

# ARBITRAJES DE INVERSIONES, COOPERACIÓN REGULATORIA Y TRATADOS COMERCIALES DE NUEVA GENERACIÓN: SU IMPACTO PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS\*

Por

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA  
Catedrático de Derecho administrativo  
Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional  
Universidad Complutense de Madrid

[Revistas@iustel.com](mailto:Revistas@iustel.com)

*Revista General de Derecho de los Sectores Regulados 1 (2018)*

**RESUMEN:** En este momento asistimos a un desarrollo de los tratados comerciales: CETA, TTIP, JEFTA, RCEP, TISA.. Son acuerdos que han cambiado sustancialmente su metodología y contenidos con los que tienen un alcance considerable en el funcionamiento de las Administraciones públicas y en el Estado social y democrático de derecho.

**PALABRAS CLAVES:** Comercio exterior, libre comercio, arbitraje de inversiones, cooperación regulatoria.

**SUMARIO:** I. Consideraciones generales sobre los nuevos Tratados Comerciales de Nueva Generación. 1. Planteamiento general. 2. ¿Por qué son especiales los Tratados Comerciales de Nueva Generación? 3. Fundamento y consecuencias: una visión desde la Unión Europea. II. El impacto de los Tratados Comerciales de Nueva Generación en la Regulación. III. La Cooperación Regulatoria y su impacto en el Estado democrático. 1. Planteamiento. 2. La armonización compleja: regulaciones derivadas de principios comunes. Su impacto en el modelo social europeo. 3. Los riesgos del procedimiento. 4. El derecho a legislar por parte de los Estados. IV. Los tratados comerciales de nueva generación y los arbitrajes de inversiones. 1. Planteamiento. 2. Los arbitrajes de inversiones en la opinión pública. 3. Aproximación estadística a los arbitrajes de inversiones. 4. Breve aproximación histórica. V. Consideraciones generales sobre una regulación asimétrica. 1. Finalidad esencial de los Tratados de inversiones: protección del inversor para garantía de su inversión. 2. Razones para la articulación de un régimen especial para las inversiones exteriores en tratados internacionales. VI. Algunas cuestiones básicas de procedimiento. 1. Reglas básicas de designación de árbitros. 2. Los árbitros y abogados y sus puertas giratorias. 3. Procedimiento. VII. El derecho aplicable a los litigios sobre inversiones: el standard del trato justo y equitativo. VIII. Algunas consecuencias del régimen de protección de inversiones. 1. Discriminaciones inversas: el nacional es de peor derecho. 2. Discriminación y tratamiento anti competitivo en un sector económico. 3. ¿Fomento de la deslocalización empresarial?

---

\* Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2016-76986-P; “Unión Europea en el contexto de los Tratados de nueva generación: entre reforma institucional y protección social”, del que soy IP

## **INVESTMENT ARBITRATION AND REGULATORY COOPERATION IN THE NEW FREE TRADE AGREEMENTS: CHALLENGES FOR THE PUBLIC ADMINISTRATIONS**

**ABSTRACT:** Right now, there is an implosion of Free Trade Agreements: TTIP, CETA, JEFTA, RCEP... But their evolution extends its scope in administrative fields. The right to legislate, the impact of ISDS in comparison with the judicial control of the Public administration or even more, the impact in the Social and Democratic State are new questions of the Free Trade that are analyzed here.

**KEYWORDS:** Free Trade, ISDS, Regulatory cooperation.

### **CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS NUEVOS TRATADOS COMERCIALES DE NUEVA GENERACIÓN**

#### **1. Planteamiento general**

Las negociaciones que están manteniendo desde febrero de 2014 la Unión Europea y los Estados Unidos para la adopción del TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership), la ulterior negociación, firma y ratificación del CETA (Comprehensive Economic Trade Agreement) con Canadá y la controversia política que ambos acuerdos internacionales han provocado han servido para llevar a la opinión pública europea uno de los cambios más importantes en el funcionamiento de las Administraciones Públicas: el impacto de los Tratados de Nueva Generación.

No es algo que derive o no de que, finalmente el TTIP llegue a buen puerto o no o de las consecuencias menores, cualitativa y cuantitativamente, del CETA. Los Estados han ido desarrollando, más allá de factores políticos coyunturales, un nuevo modelo de tratados comerciales que traspasa su formulación tradicional de regular aranceles y otros elementos esencialmente comerciales y que se adentran en aspectos que son propios de la regulación administrativa y que, incluso, tienen una impronta constitucional ya que afecta a aspectos esenciales del régimen jurídico del control judicial de la Administración (artículo 106 CE) o de las garantías democráticas (artículo 1.1 y artículos concordantes). En mi opinión, están aquí para quedarse.

La razón posiblemente estribe en que constituyen un elemento en el desarrollo del capitalismo que, triunfante tras la desaparición de la Unión Soviética en 1991, ansía establecer unas reglas económicas comunes para todo el mundo. La globalización económica tuvo un impacto general en el funcionamiento de los entes públicos introduciendo ideas desconocidas como las de la competencia entre entes públicos, que se favorecieron con la desregulación y la liberalización. Aunque siempre existió la

tentación de aprobar acuerdos más generales, que involucraran a la mayor parte de los países para crear un espacio económico y político global.

Hace unos años, se señaló que el Acuerdo Multilateral de Inversiones constituían la “Constitución de una economía global única”, por recoger la expresión del antiguo Secretario General de la Organización Mundial de Comercio, Renato Ruggiero. El fracaso de aquel tratado hizo modificar los instrumentos a través de los cuales se impulsaba la articulación de reglas económicas comunes. Y, en este sentido, conforman la manifestación más acabada del “Derecho administrativo global”<sup>1</sup> del que se lleva hablando desde hace tiempo.

Por ello, de lo que se está hablando en la actualidad es de un fenómeno que va más allá del TTIP e incluso de Europa. De hecho, no debemos establecer una relación directa entre la llegada a la Casa Blanca de Donald Trump y la paralización de las negociaciones sobre el TTIP debido a que la propia Casa Blanca ha señalado que aún no tiene posición. De hecho, sigue habiendo conversaciones (aunque no sean rondas negociadoras), que han permitido acercar posiciones en el complejo mercado farmacéutico.

La Unión Europea ha suscrito el CETA con Canadá y otros tratados de filosofía parecida con Vietnam, Singapur o Corea del Sur. Acabamos de concluir las negociaciones con Japón y próximamente verá la luz el JEFTA. Las negociaciones con Mercosur están muy avanzadas. Hemos abierto relaciones con México y Perú. Es previsible que tengamos que suscribir algo similar con el Reino Unido cuando se materialice el Brexit. Y Europa está ahora en medio del proceso de negociación del Trade in Services Agreement, que posiblemente sea el que más impacto va a tener en nuestras vidas como ciudadanos por afectar a los servicios públicos.

Pero en América y Asia los avances en este nuevo derecho global del comercio internacional y de las materias afines es también muy considerable: sobre los restos del TPP abortado por Trump se acaba de concluir la negociación del CTPP con 11 Estados. Un acuerdo que parece el paso previo para acercarlo al gran acuerdo comercial que están impulsando China, la India y Japón, el Regional Comprehensive Economic Partnership<sup>2</sup> y que podría ser también un vehículo para la configuración de la política

---

<sup>1</sup> Sobre el Derecho administrativo global, es recomendable la lectura de B. Kingsbury, B. y R.B. Stewart, R.B: Hacia el Derecho administrativo global: Fundamentos, Principios y Ambito de Aplicación, Global Law Press, Sevilla (2016).

<sup>2</sup> Una primera aproximación a este gran tratado comercial, aún en proceso de negociación, se puede ver en mi estudio “Regional Comprehensive Economic Partnership: 5 aspectos esenciales sobre el último gran acuerdo multilateral de libre comercio”, en LA LEY UNIÓN EUROPEA, nº 47 (2017), páginas 5 y siguientes.

comercial británica post-Brexit. Las negociaciones que están abiertas sobre el rediseño del NAFTA nos hacen ver que sigue siendo un modelo que es tenido en cuenta.

Parece, pues, pertinente que analicemos sus efectos jurídicos transversales, que van a tener un gran impacto en la ordenación de los sectores económicos regulados.

## **2. ¿Por qué son especiales los Tratados Comerciales de Nueva Generación?**

Estos nuevos Tratados marcan un antes y un después en la regulación comercial internacional. La razón esencial que motiva calificarlos como especiales, que se hable de ellos como *Tratados Comerciales de Nueva Generación*, deriva del hecho de que superan el contenido usual de tipo de acuerdos internacionales y han pasado a incorporar reglas de regulación económica. Al mismo tiempo, constituyen reglas que estructuran un punto de partida para dicha integración económica, afectando de forma general al funcionamiento de las Administraciones Públicas.

En efecto, desde un primer punto de vista, hay que señalar de forma clara que se integran en el funcionamiento público y regulan elementos tanto de lo que puede ser la “parte general” del funcionamiento público (como ocurre, a título de ejemplo, con el capítulo 19 del CETA, referido a contratación pública que introduce reglas especiales que complementan las Directivas europeas e incluso la futura Ley de Contratos del Sector Público). Al mismo tiempo, contienen los elementos básicos de la regulación sustantiva de otros sectores, esto es, abordan lo que serían sectores concretos de Derecho administrativo económico. Y, obviamente, hay elementos puramente comerciales.

Con lo anterior, se destaca un aspecto importante, pero en mi opinión, no el más destacado. El régimen que se acaba de señalar constituirá el régimen mínimo del tratamiento del nacional, con independencia de la salvedad que diré con posterioridad en relación con la protección de inversiones. Dicho de otro modo, no sirve sólo para articular un régimen “entre socios internacionales”, sino que van a permitir el desplazamiento de la normativa nacional. Sobre ello volveré con posterioridad.

El segundo factor por el que me parece que son muy relevantes y, a la par, diferentes, deriva del hecho de que tienen un contenido constitucional. En efecto, desde una perspectiva estatal, lo más relevante, de estos Tratados de nueva generación es su fuerza constitucional que incluye la capacidad de alterar reglas sin necesidad de modificar las Constituciones de los países en los que se va a aplicar. Una fuerza constitucional en todo lo que afecta a la ordenación de las actividades económicas y a cómo se articulan en la práctica los instrumentos de regulación y de resolución de controversias.

