

ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y «DERECHO A REGULAR» DE LOS ESTADOS: EL NUEVO ENFOQUE COMUNITARIO EN LA NEGOCIACIÓN DEL TTIP*

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

Profesora Titular de Derecho Administrativo en la UCLM

Revista Española de Derecho Europeo 58

Abril – Junio 2016

Págs. 13 - 45

SUMARIO: I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO. II. EL CONTEXTO NEGOCIADOR DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO EN LA UNIÓN EUROPEA Y EL TTIP. III. ALGUNOS APUNTES SOBRE LA FIGURA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES. *1. Sus críticas: un sistema de justicia privatizado. 2. Uso –¿o abuso?– del arbitraje en los últimos años. Algunos ejemplos. 3. Su incidencia en el llamado «derecho a regular» de los Estados a favor del interés público.* IV. EL PROCESO DE GESTACIÓN DEL CAMBIO EN EL MODELO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE INVERSOR Y ESTADO. V. EL NUEVO ENFOQUE Y LA NUEVA POSICIÓN NEGOCIADORA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL TTIP: CREACIÓN DE UN SISTEMA JUDICIAL DE INVERSIONES Y ABANDONO DEL ARBITRAJE *AD HOC*. *1. La estructura del nuevo sistema judicial. 2. El tratamiento del «derecho a regular» en el texto del tratado. 3. Sus mejoras procedimentales.* VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

RESUMEN: El objeto de este trabajo no es otro que dar cuenta de los cambios que se están produciendo en el seno del proceso de negociación del TTIP y de sus capítulos sobre protección de inversiones. El TTIP es un tratado bilateral entre la UE y EE. UU. que pretende crear un área de libre comercio a ambos lados del At-

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyse the new position of the EU during the negotiation process of TTIP and its investment chapters. TTIP is a bilateral agreement between the EU and the US, aiming at creating a free trade area on both sides of the Atlantic, which also involves trade

* Trabajo realizado en el seno del Proyecto de Investigación de I+D+I del Ministerio de Economía y Competitividad DER2014-55501-R, titulado *La asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea. Nuevos retos y desafíos para una gestión sostenible y para la cooperación sanitaria entre Estados.*

lántico basada en un elevado grado de liberalización en el comercio de bienes y servicios. Dicho proceso se ha ralentizado debido a las preocupaciones que en los últimos años está planteando el arbitraje internacional de inversiones como principal instrumento de resolución de conflictos entre inversores y Estados (ISDS). El debate ha surgido debido al creciente número de arbitrajes que se están planteando y sus efectos en lo que se ha denominado «derecho a regular», esto es, en la capacidad de los Estados para legislar y para adoptar decisiones a favor del interés general. Intentar conseguir un adecuado equilibrio entre intereses privados e intereses públicos se ha convertido en un asunto central de la UE y de su política de inversiones. Su actual posición negociadora refleja el debate sobre la necesidad de reformar los mecanismos ISDS o de suprimirlos.

PALABRAS CLAVE: Acuerdo de Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (ATCI), derecho a regular, mecanismos de resolución de conflictos inversor-Estado, arbitraje internacional de inversiones, Acuerdos Internacionales de Inversión, árbitros, sistema judicial de inversiones.

liberalization in goods and services. This negotiation has been slowed down by concerns about the effects of ISDS. In fact, an important debate, which has been labelled with the slogan of 'right to regulate' has arisen recently. It refers actually about the impact of investment agreements and ISDS on the State's autonomy to use regulatory instruments, in other words, on the State's general ability to regulate in the public interest. The rising number of ISDS cases against developed States has made the issue more urgent. Securing a balance between private and public interests will also be central for the EU in its international investment policy. The new negotiating process reflects the debate on reform ISDS or abandoning ISDS.

KEYWORDS: *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, right to regulate, ISDS (investor-to-state dispute settlement), international investment arbitration, International Investment Agreements, arbitrators, Investment Court System.

Fecha de recepción del original: 15 de marzo de 2016

Fecha de aceptación: 9 de mayo de 2016

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

El día 12 de noviembre de 2015 la Comisión Europea ha hecho público un documento que recoge la nueva posición negociadora que mantendrá ante Estados Unidos en la proceso de negociación del *Acuerdo de Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión* (ATCI), más conocido como TTIP por sus siglas en inglés (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*). La nueva postura comunitaria parte de un enfoque diferente y reformado respecto de la protección de la inversión y la resolución de conflictos entre inversores extranjeros y Estados, los conocidos mecanismos ISDS por sus siglas en inglés (*investor-to-state dispute settlement*). Pretende la sustitución del clásico sistema arbitral de inversiones extranjeras por un sistema judicial (*Investment Court System*) estructurado en dos niveles, con una Sala de primera instancia y otra de apelación¹.

El nuevo modelo propuesto estaría conformado por jueces cualificados y de reconocido prestigio y basado en reglas procesales claramente definidas y transparentes. La propuesta de negociación realiza también un importante esfuerzo por delimitar con mayor claridad los estándares o niveles de protección del inversor extranjero y, al mismo tiempo, establece mejoras adicionales para facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas al sistema. En todo caso, como expresamente se reconoce, la finalidad pretendida con este importante viraje en la posición negociadora europea

1. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf.

no es otra que la de fortalecer el llamado «derecho a regular» (*right to regulate*) de los Estados a favor del interés público².

Este nuevo modelo es el resultado de un amplio proceso de consultas realizadas al Consejo y al Parlamento Europeo³. Ya ha sido formalmente planteado a Estados Unidos aunque, según hemos podido saber por las filtraciones de los documentos secretos de negociación que ha publicado Greenpeace Holanda, en la última ronda de negociación llevada a cabo en Nueva York entre los días 25 y 29 de abril de 2016, la cuestión relativa al nuevo sistema judicial ni siquiera ha sido considerada⁴. En todo caso, y aunque no sabemos el recorrido final que tendrá esta propuesta en la negociación del TTIP, parece firme la voluntad de la Unión Europea de sustituir el modelo arbitral por un sistema judicial en los futuros tratados de inversión que negocie.

Pues bien, nos proponemos en este trabajo analizar cómo y por qué se ha gestado este cambio. No pretendemos hacer un estudio sobre la figura del arbitraje internacional de inversiones o los múltiples problemas que plantea la interpretación de los estándares de protección del inversor extranjero. Ni siquiera proyectamos adentrarnos en el interesante debate doctrinal que ha vuelto a reavivarse sobre la legitimidad del sistema arbitral y la necesidad de reformarlo⁵. Ello, sin duda, excedería de las modestas pretensiones de

2. Se trata de un concepto desarrollado fundamentalmente en el ámbito del Derecho Internacional, que se puede traducir como el derecho de los Estados a legislar. No obstante, he preferido utilizar una traducción casi literal de este precepto básicamente por dos motivos. En primer lugar, porque en este trabajo pretendo hacer una lectura desde el ámbito del Derecho Administrativo y este concepto, a raíz del análisis de algunos de los casos planteados a los que luego me referiré, no sólo afecta al derecho a legislar de los Estados, sino que tendría un contenido mucho más extenso al afectar también a otras manifestaciones del Poder público (reglamentos, actos administrativos, actos políticos e incluso sentencias). Después veremos algunos ejemplos de ello. Y, por otra, porque, en rigor y aplicando las categorías propias de esta disciplina, deberíamos referirnos a este fenómeno, más que como un «derecho» del Estado, como una «potestad» inherente a su soberanía.
3. Los documentos básicos que explican cómo se ha gestado este proceso pueden consultarse en European Commission, EU Finalises Proposal for Investment Protection and Court System for TTIP, Press Release, Bruselas, 12 de noviembre de 2015, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6059_en.htm.
4. Los documentos han sido filtrados a la prensa el día 2 de mayo de 2016 y están formados por 248 páginas (13 capítulos consolidados sobre el TTIP, más una nota titulada «Estado táctico de las negociaciones TTIP-marzo de 2016»). En la p. 24 de esta última nota se dice que en la mesa de negociación cada una de las partes presentó su propuesta sobre la protección de las inversiones y las discusiones se llevaron a cabo en un ambiente constructivo. Aunque se identificaron algunas materias sobre las que hubo acuerdo «...Other provisions such as the Tribunal of First Instance and the Appeal Tribunal were not broached in this round». «Note-Tactical State of Play of the TTIP Negotiations, March 2016», que puede consultarse en <https://www.ttip-leaks.org/pandaros/doc16.pdf>.
5. Buena prueba de ello da el interesante debate que se está llevando a cabo en el seno de la Asociación Americana de Derecho Internacional en los últimos meses (*American Society of International Law*, ASIL, por sus siglas en inglés). Pueden consultarse las aportaciones de SCHILL, Stephan W., en «The European Commission's Proposal of an "Investment Court System" for TTIP: Stepping Stone or Stumbling Block for Multilateralizing International Investment Law?», publicado en la sección *ASIL Insights*, ASIL (<https://www.asil.org>), volume 20, issue 9, de 22 de abril de

este artículo. El análisis de algunos de los casos de arbitraje que se han planteado en los últimos años, realizado desde una perspectiva de Derecho público, nos permitirá poner de manifiesto los importantes problemas que plantea esta institución y, sobre todo, los riesgos que su utilización intensa puede plantear para el «derecho a regular» de los Estados, esto es, para su potestad para definir y cambiar sus políticas públicas en aras a la protección del interés general. Con este nuevo enfoque comunitario la Unión Europea ha venido de alguna manera a dar por ciertas y legitimar las importantes críticas de que ha sido objeto esta institución en los últimos años. El nuevo sistema, si bien supone un esfuerzo importante de mejora, sigue planteando importantes problemas para la soberanía de los Estados y para el adecuado funcionamiento del pluralismo político.

II. EL CONTEXTO NEGOCIADOR DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO EN LA UNIÓN EUROPEA Y EL TTIP

La Unión Europea se encuentra inmersa en un afanoso proceso de negociación de tratados de libre comercio en ejercicio de las competencias exclusivas que el Tratado de Lisboa le atribuyó para la determinación de la política comercial y de inversiones directas. Algunos autores han resaltado el giro radical que se ha producido en los últimos años en la estrategia de la política comercial europea. Se ha dicho incluso que el objetivo de esta intensa actividad negociadora ya no se encuentra tanto en los intereses de política exterior, como en el interés económico consistente en la obtención de un mejor acceso a los mercados de los países terceros y, sobre todo, en el intento de influir tanto en la agenda como en la regulación comercial internacional⁶.

En agosto del año 2014 concluyó el Acuerdo Integral de Economía y Comercio con Canadá, conocido como CETA, por sus siglas en inglés (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*)⁷. En junio de 2015 suscribió un Tratado similar con Singapur, conocido como EUSFTA también por sus siglas en inglés (*EU-Singapore Free Trade Agreement*)⁸ y en agosto de ese mismo año concluyó otro con Vietnam en el que

2016; CHOUDHURY, Barnali, «2015: The Year of Reorienting International Investment Law», *ASIL Insights*, volume 20, issue 3, 5 de febrero de 2016, <https://www.asil.org/insights/volume/20/issue/3/2015-year-reorienting-international-investment-law>; PAUWELYN, Joost, «The Relative Success of WTO Dispute Settlement and What Planet Would the EU Investment Court System be on? A Rejoinder to AJIL Unbound Comments», 2 de mayo de 2016, disponible en <https://www.asil.org/blogs/relative-success-wto-dispute-settlement-and-what-planet-would-eu-investment-court-system-be>.

6. SEGURA SERRANO, Antonio, «El Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y Canada (CETA): Una evaluación de la política comercial de la UE», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, núm. 30, diciembre de 2015, pp. 2 y 22.
7. El texto ha sido publicado el 26 de septiembre de 2014 y, aunque todavía no ha sido ratificado, en febrero de 2016 ha sido revisado para asumir el nuevo enfoque comunitario sobre los tribunales de inversión. Después volveremos sobre ello. Es un texto enormemente amplio y complejo. En la página Web de la Unión Europea aparece publicado un extenso documento de 1598 páginas que contiene los capítulos del Tratado, sus anexos y sus reservas. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf.
8. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/september/tradoc_151768.pdf.

ya se recoge el nuevo enfoque comunitario sobre la resolución de conflictos sobre inversiones⁹. Estos tratados son especialmente importantes porque contienen los primeros capítulos sobre inversión negociados por la UE tras asumir estas competencias exclusivas. Pero, sin duda, el proceso más complejo, intenso y polémico es el que se refiere al libre comercio con Estados Unidos, al TTIP. El proyecto es sumamente ambicioso¹⁰. Tiene como objetivo básico la eliminación de los aranceles y el desmantelamiento de las barreras no arancelarias para avanzar en la liberalización de los mercados transatlánticos y de esta manera promover unos índices más elevados de crecimiento y creación de empleo.

