

EL FUTURO DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES CELEBRADOS POR LA UNIÓN EUROPEA

THE FUTURE OF INVESTMENT ARBITRATION IN THE INTERNATIONAL AGREEMENTS CONCLUDED BY THE EUROPEAN UNION

Francisco Pascual Vives*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA INCLUSIÓN DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LA POLÍTICA CONVENCIONAL EUROPEA: UNA CUESTIÓN NO TAN PACÍFICA.- III. LAS CRÍTICAS EN LOS ESTADOS MIEMBROS A LA INCLUSIÓN DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LA POLÍTICA CONVENCIONAL EUROPEA.- IV. EL DEBATE SOBRE LA CONVENIENCIA DE MANTENER EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LA POLÍTICA CONVENCIONAL EUROPEA.- V. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DERIVADOS DE UNA EVENTUAL EXCLUSIÓN DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LA POLÍTICA CONVENCIONAL EUROPEA.- VI. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: El trabajo reflexiona sobre las críticas que ha recibido la inclusión del arbitraje de inversión en los acuerdos internacionales que celebra la Unión Europea con terceros sujetos, haciendo una mención especial al CETA y al TTIP. Se estudia el debate que se ha suscitado en sede comunitaria a propósito de la conveniencia de mantener este sistema especial de arreglo de las controversias relativas a inversiones y, en particular, se examina la práctica parlamentaria española. Por último, se exploran algunos de los problemas jurídicos que podrían derivarse de la exclusión del arbitraje de inversión de los futuros acuerdos celebrados por la Unión Europea, así como los efectos del “Brexit” en la política convencional europea.

ABSTRACT: The paper reflects on the criticisms put forward after the inclusion of investment arbitration in the international agreements negotiated by the European Union with third parties, with special reference to CETA and TTIP. It studies the discussions held at European level with regard to the need to maintain such a special mechanism for the settlement of investment disputes and, in particular, it examines the

Fecha de recepción del original: 27 de abril de 2017. Fecha de aceptación de la versión final: 5 de junio de 2017

* Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Alcalá. Correo electrónico: f.pascualvives@uah.es. Este trabajo ha sido realizado en el marco de las actividades de investigación desarrolladas como miembro del proyecto “La Unión Europea ante los Estados fracasados de su vecindario: retos y respuestas desde el Derecho internacional” (Ref. DER2015-63498-C2-1-P MINECO/FEDER). Todas las páginas web citadas en el trabajo han sido consultadas por última vez con fecha de 20 de abril de 2017. El autor desea agradecer los comentarios y observaciones formuladas por los dos evaluadores del trabajo.

Spanish parliamentary practice. Finally, it explores several legal problems arising from the eventual exclusion of investment arbitration from future international agreements concluded by the European Union as well as to the effects of “Brexit” in the European conventional policy.

PALABRAS CLAVE: arbitraje de inversión, Unión Europea, CETA, TTIP, mecanismos alternativos de solución de controversias, sociedad civil, Brexit, tratados sucesivos relativos a la misma materia.

KEY WORDS: *investment arbitration, European Union, CETA, TTIP, alternative dispute settlement mechanisms, civil society, Brexit, successive treaties relating to the same subject matter.*

I. INTRODUCCIÓN

Cuando los Estados miembros le atribuyeron a la Unión Europea (UE) el ejercicio de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas, a través del artículo 207 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), le confiaron la tarea de desarrollar una política con terceros sujetos que supliera ordenada y progresivamente la enjundiosa actividad convencional acometida hasta entonces por aquellos, quienes han celebrado más de dos mil acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI) en las últimas seis décadas¹.

Pasados unos años desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las instituciones de la UE han comenzado a hacer efectivo el ejercicio de esta competencia² y han entablado negociaciones con un elenco muy diverso de sujetos³, entre los que destacan Canadá y

¹ Ver <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>. La relación pormenorizada de los 2011 acuerdos bilaterales –algunos de ellos ya han sido denunciados o todavía no están en vigor– es la siguiente: Alemania (155); Francia (115); Reino Unido (110); Países Bajos (107); Bélgica (106); Luxemburgo (105); Italia (104); Rumania (96); República Checa (92); España (86); Finlandia (82); Suecia (73); Bulgaria (71); Austria (69); Polonia (65); Eslovaquia (63); Hungría (61); Croacia y Portugal (60); Dinamarca (59); Lituania (55); Grecia y Letonia (46); Eslovenia (41); Estonia (30); Chipre (28); Malta (26); e Irlanda (0).

² Para una discusión sobre el alcance de la competencia de la UE en la materia: confrontar EILMANSBERGER, Th., “Bilateral Investment Treaties and EU Law”, *Common Market Law Review*, vol. 46, núm. 2 (2009), pp. 383-429, p. 385; PASTOR PALOMAR, A., “La interinidad de los APPRIS bilaterales de los Estados miembros con la vigencia del Tratado de Lisboa”, en VV.AA., *Los resultados de la Presidencia española de la Unión Europea. Actas de las Jornadas Extraordinarias de la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Publicaciones de la Escuela Diplomática, Madrid, 2011, pp. 301-309; LAVRANOS, N., “The Remaining Decisive Role of Member States in Negotiating and Concluding EU Investment Agreements”, en BUNGENBERG, M., REINISCH, A., y TIETJE, Ch. (eds.), *EU and Investment Agreements*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 165-168; VIDAL PUIG, R., “The Scope of the New Exclusive Competence of the European Union with Regard to ‘Foreign Direct Investment’”, *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 40, núm. 2 (2013), pp. 133-162, p. 161; HINOJOSA MARTINEZ, L.M., “El alcance de la competencia exterior europea en materia de inversiones”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 52 (2015), pp. 871-907, pp. 899-903; y HERVE, A., “L’Union Européenne comme acteur émergent du droit des investissements étrangers: pour le meilleur ou pour le pire?”, *Cahiers de droit européen*, núm. 1 (2015), pp. 177-232, pp. 182-189.

³ Para consultar un listado completo de las negociaciones iniciadas por la Comisión Europea: ver <http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/investment/>

los Estados Unidos de América, que persiguen la celebración de dos ambiciosos acuerdos de libre comercio y protección de las inversiones extranjeras, el CETA⁴ y el TTIP⁵, respectivamente. Ante la ausencia de un modelo de APPRI europeo, pues ni la Comisión Europea⁶ ni el Parlamento Europeo⁷ son partidarios de establecerlo por el momento, corresponde a la doctrina preguntarse por el contenido que tendrán estos acuerdos no sólo en el plano de las obligaciones sustantivas y procesales⁸, sino también reflexionar sobre el mecanismo para la solución de las controversias surgidas entre un inversor extranjero y alguno de los sujetos partes (un Estado o la UE) que se va a incluir en los mismos.

