estos son reales y, por tanto, si suponen, efectivamente, una amenaza para los valores que inspiran el proyecto de la integración europea.

**Abstract:** The first developments of the new foreign investment policy of the EU, after the entry into force of the Lisbon treaty, are very similar to an obstacle race: first, because they take place in a context in which it is being questioned, on a global scale, the legitimacy of the international

law of foreign investment; secondly, because this new policy is being built on a scenario in transition, where there is a dense network of more than a thousand BITs still in force for the Member States, and; thirdly, because there are questions of a technical nature, both about the scope of the Union's competence, and about the compatibility of some of the usual provisions of investment treaties with EU law, which should be, previously, resolved to assess the real potential of this new investment policy. All this leads to the fact that the new generation of free trade and investment treaties that are promoted by the EU provoke a heated political and doctrinal debate, and that the «ghosts» that inhabit these agreements have taken an unexpected dimension when the Lisbon treaty was adopted. The present work aims to identify, know and, if appropriate, unmask these ghosts, in order to establish if they are real and, therefore, if they constitute, in effect, a threat to the values that inspire the project of European integration.

**Laburpena:** Lisboako tratatua behin indarrean sartu ondoren, EBren atzerriko inbertsioei buruzko politika berriaren lehen urratsek eta garapenak oztopo lasterketa baten antz handia daukate: lehenik eta behin, atzerriko inbertsioei buruzko nazioarteko zuzenbidearen legitimitatea mundu mailan zalantzan dagoen testuinguru batean ematen ari delako; bigarrenik, trantsizio egoeran dagoen eskenatoki baten gainean eraikitzen ari delako politika berri hau, Estatu kideetan oraindik indarrean dauden mila BIT baino gehiagok osatzen duten sare batek betetzen duen eremu batean, eta; hirugarrenik, izaera teknikoko arazoak daudelako, bai EBren eskumenaren irismenari buruzkoak, bai inbertsioen sustapen eta babeserako tratatuetan ohikoak diren edukien eta EBren zuzenbidearen xedapenen arteko bateragarritasunari buruzkoak, guztiak inbertsioen politika berri honek eman ditzakeen emaitzak baloratzeko, aurrez, ezinbestean argitu beharrekoak. Honen guztiaren ondorioz, EBk bultzatzen dituen merkataritza askeari eta inbertsioei buruzko tratatuak eztabaida publiko bizia eragiten ari dira Europako gizartean. Aldi berean, tratatu hauetan bizi diren “mamuek” Lisboako tratatua egin zenean gutxik uste izango luketen moduko tamaina eta presentzia bereganatu dute. Lan honen helburua zera da: mamu hauek identifikatzea, ezagutzea eta, beharrezkoa bada, hauei moztzea erantztea, egiazkoak diren edo ez jakiteko eta, beraz, integrazio europarraren proiektua argitzen duten balioentzat arriskutsuak ote diren edo ez zehazteko.

**Palabras clave:** arreglo de diferencias inversor-estado (ISDS), derecho a regular, inversiones extranjeras, liberalización de los flujos de inversión, tratados de libre comercio e inversión de la UE, Unión Europea (UE).

**Keywords:** investor-state dispute settlement (ISDS), right to regulate, foreign investment, liberalization of investment flows, free trade and investment treaties of the EU, European Union (EU).

**Gitza-hitzak:** inbertsiogile eta estatuen arteko gatazken konponketa (ISDS), arautze-eskubidea, inbertsio-fluxuen liberalizazioa, EBren merkataritza eta inbertsioei buruzko tratatuak, Europar Batasuna (EB).

## I. INTRODUCCIÓN

1. No son tiempos fáciles para la Unión Europea (UE). Quizás nunca lo fueran. Sin embargo, hoy, tras el *Brexit* y la vergonzante crisis de los refugiados, afloran las dudas sobre si la UE ha dejado de ser un proyecto atractivo para los Estados y si la Europa de los valores no era, acaso, un espejismo o, peor aún, un simple eslogan.

Tampoco son tiempos fáciles para la nueva política comercial y de inversiones de la UE que, robustecida tras la entrada en vigor del tratado de Lisboa, es incapaz de levantar definitivamente el vuelo. Las desavenencias entre las instituciones de la UE y los Estados miembros en torno al alcance y la visión de la política comercial común (PCC), así como la inesperada y combativa oposición mostrada por parte de la sociedad civil organizada europea, ha puesto en el centro del debate público a los tratados de libre comercio e inversión (TLCI) de nueva generación negociados e impulsados por la Unión, personificados en la, hoy varada, iniciativa del Tratado de Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP) de la UE y los EE. UU. de América y, en menor medida, en el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (CETA).

Es justo reconocer que las campañas anti-TTIP y anti-CETA, aprovechando la corriente revisionista del derecho de las inversiones extranjeras y el contexto de la crisis del proyecto europeo, han sido bastante hábiles y efectivas en su misión de trasladar a la sociedad una visión negativa, a veces catastrofista, de los TLCI y, de forma particular, del régimen que estos prevén en relación con la promoción y protección de las inversiones extranjeras. Así, los medios de comunicación se han hecho eco de la presencia de los peligros que, cual fantasmas, habitan y se esconden en las entrañas de los proyectados acuerdos. Estos fantasmas aluden a una serie de afirmaciones, juicios y valoraciones que se realizan desde una visión muy crítica con los TLCI, y que alimentan temores cuya justificación no siempre es evidente.

2. El presente trabajo tiene como finalidad introducir un poco de luz en las sombras donde toman cuerpo los fantasmas, para ver si estos son reales y, por tanto, son fundados los temores. Para ello, comienza contextualizando el tema, para poner de manifiesto, entre otros aspectos, que ni las normas para la promoción y protección de las inversiones que incorporan los TLCI de la UE, ni los mecanismos de arreglo de diferencias inversor-Estado (ISDS), nacen con los TLCI de nueva generación, ni son desconocidas en Europa, y que el cuestionamiento de estos acuerdos emerge en un contexto global de crisis del sistema y de revisión de las normas que regulan el sector de las inversiones internacionales. A continuación, tras el análisis de los primeros desarrollos de la política de inversiones internacionales europea, el trabajo identifica, trata de conocer y de valorar los principales peligros o amenazas (los fantasmas) asociados a este nuevo régimen que trata de impulsar la UE, para finalizar con unas conclusiones centradas en poner de relieve sus méritos y sus carencias.

## **II. CONTEXTO EN EL QUE SE ADOPTA EL TRATADO DE LISBOA: PRIMEROS SIGNOS DE LA CRISIS DEL DERECHO DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS**

### **1. EL DERECHO DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN EL SIGLO XXI: PRODUCTO DE LA CONSOLIDACIÓN DEL RÉGIMEN CONVENCIONAL BILATERAL**

3. Cuando se adopta, en el marco de la modificación lisboesa de los Tratados de la Unión, la decisión de incluir la materia de las inversiones extranjeras directas dentro de la PCC, el grueso del derecho internacional relativo a la promoción y protección de las inversiones extranjeras se encuentra regulado en los más de dos mil tratados bilaterales en vigor a lo ancho y largo del mundo<sup>1</sup>. Este derecho, cuyo contenido es aparentemente compartido por la mayoría de los Estados que componen la comunidad internacional actual, constituye, no obstante, la última manifestación de una visión muy concreta del derecho internacional relativo a la protección debida a los bienes de los extranjeros.

1. Según la herramienta de búsqueda de la UNCTAD, desde el año 1959, en el que se firmó el primer APPRI entre Alemania y Paquistán, hasta el año 2018 habrían entrado en vigor 2574 tratados bilaterales de inversión (BIT o APPRI); *vid.* en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/AdvancedSearchBIT> (todas las direcciones electrónicas recogidas en este trabajo han sido consultadas por última vez el 25/03/2018).

El derecho internacional clásico, ya en su día, fue testigo de un vivo enfrentamiento entre Estados desarrollados que defendían la existencia de un estándar mínimo internacional, que incluía para supuestos de expropiación la obligación de pagar una indemnización pronta, adecuada y efectiva (cláusula *Hull* o cláusula del triple estándar), y los Estados en vías de desarrollo, que únicamente reconocían en el derecho internacional la obligación del trato nacional. Este enfrentamiento, lejos de resolverse, experimentó una nueva réplica tras la gran descolonización y el consiguiente aumento del número de los Estados cuyos intereses colisionaban con la posición de los Estados occidentales<sup>2</sup>. Este renovado debate se desarrolló, principalmente, en sede de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprovechando las nuevas mayorías presentes, y se fraguó en varias resoluciones dirigidas al objetivo general de proclamar un Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI), de forma particular, en las resoluciones que consagraban la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos y riquezas naturales<sup>3</sup>. El cambio de perspectiva que introducían estas resoluciones y la propia Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, proponiendo unas «relaciones económicas internacionales más racionales y equitativas» que fomentasen «cambios estructurales en el contexto de una economía mundial equilibrada, en armonía con las necesidades e intereses de todos los países, en particular los países en desarrollo»<sup>4</sup> y que, por tanto, más allá de la igualdad formal entre los Estados estaba dirigida a la consecución progresiva de la igualdad real, no pudo consolidarse, a pesar de contar con el apoyo de la mayoría de los Estados de la comunidad internacional.

4. Ante la contestación de las normas del derecho internacional general y la práctica de los acuerdos de compensación global extendida en el

2. Vid. IURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, España, Editorial Bosch, 2010, pp. 69-86.
3. Estas Resoluciones –donde destacan la 1803 (XVII), la 2158 (XXI), y la Resolución 3281 (XXIX)– fueron evolucionando en una dirección cada vez más favorable a los intereses de los países en vías de desarrollo. Vid. JUILLARD, P., «L'évolution des sources du droit des investissements», *R. des C.*, vol. 250, (1994-VI), pp. 86-87. Para ver la evolución de las Resoluciones de la AG en materia de soberanía permanente sobre los recursos naturales SCHRIJVER, N.J., *Sovereignty Over Natural Resources: Balancing Rights and Duties in an Interdependent World*, 1995, disponible en <https://www.rug.nl/research/portal/files/3265518/dissertatie.pdf>. Sobre las Resoluciones de la ONU y las inversiones extranjeras AKINSANYA, A.A., *The Expropriation of Multinational Property in the Third World*, New York, Praeger, 1980, pp. 48-68.
4. Art. 8 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, adoptada mediante Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 12 de diciembre de 1974.

contexto de las nacionalizaciones generalizadas<sup>5</sup>, los Estados desarrollados se vieron en la necesidad de explorar un camino paralelo para asegurar una protección, desde su punto de vista, satisfactoria para los inversores nacionales que realizasen operaciones de inversión en terceros países. Así, los esfuerzos se centraron en la negociación y celebración de tratados internacionales de carácter bilateral, principalmente con países en vías de desarrollo, que venían a incorporar normas más acordes a la posición tradicionalmente defendida por ellos<sup>6</sup>. Y fue esta la tendencia que finalmente se impuso con la celebración masiva de acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI), de forma particular, durante la década de los noventa, hasta alcanzar, hoy, la cifra nada despreciable de más de 3.200 tratados bilaterales de inversión<sup>7</sup>.

A pesar de su denominación, en la práctica, la «reciprocidad» que pregonan estos acuerdos no deja de ser en muchos casos simple retórica,

5. Respecto de los acuerdos de compensación global, *vid.* LILLICH R.B. y B.H. WESTON, «Lump Sum Agreements: Their Continuing Contribution to the Law of International Claims», *American Journal of International Law*, vol. 82, núm.1, 1988, pp. 69-80; RUÍZ COLOMÉ, M.A., «Lump Sum Agreements in Spanish Practice», *Spanish Yearbook of International Law*, vol. VI, 1998, pp. 1-30; SEIDL-HOHENVELDERN, I., «Austrian Practice on Lump Sum Compensation by Treaty», *American Journal of International Law*, vol. 70, 1976, pp. 763-777; WESTON B.H. y R.B. LILLICH y D.J. BEDERMAN: *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements, 1975-1995*, Ardsley, Transnational, 1999.
6. Los Estados industrializados, en su condición de Estados de origen, tratan de defender los intereses de los inversores que actúan en el extranjero. Ante la contestación de las normas consuetudinarias del derecho internacional clásico y la insuficiencia de los derechos internos y contratos entre Estados y particulares como instrumentos jurídicos que garantizan la seguridad y estabilidad de las inversiones privadas, los Estados industrializados optan por la vía convencional. *Vid.* KURTZ, J., «The Delicate Extension of MFN Treatment to Foreign Investors: *Maffezini v. Kingdom of Spain*», *International Investment Law and Arbitration; Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (T. Weiler ed.), Gran Bretaña, 2005, p. 529, pone de relieve que el énfasis puesto en la vía convencional se debe a la preocupación de que en los años setenta el derecho internacional consuetudinario se estaba moviendo en la dirección contraria a los intereses de los inversores extranjeros y sus Estados de origen. En UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, Nueva York, 1998, p. 4, se subread los valores de cardiac y certidumbre de los acuerdos internacionales señalando que «*given the controversy surrounding customary international law relating to foreign investment, international agreements could provide a source of clear and certain rules*». *Vid.* SALACUSE, J.W., «Towards a Global Treaty on Foreign Investment: The Search for a Grand Bargain», *Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects* (N. Horn, ed.), La Haya, 2004, pp. 54-58; SALACUSE, J.W. y N.P. SULLIVAN, «Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Bargain», *Harvard International Law Journal*, vol. 46, núm. 1, 2005, p. 76.
7. Según la herramienta de búsqueda de la UNCTAD, disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/AdvancedSearchBIT>.



al actuar como instrumentos unidireccionales que buscan la protección de los inversores de los Estados desarrollados cuando realizan inversiones en países en vías de desarrollo. En cuanto al contenido que incorporan estos APPRI resulta sintomático constatar que, además de equiparar en cuanto a sus efectos las expropiaciones y las nacionalizaciones, y sumar a este concepto amplio de expropiación las medidas de efecto equivalente, para los supuestos de expropiación se prevé una compensación pronta, adecuada y efectiva (la añorada fórmula *Hull*), entendiéndose como «adecuada» aquella que responde al valor justo de mercado de la inversión.

Es obvio que estos tratados de inversión no han seguido la pauta marcada por las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas referentes a la soberanía permanente de los Estados sobre sus riquezas y recursos naturales. En toda esta práctica se observa el retorno a los valores clásicos y el abandono del enfoque que el malogrado NOEI proponía para las relaciones económicas internacionales, donde los Estados más necesitados contarían con una protección especial del derecho internacional.

5. El derecho de las inversiones extranjeras, a comienzos del siglo XXI, por tanto, se configura como un derecho de naturaleza convencional, con gran predicamento en las relaciones bilaterales, pero incapaz de consolidarse en clave multilateral, tal y como han puesto de manifiesto los repetidos y sonados fracasos de las distintas iniciativas dirigidas a la adopción de un tratado multilateral general para la protección de las inversiones extranjeras<sup>8</sup>, entre las que sobresale el proyecto del Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI) negociado entre los años 1995 y 1998 en el seno de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)<sup>9</sup>.

8. Un análisis de los instrumentos multilaterales –26 instrumentos, desde la Carta de La Habana hasta el Acuerdo TRIM del GATT– se encuentra en TSCHOFEN, F., «Multilateral Approaches to the Treatment of Foreign Investment», *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 7, núm. 2, 1992 pp. 406-423. Merecen, especialmente, ser destacados, la Carta de la Habana para la Organización Internacional del Comercio de 1948, el Código para el trato justo de las inversiones extranjeras de la Cámara de Comercio Internacional de París, de 1949, el Proyecto de Convenio «Abs/Shawcross» sobre las inversiones en el extranjero, de 1959, el Proyecto de Convenio «Harvard» sobre la responsabilidad internacional de los Estados por los daños ocasionados a los extranjeros, de 1961, y el Proyecto de Convenio sobre la protección de la propiedad extranjera elaborado por la OCDE, de 1967.
9. CRESPO HERNÁNDEZ, A., *El Acuerdo Multilateral de Inversiones: ¿crisis de un modelo globalizado?*, Madrid, Eurolex, 2000; JUILLARD, P., «À propos du décès de l'AMI», *Annuaire Français de Droit International*, vol. XLIV, 1998, pp. 595-612; *id.* «L'accord multilatéral sur l'investissement: un accord de troisième type?», *Un Accord multilatéral sur l'investissement: d'un forum de négociation à l'autre?* (Jornadas de Estudio organizadas por L'Institut des Hautes Etudes Internationales, el 7 de diciembre de 1998), París, Pedone, 1999, pp. 47-78.



A pesar de que los APPRI en vigor, en la actualidad, son más de dos mil, ello no impide identificar un contenido habitual que se repite en la gran mayoría de estos tratados y que, por tanto, refleja una realidad caracterizada por una uniformidad reseñable, sin lugar a dudas, mucho mayor a aquella que puede insinuar la señalada atomización normativa. Sin embargo, esta uniformidad debe ser entendida, en primer lugar, junto a la innegable evolución que ha experimentado la redacción de estas normas desde que se celebrara el primero de los APPRI entre Alemania y Pakistán en 1959 hasta los más recientes y, en segundo lugar, la existencia de distintos modelos de APPRI, entre los que destacan el norteamericano y el europeo.

Los APPRI<sup>10</sup>, por lo general, junto a la disposición relativa a la expropiación antes aludida, incluyen normas dirigidas a asegurar a los inversores extranjeros los estándares de trato nacional y de trato de nación más favorecida (NMF), un trato justo y equitativo y plena protección y seguridad. También es habitual que a través de los APPRI los Estados se comprometan a respetar las obligaciones contraídas con respecto a las inversiones de inversores de la otra parte (cláusula *umbrella*). Asimismo, es común que los inversores se encuentren protegidos con la aplicación de los estándares de trato nacional y de NMF en caso de pérdidas debidas a guerra u otro conflicto armado, estado de emergencia nacional, revolución, insurrección, disturbios civiles u otros acontecimientos similares. Los APPRI suelen prever una disposición sobre «transferencias» que garantiza la libre transferencia de todos los pagos relacionados con las inversiones y que, por tanto, resulta fundamental para asegurar la utilidad de la inversión, al permitir que el inversor disponga y disfrute libremente de los beneficios que produce su inversión<sup>11</sup>. Y finalmente, una de las disposiciones más importantes de los APPRI se refiere a aquella que prevé la opción del arbitraje inversor-Estado. En este sentido, no resulta exagerado afirmar que los APPRI constituyen el factor clave que ha contribuido a la generalización del arbitraje como método de resolución de controversias en el sector del derecho de las inversiones extranjeras<sup>12</sup>, al incorporar el consentimiento

10. DOLZER R., y M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, La Haya-Boston-Londres, Martinus Nijhoff, 1995; GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones exteriores (los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrados por España)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005; UNCTAD, *Bilateral...*, *op.cit.*,

11. MIGLIORINO, L., *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 91.

12. Vid. ALEXANDROV, S.A., «The “Baby Boom” of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as “Investors” and Jurisdiction Ratione Temporis», *Law and Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 19 y ss.; La importancia que ha adquirido el CIADI, especialmente a partir de los años noventa,

unilateral del Estado a favor de la vía arbitral, es decir, la oferta del Estado, de la cual se podrá valer el inversor de la otra parte una vez surja la controversia<sup>13</sup>.

La descripción de los principales rasgos que caracterizan el derecho de las inversiones extranjeras de principios del siglo XXI restaría incompleta si no se mencionaran los distintos mecanismos e instrumentos relativos al arbitraje inversor-Estado presentes en el mismo. En este sentido, la insatisfacción que producía en los inversores extranjeros (y, por extensión, en los Estados de origen de las inversiones) el esquema tradicional edificado sobre la obligación del inversor extranjero de agotar los recursos internos del Estado autor del hecho internacionalmente ilícito y el posterior ejercicio del derecho a la protección diplomática por parte del Estado de la nacionalidad del inversor, indujo a buscar alternativas que fueran capaces de dar respuesta a los temores que provocaban la falta de neutralidad de los tribunales internos, la politización de las controversias –asociada, en parte, a la discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática– y la demora excesiva en la resolución de los litigios. En este sentido, la adopción y entrada en vigor del Convenio del CIADI<sup>14</sup>, además de ser una excepción del fracaso generalizado de las iniciativas multilaterales en materia de inversiones, constituye un jalón determinante en la evolución y configuración del derecho de las inversiones extranjeras. De todos modos, no se deben olvidar otros arbitrajes que también son elementos

---

ha sido descrita gráficamente como el «despertar de una “bella durmiente” entrada en años», por KUNDMÜLLER CAMINITI, F., «“Bella durmiente” despabilada ante la atronadora globalización y el fragor creciente de las controversias en materia de inversión extranjera», disponible en <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/inversion.php>.

13. En cuanto al consentimiento unilateral del Estado *vid.*, entre muchos otros, GAILLARD, E., «L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements», *Rev. arb.*, núm. 3, 2003, pp. 853-875; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Arbitraje internacional y sus dualidades», *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. XV, 2006, pp. 17-20; PAULSSON, J., «Arbitration Without Privity», *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, núm. 2, 1995, pp. 232-257; PRUJINER, A., «L'arbitrage unilateral: un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel», *Rev. arb.*, núm. 1, 2005, pp. 63-99; UNCTAD, *Investor-state disputes arising from investment treaties: a review*. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, Naciones Unidas, 2005, disponible en [http://unctad.org/en/Docs/iteiit20054\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/iteiit20054_en.pdf).
14. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, UNTS vol. 575-I-8359, p. 159. Sobre el CIADI, en general, SCHREUER C., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; FERNÁNDEZ MASÍA, E., *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; VIVES CHILLIDA, J.A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1998.

necesarios del paisaje y donde deben ser incluidos, entre otros, el arbitraje *ad hoc* conforme a las Reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo o el de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París.

## 2. MANIFESTACIÓN DE LOS PRIMEROS SIGNOS DE LA CRISIS DEL SISTEMA

6. La consolidación del régimen convencional (bilateral) y del arbitraje de inversiones ha venido acompañada de las críticas que cuestionan la legitimidad de este sistema y, por tanto, apuntan la necesidad de su revisión con el fin de adaptarlo a las exigencias que impone la naturaleza de las relaciones reguladas. Las experiencias, primero, de las tempranas disputas del TLCAN con trasfondo medioambiental y, segundo, de la avalancha de controversias acaecida a raíz de la crisis económica, financiera y social argentina de finales de 2001 e inicios de 2002 constituyeron factores desencadenantes claves de la crisis del sistema.

Estas dos experiencias sirvieron para visibilizar, por una parte, los problemas que origina el empleo de conceptos indeterminados en los APPRI, como son, por ejemplo, la noción de trato justo y equitativo o la de medida de efecto equivalente a la expropiación, en términos de inseguridad jurídica, previsibilidad y coherencia. Por otra parte, la dimensión y trascendencia pública de las controversias que se someten a arbitraje ha propiciado que cada vez sea más difícil tolerar un arbitraje de inversiones caracterizado por los rasgos de privacidad y confidencialidad. Además, en relación con el arbitraje de inversiones, junto a las críticas que inciden en la necesidad de incrementar la transparencia y publicidad de los procedimientos, se suman argumentos que reclaman mayores garantías de independencia e imparcialidad de los tribunales arbitrales, así como la introducción de mecanismos que minimicen el riesgo de las decisiones contradictorias.

7. Estas críticas, lejos de ser aisladas o marginales, han sido, con distinta intensidad y variado entusiasmo, asumidas por la gran mayoría de los protagonistas que juegan un papel relevante en la creación y aplicación del derecho de las inversiones extranjeras. Así, las reacciones ante estos primeros signos de crisis del sistema no se hicieron esperar. En primer lugar, partiendo del reconocimiento del interés público presente en muchos de los litigios de

inversión<sup>15</sup>, los tribunales arbitrales han intentado aprovechar al máximo los márgenes de los distintos reglamentos de arbitraje para permitir, por ejemplo, la participación de terceros en calidad de *amicus curiae*<sup>16</sup>, la apertura de las audiencias al público, el nombramiento de tribunales arbitrales de idéntica composición o la acumulación de procedimientos arbitrales cuando estos fueran referidos a cuestiones de hecho o de derecho comunes<sup>17</sup>. En segundo lugar, las instituciones arbitrales encargadas de la administración de litigios de inversión, como el CIADI o el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, han procedido a la modificación de sus respectivos reglamentos a fin adaptarlos a las particularidades de estas controversias<sup>18</sup>. En tercer lugar, la CNUDMI ha adoptado el Reglamento

15. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. Argentina*, decisión sobre petición de participación de *amicus curiae* 9 de mayo de 2005, Caso CIADI núm. ARB/03/19, párr. 22, y *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina*, decisión sobre petición de participación de *amicus curiae* 17 de marzo de 2006, Caso CIADI núm. ARB/03/17, párr. 21; *Methanex c. EE. UU. de América*, decisión del Tribunal sobre las solicitudes de terceras personas para intervenir como *amicus curiae*, (UNCITRAL) de 15 de enero de 2001, párr. 49.
16. FACH GÓMEZ, K., «Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest», *Fordham International Law Journal*, vol. 35, núm. 2, 2012, pp. 510-564; MOURRE, A., «Are Amici Curiae the Proper Response to the Public's Concerns on Transparency in Investment Arbitration?», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 5, 2006, pp. 257-271; MISTELIS, L., «Confidentiality and Third Party Participation: *UPS v Canada* and *Methanex Corp v USA*», *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (T. Weiler ed.), Gran Bretaña, Cameron May, 2005, pp. 169-200.
17. *Vid.* CRIVELLARO, A., «Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes», *Law and Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, núm. 3, 2005, pp. 371-420; FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «Presente y futuro de la acumulación de procedimientos arbitrales en materia de inversiones extranjeras», *REEI*, vol. 11, 2006, en [www.reei.org](http://www.reei.org); GONZÁLEZ GARCÍA, L.A., «Is Consolidation of Claims a Step to Improvement? The HFCS case», *Symposium on Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda*, París, 12 de diciembre de 2005, disponible en, <http://www.oecd.org/dataoecd/5/55/36055400.pdf>; OCDE, «Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: an Overview», *Working papers on international investment*, núm. 2006/1, febrero, 2006, disponible en [https://www.oecd.org/china/WP-2006\\_1.pdf](https://www.oecd.org/china/WP-2006_1.pdf), pp. 17-25; SUAREZ ANZORENA, I., «Acumulación de arbitrajes bajo tratados bilaterales de inversión», *Lima Arbitration*, núm. 1, 2006, pp. 113-120.
18. Respecto a la reforma de las Reglas de arbitraje del CIADI, de 2006, *vid.* CIADI, *Possible improvements of the framework for ICSID arbitration*, ICSID secretariat Discussion Paper, 2004, disponible en <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>; CIADI, *Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations*, Working Paper of the ICSID Secretariat, 12 de Mayo de 2005, disponible en <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Suggested%20Changes%20to%20the%20ICSID%20Rules%20and%20Regulations.pdf>; MANN, H., A. COSBEY, L. PETERSON y K. VON MOLTKE (Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable

sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado<sup>19</sup>, al tiempo que ha impulsado la celebración de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, de 10 de diciembre de 2014 («Convención de Mauricio sobre la Transparencia»)<sup>20</sup>. En cuarto lugar, en respuesta a las mencionadas críticas, algunos Estados han iniciado la revisión de sus modelos de APPRI<sup>21</sup>, otros han variado su política en relación con algunos de los elementos más polémicos del sistema, por ejemplo, el arbitraje de inversiones<sup>22</sup> o, en los casos más extremos, han decidido denunciar los tratados de inversión<sup>23</sup> o el propio Convenio del CIADI<sup>24</sup>.