El TTIP ha despertado en la ciudadanía una especial atención porque, como se ha dicho, pretende diseñar un nuevo entramado institucional, tanto para la creación del Derecho (cooperación regulatoria) como para su aplicación (arbitraje), en el que las grandes empresas multinacionales van a desempeñar un papel muy relevante. Vendría a escenificar un importante cambio en el modo de entender la organización político-jurídica y la soberanía de los Estados. Se ha dicho que, en una sociedad compleja y globalizada como la actual, el tratado supondría un intento de legitimar la transformación de un sistema cimentado en la democracia y en una concepción del poder público al servicio del interés general, en un sistema en el que los representantes de los mercados tienen un rol privilegiado en las más importantes sedes de decisión¹¹. En este sentido, puede decirse que no se trata de un mero tratado comercial más porque afectaría de modo directo al «derecho a regular» de los Estados a favor del interés público. En este trabajo, no obstante, dejaremos de lado la cooperación regulatoria¹² para centrarnos exclusivamente en el análisis de algunos de

9. <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1358>.

10. Asimismo está en pleno proceso de negociación de otro polémico tratado sobre servicios, el conocido como TISA (*Trade in Services Agreement*), que pretende la liberalización de los servicios y se está negociando entre 23 países que representan el 70% del comercio mundial en servicios. El 27 de abril de 2016 se ha celebrado la decimoséptima ronda de negociación. <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/tisa/>.

11. MARCILLA CÓRDOBA, Gema, «La cooperación reguladora en la Asociación Transatlántica del Comercio y la Inversión», en *TTIP y Salud. Posicionamiento SESPAS*, noviembre de 2015, pp. 30 y ss. <http://www.sespas.es/adminweb/uploads/docs/Posicionamiento%20completo%20SESPAS%20TTIP%20nov2015.pdf>.

12. La cooperación regulatoria en el TTIP no es un asunto menor. Hemos focalizado toda nuestra atención en el impacto que el arbitraje tendría en el derecho a regular de los Estados miembros y, en este debate, nos hemos olvidado de las importantísimas repercusiones que esta otra institución tendría en el contenido y en el modo en que los Estados ejercen su soberanía. En la decimosegunda ronda negociadora –que se ha llevado a cabo durante los días 22 a 26 de febrero de 2016 en Bruselas– se ha establecido un abanico tan variado de técnicas de cooperación regulatoria que, sin duda, afectará al modo mismo en que los Estados ejercen su soberanía. Así, entre otras muchas medidas, se establece la obligación de las partes de planificar e intercambiar información relativa a los proyectos normativos que puedan afectar al libre mercado y de realizar evaluaciones sobre su impacto en el mercado. Se han creado mecanismos para el reconocimiento mutuo de «actos de regulación»,

los problemas que puede plantear el arbitraje internacional de inversiones a la hora de adoptar políticas en favor de la salud, de la protección del medio ambiente o de cualquier otro interés público.

El Consejo elaboró unas instrucciones generales de negociación para la Comisión como órgano encargado de llevarla a cabo. En ellas se fijaba como elemento determinante del futuro acuerdo la inclusión de disposiciones sobre protección de las inversiones y sobre la resolución de diferencias entre inversores y Estados, los conocidos por sus siglas en inglés como *ISDS* (*investor-to-state dispute settlement*). Estos mecanismos comprenden tanto la mediación como la conciliación y el arbitraje internacional, aunque en nuestro análisis nos vamos a detener únicamente en esta última herramienta por ser la más polémica y la que mayores problemas jurídicos está planteando. Con la inclusión en el TTIP de estos contenidos se pretende generar un ambiente de confianza para los inversores extranjeros. Se entiende que la mejor manera de estimular y atraer la inversión extranjera a Europa exige el compromiso por parte de los Estados de que van a respetar una serie de principios esenciales que constituyen la base jurídica de su protección: principio de no discriminación del inversor extranjero, garantía de trato justo y equitativo y prohibición de expropiación directa o indirecta sin indemnización. De esta forma, si un Estado incumple cualquiera de estos compromisos, los inversores extranjeros, normalmente grandes compañías multinacionales, pueden presentar una demanda de arbitraje internacional como mecanismo específico de resolución de diferencias inversor-Estado.

En este sentido, el arbitraje supone situar en el mismo plano al inversor extranjero y al Estado, despojándolo por completo de sus prerrogativas y de su ropaje de autoridad. Por ello, este esquema de protección del inversor nos sitúa directamente ante uno de los aspectos más polémicos y controvertidos de estos Tratados como es el relativo a los tribunales de arbitraje privados, a su conformación, a sus reglas de funcionamiento y, sobre todo, a las consecuencias que sus laudos pueden tener para la soberanía de los Estados, en el derecho de los gobiernos democráticamente elegidos a regular a favor del interés público.

Si a los importantes problemas que ya de por sí plantea esta institución se añade el incremento notable de demandas de arbitraje que se ha producido en los últimos años, se comprenden fácilmente los recelos que suscita¹³. Efectivamente, aunque hay

para su armonización y para la aproximación de normas y procedimientos. Se fijan como objetivos a conseguir la simplificación de las normas y procedimientos administrativos que puedan suponer un obstáculo para el comercio y se crea un Órgano de Cooperación Regulatoria en el que las grandes compañías multinacionales pueden tener un papel muy relevante a la hora de señalar los ámbitos en los que es preciso desplegar la cooperación y la simplificación (artículos 14 y 15 de este capítulo del tratado).

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/april/tradoc_153403.pdf.

13. Estos datos han sido publicados en el documento elaborado por el propio CIADI titulado *Carga de Casos del CIADI-estadísticas (edición 2016-1)*, pp. 7, 24 y 28.

[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20\(Spanish\)%20final.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20(Spanish)%20final.pdf).

más sedes arbitrales, si tomamos como referencia los datos estadísticos proporcionados por la más utilizada, el CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones), a fecha de 31 de diciembre de 2015 se habían registrado 549 casos bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario. Ello contrasta notablemente con las cifras de años anteriores. Así, desde el año 1972 hasta el año 1997 nunca llegaron a presentarse más de tres o cuatro demandas al año. Hubo incluso varios años en los que el CIADI no registró ninguna reclamación. En los últimos años, sin embargo, se ha producido un importantísimo crecimiento del número de controversias planteadas ante esta sede. Sólo durante el año 2015 se han registrado 52 nuevas demandas de las cuales, por cierto, 15 lo han sido contra el Estado español. Según se apunta en el informe, del total de casos planteados hasta ese momento, el 47% de las resoluciones han estimado totalmente las pretensiones formuladas por la parte reclamante.

Este incremento de demandas y algunas condenas multimillonarias a los Estados han sido factores decisivos para situar el arbitraje en el punto de mira de un ardoroso y complejo debate sobre su legitimidad, sobre la necesidad de armonizar los intereses estrictamente privados con los públicos, esto es, la protección de los inversores extranjeros con el derecho a regular de los Estados para proteger el interés general. Fruto de este debate y de estos recelos se ha abierto un proceso de reflexión en la Unión Europea que le ha llevado finalmente a adoptar una novedosa posición negociadora ante Estados Unidos. Este nuevo enfoque pasa por el abandono del sistema clásico del arbitraje *ad hoc* para la resolución de este tipo de conflictos y su sustitución por un Sistema Judicial de Inversiones. De cómo se ha gestado todo este proceso pretendemos ocuparnos en las siguientes páginas.

III. ALGUNOS APUNTES SOBRE LA FIGURA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

El arbitraje es una institución de Derecho internacional público que, en el marco de los tratados suscritos entre Estados para la protección de inversiones, otorga a los inversores extranjeros el derecho de iniciar procedimientos de resolución de controversias en contra del Estado donde ha realizado su inversión (Estado de acogida). Permite así a las grandes empresas multinacionales demandar a los Estados ante un tribunal

En la misma línea, también el informe elaborado por *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD) resalta este notabilísimo incremento de arbitrajes, teniendo en cuenta además que no todas las sedes arbitrales dan publicidad al registro de los casos que inician. Pues bien, también aquí se señala que, de apenas unas decenas de demandas interpuestas en los años noventa, se ha pasado a contabilizar 608 en el año 2014. Además, el 40% de las mismas se han presentado contra países desarrollados (cuando este porcentaje históricamente rondaba el 28%). También destaca que España se ha convertido en el año 2014 en el país que más demandas de arbitraje ha acumulado invocando la Carta de la Energía. *Investor-State Dispute Settlement: review of developments in 2014*, núm. 2, mayo de 2015, elaborado por UNCTAD. Puede consultarse en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d2_en.pdf.

arbitral internacional formado por juristas privados. Si el inversor demuestra que las medidas adoptadas por el Estado no respetan los estándares de protección a los que se ha comprometido y le han causado una minoración del valor económico de su inversión, el Estado de acogida tendrá que compensar el daño causado pagando una indemnización. No resultará muy difícil reconducir la pérdida económica a cualquiera de los conceptos jurídicos indeterminados que se incluyen en los tratados para su protección. En todo caso, si se falla en contra del Estado por las normas que ha adoptado, este no está obligado a modificar su legislación, sólo a pagar la indemnización.

Durante años ha desempeñado un papel muy importante y especialmente valioso cuando la inversión se realiza en países en vías de desarrollo o con sistemas judiciales deficientes. Su utilización ha proliferado bajo la idea de que constituye un espacio neutral despolitizado para solucionar conflictos entre inversores extranjeros y Estados de acogida, que permite al inversor evitar la esfera judicial interna de dicho Estado, intentando buscar un foro justo e imparcial. El sistema resulta especialmente atractivo para el inversor porque puede obtener un laudo a través de un procedimiento rápido, flexible y en el que las partes tienen un considerable dominio sobre el mismo¹⁴.

De hecho, desde los distintos foros europeos se ha querido resaltar conscientemente la idea de que los ISDS han resultado muy útiles y provechosos para los propios Estados miembros, que muy frecuentemente han tenido que recurrir a ellos para proteger las potentes inversiones realizadas en terceros países. También desde Estados Unidos se insiste en esta idea y se proclama expresamente la falsedad de todos los mitos que se han creado en torno a esta institución y las limitaciones que supuestamente supondría para los Estados cuando intentan legislar a favor de la estabilidad financiera, de la protección de medio ambiente o de la salud pública¹⁵. De hecho, tienen su propio modelo de acuerdo de inversión¹⁶, que es el que utilizan en todas sus negociaciones, y con el que pretenden «proteger la capacidad de gobiernos de regular, desalentar reclamaciones frívolas y asegurar un nivel alto de transparencia». Esta especial preocupación por fortalecer la legitimidad de esta institución ya se ha visto reflejada en la introducción de algunas mejoras importantes en el Acuerdo Transpacífico de Comercio (*Trans-Pacific Partnership* o *TPP*, por sus siglas en inglés)¹⁷.

14. FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique, «Arbitraje inversor-Estado: de “bella durmiente” a “león en la jungla”», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 26, 2013.

15. El desmentido de todos estos mitos puede consultarse en «The Facts on Investor-State Dispute Settlement: Safeguarding the Public Interest and Protecting Investors», disponible en <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/blog/2014/March/Facts-Investor-State%20Dispute-Settlement-Safeguarding-Public-Interest-Protecting-Investors>.

16. <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.

17. A ellas, por ejemplo, se refiere CHOUDHURY, Barnali, «2015: The Year of Reorienting International Investment Law», *ASIL Insights*, volume 20, issue 3, 5 de febrero de 2016, <https://www.asil.org/insights>.

El texto del TPP, suscrito en noviembre de 2015, introduce un número importante de medidas para salvaguardar y proteger los poderes reguladores de los Estados. Se proclama en el preámbulo del tratado el derecho del Estado a regular y proteger objetivos legítimos de

Sin embargo, preocupa profundamente la deriva que está tomando el arbitraje en los últimos años y el uso que en ocasiones se está realizando de esta figura por las grandes compañías multinacionales. Estos mecanismos de resolución de controversias entre inversor-Estado surgieron precisamente como una fórmula para proteger a los inversores extranjeros frente a la aparición de lo que la doctrina¹⁸ ha denominado «riesgo político» o «riesgo regulatorio». Tal riesgo se produciría cuando se modifica de forma sorpresiva el marco jurídico y ello produce una pérdida del derecho de propiedad de la inversión o su nacionalización (expropiación directa, en términos de los tratados) o incluso una merma en sus expectativas de ganancia (que a veces se han reconducido hacia la figura de la expropiación indirecta). Por eso, este instrumento resulta especialmente interesante y valioso cuando se trata de realizar inversiones en países en vías de desarrollo o en Estados que no cuentan con potentes sistemas judiciales estructurados e independientes del Poder político. En los últimos años, no obstante, con la proliferación de acuerdos bilaterales para la protección de inversiones y de Tratados de libre comercio se ha producido un aumento sin precedentes de este tipo de reclamaciones arbitrales. Su incremento exponencial ha vuelto a situar el tema en el debate público y se ha convertido, no sin razón, en el foco de fuertes críticas.