La práctica convencional de los Estados miembros de la UE, desarrollada hasta ahora casi exclusivamente de manera bilateral en el marco del Derecho internacional (DI) de las inversiones, viene reconociendo al arbitraje de inversión como el medio preferente para la solución de las controversias relativas a inversiones. Sin embargo, desde distintos ámbitos se aprecia cierta oposición o rechazo hacia el arbitraje de inversión en los últimos años. Unas críticas que merecen ser consideradas por la UE, a los efectos de diseñar la vertiente procesal de sus futuros acuerdos internacionales sobre protección de las inversiones extranjeras.

El presente trabajo se centra únicamente en este último aspecto y reflexiona acerca de la necesidad de incluir un sistema de arbitraje de inversión en los acuerdos internacionales que está celebrando la UE, en especial el CETA y el TTIP⁹, indagando acerca de cuál ha sido hasta ahora la posición del Gobierno español y de las Cortes durante su negociación y analizando qué problemas jurídicos surgirían para la UE y sus Estados

⁴ Para este trabajo se analiza el texto del “Comprehensive Economic and Trade Agreement” (CETA) de 29 de febrero de 2016.

⁵ Para este trabajo se analiza el texto de la propuesta de “Transatlantic Trade and Investment Partnership” (TTIP) presentada por la Comisión Europea el 12 de noviembre de 2015.

⁶ La Comisión Europea ya advirtió que “un único modelo de acuerdo de inversión con terceros países no es evidentemente ni viable ni deseable. La Unión tendrá que tener en cuenta cada contexto específico de negociación. Los intereses de las partes interesadas de la UE, así como el nivel de desarrollo de sus socios, deberían determinar, entre otras cosas, las pautas que la Unión establezca en una negociación específica en materia de inversión”: ver la Comunicación de la Comisión titulada “Hacia una política global europea en materia de inversión internacional”, COM (2010) 343 final, de 7 de julio de 2010, p. 6.

⁷ El Parlamento Europeo también ha abogado por un modelo flexible de APPRI al instar a la Comisión a que “elabore de forma detenida y coordinada una estrategia de la UE en materia de inversiones basada en las mejores prácticas de los acuerdos bilaterales de inversión; observa las divergencias de contenido entre los acuerdos de los Estados miembros y pide a la Comisión que solucione estas divergencias a fin de establecer un modelo sólido para los acuerdos de inversión de la UE, *que también pueda adaptarse al nivel de desarrollo del país asociado*”: ver Resolución del Parlamento Europeo sobre “La futura política europea en materia de inversiones extranjeras”, (2010/2203(INI)), P7_TA(2011)0141, de 6 de abril de 2011, párrafo 9 (DO C núm. 296E, de 2 de octubre de 2012) (cursiva añadida).

⁸ REINISCH, A., “The Future Shape of EU Investment Agreements”, *ICSID Review*, vol. 28, núm. 1 (2013), pp. 179-196; y TITI, C., “International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements”, *European Journal of International Law*, vol. 26, núm. 3 (2015), pp. 639-661.

⁹ Sobre algunas de las características del mecanismo de arbitraje de inversión previsto en ambos acuerdos pueden consultarse un par de trabajos publicados en la sección “Foro” de la *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, núm. 1 (2017), pp. 287-302.

miembros si se excluyera finalmente el arbitraje de inversión del texto final de aquellos acuerdos internacionales. El CETA y el TTIP no son los únicos acuerdos sobre la materia que la UE está celebrando, pero sí dos de los más representativos y que más oposición han encontrado debido, entre otros motivos, a la inclusión en su articulado de un sistema de arbitraje de inversión¹⁰. Es por esta razón que las siguientes líneas centran su estudio en ambos, sin perjuicio de que se hagan referencias puntuales a otros acuerdos internacionales que también negocia la UE en la materia, como el acuerdo con Singapur.

En los últimos quince años, momento en el que comenzaron a proliferar los arbitrajes de inversión como resultado del fenómeno de globalización económica que ha experimentado la sociedad internacional y de la profunda crisis económica padecida por Argentina¹¹, las críticas contra este medio de arreglo judicial de las controversias se han multiplicado no sólo desde diversos sectores de la sociedad civil, sino también en sede institucional, por ejemplo, desde algunos órganos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)¹². Además, estas críticas se han trasladado al plano relacional y algunos Estados parecen querer ahora alejarse o incluso han objetado abiertamente el consenso alcanzado cuando firmaron el Convenio CIADI¹³ y participaron en la creación de la extensa red de acuerdos bilaterales que le dan cobertura, estableciendo un consentimiento incondicional al arbitraje de inversión administrado bajo las reglas establecidas por dicho tratado multilateral.

¹⁰ La doctrina viene ocupándose de manera preferente y crítica de estos dos acuerdos: ver SINCLAIR, S., *Investor-State Dispute Settlement in the TTIP and CETA. Submission to the European Commission's Public Consultation*, Canadian Centre for Policy Alternatives, Ottawa, 2014; KRAJEWSKI, M., *Modalities for Investment Protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a Trade Union Perspective*, Friedrich-Ebert-Stiftung, Bruselas, 2014, p. 19; POULSEN, L., BONNITCHA, J., y YACKEE, J., "Transatlantic Investment Treaty Protection", *Paper No. 3 in the CEPS-CTR Project on "TTIP in the Balance" and CEPS Special Report No. 102* (2015), p. 29; KUMM, M., "An Empire of Capital? Transatlantic Investment Protection as the Institutionalization of Unjustified Privilege", *ESIL Reflections*, vol. 4, núm. 3 (2015), pp. 1-8; y GUAMÁN, A., y JIMÉNEZ, P. (coords.), *Las amenazas del TTIP y el CETA. Los acuerdos comerciales como estrategia de dominación del capital*, Pol-len, Barcelona, 2016, *passim*.

¹¹ El arbitraje de inversión ante el CIADI ha crecido de manera exponencial. En los años setenta se registraron 9 arbitrajes de inversión; en los años ochenta el número se elevó a 16; en los años noventa se registraron 42 y, partir de ese momento (recuérdese que en el año 2001 comienzan las demandas contra Argentina, que suman un total de 59 en el momento de cerrar estas líneas), el número de arbitrajes y la litigación resultante de los mismos (recurso de anulación) aumenta considerablemente si tenemos en cuenta las cifras señaladas *infra* en la nota 15. Sólo en el año 2015, por ejemplo, se registraron más arbitrajes ante el CIADI (un total de 53) que en toda la década de los noventa.

¹² En un informe preparado para el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, el experto independiente Alfred-Maurice de Zayas califica al arbitraje inversor-Estado como "a challenge to democracy and the rule of law": ver A/HRC/30/44, de 14 de julio de 2015.

¹³ Este es el caso, por orden de retirada del Convenio CIADI, de Bolivia (2007), Ecuador (2010) y Venezuela (2012). Aunque la retirada del Convenio CIADI por sí sola no supone un abandono de la totalidad del sistema. Mientras continúen vigentes los acuerdos bilaterales de inversión celebrados por un Estado donde se haya consentido incondicionalmente al arbitraje de inversión administrado por el CIADI, los inversores que entablaran una reclamación, en principio, podrían invocar dicha jurisdicción, sin perjuicio de que concurriesen otras circunstancias adicionales que la excluyeran.

