

UNIÓN EUROPEA E INVERSIONES INTERNACIONALES: EL FUTURO DE LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO*

Katia FACH GÓMEZ

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. INVERSIONES INTERNACIONALES Y UNIÓN EUROPEA: ¿LÍDER GLOBAL O NEÓFITO?—3. LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A INVERSIONES INTERNACIONALES EN TTIP, CETA Y EU-VIETNAM FTA: ALGUNOS HILOS CONDUCTORES... Y MUCHOS FLECOS PENDIENTES.

1. INTRODUCCIÓN

Pocos temas jurídicos son tan actuales, dinámicos y controvertidos como la política comercial y de inversiones de la Unión Europea (UE). Afirmar que las novedades en esta materia se han seguido generando hasta el mismo día de la publicación de este texto no es en este caso un mero recurso literario —solo unas horas antes de entregar este trabajo la UE y Canadá han firmado el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA 2016)—. Muestras adicionales de la celeridad con que están discurriendo los acontecimientos son la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 13 de octubre de 2016, así como la espiral de reacciones al veto que ese mismo 13 de octubre había emitido el Parlamento valón sobre CETA; veto que se neutralizó *in extremis* el 27 de octubre.

Habida cuenta de las restricciones formales de este foro, el presente trabajo únicamente va a centrar su atención en cómo se articula el sistema de resolución de controversias relativas a inversiones internacionales en los textos que actualmente está negociando la UE con cruciales socios comerciales —incluido el recién firmado CETA—¹.

* La elaboración de este artículo se enmarca dentro de un proyecto de investigación financiado por la *Humboldt Stiftung (Forschungstipendium für erfahrene Wissenschaftler)*. La autora también es miembro de los proyectos de investigación DER2016-80568-R (subprograma Retos) y e-Procofis S 14/3 DGA. Katia Fach es Profesora Titular de Derecho internacional privado en la Universidad de Zaragoza (katiafachgomez@gmail.com).

¹ La fecha de consulta de todas las webs citadas en este trabajo es el 30 de octubre de 2016. Una versión más extensa de este trabajo puede hallarse en <https://www.ssrn.com/en/>.

2. INVERSIONES INTERNACIONALES Y UNIÓN EUROPEA: ¿LÍDER GLOBAL O NEÓFITO?

La andadura de la UE en materia de inversiones extranjeras directas comenzó hace escasos años, a raíz de la entrada en vigor a finales de 2009 del Tratado de Lisboa. Parece difícil que en ese momento la UE fuese capaz de prever todos los quebraderos de cabeza que iban a generarle tres escuetas palabras —«inversiones extranjeras directas»— incorporadas —hay quien asegura que subrepticamente— en el art. 207 del Tratado de Funcionamiento de la UE. Merece la pena incidir aquí en la crucial importancia de esta concreta faceta de la política comercial común. La negociación de *mega-regionals* como la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP) o CETA, que incluyen un capítulo específico en materia de inversión, trasluce las múltiples pulsiones de sus participantes. Entre las que se perciben en la foto oficial de la UE, destaca el afán comunitario por llevar la voz cantante en la construcción de la futura gobernanza global en materia de inversiones. De hecho, no puede reprochársele a la Comisaria de Comercio Cecilia Malmström que no esté realizando su trabajo con un celo y un optimismo inquebrantables. Los negociadores comunitarios no solo conocen las ingentes cifras de inversión que conectan a la UE con Estados Unidos y Canadá, sino que también son conscientes de argumentos geopolíticos como los siguientes: un afianzamiento de la cooperación euroatlántica a través de textos como TTIP y CETA permitiría aminorar la dependencia energética europea respecto de Rusia, frenaría la expansión de China y otros países emergentes en el gran tablero mundial y, en suma, apuntalaría el modelo económico occidental.

El anhelo de la UE por convertirse en un líder global, tejiendo una nueva malla jurídica para las inversiones internacionales, no ha de calificarse *a priori* como reprochable. Sin embargo, en este caso, la realidad le está golpeando desde múltiples —y dolorosos— frentes. Las encarnizadas críticas de amplios sectores sociales y políticos al capítulo de inversiones de textos como TTIP y CETA son de sobra conocidas. A ello se suma no solo la revuelta que contra estos textos han iniciado en el plano institucional varios países miembros de la UE —y divisiones territoriales de estos—, sino también los velados reproches que están emitiendo voces acreditadas de socios negociadores como Estados Unidos².