Aunque volveré sobre ello, planteo ya un interrogante, ¿cómo articulamos los mecanismos de protección de inversiones con la exigencia de control judicial de la Administración que está recogido en el artículo 106 de nuestro texto constitucional? ¿Aplicamos los parámetros de constitucionalidad de la STC 1/2018, de 11 de enero, a todos los supuestos de arbitrajes de inversiones y equivalentes? ¿Nos encontramos ante una nueva manifestación de mutación constitucional o directamente se trata de una inconstitucionalidad que dejaría sin aplicación los arbitrajes de inversiones en nuestro país?

Esto no es un problema de nacionalismo ni de proteccionismo. La valoración política se puede hacer en otro momento y se podrá ver que los problemas que se plantea derivan de los valores internos que defiende, no si es más o menos proteccionista. Aquí de lo que se trata es de conciliar las reglas de estos tratados con lo que dispone nuestra Constitución. Porque pudiera ocurrir que la contravinieran.

Y, pese a la importancia que tienen los elementos anteriores, hay que resaltar otro aspecto que, pare mí les dota de un peso suplementario: estos Tratados comerciales de nueva generación no son un punto de llegada sino de partida.

Disponen de elementos esenciales para la regulación económica que les permitirán modificar y extender su regulación: son los mecanismos de cooperación regulatoria que, desde una perspectiva democrática (que está en el artículo 1.1 del texto constitucional) nos va a hacer añorar los modos de regular de la Unión Europea a pesar de todos los problemas que plantean. Sobre ello volveré también más adelante. Y esto nos va a cuestionar sustancialmente el contenido de nuestra regulación y la capacidad de articular democráticamente las oscilaciones legislativas, en el marco de un Estado social y democrático.

### **3. Fundamento y consecuencias: una visión desde la Unión Europea**

La perspectiva que han adoptado estos Tratados es comercial y lo proyectan a todo su articulado. Es el fundamento del que se ha partido a la hora de su articulación y que ha atraído el resto de los contenidos, estén o no vinculados. En el caso europeo es especialmente claro, ya que el impulso a los Tratados de Nueva Generación se produce como consecuencia de la promulgación del Tratado de Lisboa, donde se reconoce por vez primera de forma expresa la política comercial como una de las políticas europeas en el aparentemente modesto Título II de la Quinta Parte del Tratado, artículos 206 y 207.

El reconocimiento de su base vinculada a la política comercial es muy relevante tanto desde un punto de vista formal como desde el del contenido que tienen estos Tratados de Nueva Generación y cuál es la justificación para alguna de sus medidas.

El **primer** aspecto es de naturaleza formal y afecta a cómo se aprueban estos Tratados en el seno de la Unión Europea. A través del reconocimiento de la política comercial se ha producido una redistribución de competencias entre los Estados y la Unión Europea que ha reducido considerablemente los poderes de los Estados, sobre todo como consecuencia de la vis atractiva que está teniendo la política comercial en el ámbito comunitario. Incluso dentro de la propia estructura europea, durante la negociación del CETA y del TTIP se ha visto claramente que, desde un punto de vista político, Cecilia Malmström, responsable de la Comisaría de Comercio en la Comisión Europea es la que tiene un papel más relevante.

En efecto, la política comercial constituye el hilo conductor de estos Tratados. Se ha considerado que la regulación económica y la fijación de estándares técnicos, sociales y ambientales, dado que afecta a la distribución de bienes y servicios está incluida en su ámbito de aplicación. Una visión que, desde mi punto de vista, es demasiado expansiva y que permite eliminar toda la regulación que pueda poner en discusión el comercio internacional. Supone una aplicación de modos de regular distintos a los que tenemos en la Unión Europea en los que ponderan otros aspectos del interés general especialmente significativos: al igual que en Nueva Zelanda el Derecho de la competencia constituyó el parámetro de regulación transversal, en la actualidad se pretende que estos tratados asuman este rol. Lo cual tiene consecuencias sobre los valores comunitarios y sobre la propia distribución de poderes entre los Estados y Bruselas.

Nótese que una visión expansiva del fomento del comercio internacional, como la que está aplicando la Unión Europea, puede entrar en colisión con principios claves del funcionamiento comunitario, como puede ser el principio de precaución. Y, desde la perspectiva nacional, poner en duda reglas derivadas de la cláusula del Estado social. En este sentido no es una cuestión, de nuevo, de proteccionismo ni de nacionalismo sino de ponderación de reglas, valores y principios. Es, en definitiva, el mismo error que se cometió con la visión unidireccional del Derecho de la competencia que ha venido impidiendo otros elementos, especialmente los de naturaleza social y ambiental.

No obstante, el Tribunal de Justicia<sup>3</sup> ha intentado paliar esta vis expansiva en una resolución cuyos efectos prácticos son muy limitados (más allá de que la Comisión no ha solicitado nuevos dictámenes en los Tratados ulteriores, posiblemente por el riesgo de encontrar una resolución contraria a sus intereses, tal como ocurrió, parcialmente, en el caso de Singapur). De hecho, el Tribunal de Justicia ha señalado que “el mero hecho de que un acto de la Unión, como un acuerdo celebrado por ésta, pueda tener ciertas repercusiones sobre el comercio con uno o varios Estados terceros no basta para

---

<sup>3</sup> Dictamen de 16 de mayo de 2017, solicitado por la Comisión Europea sobre las competencias para para firmar y celebrar por sí sola el Acuerdo de Libre Comercio con Singapur

concluir que dicho acto deba incluirse en la categoría de los acuerdos comprendidos en la política comercial común. En cambio, un acto de la Unión forma parte de esta política cuando tenga como objeto específico ese comercio, en la medida en que esté dirigido, en lo esencial, a promoverlo, facilitarlo o regularlo y produzca efectos directos e inmediatos en él". Esta conclusión no limita su alcance, únicamente al ámbito competencial. Como consecuencia de los valores y principios europeos obligará, al mismo tiempo, a que el efecto sobre el comercio no constituya el único elemento relevante en el análisis de la compatibilidad de las medidas que se adopten sino que habrá que tener presente las ambientales, sanitarias o sociales, algo que en las negociaciones del TTIP no están respetadas en todas las circunstancias.

Pero sus consecuencias no se quedan sólo aquí. A través suyo, se ha producido, en **segundo** lugar, una reducción de los poderes de los Estados a la hora de la ratificación del CETA, debido esencialmente a su aplicación provisional y a los efectos jurídicos que tiene su consideración como Tratado mixto, en la medida en que no se exige la unanimidad de los Estados europeos. Posiblemente constituya la respuesta indirecta a la dificultad que puede suponer poner de acuerdo a los 27 Estados de la Unión. Esta reducción se ha hecho a través de dos vías.

Como paso previo, se ha producido la categorización del CETA como acuerdo mixto por razones políticas<sup>4</sup> y que nos aleja de otros acuerdos anteriores. En el ámbito europeo supone una novedad que marca una línea entre los Tratados con Vietnam o Corea y éste. Su consideración de acuerdo mixto se ha transformado en una forma de eludir el coste político de su debate nacional en todos los Estados miembros y que resulta previsible que sea lo que se haga si ha de ser aprobado el TTIP o el TiSA. Esto tiene una consecuencia importante sobre el proceso de aprobación y otra en relación con los efectos.

Desde el primer punto de vista no es precisa la unanimidad, sino que resulta suficiente la mayoría cualificada, esto es un mínimo del 55 % de los miembros del Consejo que incluya al menos a quince de ellos y represente a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65 % de la población de la Unión.

El segundo aspecto es, en mi opinión, más importante: las autoridades comunitarias plantearon que se aplique de forma provisional, desde el momento en que se apruebe por las autoridades europeas competentes. Una posición que respalda Justin Trudeau, Primer Ministro canadiense. Esta aplicación provisional afectaría a las materias de

---

<sup>4</sup> Como ha señalado la Comisaria Mallström este paso atrás de la Comisión se produce "por razones políticas" de los Estados, ya que la Comisión lo ve de otro modo: "From a strict legal standpoint, the Commission considers this agreement to fall under exclusive EU competence. However, the political situation in the Council is clear, and we understand the need for proposing it as a 'mixed' agreement, in order to allow for a speedy signature"

competencia exclusiva de la Unión Europea y que fuentes canadienses fijan en aproximadamente un 90% del Tratado.

Ya de entrada un porcentaje de tal magnitud deja como accesoría la participación de los Parlamentos nacionales. Algo que, por su carácter poco democrático no resulta admisible especialmente teniendo en cuenta el impacto constitucional que tiene el CETA.

Pero, en segundo lugar, surge el problema de la situación de inseguridad jurídica que introduce la Comisión: ¿entraría, por ejemplo, el mecanismo “arbitral” de resolución de conflictos sobre inversiones en esta aplicación provisional? O dicho de otro modo ¿realmente se puede diferenciar artículo a artículo cuál entra en competencia comercial y cuál no? Si así fuera, ¿sería un Tratado aplicable? Y a partir de aquí surgen más cuestiones ¿durante cuánto tiempo duraría una aplicación provisional que ya se avanza que sería prolongada en el tiempo? ¿qué ocurriría en el caso de que alguno de los Estados rechace la ratificación del Tratado -lo que no es descartable en los casos de Bélgica y Rumanía-?

En todo caso, toda la regulación se percibe desde su vertiente comercial, lo que va a afectar tanto al contenido como a los principios generales de la regulación., ya que se introducen criterios que sirven como filtro regulatorio que sólo tienen una orientación comercial. Luego volveré sobre ello.

Por último quería recordar aquí el efecto post mortem de algunos TNG, que se ve claramente en el CETA: En efecto, El CETA tiene una vida después de la hipotética denuncia futura: siempre que entre en vigor de acuerdo con los procedimientos establecidos (esto es, siempre que se traspase la fase en la que entraremos ahora de la aplicación provisional), el capítulo referente a la protección jurídica de las inversiones tendrá una validez de veinte años posteriores a la finalización del acuerdo, de conformidad con lo señalado en el artículo 30.9.