Para realizar este análisis se parte sin ninguna idea preconcebida sobre la necesidad o la conveniencia de incluir un sistema de arbitraje de inversión en la política convencional de la UE. La institución del arbitraje internacional ha evolucionado a lo largo del tiempo de una manera muy flexible en el DI público y “continúa enriqueciéndose e incorporando nuevos perfiles que le permiten adaptarse a las necesidades actuales en la sociedad internacional”¹⁴. Sin perjuicio de su innegable pujanza como medio de arreglo de las controversias derivadas de inversiones extranjeras durante los últimos decenios¹⁵ y de que la UE lo haya contemplado inicialmente en las negociaciones de los acuerdos con Canadá, los Estados Unidos de América, Singapur y Vietnam, debe recordarse que el arbitraje de inversión constituye una *lex specialis* que permite el acceso del individuo a la jurisdicción internacional y, en definitiva, una excepción a la aplicación de las normas sobre protección diplomática reconocidas por el DI general para proteger a los particulares (personas físicas o jurídicas). Así lo confirman tanto el artículo 17 del Proyecto de Artículos sobre la protección diplomática aprobado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI)¹⁶ en el año 2006 como el artículo 27 del propio Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI)¹⁷. En virtud de todo lo anterior, no debe descartarse la posibilidad de que los sujetos interesados dispongan su eventual modificación o exclusión en los futuros acuerdos sobre protección de las inversiones que se celebren en adelante.

En este sentido, en la práctica internacional también se aprecia un progresivo abandono del arbitraje en aquellos sectores del ordenamiento internacional que, como el DI del mar o el DI de los derechos humanos, han alcanzado un notable grado de autonomía. Si el DI de las inversiones continúa por la senda de la especialización y la autonomía normativa, no puede descartarse que el arbitraje de inversiones se sume a esta inercia observada en otros sectores normativos y ceda el lugar central que ahora ocupa a otros medios de arreglo de las controversias internacionales.

¹⁴ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., “El arreglo arbitral de las controversias internacionales: aspectos recientes”, en VÁZQUEZ GÓMEZ, E.M., ADAM MUÑOZ, M.D., y CORNAGO PRIETO, N. (coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales. XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 79-98, p. 79.

¹⁵ Sólo en el ámbito del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) se han registrado, al tiempo de cerrar estas líneas, 614 arbitrajes de inversión y 10 procedimientos de conciliación.

¹⁶ Señala este artículo que “El presente proyecto de artículos no se aplica en la medida en que sea incompatible con normas especiales de derecho internacional, tales como disposiciones de tratados relativas a la protección de las inversiones”: ver *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 58º periodo de sesiones (1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006)*, Asamblea General, *Documentos Oficiales*, 61º periodo de sesiones, Suplemento N° 10 (A/61/10), pp. 56-57.

¹⁷ BOE núm. 219, de 13 de septiembre de 1994. Establece el artículo 27 del Convenio CIADI que “1. Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo. 2. A los efectos de este artículo no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia”.

II. LA INCLUSIÓN DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LA POLÍTICA CONVENCIONAL EUROPEA: UNA CUESTIÓN NO TAN PACÍFICA

En este apartado se estudia cómo han gestionado las instituciones europeas, en particular la Comisión y el Parlamento Europeo, la inclusión del arbitraje de inversión en las negociaciones de los nuevos acuerdos internacionales que la UE está celebrando.

1. La aproximación de la Comisión Europea durante las negociaciones del CETA y el TTIP

Cuando se comenzó a pergeñar el régimen europeo de protección de las inversiones, la Comisión Europea advirtió que el arbitraje de inversión resultaba un elemento esencial para los futuros acuerdos europeos de inversión¹⁸ y, en esta línea de principio, todos los acuerdos que viene negociando la UE lo incluyen en su apartado procesal, entre otros: el CETA (Capítulo 8, Sección F), el TTIP (Capítulo II, Subsección 4) o los acuerdos con Singapur (Capítulo IX, Sección B) y Vietnam (Capítulo 8-II, Sección 3). Sin embargo, como el primer mandato negociador del CETA es anterior a la fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa (y al momento de la atribución del ejercicio de la competencia a la UE), este documento confidencial –parcialmente desclasificado el 15 de diciembre de 2015– se refiere de una manera muy genérica a la política de inversiones, en línea con la práctica que la UE venía manteniendo antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En absoluto hace referencia a la creación de un mecanismo arbitral de solución de las controversias entre los inversores y los Estados¹⁹.

Ya en el año 2011 la Comisión Europea recibió un nuevo mandato más amplio para negociar el CETA, que esta vez sí la facultaba para incluir en el acuerdo un capítulo que presentara una estructura similar a los APPRI celebrados hasta entonces por los Estados miembros. A propósito del arbitraje de inversión, este segundo mandato negociador –también desclasificado el 15 de diciembre de 2015– señala:

“the agreement shall aim to provide for an effective and state-of-the-art investor-to-state dispute settlement mechanism. State-to-state dispute settlement will be included, but will not interfere with the right of investors to have recourse to the investor-to-state dispute settlement mechanism. It should provide for investors a wide range of arbitration fora as currently available under the Member States’ bilateral investment agreements (BIT’s)”²⁰.

Este enunciado, por tanto, refleja una aproximación continuista de la UE hacia los medios para la solución de las controversias relativas a inversiones extranjeras tradicionalmente reconocidos en el DI de las inversiones. Una apuesta, en suma, por

¹⁸ La Comisión Europea declaró que “los futuros acuerdos de la UE que incluyan protección de las inversiones deberían contener un mecanismo de resolución de litigios entre el inversor y el Estado”: ver la Comunicación de la Comisión titulada “Hacia una política global europea en materia de inversión internacional”, COM (2010) 343 final, de 7 de julio de 2010, p. 10.

¹⁹ ST 9036/09 EXT 2, de 24 de abril de 2009.

²⁰ ST 12838/11 EXT 2, de 14 de julio de 2011, Anexo I, párrafo 26.d).

mantener el arbitraje de inversión como la clave de bóveda del sistema procesal de protección de las inversiones extranjeras. Es precisamente por esto que no debe pasar desapercibido el hecho de que en el mandato otorgado –tres años después del CETA– a la Comisión Europea para negociar el TTIP, la inclusión del arbitraje de inversión se formulara en otros términos, mucho más abiertos. Señalan las directrices de negociación, otro documento confidencial que fue desclasificado el 9 de octubre de 2014, que:

*“after prior consultation with Member States and in accordance with the EU Treaties the inclusion of investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) will depend on whether a satisfactory solution, meeting the EU interests concerning the issues covered by paragraph 23, is achieved. The matter shall also be considered in view of the final balance of the Agreement”*²¹.