### 3. LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN LA UNIÓN EUROPEA PRE-LISBOA

8. El derecho de la UE previa a la modificación del tratado de Lisboa también regulaba aspectos relacionados con las operaciones de inversión internacionales<sup>25</sup>. Así, la Comunidad Europea (CE) y los Estados miembros

---

(IIDS)), *Comments on ICSID Discussion Paper, «Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration»*, 2004, en [http://www.iisd.org/pdf/2004/investment\\_icsid\\_response.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2004/investment_icsid_response.pdf). IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I., «Reforma de los reglamentos del CIADI y del reglamento del Mecanismo Complementario», *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 1, n.º 1, 2008, pp. 282-284. En lo que respecta al CIADI, es de señalar que este se encuentra incurso en un nuevo proceso dirigido a actualizar su reglamento y sus reglas; *vid.* la información disponible en <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/Amendment-of-ICSID-Rules-and-Regulations.aspx>.

19. Entró en vigor el 1 de abril de 2014.

20. *Vid.* HAMAMOTO, S., «Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et la Convention de Maurice sur la transparence», *journal du droit international*, núm. 1, 2016, pp. 3-59.

21. Por ejemplo, los EE UU de América o, más recientemente, la India.

22. Por ejemplo, la posición del Gobierno laborista en 2011 a favor la supresión de los mecanismos ISDS de los Acuerdos celebrados por Australia, aunque esta posteriormente ha sido flexibilizada tras el cambio de Gobierno en 2013; *vid.* *Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to more jobs and prosperity*, 2011, p. 14, disponible en [http://blogs.usyd.edu.au/japaneselaw/2011\\_Gillard%20Govt%20Trade%20Policy%20Statement.pdf](http://blogs.usyd.edu.au/japaneselaw/2011_Gillard%20Govt%20Trade%20Policy%20Statement.pdf).

23. Por ejemplo, Italia denunció el Tratado de la Carta de la Energía el 31 de diciembre de 2014, siendo esta denuncia efectiva desde el 1 de enero de 2016.

24. Son los casos de las denuncias de Bolivia, efectiva desde el 3 de noviembre de 2007, Ecuador, efectiva desde el 7 de enero de 2010, y Venezuela, efectiva desde el 25 de julio de 2012.

25. En cuanto a la competencia de la UE en materia inversiones extranjeras directas antes de la entrada en vigor del tratado de Lisboa, *vid.* KARL, J., «The Competence for Foreign Direct Investment. New Powers for the European Union?», *The Journal of World Investment and Trade*, 5(3), 2004, pp. 413-448; SHAN, W., y S. ZHANG, «The

disponían de una competencia compartida sobre el capítulo de capitales y pagos regulado entre los arts. 56 y 60 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) –hoy arts. 63 y ss. TFUE– que, como regla general, también incluía la prohibición de las restricciones a los movimientos de capitales y pagos entre Estados miembros y terceros países<sup>26</sup>. Por su parte, sobre la base de la PCC, la CE venía ejerciendo, en su dimensión externa, una competencia exclusiva en materia de comercio de servicios y, por tanto, también sobre la tercera modalidad de servicios del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS)<sup>27</sup>.

9. No obstante, si hay algún aspecto que caracteriza la época pre-Lisboa es la ausencia de debate y de indicios de conflictividad entre el derecho de la Unión y los APPRI de los Estados miembros. La UE reconocía con naturalidad la competencia exclusiva de los Estados miembros para celebrar APPRIs con terceros Estados. La compatibilidad entre los dos marcos normativos encontró un claro apoyo en los acuerdos de asociación concluidos por la CE con terceros Estados y organizaciones internacionales, donde se animaba a la celebración de los APPRIs como forma de contribuir a la creación de un clima favorable para los flujos de inversión privada entre la CE y la otra parte en el acuerdo<sup>28</sup>. Esta aparente ausencia de roces

Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy», *European Journal of International Law*, vol. 21, núm. 4, 2011, pp. 1050-1057; TEYNER, E., «L'applicabilité des traités bilatéraux sur les investissements entre États membres de l'Union européenne», *Gazette du Palais*, núm. 89, 2008.

26. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Thomson Reuters, España, 2010, pp. 381-384.
27. La tercera modalidad de prestación de servicios del GATS se refiere a aquella que se realiza mediante de la implantación del prestador del servicio en el Estado donde se va a prestar el servicio. La no inclusión de la materia de las inversiones extranjeras en la PCC se deduce claramente del Dictamen 1/94 del Tribunal de Justicia de 15 de noviembre de 1994, EU:C:1994:384. Vid. BURGSTALLER, M., «The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States», en *International Investment Law and EU Law*, (Eds. M. BUNGENBERG *et al.*), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, p. 58. KARL, J., «The Competence for Foreign...», *loc. cit.*, pp. 414-415.
28. Por ejemplo, art. 54 del Acuerdo Euromediterráneo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Argelina Democrática y Popular, por otra, DO L 265 de 10 de octubre de 2005: «la implantación de un marco jurídico que favorezca la inversión, en su caso, mediante la celebración entre Argelia y los Estados miembros de acuerdos de protección de la inversión (...)». Art. 46 del Acuerdo Euromediterráneo de Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República Árabe de Egipto, por otra, DO L 304 de 30 de septiembre de 2004. Art. 47.1.e) del Acuerdo Euromediterráneo de Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y la República Libanesa, DO L 143 de 30 de mayo de 2006. Art. 15 del Acuerdo de Asociación económica, concertación política y cooperación firmado con los Estados Unidos Mexicanos, DO L 276 de 28 de octubre de 2000. Art. 12 del Acuerdo Marco Interregional concluido entre la Comunidad Europea y



entre el derecho comunitario y los APPRI de los Estados miembros podría explicarse por el siguiente hecho: las normas comunitarias se centraban en la regulación de aspectos relativos a la libre circulación y admisión de las inversiones, mientras que los APPRI que seguían el modelo europeo se ocupaban de regular la protección de las inversiones en la fase post-establecimiento. Esta explicación, sin embargo, puede pecar de no ser del todo exacta, ya que la delimitación de los contornos de los ámbitos que regulaban uno y otro cuerpo normativo resulta más compleja y, por tanto, precisa de un trazo más fino<sup>29</sup>.

10. Tuvo que ser el TJUE quien viniera a señalar que tal ausencia de roces entre los APPRI y el derecho comunitario era más una ilusión que una certeza<sup>30</sup>. Así, en el marco de tres procedimientos por incumplimiento iniciados por la Comisión contra Austria<sup>31</sup>, Suecia<sup>32</sup> y Finlandia<sup>33</sup>, respectivamente, el TJUE concluyó que los APPRI celebrados por estos con anterioridad a su acceso a la UE y que incorporaban una disposición dirigida a garantizar la libre transferencia de las rentas derivadas de la inversión, sin prever ningún mecanismo que permitiera asegurar el cumplimiento inmediato de las medidas restrictivas y de salvaguardia que el Consejo de la UE pudiera adoptar sobre la base de los arts. 57.2, 59 y 60.1 TCE<sup>34</sup> respecto a los movimientos de capitales y pagos cubiertos por esos APPRI, eran incompatibles con el derecho de la Unión. Ello, de conformidad con el art.

---

Mercosur, DO L 069 de 19 de marzo de 1996. Art. 31 del Acuerdo de diálogo político y cooperación celebrado entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, por otra, DO L 111/6 de 15 de abril de 2014.

29. En este sentido, la interesante opinión de Díez-Hochleitner, J., «El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados miembros de la Unión Europea», *Revista española de derecho europeo*, enero-marzo 2010, p. 27. Asimismo, Eilmansberger, T., «Bilateral Investment Treaties and EU Law», *Common Market Law Review*, núm. 46, 2009, p. 391.
30. El riesgo de incompatibilidad entre los APPRI extra-UE y el Derecho de la Unión también fue reconocido, en alguna manera, por la Comisión y los países del este de Europa (por aquel entonces candidatos para el acceso a la Unión Europea) en el *Understanding Concerning Certain U.S. Bilateral Investment Treaties*, de 2003, firmado con los Estados Unidos de América. Disponible en <http://www.state.gov/s/1/2003/44366.htm>. Se trata de un acuerdo de carácter político que refleja las intenciones de las Partes y que, por tanto, no resulta vinculante bajo el derecho internacional (Concluding Provisions, n.º 1).
31. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2009, Comisión/Austria, asunto C-205/06, EU:C:2009:118.
32. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2009, Comisión/Suecia, asunto C-249/06, EU:C:2009:119.
33. Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 2009, Comisión/Finlandia, asunto C-118/07, EU:C:2009:715.
34. Hoy arts. 64.2 y 3, 66 y 215.1 TFUE

307.2 TCE, obligaba a los Estados miembros a recurrir a todos los medios apropiados para eliminar dichas incompatibilidades.

### III. PRIMEROS DESARROLLOS DE LA POLÍTICA DE INVERSIONES EXTRANJERAS DE LA UNIÓN EUROPEA

#### 1. LA NUEVA POLÍTICA DE INVERSIONES DE LA UNIÓN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE LISBOA: ALCANCE Y OBJETIVOS

11. La incapacidad de acordar una regulación de las inversiones internacionales desde una perspectiva universal como la que ofrece la Organización Mundial del Comercio (OMC)<sup>35</sup>, hace que hoy las negociaciones en esta materia se estén desarrollando en el plano bilateral o regional. En un contexto de mayor protagonismo de las economías emergentes<sup>36</sup> y de parálisis de la OMC<sup>37</sup>, los EE. UU. de América, con el cambio de siglo, iniciaron una renovada política comercial y de inversiones dirigida a celebrar tratados de libre comercio con socios estratégicos, que

35. En la Declaración ministerial de Singapur, adoptada el 13 de diciembre de 1996, se decidió crear un grupo de trabajo encargado de examinar la relación entre comercio e inversiones. Luego, en la Declaración ministerial de Doha de 2001, se programó la celebración de negociaciones en la materia de inversiones transfronterizas, sobre la base de un acuerdo que debía alcanzarse en la Conferencia Ministerial de la OMC prevista para Cancún en 2003. No obstante, la falta de dicho consenso condujo a que la Decisión de 1 de agosto de 2004 eliminara el tema de las inversiones transfronterizas del programa de Doha. Vid. IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I. *El arbitraje...*, *op. cit.*, pp. 110-118.

36. En la actualidad, el escenario donde se negocian y acuerdan las normas comerciales y de inversión se caracteriza por la relevancia del papel que juegan los países emergentes como origen y destino de las operaciones de inversión internacionales. Vid. UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York and Geneva, 2014*, p. 5, en [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf), donde se señala: «A new investment landscape, where developing countries account for more than half of global foreign direct investment (FDI) inflows and almost one third of global FDI outflows, is beginning to alter the context and background against which IIAs are being negotiated». La Comisión, en su Comunicación «Hacia una política global europea en materia de inversión internacional», de 7 de julio de 2010, COM(2010)343 final, p. 4, ha reconocido que «las economías de mercado emergentes están siendo cada vez más activas en su papel de inversoras y receptoras de inversiones» y que esta tendencia se ha hecho más visible durante la última crisis económica mundial, «en el transcurso del cual las inversiones desde y hacia las economías emergentes han aumentado o caído con menor intensidad que los flujos entre países industrializados».

37. GRILLER, S., OBWEXER, W. y VRANES, E., «Mega-Regional Trade Agreements», en *Mega-regional trade agreements: CETA, TTIP, and TISA, new orientations for EU external economic relations* (S. GRILLER, W. OBWEXER y E. VRANES eds.), OUP Oxford, 2017, pp. 36-16.

en muchos casos incluían capítulos sobre inversión, con el fin de reforzar todavía más su posición en la economía mundial y actuar como vanguardia en el diseño de los nuevos estándares comerciales y de inversión que deberían regir las relaciones en esta economía globalizada durante las próximas décadas<sup>38</sup>. En lo que respecta, concretamente, al régimen de las inversiones extranjeras impulsado por los EE. UU. de América, en 2004 este publicó un nuevo modelo de APPRI (BIT), que posteriormente ha sido actualizado en 2012, abriendo una nueva época con contenidos mucho más desarrollados y precisos, y referencias, entre otros, a aspectos como el medioambiental o las normas laborales, sobre los que antes guardaba silencio.

12. La UE, en su condición de mayor exportador e importador mundial de bienes y servicios considerados en su conjunto, así como de mayor inversor extranjero directo y destino más importante de inversión extranjera directa del mundo, pasa a reclamar un papel protagonista en el mencionado contexto. Según la Comisión, la UE «no puede permitirse quedar relegada en la competición mundial por atraer e impulsar las inversiones desde y hacia todas las partes del mundo»<sup>39</sup>. A tal fin, el establecimiento de un marco regulador atractivo para los inversores privados, que aporte seguridad jurídica, puede constituir un elemento valioso. Sin embargo, ello no resultaba posible sin una habilitación fuerte, como la que ofrece hoy, tras el Tratado de Lisboa, la PCC<sup>40</sup>.

La Comisión considera que la política europea en el ámbito de las inversiones extranjeras debe estar dirigida a mejorar la competitividad de las empresas europeas; para ello, a su modo de ver, las inversiones

38. Son resultado de esta iniciativa, entre otros, los tratados de libre comercio celebrados con Singapur, Chile, Australia, Marruecos, CAFTA-DR, Bahrén, Omán, Perú, Colombia, Panamá y Corea.

39. Comunicación «Hacia una política global europea en materia de inversión internacional», de 7 de julio de 2010, COM(2010)343 final, p. 4. En cuanto a la tendencia de los flujos de inversión en la Unión Europea durante la crisis de los últimos años, la Comisión, en su Comunicación «Un Plan de Inversiones para Europa», COM(2014) 903 final, p. 2, ha destacado que «(a) raíz de la crisis económica y financiera, el nivel de inversión en la UE ha disminuido significativamente, desde su nivel máximo en 2007, en torno a un 15%».

40. Vid. HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., «El alcance la competencia exterior europea en materia de inversiones», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 52, 2015, pp. 883-889. En este mismo sentido, el TJUE ha señalado que, tras el tratado de Lisboa, la PCC de la UE ha experimentado una «evolución significativa del Derecho primario». En este mismo sentido, la sentencia del TJUE de 18 de julio de 2013, *Daiichi Sankyo*, asunto C-414/11, ECLI:EU:C:2013:520, apdo. 48, se refiere a una «significativa evolución del Derecho primario», en comparación a la situación pre-Lisboa.

extranjeras necesitan contextos estables, sanos y predecibles<sup>41</sup>. Para el logro de este objetivo, la UE tiene en marcha una agenda negociadora intensa en el ámbito de las inversiones extranjeras<sup>42</sup>. Dada la interdependencia y complementariedad entre comercio e inversión<sup>43</sup>, siguiendo el modelo de los tratados de libre comercio de los EE. UU. de América, muchas de las negociaciones de la UE en curso abarcan cuestiones relacionadas con el comercio y las inversiones, alejándose del patrón de los APPRI centrado exclusivamente en la protección de las inversiones. Efectivamente, los Tratados de Libre Comercio e Inversión (TLCI) de «nueva generación», como el CETA, el Tratado de Libre Comercio (TLC) con Singapur o el acordado con Vietnam<sup>44</sup>, incorporan, junto a las disposiciones clásicas relativas a los derechos de aduana y a los obstáculos no arancelarios que afectan al comercio de mercancías y de servicios, «disposiciones en diversas materias vinculadas al comercio, como la protección de la propiedad intelectual e industrial, las inversiones, la contratación pública, la competencia y el desarrollo sostenible»<sup>45</sup>. Sin embargo, la agenda europea también prevé acuerdos exclusivamente dedicados a la inversión extranjera, como el que se pretende celebrar con China<sup>46</sup>.

De los textos de estos nuevos tratados que se están negociando se desprende que la UE, en materia de inversiones, está siguiendo la estela abierta por los EE. UU. de América (pre-Donald Trump), con regulaciones más detalladas y la inclusión de nuevas disposiciones, entre las que destacan los compromisos en la fase de admisión de las inversiones extranjeras, aspecto que los APPRI europeos tradicionalmente excluían.

41. Comunicación de la Comisión «Hacia una política global europea en materia de inversión internacional», de 7 de julio de 2010, COM(2010)343 final.
42. Sobre el estado de las negociaciones, a marzo de 2018, de Tratados en materia de comercio e inversiones consultar [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc\\_118238.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf).
43. Así lo reconoce la Comisión en la Comunicación «Hacia una política global europea en materia de inversión internacional», de 7 de julio de 2010, COM(2010)343 final.
44. SEGURA SERRANO, A., «El Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y Canadá (CETA): Una evaluación de la política comercial de la UE», *REEI*, vol. 30, 2015, disponible en <http://www.reei.org>.
45. Parlamento Europeo, *apud* dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376, apdo. 17.
46. El Consejo autorizó a la Comisión el inicio de las negociaciones con China el 18 de octubre de 2013, y estas se iniciaron formalmente en la cumbre celebrada el 21 de noviembre de 2013 en Beijing. La información relativa al estado actual de las negociaciones se encuentra disponible en [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc\\_118238.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf). SHAN, W., y S. ZHANG, «The Potential EU-China BIT: Issues and Implications», en *EU and Investment Agreements. Open Questions and Remaining Challenges* (Eds. M. BURGEMBERG, A. REINISCH y C. C. TIETJE), Nomos, Alemania, 2013, pp. 87-119.

13. No obstante, el desarrollo de esta política común de inversiones y, por tanto, el ejercicio del liderazgo que la UE reclama para sí misma no está siendo fácil. En primer lugar, las instituciones de la Unión están teniendo que lidiar con una fuerte y muy activa oposición social, centrada especialmente en el rechazo de los acuerdos con Canadá (CETA) y los EE. UU. de América (TTIP), lo que ha exigido a los representantes de la Unión un gran esfuerzo en la dimensión política del debate. En segundo lugar, la UE está siendo incapaz de hablar con una única voz con sus socios negociadores; no está siendo fácil alcanzar el equilibrio interno entre las opiniones de la Comisión, el Consejo, el Parlamento Europeo y la de cada uno de los Estados miembros, lo que a la postre afecta negativamente a la credibilidad y solidez de la propuesta europea. En tercer y último lugar, a todos estos problemas de carácter político e ideológico se han de sumar los no menos importantes, de naturaleza técnica, propios de la indefinición de los márgenes de la nueva competencia y de la compatibilidad de los contenidos de estos acuerdos con el acervo de la Unión.

A pesar de las mencionadas dificultades, la UE está mostrando voluntad, al menos aparente, para liderar un cambio de paradigma a escala global. La Unión parece haber apostado decididamente por la transformación profunda de las normas internacionales que regulan el ámbito de las inversiones extranjeras y haber hecho suyo el empeño de abanderarlo.

## 2. UNA HERENCIA DIFÍCIL DE GESTIONAR: LOS 1400 APPRI DE LOS ESTADOS MIEMBROS

14. La nueva política de la UE en materia de inversiones extranjeras directas debe desarrollarse en un espacio poblado por una red de 1400 APPRIs celebrados por los Estados miembros, tanto con terceros Estados (APPRIs extra-UE) como con otros Estados miembros de la UE (APPRIs intra-UE).

En lo que respecta a los APPRI extra-UE, la Comisión ha destacado la importancia del papel que han desempeñado estos en la política de inversión de los Estados miembros, al considerarlos elementos cruciales para la seguridad jurídica y una forma eficaz para promover y atraer inversiones extranjeras<sup>47</sup>. A pesar de que con el tratado de Lisboa la competencia en

47. Así, la Comisión ha señalado que «los acuerdos de protección de las inversiones se consideran un método eficaz para promover y atraer las inversiones, en particular en países en los que las instituciones y las políticas económicas nacionales no se consideran por sí mismas suficientes para ofrecer tales garantías» [Comunicación de la

materia de inversiones extranjeras directas en su dimensión *ad extra* pasa a ser exclusiva de la Unión, el interés por preservar la seguridad jurídica aconseja mantener en vigor este entramado de APPRI hasta que, a medio-largo plazo, sea sustituido por tratados internacionales celebrados por la propia UE con terceros Estados y organizaciones internacionales<sup>48</sup>. No obstante, el mantenimiento de esta extensa red de tratados, en ocasiones, podría resultar problemático, en la medida en que el cumplimiento de los compromisos adoptados en los mismos puede no ser compatible con el derecho de la UE y, de forma particular, con sus tratados constitutivos. No se trata de un problema hipotético o de laboratorio, tal y como pusieron de manifiesto las sentencias del TJUE en los asuntos Comisión/Austria, Comisión/Suecia y Comisión/Finlandia<sup>49</sup>.

La existencia de cerca de 1200 APPRI extra-UE constituye una realidad demasiado voluminosa y relevante como para dejar que cada uno de los 28 Estados miembros lo resuelvan por su cuenta, aplicando las reglas generales del derecho de los tratados y lo dispuesto en los tratados constitutivos de la UE –señaladamente, el art. 30.4.b) Convenio de Viena de 1969<sup>50</sup>, art. 351 TFUE y art. 4.3 TUE<sup>51</sup>, en virtud de las cuales los Estados miembros deberían

---

Comisión «Hacia una política global europea en materia de inversión internacional», de 7 de julio de 2010, COM(2010)343 final, p. 5].

48. *Vid.* considerando 5.º del Reglamento (UE) N.º 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países (DO L 351, de 20 de diciembre de 2012, p. 40).
49. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2009, Comisión/Austria, asunto C-205/06, EU:C:2009:118. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2009, Comisión/Suecia, asunto C-249/06, EU:C:2009:119. Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 2009, Comisión/Finlandia, asunto C-118/07, EU:C:2009:715. Sobre estas sentencias *vid.* LAVRANOS, N., «European Court of Justice –infringement of Article 307– failure of member states to adopt appropriate measures to eliminate incompatibilities between the Treaty Establishing the European Community and bilateral investment treaties entered into with third countries prior to accession to the European Union», *American Journal of International Law*, vol. 103, 2009, pp. 716-722; DÍEZ-HOCHLEITNER, J., «El incierto futuro de los acuerdos bilaterales...», *loc. cit.*, pp. 10-22; EILMANSBERGER, T., «Bilateral Investment Treaties...», *loc. cit.*, pp. 408 y ss.; BURGSTALLER, M., «The Future of Bilateral...», *loc. cit.*, pp. 58-61; GHOURI, A.A., «Resolving Incompatibilities of Bilateral Investment Treaties of the EU Member States with the EC Treaty: Individual and Collective Options», *European Law Journal*, vol. 16, núm. 6, 2010, pp. 809-811.
50. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969, UNTS, vol. 1155, p. 331.
51. La vigencia del APPRI extra-UE no queda afectada porque uno de los Estados parte posteriormente haya adquirido la condición de Estado miembro de la UE. *Vid.* MANZINI, P., «The priority of Pre-Existing Treaties of EC Member States within the Framework of International Law», *European Journal of International Law*, vol. 12, 2001,



recurrir a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que pudieran observarse entre los APPRI y los tratados de la UE<sup>52</sup>.

Dada la importancia de acometer de forma ordenada y global la transición de los APPRI extra-UE hacia los futuros tratados de inversión de la Unión –sobre todo, teniendo en cuenta que los APPRI suelen incorporar una *sunset clause* que prevé una ultra actividad de diez o quince años una vez terminan– se ha optado por una solución *ad hoc*, mediante la adopción del Reglamento núm. 1219/2012 del Parlamento Europeo y de Consejo, de 12 de diciembre de 2012, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países<sup>53</sup>. El Reglamento asume que el interés de los inversores europeos y de los Estados miembros pasa por mantener en vigor los APPRI extra-UE hasta que sean progresivamente sustituidos por acuerdos de inversión de la Unión (*grandfathering regulation*)<sup>54</sup>. Junto a la posibilidad de mantenerlos en vigor<sup>55</sup>, el Reglamento, asimismo, regula en qué términos y condiciones, y según qué procedimientos los Estados miembros están autorizados a modificar o celebrar acuerdos bilaterales de inversión (art. 1). Los Estados miembros deberán notificar por escrito a la Comisión su intención de entablar negociaciones a tales efectos (art. 8), y será la Comisión quien autorice la apertura de las negociaciones formales (art. 9). La Comisión denegará la autorización cuando aprecie que la apertura de esas negociaciones no sería conforme con el derecho de la UE, cuando esta sea superflua<sup>56</sup>, cuando sea incongruente con los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión o, por último, cuando sea un serio obstáculo para la negociación o celebración de acuerdos de inversión de la UE con terceros países. De este modo, la Comisión adopta un papel protagonista, ya que es

n.º 4, pp. 785-786, señala que el mismo TJUE ha reconocido que el art. 351.1 debe entenderse de conformidad con el art. 30 del Convenio de Viena.