Todo lo cual se ha producido en el marco de una falta absoluta de transparencia y debate público. Tanto es así que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha anulado uno de los actos de la Comisión que eliminó la participación ciudadana en el debate de negociación del TTIP.

## **II. EL IMPACTO DE LOS TRATADOS COMERCIALES DE NUEVA GENERACIÓN EN LA REGULACIÓN**

Como se viene manteniendo a lo largo de estas páginas, una de las características centrales de los Tratados de Nueva Generación es su impacto en la regulación económica. Un impacto que afecta tanto al contenido regulatorio como a los elementos de procedimiento legislativo; aspectos ambos que habrán de ser tenidos en cuenta por los legisladores nacionales a la hora de aprobar sus disposiciones.

El primer aspecto afecta al cambio de orientación de la regulación. La perspectiva comercial que late en estos tratados se extiende no sólo a los apartados relativos a la regulación del comercio internacional sino que se incorpora como un elemento transversal de la ordenación, con consecuencias que afectan a ámbitos que no tienen nada que ver con esta materia.

En el caso de los TNG que tenemos más cerca, podemos encontrar dos manifestaciones:

a) En primer lugar, dando preferencia a la protección del comercio sobre otros intereses públicos que pudieran estar en presencia. Posiblemente el caso más llamativo de lo que se está señalando es la preferencia que efectúa el TTIP con respecto a la salud pública: Solamente de este modo se pueden interpretar dos reglas: los objetivos del capítulo son, dice el artículo 1 del mismo “facilitar el comercio entre la mayor medida posible, sin perjuicio del derecho de cada parte para proteger la vida y la salud”.

En lógica con lo anterior, se dispone de forma expresa que es objetivo de este capítulo “asegurar que las medidas sanitarias y fitosanitarias de las partes no creen obstáculos innecesarios al comercio”. Es especialmente significativo que, en los supuestos de medidas de emergencia por razones de salud, existe una reitera limitación de su aplicabilidad para evitar que a través de estas medidas que puedan suponer un perjuicio al comercio.

A ello se añade el hecho de que, del texto que conocemos del TTIP debemos extraer una consecuencia importante de cómo está configurada la prevalencia del comercio sobre los demás intereses en presencia y que afecta a un elemento de índole interno de la decisión administrativa; al cómo se pueden imponer las barreras de acceso: ha de existir una motivación especial de que no suponen una dificultad innecesaria en el comercio. Esta regla se manifiesta en un desarrollo posterior en el que tanto desde la perspectiva del procedimiento como de los propios contenidos de la reglamentación.

b) Como elemento complementario y general a lo anterior, nos encontramos con que se incorporan principios novedosos, incluso sobre la novedosa Ley 39/2015, del Procedimiento administrativo Común que configura ciertos “principios de buena regulación” en su artículo 129. Así, el CETA, por ejemplo, impone a las Administraciones Públicas que analicen dos principios con anterioridad a la promulgación nueva normativa, los cuales -pese a la coetaneidad- no están recogidos en ella: a) Análisis de impacto comercial o b) Análisis de la compatibilidad regulatoria como manifestación de la cooperación regulatoria.

Nótese que por la vía de estos tratados comerciales estamos modificando de forma silenciosa la regulación básica de las Administraciones públicas.

Dicho de otro modo, la valoración del interés general que han de hacer las Administraciones Públicas a partir de los TNG se concentra esencialmente en un aspecto del interés general, que es el del impacto comercial de la regulación. Una perspectiva, admisible pero que, desde luego, no casa demasiado bien con los principios de nuestra Constitución económica en el marco de un Estado social.

### **III. LA COOPERACIÓN REGULATORIA Y SU IMPACTO EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO**

#### **1. Planteamiento**

Como he señalado con anterioridad, los TNG constituyen un punto de partida, no un punto de llegada. El instrumento básico para conseguir esta finalidad es la cooperación regulatoria, que modifica esencialmente las reglas democráticas de articulación de la legislación.

La OCDE, que es el organismo que más está impulsando la cooperación regulatoria desde un punto de vista teórico<sup>5</sup>, ha definido la cooperación regulatoria como “cualquier tipo de acuerdo formal o informal entre países para promover cualquier forma de cooperación en el diseño, vigilancia, implementación o gestión a posteriori de la regulación, con el objeto de impulsar la convergencia y la consistencia de las normas jurídicas más allá de las fronteras”. Es una técnica normativa que, aparentemente, tiende a eliminar los costes derivados de la división normativa en cada Estado derivados de la adaptación de productos y servicios. Del mismo modo, se señala que tiende a garantizar la eficiencia en el funcionamiento administrativo, derivado del ahorro en los costes de hacer la regulación. Pero, más allá de estas ventajas, realmente, tiene el efecto de eliminar el debate democrático sobre la regulación económica y potenciar una forma de expansión del derecho de las grandes potencias económicas a través de instrumentos normalizados, superando la forma más tradicional, derivada de la actuación de los gabinetes jurídicos transnacionales.

En este sentido, la cooperación regulatoria no es una figura novedosa, sino que se puede considerar un mecanismo que se puede considerar usual tanto en tratados multilaterales (por ejemplo, el que aparece en el seno de la Organización Mundial del Comercio) o en tratados bilaterales, como los que tienen suscritos Estados Unidos y la Unión Europea. Hay, de hecho, diversos modelos que los permiten diferenciar en función

---

<sup>5</sup> La actividad de la OCDE en esta materia parte de la aprobación en marco de 2012 de la Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance.

de su carácter más o menos formalizado, del grado de interés que existe en la armonización legislativa, de los ámbitos (materiales o procedimentales) en los que se desarrolle o, incluso, en los participantes, si son solo poderes públicos o participan sujetos privados que con posterioridad van a estar afectados por la reglamentación.

En los TNG, los modelos son variados y dependen esencialmente de la identidad del grado de desarrollo económico. En el RCEP, por ejemplo, las diferencias impiden que se en un primer momento se impulse la armonización normativa. Por el contrario, en el CETA y en el TTIP, el modelo de cooperación regulatoria que se plantea es el de armonización legislativa, el cual topa con diversos problemas.

Si tomamos, por ejemplo, el capítulo del TTIP relativo a la cooperación regulatoria observaremos que el objetivo de la regulación del capítulo de la cooperación regulatoria está muy determinado ideológicamente: “reducir la regulación onerosa, duplicativa o divergente que afecte al comercio o las inversiones”. Con ello, lo que se plantea es introducir los principios de la regulación en los EE.UU, en la práctica europea y que están muy bien recogidos en el libro de Cass Sunstein, el antiguo director de la OIRA, (Office of Information and Regulatory Affairs), la oficina regulatoria de la Casa Blanca durante el primer mandato de Obama<sup>6</sup>. Conviene recordar, en este sentido, que desde 2012 Obama impulso la cooperación regulatoria internacional<sup>7</sup>.

Los efectos son de anticipo legislativo pero, al mismo tiempo, también de revisión de normativa. La apertura de un procedimiento de “compatibilidad normativa” es la consecuencia directa del intercambio de información regulatoria. En principio, estos mecanismos tendrán su efecto directo sobre la legislación europea, pero no podemos olvidar que caerá en cascada sobre la legislación nacional.

Desde la perspectiva del procedimiento, se aprecia que incorporan numerosos aspectos a la regulación, para conseguir el objetivo de una regulación conjunta y unitaria.

Tomando lo señalado en los documentos filtrados del TTIP -y que constituyen lo más desarrollado, aunque en otros tratados tiene un contenido equivalente- afecta a la capacidad que tiene cada una de las partes de regular un ámbito de actividad. Una restricción que se produce en la medida en que se acota el procedimiento legislativo, a través de la puesta en funcionamiento de los siguientes elementos:

1. En primer lugar, un procedimiento de coordinación, consulta y revisión normativa que identifique aquellas disposiciones que sean contradictorias con los

---

<sup>6</sup> C.R. Sustain., (más) Simple. El futuro del Gobierno, Marcial Pons (2014)

<sup>7</sup> Executive Order, No. 13609 (2012). Sobre el impacto de la cooperación regulatoria en la administración estadounidense, se puede ver Trujillo, Elizabeth, Regulatory Cooperation in International Trade and Its Transformative Effects on Executive Power (February 1, 2018). Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 25, No. 1, 2018. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3123353>

principios que se han señalado con anterioridad.

2. En segundo lugar, se establece una obligación entre las partes de intercambiar qué reglamentaciones se van a intentar aprobar con una perspectiva anual.

3. En tercer lugar, un deber de consulta a los posibles afectados por la reglamentación para que puedan exponer cuál es su posición sobre la reglamentación.

4. En cuarto lugar, se impone un deber de transparencia, que afecta a todo el proceso de toma de decisión: objetivos que se pretenden, alternativas consideradas, análisis técnicos y científicos que han sido considerados.... Que tiene que permitir que cada operador jurídico pueda presentar alegaciones; alegaciones que tendrán que ser publicadas.

5. Un deber de comunicación entre las partes en el momento en que se ha aprobado.

Los efectos de la cooperación regulatoria están recogidos en los tratados. Tomando uno de ellos, que es similar a lo que ocurre en los demás, puede conducir a tres conclusiones distintas:

1. El examen puede determinar que se determine el reconocimiento mutuo de legislaciones; que ocurrirá en los supuestos en los que hay principios comunes de la regulación.

2. Abrir un procedimiento de armonización legislativa en los casos en los que la armonización no resulta factible. Es, además, un instrumento previo a la regulación en los supuestos en los que se quiere promover la equivalencia normativa en ámbitos internacionales en los que ambos sean parte. Es importante tener presente esto último, sobre todo para la negociación del TISA, que se está desarrollando en la actualidad en el marco de la OMC.

3. Modificación pactada de las disposiciones, con el objetivo de “simplificar actos regulatorios en línea con principios legales o administrativos compartidos”.

Nótese como se introduce un sistema de solución paritaria de discrepancias cuya finalidad es reordenar las disposiciones que tengan en cartera cada una de las partes, fuera de los cauces procedimentales de aprobación de disposiciones.