Al haber arreciado las críticas desde diversos sectores de la sociedad civil europea contra el TTIP, en general, y el sistema de arbitraje de inversión previsto por este acuerdo, en particular, la Comisión Europea suspendió temporalmente la negociación sobre este expediente en el TTIP²² y, en un gesto inédito para los estrictos cánones de discreción que rigen la negociación de los tratados internacionales²³ –pero conforme con la exigencia de transparencia que consagra el artículo 11.2 del Tratado de la UE (TUE)²⁴ –, abrió un periodo de consultas públicas donde aprovechó para hacer pedagogía sobre el significado y las consecuencias de incluir el arbitraje de inversión en el TTIP²⁵.

2. La aproximación del Parlamento Europeo durante las negociaciones del CETA y el TTIP

Por su parte, se aprecia en otras instituciones europeas un debate cada vez más vivo e intenso acerca de la conveniencia de incluir el arbitraje de inversión en la política convencional europea. En el caso del Parlamento Europeo, son reveladoras sus recientes declaraciones acerca del arbitraje de inversión, mucho menos asépticas que las pronunciadas al emitir su ya citada Resolución de 6 de abril de 2011, sobre la futura política europea en materia de inversiones extranjeras²⁶.

Sirva como ejemplo su posición durante el procedimiento legislativo de aprobación del Reglamento (UE) núm. 912/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera

²¹ ST 11103/13 DCL 1, de 17 de junio de 2013, párrafo 22.

²² Así lo reconoció el Gobierno español respondiendo a una pregunta escrita en el Congreso de los Diputados: ver *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 607, de 11 de febrero de 2015, p. 755.

²³ GONZÁLEZ VEGA, J.A., “El proceso negociador y el control democrático en la conclusión del acuerdo”, en GUAMÁN, A., y JIMÉNEZ, P. (coords.), *Las amenazas del TTIP y el CETA...*, op. cit., pp. 31-42.

²⁴ DO C núm. 202, de 7 de junio de 2016.

²⁵ Ver *infra*, apartado IV.1.

²⁶ Ver *supra*, nota 7.

relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la UE sea parte²⁷. En sus propuestas de enmiendas al proyecto presentado inicialmente, el Parlamento Europeo afirmó que:

*“It should be highlighted that it is not a necessity to include ISDS provisions in future EU investment agreements and that their inclusion should be a conscious and informed policy choice that requires political and economic justification. Even if there is a general policy choice in favour, the question whether to include ISDS should be decided for each International Investment Agreement in the light of the particular circumstances”*²⁸.

La posición del Parlamento Europeo respecto al arbitraje de inversión, a tenor de la anterior declaración, sería más flexible y aceptaría su inclusión en los acuerdos internacionales celebrados por la UE en función de las “circunstancias particulares” que se presentaran durante la negociación de cada acuerdo. Las directrices de negociación recibidas por la Comisión Europea para negociar el TTIP, en esta misma línea de principio, ponen el énfasis en la necesidad de ponderar su inclusión en los acuerdos al calor de un examen “equilibrado” de su contenido final. En definitiva, esta posición es sensible a los más recientes desarrollos que se están produciendo en el DI de las inversiones, en particular, a la decisión tomada por una todavía minoría de Estados (como Australia, Brasil o Sudáfrica) consistente en prescindir del arbitraje de inversión en sus más recientes acuerdos comerciales y de inversiones, sustituyéndolo por otras alternativas basadas tanto en el derecho interno (creación de órganos administrativos que tutelen las inversiones o la promoción del recurso a la jurisdicción interna) como en hacer descansar la solución de estas controversias en el arbitraje interestatal²⁹.

La mayor sensibilidad de las instituciones europeas hacia otros medios de solución de las controversias derivadas de una inversión extranjera es consecuencia, a nuestro juicio, de las numerosas críticas que se han vertido hacia el arbitraje de inversión por parte de un sector de la opinión pública europea. Conviene analizar las críticas contra el arbitraje de inversión, a propósito de la celebración del CETA y el TTIP.

²⁷ DO L núm. 257, de 28 de agosto de 2014.

²⁸ “Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is party”, (COM(2012)0335 – C7-0155/2012 – 2012/0163(COD)), de 26 de marzo de 2013:

ver <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&mode=XML&reference=A7-2013-124&language=EN>

²⁹ PASCUAL VIVES, F., “¿Hay alternativas al arbitraje de inversión?: Redefiniendo la solución de las controversias relativas a inversiones extranjeras”, en FACH GÓMEZ, K. (coord.), *La política de la Unión Europea en materia de derecho de las inversiones internacionales*, José María Bosch, Barcelona, 2017 (en prensa).

III. LAS CRÍTICAS EN LOS ESTADOS MIEMBROS A LA INCLUSIÓN DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LA POLÍTICA CONVENCIONAL EUROPEA

La inclusión del arbitraje de inversión como mecanismo para la solución de las controversias relativas a inversiones extranjeras, especialmente en el CETA y el TTIP, ha recibido un notable número de críticas que provienen de distintos sectores de la opinión pública europea. Figuran en esta nómina no sólo diversos colectivos sociales³⁰ y académicos³¹, sino también algunas instituciones y órganos en la propia UE, como lo evidencia la posición mantenida por una parte del Parlamento Europeo³² y el Comité Económico y Social Europeo³³, así como un buen número de sus Estados miembros. Aunque la mayoría de los Estados miembros de la UE han impulsado y participado activamente en el desarrollo del DI de las inversiones, algunos muestran ahora sus reservas al TTIP. En el caso de España, por ejemplo, han surgido algunas voces críticas en la sociedad civil mientras se registran múltiples arbitrajes de inversión relacionados con los cambios normativos adoptados en el sector de la promoción de la producción de electricidad a través de fuentes renovables.

El precedente español no es aislado. Alemania es el Estado miembro de la UE que más APPRI ha celebrado³⁴, un total de 155, mientras que 55 personas físicas y jurídicas de nacionalidad alemana –una cifra sólo superada en la UE por los nacionales de los Países Bajos (92) y del Reino Unido (67)³⁵– se han servido del arbitraje de inversión previsto

³⁰ Un conjunto de organizaciones de la sociedad civil europea presentaron una iniciativa ciudadana europea contra el TTIP el 15 de julio de 2014, rechazada por la Comisión al estar dirigida contra un acto preparatorio y no definitivo. El Tribunal General de la UE ha anulado esta decisión de la Comisión Europea y ha señalado que “nada justifica tampoco excluir del debate democrático los actos jurídicos que pretenden que se revoque una decisión por la que se autoriza la apertura de negociaciones para la celebración de un acuerdo internacional, igual que ocurre con los actos que tienen por objeto impedir la firma y la celebración de tal acuerdo, los cuales, en contra de la tesis defendida por la Comisión, producen innegablemente efectos jurídicos autónomos, al impedir, en su caso, una modificación anunciada del Derecho de la Unión”: ver Sentencia de 10 de mayo de 2017, *Michael Efler y otros c. Comisión*, T-754/14, ECLI:EU:T:2017:323, apdo. 43.