52. POTESTÀ, M., «Il caso Eastern Sugar: accordi bilaterali sugli investimenti, Unione europea e diritto comunitario», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 44, núm. 4, 2008, pp. 1065-1066. *Vid.* para un análisis en más profundidad, IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, I., «Los APPRI en la Unión Europea Post-Lisboa», *Anuario español de derecho internacional privado*, vol. 10, 2010, pp. 759-791.
53. DO L 351, de 20 de diciembre de 2012, p. 40.
54. Considerando núm. 6 del Reglamento 1219/2012.
55. La lista de los acuerdos bilaterales de inversión contemplados en el artículo 4, apdo. 1, del Reglamento (UE) no 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países, se publicó en el DO C 131 del 8 de mayo de 2013, p. 2.
56. Es decir, «por cuanto la Comisión hubiera presentado o decidido presentar una recomendación de apertura de negociaciones con el tercer país de que se trate, con arreglo al artículo 218, apartado 3, del TFUE» [art. 9.1.b) del Reglamento 1219/2012].

a ella a quien le corresponderá autorizar la apertura de las negociaciones, la firma y la celebración de los APPRI extra-UE de los Estados miembros. La autorización para entablar negociaciones puede comprender la petición al Estado miembro de incluir cualquier cláusula cuando ello sea necesario para preservar la coherencia de la política de inversiones de la Unión o la compatibilidad con el derecho de la Unión (art. 9.2). Asimismo, en el transcurso de las negociaciones, la Comisión deberá estar informada del avance y de los resultados de sus diferentes fases y podrá solicitar su participación en las mismas (art. 10). De todo lo dicho, se desprende que, a corto y medio plazo, los APPRI extra-UE seguirán cumpliendo un papel fundamental en la protección de las inversiones extranjeras en el marco de la UE y que, pese a la actual competencia exclusiva de la UE en este ámbito, no se vaticina su pronta desaparición del panorama regional europeo.

15. Por su parte, no es una problemática menor la que plantean los APPRI intra-UE. Ni la competencia exclusiva de la PCC de la UE, ni el Reglamento 1219/2012 alcanzan y afectan a estos APPRI que vinculan a dos Estados miembros. Estos tratados se celebraron en un momento en el que al menos uno de los dos Estados no era aún miembro de la Unión, manteniéndose en vigor una vez estos alcanzaron tal condición<sup>57</sup>. Han sido cerca de 200 los APPRI de este tipo, y vienen planteando aspectos complejos e interesantes para el análisis jurídico. Sin ánimo de exhaustividad, merece la pena simplemente apuntar algunos de estos problemas<sup>58</sup>: En primer lugar, a los APPRI intra-UE no cabe aplicarles el art. 351 TFUE, según el cual los derechos y obligaciones

57. Los APPRI intra-EU son una consecuencia directa del proceso de ampliación de la UE y, de forma particular, de la adhesión de los países del este de Europa. Solo dos de los cerca de 200 APPRI intra-UE están celebrados entre «viejos» Estados miembros (los concluidos por Alemania con Grecia y Portugal), y en este caso también antes de la adhesión de uno de ellos a la Unión Europea. Vid. SÖDERLUND, C., «Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty», *Journal of International Arbitration*, vol. 24, 2007, pp. 455-456; BUNGENBERG, M., «Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon», *European Yearbook of International Economic Law*, 2010, pp. 137-138; WEHLAND, H., «Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle», *International Comparative Law Quarterly*, vol. 58, 2009, p. 298.

58. Para un análisis más detenido, vid. YOTOVA, R., «The new EU competence in foreign direct investment and intra-EU investment treaties: does the emperor have new clothes?», en *Investment Law within International Law. Integrationist Perspectives* (Ed. F. Baetens), Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 387-414. WEHLAND, H., «Intra-EU Investment Agreements...», *loc. cit.*, pp. 297-320; DÍEZ-HOCHLEITNER, J., «El incierto futuro de los acuerdos bilaterales...», *loc. cit.*, pp. 35-43; POTESTÀ, M., «Bilateral Investment Treaties and the European Unión. Recent Developments in Arbitration and Before the ECJ», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8, núm. 2, 2009, pp. 225-245; BURGSTALLER, M., «The Future of Bilateral...», *loc. cit.*, pp. 71-77.

derivados de tratados internacionales no se verán afectados por la adhesión posterior de uno de los Estados parte a la UE<sup>59</sup>. En segundo lugar, la relación entre estos APPRI y los tratados de la Unión ¿puede afrontarse, conforme al derecho de los tratados, como una cuestión de tratados sucesivos sobre la misma materia? Finalmente, en los arbitrajes de inversión que puedan iniciarse sobre la base de estos tratados intra-UE, la aplicación del derecho de la Unión por los árbitros, como parte del derecho aplicable, puede plantear serios problemas, tal y como ha sido confirmado en la sentencia del TJUE, el 6 de marzo de 2018, en el asunto *Achmea*<sup>60</sup>. Así, en respuesta a una petición de decisión prejudicial dirigida por el Bundesgerichtshof (Alemania)<sup>61</sup>, TJUE ha declarado, en contra de la posición defendida por el abogado general<sup>62</sup>, la incompatibilidad del arbitraje previsto en un APPRI intra-UE con los arts. 267 y 344 del TFUE, lo que sitúa el futuro de los APPRI intra-UE en una tesitura extremadamente comprometida.

Esta rica problemática relacionada con los APPRI intra-UE, y que también se plantea en los litigios intra-UE fundamentados en el Tratado sobre la Carta de la Energía, ha sido repetidamente, y de forma bastante similar, tratada por distintos tribunales arbitrales de inversión. No obstante, en contra de lo que posteriormente ha venido a señalar el TJUE en el asunto *Achmea*, las decisiones arbitrales no han observado la existencia de objeciones que les impidieran entrar a resolver las diferencias sometidas a su juicio<sup>63</sup>.

59. En cualquier caso, según el TJUE, la relación entre el derecho de la UE y los APPRI se solventaría primando la aplicación del primero frente al segundo. Así, la aplicación del principio de primacía respecto a los tratados celebrados entre dos Estados miembros ha sido defendida por la jurisprudencia del TJUE en su Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1988, *Matteucci/Communauté française de Belgique*, asunto C-235/87, EU:C:1988:460, **apdo. 22**, donde se sostuvo que, «según una reiterada jurisprudencia (...) el Tratado CEE, tiene preeminencia, en las materias que regula, sobre los convenios celebrados antes de su entrada en vigor entre los Estados miembros». En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de noviembre de 1992, *Exportur/LOR y Confiserie du Tech*, asunto C-3/91, EU:C:1992:420, apdo. 8, donde el TJUE consideró que las disposiciones de un tratado «celebrado después del 1 de enero de 1958 por un Estado miembro con otro Estado, no podían, a partir de la adhesión de ese segundo Estado a la Comunidad, aplicarse en las relaciones entre esos Estados si dichas disposiciones resultan ser contrarias a las normas del Tratado».
60. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, asunto C-284/16, EU:C:2018:158.
61. Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 23 de mayo de 2016, República de Eslovaquia/*Achmea*, asunto C-284/16 (DO 2016/C 296/25, de 16 de agosto de 2016).
62. Conclusiones del abogado general M. Wathelet, de 19 de septiembre de 2017, en *Achmea*, asunto C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699.
63. Entre estas decisiones pueden destacarse las de los asuntos: *Eastern Sugar c. República Checa*, SCC núm. 088/2004, laudo parcial, de 27 de marzo de 2007; *Eureka B.V. c.*

Una de las expresiones más traumáticas de esta difícil y compleja relación entre el derecho de la UE y los APPRI intra-UE la encontramos en el asunto *Micula*, donde la Comisión Europea ha llegado a considerar el pago de la indemnización ordenado por un tribunal arbitral creado conforme al APPRI concluido entre Rumanía y Suecia como una ayuda de Estado<sup>64</sup>. Esta misma circunstancia puede ser clave, también, en relación con las disputas de inversión activadas contra España en el marco de las modificaciones legislativas introducidas en el ámbito de la producción eléctrica a través del empleo de energías renovables, tal y como se desprende de la comunicación de la Comisión publicada en el contexto de la condena a España en el asunto *Eiser c. España*<sup>65</sup>.

En palabras de la Comisión, los APPRI intra-UE constituyen una «anomalía» en el contexto del derecho de la Unión<sup>66</sup>. Tal y como reflejan los sucesivos informes anuales del Comité Económico y Financiero (CEF)<sup>67</sup>, la Comisión viene defendiendo desde hace tiempo la necesidad de dar término a los APPRI intra-UE, por entender que no son compatibles con el ordenamiento jurídico de la UE<sup>68</sup>. Los Estados miembros, sin embargo, no

---

*República de Eslovaquia*, CPA Caso núm. 2008-13, de 26 de octubre de 2010 (luego, *Achmea*); *AES Summit Generation Limited c. Hungría*, Caso CIADI núm. ARB/07/22, laudo, 10 de septiembre de 2010; *Electrabel S.A. c. Hungría*, Caso CIADI núm. ARB/07/19, decisión sobre jurisdicción, de 30 de noviembre de 2012; *European American Investment Bank AG (EURAM) c. República de Eslovaquia*, Corte Permanente de Arbitraje, Caso N.º 2010-17; *Charanne c. España*, SCC núm. 062/2012, laudo final, de 21 de enero de 2016; *Eiser c. España*, Caso CIADI No. ARB/13/36, laudo de 4 de mayo 2017; *Isolux c. España*, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, caso núm. V2013/153; *Novenergia II c. España*, SCC núm. 2015/063, laudo de 15 de febrero de 2018.

64. *Micula c. Rumania*, Caso CIADI núm. ARB/05/20. Vid. la Decisión (UE) 2015/1470 de la Comisión, de 30 de marzo de 2015, relativa a la ayuda estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ejecutada por Rumanía Laudo arbitral *Micula/Rumanía* de 11 de diciembre de 2013, DOUE L 232/43 (4.9.2015), así como el procedimiento en curso ante el TJUE (Tribunal General) *Micula y otros c. Comisión* (T-704/15).
65. Comunicación de la Comisión Europea, C(2017) 7384 final, de 10 de noviembre de 2017, Ayuda de Estado SA.40348 (2015/NN).
66. *Apud. Eureko B.V. c. República de Eslovaquia*, Corte Permanente de Arbitraje, Caso N.º 2008-13, decisión sobre jurisdicción de 26 de octubre de 2010, párr. 177. Vid. POULAIN, B. y M. RAUX, «Actualité du droit européen des investissements internationaux», *Revue générale de Droit International Public*, núm. 1, 2011, pp. 127 y ss.
67. Informe anual del CEF, 2006, doc. ST 5044 2007 INIT., párr. 16, Informe anual del CEF, 2009, doc. ST 17446 2009 INIT, párr. 16, Informe anual del CEF, 2010, doc. ST 17870 2010 INIT, párr. 22, Informe anual del CEF, 2011, doc. ST 18451 2011 INIT, párr. 22, Informe anual del CEF, 2012, doc. ST 5297 2013 INIT, párr. 16 e Informe anual del CEF, 2014, doc. ST 6935 2015 INIT, párr. 22.
68. *Apud. Eureko B.V. c. República de Eslovaquia*, CPA Caso N.º 2008-13, párrs. 187 y 182. En el párr. 82 el tribunal arbitral reproduce un extracto de las observaciones realizadas por la Comisión: «Eventually, all intra-EU BITs will have to be terminated. Comisión services intend to contact all Member States again, urging them to take concrete

se han mostrado muy receptivos a las invitaciones y recomendaciones de la Comisión<sup>69</sup>. No han compartido la preocupación de esta sobre los riesgos del arbitraje y el trato discriminatorio hacia los inversores; al contrario, la mayoría de los Estados miembros han optado por mantener en vigor los acuerdos existentes<sup>70</sup>. Realmente, han sido unos pocos los Estados miembros los que, siguiendo el consejo de la Comisión, han iniciado el proceso de terminación de los APPRI. Así, por ejemplo, Irlanda, Italia, República Checa y Rumanía han dado término, unilateralmente, a todos sus APPRI intra-UE, al tiempo que Polonia y Dinamarca han expresado su intención de seguir ese mismo camino<sup>71</sup>. Ante la preocupación que provocan en la Comisión los acuerdos todavía en vigor y la pasividad de muchos de los Estados miembros ante los requerimientos de dar término a los mismo, la Comisión ha decidido iniciar procedimientos por incumplimiento contra Austria, los Países Bajos, Rumanía, Eslovaquia y Suecia, solicitándoles que pongan fin a sus APPRI intra-UE, al tiempo que ha iniciado un diálogo con el resto de los Estados miembros que cuentan con este tipo de acuerdos<sup>72</sup>. No obstante, como contrapunto a los últimos movimientos de la Comisión, que parecen anunciar en las relaciones intraeuropeas un futuro libre de tratados de promoción y protección de inversiones<sup>73</sup>, se ha filtrado un documento

*steps soon. Furthermore, while the Commission is in favour of consensual solutions with EU Member States, as guardian of the EU treaties it cannot exclude eventually having to resort to infringement proceedings against certain Member States». Vid. también YOTOVA, R., «The new EU...», loc. cit., pp. 392 y ss.*

69. Vid. VIS-DUNBAR, D., «EU Member States reject the call to terminate intra-EU bilateral investment treaties», *Investment Treaty News*, IISD, 10 de febrero de 2009, disponible en <https://www.iisd.org/itn/2009/02/10/eu-member-states-reject-the-call-to-terminate-intra-eu-bilateral-investment-treaties/>. POULAIN, B., y M. RAUX, «Actualité du droit européen...», loc. cit., pp. 132-133; POTESTÀ, M., «Il caso Eastern Sugar...», loc. cit., pp. 1061-1062.
70. Informe anual del CEF, 2007, doc. ST 5123 2008 INIT, párr. 15. En la misma línea, el informe anual del CEF, 2008, doc. ST 17363 2008 INIT, párr. 17.
71. Informe anual del CEF, 2014, doc. ST 6935 2015 INIT, párr. 22. ILIE L., «What is the Future of Intra-EU BITs?», *Kluwer Arbitration Blog*, enero 2018, disponible en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/01/21/future-intra-eu-bits/>.
72. Vid. Comunicado de Prensa de la Comisión, de 18 de junio de 2015, disponible en [europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5198\\_es.pdf](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_es.pdf). Informe anual del CEF, 2015, doc. ST 8387 2016 INIT, p. 5. Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «La confusa actuación de la Comisión Europea en el cambio del arquetipo regulador de la protección de inversiones transnacionales», *La Ley Unión Europea*, núm. 28, 2015, disponible en la web [laleydigital360](http://www.laleydigital360.com), pp. 9-10; DÄHLQUIST, J., H. LENK y L. RÖNNÉILD, «The infringement proceedings over intra-EU investment treaties – an analysis of the case against Sweden», *European Policy Analysis*, 2016, disponible en <http://www.sieps.se/en/publications/european-policy-analysis/the-infringement-proceedings-over-intra-eu-investment-treaties>.
73. Comunicado de Prensa de la Comisión, de 18 de junio de 2015, disponible en [europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5198\\_es.pdf](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_es.pdf); la Comisión entiende que en el espacio



patrocinado por Austria, Finlandia, Francia, Alemania y los Países Bajos, que ante esta nueva perspectiva abogan, como posible compromiso de solución, por la sustitución de la red de los APPRI intra-UE por un único acuerdo (también intra-UE) que dote a los inversores europeos que operan en el mercado interior de garantías apropiadas, tanto sustantivas como procedimentales (es decir, mecanismos ISDS)<sup>74</sup>.

Así las cosas, si bien es posible afirmar que los APPRI intra-UE, en la actualidad, constituyen una especie en peligro de extinción, más si cabe tras la sentencia del TJUE en el asunto *Achmea*, habrá que estar a lo que den de sí las negociaciones entre la Comisión y los Estados miembros para saber si finalmente el espacio intra-UE será capaz o no de prescindir de los estándares y mecanismos de protección habituales del derecho de las inversiones extranjeras, tal y como parece dictar o sugerir la lógica de la integración.

#### IV. A PROPÓSITO DE LOS FANTASMAS QUE HABITAN LA POLÍTICA DE INVERSIONES EXTRANJERAS DE LA UNIÓN EUROPEA

##### 1. UN DEBATE COMPETENCIAL COMPLEJO ALUMBRADO POR EL DICTAMEN 2/15 DEL TJUE

16. La inclusión mediante el tratado de Lisboa de las «inversiones extranjeras directas» en la PCC de la UE ha activado un intenso debate sobre el alcance de esta nueva competencia<sup>75</sup>. En la medida en que esta

---

intraeuropeo no son necesarias las garantías de los tratados de inversión: «Desde la ampliación, ya no se precisan tales garantías “extraordinarias”, puesto que todos los Estados miembros están sujetos a las mismas normas de la UE en el mercado único, incluidas las relativas a las inversiones transfronterizas (en particular, la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales). Todos los inversores de la UE también se benefician de la misma protección gracias a la normativa de la UE (por ejemplo, no discriminación por razón de la nacionalidad)».

74. Documento presentado en el Comité de Política Comercial (Servicios e Inversión), «Intra-EU investment treaties. Non-paper from Austria, Finland, France, Germany and the Netherlands». El documento ha sido filtrado por la red *Seattle to Brussels*, disponible en <http://www.s2bnetwork.org/intra-eu-bits-affgn-proposal/>.

75. En cuanto a la competencia de la UE en materia de inversiones extranjeras tras la entrada en vigor del tratado de Lisboa *vid.* DÍEZ-HOCHLEITNER, J., «El incierto futuro de los acuerdos bilaterales...», *loc. cit.*, pp. 5-43; HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., «El alcance la competencia...», *loc. cit.*, pp. 871-907; SHAN, W. y S. ZHANG, «The Treaty of Lisbon: Half...», *loc. cit.*, pp. 1049-1073; BUNGENBERG, M., «The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics», en *International Investment Law and EU Law*, (Eds. M. BUNGENBERG et al.), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 29-42; REINISCH, A., «The Division of Powers Between the EU and Its Member States “After Lisbon”», en *International*



nueva dimensión de la PCC pretende servir al objetivo de sustituir la amplia red de APPRI existentes entre los Estados miembros y terceros Estados por tratados de inversión celebrados por la propia UE, resulta crucial determinar si esta competencia es suficientemente amplia como para abarcar todos los contenidos que están habitualmente presentes en estos APPRI. Si se considerara que la competencia sobre las materias que conforman los capítulos de inversión que se están incluyendo en los TLCI de la UE corresponden, tal y como ha venido sosteniendo la Comisión, en exclusiva a la propia UE, resultaría más sencillo su proceso de negociación, adopción y entrada en vigor. Por el contrario, si se entendiese que algunas de estas materias corresponden a una competencia compartida entre la UE y los Estados miembros o son de la competencia exclusiva de estos últimos, la celebración de estos acuerdos, que necesariamente deberían ser tratados mixtos, podría resultar mucho más compleja, al exigir, junto al de las instituciones de la UE, el consentimiento de todos y cada uno de los Estados miembros. En este sentido, el accidentado proceso de negociación del CETA puede ser simplemente el preludio de una serie de procesos de negociación donde las circunstancias «nacionales» de los Estados miembros de diversa índole pueden jugar un papel determinante en las distintas fases de su desarrollo y, en definitiva, en el éxito o fracaso de estas iniciativas<sup>76</sup>.

Esta posición maximalista de la Comisión<sup>77</sup> ha servido para invocar el primero de los fantasmas que habitan los futuros acuerdos de inversión

*Investment Law and EU Law*, (Eds. M. BUNGENBERG et al.), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 43-54.

76. Así, es claro que el carácter mixto de un TLCI puede llegar a comprometer el éxito de la propia iniciativa, tal y como se hizo patente, por ejemplo, en el contexto de las negociaciones del CETA, cuando la negativa de la región belga de Valonia mantuvo en vilo la firma del acuerdo, o cuando el Tribunal Constitucional Federal de Alemania mantuvo el suspense hasta que, finalmente, el 16 de octubre de 2016, se pronunció sobre las solicitudes de varias medidas preliminares que pretendían que el representante alemán en el Consejo no aprobara la firma, la aplicación provisional y la celebración del CETA. *Vid.*, por una parte, la *Déclaration du Royaume de Belgique relative aux conditions de pleins pouvoirs par l'Etat fédéral et les Entités fédérées pour la signature du CETA*, (en [https://www.global2000.at/sites/global/files/Belgische\\_Einigung\\_zu\\_CETA.pdf](https://www.global2000.at/sites/global/files/Belgische_Einigung_zu_CETA.pdf)). Por otra parte, la decisión del Tribunal Constitucional Federal sobre los asuntos 2 BvR 1368/16, 2 BvR 1444/16, 2 BvR 1823/16, 2 BvR 1482/16, 2 BvE 3/16, disponible en [http://www.bverfg.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/10/rs20161013\\_2bvr136816.html](http://www.bverfg.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/10/rs20161013_2bvr136816.html). *Vid.* también el comunicado de prensa núm. 71/2016, de 13 de octubre de 2016, «Applications for a Preliminary Injunction in the "CETA" Proceedings Unsuccessful», disponible en <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-071.html>.
77. Sin embargo, es cierto que la Comisión ha demostrado cierta flexibilidad, por ejemplo, en el contexto del proceso de celebración del CETA, cuando, en contra de su posicionamiento inicial, ha aceptado tramitarlo como tratado mixto, aunque solo fuera con el objetivo de acelerar su aplicación provisional. Así, si bien es cierto

de la UE, ya que en opinión de muchos Estados miembros esto supone un acaparamiento injustificado de competencias por parte de las instituciones europeas y el consiguiente vaciamiento de los poderes del Estado para influir decisivamente en el contenido de estos tratados<sup>78</sup>.

17. ¿Cubre la nueva PCC las inversiones extranjeras distintas a las directas? ¿Y los aspectos relacionados con la protección de las inversiones? De forma particular ¿Se pueden incluir disposiciones para regular la expropiación atendiendo a lo dispuesto en el art. 345 TFUE donde se dice que los Tratados no prejuzgan el régimen de la propiedad en los Estados miembros? En caso de que la PCC no sirva como fundamento de la competencia respecto a las inversiones distintas a las directas, ¿puede existir una competencia exclusiva de la UE de conformidad con la doctrina *AETR*, hoy incorporada a los arts. 216 y 3.2 TFUE? Y, por último, ¿dónde se encuadra la competencia para adoptar compromisos en relación con los mecanismos ISDS en estos futuros acuerdos?

Estas son algunas de las principales interrogantes que ha planteado la nueva competencia de la UE y que el TJUE ha venido a alumbrar en su dictamen 2/15, de 16 de mayo de 2017, en respuesta a la opinión solicitada, conforme al art. 218.11 TFUE, por la Comisión en relación con el TLCI de la UE y Singapur<sup>79</sup>. El TJUE advierte que el dictamen no se ocupa de valorar la compatibilidad de las disposiciones del TLCI<sup>80</sup>, sino de resolver si la Unión dispone de competencias necesarias para firmar y celebrar por

---

que el CETA desde el 21 de septiembre de 2017, se aplica provisionalmente, esta no afecta a la sección relativa a la protección de las inversiones (salvo el artículo sobre transferencias) ni a la sección relativa a la resolución de diferencias entre inversores y Estados. Además, los apartados del capítulo sobre inversiones que sí son de aplicación provisional únicamente lo serán en la medida en que se refieran a una inversión extranjera directa. *Vid.* Decisión (UE) 2017/38 del Consejo, de 28 de octubre de 2016, relativa a la aplicación provisional del Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, (DO L 11, de 14 de enero de 2017, p. 1080).

78. En este sentido, el desencuentro entre la Comisión y el Parlamento Europeo, por una parte, y el Consejo y varios Estados miembros, por otra, respecto al ámbito de las competencias exclusivas de la UE para la celebración del TLCI de la UE y Singapur ha sido la razón de ser de la solicitud que ha dado lugar al dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376, apdo. 11. Este choque de posiciones también se ha visto reflejado en el contexto de las negociaciones de otros TLCI de la UE, como es el caso del CETA.

79. DO, C 363, de 3 de noviembre de 2015, p. 18.

80. Según el TJUE el dictamen solo se refiere a la naturaleza de la competencia de la UE para firmar y celebrar el Acuerdo con Singapur y «no prejuzga en modo alguno si el contenido de las disposiciones de este Acuerdo es compatible con el Derecho de la Unión» (Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376, apdo. 30).

sí sola el acuerdo y, más concretamente, de aclarar qué disposiciones se incluyen dentro de la competencia exclusiva de la Unión, cuáles pertenecen a ámbitos de competencia compartida y si existe alguna disposición que sea competencia exclusiva de los Estados miembros.

18. El concepto de inversión del TLCI de la UE y Singapur, en la línea de lo que viene siendo habitual en los APPRI, es un concepto amplio que cubre tanto las inversiones directas como cualquier otro tipo de inversiones. Así lo ha reconocido el TJUE en su dictamen 2/15<sup>81</sup>. El hecho que la PCC de la UE solo se refiere a las inversiones extranjeras “directas”, para el TJUE «manifiesta sin ambigüedad» la voluntad de los autores del TFUE de no incluir otro tipo de inversiones<sup>82</sup>. Por tanto, la PCC no puede servir de fundamento para defender una competencia exclusiva de la UE respecto de los TLCI como el acordado con Singapur.

19. Desde que se adoptara el tratado de Lisboa, se ha discutido si la UE tiene o no competencia para incluir en sus futuros acuerdos disposiciones relativas a la protección de las inversiones. Para el TJUE, el art. 207.1 TFUE no establece ninguna distinción «en función de que se trate de actos que tengan por objeto la admisión o la protección de dichas inversiones»<sup>83</sup>. En su opinión, las previsiones del acuerdo con Singapur que tienen como objeto la protección de las inversiones contribuyen a la seguridad jurídica de los inversores y sirven para establecer un marco jurídico que «tiene por objeto promover, facilitar y regular el comercio»<sup>84</sup> y «en la medida en que conciernan a las inversiones directas, pueden producir efectos directos e inmediatos en ese comercio»<sup>85</sup>. Por todo ello, reconociendo que estas disposiciones presentan un vínculo específico con el comercio, el TJUE sostiene que estas tienen cabida dentro del ámbito cubierto por la nueva PCC<sup>86</sup>.

El análisis de la competencia para introducir disposiciones dirigidas a la protección de las inversiones ante supuestos de expropiación exige una valoración particularizada, habida cuenta de que el art. 345 TFUE establece: «los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros»<sup>87</sup>. El TJUE, en su jurisprudencia previa al dictamen

81. *Ibid.*, apdo. 79.

82. *Ibid.*, apdo. 83.