## **2. La armonización compleja: regulaciones derivadas de principios comunes. Su impacto en el modelo social europeo**

Incluso en ámbitos de economía capitalista, las diferencias en la regulación son comunes. Incluso se podría señalar que, más allá de IAs reglas concretas, nos encontramos con principios distintos de la regulación.

Por ejemplo, a la hora de la liberalización, el modelo que está imponiendo EEUU y en general aquellos países anglosajones es el de la denominada lista negativa (se puede privatizar todo salvo lo que esté en esta lista), mientras que la postura europea es algo más suave y quiere recoger el principio de lista positiva (sólo se liberaliza aquello que está en ella) para el régimen de trato equivalente.

O, en un sentido parecido, la aplicación del principio de precaución también es muy distinta entre EEUU y la Unión Europea. el menor valor que se proporciona al principio de precaución, que está en la esencia de la política europea en este campo. No podemos olvidar que la formulación europea conlleva el que en los casos en que se presume un riesgo, esto supondría la prohibición de un producto aunque no exista prueba científica sobre ella. De hecho, en la regulación que se conoce del TTIP no se arbitran mecanismos suficientes para evitar los “informes interesados” sobre determinados productos, tal como ha ocurrido con el glifostato de Monsanto, aprobado por la EPA a pesar de que en general se considera “probablemente cancerígeno”.

Y qué decir de la aplicación del principio de transparencia, mucho más relevante en Europa que en los EEUU y que provocará un riesgo grande de captura del regulador por las empresas a las que se quiere ordenar su comportamiento. De hecho, en la regulación que se conoce del TTIP no se arbitran mecanismos suficientes para evitar los “informes interesados” sobre determinados productos.

## **3. Los riesgos del procedimiento**

Posiblemente uno de los aspectos más controvertidos es precisamente éste. Las propuestas europeas pasan por una participación activa en el procedimiento de concertación de la reglamentación de las empresas afectadas. El riesgo para la reducción del impacto del principio de precaución y para incrementar la desregulación (que luego actuaría como marco de armonización legislativa).

En este sentido, corre riesgo la concepción europea del principio de transparencia, mucho más relevante en Europa que en los EE.UU. y que, de aplicarse el modelo

estadounidense, provocará un riesgo grande de captura del regulador por las empresas a las que se quiere ordenar su comportamiento.

De hecho, en la regulación que se conoce del TTIP, por ejemplo, no se arbitran mecanismos suficientes para evitar los “informes interesados” sobre determinados productos y que tan usuales son en el sistema estadounidense. Los conocimientos científicos no son neutros y que, por tanto, habríamos de rodearlos de ciertas cautelas, sobre todo teniendo en cuenta que el marco de referencia de la gestión de riesgos es muy diferente entre Estados Unidos y la Unión Europea.

El contenido conocido del TTIP nos ofrece un ejemplo interesante en esta materia. A la hora de aprobar una reglamentación sanitaria, habrá de tenerse presente evidencias científicas relevantes. Paradójicamente este mandato no va acompañado de arbitrar un mecanismo de transparencia en cuanto a los estudios que justifican las decisiones tomadas, tanto en el sentido de su contenido como de su autoría. Es especialmente relevante la necesidad de transparencia en los informes sobre los que se ha adoptado la decisión, teniendo en cuenta la experiencia de la agencia EPA estadounidense sobre el glifostato de Monsanto. Es, además, un elemento determinante para saber cuál es el peso relativo que puede tener el informe en el desarrollo del procedimiento.

Los riesgos que se aprecian, de este modo, para el Estado democrático derivan de la falta de transparencia y responsabilidad de los actores centrales del proceso de toma de decisión, de su carácter alejado de la ciudadanía y difuso -que nos coloca, otra vez más, ante el soberano supraestatal difuso al que hace referencia Capella<sup>8</sup>. No se puede en este sentido mantener que estos mecanismos de toma de decisión son democráticos cuando la lejanía es tan sumamente grande y el debate público es, por esencia, tendente a la nada.

Pero al mismo tiempo, nos encontramos con un riesgo de captura, que es doble: por un lado, el tradicional “secuestro” de los reguladores por los regulados -mayor cuanto más se atomice el ámbito de actuación del centro de decisión- y, por otra parte, la captura ideológica, de la que hemos encontrado ejemplos recientes muy relevantes, como los que ha padecido el Fondo Monetario Internacional<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Capella, J.R., Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado. Ed. Trotta. Madrid (1997).

<sup>9</sup> Hemos de agradecer la sinceridad del Informe que, sobre dicha cuestión, realizó la Oficina de la Oficina de Evaluación Independiente del Fondo Monetario Internacional: “la capacidad del FMI para identificar correctamente los crecientes riesgos se vio obstaculizada por un alto grado de pensamiento de grupo, captura intelectual, una tendencia general a pensar que era improbable una fuerte crisis financiera en las grandes economías avanzadas y enfoques analíticos inadecuados. Un débil régimen de gobierno interno, la falta de incentivos para integrar el trabajo de las distintas unidades y plantear opiniones disidentes, y un proceso de revisión que no lograba establecer todas las conclusiones necesarias o asegurar que se siguieran todos los pasos necesarios también fueron factores importantes, en tanto que las

#### 4. El *derecho* a legislar por parte de los Estados

A ello se añade el problema de la vinculación entre los arbitrajes de inversiones y el derecho a la regulación por parte de los Estados o a la limitación en cuanto a sus efectos que proviene como consecuencia de la aplicación de las cláusulas paraguas de los acuerdos de inversiones. El hecho de que el derecho a regular esté siendo recogidos en los últimos tiempos y que, en consecuencia, por ejemplo, el CETA lo contemple, no significa en modo alguno que nos debamos olvidar de la consecuencia negativa que tiene la regulación en contra de los acuerdos de inversiones.

En efecto, no está declarado con la misma intensidad que estos cambios legislativos no harán aparecer la responsabilidad del Estado ante empresas internacionales. En efecto, cambios legislativos o de presión fiscal están siendo llevados ante los órganos arbitrales de resolución de controversias como consecuencia de que los inversores extranjeros los consideran medidas de carácter expropiatorio.

Las cláusulas “carve-out”, que permiten excepcionar del régimen arbitral a los cambios legislativos y que teóricamente están incluidas en los acuerdos, están siendo cuestionadas en los Tribunales arbitrales. Un problema que será especialmente grave cuando entre en vigor el TTIP debido a que, por su extensión, por la dificultad de negociación y la utilización de cláusulas vagas para llegar a acuerdos, no tienen un grado de claridad suficiente y pueden entrar en contradicción con otros elementos de los Tratados.

Sea como fuere introduce un cambio sustancial en la responsabilidad por actos legislativos, que le separa sustancialmente de la regulación prevista en el Ley 40/2015, del Sector Público, que exige la inconstitucionalidad de una norma o incluso del derecho europeo. Pensemos que aquí ni siquiera es precisa la concurrencia de la contrariedad al ordenamiento jurídico. Las denominadas “expropiaciones regulatorias” amplían de forma excepcional el ámbito del funcionamiento administrativo, cuestionando las decisiones políticas que se tomen. Y cuando hablo de política, hablo de política ambiental, de obras públicas, fiscal, de protección de trabajadores; medidas que entre nosotros no dan pie a la responsabilidad del Estado pero que en el marco de estos procedimientos arbitrales sí la conceden.

---

limitaciones políticas posiblemente también hayan influido en cierta medida”. Oficina de Evaluación Independiente del Fondo Monetario Internacional; Desempeño del FMI en el período previo a la crisis financiera y económica: La supervisión del FMI entre 2004-07, (2011). Está disponible en castellano en la web de la Oficina, <http://www.ieo-imf.org>

## IV. LOS TRATADOS COMERCIALES DE NUEVA GENERACIÓN Y LOS ARBITRAJES DE INVERSIONES

### 1. Planteamiento

Las negociaciones que están manteniendo desde febrero de 2014 la Unión Europea y los Estados Unidos para la adopción del TTIP han servido para llevar a la opinión pública uno de los instrumentos más usuales que existen en el Derecho internacional de inversiones: el arbitraje y los demás mecanismos para solucionar las disputas entre los Estados y los inversores internacionales sobre las mismas. Es el debate sobre los procedimientos ISDS (Investor-to-State Dispute Settlement) sobre los que se habla reiteradamente. De hecho, desde el comienzo de la crítica al TTIP<sup>10</sup> se puede situar el arbitraje de inversiones como uno de los elementos de la crítica de la ciudadanía a este Tratado.

Más aún, como veremos con posterioridad, ni siquiera el régimen de los medios extrajudiciales de resolución de conflictos sobre inversiones es característico de estos nuevos Tratados de Libre Comercio. Los Tratados Bilaterales de Inversiones han ido incorporando desde finales de los años cincuenta del siglo pasado mecanismos de esta naturaleza para proteger la inversión realizada por los países desarrollados en lo que eufemísticamente han sido Países en Vías de Desarrollo. De hecho, con las variaciones propias de cada uno de los Tratados, se puede considerar que son un estándar dentro del Derecho de las inversiones extranjeras.

Como veremos más adelante, el origen y desarrollo de los arbitrajes de inversiones se sitúa en relaciones de supremacía económica entre dos Estados. El país desarrollado impulsaba la actividad de sus empresas en el exterior mediante la generación de un mecanismo extraordinario de protección mientras que aparentemente está protegido dado que era improbable encontrarse con una reclamación equivalente. El Estado receptor de la inversión obtenía recursos que permitía sobre todo la explotación de unos recursos naturales para los que carecía de tecnología suficiente y le resultaba una compensación suficiente para la cesión de su jurisdicción y la sustitución por el órgano arbitral.