Frente a todo ello, y en los planos político y jurídico, se estima que la UE está ofreciendo una imagen carente de unidad interna, así como carente en ocasiones de una hoja de ruta estable y coherente en sus relaciones con terceros países. Centrando la atención en la Resolución de Controversias entre Inversor y Estado (ISDS), una muestra de ello es que el férreo apoyo que la

² El vicepresidente de la Cámara de Comercio estadounidense en Europa califica como «chutzpah» el deseo comunitario de crear un ICS. CHASE, P. H., «TTIP, ISDS, and the rule of law», *European view*, 2015, pp. 217-229, esp. p. 226.

Comisión había otorgado hasta bien entrado el año 2014 a un ISDS 2.0³ se ha resquebrajado por completo a raíz del abrupto viraje que supuso el contenido del informe de enero de 2015 de «Consulta pública en línea sobre la protección de las inversiones y la solución de diferencias»⁴. Ello obligó a la comisaria Malmström a pasar a defender a partir de mayo de 2015 un novedoso modelo de resolución de controversias diligenciado por un tribunal permanente de inversión de dos instancias y a proclamar en septiembre que «el público tiene una falta de confianza esencial y generalizada en el viejo sistema de ISDS»⁵. Entre tanto, la severa recomendación del Parlamento Europeo de julio de 2015 de «sustituir el mecanismo de resolución de litigios entre inversores y Estados por un nuevo sistema para resolver las diferencias entre los inversores y los Estados que esté sujeto a los principios y el control democráticos»⁶ también fue utilizada para respaldar el giro de timón de la Comisión. En un tiempo récord, la UE ha emitido su *concept paper* «Investment in TTIP and beyond»⁷; como consecuencia de un ejercicio que originariamente calificó como un mero *legal scrubbing*, ha puesto sobre la mesa un nuevo texto de CETA en el que se recoge la figura de un Tribunal Permanente de Inversiones (ICS); y ha defendido el mismo modelo también frente a su contraparte estadounidense en el TTIP.

En el plano teórico puede argüirse que un cambio de ruta como la apuntada no hace sino mostrar la sensibilidad de la UE respecto del sentir de su ciudadanía. En el plano práctico, sin embargo, es incuestionable que estos presuntos brindis al respetable no han evitado que el actual *statu quo* en esta materia sea realmente inmanejable. La credibilidad de la UE como negociadora de acuerdos de comercio e inversión se encuentra en sus horas más bajas. Visto todo lo acontecido en los últimos meses —y previendo lo mucho que seguirá aconteciendo en los próximos—, diversas voces —y no solo de euroescépticos— entonan ya el réquiem por la UE como negociadora de textos internacionales de comercio e inversión⁸. No obstante, aunque en el momento de culminar la redacción de este trabajo se reputa improbable, no puede descartarse por completo que la concreción en el corto o medio plazo de algún desenlace pendiente —un as en la manga de la Comisión, como un

³ Este ISDS 2.0 se ha reflejado en textos como el Acuerdo de libre comercio con Singapur (EU-Singapur FTA) o el CETA de 2014.

⁴ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153304.pdf.

⁵ MALMSTRÖM, C., «Proposing an Investment Court System», https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/malmstrom/blog/proposing-investment-court-system_en.

⁶ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0252+0+DOC+XML+V0//ES>.

⁷ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF.

⁸ EFILA propone que la reforma de los Tratados comunitarios que va a requerir el *Brexit* se aproveche también para retirar las inversiones extranjeras directas de la competencia comunitaria. «Why the EU's FDI competence should be re-nationalized», <https://efilablog.org/2016/08/25/why-the-eus-foreign-direct-investment-fdi-competence-should-be-re-nationalized/>. Por el contrario, la doctrina reclama unas reformas legislativas en el plano comunitario que otorguen competencia exclusiva a la UE en todos los aspectos referidos a acuerdos sobre inversiones extranjeras, HINOJOSA-MARTÍNEZ, L. M., «The Scope of the EU Treaty-Making Power on Foreign Investment: Between Wishful Thinking and Pragmatism», *JWIT*, vol. 17, 2016, p. 115.

Dictamen 2/15 proclamando que la UE posee competencia para firmar y celebrar por sí sola un Acuerdo de libre comercio con Singapur (EU-Singapur FTA)⁹— consiga dar un vuelco a la situación, permitiendo que el ave fénix de la UE restablezca su vuelo.

3. LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A INVERSIONES INTERNACIONALES EN TTIP, CETA Y EU-VIETNAM FTA: ALGUNOS HILOS CONDUCTORES... Y MUCHOS FLECOS PENDIENTES

En la sección precedente ha quedado expuesto cómo la UE navega actualmente en aguas procelosas por lo que respecta a su política de inversiones internacionales. La actual sección reflexiona sobre si la concreta propuesta de la UE de crear un ICS con aspiraciones de multilateralidad no supone además nadar a contracorriente. Los preceptos de TTIP, CETA y el Acuerdo de libre comercio con Vietnam (EU-Vietnam FTA) dedicados a esta específica materia están siendo objeto de un acalorado debate a ambos lados del Atlántico. Como bien muestran los distintos posicionamientos de la doctrina española en la materia¹⁰, se trata de un tema candente en el que se antoja difícil alcanzar una solución globalmente consensuada y ejecutable en el futuro próximo. Sin ir más lejos, parece que las actuales contrapartes negociadoras de la UE cuentan con sus propias preferencias al respecto, que no coinciden con el proyecto comunitario de Tribunal Multilateral de Inversiones (MIC)¹¹. La doctrina ha aludido a un dualismo calificado como *Realpolitik versus Idealpolitik*¹², el cual trasluce una soterrada pugna por conseguir que el modelo estadounidense o europeo de resolución de controversias derivadas de inversiones se imponga como una especie de nuevo *gold standard* global. En ese sentido, Estados Unidos se inclina por basar las negociaciones —como ha hecho recientemente con el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TTP)— en su modelo de Tratado Bilateral de Inversiones (US BIT 2012). Este mantiene el esquema tradicional de tribunales arbitrales *ad hoc* en cuya elección participan las partes de la controversia. Diversos aspectos del US BIT están a su vez inspirados en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA). Dicho texto permite conectar con una tradición canadiense

⁹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015CU0002&from=EN>.

¹⁰ A favor del mantenimiento de sistema de arbitraje de inversiones: DIEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J., «El incierto futuro del arbitraje de inversiones (a propósito de las negociaciones del TTIP)», *La Ley mercantil*, 2015, núm. 19, p. 2. Muy crítico con dicha institución: VICENTE BLANCO, D. J., «Las normas sobre inversiones en la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversiones (TTIP). El riesgo de inseguridad jurídica de una regulación imprecisa», *Revista de estudios europeos*, en prensa.

¹¹ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «Hacia la creación de un Tribunal Internacional de Inversiones», *Diario La Ley*, 2015, núm. 8650, pp. 1567-1576; PASCUAL VIVES, F. J., «Shaping the EU investment regime: choice of forum and applicable law in international investment agreements», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, 2014, núm. 1, pp. 269-294.

¹² SCHILL, S., «US versus EU leadership on Global Investment Governance», *JWIT*, vol. 17, 2016, pp. 1-6.

ya asentada en la materia que tampoco recoge la figura del ICS, pese a lo cual el nuevo gobierno de Canadá admitió recientemente el ICS en CETA 2016.

Centrando la atención en TTIP, CETA y EU-Vietnam FTA, solo los acérrimos *ISDS-haters* niegan que estos textos hayan traído consigo avances en aspectos relevantes del sistema de resolución de controversias relativas a inversiones. Entre dichas mejoras pueden contarse las siguientes: clarificación de estándares sustantivos, mayor fiscalización de la conducta de los árbitros —llamados en dichos textos jueces o miembros del tribunal—, ampliación del régimen de transparencia e incorporación de un mecanismo de apelación. Ello no significa, naturalmente, que nos hallemos ante temas ya completamente cristalizados, pero sí se aprecia que hay determinadas evoluciones que se antojan imparables.

La propuesta comunitaria de ICS es, por el contrario, una cuestión actualmente mucho más volátil y controvertida. Un análisis de los, en ocasiones, farragosos artículos de TTIP, CETA y EU-Vietnam FTA invita a subrayar dos de las características transversales más relevantes del modelo de ICS propuesto recientemente.

En primer lugar, la UE ha configurado el ICS como la última ratio. Diversas disposiciones sobre protección de inversiones, tanto de naturaleza sustantiva como de naturaleza procesal, confluyen en los tres textos analizados y perfilan un panorama general en el que al inversor demandante se le restringe el acceso al ICS. Así, quedan excluidas de este sistema reclamaciones derivadas de una reestructuración negociada de deuda, de inversiones generadas con fraude o corrupción, así como reclamaciones colectivas¹³. Se impone igualmente que el tribunal decline su jurisdicción en casos subsumibles en el precepto *anti-circumvention* —prohibición de elusión—. El tribunal tiene también limitado el tipo de remedios que puede conceder al inversor y este no va a obtener una decisión en la que se aplique el Derecho nacional para valorar la conducta controvertida. Asimismo, en estos textos se adoptan medidas de corte procesal para rechazar con celeridad las reclamaciones materialmente infundadas. Otra disposición que desincentiva el recurso al ICS es la implantación como regla general en materia de costas del principio «quien pierde paga». La prohibición de *forum shopping*, el enfoque *no u-turn* —renuncia a litigios nacionales ya iniciados para poder plantear la demanda ante el ICS— y el endurecimiento de las normas respecto de la revelación de la existencia de financiación por parte de terceros persiguen el mismo objetivo final. Se aspira asimismo a que un porcentaje creciente de las controversias puedan resolverse sin llegar a acudir al ICS, sino gracias a mecanismos ADR —solución amigable y la mediación— o través de consultas entre las partes.