83. *Ibid.*, apdo. 87.

84. *Ibid.*, apdo. 94.

85. *Ibid.*, apdo. 95.

86. *Ibid.*, apdo. 96.

87. En relación con la interpretación y alcance del art. 345 TFUE *vid.* B. AKKERMANS y E. RAMAEKERS, «Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations», *European Law Journal*, vol. 16, núm. 3, 2010, pp. 292-314.

2/15, había afirmado que el art. 345 TFUE «expresa la neutralidad de la Unión en lo que atañe a los regímenes de propiedad existentes en los Estados miembros, pero no tiene por efecto sustraer tales regímenes a las normas fundamentales de la Unión»<sup>88</sup>. Tras el análisis del TLCI de la UE-Singapur, el TJUE entiende que esta disposición «no contiene ningún compromiso acerca del régimen de propiedad en los Estados miembros», y concluye señalando, aunque, en mi opinión, no de forma excesivamente convincente<sup>89</sup>, que esta previsión únicamente:

«pretende acotar posibles decisiones de nacionalización o expropiación mediante límites dirigidos a garantizar a los inversores que esa decisión se producirá en condiciones equitativas y dentro del respeto de los principios generales y de los derechos fundamentales, entre ellos el principio de no discriminación. Por lo tanto, refleja el mero hecho de que, aunque los Estados miembros siguen siendo libres para ejercer sus competencias en materia del derecho de propiedad y para modificar en consecuencia el régimen de la propiedad en lo que les atañe, no pueden sustraerse al respeto de tales principios y derechos fundamentales»<sup>90</sup>.

20. Descartada cualquier posibilidad de incluir las inversiones extranjeras distintas a las directas en la PCC de la UE, procede valorar si estas otras inversiones pueden, igualmente, considerarse de la competencia exclusiva de la Unión, en atención a la doctrina *AETR*<sup>91</sup> y, por tanto, en la medida en que las disposiciones de los acuerdos de inversión de la UE referidas a estas puedan «afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas» (arts. 3.2 y 216 TFUE). El TJUE, en su dictamen 2/15, ha observado que la doctrina *AETR* no resulta aplicable a los tratados constitutivos de la UE. El TUE y el TFUE no pueden considerarse «normas comunes» a los efectos del art. 3.2 TFUE. El Tribunal de Justicia aprecia que ello implicaría menoscabar la «motivación inherente» a la doctrina *AETR*. Además, una interpretación así podría considerarse incompatible con la primacía de los tratados constitutivos frente al derecho derivado y, por tanto, también

88. Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376, apdo. 107.

89. IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., «Por fin un poco de luz en el farragoso debate competencial en el marco de los nuevos tratados de comercio e inversión de la Unión Europea (Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea)», *La Ley Unión Europea*, núm. 50, junio, 2017, pp. 6-7.

90. Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376, apdo. 107.

91. Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1971, Comisión/Consejo, asunto 22/70, EU:C:1971:32.

frente a los tratados que celebra la UE con terceros Estados y organizaciones internacionales<sup>92</sup>.

De conformidad con el art. 3.2 TFUE, la competencia exclusiva de la UE para celebrar un tratado internacional también podría existir cuando tal celebración estuviera prevista en un acto legislativo de la Unión o cuando esta fuera necesaria para permitirle ejercer su competencia interna. No obstante, el TJUE ha rechazado cualquiera de estas dos opciones, aunque el segundo de los supuestos mencionados bien hubiera merecido una mayor profundidad argumental<sup>93</sup>.

21. En definitiva, tras el dictamen 2/15 del TJUE, es claro que no existe una competencia exclusiva de la UE para celebrar acuerdos con terceros Estados en el ámbito de las inversiones extranjeras distintas a las directas. Sin embargo, el mismo dictamen, siguiendo lo dispuesto en el art. 216.1 TFUE, ha reconocido que la UE dispone de una competencia compartida en este ámbito, en la medida en que la celebración de tratados internacionales sobre una base recíproca puede considerarse necesaria para realizar plenamente el objetivo de la libre circulación de capitales y de pagos entre los Estados miembros y terceros Estados, prevista en el art. 63 del TFUE, debido a que esta libre circulación no resulta oponible formalmente frente a los terceros Estados<sup>94</sup>.

Una vez reconocida la competencia compartida de la Unión sobre las inversiones extranjeras no directas, el TJUE concluye que el TLCI de la

92. Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376, apartados 234-235.

93. Tal y como señaló en el trabajo «Por fin un poco de luz en el farragoso debate competencial en el marco de los nuevos tratados de comercio e inversión de la Unión Europea (Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea)», *La Ley Unión Europea*, núm. 50, junio, 2017, pp. 8-9: «un análisis más profundo de esta previsión podría ser francamente interesante, sobre todo, en la medida en que fuera realizado en relación con la norma del art. 216 del TFUE que dispone la competencia (debe entenderse no exclusiva) de la Unión para celebrar acuerdos internacionales cuando sean necesarios “para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados”. En este sentido, resultaría interesante delimitar el alcance exacto de cada una de estas previsiones, que recuerdan mucho a los pronunciamientos del TJ en sus dictámenes 1/94 y 1/76, respectivamente, y que desarrollaron, junto a otras decisiones del Tribunal, la teoría de las competencias externas implícitas de la Unión». Vid. EECKHOUT, P., *External Relations of the European Union. Legal and Constitutional Foundations*, Oxford University Press, 2004, especialmente, pp. 58-165; DASHWOOD, A., «Implied External Competence of the EC», en *International Law Aspects of the European Union* (Ed. M. Koskeniemi), Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pp. 113-123.

94. Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376, apdo. 240.

UE y Singapur no puede ser aprobada exclusivamente por la UE<sup>95</sup> y, en consecuencia, debe ser tramitada como un tratado mixto. No obstante, a pesar del silencio del TJUE, tomando en consideración que la mayoría de las competencias catalogadas como compartidas que ejerce la UE son competencias concurrentes y, por tanto, cuando sea la Unión quien las ejerza los Estados miembros se verán privados de su ejercicio, no resulta del todo satisfactorio que el TJUE relacione de forma automática la presencia de una competencia compartida con la necesidad de que el proyectado acuerdo adopte la forma de tratado mixto<sup>96</sup>. En cualquier caso, siendo discutible el razonamiento del TJUE desde el punto de vista teórico, el resultado al que arriba el Tribunal de Justicia resulta acertado, dado que el ejercicio de una competencia concurrente debe ir precedida de la voluntad de la Unión de ejercer tal competencia; y para la conformación de esa voluntad resulta necesaria la conformidad del Consejo, extremo que resulta imposible acreditar dada la oposición que viene mostrando ante dicha posibilidad.

22. Por último, se ha cuestionado si la UE dispone de competencia para introducir mecanismos ISDS en sus futuros TLCI. Según el dictamen 2/15, en referencia al arbitraje «mejorado» que prevé el acuerdo con Singapur, pero que puede ser igualmente válido para los mecanismos ISDS que la UE está incorporando en el CETA o en el acuerdo con Vietnam, estas disposiciones no pueden tener carácter meramente auxiliar, al sustraer controversias de la

95. *Ibid.*, apdo. 244.

96. En este sentido, SCHÜTZE, R., *European Constitutional Law*, Cambridge, 2016, afirma que «(s)hared competencies do not constitutionally require mixed action». En el mismo sentido, KLAMERT, M., *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford University Press, 2014, p. 183: «Mixture is only facultative as regards the participation of the Member States if an international agreement affects exclusive as well as non-exclusive EU competences. In such case it can be concluded alone by the Union or, alternatively, jointly by the Union and the Member States». No obstante, tal y como pone de manifiesto BLÁZQUEZ NAVARRO, I., *Integración europea y diferencias comerciales en la OMC*, Marcial Pons, España, 2007, pp. 150-151, el TJUE ha adoptado una posición que viene siendo habitual en él, consistente en la «automática reconducción de los acuerdos internacionales al procedimiento mixto una vez verificado el carácter no exclusivo de la competencia comunitaria». En el mismo sentido se expresa GALLO COBIAN, V., *La responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales y sus Estados miembros, con especial consideración de la situación de la Unión Europea*, Aranzadi, España, 2014, p. 337. Sobre la tipología de los acuerdos mixtos que el TJUE ni entra a considerar en su Dictamen 2/15, *vid.* HELISKOSKI, J., *Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the European Community and its Member States*, Kluwer Law International, 2001; NEFRAMI, E., *Les accords mixtes de la Communauté européenne: aspects communautaires et internationaux*, Bruylant, Bélgica, 2007; ROSAS, A., «Mixed Union – Mixed Agreements», en *International Law Aspects of the European Union* (Ed. M. KOSKENNIEMI), Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pp. 125-148.



competencia jurisdiccional de los Estados miembros<sup>97</sup>. Si bien es cierto que el TJUE no ha vacilado en pronunciarse en tal sentido, no lo es menos que la afirmación del Tribunal adolece de una argumentación elaborada<sup>98</sup>. En cualquier caso, el carácter no auxiliar del mecanismo ISDS ha conducido al TJUE a concluir que no se trata de una competencia exclusiva de la UE, sino de una competencia compartida entre la Unión y sus Estados miembros<sup>99</sup>, lo en la práctica implica, por un lado, reconocer a estas previsiones una dimensión sustantiva y, por otro, que su presencia en los futuros TLCI de la UE sea menos previsible.

## 2. EL DERECHO A REGULAR DE LOS ESTADOS EN ENTREDICHO

### 2.1. Descripción de la problemática

23. Cuando en 1997 la empresa estadounidense *Ethyl Corporation* demandó a Canadá ante un Tribunal arbitral por la violación de las previsiones del Capítulo XI (inversiones) del TLCAN, solicitando una compensación de 201 millones de US\$, no tardaron en saltar las alarmas en la sociedad canadiense, que veía cómo el Estado era demandado por una empresa extranjera porque el Parlamento de Canadá había adoptado una ley –*Manganese-based Fuel Additives Act*– que prohibía la importación y el comercio interprovincial con fines comerciales del MMT –un aditivo de gasolina–, producto en el que el inversor basaba su negocio<sup>100</sup>. La respuesta fue especialmente intensa por parte de los grupos ecologistas, ya que la ley daba respuesta a preocupaciones de carácter medioambiental centradas en las emisiones de vehículos y donde el MTT producía efectos perjudiciales. Este fue el primer caso, pero no el único, en el marco del TLCAN, donde la facultad regulatoria del Estado en materia medioambiental fue cuestionada por un inversor ante tribunales arbitrales, por entender que la aplicación de esa ley interna iba en contra de los derechos que como inversor le reconocía el tratado<sup>101</sup>; posteriormente se han ido sumando otros casos relevantes

97. Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia, de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376, apdo. 292.

98. En este sentido, DÍEZ-HOCHLEITNER, J., «La nueva política comercial de la Unión Europea desborda el marco de sus competencias. Comentarios preliminares al Dictamen 2/15 del TJUE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 57, 2017, p. 424, señala al respecto que «el TJUE resuelve en este punto con una simplicidad pasmosa».

99. Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia, de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376, apdos. 292-293.

100. *Ethyl Corporation c. Canadá*, CNUDMI.

101. *Vid.*, entre otros, LEBEN, C., «La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte», *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement* (C. Leben dir.), Louvain-la-Neuve, LGDJ – Anthemis, 2006, pp. 163-183; BAUGHEN,

como son el de *Metalclad c. México*<sup>102</sup>, *Myers c. Canadá*<sup>103</sup> o *Methanex c. EE. UU. de América*<sup>104</sup>.

Más recientemente, bien el contexto del TLCAN, del Tratado sobre la Carta de la Energía o de los APPRI, controversias como, por ejemplo, la del asunto *Lone Pine c. Canadá* o la de *Vattenfall c. Alemania*, siguen poniendo de manifiesto cómo los inversores extranjeros acuden ante los tribunales arbitrales de inversión cuando medidas medioambientales adoptadas por el Estado perjudican el valor de su inversión, en el primero de los casos, por la revocación de una licencia tras la entrada en vigor de una ley que introducía una moratoria al *fracking*<sup>105</sup> y, en el segundo, por la decisión del Parlamento alemán de modificar la Ley de Energía Atómica con el fin de acelerar el cierre progresivo de todas las centrales nucleares en el país<sup>106</sup>. En todos estos casos se observa que la protección de la inversión prevista en un tratado se presenta en contraposición al poder regulador legítimo del Estado en materia medioambiental.

Preocupaciones similares surgen en la sociedad civil cuando las demandas arbitrales se presentan con motivo de la adopción de medidas regulatorias estatales en materia de derechos sociales (por ejemplo, asunto *Veolia c. Egipto*<sup>107</sup>), en defensa de intereses relacionados con la salud pública (por ejemplo, los arbitrajes iniciados por *Philips Morris* contra los Estados

---

S., «Expropriation and Environmental Regulation: The Lessons of NAFTA Chapter Eleven», *Journal of Environmental Law*, vol. 18, núm. 2, 2006, pp. 207-228; COSBEY, A., *NAFTA's Chapter 11 and the Environment*. A Discussion Paper for the CEC's Public Workshop on NAFTA's Chapter 11, Ciudad de México, marzo 2003, en [https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investment\\_jpac.pdf](https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investment_jpac.pdf); WAGNER, J.M., «International Investment, Expropriation and Environmental Protection», *Golden Gate University Law Review*, vol. 29, 1999, pp. 465-527, disponible en <https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.es&httpsredir=1&article=1765&context=ggulrev>; STONE, M., «NAFTA Article 1110: Environmental Friend or Foe?», *The Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 15, núm. 4, 2003, pp. 763-789.

102. *Metalclad Corporation c. México*, Caso CIADI núm. ARB(AF)/97/1.

103. *Myers, Inc. c. Canadá* (CNUDMI).

104. *Methanex c. EE. UU. de América* (CNUDMI).

105. *Lone Pine c. Canadá*, Caso CIADI núm. UNCT/15/2.

106. *Vattenfall AB y otros c. Alemania*, Caso CIADI núm. ARB/12/12. Vid. BERNASCONI-OSTERWALDER, N., y M. DIETRICH BRAUCH, «The State of Play in Vattenfall v. Germany II: Leaving the German public in the dark», *Briefing note*, IISD, 2014, disponible en <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/state-of-play-vattenfall-vs-germany-ii-leaving-german-public-dark-en.pdf>.

107. *Veolia Propreté c. Egipto*, Caso CIADI, núm. ARB/12/15. La reclamación de la empresa francesa pivota en torno a la adopción de una nueva legislación laboral que suponía una subida del salario mínimo, lo que a su entender constituía una violación del APPRI entre Egipto y Francia.

australiano y uruguayo<sup>108</sup>) o en respuesta a situaciones graves de crisis económica, financiera y social del país. En este último caso, la adopción de medidas regulatorias dirigidas a reconducir o dar respuesta a situaciones graves de crisis económica, financiera y social del Estado –como las medidas adoptadas por Argentina durante la crisis de finales 2001 y principios de 2002<sup>109</sup>, las modificaciones legislativas introducidas por España en relación con el déficit tarifario en el sector energético<sup>110</sup> o los casos de Grecia y Chipre con las medidas de restructuración de la deuda pública y del sector bancario– han motivado el inicio de procedimientos arbitrales contra el Estado<sup>111</sup>. Estas demandas provocan desasosiego ya que el ciudadano de a pie observa cómo, frente a los sacrificios que a él se le exigen, las grandes corporaciones no están dispuestas a renunciar a sus ganancias, y se muestran insensibles y apáticas ante las necesidades y el sufrimiento del conjunto de la población, al tiempo que se benefician de la posibilidad de llevar sus asuntos ante instancias arbitrales internacionales, lo que se percibe como un privilegio al servicio de los grandes inversores extranjeros.

108. *Philip Morris c. Australia*, CPA Caso núm. 2012-12 y *Philip Morris c. Uruguay*, Caso CIADI núm. ARB/10/7. En ambos casos, la adopción por parte del Estado de una nueva regulación sobre el empaquetado y contenido que deben mostrar las cajetillas de tabaco a la venta, de manera que ilustren los efectos nocivos que provoca fumar, ha desencadenado las reclamaciones de la empresa –en una de ellas como sociedad suiza y en la otra como sociedad de Hong Kong– ante sendos tribunales arbitrales.
109. *Vid.* ARREDONDO, R., «Inversiones y desarrollo en América Latina: el caso de las inversiones extranjeras en la República Argentina», *REEI*, núm. 13, 2007, en [www.reei.org](http://www.reei.org); ESCOBAR, A.A., «Argentina's Multiplication of Investor-State Arbitration Proceedings», *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement* (C. LEBEN dir.), Louvain-la-Neuve, LGDJ – Anthemis, 2006, pp. 221-225; HYNES, V., «Bilateral Investment Treaty-based Investment Arbitration against Argentina following the Argentina Economic Crisis», *Transnational Dispute Management*, 2004, vol. 1, núm. 3, pp. 3 y ss.
110. Sobre las disputas iniciadas contra España con ocasión de los cambios legislativos en materia de renovables *vid.* LÓPEZ ESCUDERO, M., «Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables», en *España y la práctica del Derecho internacional: LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC* (coord. José Martín y Pérez de Nanclares), 2014, pp. 223-265; FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado», *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 7, núm. 2, 2014, pp. 369-397; FERNÁNDEZ MASÍA, E., «España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, vol. 9, núm. 2, pp. 666-676. IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I., «A propósito del primer laudo condenatorio para España en el marco de las disputas relativas a los "recortes" en el ámbito de las energías renovables», *Diario La Ley*, núm. 9013, de 4 de julio de 2017, pp. 1-17.
111. OLIVET, C., y P. EBERHARDT, *Profiting from Crisis. How corporations and lawyers are scavenging profits from Europe's crisis countries*, Transnational Institute and Corporate Europe Observatory, Amsterdam, 2014, disponible en [http://corporateeurope.org/sites/default/files/profitting-from-crisis\\_0.pdf](http://corporateeurope.org/sites/default/files/profitting-from-crisis_0.pdf).

24. Los ejemplos mencionados, ilustran bien cómo la actividad reguladora legítima del Estado puede ser el detonante de múltiples demandas arbitrales contra el Estado. No se trata de una cuestión menor; es quizás el núcleo, la razón más íntima y justificada, de las críticas que cuestionan la legitimidad del régimen internacional de las inversiones extranjeras y, por ende, de la nueva política de inversiones internacionales impulsada por la UE<sup>112</sup>.

El solo hecho de que un Estado, por la adopción de una regulación en materia de medioambiente, salud pública, derechos sociales y laborales, cultura o, incluso, derechos humanos, se vea en la posición de parte demandada en un procedimiento arbitral transnacional, donde puede ser condenado al pago de una elevada indemnización, puede ser interpretado como una intromisión en el poder regulador del Estado, lo que ocurre incluso ante demandas abusivas que claramente sobrepasan los márgenes de lo que resulta razonable en el derecho de las inversiones extranjeras. En estos casos, el Estado puede sentirse coartado y no ejercer su derecho a regular por miedo a que inversores extranjeros le reclamen compensaciones millonarias por los daños económicos que pueda ocasionarle la adopción de una determinada regulación. Se dice que, así, el arbitraje contribuye al *chilling effect* o enfriamiento regulatorio. El efecto disuasorio que puede tener

112. Para profundizar en la difícil relación existente entre la facultad regulatoria o derecho a regular del Estado y los estándares de protección de los tratados de inversión *vid.*, entre otros, CLOUGH, D., «Regulatory Expropriations and Competition under NAFTA», *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 6, núm. 4, 2005, pp. 551-584; DOLZER, R., «Indirect Expropriation of Alien Property», *ICSID Review – Foreign International Law Journal*, 1986, pp. 41-65; FORTIER, L.Y. y S.L. DRYMER, «Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or *Caveat Investor*», *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 19, núm. 2, 2004, pp. 293-327; HENCKELS, C., «Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration», *Journal of International Economic Law*, vol. 15, núm. 1, 2012, pp. 223-255; IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios de expropiación...*, *op. cit.*, pp. 285-386; KINGSBURY, B., y SCHILL, S.W. «Public Law Concepts to Balance Investors' Rights With State Regulatory Actions in the Public Interest – The Concept of Proportionality», en *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 75-104; MARKERT, L., «The Crucial Question of Future Investment Treaties: Balancing Investors' Rights and Regulatory Interests of Host States», en *International Investment Law and EU Law*, (Eds. M.O Bungenberg et al.), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 145-171; NEWCOMBE, A., «The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law», *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, núm.1, 2005, pp. 1-57; OCDE (C. Yannaca-Small), «“Indirect Expropriations” and the “Right to Regulate” in International Investment Law», *Working papers on international investment*, núm. 2004/4, p. 2, disponible en, [https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004\\_4.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf). WESTON, B.H., «“Constructive Takings” under International Law: A Modest Foray into the Problem of “Creeping Expropriation”», *Virginia Journal of International Law*, vol. 16, 1975-76, pp. 103-175.

el arbitraje sobre el desarrollo de políticas públicas avanzadas en los ámbitos señalados constituye, con razón, motivo de preocupación, tal y como se ha podido observar en los resultados de la consulta pública *online* realizada por la Comisión. Según estos resultados, la protección del derecho a legislar se incluye entre los ámbitos en los que especialmente «deben explorarse nuevas mejoras»<sup>113</sup>.

25. Retomando la pregunta clave: ¿Supone el derecho de las inversiones extranjeras una amenaza real para el derecho a regular de los Estados? Resulta conveniente comenzar señalando que el origen de esta problemática no se encuentra en el recurso al arbitraje de inversiones u otros mecanismos ISDS en sustitución de los tribunales internos del Estados, sino en el empleo de conceptos indeterminados, como el de trato justo y equitativo o medida de efecto equivalente a la expropiación (o expropiación indirecta). La vaguedad de estas nociones contribuye a la inseguridad jurídica y justifica planteamientos que, llevados al extremo, defienden la existencia de una obligación compensatoria frente a cualquier medida estatal que produzca un daño económicamente cuantificable para el inversor. Por todo ello, en la práctica arbitral el debate se ha centrado en dibujar los límites que separan, por una parte, las medidas regulatorias legítimas estatales no sujetas a obligaciones compensatorias de las medidas regulatorias expropiatorias (o expropiaciones encubiertas) y, por otra, así como las medidas regulatorias justas y equitativas conforme al derecho internacional de aquellas que no lo son.

Como punto de partida del análisis se debe asumir que las medidas del Estado legislador pueden constituir hechos internacionalmente ilícitos conforme al derecho internacional y, por tanto, entra dentro de la absoluta normalidad la posibilidad de que un Estado sea declarado responsable por los hechos del legislador<sup>114</sup>. En este sentido, la práctica arbitral ha reconocido que los APPRI, en particular las normas que regulan la expropiación y el

113. Informe de la *Consulta pública en línea sobre la protección de las inversiones y la solución de diferencias entre inversores y Estados en el Acuerdo de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI)*, de 13 de enero de 2015, documento de trabajo de los servicios de la Comisión, SWD(2015) 3 final. Esta circunstancia, por su parte, se ha visto reflejada en el *concept paper* de la Comisión, que insiste en la necesidad de avanzar en la búsqueda de un nuevo equilibrio que favorezca el derecho a regular de los Estados frente a los derechos de protección de los inversores extranjeros. *Vid. Comisión, Investment in TTIP – the path beyond (concept paper)*, de 5 de mayo de 2015, disponible en [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc\\_153408.PDF](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF).

114. Art. 4 del proyecto de artículos, de 2001, de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (AG/56/83).



trato justo y equitativo también pueden proteger al inversor extranjero frente a las medidas de carácter regulatorio del Estado<sup>115</sup>.

No obstante, a esta primera constatación se le debe añadir una segunda: el derecho de las inversiones extranjeras no cuestiona, en línea de principio, el legítimo derecho a regular de los Estados. Así lo han señalado varios tribunales arbitrales; por ejemplo, en opinión del tribunal arbitral en el asunto *Saluca c. República Checa*: «(i)t is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at the general welfare»<sup>116</sup>. Dicho lo cual, y a pesar de que exista una especie de presunción a favor del carácter regulatorio de las medidas estatales controvertidas<sup>117</sup>, la práctica arbitral no ha sido siempre clara, ni coherente, a la hora de definir los criterios que sirven para

115. En este sentido, el tribunal arbitral en el asunto *Marvin Feldman c. México*, Caso CIADI, núm. ARB (AF)/99/1, laudo de 16 de diciembre de 2002, párr. 110, ha señalado que «(n)adie puede cuestionar seriamente que, en ciertas circunstancias, la actividad reglamentaria del gobierno puede constituir una violación del Artículo 1110» (del TLCAN, relativa a la expropiación). La decisión en el asunto *Pope & Talbot c. Canadá*, (CNUDMI), decisión provisional de 26 de junio de 2000, párr. 99, advierte que «much creeping expropriation could be conducted by regulation, and a blanket exception for regulatory measures would create a gaping loophole in international protections against expropriation». La no inclusión de las medidas regulatorias entre aquellas medidas estatales que pueden constituir expropiación crearía, por tanto, una enorme laguna en la protección de los inversores extranjeros, ya que muchas de las expropiaciones progresivas, y en general las expropiaciones indirectas, se llevan a cabo a través de la regulación estatal. En la misma línea, *Tecmed c. México*, caso CIADI núm. ARB (AF)/00/2, laudo de 29 de mayo de 2003, párr. 121, los árbitros sobre la previsión del APPRI de España y México relativa a la expropiación, consideran que los actos administrativos de naturaleza regulatoria no se encuentran «per se excluidos de su ámbito de aplicación, aún si obedecen a razones de utilidad pública –como la protección del medio ambiente– cuando menos cuando el impacto económico negativo de tales actos en el patrimonio del inversor es de magnitud tal que el valor o utilidad económico o comercial de su inversión es totalmente neutralizado sin que el inversor sea compensado».
116. *Saluca c. República Checa*, CNUDMI, laudo parcial de 17 marzo de 2006, párr. 255. En el mismo sentido, *Tecmed c. México*, caso CIADI núm. ARB (AF)/00/2, laudo de 29 de mayo de 2003, párr. 119: «principio indiscutido que el ejercicio por el Estado de facultades soberanas bajo el poder de policía puede ocasionar perjuicios económicos a los administrados sin compensación alguna»; asimismo, *Telenor c. Hungría*, Caso CIADI núm. ARB/04/15, laudo de 13 de septiembre de 2006, párr. 64: «it is well established that the mere exercise by government of regulatory powers that create impediments to business or entail the payment of taxes or other levies does not of itself constitute expropriation». SAX, J., «Takings and the Police Power», *The Yale Law Journal*, vol. 74, núm. 1, 1964, pp. 36-76.
117. *Myers c. Canadá*, CNUDMI, párr. 281: «The general body of precedent usually does not treat regulatory action as amounting to expropriation. Regulatory conduct by public authorities is unlikely to be the subject of legitimate complaint under Article 1110 of the NAFTA, although the Tribunal does not rule out that possibility».



determinar cuándo se está ante una regulación «no legítima» que contraviene lo dispuesto en un tratado de inversiones. Ello provoca inseguridad jurídica, abona el campo para la presentación de demandas frívolas o abusivas y, en definitiva, favorece el fenómeno del enfriamiento regulatorio<sup>118</sup>.