Una realidad que, en la actualidad, se ha vuelto como un boomerang contra los países desarrollados, tradicionales exportadores de capital, ya que la evolución jurídico-económica ha conducido a que en la actualidad se encuentren también demandados

---

<sup>10</sup> Así, puede verse el dossier de Le Monde Diplomatique sobre el TTIP: <http://www.monde-diplomatique.fr/2014/06/A/50476> o, más modestamente, el que publiqué en 2014 [http://www.eldiario.es/agendapublica/proyecto-europeo/preguntas-Tratado-Transatlantico-TTiP-respuesta\\_0\\_315669128.html](http://www.eldiario.es/agendapublica/proyecto-europeo/preguntas-Tratado-Transatlantico-TTiP-respuesta_0_315669128.html); hoy puesto al día en <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2016/05/13/ttip-7-preguntas-que-debieras-conocer/>

ante estos órganos de resolución de conflictos. Es un resultado del hecho de que en los países menos desarrollados se han producido concentraciones de capital en manos de unos pocos que han impulsado su actividad fuera de las fronteras. En los últimos años, ha habido cambios de posición: por ejemplo, Australia o Sudáfrica, precisamente como consecuencia de las demandas presentadas contra ellos. Y ello por no hablar de los países latinoamericanos que han denunciado el acuerdo del CIADI ya que, en las palabras del antiguo Presidente ecuatoriano Rafael Correa “para la liberación de nuestros países, porque el CIADI significa colonialismo, esclavitud con respecto a las transnacionales, con respecto a Washington, con respecto al Banco Mundial”.

Sea como fuera, en la actualidad los arbitrajes de inversiones están presente de una u otra forma en los más de 3300 acuerdos de inversiones que existen, ya sean bilaterales, multilaterales o de mera liberalización del comercio.

De acuerdo con los datos que proporciona el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad España es parte de 72 Tratados Bilaterales de Inversiones que están vigentes y hay 4 más finalizados y en periodo de remanencia; esto es, que ha transcurrido su periodo de validez pero que siguen desplegando sus efectos en relación con las inversiones realizadas con su cobertura. Hay un dato relevante: la mayor parte de los acuerdos se suscribieron con anterioridad al año 2000. Hoy es la Unión Europea la que está asumiendo esta competencia, lo que hace que las líneas generales y los problemas que están planteándose tengan una perspectiva comunitaria, que aparecerá tangencialmente (dado que pretendo proporcionar una visión más general, fuera de las peculiaridades de cada ordenamiento jurídico) a lo largo de estas páginas<sup>11</sup>.

## **2. Los arbitrajes de inversiones en la opinión pública**

El debate en la opinión pública sobre los conflictos de inversiones se ha articulado de forma muy lineal, un sí o no al arbitraje de inversiones. De hecho, los vaivenes en la opinión pública han provocado un cambio considerable en la opinión de algunos de nuestros parlamentarios: cuando el Congreso de los Diputados ratificó el Acuerdo entre la República de Corea y la Unión Europea -que incluye un mecanismo convencional de arbitraje de inversiones- lo hizo sin un sólo voto en contra, sólo con dos abstenciones de Esquerra Republicana de Catalunya.

El debate político sobre los arbitrajes se sitúa en una línea en la que, por un lado, se parte de que a través de un procedimiento arbitral se está cuestionando una medida legítima de los poderes públicos para la consecución de fines de interés general; lo que

---

<sup>11</sup> Puede verse, con carácter general, el libro colectivo dirigido por Katia Fach Gómez La política de la Unión Europea en materia de derecho de las inversiones internacionales: EU Policy on International Investment Law J.M. Bosch Editor (2017)

se hace además, a través de un procedimiento privado, por jueces privados designados ad hoc y que resuelven la controversia que plantean los inversores con arreglo a reglas de Derecho privado en donde no hay una adecuada protección del interés general<sup>12</sup>.

Un procedimiento que, asimismo, se ve con reservas como consecuencia de su secretismo y de la falta de responsabilidad pública de los árbitros. El alto coste de los arbitrajes constituye, por último, un motivo complementario para negar legitimidad a este procedimiento, ya que se considera que no está abierto sólo para empresas extranjeras sino sólo para grandes multinacionales. Por último, algunos casos de inversiones especulativas que han llegado a los procedimientos arbitrales de inversiones han terminado de dibujar el cuadro de razones para la oposición de una parte de la opinión pública a estos arbitrajes de inversiones.

El debate público ha calado incluso en las instituciones europeas que están desarrollando una intensa política comercial en el marco de la cual están impulsando acuerdos en los que se recogen procedimientos alternativos de resolución de controversias sobre inversiones. En efecto, la oposición creciente en ciertos ámbitos de la ciudadanía europea ha provocado, incluso, la propuesta de enmienda por parte de la Unión Europea para sustituir un régimen “mal visto”<sup>13</sup>, el del arbitraje, por otro, que tiene mejor prensa, que constituiría una especie de Tribunal que solucione los conflictos entre inversores y Estados. Es lo que ha ocurrido con el CETA o con el más reciente acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y Vietnam, en donde se instaura un Tribunal permanente. De hecho, el propio Parlamento europeo, cuando emitió sus recomendaciones sobre el TTIP, emitió una resolución bastante dura sobre los arbitrajes de inversiones en donde recogió algunas de las críticas que se suelen realizar contra

---

<sup>12</sup> Este problema de la inadecuación de las reglas para la solución de controversias en uno de los que constatan asimismo los estudiosos de los arbitrajes de inversiones. Véase, por ejemplo, lo que señalan “we argue that the strict standards of review employed by many arbitral tribunals, while perhaps appropriate in commercial arbitration or in the context of specific technical questions, are wholly inappropriate with respect to many issues raised in these cases that are, at heart, public law questions. These public law questions require a tribunal to determine the basic powers of the state, the extent of the state’s ability to regulate in the public interest, and the capacity of the state to make basic socio-economic and political choices” Burke-White, W.W.; y von Staden, A. “Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations”, en *Yale Journal of International Law*, vol. 35 (2010), p. 285.

<sup>13</sup> El Consejo Económico y Social de la Unión Europea destacó, en este sentido, que «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 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 sucuculento» <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014IE5356&from=ES>

ellos<sup>14</sup>; algunas de las cuales fueron recogidas durante la negociación del CETA y, con posterioridad, en el acuerdo que está negociando la Unión Europea con Vietnam.

De hecho, cuando la Unión Europea impulsa el cambio en el mecanismo de solución de controversias de CETA no hace sino una gran operación de maquillaje. A pesar de que la propia esencia de un régimen jurisdiccional no aparece en la regulación propuesta, han utilizado la terminología con el fin de huir de los riesgos políticos que plantean los arbitrajes de inversiones; mal vistos por la opinión pública.

Más allá del problema político que está planteando el TTIP y su mecanismo de resolución de conflictos sobre inversiones -que no es el momento de tratar<sup>15</sup>-, conviene tener presente que la reglamentación de las inversiones exteriores en los Estados no deja de ser una cuestión que es de extraordinaria importancia jurídica y se sitúa en el centro de los problemas de las Administraciones Públicas. La globalización ha fomentado precisamente la inversión exterior y esto se ha traducido en un incremento de los conflictos sobre los (hipotéticos) derechos que tienen los operadores económicos exteriores. Un problema que, salvo el estudio de Beltrán de Felipe de hace algunos años<sup>16</sup> y el más reciente de Cantero<sup>17</sup>, no ha sido suficientemente tratado por los administrativistas a pesar de que afecta a aspectos esenciales del Derecho administrativo: la capacidad regulatoria de los entes públicos, los mecanismos de control judicial y el estándar de la responsabilidad administrativa.

---

<sup>14</sup> 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. (XV) garantizar que los inversores extranjeros sean tratados de forma no discriminatoria sin que se beneficien de derechos superiores a los de los inversores nacionales y sustituir el mecanismo de resolución de litigios entre inversores y Estados por un nuevo sistema para resolver las diferencias entre los inversores y los Estados que esté sujeto a los principios y el control democráticos, en el que los posibles asuntos sean tratados de forma transparente por jueces profesionales, independientes y designados públicamente en audiencias públicas, y que incluya un mecanismo de apelación en el que se garantice la coherencia de las decisiones judiciales, se respete la jurisdicción de los tribunales de la UE y de los Estados miembros, y los intereses privados no puedan menoscabar los objetivos en materia de políticas públicas

<sup>15</sup> Mis opiniones sobre los controvertidos Tratados de nueva generación se pueden ir siguiendo en mi blog Global Politics and Law: <https://www.globalpoliticsandlaw.com/category/ttip-ceta-tisa-tpp/> Asimismo, recomiendo la lectura del libro de Guamán, A. TTIP. El asalto de las multinacionales a la democracia, Akal, Barcelona (2016).

<sup>16</sup> Beltrán de Felipe, M., "¿Puede haber responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas españolas al margen de la LRJAPyPAC? El arbitraje internacional de inversiones (y el estándar universal de trato justo y equitativo) como inesperado sustitutivo de la legislación interna", en la Revista General de Derecho Administrativo, nº 16 (diciembre 2007).

<sup>17</sup> Cantero Martínez, J.; "Arbitraje internacional de inversiones y "Derecho a regular" de los Estados: el nuevo enfoque comunitario en la negociación del TTIP", en la Revista Española de Derecho Europeo, nº 58 (2016), 13 - 45.

### 3. Aproximación estadística a los arbitrajes de inversiones

Si analizamos los arbitrajes de inversiones desde una perspectiva estadística, veremos que, a fecha 1 de enero de 2017, se han iniciado 949 casos aproximadamente, en los cuales han sido demandados 111 Estados y en los que los países originarios de los demandantes han sido 67. El primer caso apareció en el año 1972 y el primero derivado directamente de un acuerdo de protección de inversiones es de 1987, siendo demandado Sri Lanka. De estos 949 casos se han resuelto 419, están pendientes 301 y se han cancelado, por diversas causas, durante su tramitación 229.

Sobre el total de demandas presentadas, el porcentaje de éxito de los inversores es del 36%, dividido en una victoria total en un 25% y parcial en un 11%; se produce un acuerdo de resolución previo al laudo en un 17%. No obstante, hemos de tener presente que una cuarta parte de las demandas no pasan el filtro inicial, y que sólo en un 22% de los supuestos el demandante pierde el litigio por razones de fondo.