³¹ Ver https://www.kent.ac.uk/law/isds_treaty_consultation.html

³² En la votación celebrada en julio de 2015, el Parlamento Europeo avaló la inclusión en el TTIP del arbitraje de inversión por 447 votos a favor, 229 en contra y 30 abstenciones: ver “TTIP: Ease access to US market, protect EU standards, reform dispute settlement”, Comunicado de prensa de 8 de julio de 2015. Esta votación debía haberse celebrado en junio de 2015, pero fue aplazada a última hora por razones organizativas y con el objeto de que los miembros del Parlamento Europeo tuvieran más tiempo para reflexionar sobre el tema: ver <http://transatlantique.blog.lemonde.fr/2015/06/10/traite-transatlantique-les-12-mots-qui-dechirent-le-parlement-europeen/>

³³ Ha señalado este órgano consultivo de la UE que “incluir tales disposiciones generaría costes económicos y políticos significativos para la UE. Aunque no haya que sobrevalorar la magnitud de tales costes, nuestra evaluación general es que muy probablemente superarían los beneficios potenciales para la UE. Por ello sugerimos que, a menos que la (resolución de controversias entre inversores y Estados) vaya acompañada de considerables concesiones por parte de los Estados Unidos a fin de compensar los costes que de ella se derivan, sería conveniente que la UE estudiara soluciones alternativas”: ver el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “La protección de los inversores y la resolución de controversias entre inversores y Estados en los acuerdos de la UE con terceros países en materia de comercio e inversión” (DO C núm. 332, de 8 de octubre de 2015).

³⁴ Alemania, además, celebró el primer APPRI que se conoce con Pakistán, el 25 de noviembre de 1959.

³⁵ Ver *infra*, cuadro número 2.

en los APPRI celebrados por Alemania para exigir la tutela de sus derechos ante órganos arbitrales. Estos datos –en teoría– no convertirían a Alemania en un Estado sospechoso de repudiar al arbitraje de inversiones. Sin embargo, las medidas tomadas para restringir la producción de energía nuclear tras el accidente en el reactor de Fukushima motivaron el registro de un arbitraje contra Alemania por inversores suecos con intereses en el sector de la energía nuclear³⁶ en el año 2012, en plena negociación del TTIP y, a partir de ese momento, se ha generado un interesante debate en la opinión pública germana acerca del futuro del arbitraje de inversión y, en general, sobre el contenido de los estándares de protección de las inversiones otorgados (en régimen de reciprocidad) por Alemania³⁷.

En efecto, llama poderosamente la atención que Alemania –junto a Austria– sean los dos Estados miembros de la UE donde, según datos del Euro-barómetro³⁸, menos apoyo popular tiene el TTIP (sólo un 39%). La aceptación del TTIP en otros Estados miembros como Francia (50%) o Italia (58%) tampoco resulta muy entusiasta y queda por debajo de la media de los 28 Estados miembros (62,5%). Durante el año 2016, por ejemplo, el Gobierno francés manifestó en varias ocasiones sus reticencias a continuar con la negociación del TTIP³⁹. En otros Estados miembros estas cifras son sensiblemente más positivas, como en Irlanda y Dinamarca (71%) y los Países Bajos (73%). En el caso de España la aceptación del TTIP se sitúa ligeramente por encima de la media europea, en el 63%.

La oposición y las críticas al arbitraje de inversión formuladas por una parte de la sociedad civil europea en los Estados miembros tienen un fundamento muy diverso y mezclan argumentos de tipo económico, político y jurídico. A nuestro juicio y al margen de que estos acuerdos sean criticados en los Estados miembros desde diversos flancos y no sólo en lo tocante al capítulo sobre promoción y protección de las inversiones, uno de los aspectos esenciales que deben considerarse para comprender

³⁶ *Vattenfall AB y otros c. Alemania* (caso CIADI núm. ARB/12/12). Conviene señalar que el Tribunal Constitucional alemán se pronunció sobre los recursos de inconstitucionalidad planteados por las empresas locales dependientes de los inversores suecos en una decisión fechada el 6 de diciembre de 2016. En esta decisión el Tribunal Constitucional concluyó que las medidas normativas introducidas para reformar la Ley sobre la energía atómica eran en su mayor parte compatibles con la Constitución, salvo en lo relativo a dos aspectos: primero, porque impedían que los inversores pudieran utilizar todos los remanentes de producción de electricidad que les habían sido asignados antes de la reforma legislativa y, segundo, porque no se habían establecido mecanismos jurídicos que les otorgasen una compensación por esta pérdida. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal Constitucional señaló que Alemania “*must already provide adequate compensation, a prolongation of the operational lifetimes or some other settlement in regard to the deficit in electricity production*”: ver *Bundesverfassungsgericht*, Press Release No. 88/2016, de 6 de diciembre de 2016.

³⁷ BERNASCONI-OSTERWALDER, N., y BRAUCH, M.D., “The State of Play in *Vattenfall v. Germany II*: Leaving the German public in the dark”, *IISD Briefing Note* (2014), pp. 1-8; y “German Fear of Tribunals Threatens EU-US Trade Deal”, *Financial Times*, de 28 de enero de 2015.

³⁸ Ver un gráfico muy ilustrativo en <https://epthinktank.eu/2015/06/16/eu-us-negotiations-on-ttip-a-survey-of-current-issues/support-for-ttip-in-eu-ms/>

³⁹ Ver “Francia amenaza con boicotear el tratado de libre comercio con EE UU”, *El País*, de 22 de abril de 2016; y “Francia va a pedir que se paralice la negociación del tratado de libre comercio con Estados Unidos”, *El País*, de 30 de agosto de 2016.

esta repentina oposición experimentada en varios Estados miembros radica en que la negociación del CETA y, especialmente, del TTIP coinciden con un momento donde una serie de Estados miembros de la UE, que hasta ahora habían sido ajenos a la vertiente pasiva del arbitraje de inversión, han comenzado a recibir demandas de inversiones extranjeras, en algunos casos de inversores radicados en otro Estado miembro de la UE. En otras palabras, las empresas europeas ya no sólo son “clientes” del arbitraje de inversión, sino que en los últimos tiempos varios Estados miembros de la UE han pasado a engrosar la lista de Estados con más demandas recibidas. Sólo en el ámbito del CIADI, en 2015, se registraron 23 arbitrajes contra Estados miembros de la UE (trece de ellos contra España), de un total de 53 (el 43,4%). Por su parte, en 2016 se han registrado 14 (cuatro de ellos contra España) de un total de 44 arbitrajes de inversión (el 31,82%). Mientras que hasta el momento de cerrar estas líneas en 2017 se han registrado cinco (1 de ellos contra España), de un total de 17 arbitrajes (el 29,4%).