Ello es así porque el arbitraje sitúa el estatus del capital extranjero al mismo nivel que el de un Estado soberano permitiendo que los inversores extranjeros cuestionen el derecho de los Estados a legislar y a decidir sobre sus asuntos. Implica reconocer a tres juristas privados el poder de arbitrar, de tomar decisiones vinculantes en áreas de interés público fundamental y, en consecuencia, de condenar a los Estados al pago de multimillonarias indemnizaciones por el mero hecho de cambiar su legislación o de cambiar su política. Además, a través de lo que se ha denominado cláusulas paraguas (“*umbrella clause*”), los inversores pueden demandar a los Estados, no sólo por incumplimientos contractuales del Tratado, sino también por incumplimientos derivados de decisiones políticas.

Efectivamente, a través del complejo diseño que los distintos tratados internacionales realizan de este mecanismo se permite indirectamente que las grandes compañías multinacionales puedan discutir y condicionar las políticas públicas del Estado de acogida de la inversión, produciendo lo que se ha denominado “*chilling effect*” o efecto de petrificación del ordenamiento jurídico. Algunos Estados han considerado que se ha ido demasiado lejos en la protección del inversor, hasta el punto de situar al Estado en una posición de «prisionero» frente a los intereses comerciales, pues no tiene suficiente libertad para poder ejercer sus poderes regulatorios en determinados ámbitos de gran importancia para su población, como la mejora de la salud o la protección del medio ambiente. Algunos de los casos que analizaremos en este trabajo representan con exactitud este riesgo. Por ello preocupa especialmente la deriva que

interés público y se perfilan también algunos desarrollos de este derecho en su articulado, dentro del capítulo dedicado a la inversión.

18. Para profundizar sobre este tema nos remitimos, entre otros muchos, a los trabajos realizados por FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, *Arbitraje en inversiones extranjeras. El procedimiento arbitral en el CIADI*, Tirant lo Blanch, 2004 y *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Marcial Pons, 2008.

ha seguido el arbitraje en estos últimos años que, tal como se ha señalado desde las propias instituciones comunitarias, ha acabado convirtiéndose en «*un negocio rentable para un número reducido de bufetes de abogados especializados en inversión que dominan el sector, hasta tal punto que algunos de estos bufetes están vendiendo sus servicios arbitrales como un instrumento de limitación de riesgos previo a la realización de inversiones*¹⁹». Veamos con algo más de detenimiento de dónde vienen todos estos recelos.

1. SUS CRÍTICAS: UN SISTEMA DE JUSTICIA PRIVATIZADO

Son muchas las críticas que se han realizado al sistema de arbitraje internacional de inversiones²⁰. El origen de todas ellas posiblemente esté en su naturaleza privada. El arbitraje internacional de inversiones responde al esquema arbitral diseñado para el comercio internacional donde se enfrentan intereses de naturaleza estrictamente privada, por lo que no existe ningún inconveniente en que otro sujeto privado, un árbitro, resuelva el conflicto. El problema se plantea cuando se da un paso más y este esquema de resolución se traslada a las controversias en las que una de las partes no tiene ya esta naturaleza privada por ser un Estado soberano. El arbitraje permite entonces la posibilidad de que un sujeto privado, ante la demanda arbitral presentada por otro con el objetivo de obtener una compensación económica, pueda enjuiciar y cuestionar la legitimidad de las políticas públicas adoptadas por un Estado.

Aunque FERNÁNDEZ MASIÁ es un convencido defensor de esta institución, identifica perfectamente el foco del problema. No sólo sujetos privados acaban controlando decisiones tomadas por los Estados, sino que, además, van a ser evaluadas de acuerdo con las normas previstas en los Tratados internacionales. Es decir, la pérdida de soberanía estatal que posibilitaría arbitraje se realiza atendiendo a un modelo de interpretación de Derecho privado²¹. De ahí que se reproche que el Estado, el Poder público, pueda ser sometido a un sistema de justicia privatizado.

19. Todos estos reproches los hemos tomado textualmente del Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo 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*» (2015/C 332/06), de 27 de mayo de 2015, publicado en el DOUE de 8 de octubre de 2015. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014IE5356&from=ES>.

20. Algunos autores han resaltado también los problemas interpretativos que ha causado su estructura descentralizada. Este sistema de nombramientos de colegios arbitrales *ad hoc* ha provocado un significativo número de laudos incoherentes en cuanto a la interpretación de preceptos similares contenidos en diferentes Acuerdos Internacionales de inversión e incluso del mismo Acuerdo en relación con hechos prácticamente idénticos. Esta disparidad de criterios ha contribuido considerablemente a alimentar el debate acerca de la legitimidad del sistema y de la falta de previsibilidad del Derecho internacional de inversiones, tal como resalta SCHILL, Stephan W., en «*The European Commission's Proposal of an "Investment Court System" for TTIP: Stepping Stone or Stumbling Block for Multilateralizing International Investment Law?*», publicado en la sección *ASIL Insights*, ASIL (<https://www.asil.org>), volume 20, issue 9, de 22 de abril de 2016.

21. Sus decisiones, dirá el autor, «pueden socavar el poder normativo y regulatorio de los gobiernos en ámbitos de especial sensibilidad, como pueden ser las políticas de promoción

Se trata ciertamente de colegios o tribunales arbitrales ajenos por completo al Derecho interno del Estado receptor de la inversión, que actúan al margen de los principios y valores constitucionales y en paralelo a su sistema jurisdiccional aplicando básicamente reglas de Derecho mercantil y de Derecho internacional. Con el arbitraje se hurta a la jurisdicción ordinaria del Estado la posibilidad de conocer y resolver el asunto si es que así lo decide el inversor. La resolución de la disputa se atribuye a un colegio formado por tres árbitros privados que tienen como único objetivo, porque así se recoge en los Tratados, el cumplimiento del acuerdo y de las medidas de protección del comercio previstas en ellos para el inversor extranjero. De hecho, en el Tratado CETA y en el EUSFTA, que hasta ahora constituyen los modelos reformados más avanzados, sólo se les exige como requisito esencial ser expertos en el Derecho mercantil internacional, sin que se abra expresamente esta posibilidad a otro tipo de juristas especializados en otros campos jurídicos caracterizados por su especial sensibilidad con los principios y valores de lo público. Ciertamente es que estos Tratados contienen anexos con el procedimiento de arbitraje y un Código de Conducta para los árbitros en los que se señala su imparcialidad e independencia. Ahora bien, la mera enunciación de estas exigencias no es suficiente si no va acompañada de las necesarias garantías y, al menos en nuestra tradición jurídica, es la inamovilidad en el desempeño de la función judicial y la existencia de causas de abstención y recusación lo que verdaderamente nos permite calificar una determinada actuación administrativa o judicial como objetiva e imparcial.

Más bien sucede lo contrario. El sistema encierra en sí mismo cierta dosis de perversión, en la medida en que son las propias partes las que deciden el nombramiento de los árbitros y quienes les pagan elevadas cuantías²². Ello puede actuar como un incentivo para decidir a favor del inversor, en la medida en que sólo éste estará legitimado para presentar futuras reclamaciones y para decidir nuevamente su nombramiento en un litigio posterior.

El propio Consejo Económico y Social Europeo, en su informe de octubre de 2015, ha destacado que entre el listado de deficiencias sistémicas del modelo de arbitraje están «la opacidad, la falta de unas normas de arbitraje claras, la ausencia de un derecho de recurso, la discriminación contra los inversores nacionales, que no pueden utilizar el sistema, el temor de que se protejan inversiones meramente

de una mayor igualdad social, de mejora de la salud pública o de protección del medio ambiente, afectando de manera importante, en muchas situaciones, a los servicios públicos esenciales para los Estados». FERNÁNDEZ MASÍÁ, Enrique, «Arbitraje inversor-Estado: de “bella durmiente” a “león en la jungla”», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 26, 2013, pp. 10 y ss.

22. Simplemente por hacernos una idea de estas cuantías, según la regla 14 del *Memorando de Honorarios y Cargos del CIADI de julio de 2005*, «El monto del honorario es de USD 3.000 por día de reunión o día de trabajo de ocho horas. Ese monto ha sido fijado para los honorarios con la expectativa de que los Tribunales no propongan montos mayores a las partes». Hay más cuantías que pueden consultarse en <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsidocs/Pages/Memorando-de-Honorarios-y-Cargos-de-%C3%81rbitros-del-CIADI.aspx>.

especulativas, que, entre otras cosas, no crean empleo, y el temor de que el sistema quede bajo el dominio de unos bufetes especializados que ven en esta institución un negocio suculento»²³.

Efectivamente, la complejidad de los procedimientos arbitrales y en ocasiones su falta de transparencia, que queda en manos de lo que decidan las partes, son aspectos polémicos, aunque en el ámbito especialmente del CIADI se han dado importantes pasos para lograr una mayor transparencia y todos sus casos son publicados²⁴. Existen otras muchas sedes arbitrales (la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, etc.) en las que no se ha alcanzado el mismo grado de transparencia que en el CIADI y, asimismo, es preciso tener en cuenta que en ocasiones las disputas se acaban resolviendo amistosamente a puerta cerrada sin que se hagan públicos los documentos que reflejan los acuerdos si así lo deciden las partes. La opacidad del procedimiento en estos casos resulta de difícil justificación si tenemos en cuenta que se está negociando y comprometiendo soluciones que afectan al interés público. A todas estas críticas habría que añadir los elevados costes del procedimiento²⁵ y las grandes sumas de dinero reclamadas por los inversores, así como la falta de una especial sensibilidad por los intereses públicos, por el interés general, pues el cumplimiento de las estipulaciones del Tratado y la protección del inversor se convierten en los principales y casi exclusivos parámetros para valorar por parte de los árbitros.

Aunque desde el punto de vista formal el sistema esté plenamente legitimado al venir así específicamente previsto en los tratados internacionales, desde un punto de vista estrictamente material no deja de ser un privilegio del que sólo pueden

23. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014IE5356&from=ES>.

24. Según se da cuenta en el informe titulado *Investor-State Dispute Settlement: review of developments in 2014*, núm. 2, mayo de 2015, elaborado por UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development) para atajar este problema se han adoptado algunas medidas importantes en los últimos años. Cita, por su importancia, *The UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*, que han entrado en vigor en abril de 2014 y *The Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*, adoptada en la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 2014. http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/UNCTAD_WEB_DIAE_PCB_2015_%202%20IIA%20ISSUES%20NOTES%2013MAY%20.pdf.

25. Las indemnizaciones y los costes del procedimiento arbitral son tan elevados que pueden tener un claro efecto disuasorio de la adopción de determinadas políticas públicas o incluso motivar la derogación de normas ante la presentación de una demanda o la amenaza lanzada por un importante inversor. El coste medio de estos procesos se cifra en uno 8 millones de dólares, que las partes suelen pagar por mitad. <http://www.citizen.org/documents/informe-ataques-y-demandas-de-inversionistas-extranjeros.pdf>.

Así, por ejemplo, ante las demandas planteadas por la empresa tabacalera Philip Morris contra las reglas anti-tabaco de Australia, Nueva Zelanda ha anunciado que retrasará su legislación sobre empaquetado de tabaco hasta que la demanda sea resuelta para no asumir riesgos millonarios. <http://www.bmj.com/content/346/bmj.f1425/rr/638196>.

disfrutar los inversores extranjeros, lo que afecta directamente al principio de igualdad²⁶. Su diseño, efectivamente, sólo permite su ejercicio a los inversores extranjeros, dejando en peor condición jurídica a los inversores nacionales, que se ven privados de cualquier posibilidad de recurrir a los ISDS. Curiosamente el trato no discriminatorio a los inversores extranjeros es uno de los principios esenciales que ha llevado a la construcción de todo este peculiar sistema de protección. Con estos tratados se pretende precisamente garantizar que los Estados no den a sus empresas nacionales mejor trato que a las extranjeras, evitando así cualquier tipo de proteccionismo encubierto. Ahora bien, paradójicamente este principio básico acaba produciendo el efecto contrario y desemboca en una especial sobreprotección para el inversor extranjero en la medida en que sólo las grandes multinacionales extranjeras están en condiciones de poder recurrir a ellos. Sólo ellos tienen el derecho a eludir el sistema judicial del Estado si así conviene o han agotado ya las vías judiciales internas. Son las grandes compañías multinacionales las que demandan a los Estados y no al contrario. Ello tiene su lógica porque los Estados disponen de sus propias prerrogativas de autotutela declarativa y ejecutiva para actuar contra el inversor extranjero ante un eventual incumplimiento de las normas.