Siguiendo con los datos que proporciona la Base de Datos de PluriCourts - Centre for the Study of the Legitimate Roles of the Judiciary in the Global Order<sup>18</sup>, observamos los siguientes datos relevantes: el 83% de las resoluciones favorables derivan de medidas del poder ejecutivo y sólo 17% del Poder legislativo. El 56 % de las medidas han sido adoptadas por los Estados, y sólo el 39% por autoridades locales y regionales (el 5% restante es mixto); el 56% son medidas específicas en relación con un inversor y el 44% medidas generales que tienen su impacto en el demandante.

Y, por último, en cuanto a la norma de protección de inversiones violada, el porcentaje más relevante (45%) se corresponde con acuerdos bilaterales de inversiones, el 36% provienen del NAFTA, el 8% de la Carta Europea de la Energía, otro 8% de acuerdos bilaterales de libre comercio y el 3% restante del CAFTA, esto es el Acuerdo de Libre Comercio entre el Caribe, República Dominicana y EE.UU.

### 4. Breve aproximación histórica

Los procedimientos ISDS y equivalentes constituyen el último elemento de protección que proporciona el Estado a las inversiones de sus nacionales en el exterior. Tradicionalmente, esta protección se articulaba ante otros mecanismos de Derecho Internacional Público que ponía al Estado exportador en el centro de esta protección.

En efecto, si recordamos los conflictos sobre inversiones habidos en América Latina a lo largo del siglo XIX observaremos que la inversión exterior era objeto de protección

---

<sup>18</sup> Tomo los datos de PluriCourts - Centre for the Study of the Legitimate Roles of the Judiciary in the Global Order de la Universidad de Oslo; que se pueden acceder en <http://www.jus.uio.no/pluricourts/english/>.

diplomática, con todas las consecuencias que ello ocasionaba y que se vieron perfectamente en el conflicto entre Reino Unido y Argentina sobre la liquidación del Banco de Londres y Río de la Plata, de capital británico, acaecido en la ciudad de Rosario en 1876 y que provocaron el bombardeo de la ciudad por una patrullera británica que subió por el cauce del Río de la Plata.

En ese momento, el Canciller argentino Irigoyen negó la protección diplomática a los capitales británicos con su conocido “el dinero no tiene patria”, Desde entonces, los países latinoamericanos rechazaron la protección diplomática a las inversiones exteriores, la cual se materializa en la doctrina Calvo que exigió el sometimiento de los conflictos sobre inversiones a los Tribunales y la Ley del país de destino. Esta prohibición alcanzó un punto culminante en el conflicto de Venezuela con Holanda, Reino Unido e Italia como vía para cobrar las deudas del Estado venezolano con las empresas radicadas allí.

De este conflicto y de la reacción en bloque de los Estados latinoamericanos surge la prohibición del uso de la fuerza en la protección de las inversiones exteriores. Una prohibición que se materializó en la Convención Drago-Porter de 1907.

Los datos anteriores reflejan la dificultad que ha habido siempre para la protección por parte del Estado de las inversiones efectuadas por sus nacionales fuera de su territorio. Una dificultad que hizo que sucesivamente se fueran configurando mecanismos, como los de los contratos públicos, los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación y los Acuerdos de Indemnización Global. Los arbitrajes de inversiones exteriores tienen su origen, precisamente, en la reglamentación internacional de los contratos públicos pues era lo que permitía “la neutralización del poder normativo del Estado”.

Partiendo del Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Pakistán y la República Federal de Alemania en 1959 se han desarrollado estos instrumentos hasta llegar a la cifra actual de más de 3300 acuerdos internacionales. Para alcanzar todos los datos básicos, conviene citar el papel relevante del Banco Mundial a la hora de articular el régimen de protección de inversiones.

En los años sesenta del siglo pasado se produjo un movimiento con el fin de establecer una normativa de las inversiones exteriores que pudiera proporcionar seguridad jurídica a los inversores, fijando la responsabilidad de la Administración nacional en el caso de producción de daño y fijando unos mecanismos para hacer efectiva dicha responsabilidad. Después de una serie de avatares esta misión es encomendada al Banco Mundial, en cuyo seno se adopta el Convenio de Washington que entró en vigor en 1966. Este convenio crea un organismo, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, cuya misión es precisamente facilitar los

medios de conciliación y arbitraje para resolver las discrepancias que existan con los Estados receptores de las inversiones, que cumple sus funciones con independencia de cuál sea la calidad de la jurisdicción encargada del control de la Administración pública.

Más aún, en el propio seno del Banco Mundial se creó, en 1985, un organismo específicamente encargado del control de las inversiones extranjeras, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, relacionado naturalmente con el CIADI y cumpliendo una función complementaria a la de éste. En el convenio de Seúl, por el que se crea, se le encomiendan funciones de mediación en las diferencias entre inversores y países receptores, así como de impulso de los acuerdos con los países en vías de desarrollo. Y, en la misma línea, ha sido dicho organismo el que Ha aprobado un documento donde se fijan las "líneas directrices sobre el tratamiento de la inversión extranjera directa".

## **V.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE UNA REGULACIÓN ASIMÉTRICA**

El planteamiento sobre los arbitrajes de inversiones parte de una consideración que es usual en los aspectos jurídicos de la globalización económica: como fenómeno económico es desigual, y la regulación jurídica es, en consecuencia, igual de asimétrico.

### **1. Finalidad esencial de los Tratados de inversiones: protección del inversor para garantía de su inversión**

A la hora de analizar la regulación de las inversiones exteriores y, en particular, ponderar los derechos que tienen las partes del mismo conviene volver la vista un momento sobre el origen y las finalidades que se pretenden conseguir a la hora de suscribir un tratado de protección de inversiones.

Desde una perspectiva general, los acuerdos de protección de inversiones tienen dos partes: una de naturaleza procesal -los arbitrajes de inversiones- y otras de naturaleza sustantiva -el principio de igualdad de trato-.

Estos tratados cumplen la finalidad de proteger al inversor extranjero del riesgo de pérdida de su inversión por acciones de los Gobiernos de los países receptores de las mismas. Una pérdida que se puede manifestar tanto en acciones legislativas o administrativas que no encuentran un suficiente nivel de protección jurisdiccional debido a la falta de imparcialidad de la justicia. Esto es lo que provoca que, por un lado, se establezcan restricciones al desarrollo de la acción legislativa y administrativa que pueda tener efectos sobre las inversiones -o, para ser más exacto, establecer un régimen alternativo de responsabilidad de los poderes públicos que garantice una indemnización

adecuada a la cuantía del daño provocado- y que se instauren mecanismos alternativos al jurisdiccional para proporcionar un control justo de las medidas ocasionadas.

La articulación de los Tratados de protección de inversiones de este modo, con una finalidad protectora del inversor tiene su origen en que, en gran medida estos acuerdos internacionales se suscriben entre países que presentan un alto grado de desigualdad entre sus condiciones económicas y de estabilidad política. En multitud de supuestos, el país receptor de las inversiones no era totalmente seguro y esto hace que la política exterior del Estado desarrollado se manifieste en proporcionar esa seguridad jurídica al inversor nacional.

Obviamente, a cambio de esta articulación de un régimen privilegiado para la protección de la inversión, la contrapartida estriba en que el régimen sea equivalente para el proveniente del tercer país. Una previsión que no se utilizará en demasiadas ocasiones pero que está presente como vía para garantizar a los ojos de su opinión pública que hay una equivalencia en el reconocimiento que se hace de que ni el sistema jurídico ni el judicial es lo suficientemente estable para atraer inversiones de terceros Estados que resultan necesarias para un desarrollo social y económico.

La filosofía de los acuerdos tiene esta base. Una base derivada de la desconfianza en las condiciones jurídicas de los Estados receptores de las inversiones que no han alcanzado un suficiente grado de desarrollo. No obstante, resulta cuando menos paradójico el intento que se está produciendo en estos momentos de extender su régimen jurídico a relaciones entre países que se encuentran en una situación de estabilidad política y económica equivalente antes reseñado.

Ahora bien, ¿es razonable la articulación de este régimen partiendo sólo de la situación de desconfianza? ¿O existe otra razón más poderosa que justifique la existencia de los arbitrajes de inversiones? Tomando de nuevo las palabras de Beltrán “me parece que la justificación del arbitraje comercial internacional (la protección frente al “riesgo político”) no tiene que ver con el derecho sino con la correlación de fuerzas en la política y en la economía internacional: los países exportadores de capital imponen a los países receptores de capital, que están necesitados de IED, condiciones que, lejos de ser “neutrales”, favorecen los intereses del inversor estableciendo un sistema arbitral (no jurisdiccional), privado (no público), privilegiado (no neutral ni imparcial), ad hoc (no general) y con reglas jurídicas extremadamente imprecisas, flexibles y desligadas de los ordenamientos nacionales”. Hoy, el desarrollo de la globalización hace que al papel de los países exportadores de capital haya que añadir el dato de las empresas transnacionales como actor esencial de la economía internacional y que necesitan para su desarrollo la existencia de estos mecanismos extrajudiciales de protección de las inversiones.

En este sentido, conviene que no perdamos de vista dos datos que aparecerán a lo largo de este artículo: por un lado, el hecho de que recurrir a procedimientos alternativos de resolución de controversias coloca al inversor nacional en un sujeto de “peor derecho”, al tener que recurrir siempre a los Tribunales encargados del enjuiciamiento de las Administraciones públicas. Peor derecho que se manifiesta entre otros aspectos en el hecho de que la resolución arbitral (o equivalente) será siempre más rápida que la que adopte la justicia ordinaria.

En segundo lugar, el derecho positivo nacional se transforma en una mera cuestión de hecho y la resolución del litigio se va a producir atendiendo a consideraciones diferentes, articuladas primordialmente sobre la cláusula del “trato justo y equitativo”.

## **2. Razones para la articulación de un régimen especial para las inversiones exteriores en tratados internacionales**

Como se acaba de indicar, los Tratados internacionales de Protección de Inversiones se articulan sobre un doble régimen: por un lado, una modificación del derecho que va a regir la hipotética controversia que surja sobre el contrato de inversión y, en segundo lugar, sobre un régimen especial de protección jurídica de la inversión, el conocido arbitraje de inversiones. La cuestión que se plantea es ¿por qué el Estado acepta una modificación sustancial de su ordenamiento jurídico para los inversores extranjeros?