En relación con el carácter expropiatorio o no de las medidas regulatorias del Estado, los tribunales arbitrales se han dividido entre aquellos que consideran relevante, exclusivamente, el alcance o efecto de la privación (*sole-effect doctrine*)<sup>119</sup> y aquellos que adoptan una posición más atenuada y, por tanto, junto al efecto privativo, también toman en consideración el contexto, el objetivo perseguido y la razonabilidad o proporcionalidad de la medida controvertida<sup>120</sup>.

118. Sin embargo, rebajando el tono de las críticas y en contra de aquellos que pregonan los peligros del uso de conceptos indeterminados, algunos aprecian que la práctica arbitral no ha supuesto una amenaza demasiado seria para el poder regulatorio de los Estados. A su entender, los árbitros, en general, se han mostrado reacios a aceptar una interpretación demasiado expansiva del concepto de medida de efecto equivalente a la expropiación, lo que se pondría de manifiesto en el número de pretensiones rechazadas. Vid. LEBEN, C., «La liberté normative...», *loc. cit.*, pp. 172 y 179-183; GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones...*, *op. cit.*, p. 200. En particular, sobre el asunto *Methanex c. EE. UU. de América* (CNUDMI) se ha dicho que esta decisión ha dado un gran paso en la demostración de que el arbitraje de inversión no cuestiona el derecho a regular de los Estados. Vid. PAULSSON J., «Indirect Expropriation: Is the Right to Regulate at Risk?», *Symposium on Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda*, París, 12 de diciembre de 2005, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/5/52/36055332.pdf>, p. 2; GAINES, S.E., «Comentario: Methanex Corp. C. EE UU», *American Journal of International Law*, vol. 100, núm. 3, 2006, p. 689.
119. *Compañía del Desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica*, caso CIADI núm. ARB/96/1, laudo de 17 de febrero de 2000, dispone que: «*expropriatory environmental measures-no matter how laudable and beneficial to society as a whole-are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains*». SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign Investment*, 2.<sup>a</sup> ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 357-358, señala que una afirmación así resultaría inaceptable, incluso, para los propios Estados desarrollados. En la misma línea, *Metalclad Corporation c. México*, Caso CIADI núm. ARB(AF)/97/1, laudo de 30 de agosto de 2000, párr. 111, afirma que para determinar el carácter expropiatorio, «el Tribunal no necesita considerar los motivos o intención para la adopción del Decreto Ecológico»; En opinión de DOLZER, R., «Indirect Expropriations: New...», *loc. cit.*, p. 88, esta decisión es «*explicit and unequivocal pronouncement in favor of the "sole effect doctrine"*». También en la doctrina se encuentran defensores de esta posición pro-inversor; *vid.*, por ejemplo, NOUVEL, Y., «Les mesures équivalentes à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux», *rev. gen. dr. int. pub.*, 2002, pp. 93-94.
120. En cuanto al objetivo o finalidad de la medida, *Myers c. Canadá*, CNUDMI, en su laudo parcial de 13 de noviembre 2000, párr. 281, respecto a la prohibición de exportar PCB impuesto por Canadá, ha considerado que «*international law makes it appropriate for tribunals to examine the purpose and effect of governmental measures*». En opinión de DOLZER, R., «Indirect Expropriations: New...», *loc. cit.*, pp. 83-86, esta decisión se

El derecho a regular del Estado también puede verse indirectamente amenazado por el compromiso que adoptan los Estados de prestar un trato justo y equitativo a los inversores extranjeros<sup>121</sup>. En primer lugar, es importante señalar que el estándar de trato justo y equitativo no reconoce *per se* al inversor derecho a la estabilidad regulatoria<sup>122</sup>. El inversor extranjero solo tendrá derecho a reclamar un trato justo y equitativo frente a cambios normativos cuando tenga o disfrute de expectativas legítimas de que estos cambios no le van a afectar. Por ejemplo, el tribunal arbitral en el asunto *Eiser c. España* ha sostenido que «(e)n ausencia de compromisos explícitos directamente extendidos a los inversores y que garanticen que los Estados no modificarán sus leyes y reglamentos, los tratados en materia de inversiones no eliminan el derecho de los Estados a modificar sus regímenes regulatorios para adaptarse a circunstancias y necesidades públicas cambiantes»<sup>123</sup>. Así, las expectativas legítimas del inversor pueden derivarse de cláusulas de estabilización u otras garantías específicas directamente extendidas a los inversores<sup>124</sup>. En definitiva, para valorar si los tratados de inversión limitan o cuestionan el legítimo derecho a regular de los Estados es necesario proceder a un análisis caso por caso, no siempre sencillo de realizar, que sirva para determinar si existen o no expectativas legítimas cubiertas por el estándar de trato justo y equitativo.

## 2.2. Contribución de los proyectados TLCI de la UE en defensa de la facultad reguladora de los Estados: pasos en la buena dirección

26. Tratándose de un elemento clave para la legitimidad de cualquier régimen dirigido a la protección de las inversiones extranjeras, las

---

contrapone a la «*sole effect doctrine*» defendida en el caso *Metalclad*, al reconocer la necesidad de observar las circunstancias y el objetivo de la acción gubernamental. Por su parte, respecto a la razonabilidad de la medida, *Marvin Feldman c. México*, Caso CIADI, núm. ARB (AF)/99/1, laudo de 16 de diciembre de 2002, párr. 103.

121. *Vid.*, entre otros, *Micula c. Rumanía*, CIADI caso núm. ARB/05/20; *Saluca c. República Checa*, CNUDMI; *Occidental Exploration c. Ecuador*, LCIA Caso núm. UN3467; *Enron c. Argentina*, CIADI caso núm. ARB/01/3; *CMS v. Argentina*, CIADI caso núm. ARB/01/8; *Duke Energy c. Ecuador*, CIADI caso núm. ARB/04/19; *EDF c. Rumanía*, CNUDMI.

122. En este sentido, *Micula c. Rumanía*, CIADI caso núm. ARB/05/20, laudo de 11 de diciembre de 2013, párr. 666. Sin embargo, existe una práctica arbitral que adopta una posición mucho más favorable a los inversores extranjeros y que incluye dentro del estándar de trato justo y equitativo la obligación de mantener un marco legal estable. En este sentido, por ejemplo, *Occidental c. Ecuador*, LCIA caso núm. UN 3467, laudo, de 1 julio de 2004, párr. 183.

123. *Eiser c. España*, Caso CIADI No. ARB/13/36, laudo de 4 de mayo 2017, párr. 362.

124. En este sentido, *Micula c. Rumanía*, CIADI caso núm. ARB/05/20, laudo de 11 de diciembre de 2013, párr. 666.

instituciones de la UE, desde el primer momento, han mostrado una voluntad clara de preservar el derecho a regular de los Estados en el contexto de la nueva política de inversiones internacionales en ciernes. Los mandatos del Consejo para las negociaciones del TTIP y el CETA, por ejemplo, incluyen referencias directas a la necesidad de salvaguardar la facultad de la UE y de los Estados miembros para adoptar medidas dirigidas a satisfacer objetivos legítimos de política pública<sup>125</sup>. Esta preocupación y este objetivo también han sido asumidos por la Comisión<sup>126</sup> y por el Parlamento Europeo<sup>127</sup>.

Los textos de los primeros TLCI de la UE muestran que el problema del equilibrio entre la protección de las inversiones extranjeras y la salvaguardia del derecho a regular de la UE y los Estados ha sido abordado de distintas formas, algunas más novedosas que otras<sup>128</sup>. Así, el CETA, en su preámbulo establece que «las disposiciones del presente Acuerdo protegen a las inversiones y a los inversores con respecto a sus inversiones y están destinadas a estimular una actividad empresarial beneficiosa para ambas Partes sin menoscabar el derecho de estas a regular en aras del

125. Doc. ST 11103/13 RESTREINT UE/EU RESTRICTED, de 17 de junio de 2013, «Directrices de negociación relativas a la Asociación Transatlántica sobre Comercio e Inversión, entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América», disponible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/es/pdf>, apartado 23: «(...) las disposiciones deben entenderse sin perjuicio del derecho de la UE y los Estados miembros a adoptar y hacer aplicar, de conformidad con sus competencias respectivas, las medidas necesarias para conseguir objetivos legítimos de política pública, como por ejemplo objetivos sociales, medioambientales, de seguridad, de estabilidad del sistema financiero, de salud y de seguridad pública, de manera no discriminatoria. El Acuerdo debe respetar las políticas de la UE y sus Estados miembros para la promoción y protección de la diversidad cultural». En la misma línea, Doc. 12838/11 WTO 270 FDI 19 CDN 5 SERVICES 79 RESTREINT UE, de 14 de julio de 2011, «Recommendation from the Commission to the Council on the modification of the negotiating directives for an Economic Integration Agreement with Canada in order to authorise the Commission to negotiate, on behalf of the Union, on investment» disponible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12838-2011-EXT-2/en/pdf>, apdo. 26.a).

126. Comunicación «Comercio para todos: Hacia una política de comercio e inversión más responsable», de 14 de octubre de 2015, COM(2015) 497 final, p. 21, en el marco del objetivo de promover un nuevo enfoque de inversión, establece que la Comisión «incluirá, en un primer momento, disposiciones modernas en los acuerdos bilaterales que hagan más hincapié en el derecho de los Estados a regular, algo que no se destacaba lo suficiente en el pasado».

127. Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de julio de 2015, que contiene las recomendaciones del Parlamento Europeo a la Comisión Europea relativas a las negociaciones de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI), P8\_TA(2015)0252, apartado xiv.

128. Sobre la necesidad de buscar el equilibrio entre el derecho a regular del Estado y la protección del inversor en los tratados de inversión *vid.* MARKERT, L., «The Crucial Question...», *loc. cit.*, pp. 145-171.

interés público en sus territorios»<sup>129</sup>. Esta referencia al derecho a regular en el preámbulo, si bien carece de valor normativo, constituye un elemento interpretativo valioso del tratado y, por tanto, merece una valoración positiva<sup>130</sup>.

27. La aportación más importante y, también, novedosa de la nueva regulación que propone la UE consiste en la introducción en el articulado de algunos de sus TLCI de una previsión específica sobre el derecho a regular de las partes en el acuerdo. El CETA, por ejemplo, incluye un art. 8.9 (inversiones y medidas reglamentarias) donde se establece lo siguiente<sup>131</sup>:

«1. A efectos del presente capítulo, las Partes reafirman su derecho a regular en sus territorios para alcanzar objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de los consumidores, o la promoción y la protección de la diversidad cultural.

2. Para mayor seguridad, el mero hecho de que una Parte regule, incluso mediante una modificación de su legislación, de tal forma que afecte negativamente a las inversiones o no satisfaga las expectativas de un inversor, incluidas sus expectativas de beneficios, no constituye un incumplimiento de ninguna de las obligaciones establecidas en la presente sección.

129. En el preámbulo también se reconoce que «las disposiciones del presente Acuerdo mantienen el derecho de las Partes a regular en su territorio, así como la flexibilidad de las Partes para alcanzar objetivos políticos legítimos, como la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública y la promoción y la protección de la diversidad cultural».

130. Art. 31.2 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969, UNTS, vol. 1155, p. 331.

131. Esta misma previsión se encuentra en la propuesta de la UE para el futuro, pero hoy enclavado, TLCI con los EE. UU. de América (TTIP). Art. 2 de la propuesta de la Unión Europea para el apartado de la Protección de Inversiones y la Resolución de Disputas de Inversión, hecha pública el 12 de noviembre de 2015 disponible en [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf). Por su parte, el Acuerdo entre la UE y Vietnam propone una disposición menos desarrollada; el art. 13bis del Acuerdo UE-Vietnam, «*Investment and regulatory measures/objectives*» establece: «1. *The Parties reaffirm the right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, environment or public morals, social or consumer protection or promotion and protection of cultural diversity.* 2. *For greater certainty, the provisions of this section shall not be interpreted as a commitment from a Party that it will not change the legal and regulatory framework, including in a manner that may negatively affect the operation of covered investments or the investor's expectations of profits.* 3. *For greater certainty, nothing in this Section shall be construed as preventing a Party from discontinuing the granting of a subsidy and/or requesting its reimbursement, or as requiring that Party to compensate the investor therefore, where such action has been ordered by one of its competent authorities listed in Annex x».*

3. Para mayor seguridad, la decisión de una Parte de no conceder, renovar o mantener una subvención:

a) en caso de que no haya ningún compromiso específico legal o contractual de conceder, renovar, o mantener esa subvención; o

b) de conformidad con los términos y condiciones asociados a la concesión, la renovación o el mantenimiento de la subvención, no constituye una infracción de lo dispuesto en la presente sección.

4. Para mayor seguridad, ninguna disposición de la presente sección se interpretará en el sentido de que impide a una Parte que suspenda la concesión de una subvención (9) o solicite su devolución cuando dicha medida sea necesaria para cumplir las obligaciones internacionales entre las Partes o haya sido ordenada por un órgano jurisdiccional o tribunal administrativo competente u otra autoridad competente (10), o que conmina a dicha Parte a compensar por ello al inversor».

Entre el silencio que guardan los APPRI y esta previsión, sin duda, existe un avance muy significativo a favor de la protección del derecho a regular de los Estados y la UE. Así, en el marco del CETA no cabe defender la estabilidad regulatoria como parte de los estándares de protección de las inversiones, tampoco cuando dicha modificación haya afectado negativamente a la rentabilidad o a las expectativas de la inversión. No obstante, en virtud de lo dispuesto en esta disposición, el inversor extranjero se encontraría protegido ante la decisión del Estado de no conceder, renovar o mantener una subvención, siempre y cuando existan compromisos específicos de carácter legal o contractual en tal sentido.

28. La tercera fórmula para resolver el problema ha consistido en atacar el origen del mismo, es decir, la indeterminación y vaguedad de los conceptos de expropiación y de trato justo y equitativo empleados por los tratados de inversión. De esta forma, los nuevos TLCI de la UE prevén normas más desarrolladas, con conceptos mejor definidos, lo que reduce tanto la inseguridad como el margen de apreciación de los tribunales.

El CETA, el TLCI de la UE y Singapur y el TLCI UE-Vietnam, siguiendo los últimos modelos de BITs de los EE. UU. de América, incorporan un anexo donde se define el concepto de expropiación<sup>132</sup>. Así, mediante el anexo 8-A del CETA, la UE y Canadá definen la noción de expropiación directa

132. Anexo 8-A del CETA; Anexo 9-A del TLCI de UE y Singapur.

y, lo que es más importante en relación con las medidas regulatorias del Estado, la noción de expropiación indirecta. Según el entendimiento común que refleja el mencionado anexo,

«la expropiación indirecta tiene lugar cuando una medida o un conjunto de medidas de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa en el sentido de que privan sustancialmente al inversor de los atributos de propiedad fundamentales en su inversión, incluido el derecho de uso, disfrute o enajenación de su inversión, sin que se haya producido una transmisión formal de la propiedad o una mera confiscación».

Además, se señala que la determinación de la existencia de una expropiación indirecta exige un análisis caso por caso, que tenga en cuenta, entre otros factores los siguientes: primero, el impacto económico de la medida, precisándose que este efecto económico adverso, por sí solo, no demuestra que se haya producido una expropiación indirecta (en un claro rechazo al *sole-effect doctrine*); segundo, la duración de la medida; tercero, el grado de interferencia con «expectativas claras, razonables y respaldadas por inversiones», y; cuarto, el carácter de la medida, «en particular su objetivo, contexto y finalidad». Si bien esta definición, por sí sola, constituye un avance importante y un elemento valioso para delimitar las fronteras entre las medidas expropiatorias y las medidas regulatorias legítimas del Estado, el anexo, «para mayor seguridad», insisten en que,

«(...) salvo en la circunstancia excepcional de que el impacto de una medida o un conjunto de medidas sea tan grave en relación con su finalidad que resulte manifiestamente excesivo, las medidas no discriminatorias adoptadas por una Parte que se conciben y se aplican para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta».

En cuanto al estándar de trato justo y equitativo<sup>133</sup>, los nuevos TLCI de la UE suponen un paso adelante significativo hacia un escenario más predecible y, por tanto, más garantista para la facultad regulatoria de los Estados y de la propia UE. A diferencia de lo que ha venido siendo la tónica general en la práctica convencional de los Estados, donde el estándar de trato justo y equitativo ha sido presentado como un concepto

133. Sobre el TJE *vid.* UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, 2012, disponible en [http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf).



abierto e indeterminado, los TLCI de la UE establecen una lista cerrada de comportamientos que deben considerarse contrarios a la obligación de trato justo y equitativo. Así, el CETA, por ejemplo, incluye los siguientes supuestos: la denegación de justicia en procedimientos penales, civiles o administrativos; un incumplimiento esencial de las garantías procesales; supuestos de arbitrariedad manifiesta; la discriminación por motivos claramente injustos, como la raza, el sexo o las creencias religiosas, y; el trato abusivo a los inversores, como puede ser la coacción, la intimidación o el acoso.

En este momento, lo más llamativo de esta lista, quizás, sea la no inclusión de un supuesto referido a la frustración de las expectativas legítimas del inversor. Teniendo en cuenta que, en relación con el estándar de trato justo y equitativo, las mayores «amenazas» al derecho a regular de los Estados han venido de la mano de la noción de las expectativas legítimas, parece razonable pensar que con la nueva redacción que ofrecen estos preceptos la conflictividad en este ámbito se va a ver notablemente reducida. La única referencia a las expectativas legítimas que incorpora esta disposición se encuentra en su apartado cuarto, donde se establece que «cuando se aplique la obligación de trato justo y equitativo antes mencionada, el tribunal podrá tener en cuenta si una Parte se había dirigido específicamente a un inversor para inducirle a realizar una inversión cubierta, creando expectativas legítimas en las que se basó el inversor a la hora de decidir realizar o mantener una inversión cubierta, y posteriormente la Parte en cuestión frustró tales expectativas». Si se atiende a la literalidad del precepto, no cabe duda de que, primero, este cumple una función instrumental a la hora de determinar si se da alguno de los incumplimientos antes mencionados y, segundo, la decisión de tomar en consideración estas expectativas legítimas constituye una opción, y no una obligación, para el tribunal. De todos modos, se trata de una previsión que produce cierta inquietud y recelo, porque no resulta fácil adivinar con claridad la función que puede llegar a desempeñar en la práctica en relación con los cinco supuestos tasados del apartado segundo.

Por último, con el fin de evitar una excesiva rigidez del precepto, el último supuesto de la lista del apartado segundo del art. 8.10 CETA dispone que se considerará como incumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo la medida que constituya «una infracción de cualquier otro elemento de la obligación de trato justo y equitativo adoptado por las Partes de conformidad con el apartado 3 del presente artículo». Este apartado tercero prevé la revisión periódica del contenido de la obligación de trato

justo y equitativo, es decir, de la mencionada lista, permitiendo al Comité de Servicios e Inversión formular recomendaciones y dirigirlas al Comité Mixto del CETA, para que esta adopte una decisión que, en virtud del art. 26.3 CETA, será vinculante para las partes. Esta no es una cuestión menor. Supone investir al Comité Mixto del CETA de un gran poder, quizás excesivo, ya que, en un momento determinado, le puede servir para decidir ampliar la lista introduciendo nuevos supuestos, entre ellos, el de la frustración de las expectativas legítimas del inversor o, por qué no, el de la propia estabilidad regulatoria.

En definitiva, la mayor definición y concreción de las obligaciones constituye una aportación positiva de los TLCI de la UE en términos de seguridad jurídica y para la salvaguardia del derecho a regular de los Estados. No obstante, también es cierto que muchos de estos «avances» no son una aportación original de estos acuerdos europeos, ni suponen una ruptura radical con el derecho de las inversiones extranjeras previo. Más bien, es posible observar en estos textos una especie de codificación de la «jurisprudencia» arbitral más relevante y la incorporación de previsiones que ya venían siendo utilizadas en los tratados más recientes de otros Estados.

29. Las referencias incluidas en el preámbulo, las disposiciones específicas sobre inversiones y medidas reglamentarias y el empleo de normas sustantivas mejor definidas, constituyen elementos que han de ser saludados positivamente. Hay quien todavía duda (¿quizás con razón?) de la efectividad futura de estas previsiones<sup>134</sup>. Sin embargo, la potencialidad de estas previsiones es enorme, al ofrecer una oportunidad única para blindar el derecho a regular de los Estados frente a las obligaciones que imponen estos acuerdos respecto a los inversores extranjeros. Por tanto, se debería aprovechar la ocasión para hacer un discurso en positivo, de manera que en el futuro nadie pueda cuestionar el significado de estas previsiones, es decir, nadie pueda dudar que, efectivamente, estas previsiones suponen una garantía real para el derecho a regular de los Estados.

134. Es lo que ponen de manifiesto, por una parte, la insistencia de los grupos anti-TTIP y anti-CETA sobre los riesgos que, en este sentido, implican estos acuerdos y, por otra, el hecho de que la firma de CETA, por ejemplo, haya ido acompañada de un Instrumento Interpretativo Conjunto que se ve en la necesidad de confirmar que el Acuerdo preserva la capacidad de las Partes de adoptar y aplicar sus propias leyes y reglas que regulen la actividad económica en el interés público, con el fin de alcanzar objetivos legítimos de orden público. *Vid. Instrumento interpretativo conjunto sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros* (doc. 13541/16), de 27 de octubre de 2016, publicado en DO L 11, de 14 de enero de 2014, p. 3.

### 3. LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS INVERSOR-ESTADO (ISDS)

#### 3.1. Del arbitraje de inversiones al nuevo modelo ISDS que propone la Unión: un recorrido marcado por la improvisación

30. Cuando la UE, tras el Tratado de Lisboa, empieza a diseñar su política de inversiones extranjeras, el arbitraje constituye para la Comisión una pieza fundamental de esta nueva política. Tratándose de uno de los elementos clave de la «herencia» que recibe de los APPRI, la Comisión considera que prescindir de este mecanismo supondría una disminución del atractivo de la economía de la Unión y contribuiría a disuadir el flujo de las inversiones extranjeras hacia Europa<sup>135</sup>. No obstante, la Comisión, consciente y conocedora de las críticas que ya entonces venía recibiendo el arbitraje de inversiones, desde el primer momento, afirma que el objetivo es conseguir mecanismos ISDS «de calidad» e identifica, a ese fin, los principales retos, entre ellos: en primer lugar, garantizar la transparencia de los mecanismos ISDS y, en segundo lugar, evitar «la atomización de los litigios e interpretaciones», es decir, mejorar la coherencia y la previsibilidad de la práctica arbitral<sup>136</sup>.

El Parlamento Europeo acogía «con satisfacción» la posición de la Comisión, aunque al mismo tiempo expresaba su preocupación por «el nivel de discreción del que disfrutan» los tribunales arbitrales para interpretar de forma amplia las normas de protección de los inversores<sup>137</sup>. En cualquier caso, al igual que la Comisión, el Parlamento defiende la necesidad de incluir mecanismos entre inversores y Estados que garanticen una mayor transparencia, prevean la opción de recurso, requieran, en algunos casos, el agotamiento de los recursos judiciales existentes a nivel local y faciliten la participación de los *amicus curiae*<sup>138</sup>. Así, la Comisión y el Parlamento Europeo, en líneas generales, comparten, en estos primeros momentos, una opinión favorable a un arbitraje de inversiones «revisado», que subsane las probadas carencias de este mecanismo en lo referente, principalmente, a la transparencia y la coherencia de los resultados.

135. Comunicación de la Comisión, «Hacia una política global europea en materia de inversión internacional», de 7 de julio de 2010, COM(2010)343 final, pp. 10-11: «la relación entre el inversor y el Estado es una característica tan consolidada de los acuerdos de inversión que la ausencia de dicho mecanismo disuadiría a los inversores y haría perder atractivo a una economía con respecto a otras».

136. *Ibid.*, p. 11.

137. Resolución del Parlamento Europeo, 6 de abril de 2011, sobre la futura política europea en materia de inversiones extranjeras (2010/2203(INI)), párr. 24.

138. *Ibid.*, párr. 25.

La misma posición parecen defender los Estados miembros. Así, por ejemplo, en el mandato del Consejo (adoptado por unanimidad) para la negociación del TTIP, se dispone que,

«el Acuerdo debe tener como objetivo prever un mecanismo eficaz y vanguardista de solución de diferencias entre inversores y estados, que ofrezca transparencia, independencia de los árbitros y previsibilidad del Acuerdo, incluso mediante la posibilidad de una interpretación vinculante del Acuerdo por las Partes. Debe incluir la solución de diferencias entre estados, pero no debe interferir con el derecho de los inversores a recurrir a los mecanismos de solución de diferencias entre inversores y estados. Debe ofrecer a los inversores una gama tan amplia de foros de mediación como la ya existente en el marco de los acuerdos bilaterales de inversión de los Estados miembros. El mecanismo de solución de las diferencias entre inversores y Estados debe contemplar salvaguardias contra las demandas claramente injustificadas o frívolas. Debe examinarse la posibilidad de crear, en el marco del Acuerdo, un mecanismo de apelación aplicable a la solución de diferencias entre inversores y estados y la relación adecuada entre esta y los sistemas nacionales de recurso»<sup>139</sup>.

Por tanto, los Estados miembros también estaban pensando en un arbitraje de inversiones «mejorado» o «vanguardista», es decir, más transparente, independiente y previsible; un sistema de ISDS que ofreciese al inversor tantas opciones como brindan hoy los APPRI y que fuese capaz de evitar un uso abusivo de este mecanismo.