No sólo los inversores nacionales tienen vetado el recurso a la especial protección que proporciona el arbitraje internacional. De facto puede decirse que tampoco las pequeñas y medianas empresas ni los pequeños inversores extranjeros estarían en condiciones de hacerlo en virtud de los elevados costes del procedimiento²⁷. Este aspecto no es una cuestión menor. El caso español de las energías renovables nos permite ilustrar este problema con toda su crudeza en virtud de los cambios en la política energética que se han adoptado como consecuencia directa de la crisis y que han afectado a las primas previstas para las energías renovables. En nuestro ordenamiento interno existe ya una jurisprudencia consolidada que ha considerado que los cambios normativos resultan plenamente coherentes con nuestra cláusula constitucional de Estado democrático, que permite al Gobierno modificar el marco jurídico y cambiar de criterio en cualquier momento en aras a la protección del interés general²⁸. Los inversores extranjeros, no obstante, están usando las posibilidades

26. A ello se refiere expresamente SCHILL, Stephan W., *op. cit.*, «The European Commission's Proposal of an "Investment Court System" for TTIP: Stepping Stone or Stumbling Block for Multilateralizing International Investment Law?». Según el autor «This is crucial, as core concerns with ISDS arise from the "special" recourse it grants to foreign but not national investors. ISDS is criticized as giving foreign investors the possibility i) to get a second bite at the apple, after having lost in domestic courts; ii) to pursue parallel claims at the domestic and international levels to exert pressure on governments for a favorable settlement; or iii) to circumvent domestic courts completely as the exhaustion of local remedies is often not a condition of accessing ISDS. In all of these cases, ISDS is difficult to reconcile with the idea of democratic equality».

27. <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/services/Pages/Cost-of-Proceedings.aspx>.

28. Entre otras muchas, y por citar tan solo alguna de las más recientes, puede traerse a colación la STC 30/2016, de 18 febrero (RTC 2016, 30), en la que se declara que «Los cambios legislativos producidos no pueden ser cuestionados desde la óptica del principio de

de impugnación arbitral que les permiten los tratados internacionales. Hasta el momento han presentado más de una veintena de demandas frente al Estado español ante el CIDAI y ante otras cortes arbitrales internacionales al considerar que las medidas adoptadas violan las expectativas legítimas del inversor y actúan como una expropiación indirecta prohibida en la Carta de la Energía.

Sólo su mero planteamiento ya supondrá gastos desorbitados para el Estado español. Los árbitros resolverán la disputa aplicando un procedimiento diferente y normas distintas, las que derivan directamente del Derecho Internacional y de la aplicación de los principios de protección a las inversiones, confianza mutua, seguridad jurídica, trato justo y equitativo y prohibición de expropiaciones. Se trata de una situación ciertamente insólita y que hasta ahora no se había producido en nuestro ordenamiento jurídico, al menos de un modo tan intenso. Dos «jurisdicciones» que actúan en paralelo sobre los mismos hechos y con resultados que pueden ser completamente contradictorios, sin que exista ningún mecanismo de apelación general que permita unificar la «doctrina arbitral» ni dar coherencia a posibles laudos contradictorios. El tema, cuando menos merece una profunda y seria reflexión por las situaciones de desigualdad entre inversores que puede provocar y, sobre todo, por las gravísimas consecuencias económicas que puede tener para el Estado español.

2. USO –¿O ABUSO?– DEL ARBITRAJE EN LOS ÚLTIMOS AÑOS. ALGUNOS EJEMPLOS

Son muchos los ejemplos de arbitrajes que podrían traerse a colación en este sentido y que demuestran la posibilidad que tiene el inversor de cuestionar y condicionar la legitimidad de los gobiernos en la adopción de normas para la protección del interés general. Paradigmático ha sido el caso de las políticas de salud públicas adoptadas contra el tabaquismo. La empresa Philip Morris tiene abiertos varios procedimientos arbitrales contra el Estado australiano y Uruguay por las medidas legislativas antitabaco adoptadas en los últimos años en estos países. De especial interés resulta el caso uruguayo por ser el primer litigio que enfrenta directamente la protección de la salud pública de un país frente a la protección de las inversiones de las grandes compañías tabacaleras.

Efectivamente, siguiendo las políticas recomendadas por la Organización Mundial de la Salud, el gobierno uruguayo adoptó determinadas medidas para combatir el consumo de tabaco, cuyas enfermedades asociadas constituían una de las mayores causas de mortalidad en ese país. Tabaré Vázquez dictó varias leyes que establecían la prohibición de fumar en los espacios públicos y subió los impuestos

confianza mutua. Este principio no protege de modo absoluto la estabilidad regulatoria, ni la inmutabilidad de las normas precedentes, máxime en el contexto en que se promulgó el Real Decreto-Ley que ahora se enjuicia, es decir, de dificultades económicas y de crecimiento del déficit del sistema eléctrico. Los principios de seguridad jurídica y su corolario, el de confianza mutua, no suponen el derecho de los actores económicos a la permanencia de la regulación existente en un momento dado en un determinado sector de actividad. Dicha estabilidad regulatoria es compatible con cambios legislativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general».

al tabaco. El Gobierno adoptó después diversas normas reglamentarias y decisiones administrativas para el lanzamiento de importantes campañas de difusión de imágenes de advertencia sobre el riesgo de fumar. Ante estos cambios normativos en las políticas de salud pública, la compañía tabacalera, cuya sede se localiza en Suiza, presentó en el año 2010 una demanda internacional ante el *Centro Internacional de Arreglo de Controversias relativas a Inversiones (CIADI)* solicitando una indemnización de 25 millones de dólares por la disminución en sus expectativas de ganancia.

Según se ha señalado, la demanda es ciertamente innovadora porque Philip Morris, no solo ha solicitado ser compensada por las pérdidas resultantes de las normativas uruguayas, sino que también requiere al CIADI para que exija la suspensión de las normas antitabaco. El arbitraje, como no puede ser de otra manera, implica el pago de una indemnización, no obligación de derogar o modificar leyes. Sin embargo, esta insólita petición trasluce los intentos de estas grandes empresas de influir en la política de los Estados intentando aumentar las facultades de actuación de los tribunales arbitrales, lo que nos sitúa ante una nueva dimensión del ISDS hasta ahora desconocida²⁹.

En el caso de Australia, el arbitraje se ha suscitado ante la aprobación de una ley por parte de su Parlamento en la que se decide suprimir la publicidad en los paquetes de tabaco, de tal modo que a partir de ese momento todas cajetillas lucirán el mismo color y compartirán idéntico logotipo, con independencia de la marca, con advertencias sobre los riesgos que fumar conlleva para la salud. La multinacional norteamericana ha iniciado una demanda internacional por violación del Tratado de Inversión Bilateral entre Australia y HONG Kong alegando en ese caso que los productos se envían a Australia desde HONG Kong³⁰. En ella se vuelve a solicitar nuevamente, no sólo la indemnización millonaria por los daños que les va a causar la nueva legislación antimarcas, sino también la retirada de la ley (*Tobacco Plain Packaging Act 2011*). En este caso, no obstante, el 15 de diciembre de 2015 se ha producido un pronunciamiento arbitral que, tras varios años de litigio y trámites procesales, ha declarado inadmisibile el arbitraje al considerar que la iniciación misma del procedimiento arbitral ha constituido un abuso de derechos por parte de la compañía.

Otro buen ejemplo de estos intentos expansivos de la actuación de los árbitros que se pretende por parte de la grandes compañías en la formulación de sus demandas es el de la empresa farmacéutica *Eli Lilly and Company* contra Canadá³¹. En el año 2013, esta

29. Véase la p. 31 del escrito de demanda del arbitraje <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf> y <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1532.pdf>.

30. En el comunicado realizado por la compañía se expresa que «el gobierno ha aprobado su legislación a pesar de que ha sido incapaz de demostrar que será eficaz para la reducción del consumo de cigarrillos». <http://www.europapress.es/economia/noticia-comunicado-philip-morris-asia-interpone-demanda-contr-gobierno-australia-tabaco-marca-20111121184549.html>.

31. En este caso, la empresa farmacéutica estadounidense se ampara en una presunta violación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, o NAFTA, por sus siglas

compañía farmacéutica, después de agotar las vías de reclamación judicial canadienses, ha iniciado un procedimiento de arbitraje internacional solicitando al Estado el pago de una indemnización de 481 millones de dólares por las pérdidas producidas como consecuencia de una sentencia judicial que invalidó las patentes que había conseguido para comercializar dos fármacos para determinadas enfermedades mentales cuyos beneficios para los pacientes no pudo demostrar. Ello facilitó que otros laboratorios canadienses pudieran desarrollar versiones genéricas y más baratas que hicieron disminuir sus ventas. Uno de los múltiples argumentos utilizados para esta compleja y farragosa reclamación se basa precisamente en que la ley es «arbitraria, injusta y discriminatoria» en la medida en que exige al titular de la patente presentar pruebas que acrediten la utilidad y beneficios de un medicamento antes de obtenerla o de mantenerla. En este caso, al igual que en el de Philip Morris, se intenta alterar la carga de la prueba y que sean los propios Estados los que demuestren la razonabilidad de sus leyes, que éstas no son arbitrarias ni injustas ni desproporcionadas. Ello denota cierto menosprecio hacia la soberanía de los Estados y hacia el principio democrático que inspira nuestros ordenamientos internos.

En fin, desde un punto de vista estrictamente de Derecho interno, con esta reclamación presentada por la compañía farmacéutica se está discutiendo, no sólo las sentencias de tribunales canadienses que ya se han pronunciado sobre el asunto, sino también la validez de sus propias leyes. ¿Acaso no supone ello una grave intromisión en la soberanía de dicho Estado y un plus de tutela judicial absolutamente injustificado para el inversor extranjero? Tres árbitros que han sido elegidos para este procedimiento –y que ganarán unas cantidades absolutamente desorbitadas en virtud del extenso calendario que ellos mismos han programado³²– se pronunciarán sobre estos aspectos de la ley y de las sentencias judiciales canadienses.

El número de casos presentados en los últimos años ha crecido de forma notable³³. Por citar simplemente algunos de los más conocidos o de los más significativos podría-

en inglés) entre EEUU, México y Canadá. Case nº UNCT/14/2. Puede consultarse el expediente en <http://www.italaw.com/cases/1625>.

32. Según se apunta en la p. 18 del expediente, cada árbitro cobrará 3000 dólares por cada día de participación en reuniones del tribunal arbitral por ocho horas de trabajo o la parte prorrateada que corresponda si el horario es menor. Este cobro se realizará conforme un calendario que se fija en un Anexo del documento y que se extenderá durante varios años. En este caso, sólo se han previsto las fases del procedimiento arbitral hasta junio de 2016, pero el procedimiento todavía no estará concluido en dicha fecha y quedan varios trámites todavía por determinar. Todos estos aspectos pueden consultarse en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3212.pdf>.
33. Para analizar algunos casos más nos remitimos a GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, «La Asociación Transatlántica sobre Comercio e Inversión, entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América (el TTIP): una aproximación crítica», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 55, octubre de 2015, pp. 49 y ss. Asimismo, un listado más amplio de casos polémicos puede consultarse en el documento titulado *Arbitraje internacional de inversiones. Ataques y demandas de inversionistas extranjeros contra Estados receptores y sus políticas de interés público*. El documento puede consultarse en el siguiente link: <http://www.citizen.org/documents/informe-ataques-y-demandas-de-inversionistas-extranjeros.pdf>.

mos traer a colación, por ejemplo, el asunto *Lone Pine Resources* contra Canadá (año 2013). Una empresa estadounidense de exploración y producción de petróleo y gas ha solicitado al Estado canadiense el pago de una indemnización de más de 240 millones de dólares por la decisión administrativa de suspender la autorización de exploración de petróleo y gas en los yacimientos ubicados debajo de un río mientras se realizaba una evaluación de impacto ambiental de ese peculiar método de extracción que consiste en filtrar sustancias químicas y gases en las aguas subterráneas (práctica del *fracking* o fractura hidráulica). Al realizarse esta actuación al lado del río no sólo se estaba afectando al medio ambiente, sino que también existía un alto riesgo de afectar a la población que bebía esa agua, por lo que estaba también en juego la salud pública³⁴.