Estas cifras contrastan con las que también en el ámbito del CIADI se daban hace sólo una década⁴⁰. En el año 2005 se iniciaron 26 arbitrajes de inversión ante el CIADI, cuatro contra Estados miembros de la UE (contra Eslovenia, Lituania y dos casos contra Rumania⁴¹). En el año 2006 se iniciaron 23 arbitrajes de inversión ante el CIADI, cinco contra Estados miembros de la UE (contra Eslovaquia, Estonia, República Checa y dos casos contra Rumania). En el año 2007 se iniciaron 36 arbitrajes de inversión ante el CIADI, tres contra Estados miembros de la UE (dos contra Hungría y uno contra Rumania). Y, por último, en el año 2008 se iniciaron 21 arbitrajes de inversión ante el CIADI, ninguno contra Estados miembros de la UE. El escenario completo del arbitraje de inversión en los Estados miembros queda plasmado en el siguiente cuadro, donde constan los arbitrajes iniciados tanto en el ámbito del CIADI (incluyendo a su mecanismo complementario) como ante otros foros arbitrales de ámbito institucional o *ad hoc*:

⁴⁰ Si bien no debe olvidarse, a la luz de los datos ofrecidos por el cuadro número 1, que ya en ese momento la República Checa y Polonia eran receptores de un gran número de arbitrajes de inversión *ad hoc* (arbitrajes “no CIADI”).

⁴¹ Rumania se incorpora a la UE como Estado miembro en el año 2007.

Cuadro número 1
*Arbitrajes de inversión iniciados contra Estados miembros de la UE*⁴²

Estado	Arbitrajes CIADI	Arbitrajes no CIADI	Total
España	30	5	35
República Checa	3	32	35
Polonia	3	20	23
Hungría	13	1	14
Rumania	13	0	13
Eslovaquia	4	9	13
Bulgaria	7	1	8
Croacia	6	2	8
Italia	7	1	8
Letonia	2	5	7
Lituania	2	4	6
Estonia	4	0	4
Grecia	4	0	4
Alemania	2	1	3
Chipre	2	1	3
Eslovenia	3	0	3
Austria	1	0	1
Bélgica	1	0	1
Francia	1	0	1
Reino Unido	0	1	1
Dinamarca	0	0	0
Finlandia	0	0	0
Irlanda	0	0	0
Luxemburgo	0	0	0
Malta	0	0	0
Países Bajos	0	0	0
Portugal	0	0	0
Suecia	0	0	0
Totales	108	83	191

Estos datos ponen de relieve que, especialmente en los últimos años, se ha incrementado el número de arbitrajes de inversión contra los Estados miembros de la UE. A esta nómina, que inicialmente estaba compuesta por los Estados del este de Europa se han sumado España, Italia, Alemania, Austria, Bélgica y Francia. En este contexto, parece comprensible que una parte de la opinión pública europea haya reaccionado frente al arbitraje de inversión, mostrando sus dudas y objeciones ante el gran impacto mediático que han tenido estas demandas, que en algunos casos contienen peticiones de indemnización multimillonarias⁴³. Conviene retener que, de un total de 191 arbitrajes de inversión iniciados contra los Estados miembros de la UE, sólo en una treintena de estos litigios los Estados miembros de la UE han sido demandados en virtud de un APPRI extra-UE⁴⁴. En el resto de litigios las demandas traen causa bien del Tratado sobre la

⁴² Elaboración propia a partir de los datos proporcionados por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCED) y el CIADI: ver <http://investmentpolicyhub.unctad.org/> (datos actualizados a 30 de mayo de 2017).

⁴³ En el ya citado caso que enfrenta a Alemania contra inversores suecos en el sector de la energía nuclear (caso CIADI núm. ARB/12/12), estos últimos solicitan alrededor de 700 millones de euros en concepto de indemnización: ver <http://www.energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/investment-dispute-settlement-cases/33-vattenfall-ab-sweden-et-al-v-germany/>

⁴⁴ Se trata de arbitrajes basados en APPRI extra-UE: ver <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>

Carta de la Energía (TCE)⁴⁵, bien de APPRI intra-UE. De aquella treintena de demandas basadas en APPRI extra-UE⁴⁶ en quince ocasiones los demandantes se han servido de los APPRI que aquellos Estados miembros celebraron con Canadá (cinco arbitrajes⁴⁷) o los Estados Unidos de América (diez arbitrajes⁴⁸).

En definitiva, los inversores canadienses y estadounidenses ya han demostrado en la práctica su disposición para litigar contra los Estados miembros de la UE. Mientras que a la inversa, no se conoce ningún arbitraje iniciado por un inversor europeo contra Canadá o los Estados Unidos de América. La especial predisposición a la litigación que existe en la cultura jurídica estadounidense es otro elemento que quizá haya incrementado los temores de parte de la sociedad civil europea hacia el arbitraje de inversión.

La Comisión Europea ha tratado de realizar una lectura optimista de estos datos haciendo hincapié en dos cuestiones. Primera, a pesar del incremento en el número de litigios iniciados contra los Estados miembros, estos últimos han resultado más victoriosos que los inversores extranjeros durante los últimos años⁴⁹. Y, segunda, en los casos resueltos a favor de los demandantes, la cuantía de la indemnización finalmente otorgada por el órgano arbitral se corresponde sólo con una pequeña parte de la cantidad inicialmente solicitada por el inversor extranjero⁵⁰. En otras palabras, parecería que la

⁴⁵ BOE núm. 117, de 17 de mayo de 1995 y corrección de errores en BOE núm. 167, de 14 de julio de 1995.

⁴⁶ Se excluyen de este dato las demandas iniciadas en virtud del TCE, al tratarse de un acuerdo multilateral donde también participa la UE y no de un APPRI. Aunque detrás de algunas de estas demandas también se encuentran inversores radicados fuera de la UE.

⁴⁷ *Mr. Nedjeljko Ulemek c. Croacia* (caso CNUDMI); *Frontier Petroleum Services Ltd. c. República Checa* (caso CNUDMI); *EuroGas Inc. y Belmont Resources Inc. c. Eslovaquia* (caso CIADI núm. ARB/14/14); *Gabriel Resources Ltd. y Gabriel Resources (Jersey) c. Rumania* (caso CIADI núm. ARB/15/31); y *Lumina Copper c. Polonia* (Caso CNUDMI).

⁴⁸ *Ameritech c. Polonia* (caso CNUDMI); *Ronald S. Lauder c. República Checa* (caso CNUDMI); *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. Estonia* (caso CIADI núm. ARB/99/2); *Noble Ventures, Inc. c. Rumania* (caso CIADI núm. ARB/01/11); *Cargill, Incorporated c. Polonia* (caso CNUDMI); *Rail World LLC y otros c. Estonia* (caso CIADI núm. ARB/06/6); *S&T Oil Equipment & Machinery Ltd. c. Rumania* (caso CIADI núm. ARB/07/13); *David Minnotte and Robert Lewis c. Polonia* (caso CIADI núm. ARB(AF)/10/1); *Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. y Alfa El Corporation c. Rumania* (caso CIADI núm. ARB/10/13); *Vincent J. Ryan, Schooner Capital LLC, y Atlantic Investment Partners LLC c. Polonia* (caso CIADI núm. ARB(AF)/11/3); y *EuroGas Inc. y Belmont Resources Inc. c. Eslovaquia* (caso CIADI núm. ARB/14/14, este último litigio se ha planteado en virtud de los APPRI celebrados por Eslovaquia con Canadá y los Estados Unidos de América).