Partiendo de esta visión compartida, la UE, en el albor de su nueva política, impulsó un «nuevo» modelo de arbitraje inversiones –plasmado en la primera versión del CETA<sup>140</sup> y en el texto del acuerdo alcanzado con Singapur– que incorporaba previsiones innovadoras dirigidas a responder a

139. Doc. ST 11103/13 RESTREINT UE/EU RESTRICTED, de 17 de junio de 2013, «Directrices de negociación relativas a la Asociación Transatlántica sobre Comercio e Inversión, entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América», disponible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/es/pdf>, párr. 23. En la misma línea, el mandato del Consejo para la negociación del CETA, Doc. 12838/11 WTO 270 FDI 19 CDN 5 SERVICIOS 79 RESTREINT UE, de 14 de julio de 2011, «Recommendation from the Commission to the Council on the modification of the negotiating directives for an Economic Integration Agreement with Canada in order to authorise the Commission to negotiate, on behalf of the Union, on investment» disponible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12838-2011-EXT-2/en/pdf>.

140. Versión de 26 de septiembre de 2014.

las críticas de las cuales era destinatario<sup>141</sup>. De esta forma, se distanciaba del arbitraje, mucho más simple o rudimentario, previsto en los APPRI de los Estados miembros, para acercarse –y podría decirse sobrepasar– al arbitraje de inversiones de los últimos modelos de BIT de los EE. UU. de América.

32. No obstante, este «nuevo» arbitraje de inversiones de la UE no sirvió para atemperar o calmar la radical oposición que se había instalado en parte de la sociedad civil organizada europea, y que identificaba, y todavía hoy identifica, a los mecanismos ISDS como el elemento más peligroso y perturbador de los TLCI de la UE<sup>142</sup>. La existencia de un «encendido debate público» en torno a la protección de las inversiones y los mecanismos ISDS condujo a la Comisión a realizar una consulta pública *online* sobre estas cuestiones<sup>143</sup>.

A raíz de los resultados de la encuesta pública, las instituciones europeas abrieron un período de reflexión. La comisaria de comercio, C. Malmström, en un discurso ante el Comité de Comercio Internacional del Parlamento Europeo, hizo algunas propuestas que abrían el camino a nuevos enfoques, sugiriendo reformas sobre el modelo propuesto en la primera versión del

141. Sobre este modelo, *vid.* REINISCH, A., «The European Union and Investor-State Dispute Settlement: From Investor-State Arbitration to a Permanent Investment Court», *Investor-State Arbitration Series*, paper núm. 2, 2016, pp. 14-24.

142. En este sentido, el Comité Económico y Social Europeo, en su Dictamen sobre «La protección de los inversores y la resolución de controversias entre inversores y Estados en los acuerdos de la UE con terceros países en materia de comercio e inversión», DO C 332, de 8 de octubre de 2015, p. 45, párr. 1.9, refiriéndose a las previsiones del TLC con Singapur y a la primera versión del CETA, ha señalado que «(a)unque estos capítulos se proponen aportar mejoras al sistema de RCIE actual, así como establecer lo que la Comisión Europea defiende como un modelo avanzado de RCIE para la UE, no son suficientes para disipar un temor generalizado. Los modelos para Singapur y el AECG no son idénticos, y, en opinión de muchos, el sistema de RCIE sigue siendo un proceso poco equitativo y sumamente costoso que restringe la democracia, no admite el derecho de recurso y pone en peligro el derecho de los gobiernos a legislar, ya que reconoce a la inversión extranjera derechos que no están previstos en las constituciones nacionales y que no gozan los inversores del propio país. El CESE observa con preocupación que la base actual para las negociaciones sobre una zona de libre comercio entre la UE y Japón es el texto del AECG sobre la RCIE». La inclusión de los mecanismos ISDS en estos TLCI está resultando ser uno de los aspectos más controvertidos en las negociaciones de los TLCI que impulsa la UE. *Vid.* DÍEZ-HOCHLEITNER, J., «El incierto futuro del arbitraje de inversiones», *La Ley Mercantil*, núm. 19, 2015.

143. Informe sobre la «Consulta pública en línea sobre la protección de las inversiones y la solución de diferencias entre inversores y Estados en el Acuerdo de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI)», SWD(2015) 3 final, de 13 de enero de 2015, p. 2, disponible en [http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul\\_id=179](http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=179).

CETA, que constituía, a su modo de ver, «a baseline»<sup>144</sup>. En este discurso, entre otros aspectos, la Comisaria señalaba que «*the current network of agreements in place is not fit-for-purpose in the 21st century. We want the rule of law, not the rule of lawyers. If we are to continue with investment protection and international arbitration, it will need to be a very different animal*». Además, proponía por primera vez analizar la posibilidad de pasar de un sistema de tribunales arbitrales a otro de tribunales internacionales. Recogiendo el guante lanzado por la comisaria Malmström, el Parlamento Europeo, en su Resolución de 8 de julio de 2015, propuso,

«sustituir el mecanismo de resolución de litigios entre inversores y Estados por un nuevo sistema para resolver las diferencias entre los inversores y los Estados que esté sujeto a los principios y el control democráticos, en el que los posibles asuntos sean tratados de forma transparente por jueces profesionales, independientes y designados públicamente en audiencias públicas, y que incluya un mecanismo de apelación en el que se garantice la coherencia de las decisiones judiciales, se respete la jurisdicción de los tribunales de la UE y de los Estados miembros, y los intereses privados no puedan menoscabar los objetivos en materia de políticas públicas»<sup>145</sup>.

32. Tras este período de reflexión llegaría la propuesta de la Comisión, hecha pública el 16 de septiembre de 2015, que si bien había sido lanzada para ser discutida a nivel interno en el marco de las negociaciones del TTIP<sup>146</sup>, ha servido luego de patrón para el diseño del mecanismo ISDS finalmente incorporados al CETA<sup>147</sup> y al TLCI de la UE y Vietnam.

144. Discurso de la comisaria C. Malmström en el debate sobre las inversiones en el TTIP en la reunión del Comité de Comercio del Parlamento Europeo, disponible en [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-15-4624\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-4624_en.htm).

145. Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de julio de 2015, que contiene las recomendaciones del Parlamento Europeo a la Comisión Europea relativas a las negociaciones de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI), P8\_TA(2015)0252, párr. xv).

146. Disponible en [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc\\_153807.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf). Sobre la propuesta *vid.* REINISCH, A. «The European Union and Investor-State Dispute Settlement: From...», *loc. cit.*, pp. 24 y ss.; FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «Hacia la creación de un Tribunal Internacional de Inversiones», *Diario la Ley*, núm. 8650, 2015, disponible en [laleydigital360](http://laleydigital360). Para un enfoque muy crítico con la Comisión, *vid.* BROWER, C.N. «Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission becoming the Four Horsemen of the Apocalypse for International Investment Dispute Arbitration?», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VIII, núm. 3, 2015, pp. 653-686.

147. *Joint statement Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, 29 de febrero de 2016, disponible en [http://europa.eu/rapid/press-release\\_STATEMENT-16-446\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-16-446_en.htm).



El «Sistema de Tribunales de Inversión» (STI) es la nueva propuesta de la UE. Se trata de un sistema caracterizado por su composición permanente y la introducción de una instancia de apelación facultada, entre otras funciones, para pronunciarse sobre errores en la aplicación o interpretación del derecho aplicable y sobre errores manifiestos en la apreciación de los hechos. Por tanto, supone una aproximación hacia un modelo más «judicial» de los mecanismos ISDS, en contraposición al modelo arbitral clásico donde son las partes quienes deciden la composición del tribunal y se resuelve en un procedimiento que, salvo en circunstancias excepcionales, se agota en una única instancia<sup>148</sup>.

No obstante, tal y como se evidencia, por ejemplo, en el articulado del CETA, este nuevo mecanismo, a pesar de los esfuerzos que realiza para evitar el empleo del calificativo arbitral, es incapaz de desprenderse de los instrumentos y esquemas propios del arbitraje de inversiones. Así, si bien los tribunales del STI no son, en principio, tribunales arbitrales, ni sus «miembros» son árbitros<sup>149</sup>, en primer lugar, el consentimiento necesario para someterse a estos tribunales debe satisfacer los requisitos del Convenio del CIADI, del Reglamento del mecanismo complementario del CIADI y del Convenio de Nueva York de 1958. En segundo lugar, entre las reglas deontológicas que se aplican a los «miembros» de estos tribunales se encuentran las directrices de la International Bar Association (IBA) sobre los conflictos de interés en el arbitraje. En tercer lugar, los honorarios y gastos de estos miembros se determinan conforme a las Normas Administrativas y Financieras del Convenio del CIADI. En cuarto lugar, a los procedimientos que se desarrollan ante estos tribunales les resulta aplicable el Reglamento

148. La voluntad de alejarse del modelo arbitral ha encontrado expresión, por ejemplo, en el Instrumento Interpretativo Conjunto adoptado con ocasión de la firma del CETA, donde la UE y Canadá han sostenido que «(e)l AECG se aleja firmemente del planteamiento tradicional de la solución de diferencias en materia de inversión y crea tribunales sobre inversiones independientes, permanentes e imparciales, inspirados en los principios de los sistemas judiciales públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros y Canadá, así como en los tribunales internacionales como la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Vid. Instrumento Interpretativo Conjunto sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros* (doc. 13541/16), de 27 de octubre de 2016, publicado en DO L 11, de 14 de enero de 2014, p. 3, punto 6.f). En el mismo sentido, la Comisión y el Consejo en las Declaraciones para el acto del Consejo, núm. 36, (doc. 13463/1/16), de 27 de octubre de 2016, publicado en el DO L 11, de 14 de enero de 2014, p. 9.

149. En la Declaración núm. 36 de las Declaraciones para el acto del Consejo (doc. 13463/1/16), de 27 de octubre de 2016, publicado en el DO L 11, de 14 de enero de 2014, p. 9, la Comisión y el Consejo se refieren incluso a los «jueces» del Tribunal y del Tribunal de Apelación.

de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado. En quinto lugar, será la Secretaría del CIADI quien actúe como Secretaría del Tribunal de Inversiones. En sexto y último lugar, resulta especialmente llamativa la aplicación del Convenio del CIADI y del Convenio de Nueva York de 1958 en la ejecución de las decisiones dictadas por los tribunales del STI.

Por todo ello, el STI se presenta como una primera etapa de la transición hacia un modelo judicial de tribunales de inversión, como un modelo incapaz, o sin voluntad decidida, de romper con su pasado arbitral y, por consiguiente, de naturaleza equívoca.

En cualquier caso, esta propuesta de naturaleza híbrida que constituye el STI, que no resulta demasiado satisfactoria en términos generales, se plantea como una solución interina e intermedia entre el arbitraje de inversiones y el Tribunal Multilateral de Inversiones (TMI), que es la gran apuesta de la UE para el futuro. Efectivamente, la UE se está comportando como el principal valedor de esta iniciativa que en el futuro vendría a sustituir a los mecanismos ISDS particulares de los tratados de inversión bilaterales. La voluntad de crear un TMI se encuentra expresamente recogida tanto en el CETA<sup>150</sup> como en el TLCI de la UE y Vietnam<sup>151</sup>. Por su parte, el 13 de septiembre de 2017 se hizo pública una recomendación de Decisión del Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones sobre un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones, y donde se dispone que mediante esta iniciativa se aspira a crear un mecanismo ISDS «que sea permanente, independiente y legítimo; previsible por su jurisprudencia reiterada; que permita apelar las decisiones; eficaz en función de los costos;

150. Art. 8.29 CETA: «Las Partes perseguirán, junto con otros socios comerciales, la creación de un tribunal multilateral sobre inversiones y de un mecanismo de apelación para la solución de diferencias en materia de inversiones. Al crear tal mecanismo multilateral, el Comité Mixto del AECG adoptará una decisión por la que se establezca que las diferencias en materia de inversiones con arreglo a la presente sección se decidirán con arreglo al mecanismo multilateral, y formulará las disposiciones transitorias oportunas». En la declaración conjunta hecha con ocasión de la revisión del CETA, la comisaria europea de Comercio y la ministra de Comercio Internacional de Canadá afirmaban que ambas partes están «firmemente comprometidos» con el proyecto de un TMI [*Joint statement Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, 29 de febrero de 2016, disponible en [http://europa.eu/rapid/press-release-STATEMENT-16-446\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release-STATEMENT-16-446_en.htm). Este mismo compromiso ha sido reconocido en el *Instrumento interpretativo conjunto sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros* (doc. 13541/16), de 27 de octubre de 2016, publicado en DO L 11, de 14 de enero de 2014, p. 3, punto 6.i)].
151. Art. 15, del capítulo 8, capítulo 2, sección 3, subsección 4, TLCI de la UE y Vietnam.

dotado de procedimientos transparentes y eficaces, y que posibilite la intervención de terceros»<sup>152</sup>. Hoy, la Comisión ya dispone de directrices del Consejo para la negociación de esa futura convención relativa al TMI que se pretende desarrollar bajo los auspicios de la CNUDMI<sup>153</sup>.

### 3.2. La legitimidad de los mecanismos ISDS

33. Reconociendo que el arbitraje de inversiones, en sus orígenes, se inspira y hunde sus raíces en el arbitraje comercial internacional<sup>154</sup>, resulta obligado observar que la realidad de las disputas de inversión es, hoy, muy distinta. La gran mayoría de las disputas que los inversores hoy someten a arbitraje, son litigios relativos a supuestas violaciones de un tratado de inversión (*treaty claims*), donde los árbitros resuelven la supuesta responsabilidad internacional del Estado por hechos que son consecuencia del ejercicio del poder público relacionado con la gestión de asuntos públicos, en ámbitos donde están en juego intereses generales y que afectan, en muchos casos, a las necesidades básicas de la población. En definitiva, son controversias donde se impone necesariamente mayor transparencia, de modo que la sociedad pueda ejercer un control adecuado sobre la gestión del Estado en ámbitos donde se encuentra comprometido el interés general. Por todo ello, la privacidad y confidencialidad de los procedimientos arbitrales no son, más, admisibles en el arbitraje de inversiones<sup>155</sup>. La legitimidad del mecanismo arbitral depende, en parte, de la transparencia y publicidad de sus procedimientos<sup>156</sup>.

152. Recomendación de Decisión del Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones sobre un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones, de 13 de septiembre de 2017, COM(2017) 493 final, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52017PC0493>.

153. Además, ya son públicas las directrices del Consejo que la Comisión debe tener en cuenta en las negociaciones del Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral de inversiones: Doc. 12981/17 ADD 1 RESTREINT UE/EU RESTRICTED, de 1 de marzo de 2018, disponible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf>.

154. En este sentido, UNCTAD, *Investor-state disputes arising...*, op. cit., p. 22; CREMADES, B.M. y D.J. CAIRNS, «The Brave New World of Global Arbitration», *Journal of World Investment*, núm. 3, 2003, pp. 173-209; BURDEAU, G., «Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États», *Rev. arb.*, núm. 1, 1995, p. 9; VAN HARTEN, G., y M. LOUGHLIN, «Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law», *European Journal of International Law*, vol. 17, núm. 1, 2006, p. 125.

155. PRUJINER, A., «L'arbitrage unilatéral...», loc. cit., p. 98.

156. En este sentido, el Tribunal de asunto *Loewen c. EE. UU.*, decisión sobre jurisdicción de 5 de enero de 2001, Caso CIADI núm. ARB(AF)/98/3, pár. 26. Vid. MISTELIS, L., «Confidentiality and Third Party Participation...», loc. cit., p. 181.

En este sentido, es evidente que el arbitraje de inversiones ha evolucionado y ha ido modelando sus propios rasgos, alejándose paulatinamente del paradigma contractual en el que se inspiró<sup>157</sup>. El «mundo» del arbitraje de inversiones ha demostrado ser consciente de esta necesidad y ha ido dando pasos relevantes en esa dirección<sup>158</sup>. Así, la práctica arbitral, en general, ha mostrado una actitud favorable hacia la apertura de los procedimientos arbitrales. Esta actitud también se ha visto acompañada por ciertos avances importantes en la práctica convencional de los Estados y en algunas instituciones arbitrales<sup>159</sup>. En este sentido, los TLCI de la UE no solo confirman esta tendencia, materializada en la publicación de documentos relacionados con el procedimiento, la apertura de las audiencias al público o la participación terceros como *amicus curiae*; además, profundizan en aquellos elementos que sirven para dotar a los procedimientos de una mayor transparencia y publicidad. Así, por ejemplo, el CETA, amplía la lista de los documentos que deberán publicarse en virtud del Reglamento sobre transparencia de la CNUDMI de 2014 y establece que las audiencias serán públicas, salvo cuando la protección de información confidencial o protegida exija la privacidad de algunas de sus partes<sup>160</sup>.

157. IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., «Alejamiento del paradigma contractual del arbitraje de inversión», *Anuario español de derecho internacional privado*, t-VIII, 2008, pp. 595-614.

158. *Vid. supra*, apartado 2.2. Sobre las dificultades que existen para avanzar en estos objetivos, HAFNER-BURTON, E.M. y D.G. VÍCTOR, «Secrecy in International Investment Arbitration: An Empirical Analysis», *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7, 2016, pp. 161-182.

159. Así, por ejemplo, los últimos modelos de APPRI de los EE. UU. de América han introducido disposiciones dirigidas a incrementar la transparencia del arbitraje de inversiones. Por su parte, las reglas de arbitraje del CIADI y las del Mecanismo Complementario fueron reformadas en 2006 en esta misma dirección, aunque con resultados limitados. Asimismo, la CNUDMI ha adoptado un Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, que entró en vigor el 1 de abril de 2014, y se ha adoptado –en vigor desde el 18 de octubre de 2017– la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, de 10 de diciembre de 2014 («Convención de Mauricio sobre la Transparencia»), que pretende extender la aplicación del Reglamento sobre transparencia a los arbitrajes que tienen lugar en el marco de tratados de inversión celebrados antes del 1 de abril de 2014. *Vid.* HAMAMOTO, S., «Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et la Convention de Maurice sur la transparence», *Journal du droit international*, núm. 1, 2016, pp. 3-59.

160. El TLCI UE-Singapur ha optado por incorporar al acuerdo un Anexo 9-G de Reglas sobre acceso público a documentos, audiencias y la posibilidad para terceras personas de hacer presentaciones en calidad de *amicus curiae*, que va en la misma línea que las Reglas de la CNUDMI.

34. Los mecanismos ISDS también está siendo duramente criticados desde la perspectiva de la independencia e imparcialidad de los miembros que componen el tribunal. No cabe duda de que los atributos de independencia e imparcialidad de los árbitros constituyen una característica fundamental, necesaria e irrenunciable de cualquier arbitraje que pretenda ser una alternativa legítima a los tribunales internos de los Estados. La más mínima duda en torno a la imparcialidad o independencia de los árbitros del tribunal podría servir para desacreditar el laudo o la propia institución del arbitraje de inversiones<sup>161</sup>. Sin embargo, del arbitraje de inversiones se ha dicho que «*shifts powers of domestic and international courts to for-profit arbitrators whose proposed powers and procedures do not satisfy basic standards of judicial independence and fair process*»<sup>162</sup>. De forma particular se critica que no esté garantizada la inamovilidad de los árbitros, que el montante de los salarios esté condicionado a que el caso prospere y al tiempo que lleva resolverlo, que no esté prohibido el trabajo jurídico paralelo de los árbitros –lo que puede dar lugar a conflictos de intereses–, y que no está previsto un método objetivo de asignación de asuntos<sup>163</sup>.

Ciertamente, en el arbitraje de inversiones las conexiones entre los árbitros y las partes no son difíciles de encontrar; muchos árbitros son, a su vez, «socios de firmas globales de abogados y las multinacionales globalizadas son los principales usuarios tanto del arbitraje comercial internacional como de las firmas globales de abogados»<sup>164</sup>. Así, no es extraño que una persona ahora actúe de abogado de parte y luego como árbitro<sup>165</sup>. La falta de confianza en los árbitros es, por tanto, una de las razones que lleva a algunos a negar la legitimidad del arbitraje<sup>166</sup>.

161. CREMADES, B.M., y CAIRNS, D.J., «El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores», *La Ley*, año XXIII, núm. 4, 2002, p. 9. Sobre la cuestión de la independencia, imparcialidad y neutralidad de los árbitros, en general, *vid.* GAVAN GRIFFITH, Q.C., «Constitution of Arbitral Tribunals: The Duty if Impartiality in Tribunals or Choose Your Arbitrator Wisely», *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 13, núm. 1, 1998, pp. 36-50.

162. VAN HARTEN, G., «A report on the flawed proposals for investorstate dispute settlement (ISDS) in TTIP and CETA», *Osgoode Legal Studies Research Paper núm. 16*, vol. 11, núm. 04, 2015, p. 1, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2595189](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2595189).

163. *Ibid* p. 3.

164. CREMADES, B.M., y CAIRNS, D.J. «El arbitraje en la encrucijada...», *loc. cit.*, p. 9.

165. Así, según un estudio de la OCDE («Investor-State Dispute Settlement Public Consultation: 16 May – 9 July 2012», 2012, disponible en <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/50291642.pdf>, p. 43) el 50% de los árbitros ISDS han actuado como consejeros de inversores en otros casos ISDS.

166. Sobre esta cuestión, *vid.* FRANCK, S.D., «The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions», *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005, pp. 1594-1601.

Sin entrar a valorar la independencia e imparcialidad de los tribunales arbitrales del pasado, no cabe duda de que el STI ofrece, en principio, mayores garantías que el arbitraje de inversiones tradicional<sup>167</sup>. Así, sobre todo, el carácter permanente del nuevo mecanismo debería interpretarse como un paso decisivo en esa dirección. Pero los TLCI de la UE también prevén, entre otras medidas: la aplicación de códigos deontológicos más estrictos; la prohibición a los «miembros» del tribunal de actuar como asesores, expertos o testigos en otras controversias de inversión (el trabajo jurídico paralelo); y la asignación a un tercero de la facultad para resolver las solicitudes de recusación. Por su parte, tampoco cabe descartar a futuro la implementación de medidas todavía más garantistas, como la que supondría pasar a un modelo de remuneración fija y dedicación exclusiva de los «miembros» del tribunal<sup>168</sup>.

35. La legitimidad de los mecanismos ISDS también se asocia a la coherencia de la «jurisprudencia» arbitral y, por tanto, a la previsibilidad de los resultados de la función juzgadora<sup>169</sup>. La existencia de decisiones contradictorias es menos aceptable cuanto mayor sea la relevancia pública y dimensión económica del litigio. Por otra parte, las controversias de inversión pueden presentar una vinculación muy estrecha cuando estas tengan su origen en unos mismos hechos, como fue el caso de las demandas planteadas en el contexto de la crisis argentina en 2001 o, más recientemente, en el caso de los procedimientos iniciados contra España tras los «recortes» en las renovables. Por tanto, la puesta en marcha de procedimientos paralelos que traen causa en unos mismos hechos y el consiguiente riesgo de decisiones contradictorias supone una amenaza para la legitimidad del sistema. Esta amenaza se ve acentuada por el fenómeno del *treaty shopping*, la diferenciación entre *treaty claims* y *contract claims* y el empleo de un concepto convencional amplio de «inversión», por su efecto multiplicador en el número de controversias susceptibles de ser sometidas a arbitraje.

167. Sobre las previsiones del CETA dirigidas a preservar la independencia e imparcialidad del tribunal *vid.* SCHACHERER, S., «TPP, CETA and TTIP Between Innovation and Consolidation-Resolving Investor-State Disputes under Mega-regionals», *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7, 2016, pp. 633 y ss.

168. Declaraciones para el acto del Consejo, núm. 36, (doc. 13463/1/16), de 27 de octubre de 2016, publicado en el DO L 11, de 14 de enero de 2017, p. 9.

169. *Vid.* FRANCK, S.D., «The Legitimacy Crisis...», *loc. cit.*, pp. 1521-1625; *id.*, «The Nature and Enforcement of Investor Rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have a Bright Future», *U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y*, 2005, pp. 47-99. KAUFMANN-KOHLER, G., «Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are There Differences?», *Annulment of ICSID Awards* (E. Gaillard y Y. Banifatemi eds.), Nueva York, Juris Publishing, 2004, p. 219, opina que el riesgo de decisiones inconsistentes puede desacreditar el sistema.



Durante los últimos años, se han planteado y desarrollado distintas soluciones con la finalidad de paliar los indeseados efectos que provoca la multiplicidad de procedimientos arbitrales en el sector. Una primera solución para evitar decisiones contradictorias ha sido proceder al nombramiento de unos mismos árbitros para tribunales distintos<sup>170</sup>. Una segunda solución ha consistido en la acumulación de procedimientos que versan sobre cuestiones de hecho o de derecho comunes<sup>171</sup>. Por último, durante los últimos años se viene barajando una tercera solución: introducir la apelación en el sistema del arbitraje de inversiones<sup>172</sup>.