Hemos de tener en cuenta que, durante mucho tiempo, el régimen especial de los arbitrajes de inversiones se aplicaba a casos en los cuales la inversión procedía de países desarrollados y se dirigía a los que no lo estaban. Era una situación que aparecía en aquellos casos en los que el Estado en el que se encontraban los recursos naturales carecía de medios y tecnología para su explotación. Un problema que tenía el paralelo de una justicia que no reunía los estándares exigidos por los inversores, ya sea por una vinculación excesiva con el poder ejecutivo, ya sea más directamente por un alto grado de corrupción en los órganos jurisdiccionales de la otra parte o cuando se presupone que tienen una dependencia del Gobierno del Estado que hace que no haya un “proceso con todas las garantías”.

En esta tesitura parece claro que articular un régimen especial tienen beneficios para ambas partes (cuestión diferente es cómo se planteara el régimen de la inversión).

Ahora bien, para otras situaciones no estoy tan seguro de que tenga sentido. De entrada, porque los estudios muestran que no existe una relación directa entre la atracción de la inversión exterior y disponer de un régimen de protección de inversiones. De salida, porque la pregunta surge inmediatamente, ¿no es suficientemente imparcial el sistema jurisdiccional europeo o el estadounidense como para necesitar que el TTIP configure un régimen especial de protección de inversiones? El mensaje que se estaría

mandando a la ciudadanía va en la dirección contraria a generar confianza en el sistema y por ello, bastante descorazonador: el régimen judicial europeo o el estadounidense no cumple con estándares básicos de protección del demandante en sus relaciones con los Estados. Obviamente, es descorazonador para los que, en condiciones normales, no podemos acceder a los mecanismos de arbitrajes de inversiones.

La cita usual del “riesgo de nacionalidad” que aparece como justificación de la huida del Tribunal no parece tampoco suficiente, dado que, desde un punto de vista estadístico no existe esa relación entre nacionalidad y desestimación de los recursos. Incluso en los casos más recientes de condenas a España como consecuencia de la modificación de la regulación de las energías renovables, la razón esencial no estriba en que se haya considerado que existe una mala aplicación del Derecho. Incluso da por bueno el juicio de constitucionalidad. El problema es que cambia el derecho aplicable a la regulación y como veremos más adelante, el Derecho nacional es un dato de hecho que ha de ser analizado a la luz del principio del trato justo y equitativo que fija la responsabilidad del Estado.

Lo que sí parece más adecuado para justificarlo es el deseo de los inversores de disponer de un foro y un derecho especial. Por ello, la diplomacia económica de los Estados la aceptan en condiciones de reciprocidad. Pero no podemos dejar de mencionar aquí el dato de que son las compañías económicamente más relevantes las que tienen más interés en disponer de estos foros especiales que aplican “otro derecho”.

Una situación que pone en una condición de minusvalía a la Administración pública y a la legítima acción de sus órganos de gobierno en defensa del interés general<sup>19</sup>.

## **VI. ALGUNAS CUESTIONES BÁSICAS DE PROCEDIMIENTO**

### **1. Reglas básicas de designación de árbitros**

Las reglas básicas de designación de árbitros no difieren demasiado de las que son comunes en otros procedimientos arbitrales. Por lo general, cada una de las partes decide uno de los integrantes del colegio y el tercero suele ser designado por los otros dos; lo que favorece la endogamia que se señalará en el epígrafe siguiente.

Todos ellos dentro del colegio que tenga la organización que actúa como organizadora del procedimiento.

Si tomamos el modelo del CETA, sí podemos observar un aspecto relevante, que va a marcar el sentido de las resoluciones: la formación requerida es de especialista en Derecho internacional, a pesar de que, en relación con estos arbitrajes, los problemas

---

<sup>19</sup> Adkins, C. Y Singh Grewal, D. “Democracy and Legitimacy in Investor.State Arbitration”, en el Yale law Journal Forum (2016); pp. 65 y ss.

sustanciales son de Derecho administrativo, fiscal, laboral o mercantil. Un hándicap que, sin embargo, no se ha tenido en cuenta en las nuevas ordenaciones de los arbitrajes de inversiones.

## **2. Los árbitros y abogados y sus puertas giratorias**

En las discusiones que ha habido en la opinión pública sobre los arbitrajes de inversiones, ha habido un factor que ha salido reiteradamente: el hecho de que constituyan un grupo cerrado, autogenerado y con posibles intereses particulares a la hora de resolver los asuntos, manifestado esencialmente en el mantenimiento de su posición<sup>20</sup>.

Desde un punto de vista crítico, el sistema de árbitros tiene varias carencias que deben ser puestas de manifiesto para un análisis completo del sistema de arbitraje de inversiones.

El sistema es eminentemente cerrado. Un grupo de 25 árbitros son los que están representados, de una u otra forma, en un tercio de las designaciones arbitrales. Arbitros que son, en su mayor parte, hombres (sólo dos mujeres), occidentales ya sea por su origen ya sea porque han desempeñado la mayor parte de su actividad tal como ocurre con los dos latinoamericanos o el búlgaro que ha residido buena parte de su vida en EE.UU. Hay que señalar que los hay especializados en ser árbitros de demandantes y otros del demandado.

En segundo lugar, los actores de los procedimientos arbitrales adoptan múltiples roles ya sea secuencial o simultáneamente<sup>21</sup>. Estos múltiples roles hacen que se les pueda encontrar como árbitros, asesores jurídicos, testigos expertos -cuya función central es, estadísticamente, el análisis del Derecho, ya sea nacional o internacional- y secretarios de órganos arbitrales. Una posibilidad que constituye uno de los problemas mayores de legitimidad de los arbitrajes de inversiones, en la medida en que no garantiza la imparcialidad del juzgador. En los arbitrajes de inversiones esta diferenciación es particularmente relevante si tenemos en cuenta que los acuerdos internacionales de

---

<sup>20</sup> Los datos que utilizo provienen de Malcolm Langford, Daniel Behn and Runar Hilleren Lie; "The Revolving Door in International Arbitration"; en el Journal of International Economic Law nº 20 (2017), páginas 301-331.

<sup>21</sup> Hay 6 personas que están muy significadas por realizar esta doble función simultáneamente: Emmanuel Gaillard, de Shearman & Sterling en París; Jan Paulsson de Three Crowns; Judge James Crawford del Tribunal Internacional de Justicia; Kaj Hobér de 3 Verulam Buildings en London; el antiguo negociador comercial de los EE.UU. Daniel Price y en sexto lugar aparece el español Bernardo Cremades.

inversiones presentan caracteres muy similares y por ello las soluciones que se adopten en uno pueden ser perfectamente extrapolables a otros<sup>22</sup>.

En tercer lugar, conviene resaltar también que el círculo de abogados es también notablemente cerrado y provienen en su mayor parte de gabinetes jurídicos anglosajones. De los más de 2700 abogados que han participado, sólo el 14% ha participado en más de dos casos y sólo el 1% en más de 13 asuntos. Posiblemente convenga tener presente en este caso la relevancia que tienen los abogados a la hora de la determinación de los árbitros lo que puede abrir la puerta a especulaciones sobre tratos de favor a posteriori, del tipo de “devolución del favor”.

Es preciso tener presente un último aspecto que dificulta la transparencia en la determinación de los árbitros y en las consecuencias que puedan derivarse de estas puertas giratorias. El régimen está totalmente des regulado y el sentimiento de grupo que hay dentro del círculo de árbitros y abogados es tal que desincentiva cualquier tipo de crítica.

### **3. Procedimiento**

El procedimiento es bastante peculiar y limitador del debate público sobre la actuación administrativa, ya que no analiza las razones de interés general que han motivado la decisión administrativa sino sólo si se ha producido un daño de acuerdo con las nuevas reglas de la responsabilidad administrativa que estructura el arbitraje de inversiones.

Es un mero arbitraje entre partes que actúan ambos como particulares ya que sustituyen las reglas generales de un proceso judicial y tienen pleno dominio del desarrollo del proceso, con efectos dramáticos: Pueden permitir o no que el laudo sea hecho público (como por otra parte suele ser usual en el sistema del CIADI).

Y pueden asimismo establecer que no esté motivado, aunque últimamente las resoluciones del CIADI suelen ser muy prolijas en cuanto a su fundamentación.

Pueden admitir o no la personación de organizaciones representativas de intereses, o de terceros. La posibilidad de que el debate sea cerrado, sin dar Audiencia a otros representantes de los intereses generales afectados suele ser lo más usual, como ocurrió en un caso boliviano de 2003 en donde se rechazó que la municipalidad de Cochabamba participara en un procedimiento referido a la empresa concesionaria de

---

<sup>22</sup> Es especialmente significativo el caso del árbitro francés Gaillard que en un momento en que estaba actuando como árbitro en un momento en el que era, asimismo, abogado fue demandado por el Estado demandado en el procedimiento arbitral, Ghana. Los Tribunales holandeses le obligaron a optar entre ambas posiciones, lo que hizo que dimitiera como árbitro del caso RFCC c. Marruecos.

aguas; o en nuestro caso Manfreddi, en donde el procedimiento que en condiciones normales hubiera requerido la participación de los sindicatos, no resultó admitido.

Y, en fin, tienen limitaciones importantes en cuanto a las posibilidades de recurso que plantean, lo que nos conduce a considerar que podrían suponer una vulneración del artículo 24 de la Constitución, de acuerdo con la doctrina emanada de la STC 1/2018, en el doble sentido de que no hay un acuerdo de remisión a arbitraje en sentido estricto - ya que se produce una aplicación automática del acuerdo internacional- y, por el otro, se está eliminando de facto la posibilidad de que se recurra un laudo con el que puedan existir divergencias.

## **VII. EL DERECHO APLICABLE A LOS LITIGIOS SOBRE INVERSIONES: EL STANDARD DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO**

Las referencias anteriores nos permiten llegar al aspecto nuclear, en mi opinión, de los arbitrajes de inversiones: el derecho aplicable a la reclamación que presente el extranjero. Un derecho que va a marcar un nuevo régimen de responsabilidad del Estado legislador, diferente del que, en el caso de España, está recogido en la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público, que, desde luego, no articula ningún procedimiento de responsabilidad del Estado legislador como consecuencia de los daños que se producen en el marco de los litigios sobre inversiones.