⁴⁹ Ha señalado la Comisión Europea que “*EU Member States have been even more successful than the average State in getting claims dismissed. Specific data from ICSID on the EU shows the following figures for disputes against EU Member States: In 44% of the cases, all claims were dismissed or jurisdiction was declined; In 36% of the cases, the dispute was settled or otherwise discontinued; In 20% of the cases, the dispute led to an award upholding claims in part of in full*”: ver “Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS): Some facts and figures”, de 12 de marzo de 2015, p. 7.

⁵⁰ En este sentido, haciéndose eco de los resultados de sendos trabajos de investigación publicados por la profesora Susan D. Franck, la Comisión Europea ha puesto el énfasis en el hecho de que “*studies point to the fact that where the Tribunals have found in favour of the investor (which is in 25 % of all ISDS cases according to UNCTAD), investors are on average granted only a small part of their original claim*”: ver *Ibid.*, pp. 7-8. Para un análisis de los datos más recientes: ver FRANCK, S.D., “Using Investor-State

aproximación de la Comisión Europea para combatir las críticas al arbitraje de inversión descansa en el tradicional refrán español “pleitos tengas y los ganas”. A tenor de las cifras expresadas en el cuadro número 2, podemos comprobar cómo la litigación contra los Estados miembros de la UE no es exclusiva de los inversores norteamericanos. El siguiente cuadro expone el número de arbitrajes de inversión iniciados por los inversores europeos y hace una especial mención de los “litigios intra-UE”.

Cuadro número 2
Arbitrajes de inversión iniciados por inversores de la UE⁵¹

Estado	Arbitrajes iniciados	Casos intra-UE	Porcentaje
Países Bajos	92	38	41,30%
Reino Unido	67	18	26,86%
Alemania	55	31	56,36%
Francia	41	12	29,27%
España	37	0	0%
Luxemburgo	34	19	58,82%
Italia	30	3	10%
Chipre	19	12	63,16%
Austria	17	7	41,17%
Bélgica	16	4	25%
Grecia	14	3	21,43%
Suecia	8	8	100%
Polonia	6	1	16,67%
Dinamarca	5	2	40%
Portugal	5	2	40%
República Checa	4	3	75%
Croacia	3	2	66%
Lituania	3	1	33%
Finlandia	2	1	50%
Eslovenia	2	0	0%
Letonia	2	2	100%
Malta	2	2	100%
Irlanda	1	1	100%
Eslovaquia	1	1	100%
Hungría	1	1	100%
Estonia	1	1	100%
Rumania	1	0	0%
Bulgaria	0	0	0%
Totales	469	175	37,31%

Puede concluirse que las críticas al TIPP (y también al CETA) giran en torno a dos ejes paralelos, aunque relacionados entre sí. Primero, algunas instituciones de la UE consideran que el arbitraje de inversión no sería necesario en determinados casos y con ciertas contrapartes, en tanto que la práctica internacional contemporánea ofrece otros mecanismos de solución de las controversias jurisdiccionales (arbitraje interestatal o tribunales internos) y/o no jurisdiccionales (mediación o conciliación) que podrían reemplazarlo. Y, segundo, otra parte de las críticas tienen su razón de ser en una circunstancia más coyuntural, que tiene que ver con que precisamente en estos

Mediation Rules to Promote Conflict Management: An Introductory Guide”, *Washington & Lee Legal Studies Paper*, núm. 13, 2014 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2389763).

⁵¹ Elaboración propia a partir de los datos proporcionados por la CNUCD y el CIADI: ver <http://investmentpolicyhub.unctad.org/> (datos actualizados a 30 de mayo de 2017).

momentos los Estados miembros de la UE han comenzado a ser receptores de demandas presentadas tanto por los inversores extranjeros (principalmente norteamericanos) como por otros inversores europeos (en virtud de los APPRI intra-UE que todavía se mantienen en vigor o del TCE).

Todas estas críticas han suscitado un debate en la opinión pública europea acerca de la conveniencia de mantener el sistema de arbitraje de inversión como medio de solución de las controversias relativas a inversiones extranjeras. Un debate que hasta ahora, por razones muy diversas, no se había producido ni en sede comunitaria ni tampoco en la mayoría de los Estados miembros de la UE. En el siguiente apartado se examinan algunos contornos de este debate, poniendo especial énfasis en la práctica parlamentaria española.

IV. EL DEBATE SOBRE LA CONVENIENCIA DE MANTENER EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LA POLÍTICA CONVENCIONAL EUROPEA

A pesar del rechazo y de las críticas de parte de la opinión pública europea, todos los APPRI celebrados por los Estados miembros de la UE y el TCE incluyen el arbitraje de inversión. Este expediente no suscitó oposición, ni generó críticas cuando se celebraron todos estos acuerdos, un total de 2011. Este escenario tan pacífico se alteró dramáticamente con la negociación del CETA y, en mayor medida, del TTIP.

1. El debate desarrollado en sede institucional: las consultas públicas abiertas por la Comisión Europea con motivo de la negociación del TTIP

En el ámbito comunitario, la ausencia de un debate acerca de la inclusión de un sistema de arbitraje de inversión se trató de corregir mediante la apertura del citado periodo de consultas sobre el TTIP⁵² y la publicación de algunos documentos divulgativos explicando su contenido⁵³. En el marco de este periodo de consultas, la Comisión Europea solicitó a la sociedad civil su opinión acerca de doce cuestiones esenciales del TTIP relativas a la protección de las inversiones extranjeras, siete de las cuales (de la número seis en adelante) tienen que ver con aspectos procesales vinculados al arbitraje de inversión, a saber:

- “1. Scope of the substantive investment protection provisions;*
- 2. Non-discriminatory treatment for investors;*
- 3. Fair and equitable treatment;*
- 4. Expropriation;*
- 5. Ensuring the right to regulate and investment protection;*
- 6. Transparency in ISDS, Multiple claims and relationship to domestic court;*

⁵² El resultado de estas consultas fue divulgado en un informe: ver “Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)”, SWD (2015) 3 final, de 13 de enero de 2015.

⁵³ “Why the new EU proposal for an Investment Court System in TTIP is beneficial to both States and investors”, MEMO/15/6060, de 12 de noviembre de 2015.

7. *Arbitrators ethics;*
8. *Conduct and qualifications;*
9. *Reducing the risk of frivolous and unfounded cases;*
10. *Allowing claims to proceed (filter);*
11. *Guidance by the parties on the interpretation of the agreement;*
12. *Appellate mechanism and consistency of rulings*,⁵⁴.

La mayor parte de las casi 150.000 respuestas recibidas por la Comisión Europea durante ese periodo de consultas públicas provinieron del Reino Unido (52.008 respuestas: el 34,81%); Austria (33.753 respuestas: el 22,59%); Alemania (32.513 respuestas: el 21,76%); Francia (9.791 respuestas: el 6,55%); Bélgica (9.397 respuestas: el 6,29%); Países Bajos (4.906 respuestas: el 3,28%) y España (2.537 respuestas: el 1,70%).