Evidentemente, el STI, con una composición reducida de miembros y su carácter permanente, pero, sobre todo, con la creación de un tribunal de apelación realiza una aportación, sin duda, positiva para la coherencia de la futura práctica arbitral. No obstante, la importancia de esta instancia de apelación no debe exagerarse, especialmente, porque estos tribunales de

170. Por ejemplo, recomendado por el Secretariado del CIADI, se nombraron dos tribunales con una idéntica composición en los asuntos *Salini c. Marruecos*, Caso CIADI núm. ARB/00/4, y *Consortium R.F.C.C. c. Marruecos*, Caso CIADI núm. ARB/00/6; en estos casos, el APPRI que servía de base a las reclamaciones era el mismo y el trasfondo legal y los hechos eran similares. En el contexto de la crisis de Argentina también se ha echado mano de esta solución en alguna ocasión como en los asuntos *Sempra c. Argentina* Caso CIADI núm. ARB/02/16 y *Camuzzi c. Argentina* Caso CIADI núm. ARB/03/2.
171. Vid. CRIVELLARO, A., «Consolidation...», *loc. cit.*, pp. 371-420; FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «Presente y futuro...», *loc. cit.*; GONZÁLEZ GARCÍA, L.A., «Is Consolidation...», *loc. cit.*; OCDE, «Improving the System...», *loc. cit.*, pp. 17-25; SUÁREZ ANZORENA, I., «Acumulación...», *loc. cit.*, pp. 113-120; CRÉPET, C. «La concurrence des procédures de règlement des différends», *Gazette du Palais: Les cahiers de l'arbitrage*, núm. 2003/2, segunda parte, pp. 15-17.
172. En este sentido, el *U.S Trade Act de 2002* incluía entre sus objetivos mejorar los mecanismos ISDS mediante el establecimiento de un órgano de apelación o algún mecanismo similar que contribuyese a dar coherencia a las interpretaciones de las normas de inversión en los tratados comerciales (*vid.* LEGUM, B., «The Introduction of an Appellate Mechanism: the U.S. Trade Act of 2002», *Annulment of ICSID Awards*, E. Gaillard y Y. Banifatemi eds., Nueva York, Juris Publishing, 2004, pp. 289-292). La posibilidad de instaurar un mecanismo de apelación en el marco del CIADI y otros arbitrajes de inversión convencionales también fue considerada en el documento de debate presentado por el Secretariado del CIADI con ocasión de la reforma, en 2006, de sus reglas de arbitraje (CIADI, *Possible improvements of the framework for ICSID arbitration, Discussion Paper*, 22 de octubre de 2004). Sobre el posible mecanismo de apelación *vid.* GAL-OR, N., «The Concept of Appeal in International Dispute Settlement», *European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 1, 2008 pp. 43-65; GANTZ, D.A., «An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor – State Disputes: Prospects and Challenges», *bepress Legal Series*, paper 703, 2005, disponible en <http://law.bepress.com/expresso/eps/703>; TAMS, C.J., «An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure», *Essays in Transnational Economic Law*, núm. 57, junio 2006, disponible en <http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/altbestand/Heft57.pdf>.

apelación solo tendrán autoridad para la interpretación del TLCI que los crea; es decir, respecto a uno de los más de dos mil tratados de inversión de carácter bilateral en vigor. En cualquier caso, la aportación de los nuevos TLCI de la UE no se limita a introducir una instancia de apelación. Estos acuerdos también prevén, por una parte, la acumulación de demandas y, por otra, la obligación de retirar, suspender o renunciar al derecho de entablar cualquier otra reclamación ante un tribunal interno o internacional cuando esa diferencia sea sometida al mecanismo previsto en el correspondiente TLCI<sup>173</sup>. En cualquier caso, no cabe duda de que el principal avance para la coherencia y previsibilidad de las normas sobre inversión sería la creación del proyectado TMI; y sería aún mayor, si, tal y como se desprende de las directrices de negociación de la Comisión, este tribunal termina incluyendo una instancia de apelación<sup>174</sup>.

36. Es posible que el mayor hándicap que deban superar los mecanismos ISDS para ganar la batalla de su legitimidad sea el de la imagen que proyectan al exterior. El arbitraje de inversiones es percibido por la sociedad civil como un mecanismo «exclusivo» (sólo para grandes inversores), «discriminatorio» (sólo para extranjeros) y «unidireccional» (favorece exclusivamente al inversor). Pero ¿se ajusta esta imagen a la realidad?

Primero, existe un hecho innegable que es el siguiente: el arbitraje de inversión, hoy por hoy, es un mecanismo en el que quien actúa como demandante es el inversor y es el Estado quien se pone en la piel del demandado, habiéndose convertido, así, en un instrumento prácticamente unidireccional. En este sentido, efectivamente, el arbitraje de inversión beneficia únicamente al inversor<sup>175</sup>. No obstante, esto no debe extrañar en la medida en que los APPRI sólo prevén derechos (no obligaciones) a

173. Por ejemplo, el art. 8.22.1. CETA.

174. Doc. 12981/17 ADD 1 RESTREINT UE/EU RESTRICTED, de 1 de marzo de 2018, disponible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf>, apartado 10.

175. Vid. TORAL, M., y T. SCHULTZ, «The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations», en *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, (M. WAIBEL, A. KAUSHAL, K.L. CHUNG y C. BALCHIN, eds.), Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2010, pp. 577-602. Si bien nada impide que controversias contractuales entre Estados e inversores puedan ser sometidas a arbitraje de inversión y, por tanto, que el Estado pueda actuar como parte demandante en estos procedimientos, lo cierto es que en la práctica se han dado muy pocos casos de este tipo. Estos autores mencionan los asuntos *Gobierno de Gabón c. Société Serete*, Caso CIADI núm. ARB/76/1; *Tanzania Electric Supply Company Limited c. Independent Power Tanzania Limited*, Caso CIADI núm. ARB/98/8; *Gobierno de la Provincia de Kalimantan Este c. PT Kaltim Prima Coal y otros*, Caso CIADI núm. ARB/07/3; *Ecuador c. BNDES*, arbitraje CCI; *Nicaragua c. Grupo Barceló Montelímar* (caso CIADI fuera de la lista de casos).

favor del inversor. Por tanto, entre los Estados y los inversores extranjeros se observa un desequilibrio o «asimetría» de origen en los APPRI, lo que conduce a que el arbitraje de inversiones sea utilizado solo para la defensa de los derechos (privados) del inversor. Los nuevos TLCI de la UE se resisten a establecer ningún tipo de obligación para los inversores que actúan bajo su protección, más allá de introducir, como es caso del CETA, referencias a «las orientaciones y los principios reconocidos internacionalmente sobre conducta empresarial responsable» y, en particular, a las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales<sup>176</sup>.

Segundo: el arbitraje de inversiones es un mecanismo exclusivo. Únicamente aquellos que tengan la capacidad económica para hacer frente a los gastos que se originan durante el procedimiento podrán valerse del mismo. Teniendo en cuenta que estos gastos son francamente cuantiosos<sup>177</sup>, el pequeño y mediano inversor se encuentra *de facto* excluido del grupo de los sujetos que pueden beneficiarse de esta alternativa frente a la vía de los tribunales internos. Aunque los nuevos TLCI de la UE incorporan previsiones dirigidas a abrir estos mecanismos a la pequeña y mediana empresa, no parece que estas sean suficientes para lograr dicho objetivo. Por un lado, la opción de constituir un tribunal con un solo árbitro, hoy por hoy, necesita del acuerdo de ambas partes, a pesar de que, por ejemplo, el CETA disponga que la solicitud del demandante en tal sentido deberá «considerarlo favorablemente» el demandado<sup>178</sup>. Por otro lado, los honorarios de los tribunales de inversión que se constituyan en el marco de estos TLCI se establecerán conforme a las mismas reglas que emplean los tribunales del CIADI<sup>179</sup>.

176. Esta referencia se encuentra recogida en el preámbulo y en el art. 22.3 del acuerdo. *Declaración sobre inversiones internacionales y empresas transnacionales* de la OCDE, de 21 de junio de 1976 (con su última revisión de 25 de mayo de 2011, donde se proponen las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*).

177. Comité Económico y Social Europeo, Dictamen sobre «La protección de los inversores y la resolución de controversias entre inversores y Estados en los acuerdos de la UE con terceros países en materia de comercio e inversión», DO C 332, de 8 de octubre de 2015, p. 45, párr. 3.4.1, señala que el coste medio de un procedimiento arbitral es de 4 millones de US\$ para cada parte. Además, el 82% de cantidad corresponde a los honorarios de los letrados. *Vid.* UNCTAD, *Investor-State Dispute...*, *op. cit.* pp. 145-150.

178. Art. 8.23, apdo. quinto. En la versión inglesa se dice que «*(t)he respondent shall give sympathetic consideration to that request*» (énfasis añadido). Art. 9.16 punto 3, TLCI UE-Singapur.

179. Sin embargo, no cabe descartar que a futuro se adopten medidas adicionales dirigidas a facilitar el acceso a los pequeños inversores. En este sentido, el CETA reconoce al Comité Mixto del AECG la facultad de estudiar normas complementarias destinadas a reducir la carga financiera que pesa sobre los demandantes que sean personas físicas o pequeñas y medianas empresas, tomando en consideración, en particular, los recursos financieros de estos demandantes y el importe de la compensación solicitada. *Vid.* Artículo 8.39.6 CETA. Declaraciones para el acto del Consejo, núm.

Tercero: otro de los aspectos que se critican de los mecanismos ISDS de los TLCI de la UE es que solo beneficia al inversor extranjero, lo que supone la discriminación del inversor nacional o europeo<sup>180</sup>. La existencia de tan vasta red de APPRI, sumada a la realidad de las grandes empresas multinacionales y la práctica de la deslocalización de las sociedades que conforman el grupo empresarial, facilita el fenómeno del *treaty shopping*, esto es, que el inversor elija el Estado y, por tanto, el tratado que más le convenga a la hora de plantear una reclamación internacional<sup>181</sup>. Ello puede facilitar la transformación del inversor nacional en «extranjero». Por tanto, este hecho invita a pensar que quizás el arbitraje de inversiones no favorece tanto al inversor «extranjero» como al «gran» inversor. Las estrategias de organización empresarial permiten relativizar la importancia de la nacionalidad del inversor que se mueve con facilidad a través de las fronteras. Sin embargo, la magnitud de los arbitrajes de inversión y los elevadísimos costes que implica para las partes los gastos de defensa y en los que incurre la institución o el tribunal arbitral, hace que el arbitraje que hoy conocemos se haya convertido un mecanismo al alcance de una minoría y un negocio francamente rentable para la selecta industria del arbitraje de inversión. La capacidad económica para hacer frente a un procedimiento arbitral se convierte así en un factor quizás más determinante de la propia nacionalidad. Por todo ello, el arbitraje de inversión, en la práctica, se configura como un mecanismo desigual al servicio del gran inversor.

### 3.3. Los mecanismos ISDS y el derecho de la UE: la incógnita de su compatibilidad

37. El futuro de los mecanismos ISDS en la Unión depende, en parte, de que este sea compatible con el ordenamiento jurídico de la UE y con la

36, (doc. 13463/1/16), de 27 de octubre de 2016, publicado en el DO L 11, de 14 de enero de 2017, p. 9. En estas declaraciones, la Comisión se ha comprometido a revisar el acceso de los usuarios más vulnerables, como son las PYMEs y los particulares. Así, se prevé, por un lado, que la adopción de estas normas complementarias «será tramitada de forma que dichas normas puedan adoptarse cuanto antes», y, por otro lado, que «con independencia del resultado de los debates en el seno del Comité Mixto, la Comisión propondrá medidas adecuadas de (co)financiación pública para las acciones de las pequeñas y medianas empresas interpuestas ante dicho órgano jurisdiccional así como la concesión de asistencia técnica».

180. Ver, en este sentido, las críticas de VAN HARTEN, G., «A report on the flawed proposals...», *loc. cit.*, pp. 5-7.

181. *Vid.* CREMADES, B.M., y CAIRNS, D.J. «El arbitraje en la encrucijada...», *loc. cit.*, p. 9; UNCTAD, *Investor-state disputes arising...*, *op. cit.*, pp. 21-22; BURDEAU, G. «Nouvelles perspectives...», *loc. cit.*, pp. 18-19; VAN HARTEN, G., y M. LOUGHLIN, «Investment Treaty Arbitration as a...», *loc. cit.*, pp. 137-139.

función que el TJUE viene desempeñando como tribunal «constitucional» de la UE<sup>182</sup>. En virtud del art. 19.1 del TUE, corresponde al TJUE, junto a los tribunales internos de los Estados miembros, garantizar «el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados». Por tanto, para que el arbitraje de inversiones sea compatible con el derecho de la UE debe respetar la función «constitucional» del TJUE de garantizar la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE<sup>183</sup>. La autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión se convierte, así, en uno de los principales obstáculos que deberán sortear los mecanismos ISDS propuestos por la UE, para que estos puedan ser incorporados en los futuros TLCI. En este sentido, la solicitud de Bélgica al TJUE para que se pronuncie sobre la compatibilidad del STI previsto en el CETA con el ordenamiento jurídico de la UE constituye un acontecimiento crucial que marcará el devenir de los mecanismos ISDS en la UE<sup>184</sup>.

No es la primera vez que se plantea ante el TJUE el problema de la compatibilidad de tribunales internacionales o externos con su función de garante de la autonomía del derecho de la Unión<sup>185</sup>. El TJUE, ya en

182. SCHILL, S.W., «Luxembourg Limits: Conditions for Investor-State Dispute Settlement under Future EU Investment Agreements», en *EU and Investment Agreements. Open Questions and Remaining Challenges* (Eds. M. Bungenberg, A. Reinisch, C. Tietje), Nomos, Alemania, 2013, pp. 37-54.
183. *Ibid.*, p. 41. *Vid.*, también, HINDELANG, S., «The Autonomy of the European Legal Order. EU Constitutional Limits to Investor-State Arbitration on the Basis of Future EU Investment-Related Agreements», en *European Yearbook of International Economic Law, special issue: Common Commercial Policy after Lisbon*, Springer, 2013, pp. 187-198. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., «Quel rôle pour la Cour de Justice?», en *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2011, pp. 37-45. IRURETAGOIENÁ AGIRREZABALAGA, I., «Mecanismos de arreglo de diferencias entre inversores y Estados (ISDS) y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea: ¿Una ecuación (im)posible?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 59, 2018, pp. 219-262.
184. Dictamen 1/17, Solicitud de dictamen presentada por el Reino de Bélgica en virtud del artículo 218 TFUE, apartado 11, DO C 369, de 30 de octubre de 2017, p. 2. *CETA. Belgian request for an opinion from the European Court of Justice*, sometido al TJUE el 6 de septiembre de 2017, en [https://diplomatie.belgium.be/sites/default/files/downloads/ceta\\_summary.pdf](https://diplomatie.belgium.be/sites/default/files/downloads/ceta_summary.pdf). Esta solicitud se da en cumplimiento del compromiso adoptado a nivel interno con la región de Valonia, tras la inicial negativa de esta región ante la firma del CETA. *Vid.* el documento *Déclaration du Royaume de Belgique relative aux conditions de pleins pouvoirs par l'Etat fédéral et les Entités fédérées pour la signature du CETA* (en [https://www.global2000.at/sites/global/files/Belgische\\_Einigung\\_zu\\_CETA.pdf](https://www.global2000.at/sites/global/files/Belgische_Einigung_zu_CETA.pdf)) que hizo posible finalmente superar el bloqueo impuesto por el Parlamento de Valonia, tal y como pone de manifiesto la Motion 633 (2016-2017), núm. 3, de 28 de octubre de 2016, *déposée en conclusion du débat sur l'Accord économique et commercial global (AECG-CETA)*, disponible en [http://nautilus.parlement-wallon.be/Archives/2016\\_2017/MOTION/633\\_3.pdf](http://nautilus.parlement-wallon.be/Archives/2016_2017/MOTION/633_3.pdf).
185. *Vid.* PARISH, M., «International Courts and the European Legal Order», *European Journal of International Law*, vol. 23, núm. 1, 2012, pp. 141-153; en opinión de Parish

su dictamen 1/91 reconoció que un acuerdo internacional que prevé un «sistema jurisdiccional propio que comprende un órgano jurisdiccional competente para resolver las controversias entre las partes contratantes del Acuerdo y, por consiguiente, para interpretar las disposiciones de éste, (...) es en principio, compatible con el Derecho comunitario»<sup>186</sup>.

Se ha de advertir que, como tónica general, ante la perspectiva de someterse a un tribunal internacional, el TJUE se ha mostrado excesivamente cauteloso, celoso de preservar la especial naturaleza del ordenamiento jurídico de la UE y su competencia exclusiva para la interpretación y aplicación de sus normas<sup>187</sup>. Esta ha sido la postura que ha mantenido el TJUE ante la propuesta de Tribunal para el Espacio Económico Europeo en el dictamen 1/91<sup>188</sup>, respecto del Órgano de Apelación de la OMC, respecto del arbitraje interestatal previsto en la Convención en el asunto *MOX plant*<sup>189</sup>, en el dictamen 1/00 en relación al sistema de vigilancia jurisdiccional previsto en el Proyecto de Acuerdo referente a la creación del Espacio Europeo Aéreo Común entre la Comunidad Europea y países terceros (Acuerdo EEAC)<sup>190</sup> y, también, respecto de la propuesta de Acuerdo por el que se creaba un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes<sup>191</sup>. La expresión más extrema de esta posición defensiva del TJUE lo encontramos en el Dictamen 2/13, dictado con ocasión del proyecto de Acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la consiguiente aceptación de la jurisdicción del Tribunal Europeo de

(p. 152), la posición del TJUE es demasiado restrictiva y representa una desacertada política. LAVRANOS, N., «Is an international investor-to-state arbitration system under the auspices of the ECJ possible?», 2011, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1973491](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1973491).

186. Dictamen 1/91 del Tribunal de Justicia, de 14 de diciembre de 1991, EU:C:1991:490, apdos. 40 y 70; Dictamen 1/09 del Tribunal de Justicia, de 8 de marzo de 2011, EU:C:2011:123, apdo. 74. Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, apdo. 182. De esta manera, se entiende que la competencia de la UE en materia de relaciones internacionales y su capacidad para celebrar acuerdos internacionales implica, necesariamente, la facultad de someterse a las resoluciones de órganos jurisdiccionales creados o designados por tales acuerdos.

187. LAVRANOS, N., «Is an international investor-to-state...», *loc. cit.*, p. 10.

188. Dictamen 1/09 del Tribunal de Justicia, de 8 de marzo de 2011, EU:C:2011:123.

189. Asunto *Mox Plant*, C-459/03, Comisión c. Irlanda, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 30 de mayo de 2006.

190. Dictamen 1/00 del Tribunal de Justicia, de 18 de abril de 2002, EU:C:2002:231.

191. Dictamen 1/09 del Tribunal de Justicia, de 8 de marzo de 2011, EU:C:2011:123. *Vid.* LAVRANOS, N., «Designing an International Investor-to-State Arbitration System After Opinion 1/09», en *European Yearbook of International Economic Law, Special Issue: Common Commercial Policy after Lisbon* (eds. M. Bungenberg y C. Herrmann), Springer, Germany, 2013, pp. 199-219.



Derechos Humanos<sup>192</sup>. De alguna manera, todos estos ejemplos, tal y como apuntan algunos autores, no casan bien con la tendencia a la proliferación de tribunales internacionales y a la cooperación entre los mismos en el panorama internacional<sup>193</sup>.

38. En todos estos precedentes el TJUE ha identificado varios criterios o condiciones que deben cumplirse para que un tribunal externo al sistema jurisdiccional de la UE pueda considerarse compatible con el derecho de la Unión y, por tanto, respetuoso con las características específicas de la Unión y de su derecho. Atendiendo a la rigidez de estos criterios, por ejemplo, se ha afirmado que «*only very limited room is left by the ECJ to the Member States and the European institutions for establishing a properly functioning independent investor-to-state arbitration system within the European legal order*»<sup>194</sup>.

Según estas condiciones, en primer lugar, los mecanismos ISDS no deberían estar facultados para resolver cuestiones relativas al orden de competencias definido en los tratados de la UE, como es el reparto

192. Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454. Vid. EECKHOUT, P., «Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky», *Fordham International Law Journal*, vol. 38, núm. 4, 2015, pp. 955-992. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia», *La Ley Unión Europea*, núm. 23, 2015, pp. 1-20, disponible en la web [laleydigital360](http://laleydigital360); GÓNZÁLEZ VEGA, J.A., «La “teoría del big bang” o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo», *La Ley Unión Europea*, núm. 25, 2015, pp. 1-43, disponible en la web [laleydigital360](http://laleydigital360). MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 52, 2015, pp. 825-869.

193. SCHILL, S.W., «Luxembourg Limits...», *loc. cit.*, p. 43. En la misma línea, para LAVRANOS, N., «The ECJ's relationship with other international courts and tribunals», en *Europe-The New Legal Realism, Essays in Honour of Hjalte Rasmussen* (Karsten Hagel-Sorensen, Ulrich Haltern, Henning Koch y Joseph Weiler eds.), Djof Publishing, 2010, pp. 394-395, que el tribunal se considere a sí mismo el único facultado para aplicar e interpretar de forma autorizada el Derecho de la Unión, «*is increasingly difficult to reconcile with the growing importance and expanding jurisdiction of international courts and tribunals, which is part of an ongoing process of institutionalization or even constitutionalization of international law*». Íd. «Designing an International Investor-to-State Arbitration System After Opinion 1/09», en *European Yearbook of International Economic Law, special issue: Common Commercial Policy after Lisbon*, Springer, 2013, p. 211. GOVAERE, I., «Beware of the Trojan Horse: Dispute Settlement in (Mixed) Agreements and the Autonomy of the EU Legal Order», en *Mixed agreements revisited: the EU and Its Member States in the World*, 2010, Hart, Oxford, pp. 187-207, por su parte, considera que si la UE quiere ser un actor creíble y relevante en la escena internacional, entonces debe ser capaz de jugar conforme a las reglas del derecho internacional público y obedecer, también, los principios del Derecho internacional en relación con el arreglo de diferencias.

194. LAVRANOS, N., «Is an international investor-to-state...», *loc. cit.*, p. 15.

competencial entre la UE y los Estados miembros, o el alcance de las competencias de las instituciones europeas, ya que estas cuestiones entran dentro de la competencia exclusiva del TJUE<sup>195</sup>. En segundo lugar, los tribunales de inversión afectarían a la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE si tuvieran la facultad de vincular a la Unión en una interpretación concreta del derecho de la UE<sup>196</sup> o si la competencia del TJUE para controlar la legalidad de los actos de las instituciones europeas se viera cercenada<sup>197</sup>. En tercer lugar, los mecanismos ISDS previstos en los futuros TLCI no deben permitir a los Estados miembros sustraer litigios relativos a la interpretación y aplicación del derecho de la UE de los procedimientos de solución previstos en los Tratados, en contravención a lo dispuesto en el art. 344 TFUE<sup>198</sup>. Finalmente, dada la importancia capital que se le reconoce al diálogo entre el TJUE y los tribunales internos de los Estados miembros que se da a través de la remisión prejudicial del art. 267 TFUE<sup>199</sup>, a fin de garantizar la aplicación e interpretación uniforme del derecho de la UE, transferir casos que deberían resolverse en los tribunales internos a tribunales externos al sistema jurisdiccional previsto en los tratados de la UE puede resultar problemático.

195. Dictamen 1/91 del Tribunal de Justicia, de 14 de diciembre de 1991, EU:C:1991:490, apdos. 33-36.; Dictamen 1/00 del Tribunal de Justicia, de 18 de abril de 2002, EU:C:2002:231, apdo. 21; SCHILL, S.W., «Luxembourg Limits...», *loc. cit.*, p. 46. HINDELANG, S., «The Autonomy...», *loc. cit.*, pp. 191-192.

196. Dictamen 1/91 del Tribunal de Justicia, de 14 de diciembre de 1991, EU:C:1991:490, apdos. 41-46; Dictamen 1/00 del Tribunal de Justicia, de 18 de abril de 2002, EU:C:2002:231, apdo. 13; Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, apdo. 184.

197. Dictamen 1/00 del Tribunal de Justicia, de 18 de abril de 2002, EU:C:2002:231, apdo. 24, se refiere al «monopolio del control de legalidad de los actos de las instituciones comunitarias».

198. El carácter exclusivo de la competencia del TJUE prevista en el art. 344 TFUE ha sido señalada por el propio Tribunal en la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 30 de mayo de 2006, asunto *Mox Plant*, EU:C:2006:345, apdo. 123, y en el dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, apdo. 201.

199. El procedimiento de remisión prejudicial previsto en el art. 267 TFUE es la piedra angular que sostiene este edificio jurisdiccional, debido a que constituye el cauce principal a través del cual se desarrolla la cooperación entre el TJUE y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Tal y como ha señalado el TJUE, el procedimiento del art. 267 TFUE establece un diálogo de juez a juez entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que tiene por finalidad asegurar la unidad de interpretación del Derecho de la Unión, permitiendo, así, «garantizar su coherencia, su plena eficacia y su autonomía, así como, en última instancia, el carácter propio del Derecho instituido por los Tratados» (Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, apdo. 176). *Vid.* ALONSO GARCÍA, R. «La cuestión prejudicial, piedra angular de la integración europea», *European Inklings (EUi)*, vol. 4, 2014, pp. 9-27.

39. La inflexibilidad y el celo mostrados hasta hoy por el TJUE – especialmente llamativa en relación con el TEDH, por tratarse de un ámbito como los derechos humanos donde, más allá de la fría argumentación jurídica, podían haber influido motivaciones de carácter político o intereses de más alta consideración– hace difícil pronosticar la opinión que le merecerá al TJUE la inclusión de mecanismos ISDS en los TLCI de la UE. Una cosa parece clara: no será un camino fácil. Además, si alguien albergara alguna duda sobre esta última afirmación, la sentencia del TJUE en el asunto *Achmea* ha venido a confirmarla. En su decisión, de 6 de marzo de 2018, el TJUE ha considerado que el arbitraje de inversiones previsto en un APPRI intra-UE y desarrollado en territorio de un Estado miembro conforme a las reglas de arbitraje de la CNUDMI es incompatible con el ordenamiento jurídico de la UE, al contravenir lo dispuesto en los arts. 267 y de 344 TFUE<sup>200</sup>.

Los nuevos TLCI de la UE están incorporando disposiciones dirigidas a superar el elevadísimo umbral que el TJUE ha establecido a todo tribunal externo que pretenda ser respetuoso con la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE. En este sentido, en primer lugar, los nuevos TLCI de la UE disponen que será la UE quien determine el sujeto (la propia Unión o algún Estado miembro) que actuará como demandado en un procedimiento sometido al conocimiento del tribunal de inversiones, lo que puede servir para evitar cualquier tentación de este tribunal de entrar a decidir la distribución competencial para la determinación de la parte demandada<sup>201</sup>. En segundo lugar, limitan expresamente la competencia de los tribunales de inversión a las reclamaciones fundadas en el propio tratado, a fin de evitar que estos se pronuncien sobre cuestiones de derecho de la UE<sup>202</sup>. En tercer lugar, en la previsión relativa al derecho aplicable, al derecho de la UE es tratado como un elemento de hecho y, además, se dispone que el tribunal debe seguir la interpretación predominante dada por los órganos jurisdiccionales o las autoridades correspondientes, es decir, el TJUE. Asimismo, se dice expresamente que la interpretación que pueda realizar el tribunal de inversiones no será vinculante para esos órganos

200. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, asunto C-284/16, EU:C:2018:158.