El asunto *Achmea B. V. (anteriormente conocido como «Eureko B. V.») c. la Republica de Eslovaquia* también resulta digno de mención por afectar a una cuestión especialmente preocupante en la negociación del TTIP como es la relativa a las decisiones de revertir los procesos de externalización de servicios públicos y porque pone de manifiesto alguno de los problemas internos que puede plantear el arbitraje cuando afecta a dos Estados miembros de la Unión Europea, donde el pago de una indemnización arbitral puede llegar a constituir una ayuda de Estado. En este complejo caso, el Estado Eslovaco ha sido llevado dos veces ante el tribunal por un inversor holandés ante los intentos de revertir el proceso de privatización de los hospitales públicos que se inició en Eslovenia en el año 2004, cuando entró a formar parte de la UE y decidió liberalizar el mercado de seguros de salud. Ante los problemas que planteó la privatización del sector sanitario, el nuevo Gobierno que se formó a mediados del 2006, presidido por el primer ministro Robert Fico, decidió dar un giro en este proceso y cambiar sus políticas sanitarias. Se acusó a los aseguradores privados de salud de lucrarse con fondos públicos que deberían haberse invertido directamente en la salud de la población y en tratamientos médicos. Ello explica que entre las múltiples medidas adoptadas para revertir el proceso liberalizador se establecieran también determinadas restricciones para el reparto de ganancias entre los accionistas.

Ante esta situación, la empresa privada holandesa, llamada entonces *Eureko B.V.*, decidió plantear un arbitraje contra el Estado eslovaco (caso *Achmea B. V. contra la Republica de Eslovaquia, Eureko BV v The Slovak Republic, CA Case N° 2008-13*) por violación de su tratado bilateral³⁵ al entender que estas medidas constituían una expropiación indirecta contraria a lo previsto en el tratado, una violación de la cláusula de no discriminación y de libre transferencia de ganancias y dividendos. *Achmea BV* obtuvo en el año 2012 un primer laudo arbitral a su favor y fue indemnizada por el Estado eslovaco con 22 millones de euros por un supuesto «lucro cesante» que le causó

34. En este asunto se está aplicando el Tratado de Libre Comercio de América del Norte con EE.UU, Canadá y México (NAFTA) y se siguen las reglas de arbitraje de la *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (CNUDMI o, por sus siglas en inglés UNCITRAL). <http://www.italaw.com/cases/1606>.

35. *The Agreement on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Republic* (BIT), de 1991. En este caso se aplicaron las reglas de arbitraje de UNCITRAL.

la paralización del proceso privatizador sanitario³⁶. En abril de 2012 el señor Fico volvió al poder y retomó nuevamente esta política de reversión, manifestando públicamente su preferencia por la vuelta a un sistema sanitario público. En julio de 2012, el Ministerio de la salud publicó una oferta que sugería llevar a cabo tres posibles tipos de acciones para restablecer un sistema público sanitario: ponerse de acuerdo con los aseguradores privados para que el Estado asumiera nuevamente la dirección de sus carteras de clientes a cambio de la correspondiente indemnización estatal, que las compañías aseguradoras privadas vendieran voluntariamente sus acciones al Estado o directamente una expropiación. Ello provocó la presentación de una segunda reclamación (*Achmea BV v The Slovak Republic*, PCA Case n° 2013-12) que ha sido desestimada porque se trataba de un mero anuncio de expropiación que no había llegado a realizarse³⁷.

Planteando también serios problemas de compatibilidad con el Derecho Comunitario puede traerse a colación el asunto *Micula, v. Romania*. Este asunto refleja las tensiones que se pueden producir entre el Derecho comunitario y el Derecho internacional y el enfoque de la Comisión defendiendo la supremacía del Derecho de la Unión Europea³⁸. Pues bien, en el caso *Micula* varias empresas de alimentación denunciaron a Rumanía por las inversiones realizadas en ese país al amparo de un potente sistema de subvenciones. Para la entrada de Rumanía en la UE tuvo que suspenderse ese programa de incentivos para ajustarse a las normas sobre ayudas estatales, por lo que el Estado fue demandado y finalmente condenado a pagar 250 000 \$ por incumplimiento de las obligaciones previstas en el Tratado Bilateral de Comercio³⁹. El asunto *Veolia vs. Egipto*, por citar tan sólo algún caso más, afecta a los derechos laborales y al salario mínimo de los trabajadores. En este caso, la multinacional francesa *Veolia Propreté*, que había conseguido un contrato de 15 años de duración para gestionar los residuos en Alejandría,

-
36. *Achmea B. V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case n° 2013-12 (Number 2): <http://www.italaw.com/cases/2564#sthash.f1kSOByy.dpuf>. El Estado posteriormente solicitó la nulidad del laudo ante un tribunal alemán. <http://blogs.law.nyu.edu/transnational/2012/07/german-court-upholds-award-on-jurisdiction-in-eureko-b-v-v-the-slovak-republic-pca-case-no-2008-13/>.
37. Lo curioso del caso es que el arbitraje permitió revisar un proceso expropiatorio y advertir que, de materializarse finalmente la expropiación, ésta sí podría suponer una violación directa del tratado susceptible de indemnización. <http://hsfnotes.com/arbitration/2014/06/20/no-jurisdiction-over-bit-claims-if-investor-fails-to-state-a-prima-facie-case/>.
38. Para un análisis detallado de estas cuestiones nos remitimos a DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier, «El Incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados Miembros de la Unión Europea», en *Spain arbitration review: revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 8, 2010, pp. 19 y ss.
39. En 2014, la Dirección General de Competencia envió una instrucción provisional a Rumanía ordenándole que no realizara el pago, puesto que se consideraría ayuda estatal ilegal. A pesar de ello, los mediadores han autorizado a *Micula* para que exija compensación ante los tribunales de los Estados Unidos, haciendo uso de una cláusula que remite al Convenio de Nueva York. El procedimiento de anulación del laudo arbitral acaba de ser desestimado el 26 de febrero de 2016. El expediente completo del asunto *Ioan Micula, Viorel Micula, S. C. European Food S.A., S. C. Starmill R. L. and S. C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case n° ARB/05/20, puede consultarse en: <http://www.italaw.com/cases/697>.

inició en el año 2012 un arbitraje contra el Estado egipcio por la pérdida de ganancias que le iba suponer la decisión egipcia de aumentar el salario mínimo de los trabajadores. Amparándose en el Tratado Bilateral de Inversiones que mantienen Francia con Egipto, se le exige el pago de unos 110 millones de dólares. En el asunto *Vattenfall*, por ejemplo, la compañía sueca Vattenfall reclama a Alemania 3.700 millones de euros por incumplir la carta de la energía a raíz de su decisión de abandonar gradualmente su política en cuanto a la producción de energía nuclear. También España tiene pendiente más de una veintena de demandas en varias sedes arbitrales por denuncias a los recortes en la retribución de las energías renovables. En este sentido, se ha dicho que nos hemos convertido en el tercer país con más demandas ante el CIADI, por detrás de Venezuela y Argentina.

En fin, a la vista de los casos analizados, no es de extrañar que estos mecanismos se hayan calificado desde algunos foros como un instrumento pensado estrictamente para garantizar la sumisión de los Estados a las grandes compañías multinacionales para que un eventual cambio de orientación en el gobierno de turno y en sus políticas públicas no ponga en riesgos las inversiones realizadas ni los beneficios esperados.

3. SU INCIDENCIA EN EL LLAMADO «DERECHO A REGULAR» DE LOS ESTADOS A FAVOR DEL INTERÉS PÚBLICO

La doctrina ha señalado que en este concepto conviven dos elementos distintos: el derecho a regular las inversiones extranjeras para promocionar y estimular el desarrollo interno conforme a las prioridades marcadas y el derecho a regular para proteger los intereses propios del bienestar de los posibles efectos negativos que, tanto las inversiones extranjeras o como las nacionales, pueden ocasionar⁴⁰. Esta es la perspectiva que a nosotros más nos interesa en este trabajo.

El debate se ha planteado en estos últimos años ante la incertidumbre que plantean algunos de los conceptos jurídicos empleados para la protección de la inversión⁴¹. Especialmente problemática resulta en este sentido la interpretación del concepto de «expropiación indirecta» que se utiliza en estos tratados ante el espectacular aumento de arbitrajes que se están planteando, en los que se solicita indemnización ante cualquier cambio regulatorio que minora las expectativas de ganancia del inversor⁴². Ello es así porque la expropiación indirecta no supone la apropiación de la inversión extranjera por parte del Estado, sino una actuación de éste que sin despojar al inversor de su derecho de propiedad le genera un perjuicio económico

40. MANN, Howard, *The right of States to regulate and international investment Law*, 2002, p. 5. Disponible en http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_right_to_regulate.pdf.

41. Así lo destaca también FERNÁNDEZ MASÍ, Enrique, «Hacia la creación de un Tribunal Internacional de Inversiones», *La Ley*, 20 de noviembre de 2015.

42. Nos remitimos directamente al informe realizado por la OCDE para realizar un análisis detallado de esta evolución y de los arbitrajes planteados sobre esta materia. OECD (2004), «Indirect Expropriation» and the «Right to Regulate» in International Investment Law», *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04, OECD. Está disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/780155872321>.

en su inversión. Cuando las medidas reguladoras adoptadas por los Estados para la protección de la salud, el medio ambiente u otros intereses públicos afectan a las perspectivas de ganancia del inversor ¿pueden considerarse como una expropiación indirecta a efectos de los tratados y ser susceptibles de compensación por parte de los Estados? ¿Dónde se puede trazar la frontera entre el derecho a regular de los Estados y las expropiaciones indirectas susceptibles de indemnización?

Trazar esta línea divisoria no es en modo alguno sencillo ni pacífico. En algunas ocasiones el mero perjuicio económico no se ha considerado como criterio determinante de la indemnización al matizarse a través de la aparición en algunos laudos de la llamada «*police power doctrine*», que permite a los árbitros tomar en consideración el interés público del Estado en la regulación, el objetivo que persigue la medida o su proporcionalidad y no exclusivamente su impacto económico en los inversores. Ello ha permitido distinguir entre normativas nacionales que constituyen una expropiación indirecta y que, en consecuencia, generan la obligación del Estado de indemnizar y normativas legítimas, que no son indemnizables en la medida en que tienen su origen en la soberanía del Estado y, más concretamente, en una de las manifestaciones de su derecho a regular para proteger intereses generales. También se ha excluido la indemnización cuando el Estado, en el ejercicio habitual de su potestad normativa, adopta de buena fe normas no discriminatorias destinadas a velar por el bienestar general o cuando las medidas adoptadas sean proporcionales⁴³. Desde una perspectiva de Derecho interno plantean el problema de que la solución es eminentemente casuística. Dependerá en última instancia de la interpretación que realicen tres sujetos privados, que van a enjuiciar la razonabilidad, el interés y la proporcionalidad de medidas adoptadas por Estados soberanos.

Por otra parte, la experiencia durante estos últimos años está demostrando que frente al arbitraje no existe ningún límite en cuanto al tipo de actividad que puede ser impugnada, a diferencia de lo que ocurre con los ordenamientos internos, donde regulamos con gran detalle el tipo de actividad y las decisiones públicas que pueden ser objeto de impugnación para salvaguardar un principio básico de nuestras democracias como es el de división de Poderes. A través de esta herramienta los inversores intentan controlar y condicionar todas las manifestaciones de Poder público, ya sea del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial. De los ejemplos que acabamos de analizar en el epígrafe anterior podemos decir que el arbitraje se puede interponer directamente frente a leyes y reglamentos (caso de la política antitabaco en los asuntos de la tabacalera Philip Morris); frente a decisiones meramente políticas que en nuestro ordenamiento se incluirían dentro de lo que se denomina actos políticos o de gobierno (pensemos por ejemplo en el caso *Vattenfall* en Alemania o en las decisiones de los Gobiernos españoles que afectan a la política energética). El arbitraje puede plantearse frente al ejercicio de potestades autoorganizatorias (caso *Micula*, que afecta a la reversión de la externalización o privatización de servicios públicos) o frente a meras resoluciones o actos administrativos (caso

43. LÓPEZ ESCUDE, Manuel, «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*, obra colectiva dirigida por José MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, editada por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2014, pp. 256 y ss.

de la autorización del fracking en el asunto *Lone Pine Resources* contra Canadá). Tampoco las sentencias judiciales quedan al margen de estas impugnaciones, como buena muestra de ello el arbitraje de la empresa farmacéutica *Eli Lilly and Company* en un asunto de anulación judicial de patentes de un medicamento.

Para los inversores extranjeros, pues, no existe ningún tipo de límite en cuanto a la naturaleza de la actuación impugnada o rango de las normas que son susceptibles de vulnerar los principios esenciales de la protección de inversiones⁴⁴. En la medida, además, en que dichas decisiones o normas van a ser analizadas exclusivamente bajo el tamiz de las normas previstas en los Tratados internacionales, de las normas relativas al libre comercio, sus laudos pueden acabar minando la potestad legislativa y regulatoria de los Estados⁴⁵.