El primer factor que hemos de tener presente es el del desplazamiento del Derecho nacional para aplicar unas reglas que no fueron las determinantes de la autorización de establecimiento de la actividad económica correspondiente.

La decisión sobre la pertinencia o no de una indemnización no deriva de que el derecho nacional sea ilegal<sup>23</sup> y ni siquiera que no haya superado un test de constitucionalidad. Deriva de que se supere un standard recogido en los acuerdos de protección de inversiones: el trato justo y equitativo. Un marco comparativo que resulta totalmente diferente de los que conocemos de forma usual en nuestro ordenamiento. Dicho de otro modo, o interpretamos lo que coloquialmente sería “un cambio de reglas del juego en medio del partido” o afirmamos que tenemos una regla superior de interpretación transversal de todo el ordenamiento jurídico que es la del trato justo y equitativo que elimina de raíz las consecuencias de la normativa nacional de referencia (la cual, insisto, puede haber pasado todos los exámenes jurídicos).

---

<sup>23</sup> Hay un caso español especialmente significativo en este punto, el caso Mafferrini del año 2000 en donde se eludió a la jurisdicción española el conocimiento de una controversia sobre el destino de los fondos de una subvención otorgada por Galicia que ésta había solicitado su reintegro. El Tribunal arbitral condenó al pago de 30 millones de euros al inversor argentino.

De hecho, en segundo lugar, el juicio no es sobre la norma en su conjunto sino sobre el efecto que tiene la aplicación de la misma a un inversor exterior concreto, que es el que ha presentado la demanda. Esto es, los Colegios arbitrales no efectúan un análisis de validez/invalidéz de la norma, que no resulta relevante para ellos sino sólo realizan una relación de causalidad entre la producción de un hipotético daño y la actividad legislativa. Las circunstancias de otros que se pudieran encontrar en el ámbito de aplicación de la norma podrán ser totalmente distintas ya que las condiciones en las que se efectuó la inversión, necesariamente, varían -aunque sea por el mero paso del tiempo-. Dicho de otro modo, la norma seguirá siendo válidas y lo único que se analizará será el efecto que despliega para un inversor extranjero que ha confiado en la predictibilidad del derecho nacional.

Es paradójico ver cómo, por ejemplo, en el caso de las energías renovables, el Tribunal Constitucional español había hecho un juicio de ponderación sobre la legitimidad del cambio legislativo; el cual ha sido absolutamente obviado por el laudo arbitral: “no cabe calificar de inesperada la modificación producida, pues la evolución de las circunstancias que afectaban a dicho sector de la economía hacía necesario cometer ajustes de este marco normativo, como efecto de las difíciles circunstancias del sector en su conjunto”. El parámetro de análisis, por consiguiente, es otro.

En tercer lugar, hay un dato que también resulta extraño del modo de razonar de los colegios arbitrales: la medida se descontextualiza y se analiza de forma aislada. Esto es, podría ocurrir perfectamente que otras medidas del Estado hayan conducido a un beneficio económico para el operador y, sin embargo, siga apareciendo la responsabilidad del Estado. La distorsión del análisis jurídico cuando no se ponderan todos los valores jurídicos protegidos resulta, de esta forma, insólito.

Y, en la misma línea, ni toma en consideración el comportamiento del inversor ni permite, además, que el Estado pueda recurrir a estos procedimientos. Es la consecuencia dramática de que nos encontramos con que es un mecanismo para la protección de los inversores extranjeros. En los Tratados de protección de inversiones no hay apenas menciones a la responsabilidad de los inversores en el cumplimiento de las obligaciones con el Estado.

Más aún, el sistema de arbitraje de inversiones es sólo en una dirección, esto es, el Estado no podrá demandar en un Tribunal de esta naturaleza a los empresarios que hayan incumplido sus obligaciones. Pero ¿qué ocurre con los Estados? ¿Tienen la posibilidad de acceder a estos mecanismos excepcionales para demandar a los inversores incumplidores de los acuerdos de inversiones? Si tomamos como punto de referencia lo que aparece regulado en el CETA, nada más lejos de la realidad.

En cuarto lugar, como consecuencia de los dos datos anteriores, el derecho nacional pasa a tener la consideración de un hecho que se analizará a la luz del tamiz que marca el criterio del trato justo y equitativo. De este modo, puede ser cualquier medida que menos cabe los intereses del inversor, lo que incluye cambios normativos (podríamos recordar aquí la reclamación que se planteó contra Egipto por la elevación del salario mínimo por hora de trabajo), o incluso de planeamiento urbanístico, ya que -siguiendo el patrón estadounidense- se consideran “expropiaciones regulatorias”, esto es medidas que aunque no expropien directamente limitan o privan algún interés al inversor.

## **VIII. ALGUNAS CONSECUENCIAS DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES**

### **1. Discriminaciones inversas: el nacional es de peor derecho**

La primera consecuencia es la consideración del nacional como un sujeto de peor derecho, en la medida en que el extranjero dispone de dos opciones para la reclamación jurídica, sometidas a reglas diferentes y que le permiten realizar un análisis previo de cuál es el derecho más favorable a sus intereses; derecho que, como se ha visto, no fue tenido en cuenta a la hora de autorizar el establecimiento de la actividad económica.

Las discriminaciones inversas son unas figuras bien conocidas en el Derecho europeo que tienen una serie de reglas especiales para su resolución, reglas que no son aplicables a este caso, y que suponen un impacto en relación con las reglas constitucionales de acceso a la defensa<sup>24</sup>. La discriminación en contra del nacional ha sido aceptada en todo caso por el Estado que ha configurado una regla de esta naturaleza.

La articulación de un régimen sólo para extranjeros no deja de resultar especial por este hecho. El reciente laudo de dictado en el marco de la Carta Europea de la Energía contra España en relación con las energías renovables nos trae una situación que no afecta siquiera a la discrepancia entre dos operadores compitiendo en el mercado sino incluso a los accionistas de una misma sociedad. En este caso, la reclamación ha sido interpuesta sólo por la parte extranjera ya que los nacionales no están legitimados para su interposición. Lo que hará que, incluso dentro de la misma relación jurídica haya situaciones de discriminación. Un aspecto que debería ser tenido en cuenta a la hora de configurar los acuerdos empresariales.

---

<sup>24</sup> Véase Sarmiento Ramírez-Escudero, D. “Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución Española” en la Revista Española de Derecho Europeo, número 15 (2005), páginas 375 a 411.

## **2. Discriminación y tratamiento anti competitivo en un sector económico**

Parece pertinente que nos planteemos si la separación del régimen jurídico puede ser contrarios las reglas de la competencia, poniendo al operador nacional en una situación peor que al extranjero. Es una conclusión que puede provenir de dos aspectos.

Por un lado, por disponer de un régimen procesal que aparentemente es peor, al tener que someterse el operador económico nacional a los Tribunales de justicia y se le aplicará el Derecho “común” del Estado. El coste económico de la lentitud de la justicia será asumido solo por el operador nacional. Una solución satisfactoria para el operador llegará antes y, con ello, las posibilidades de obtener una indemnización como consecuencia del cambio legislativo.

Pero, en segundo lugar, como veremos con anterioridad, el derecho aplicable será también diferente. El extranjero podrá optar entre someterse a los Tribunales nacionales (sujetos a nuestro ordenamiento propio) a los Tribunales especiales y los estará sometido a la cláusula del “trato justo y equitativo” que, en la interpretación que se le está dando en las resoluciones arbitrales, puede ser beneficioso para el operador económico. Alguno de los litigios sobre inversiones que se han visto (pienso en particular en la reclamación por un reintegro de subvenciones como consecuencia del incumplimiento de su clausulado) nos hace ver que no se trata de una solución ecuánime.

## **3. ¿Fomento de la deslocalización empresarial?**

La restricción a los nacionales del Estado para poder litigar a través de estos procedimientos de arbitraje de inversiones se ha planteado como un mecanismo indirecto de fomentar las deslocalizaciones empresariales. De hecho, en el caso de Philip Morris contra Australia, la demanda no fue presentada por la matriz sino por una sociedad filial radicada fuera de territorio australiano con el objetivo -no conseguido- de que se admitiera a trámite la demanda.

Con ello no se está haciendo otra cosa que fomentar la competencia entre ordenamientos jurídicos, uno de los elementos más tradicionales que se pueden percibir en los análisis sobre la globalización económica. La globalización económica tiene entre sus características jurídicas el de la necesidad de que los operadores económicos dispongan de reglas globales, como garantía de sus inversiones. No obstante, a pesar los ordenamientos jurídicos tienen una tendencia general hacia la uniformidad de contenidos se produce únicamente en las líneas generales de la regulación, nunca en los aspectos de detalle, en la regulación medioambiental, en las subvenciones que se pueden obtener, en la regulación social...; aspectos en los que sí encontramos diferencias entre los diversos ordenamientos, diferencias que hacen que el ordenamiento

sea un factor económico que sea analizado por las empresas antes de decidir el emplazamiento de uno de sus centros de producción. Pero, al mismo tiempo, la determinación de las sedes sociales de las empresas también es un factor que facilitaría la interposición de recursos de impugnación a través de estos procedimientos de naturaleza arbitral.

Con esto lo que hacen los poderes públicos es ampliar el ámbito en el que se puede plantear la competencia, desde su campo tradicional -la competencia entre productos o servicios- a competencias entre ordenamientos -en la que se analiza el coste económico de la regulación y las ventajas que el ordenamiento puede proporcionar a los operadores- Como ha señalado Aman, “los Estados han adoptado no sólo la retórica dominante del sector privado sino también cada vez más a menudo las estructuras del sector privado, sus objetivos y sus modos de funcionamiento. Cada vez más, los gobiernos en todos los niveles juegan como si fueran corporaciones transnacionales”<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Aman, A.C., “The Globalizing State: A Future-Oriented Perspective on the Public/Private Distinction, Federalism and Democracy”, en el Vanderbilt Journal of Transnational law Vol 31-3 (1998), p.797.