En segundo lugar, la UE ha construido el ICS como un sistema de justicia público. Como bien se ha apuntado doctrinalmente, el sistema pre-ICS

¹³ TITI, C., «The European Union Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead», *TDM*, 2016, p. 15.

—esto es, el sistema de ISDS cuyo buque insignia es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)—, es un fiel reflejo de la cosmovisión de sus creadores y del momento histórico en que se originó, es decir, la década de los sesenta del siglo pasado. Es por ello que dicho sistema, nacido para despolitizar las controversias derivadas de inversiones, en ocasiones hace auténticos juegos malabares con diversos sectores del Derecho internacional y con el arbitraje comercial¹⁴. Se ha expuesto ya cómo la UE es plenamente consciente de que una contemplación contemporánea de este sistema clásico de ISDS provoca un claro rechazo por parte de muchos de sus analistas, quienes lo acusan de carecer de legitimidad democrática. Es por ello que la propuesta comunitaria de ICS se vende abiertamente como un sistema de justicia público, que se siente honrado de haber conseguido asemejarse en diversos puntos a los sistemas judiciales nacionales. Aparte de las novedades terminológicas que estos textos introducen —juez, tribunal, etc.—, dicha consigna se refleja en una serie de elementos definidores del ICS. Así, los jueces o miembros del tribunal son seleccionados por los Estados y adquieren un *status* cuasi-funcionario: se les asignan aleatoriamente los casos y pueden llegar a recibir un sueldo fijo que garantice su dedicación a este trabajo. El margen interpretativo de los antaño árbitros se ve claramente reducido, no solo porque algunas disposiciones sustantivas sobre protección de inversiones han sido definidas de forma más clara y detallada, sino también porque los textos analizados permiten que los Estados, a través de su Comité conjunto, adopten decisiones interpretativas vinculantes respecto de preceptos controvertidos. Se aprecia por tanto la clara voluntad de la UE —y de los países extracomunitarios que en el futuro pudiesen aceptar el mecanismo de ICS— por mantener su contribución político-legislativa no solo en la fase de negociación de los textos, sino también a lo largo de toda la vida de estos. En los textos también se aprecia la firme intención de la UE por restringir las prerrogativas de las partes. La eliminación de autonomía de la voluntad del inversor a la hora de elegir a quienes decidirán la controversia supone dinamitar una de las bases del ISDS clásico. Por último, la incorporación de un mecanismo de apelación también se interpreta como muestra de la voluntad comunitaria de asimilar el ICS a un sistema de tribunales de justicia públicos.

A priori, no puede afirmarse que dichos objetivos transversales sean criticables *per se* o carezcan de fundamento. Dado que es indiscutible que parte de los agentes implicados en el sistema contemporáneo de ISDS no aceptan este, la propuesta de la UE ha de verse como un intento de dar un paso adelante deshaciéndose de diversas rémoras del pasado. Sin embargo, los hilos conductores de la propuesta de ICS no han conseguido por ahora tejer un producto final convincente. Da la impresión de que la UE ha impulsado una metamorfosis, que ya ha presentado en sociedad, sin reparar en que de ella todavía penden múltiples y sustanciales hilos pendientes. En este sentido,

¹⁴ HOWSE, R., «Courting the Critics of Investor-State Dispute Settlement: the EU Proposal for a Judicial System for Investment Disputes», pp. 6-7, https://cdn-media.web-view.net/iffj3t288ah/Courting_the_Criticsdraft1.pdf.