En este sentido puede decirse que las decisiones arbitrales denotan cierta pérdida de la soberanía estatal a favor del interés estrictamente económico del inversor en ámbitos que además son de especial sensibilidad. Las actuaciones que generan estos arbitrajes se deben siempre a medidas adoptadas por los Estados para garantizar el interés general mediante la adopción de políticas de salud pública, de promoción de una mayor igualdad y cohesión social, de protección de los consumidores, de protección del medio ambiente, de protección de los trabajadores o de protección de la propia fiscalidad y estabilidad presupuestaria del Estado (caso español de las energías renovables). Evidentemente, los cambios regulatorios que benefician al inversor no dan lugar nunca al conflicto, por lo que la constricción de la soberanía se hace siempre para el mismo lado –si se me permite la expresión– y en relación siempre con medidas establecidas en defensa de valores públicos e intereses sociales.

La existencia misma de estos sistemas de arbitraje supone reconocer a los inversores extranjeros una especie de «derecho» a la petrificación del ordenamiento jurídico del Estado de acogida de la inversión. Una garantía de que no va a cambiar el marco regulatorio que se ha tenido en cuenta al realizar la inversión para que ésta se ajuste en todo momento a sus expectativas de ganancia. En caso contrario, si un gobierno decide cambiar su política pública, establecer procedimientos administrativos más garantistas

44. Así lo ha reconocido expresamente la Comisión Europea en recientes documentos: «In the past, investment agreements have often been drafted more with the protection of investments in mind than the state's right to regulate. Certain investment agreements have even explicitly included a reference to the rights of investors to a "stable business environment". Concerns have been raised by the fact that such an explicit reference to a stable business environment has been interpreted by some arbitral tribunals as offering a general guarantee against repeated legislative changes. A reform on this point should address these concerns by making clear that EU investment protection standards do not offer such guarantee». *Investment in TTIP and beyond-the path for reform. Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court*; http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF.

45. Algunos países como Bolivia y Ecuador han denunciado los Tratados para salirse del sistema CIADI al considerar que las resoluciones arbitrales han favorecido descaradamente a los inversores extranjeros, lo que de facto se habría traducido en la imposición de importantes limitaciones a su soberanía al reducir el poder normativo del Estado a su mínima expresión.

del interés público o simplemente cambiar las normas, ello puede ser interpretado como una limitación de las ganancias esperadas y, en términos del TTIP, constituir una «expropiación indirecta» susceptible de ser indemnizada por parte del Estado. Además, la cantidad indemnizatoria, siempre multimillonaria, dependerá de la interpretación que acaben haciendo los tribunales arbitrales que dirimen las demandas inversionista-Estado. No existen topes a la hora de determinarlas, toda vez que éstas dependen exclusivamente del buen criterio del tribunal arbitral y de las expectativas de ganancia que acredite el inversor.

Siendo consciente de estos riesgos, la Unión Europea ha empezado a mostrar un especial interés por esta materia y se ha planteado como objetivo esencial de sus tratados la consecución de un equilibrio entre una elevada protección a los inversores extranjeros y el respeto del derecho a regular, tanto de la Unión Europea como de sus Estados miembros. Cuadrar esta ecuación no es sencillo, pero se ha producido un importante avance en este sentido y una significativa evolución de la política comunitaria para intentar conseguirlo.

Esta idea está siendo ahora especialmente remarcada a propósito de la negociación del TTIP, pero no es nueva, en modo alguno. Así, por ejemplo, ya en el *Informe del Parlamento Europeo sobre la futura política de inversiones en la Unión Europea*, de 22 de marzo de 2011, se alertaba de las limitaciones que el arbitraje internacional de inversiones estaba causando en la potestad legislativa de los Estados y en sus potestades para adoptar decisiones políticas y administrativas en defensa del interés público⁴⁶. Así sucede, por ejemplo, cuando el ejercicio del arbitraje permite al inversor extranjero discutir las decisiones del Estado de inversión y condenarlo al pago de una cantidad multimillonaria por haber adoptado una ley o haber tomado una decisión administrativa que limita sus expectativas de ganancia.

Los Estados y organizaciones regionales, incluyendo la Unión Europea, han comenzado a examinar vías para salvaguardar su poder regulador⁴⁷. Un paso muy importante para ello, además de su proclamación expresa en los preámbulos de los tratados, pasa por limitar y guiar el poder interpretativo de los colegios arbitrales a la hora de interpretar los conceptos jurídicos indeterminados y los principios rectores de la protección de inversiones recogidos en ellos. Sin embargo, la Unión Europea ha considerado recientemente que ello no es suficiente y ha iniciado un nuevo enfoque que pasa directamente por abandonar el sistema arbitral y crear un sistema de tribunales de inversión.

IV. EL PROCESO DE GESTACIÓN DEL CAMBIO EN EL MODELO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE INVERSOR Y ESTADO

Los arbitrajes internacionales de inversiones no son ninguna novedad. Durante muchos años han operado en tratados de libre comercio o de inversión suscritos entre

46. Según el *Informe del Parlamento Europeo sobre la futura política europea en materia de inversiones extranjeras de 22 de marzo de 2011* (2010/2203[INI]). El informe puede consultarse en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2011-0070+0+DOC+XML+V0//ES>.

47. TITI, Catherine, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Hardback, 2014.

diferentes países o regiones del mundo con el propósito de proteger a los inversores ante cambios en las legislaciones públicas potencialmente lesivos para sus intereses en ámbitos tan dispares como el medio ambiente, salud pública, protección de los consumidores, derechos laborales, etc. Tampoco son novedosos en el ámbito europeo. De hecho, desde el año 1959 los Estados miembros han celebrado más de mil cuatrocientos Acuerdos o Convenios Bilaterales de Inversión que, como regla general, suelen contener disposiciones y mecanismos similares de protección de inversiones.

Sin embargo, en los últimos años se ha generado un importante debate debido a varios fenómenos. Por una parte, por el sorprendente aumento de demandas de arbitraje internacional en el que poderosas compañías multinacionales (grandes petroleras, cementeras, industrias tabacaleras, compañías farmacéuticas...) discuten las políticas adoptadas por los Estados receptores de la inversión y, en ocasiones, les disuaden incluso de adoptarlas con la mera amenaza de la presentación de una demanda de arbitraje. Ya tenemos varios ejemplos de ello. Por otra, desde que el Tratado de Lisboa le atribuyera competencias exclusivas en esta materia, la Unión Europea ha venido desarrollando una intensa y ambiciosa actividad en materia comercial que se ha traducido ya en la firma de importantes tratados de libre comercio, lo que supone aumentar potencialmente los riesgos frente a posibles arbitrajes. Además, podríamos decir que la consideración del arbitraje como un mecanismo de resolución de disputas entre inversor-Estado se quedaría un tanto desfasada ante la magnitud del nuevo fenómeno que supondría la firma de estos tratados por parte de la UE, toda vez que permitiría al inversor extranjero enfrentarse directamente, no sólo frente a un Estado, sino frente a la propia Unión Europea. De hecho, ya se ha elaborado el Reglamento comunitario para clarificar a quién correspondería el pago de las indemnizaciones multimillonarias a las que pueda dar lugar un arbitraje internacional de inversión⁴⁸.

Esta especial preocupación por el arbitraje proviene, ya no sólo por su importancia en términos económicos y comerciales, sino también por las consecuencias que puede tener en la propia soberanía de los Estados miembros, en el ejercicio de su «derecho a regular», tal como antes hemos señalado. En el propio Informe del Parlamento Europeo sobre la futura política de inversiones de la Unión Europea de 2011, aunque se destaca el importante papel que el arbitraje ha tenido para mejorar la competitividad y el desarrollo de los países de acogida de la inversión, también se advertía de sus efectos perjudiciales para el interés general, menoscabando el espacio de intervención pública del Estado y afectando a su «derecho a regular». El Parlamento alertaba de la profunda preocupación que causaba el alto nivel de discreción del que disfrutaban las instancias de arbitraje internacional a la hora de interpretar las cláusulas de protección de los inversores, lo que en ocasiones ha llevado

48. *Reglamento UE núm. 912/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte* (DOCE de 28 de agosto de 2014, L 257/124). También en España hemos establecido un sistema similar con la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

a descartar una regulación legítima de carácter público. La utilización de un lenguaje vago en los tratados ha dado pie a distintas interpretaciones, alertando del riesgo de conflicto entre los intereses privados y la misión reguladora de las autoridades públicas.

Por ello, se ha solicitado a la Comisión que incluya en todos sus tratados cláusulas específicas que consagren expresamente el derecho de los Estados a regular, entre otros ámbitos, en los ámbitos de la protección de la seguridad nacional, el medio ambiente, la salud pública, los derechos de los trabajadores y de los consumidores, la política industrial y la diversidad cultural.

Fruto de estas inquietudes, en el CETA y en el EUSFTA se introdujeron ya importantes reformas que venían a paliar parcialmente algunos de los problemas que la doctrina y el Parlamento habían puesto de manifiesto. Se fijó un sistema reformado de arbitraje con algunas mejoras y pequeños retoques en el sistema pero que, en modo alguno, permitían garantizar que el arbitraje no se siguiera utilizando como un poderoso instrumento que permite a las grandes empresas multinacionales limitar y condicionar los poderes normativos de los gobiernos electos.

La negociación del TTIP ha permitido situar nuevamente el foco de atención en estas cuestiones, suscitando importantes recelos en la ciudadanía y en las propias instituciones comunitarias. Genera especial desconfianza el secretismo con el que se está llevando a cabo todo el proceso negociador –como si hubiera algo grave que ocultar– y que limita incluso la actividad de los miembros del Parlamento. Además de tener que firmar un compromiso de discreción, los parlamentarios europeos sólo pueden acceder parcialmente a los documentos clasificados a través de una sala de lectura segura (*Reading room*), sin que les esté permitido hacer ningún tipo de copias o reproducción de documentos a través de fotos, por ejemplo⁴⁹. Además, con su suscripción se ampliará enormemente el alcance del arbitraje de inversión, exponiendo a los Estados miembros a riesgos de responsabilidad sin precedentes e impredecibles. De ahí la enorme importancia que tiene este Acuerdo.

Ello explicaría que esta prevención hacia el arbitraje se haya manifestado con todo su rigor durante el proceso negociador del TTIP por las importantes repercusiones políticas, jurídicas y económicas que tendría el tratado. Las relaciones de inversión que se generarían entre EE.UU y la UE a partir de la firma del Acuerdo serían, sin duda, las mayores y más profundas del mundo y, en este sentido, sus implicaciones serían mucho más amplias que las de los demás acuerdos negociados hasta ahora por la UE, e incluso sus efectos mucho más difíciles de prever. Basta con tener en cuenta que ambas economías representan cerca de la mitad del producto interior bruto mundial y un mercado combinado de más de 800 millones de consumidores. Además, se pretende que la firma de este acuerdo suponga una renovación gradual de todos los tratados bilaterales firmados hasta ese momento por los Estados miembros. Supondría, en suma, el establecimiento de

49. *Access to TTIP-related documents-comprehensive agreement on operational arrangements between the INTA Committee and DG TRADE*, de 10 de diciembre de 2015, disponible en <https://polcms.secure.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/9eb1ebb4-3205-4cb1-9b57-72a87a298048/Access%20to%20TTIP-related%20docs.pdf>.

un nuevo régimen de derechos y obligaciones reformado en todo el territorio de la Unión, que vendría a reemplazar gradualmente a los tratados vigentes de los Estados miembros⁵⁰.

Pues bien, ante la preocupación que generan los ISDS y los elementos innovadores que implicaría para los Estados miembros, la Comisión ha realizado una interesante consulta pública sobre el sistema de protección al inversor extranjero que ha tenido una elevadísima participación⁵¹. En este documento se ponen de manifiesto algunos de los problemas más importantes que plantea el arbitraje internacional y se proponen algunas soluciones que la Comisión deberá tener en cuenta durante el proceso negociador⁵². Se insiste en la necesidad de garantizar un alto nivel de protección para los inversores extranjeros en la UE pero a la vez salvaguardar el derecho a regular para alcanzar los objetivos de bienestar público de la UE y sus Estados miembros. Con ella, además, se ha querido tranquilizar a la opinión pública europea recordando que el mandato que el Consejo ha hecho a la Comisión está condicionado a que se logre un equilibrio entre los ISDS y el derecho a regular. La inclusión en la negociación de este elemento de condicionalidad será determinante de la decisión final que se adopte respecto a la inclusión o no del arbitraje internacional y sólo se tomará durante la fase final de las negociaciones.