201. Art. 8.21 CETA; art. 9.15 del TLCI de la UE y Singapur; art. 6 del capítulo 8, capítulo II, sección 3, subsección 1 TLCI de la UE y Vietnam. Para una visión crítica de estas disposiciones *vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, A.M., «El Sistema de Tribunales de Inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 57, 2017, p. 48.

202. *Vid.*, por ejemplo, el art. 8.18 CETA; art. 9.11 del TLCI de la UE y Singapur; art. 1 del capítulo 8, capítulo II, sección 3, subsección 1 TLCI de la UE y Vietnam.

jurisdiccionales o esas autoridades<sup>203</sup>. En cualquier caso, está por ver si todas estas precauciones serán suficientes para superar el severo escrutinio del TJUE.

#### 4. EL DEBILITAMIENTO DEL ESTADO A RAÍZ DE UNA MAYOR LIBERALIZACIÓN DE LOS FLUJOS DE INVERSIÓN

40. Son muchos los aspectos, perspectivas y contenidos que invitan a la reflexión en los nuevos acuerdos de inversión de la UE. Sin lugar a dudas, tal y como se viene mostrando durante el presente trabajo, estos acuerdos incorporan aspectos novedosos como respuesta a las principales críticas que viene recibiendo el derecho de las inversiones extranjeras en los últimos tiempos: se incrementa la seguridad jurídica gracias a la redacción más detallada de sus normas; se prevén disposiciones dirigidas a salvaguardar el derecho a regular de los Estados miembros; y se impulsa un nuevo modelo de arreglo de diferencias inversor-Estado más transparente, público y coherente.

Sin embargo, existen aspectos que parecen caminar en otra dirección; se trata de la dimensión menos mediática, pero que refleja de forma nítida la ideología que se esconde detrás de estos nuevos acuerdos. Junto a los elementos que incrementan la legitimidad de la regulación, hay otros dirigidos a aumentar los flujos de inversión privada a través de medidas que implican un debilitamiento del Estado. Así, los TLCI europeos introducen elementos que permiten sostener que el modelo que propone la UE profundiza en la liberalización y la desregulación de las operaciones de inversión, al tiempo que les aseguran un elevado nivel de protección, a costa de las facultades soberanas de los Estados que, en su caso, les permitirían controlar y regular la actividad inversora y, por tanto, acomodar los intereses privados de los inversores a los intereses públicos generales que puedan verse involucrados.

203. Art. 8.31 CETA; en la misma línea, art. 16 del capítulo 8, capítulo II, sección 3, subsección 5 TLCI de la UE y Vietnam. ANKERSMIT, L., «The Compatibility of Investment Arbitration in EU Trade Agreements with the EU Judicial System», *Journal for European Environmental & Planning Law*, vol. 13, núm. 1, 2016, p. 53, considera que es cuestionable si esta formulación será suficiente para evitar que los tribunales ISDS se refieran a cuestiones de Derecho de la Unión. Por su parte, ZELAZNA, E., «Assessment of the Jurisdictional Conflict between the CJEU and Investor-State Tribunals from the Perspective of Neofunctionalism», en Katia FACH GÓMEZ (ed.), *La política de la Unión Europea en materia de derecho de las inversiones internacionales*, España, Bosch, 2017, p. 102, pone de manifiesto, no sin razón, que estas previsiones no disponen de mecanismos que sirvan para que el TJUE aclare la interpretación de nuevos puntos del ordenamiento jurídico de la Unión.

#### 4.1. La regulación de la fase de admisión: el verdadero caballo de Troya de los nuevos TLCI europeos

41. Una de las principales novedades que introducen los TLCI de la UE consiste en la decisión de regular la fase de la admisión o establecimiento de las inversiones. La posición tradicional de los países europeos se ha caracterizado por el rechazo a regular esta fase en los tratados de inversión<sup>204</sup>, dejando en manos de cada derecho interno la regulación de las condiciones que deben satisfacer los inversores extranjeros para establecer una inversión en su territorio<sup>205</sup>.

El cambio de posicionamiento de los Estados miembros no es una cuestión superflua; al contrario, interesa recordar que fue, justamente, la divergencia existente entre la posición de los EE. UU. de América y la de los países europeos en torno a esta cuestión y, por tanto, respecto a la liberalización de la fase de admisión, uno de los motivos principales que contribuyó al fracaso de la iniciativa del AMI<sup>206</sup>. En este sentido, por tanto, los TLCI de la UE suponen un giro radical en la política europea, y la asunción de la tesis tradicionalmente defendida por los países norteamericanos<sup>207</sup>.

42. Hoy, los TLCI de la UE prevén disposiciones que regulan la fase de la admisión. Por ejemplo, el CETA en su art. 8.4 dispone que ninguna parte podrá adoptar o mantener, respecto al acceso a los mercados mediante el establecimiento en su territorio de un inversor

204. Respecto a la admisión de las inversiones extranjeras en los distintos tratados de inversión *vid.*, en general, SHIHATA, I.F.I. «Recent Trends Relating to Entry of Foreign Direct Investment», *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 9, núm. 1, 1994, pp. 47-70; JUIILLARD, P., «Freedom of Establishment, Freedom of Capital Movements, and Freedom of Investment», *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 15, núm. 2, 2000, pp. 322-339.

205. No obstante, debe precisarse que la libertad de regulación de los Estados europeos se desarrollaba dentro de los márgenes que ofrecía el ordenamiento jurídico de la UE y en el marco de los compromisos asumidos, por ejemplo, en el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (TRIMS) de la OMC.

206. Al respecto, *vid.* LEBEN, C., «L'évolution du Droit International des investissements», *Un Accord multilatéral sur l'investissement: d'un forum de négociation à l'autre?* (Jornadas de Estudio organizadas por L'Institut des Hautes Etudes Internationales, el 7 de diciembre de 1998), París, Pedone, 1999, pp. 11-12; UNCTAD, *Lessons from the MAI*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, Naciones Unidas, 1999, pp. 11-13, disponible en <http://unctad.org/en/pages/PublicationArchive.aspx?publicationid=338>; JUIILLARD, P., «À propos...», *loc. cit.*, pp. 595-612.

207. La Comisión, tras la entrada del tratado de Lisboa, en su Comunicación «Hacia una política global europea en materia de inversión internacional», de 7 de julio de 2010, COM(2010)343 final, p. 5, sostiene que la no regulación de la admisión o entrada de las inversiones es una carencia de los APPRI europeos que debe ser progresivamente subsanada.

de la otra parte ninguna medida que imponga ciertas limitaciones sobre: el número de empresas que pueden ejercer una actividad económica concreta; el valor total de las transacciones o los activos; el número total de operaciones o la cuantía total de la producción; la participación del capital extranjero, o; el número total de personas físicas que puedan emplearse en un determinado sector o que una empresa pueda emplear. Además, las partes no pueden restringir o exigir el empleo de tipos concretos de sociedad o *joint venture* para la realización de una actividad económica.

Por su parte, conforme al art. 8.5 CETA tampoco cabe imponer requisitos de funcionamiento en relación con el establecimiento, la adquisición, o la realización de las inversiones, con el fin de exigir que: se exporte un nivel o porcentaje determinado de un bien o servicio; se alcance un nivel o porcentaje determinado de contenido interno; se adquiera, se utilice o se conceda una preferencia a bienes producidos o servicios prestados en su territorio, o a productores o prestadores de servicio de su territorio; se vincule el volumen o el valor de las importaciones con el volumen o el valor de las exportaciones o con la entrada de divisas relacionada con dicha inversión; se limiten las ventas de un bien o un servicio en su territorio; se transfiera tecnología, un proceso de producción u otros conocimientos protegidos por derechos de propiedad industrial a personas de su territorio, o; se suministre exclusivamente a un mercado mundial o regional determinado<sup>208</sup>.

Es evidente que la prohibición de exigir cualquiera de los requisitos mencionados al inversor extranjero supone renunciar a fórmulas que el Estado puede, en un momento dado, emplear para condicionar el tipo de inversiones que acceden a su territorio o atenuar los efectos negativos que esas inversiones pueden producir en la economía nacional o en la propia sociedad local. Por tanto, si bien hay quien cuestiona la efectividad de estos instrumentos, es innegable que mediante estas disposiciones convencionales se reduce la capacidad de influencia e intervención de los

208. Los requisitos de funcionamiento han sido definidos como «*stipulations, imposed on investors, requiring them to meet certain specified goals with respect to their operations in the host country*», en UNCTAD, *Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence From Selected Countries*, Naciones Unidas, 2003, p. 2. Vid. NIKIEMA, S. H., *Performance Requirements in Investment Treaties. Best Practices Series*, International Institute for Sustainable Development (IISD), Canadá, 2014, pp. 77-12, disponible en <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best-practices-performance-requirements-investment-treaties-en.pdf>.



Estados, lo que implica un paso cualitativo hacia una mayor liberalización y desregulación de las operaciones de inversión internacionales<sup>209</sup>.

Además, junto a la prohibición de imponer requisitos de desempeño a los inversores extranjeros, los nuevos TLCI europeos se comprometen, en la fase de admisión, a prestar un trato acorde con los estándares de trato nacional y de trato de NMF<sup>210</sup>, lo que, sin duda, supone reconocer a los inversores extranjeros una garantía importante y hasta hoy desconocida en los países europeos<sup>211</sup>.

43. En definitiva, los fantasmas que, en el marco de esta nueva política de inversiones de la UE, representan el peligro de unas inversiones extranjeras desligadas de cualquier autoridad, no sujetas al control de los Estados, adquieren, en apariencia, cierta consistencia en los apartados de los TLCI que regulan la admisión, ya que el Estado soberano y la UE se ven, de alguna forma, debilitados, desprovistos de recursos que podrían servirle para discriminar entre las inversiones que pretenden establecerse en su territorio y, de esta manera, influir sobre los efectos que estas inversiones pueden producir en términos económicos, medioambientales, sociales, de salud pública, o de desarrollo tecnológico, a favor de una economía basada en las reglas del mercado libre y concurrencial. Por tanto, si hay algún apartado de los TLCI de la UE que permite al inversor sortear los obstáculos de entrada, cual caballo de Troya, este es sin duda el que regula el establecimiento de las inversiones, aquel que, en contra de la tradición de los países europeos, profundiza en la liberalización de las operaciones de inversión internacionales.

#### **4.2. El concepto de «inversión» en los nuevos TLCI europeos: una declaración de intenciones**

44. Los TLCI que negocia la UE, siguiendo la tradición de los APPRI, prevén un concepto amplio y abierto de inversión<sup>212</sup>. Por ejemplo, el CETA,

209. UNCTAD, *Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence From Selected Countries*, Naciones Unidas, 2003, pp. 1-41.

210. Por ejemplo, art. 8.6 CETA.

211. *Vid.* CRÉPET DAIGREMONT, C., «Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international», *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement* (C. Leben dir.), Louvain-la-Neuve, LGDJ – Anthemis, 2006, pp. 113-121.

212. *Vid.* MANCIAUX, S., *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États*, Dijon, Litec, 2004, pp. 43-104; RUBINS, N., «The Notion of "Investment" in International Investment Arbitration», *Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects*, (N. Horn, ed.), La Haya, 2004, pp. 283-324;

tras señalar que constituye inversión «cualquier tipo de activo que sea propiedad de un inversor o esté bajo el control, directa o indirectamente, de este», aporta un elenco, de carácter abierto, de las distintas formas que puede adoptar una inversión<sup>213</sup>. La amplitud del concepto de inversión no es una cuestión baladí. Al contrario, la extensión y el alcance de la protección prevista en los APPRI guarda una relación directa con esta noción. De esta forma, cuanto más amplio sea este concepto, más serán las operaciones económicas que se verán favorecidas por el régimen de liberalización y protección previsto en el tratado.

45. Sin embargo, este no ha sido siempre un concepto pacífico; sobre todo en el marco del Convenio del CIADI, al prever este una noción que, a diferencia de lo que sucede en los APPRI, no cuenta con una definición, ni va acompañada de una lista ejemplificativa que ayuda de delimitar sus contornos<sup>214</sup>. Por ello, ha sido la práctica arbitral la que se ha encargado de

---

YALA, F., «La notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI: actualité d'un critère de compétence controversé (les affaires *Salini*, *SGS et Mihaly*)», *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement* (C. Leben dir.), Louvain-la-Neuve, LGDJ – Anthemis, 2006, pp. 281-306; LAVIEC, J.P., *Protection et promotion des investissements. Etude de droit international économique*, Ginebra, Presses Universitaires de France, 1985, pp. 11-51. La amplitud del concepto también ha sido destacada por la práctica de los tribunales de inversión, por ejemplo, en el asunto *Consortium RFCC c. Marruecos*, Caso CIADI núm. ARB/00/6, laudo de 22 de diciembre de 2003, párr. 62, se dice que «les traités modernes de protection des investissements ont la particularité d'adopter une définition large du terme investissement afin de permettre une application de leurs dispositions face à la diversité des opérations, montages financiers et contrats que les agents économiques sont à même d'utiliser dans la perspective de réaliser un investissement». En la misma línea, *Continental Casualty Company c. Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/03/9, decisión sobre jurisdicción, párr. 84, y la decisión en *Siemens c. Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/02/8, decisión sobre jurisdicción, párr. 137.

213. Según esta lista, el concepto de inversión abarca: 1) empresas; 2) acciones, títulos o cualquier otra forma de participación en el capital de una empresa; 3) bonos, obligaciones y otros instrumentos de deuda de una empresa; 4) préstamos concedidos a una empresa; 5) cualquier tipo de interés en una empresa; 6) intereses derivados de contratos de concesión, de contratos llave en mano, de construcción, de producción o de reparto de ingresos, o de otros contratos similares; 7) derechos de propiedad intelectual; 8) otros derechos sobre bienes muebles, materiales o inmateriales, o sobre bienes inmuebles y derechos afines, y 9) derechos dinerarios o a aportaciones monetarias o derechos a prestaciones contractuales. Art. 8.1. CETA. En el mismo sentido, art. 9.1.1 del Acuerdo UE-Singapur; también el TLCI de UE-Vietnam.
214. El art. 25 del Convenio del CIADI no define la noción de inversión, a pesar de que esta noción constituye un elemento clave para la jurisdicción del Centro. En relación con este concepto, *vid.*, entre otros, AMERASINGHE, C.F., «The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes», *Indian Journal of International Law*, 1979, pp. 177-181; GAILLARD, E., «Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice», in *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, (Eds. C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch y S. Wittich), *Oxford Scholarship Online*, 2009, pp. 403-416; GRABOWSKI, A., «The Definition of Investment under the ICSID Convention:

identificar los elementos definitorios del concepto<sup>215</sup>, habiéndose elaborado el denominado *Salini test*, y según el cual una inversión supone: primero, una contribución; segundo, una cierta duración; tercero, la participación en el riesgo de la operación, y; cuarto, tratándose de una inversión del art. 25 del Convenio CIADI, una contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión<sup>216</sup>.

No obstante, los criterios identificados por el test de *Salini*, lejos de resolver los problemas derivados de la ausencia de una definición legal, han dado lugar a corrientes contrapuestas, al menos, en torno a dos cuestiones. Por un lado, una parte de los tribunales arbitrales constituidos con posterioridad ha considerado que para que se pueda hablar de la existencia de una inversión es necesario que concurren todos los criterios mencionados («enfoque jurisdiccional»), mientras que otra parte de la práctica arbitral ha entendido que no resulta preceptiva la presencia de todas estas características, aunque la ausencia de alguna de ellas deberá verse compensada por la fuerte presencia de otra u otras («enfoque de características típicas»)<sup>217</sup>.

A Defense of Salini», *Chicago Journal of International Law*, vol. 15, núm. 1, 2014, pp. 287-309; HWANG, M., «Recent Developments in Defining “Investment”», *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol 25, núm. 1, 2010, pp. 21-25; MANCIAUX, S., *Investissements étrangers et arbitrage...*, op. cit., pp. 43 y ss.; SCHREUER, C.H., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, 2001, pp. 121-141.

215. *Vid.*, entre otros, *Fedax c. Venezuela*, Caso CIADI núm. ARB/96/3, decisión sobre jurisdicción de 11 de julio de 1997; *CSOB c. Eslovaquia*, Caso CIADI núm. ARB/97/4, decisión sobre jurisdicción de 24 de mayo 1999; *Salini Construtorri S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. Marruecos*, Caso CIADI núm. ARB/00/4, decisión sobre jurisdicción de 23 de julio de 2001; *Joy Mining Machinery Limited c. Egipto*, Caso CIADI núm. ARB/03/11, decisión sobre jurisdicción de 6 de agosto de 2004; *Consorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA c. République algérienne démocratique et populaire*, Caso CIADI núm. ARB/03/08) laudo de 10 de enero de 2005; *Mr. Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI núm. ARB/99/7, decisión del Comité *ad hoc* de anulación de 9 de febrero de 2004; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI núm. ARB/03/29, decisión sobre jurisdicción de 14 de noviembre de 2005; *Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. c. Egipto*, Caso CIADI núm. ARB/04/13, decisión de jurisdicción de 16 de junio de 2006; *Biwater Gauff c. Tanzania*, Caso CIADI, núm. ARB/05/22, laudo de 24 de julio de 2008; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia*, Caso CIADI núm. ARB/05/10, decisión sobre jurisdicción de 17 de mayo de 2007 y decisión sobre anulación de 16 de abril de 2009; *Quirobax c. Bolivia*, Caso CIADI núm. ARB/06/2, decisión sobre jurisdicción de 27 de septiembre de 2012.
216. *Salini Construtorri S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. Marruecos*, Caso CIADI núm. ARB/00/4, decisión sobre jurisdicción de 23 de julio de 2001, párr. 52 y ss.. Además, en opinión del tribunal arbitral estas condiciones pueden ser interdependientes, por lo que deberían valorarse globalmente.
217. *Vid.* la decisión en el asunto *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia*, Caso CIADI núm. ARB/05/10, decisión sobre jurisdicción, párr. 70. Asimismo, esta decisión señala que: «However, even under the Typical Characteristics Approach, it would probably be exceptional for a tribunal to conclude that there was an “investment” where one

Por otro lado, entre los elementos identificados por *Salini*, uno ha sido especialmente controvertido y discutido: el relativo a la contribución al desarrollo económico del Estado receptor<sup>218</sup>. No es casualidad que haya sido esta, entre todas, la característica más discutida; efectivamente, se trata de la característica con mayor carga «política» o «ideológica», la que, al mismo tiempo, mayores adhesiones y susceptibilidades suscita y la única que dota al tratado de un contenido finalista. Así, mientras algunos defienden que no puede haber inversión a los efectos del art. 25 del Convenio CIADI en ausencia de esta contribución al desarrollo, otros consideran que se trata de un elemento intrascendente.

46. ¿Qué dicen los nuevos TLCI de la UE? Los textos de los TLCI de la UE, en lugar de guardar silencio en torno a las características que debe reunir una operación económica para poder ser calificada como inversión, se posicionan, claramente, a favor de la posición más pro-inversora. Así, por ejemplo, el CETA afirma que es inversión: «cualquier tipo de activo (...) que tenga las características de una inversión, lo que incluye una duración determinada y otras características, como el compromiso de capital o de otros recursos, la expectativa de ganancia o beneficio, o la asunción de riesgos»<sup>219</sup>. La UE, por una parte, asume como propio el «enfoque de características típicas» y, por otra, evita cualquier referencia al requisito de la contribución al desarrollo del Estado receptor. En definitiva, la noción de inversión que hace suya la política de inversiones de la UE constituye toda una declaración de intenciones; representa una visión de las inversiones extranjeras que hace suyas las tesis, más que discutibles, de la teoría clásica de las inversiones extranjeras, según las cuales, habida cuenta de que los flujos de inversión internacionales son siempre beneficiosas para el Estado que las recibe, estas deben ser promovidas y protegidas<sup>220</sup>.

---

*or more of the hallmarks of "investment" were completely missing». Entre las decisiones más destacadas que adoptan el «enfoque de características típicas» se encuentran la decisión sobre la solicitud de anulación en el asunto *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia*, Caso CIADI núm. ARB/05/10, de 16 de abril de 2009 o la decisión de *Biwater Gauff c. Tanzania*, Caso CIADI, núm. ARB/05/22, laudo de 24 de julio de 2008, párr. 314.*

218. Vid. GRABOWSKI, A., «The Definition of Investment...», *loc. cit.*, pp. 287-309.

219. Art. 8.1. CETA. En el mismo sentido, art. 9.1.1. del Acuerdo UE-Singapur; también el TLCI de UE-Vietnam. Este tipo de previsiones es una novedad en panorama europeo, no así en el norteamericano, donde existen precedentes como el modelo de APPRI de los EE UU de América, que lo incluye desde el 2004.

220. Vid. SORNARAJAH, M. *The International...*, *op. cit.*, pp. 50-65.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿SON REALES LOS FANTASMAS?

47. La puesta en marcha y desarrollo de la política de inversiones internacionales de la UE, centrada en la celebración de TLCI de nueva generación, no está siendo sencillo. A las dificultades propias de todo proceso de negociación de un tratado internacional donde existen dos partes que defienden sus posiciones, acompañan otras de naturaleza «interna» no menos relevantes. Por una parte, la incapacidad de las instituciones europeas y los Estados miembros de hablar con una única voz y, por otra, la dimensión pública y entidad de la oposición social frente a los nuevos TLCI que impulsa UE, ponen en tela juicio la credibilidad de la UE en su aspiración a liderar la revisión de las normas internacionales que rigen el comercio y, de forma particular, la inversión internacional.

¿Pero son reales los fantasmas que habitan los proyectados TLCI de la UE? En primer lugar, los miedos de los Estados miembros de ver vaciadas sus competencias en materia de inversiones extranjeras ante el apetito voraz mostrado por la Comisión se han visto calmados tras el dictamen 2/15 del TJUE. El TJUE ha propuesto una salida para el laberinto competencial donde se reserva la competencia y, por tanto, el poder de influencia de los Estados miembros respecto de las inversiones distintas a las directas y de los mecanismos ISDS.

En segundo lugar, en la balanza entre el derecho a regular de los Estados y la protección de los inversores extranjeros, los nuevos TLCI de la UE contribuyen a reconocer mayor peso al primero. A pesar de que existen aspectos que provocan cierta inquietud, ya que resulta difícil predecir la forma en que serán aplicados e interpretados, los acuerdos negociados por la UE abren, sobre todo, una oportunidad única para imponer un discurso que blinde el derecho de los Estados a regular, de modo que su capacidad para implementar políticas públicas en ámbitos de interés general no sea vea cercenada y, mucho menos, cuestionada.

En tercer lugar, si bien es cierto que las nuevas propuestas de ISDS de la UE vienen a consolidar y a profundizar en la transparencia y la coherencia y, por tanto, en los elementos que dotan de mayor legitimidad al sistema, lo que sin lugar a dudas es muy positivo, también lo es que estos nuevos mecanismos «de calidad» o «vanguardistas» han sido el resultado de una trayectoria vacilante y bastante confusa de las instituciones europeas, señaladamente de la Comisión. Por su parte, el STI no deja de ser una propuesta provisional, llamado a cubrir el espacio del arbitraje de inversiones, hasta que sea sustituido por el futuro TMI, cuya materialización

no deja de ser una gran incógnita. Además, si a la pretendida apariencia de tribunal «judicial» del STI se le suma la incapacidad del STI de desprenderse o zafarse de los esquemas propios del arbitraje, da como resultado un mecanismo de naturaleza incierta, un híbrido que, no siendo excesivamente convincente, puede plantear problemas de encaje en los instrumentos jurídicos de los cuales pretende servirse. En cualquier caso, los nuevos mecanismos no dejan de ser percibidos como un privilegio al servicio del gran inversor; la ausencia de obligaciones para los inversores y la insuficiencia de las medidas dirigidas a abrir estos mecanismos ISDS a los pequeños y medianos inversores alimentan esta percepción.

En cuarto lugar, los TLCI de la UE constituyen una apuesta clara y decidida por una mayor liberalización y desregulación de las inversiones extranjeras. La decisión de regular la fase de admisión, facilitando el acceso y el establecimiento de las inversiones, y la amplitud del concepto de inversión que incorporan, tomando partido por la posición más pro-inversora, ponen de manifiesto la ideología que inspira el contenido de estos acuerdos, que no es otra que la subyacente a la teoría clásica de las inversiones extranjeras. Sin embargo, esta opción, que supone debilitar al Estado frente al inversor extranjero, puede ser vista como una oportunidad perdida de fortalecer los elementos que contribuyen a dotar a los TLCI de un contenido finalista. La facultad de los Estados (o de la UE) de ejercer cierto control sobre el tipo de inversiones que acceden a su territorio, bien mediante la imposición de requisitos de desempeño, bien reservando la protección de los TLCI a aquellas inversiones que contribuyan al desarrollo sostenible de los Estados, podría resultar interesante para elaborar regímenes convencionales más cercanos a los intereses del ciudadano y, de este modo, mitigar la desconfianza que provocan en algunos sectores de la sociedad.

48. Del análisis de estos acuerdos cabe concluir que los mismos han sido diseñados con el propósito de satisfacer dos objetivos fundamentales: por una parte, incentivar los flujos de inversión privada entre las partes contratantes y, por otra, salvar la legitimidad del régimen jurídico de las inversiones internacionales frente a las voces que, seriamente, lo cuestionan. El deseo de incrementar las operaciones de inversión extranjeras implica renunciar, en parte, a su control y asegurarles un nivel de protección elevado. Por su parte, sin que nadie se llame a engaño, resulta pertinente señalar que aquellos elementos que se incorporan para salvar la legitimidad del sistema



son tan fundamentales, tan esenciales, que cualquier otra opción resultaría inaceptable. Por todo ello, para finalizar, cabe realizar dos apreciaciones: primero, la nueva propuesta de la UE no resulta satisfactoria desde la óptica de quien defiende que cualquier política de inversiones internacionales debería pivotar, principalmente, en torno a la utilidad pública de las inversiones, de manera que sirva para promocionar la inversión que efectivamente contribuye al desarrollo sostenible del Estado receptor, y no tanto en torno a la protección de su utilidad privada. Segundo, en los nuevos TLCI, el Estado, lejos de ser el sujeto que regula y controla la inversión extranjera, se convierte en el sujeto a proteger frente a los abusos de los grandes inversores atrincherados bajo protección del derecho internacional.