llama la atención que el ICS nazca sin cortar su cordón umbilical con otras instituciones y reglas arbitrales. Así, en los textos analizados se especifica por ejemplo que el ICS va a ser administrado por la Corte Permanente de Arbitraje o por CIADI, se admite que la reclamación se plantee siguiendo reglas como el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o la Convención de CIADI, y se remite de nuevo a este texto y a la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (CNY) a la hora de valorar el consentimiento de las partes respecto de la intervención del tribunal. Aun asumiendo las complejidades inherentes a la creación de una nueva tipología de tribunal internacional —que cuenta además con aspiraciones de multilateralidad—, cuesta llegar a entender las conexiones del ICS con estas instituciones veteranas, máxime cuando la UE no es signataria de la Convención de CIADI¹⁵. El proyecto de judicialización del ICS tampoco ha conseguido romper sus lazos con el arbitraje comercial internacional. Así lo reflejan las referencias a la CNY que TTIP incluye en la sección de *enforcement of awards*. En los tiempos actuales, tampoco es baladí la cuestión de qué gastos generados por el ICS ha de asumir la UE —caso de que por ejemplo las tasas de los jueces se transformen en un salario regular—. Sorprende igualmente que la UE, pionera en otros ámbitos en cuestiones de género, no haya abordado esta cuestión al pergeñar el ICS ni tampoco la de la diversidad geográfica y jurídica. Finalmente, se echa de menos una mayor precisión —¿cómo se cuantifican los daños *relatively low*?— y un menor margen de discrecionalidad —*sympathetic consideration*— en algunos puntos de las propuestas de ICS.

Ya se ha indicado que la presentación por parte de la UE de su innovador modelo de ICS ha hecho aflorar un amplio espectro de opiniones y una panoplia de posibles mejoras y de opciones alternativas. Prestigiosos autores apuntan que los déficits del ICS poseen una naturaleza auténticamente sistémica. Es por ello que hay voces que han reclamado a la UE que dé un paso atrás y sacrifique su proyecto de ICS con el fin de salvar textos como el TTIP. Asumiendo por tanto esta posibilidad de tener que planificar rutas alternativas, las opciones teóricas son variadas: aparte de la posibilidad de retornar al ISDS 2.0, algunos autores defienden volver a un régimen de solución de controversias interestatal¹⁶, implementando una «OMCización»¹⁷. Otros proponen confiar en los sistemas de justicia nacionales para resolver dichos conflictos¹⁸, lo cual es ratificado por quienes consideran además que

¹⁵ RADICATI DI BROZOLO, L. G., «Where is Investor-State Arbitration Heading? Reflections on the Debate over EU Investor Protection Agreements», en CARLEVARIS, A., LÉVY, L., MOURRE, A. y SCHWARTZ, E. A., *International Arbitration Under Review. Essays in Honour of John Beechey*, París, ICC, 2015, esp. p. 329.

¹⁶ PAPANIKOLAOU, M., «International Investment Law and the European Union: A Reply to Catharine Titi», *The European Journal of International Law*, vol. 26, 2015, núm. 3, pp. 663-670.

¹⁷ WEILER, J., «European Hypocrisy: TTIP and ISDS», *The European Journal of International Law*, vol. 25, 2015, núm. 4, p. 964.

¹⁸ SORNARAJAH, M., «An International Investment Court: panacea or purgatory?», <http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-180-Sornarajah-FINAL.pdf>.

en el contexto *North-North* es innecesario implantar un régimen especial de protección de inversiones¹⁹.

Sin embargo, la UE en la actualidad sigue manifestando su firme intención de llegar a implementar un MIC. Así lo pone de relieve la estrategia de consulta presentada el 30 de septiembre de 2016, vinculada a la evaluación de impacto sobre el establecimiento de un MIC²⁰. Si este planteamiento cuajara, no cabe duda de que la transición será larga y compleja. No en vano en este sector se cuenta con «fondo de armario» de más de tres mil acuerdos internacionales de inversión (IIA) actualmente en vigor que no reconocen las figuras ICS/MIC. A este último respecto, la doctrina ha propuesto acelerar la transición implementando un mecanismo similar al establecido por el tándem la Convención de Mauricio sobre la Transparencia y el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia.

Las voluntades políticas y el paso del tiempo dictarán sentencia respecto de todas estas cuestiones.

Palabras clave: Solución de Controversias entre Inversor y Estado (ISDS), Tribunal Permanente de Inversiones (ICS), Tribunal Multilateral de Inversiones (MIC), Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP) y Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA).

Keywords: Investor State Dispute Settlement (ISDS), Investment Court System (ICS), Multilateral Investment Court (MIC), Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA).

¹⁹ KLEINHEISTERKAMP, J. y SKOVGAARD POULSEN, L. N., «Investment Protection in TTIP: Three Feasible Proposals», *European Yearbook of International Economic Law*, 2016, pp. 527-541.

²⁰ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/october/tradoc_154997.09.30%20Consultation%20strategy%20IIA_for%20publication.pdf.