Como resultado de dicha consulta se abrió un nuevo período de reflexión en la Unión Europea sobre el arbitraje internacional cuyos frutos ya se han apreciado⁵³. En el mes de mayo de 2015, la Comisión elaboró un documento explicativo de los pasos a seguir en todo este proceso y de sus objetivos. En el mes de julio, el Parlamento hizo públicas unas nuevas recomendaciones para la Comisión Europea relativas al proceso negociador⁵⁴ y, en el mes de septiembre, la Comisión elaboró un nuevo e interesante documento que implicaría cambios trascendentales en el clásico sistema de resolución

-
50. Así lo reconoce explícitamente la Comisión Europea en su informe titulado *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)*, publicado el 13 de enero de 2015.
 51. Informe de la Comisión titulado *Consulta pública en línea sobre la protección de las inversiones y la solución de diferencias entre inversores y Estados en el Acuerdo de Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI)*, publicado el 13 de enero de 2015. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153304.pdf.
 52. Se apunta a la necesidad de garantizar y proteger el derecho a legislar, de regular el establecimiento y funcionamiento de los tribunales arbitrales, a la necesidad de clarificar la relación entre los sistemas judiciales nacionales y el arbitraje internacional, así como a la posibilidad de establecer mecanismos para la revisión de los laudos a través de un procedimiento de apelación.
 53. *Investment in TTIP and beyond-the path for reform. Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court*; Documento publicado el día 5 de mayo de 2015 en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF.
 54. 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). <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0252+0+DOC+XML+V0//ES>.

de disputas entre inversores y Estados⁵⁵. Este documento suponía un nuevo enfoque comunitario sobre los arbitrajes internacionales de inversión. Dedicaba el capítulo II del tratado a regular la inversión y en él se producía un importante punto de inflexión en esta materia. Según la Comisión, la cuestión de la protección de las inversiones debía pasar del actual arbitraje *ad hoc* a un Sistema especial de Tribunales de Inversiones que no impida la posibilidad de que la UE utilice la normativa sobre ayudas estatales. Asimismo, señalaba la necesidad de que el tratado incluyera un artículo específico sobre el derecho a regular que garantizara a los gobiernos su derecho a legislar con fines de interés público.

Este nuevo enfoque comunitario sobre los ISDS ya se ha recogido en el tratado de libre comercio celebrado recientemente con Vietnam (agosto de 2015). Asimismo, a finales de febrero de 2016 se ha dado otro importante paso en esta línea con Canadá. Se ha procedido a realizar una revisión del CETA que implica una ruptura con el sistema arbitral y su sustitución por un Tribunal Permanente de Inversiones. Parece, pues, que es firme la voluntad de la Unión Europea de modificar su política comunitaria y su posición negociadora frente a Estados Unidos en esta materia.

V. EL NUEVO ENFOQUE Y LA NUEVA POSICIÓN NEGOCIADORA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL TTIP: CREACIÓN DE UN SISTEMA JUDICIAL DE INVERSIONES Y ABANDONO DEL ARBITRAJE *AD HOC*

El CETA y el EUSFTA contienen un modelo avanzado de resolución de conflictos inversor-Estado al disponer de capítulos específicos que incorporan importantes mejoras respecto del sistema clásico. Sin embargo, no se han considerado suficientes para disipar todos los problemas que plantea el arbitraje. Como ha sostenido el Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo⁵⁶, los modelos que incorporan «siguen 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». Por ello se ha considerado que la solución a los problemas que plantea el arbitraje no puede basarse en una mera mejora y modesta renovación del sistema existente que, por lo demás, cuenta con un apoyo público ciertamente escaso.

La solución a esta cuestión pasa por un nuevo enfoque de los mecanismos de resolución de conflictos inversor-Estado capaz de garantizar un sistema democrático, justo, transparente y equitativo. Sus claves se basan en la eliminación del arbitraje realizado por juristas privados nombrados *ad hoc* para cada caso concreto, la creación

55. *Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade in services, investment and e-commerce*. Chapter II. Investment. El Documento se hizo público el día 16 de septiembre de 2015. Está disponible en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf.

56. Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo 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” (2015/C 332/06), suscrito en 27 de mayo y publicado en el DOUE de 8 de octubre de 2015.

de un Tribunal Internacional de Inversiones, el establecimiento de procesos transparentes que sean susceptibles de ser recurridos, que sean accesibles también para las Pymes y, sobre todo, que reconozcan el derecho a regular por parte de los Estados. El derecho de un Estado a legislar para satisfacer el interés público es fundamental y no debe ser menoscabado por tratados de libre comercio. Por ello se ha considerado necesario establecer una cláusula que, de forma horizontal, proclame este derecho.

El día 12 de noviembre de 2015 la Comisión Europea hizo público el documento final que recoge la posición europea que va a presentarse ante Estados Unidos en la mesa de negociación⁵⁷. Esta nueva propuesta pretendería proporcionar a todos los intervinientes plena confianza en el sistema, sustituyendo el arbitraje por un nuevo modelo de reclamaciones judiciales con una legitimidad similar a la que existe en cada uno de los Estados miembros y consagrando, expresamente y de una forma más clara y rotunda, el derecho de los Estados a regular. Se ha considerado que la creación de un Tribunal Internacional de Inversiones sería la mejor solución a los problemas del arbitraje, ya que desempeñaría un gran papel para garantizar la legitimidad y la transparencia del sistema y para obtener una interpretación más coherente y unas decisiones más exactas.

1. LA ESTRUCTURA DEL NUEVO SISTEMA JUDICIAL

Este nuevo enfoque comunitario sobre la resolución de conflictos inversor-Estado supone ciertamente una mejora muy significativa respecto del modelo existente. Se basa en la sustitución del arbitraje *ad hoc* por la institucionalización de un sistema judicial de inversiones (*Investment Court System*). Además, se concibe este proceso como un remedio subsidiario, potenciando siempre una resolución amistosa entre las partes y fomentando la mediación como medio alternativo, que se puede plantear en cualquier momento, tanto inicialmente para evitar la presentación de la demanda, como en cualquier momento posterior a lo largo de la tramitación del proceso (*amicable resolution*).

La solución de controversias inversor-Estado se atribuye a Tribunales⁵⁸. El sistema se apoya en la creación de un nuevo Sistema Judicial de Inversiones, formado por un Tribunal de Primera Instancia y un Tribunal permanente de Apelación (artículos 9 y 10 del capítulo II del Tratado, sub-sección 4). En principio estará conformado por quince jueces, aunque se prevé la posibilidad de que esta cifra pueda ser aumentada o disminuida, siempre en múltiplos de tres. Los jueces serán designados públicamente por un Comité y deberán tener una formación y cualificación semejante a la que se exige para formar parte de los

57. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf.

58. La mera existencia de tribunales específicamente diseñados para la tutela exclusiva de los inversores ya de por sí supone una situación de desigualdad que choca con las Constituciones europeas. La libre elección del foro judicial o arbitral y la disponibilidad de las partes a la hora de determinar el Derecho aplicable, el llamado *forum shopping*, han sido objeto de importantes críticas por parte de algunos autores. ALGOSTINO, Alessandra, "ISDS (Investor-State dispute settlement), il cuore di tenebra della global economic governance e il costituzionalismo", *Costituzionalismo.it*, Fascicolo N° 1/2016, p. 166. http://www.costituzionalismo.it/download/Costituzionalismo_201601_558.pdf.

tribunales nacionales o tener reconocida competencia. Su elección requiere un perfil muy determinado. Deben ser expertos en Derecho Internacional Público, valorándose especialmente como mérito sus conocimientos en legislación sobre inversiones internacionales, tratados internacionales y resolución de controversias que surjan de acuerdos internacionales de inversión y de acuerdos internacionales de comercio. Asimismo, para conseguir su imparcialidad y su independencia se les exige el cumplimiento de normas éticas y de códigos de conducta, a la vez que se instituye un mecanismo para evitar todo conflicto de interés, de tal manera que estos no podrán ejercer ninguna actividad que pueda interferir sus funciones ni tampoco trabajar como abogados o asesores en otros conflictos.

Los jueces serán nombrados previamente y de forma conjunta por ambas partes del Tratado. Son nombrados para un mandato de seis años que puede ser renovable una sola vez. Actuarán por secciones para conocer de cada impugnación concreta. En la conformación de estas secciones se establecen determinadas garantías para que no pueda saberse de antemano la composición de la sección y que ésta resulte realmente imprevisible. No obstante, se ha previsto que estén conformadas siguiendo el esquema clásico de los tribunales arbitrales: un juez tendrá que pertenecer al Estado del inversor, otro del Estado de recepción de la inversión y un tercer juez perteneciente a un tercer Estado. Cabe también la posibilidad de que las partes puedan acordar que el tribunal sea unipersonal, siendo siempre en este caso el juez nacional de un tercer país.

Inspirándose en el órgano de apelación de la Organización Mundial del Comercio se crea también un Tribunal de Apelación, que podrá conocer de las impugnaciones de las resoluciones dictadas en primera instancia. Este Tribunal estará formado por seis jueces. Para garantizar su neutralidad, dos serán europeos, otros dos norteamericanos y los otros dos serán nacionales de terceros países. También tendrán un mandato de seis años prorrogables por una sola vez. Su cualificación es similar a la de los jueces del Tribunal de Primera Instancia, aunque en este caso se exige que posean cualificaciones semejantes a las que se exigen en los ordenamientos internos para los puestos más elevados del organigrama judicial o tener reconocido prestigio profesional.

2. EL TRATAMIENTO DEL «DERECHO A REGULAR» EN EL TEXTO DEL TRATADO

La nueva posición negociadora de la UE vislumbra a la perfección la enorme preocupación que existe por esta materia en el ámbito europeo. El derecho a regular de los Estados se afronta a través de tres medidas esenciales: proclamando específicamente este derecho en el texto del tratado, definiendo con detalle los estándares de protección del inversor extranjero y clarificando las relaciones entre el TTIP y los ordenamientos jurídicos internos. Con ello se mejora sensiblemente el marco preexistente, aunque esta regulación todavía sigue presentando algunas sombras.

Las claves esenciales de este nuevo enfoque pasan por la inclusión expresa en el texto del tratado –y no sólo en sus preámbulos– del derecho de los Estados a regular a favor de la salud pública y del interés general. La verdad es que no deja de ser llamativo que se tenga que reconocer expresamente el «derecho a regular» en el texto de un tratado internacional cuando éste no debería haber estado nunca en discusión por el mero hecho

de que es algo inherente a la soberanía de los Estados. Su artículo 2 dispone que: «*las previsiones de esta sección no afectarán el derecho de las partes a regular dentro de sus territorios las medidas necesarias para alcanzar legítimos objetivos de política, como la protección de la salud pública, seguridad, medio ambiente, protección de consumidores o protección social y promoción y protección de la diversidad cultural. Para mayor seguridad, las previsiones de esta sección no deberán ser interpretadas como un compromiso de las partes de que no modificarán los marcos legales y reguladores, incluso aunque afecten negativamente a una operación de inversión cubierta por el tratado o a una expectativa de ganancia del inversor*».

El reconocimiento expreso de este derecho o –mejor dicho– de esta potestad de los Estados no supone en modo alguno una garantía infalible. Buen ejemplo de ello, de cláusulas similares, se encuentran en el caso de Philip Morris contra Uruguay (Caso CIADI n.o ARB/10/7) y no puede decirse que hayan impedido el efecto paralizador o petrificador del ordenamiento jurídico (*chilling effect*). Este caso es paradigmático de cómo los árbitros pueden interpretar estos conceptos jurídicos indeterminados. En este arbitraje el Estado uruguayo alegaba que el artículo 2 del Tratado Bilateral de Inversión (TBI) excluía las medidas de salud pública: “Las Partes Contratantes reconocen el derecho de cada una de ellas de no permitir actividades económicas por razones de seguridad, orden público, salud pública o moralidad, así como otras actividades que por ley se reserven a sus propios inversores”. A partir de ahí, se argumentaba que “*En virtud de la Constitución de Uruguay, la salud pública es un derecho primordial y un bien supremo, lo que significa que no es negociable. Como bien supremo, las cuestiones de salud pública se encuentran por encima de las facultades y obligaciones soberanas. En virtud del deber supremo a favor de las personas relativo a cuestiones de salud pública, Uruguay no podría haber otorgado a inversores extranjeros derechos contradictorios con esta obligación, de manera tal que quedan excluidas de la protección del TBI todas las acciones que necesite tomar por razones de salud pública, incluso aun cuando se restrinjan los derechos económicos de los inversores*” (pp. 56 y 57). El Tribunal concluye, no obstante, que el Estado no opuso ningún reparo cuando se hicieron estas inversiones y, en consecuencia, “dicha excepción no se podrá aplicar a las inversiones que se hayan admitido de conformidad con el TBI, circunstancia que tiene lugar en este caso según la Demandante⁵⁹”.

Por otra parte, conviene tener presente que el nuevo sistema pretendido es incluso mucho más protector de los inversores que el sistema clásico. Reconoce por vez primera de una forma clara y expresa derechos al inversor cuando el propio Estado le haya generado una “expectativa legítima” para su inversión que posteriormente hubiera frustrado con el cambio de regulación (art. 3.4). La indemnización, por tanto, dependerá del grado de expectativas que la normativa que se modifica haya creado previamente en los inversores⁶⁰. Asimismo, se siguen utilizando algunos conceptos ju-

59. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1532.pdf>.

60. En el asunto *Achmea B. V. v. The Slovak Republic* (UNCITRAL, PCA Case n° 2013-12), antes citado, se pronunció expresamente el tribunal arbitral sobre las «legítimas expectativas». Sostuvo que, aunque un Estado no está imposibilitado de introducir cualquier cambio en sus leyes y puede modificar los marcos normativos, éstos no deben exceder de lo que el inversionista legítimamente y con razón haya podido esperar en el momento de realizar su

rídicos indeterminados que bien pueden ser discutidos ante un tribunal, tal como nos demuestra la experiencia. El derecho a regular abarcaría estrictamente a «las medidas necesarias para alcanzar legítimos objetivos». ¿Esto habilita al tribunal para enjuiciar la legitimidad, razonabilidad y extensión de las medidas adoptadas por los Estados?

Además, se definen y concretan los grandes principios en que se basa este especial sistema de protección, los denominados estándares de protección de los inversores. Se sigue así la línea ya incorporada a los tratados de Canadá y Singapur: trato justo y equitativo, plena protección y seguridad para el inversor, libre transferencia de rentas y prohibición de la expropiación, tanto directa como indirecta. En este último caso se avanza significativamente al establecer en su anexo I una regulación detallada de lo que haya de entenderse por expropiación indirecta. Ello es plenamente coherente con los objetivos que persigue este nuevo enfoque, sobre todo si tenemos en cuenta que ha sido precisamente la interpretación extensiva y poco clara de estos conceptos uno de los aspectos fundamentales que explican el espectacular crecimiento del número de arbitrajes presentados de los últimos años. Significativo ha sido el esfuerzo por clarificar la situación y, a mi juicio, con buen criterio, se establece la regla general de que las medidas adoptadas por el Estado para proteger «legítimos objetivos» de interés general no constituyen una expropiación indirecta. Queda así salvaguardado el derecho a regular de los Estados.

Efectivamente, esta cláusula del anexo permite considerar que se ha producido una expropiación indirecta por motivos excepcionales «cuando el impacto de las medidas sea tan severo a la luz de los objetivos perseguidos que las haga aparecer como manifiestamente excesivas». Nuevamente se vuelve al uso de conceptos jurídicos indeterminados cuyo recorrido ante los nuevos Tribunales de inversiones todavía está por ver y que, en todo caso, les permitiría enjuiciar la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el Estado. Asimismo el nuevo marco diseña un sistema de control de la interpretación del texto del tratado que queda en manos de las partes contratantes, de tal manera que los Estados podrán realizar interpretaciones vinculantes para el tribunal. Con esta medida claramente se intenta limitar el poderoso ámbito de discrecionalidad del que hasta ahora han disfrutado los árbitros.

Otro de los aspectos más importantes del nuevo enfoque es la clarificación de las relaciones entre el tratado y el derecho interno del Estado de recepción de la inversión. Con esta importante medida se pretende evitar el riesgo de injerencia en la soberanía estatal prohibiendo expresamente al tribunal la competencia para declarar la ilegalidad de las normas o medidas internas que se impugnan ante él. Ello responde a la preocupante tendencia que se aprecia en algunas de las últimas demandas de arbitraje internacional presentadas. Como hemos visto, los inversores extranjeros están utilizando impropia-mente este mecanismo, no sólo para blindar sus expectativas de ganancia y conseguir

inversión. La solución, advierte el tribunal, podría haber sido en este caso muy diferente si, por ejemplo, las reformas hubieran sido realizadas en varias fases y hubieran ido acompañadas de medidas para compensar las pérdidas causadas a los proveedores de seguros de salud privados afectados por las reformas.

una indemnización del Estado, sino también para intentar que los árbitros internacionales dejen sin vigencia y paralicen las leyes emanadas de la soberanía popular.

Efectivamente, el artículo 13 del último documento elaborado por la Comisión para su negociación con Estados Unidos obligaría al tribunal a no aplicar el Derecho interno y a resolver siempre conforme al Tratado y a las normas de Derecho Internacional. No obstante, si tiene que aplicar instituciones internas, se regirá por las interpretaciones judiciales realizadas en el ordenamiento de dicho Estado. Para mayor seguridad se clarifica que «el tribunal no tiene jurisdicción para determinar la legalidad de una medida alegada como una infracción del tratado». Asimismo, se delimitan los posibles contenidos de la sentencia, que se reconducen siempre a la indemnización por los daños y perjuicios causados, con el correspondiente interés legal. El Tribunal no puede ordenar el cese o modificación de la medida interna que ha constituido una violación del tratado (artículo 28).

3. SUS MEJORAS PROCEDIMENTALES

El nuevo sistema establece reglas procedimentales más rigurosas que mejoran sensiblemente los procedimientos y que buscan hacerlos más transparentes. Todos los documentos procesales serán públicos y accesibles online. Esta transparencia se quiere hacer extensible incluso a la información sobre la posible financiación del litigio por un tercero, que deberá ser comunicada tanto a la otra parte como al propio Tribunal. Se mejora también el acceso de terceros al proceso facilitando la presentación de escritos del tipo «*amicus curiae*» y facilitándoles un mayor acceso a la documentación procesal. Se fijan asimismo reglas para evitar los procedimientos paralelos, de tal manera que si un inversor quiere presentar una demanda ante este tribunal, deberá previamente renunciar a cualquier acción judicial que se esté llevando a cabo ante los tribunales nacionales. Se pretende atajar el problema de la presentación de demandas infundadas a través de la adopción de dos tipos de medidas. Por una parte, incorporando un sistema de análisis rápido de las demandas que permite inadmitir las que manifiestamente carezcan de fundamento y se consideren «frívolas» y, por otra, instaurando el principio de que quien pierde paga para dirimir a quién corresponde el pago de las costas del proceso.

El nuevo sistema contiene también reglas especiales para los supuestos en los que el inversor extranjero sea una persona física o una pequeña o mediana empresa. En estos casos, se obliga al Comité a que, en el plazo de un año desde la aprobación del tratado, determine los costes máximos de la representación legal y asistencia en caso de que sean desestimadas sus pretensiones, que deberán ser fijadas teniendo en cuenta los recursos financieros de los reclamantes y la compensación buscada. Además, para rebajar los costes se posibilita que el período de consultas previo a la reclamación pueda llevarse a cabo también por videoconferencia u otros medios (artículo 4.4) y que la reclamación pueda ser resuelta por un único juez (nacional de un tercer país), elegido por el presidente del tribunal para este tipo de reclamantes o cuando los daños sean relativamente pequeños (artículo 9).

En fin, la sustitución del arbitraje por un Tribunal Internacional de Inversiones merece una valoración positiva porque mejora notablemente el sistema y evita gran

parte de los problemas que planteaba el sistema arbitral. No obstante, y tal como hemos apuntado, todavía sigue planteando ciertas zonas de penumbra que permiten amplios espacios de discreción para los nuevos jueces. En todo caso, este nuevo enfoque va a constituir el documento base de trabajo que Europa va a presentar a Estados Unidos para su negociación. Es difícil evaluar y predecir las consecuencias que tendría este nuevo sistema porque se trata simplemente de un diseño preliminar realizado unilateralmente por la Unión Europea y que tendrá que ser negociado y, en su caso, aceptado por Estados Unidos⁶¹. Las negociaciones sobre el TTIP están aún en curso y se realizan de una forma absolutamente confidencial, sin que hasta el momento se haya acordado ningún texto común en el que podamos centrar nuestro análisis. Aun tratándose meramente de una nueva posición negociadora, puede decirse que existe una firme voluntad en Europa de cambiar el modelo de arbitraje.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

El arbitraje internacional de inversiones se ha convertido en una poderosa y privilegiada herramienta en manos de inversores extranjeros que permite a las grandes empresas multinacionales discutir en plano de igualdad con los Estados sobre sus políticas públicas.

A la vista de los importantes problemas que plantea y, sobre todo, de la intensa utilización que de ella se está haciendo en los últimos años, no es de extrañar que se haya generado en el ámbito europeo un importante rechazo hacia el arbitraje y que se considere como una seria amenaza para que los Estados puedan ejercer con libertad su soberanía, modificando los marcos regulatorios y adoptando decisiones para la protección del interés general.

La compleja negociación del TTIP ha hecho que resurgiera con gran ímpetu el debate sobre la difícil compatibilidad entre esta institución y el derecho a regular de los Estados. Ello ha sido decisivo para que la Comisión Europea haya adoptado un nuevo enfoque para la resolución de los conflictos inversor-Estado que pasa por el abandono del arbitraje clásico y la instauración de un nuevo Sistema Judicial de Inversiones. Aunque todavía no conocemos si esta nueva posición negociadora será aceptada por Estados Unidos, sí podemos colegir que existe una firme voluntad en Europa por cambiar el modelo. Así, este esquema es el que se ha utilizado ya para proteger al inversor en el Tratado celebrado con Vietnam, se anuncia como modelo de protección para los futuros tratados que se están negociando con China y Japón y ha supuesto ya una revisión del CETA.

61. Como pone de manifiesto FERNÁNDEZ MASIÁ, a pesar de que Estados Unidos tiene un gran interés geoestratégico en este tratado, cuenta con un modelo de Acuerdo sobre protección de la inversión del año 2012 que es el que utiliza en todas sus negociaciones y que responde al diseño clásico que antes hemos apuntado. Este modelo es fruto del estudio, análisis y consultas llevado a cabo por todas las partes interesadas durante más de tres años y donde se acepta que el arbitraje la opción preferida por EE.UU. para la resolución de controversias inversor-Estado. FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, «Hacia la creación de un Tribunal Internacional de Inversiones», *op. cit.*, p. 14.

Efectivamente, aunque el Tratado CETA que se suscribió en agosto de 2014 ya contenía un sistema de protección del inversor reformado y avanzado, el 29 de febrero de 2016 se ha hecho público un nuevo acuerdo entre la Comisión Europea y el Gobierno de Canadá para la revisión legal del tratado. El nuevo acuerdo muestra el firme compromiso de las dos Partes para romper con el sistema clásico de arbitraje y aplicar el nuevo enfoque comunitario para la protección de los inversores y para la resolución de conflictos que ha surgido de la propuesta de la Comisión de 12 de noviembre de 2015 sobre el TTIP. La finalidad de esta revisión, y del nuevo enfoque, no es otra que intentar reforzar el derecho a regular en todos los niveles de gobierno. Asimismo, es altamente significativo que las dos partes negociadoras, la Unión Europea y Canadá, se hayan comprometido a aunar esfuerzos con otros socios comerciales para extender el modelo y establecer un tribunal de inversión multilateral y permanente con el correspondiente sistema de apelación.

Por lo demás, la negociación del TTIP ha hecho resurgir también el debate sobre la existencia misma de estos mecanismos de protección. El arbitraje ha cumplido una importante labor para los países que no disponen de un sistema jurídico desarrollado y fuerte. Fuera de estos concretos supuestos, los seguros privados y la protección contractual parecen medios apropiados para reducir al mínimo los riesgos de los inversores extranjeros, por lo que los conflictos de inversión deberían posiblemente gestionarse a través de la mediación, el recurso a los tribunales nacionales y la negociación entre Estados. Así lo ha sugerido también el Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo de 27 de mayo de 2015. Además, cabría plantearse seriamente la necesidad de estos mecanismos de protección, toda vez que los grandes inversores tienen hoy en día capacidad suficiente para evaluar los posibles riesgos –incluidos los regulatorios– y la rentabilidad que cabe esperar en función de estos. Y, llegado el caso, disponen de potentes y prestigiosos despachos de abogados capaces de hacer labores de «ingeniería jurídica» para defenderlos. En fin, su existencia puede ser comprensible cuando la inversión se produce en países en vías de desarrollo en los que no existe una clara separación entre los Poderes del Estado o se producen bandazos políticos que acaban en la expropiación de bienes o derechos sin que exista un marco jurídico claro para la protección de la propiedad. Ahora bien, cuando la inversión se realiza en Estados democráticos plenamente consolidados en los que está garantizada la primacía de la ley, la propiedad privada, la separación de Poderes y un sistema judicial imparcial, su existencia plantea importantes dudas y puede ser vista como un privilegio no justificado y desproporcionado a favor del potente inversor extranjero. A esta conclusión podríamos llegar fácilmente si analizamos algunas de las demandas de arbitraje que se han producido en los últimos años, en las que da la impresión que estos mecanismos se utilizan para hacer desaparecer por completo cualquier riesgo de pérdidas en las inversiones y para limitar o condicionar la soberanía de los Estados a la hora de ejercer sus potestades regulatorias.