En un volumen anterior de esta publicación, la “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras (enero – diciembre de 2015)” contiene un resumen de los resultados de este proceso de consultas⁵⁵, detallados en el referido documento de trabajo preparado por la Comisión Europea. Por tanto, huelga aquí reiterar esta información, salvo por lo que respecta a la crítica general y de conjunto que se desprende del mismo hacia el arbitraje de inversión.

El documento preparado por la Comisión Europea, que recapitula el conjunto de respuestas obtenidas entre la sociedad civil, se expresa en los siguientes términos acerca del arbitraje de inversión:

“Regarding ISDS, it is stated that both the US and the EU Member States have stable legal and judicial systems, therefore there should be no need for the establishment of an additional mechanism. It is also claimed that “secret arbitration courts” undermine national courts. Moreover, it is noted that the access of foreign investors to the ISDS would unfairly disadvantage domestic investors.

ISDS is considered by some as undemocratic and lacking legitimacy. It is described as unacceptably constraining the right to regulate of democratically elected decision-makers.

It is also claimed that ISDS is not transparent. The proposed approach aiming to strengthen the principle of transparency during the investment arbitral proceedings is considered as too narrow. It is suggested that there should be no exceptions to transparency rules and investment law should be more transparent towards society.

Some see ISDS as inappropriate to adjudicate investment disputes, suggesting that an international investment court should be established in order to settle the disputes on independent grounds.

⁵⁴ “Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)”, SWD (2015) 3 final, de 13 de enero de 2015, p. 8.

⁵⁵ “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras (enero – diciembre de 2015)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 31 (2016), pp. 151-160.

Some respondents believe that the proposed approach does not do enough to counter frivolous or unfounded claims to protect the interest of respondents in ISDS. Some other respondents propose including ISDS filters for human rights or environment protection issues.

Finally, some individuals believe that arbitrators are not independent. Therefore, those contributions support efforts to enhance the level of arbitrators' independence. However, some of them suggest either allowing representatives of citizens to participate in ISDS proceedings or leaving investment disputes only to national courts”⁵⁶.

En virtud de lo anterior, no sorprende que la Comisión Europea haya impulsado y reforzado la transparencia durante el procedimiento de negociación del TTIP y, en este contexto, haya entablado un diálogo más intenso con el Parlamento Europeo a la luz del artículo 218.10 del TFUE, que dispone el deber de informar “cumplida e inmediatamente al Parlamento Europeo en todas las fases del procedimiento” de celebración de un acuerdo internacional⁵⁷.

En la misma línea de principio hay que contemplar las reformas efectuadas por la Comisión Europea a algunas de las propuestas inicialmente realizadas en el TTIP, con el objeto de hacerlo más transparente⁵⁸, vetar el acceso al arbitraje de inversiones a

⁵⁶ “Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)”, SWD (2015) 3 final, de 13 de enero de 2015, p. 34.

⁵⁷ Un mandato de información que ha sido explicado por el Gobierno español en las Cortes, respondiendo a una pregunta parlamentaria, de la siguiente forma “La obligación de la Comisión de mantener informado al Parlamento incluye la puesta a disposición del mismo de los proyectos de textos de negociación, los artículos acordados, la fecha convenida para la rúbrica del acuerdo y el texto del acuerdo que habrá de ser rubricado, en pie de igualdad con el Consejo. El Parlamento cuenta con un Grupo de Seguimiento del TTIP compuesto por unos 25 miembros de la Comisión INTA, coordinadores de cada grupo político y presidentes de otras Comisiones. Los servicios de la Comisión Europea proporcionan información a la Comisión INTA sobre la evolución y contenido de las negociaciones mediante comparecencias regulares de los principales responsables del equipo de aquella. El 19 de noviembre la Comisaria de Comercio, Cecilia Malmström, ha anunciado medidas en el marco de una iniciativa más amplia, encabezada por el Vicepresidente de la Comisión, Frans Timmermans, para garantizar una mayor transparencia en las negociaciones. Según el comunicado emitido el día 19 por la Dirección General de Comercio de la Comisión, las medidas son «parte de la prioridad general de la Comisión Juncker para mejorar la transparencia y reflejan el ‘nuevo comienzo’ (en las negociaciones) del TTIP que la Comisaria Malmström anunció recientemente». Tras el anuncio, el Colegio de Comisarios adoptó el 25 noviembre de 2014 una Comunicación detallando las mismas:

— Hacer públicos más textos de negociación que la Comisión ya comparte o compartirá con Estados Miembros y el Parlamento Europeo;

— Facilitar acceso a los textos de negociación a todos los miembros del Parlamento Europeo, ampliando la utilización del formato «sala de lectura» a diputados que hasta ahora no tenían acceso a documentos de difusión restringida;

— Clasificar menos documentos de negociación como «RESTRINGIDO UE/ RESTREINT UE/EU RESTRICTED» para su consulta más fácil por los diputados fuera de la sala de lectura;

— Publicar y actualizar periódicamente la lista de documentos compartidos con el Parlamento y el Consejo”: ver *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, X Legislatura, núm. 622, de 4 de marzo de 2015, pp. 319-320.

⁵⁸ Ver artículos 8, 12, 18, 22 y 23 de la Sección tercera del TTIP.

aquellas reclamaciones frívolas⁵⁹ y crear un mecanismo arbitral de doble instancia que favorezca la creación de una verdadera jurisprudencia arbitral, esto es, de un cuerpo de decisiones más coherente y predecible⁶⁰.

Incluso la UE y Canadá convinieron una reforma en el texto inicialmente firmado del CETA que incluye la mención expresa a la posible creación de un tribunal permanente de arbitraje. La referencia al “*multilateral investment tribunal*” contenida en el artículo 8.29 del CETA, en efecto, no aparece en la versión adoptada por las partes el 26 de septiembre de 2014. Esta inclusión obedece, a nuestro juicio, al deseo de la Comisión Europea⁶¹ y de Canadá por ajustar la redacción del CETA a los estándares de transparencia demandados por la sociedad civil y adecuar el mecanismo de solución de las controversias relativas a inversiones extranjeras a las negociaciones mantenidas con los Estados Unidos de América. El artículo 12 de la Sección tercera del TTIP propone una iniciativa similar, la creación de un tribunal permanente de inversiones, formulando una verdadera propuesta de desarrollo progresivo del DI de las inversiones. En este sentido, el 13 y 14 de diciembre de 2016 la Comisión Europea y Canadá celebraron consultas en Ginebra acerca de la creación de este tribunal permanente⁶² y acto seguido la Comisión Europea abrió un periodo de consultas públicas entre la sociedad civil⁶³.

Resulta de gran interés todo este debate suscitado en el plano institucional, en tanto que ha obligado a la UE a explicar cómo pretende diseñar el régimen sustantivo y procesal de protección de las inversiones extranjeras, hasta el punto de hacer públicas su propuesta de negociación del TTIP y los resultados de las sucesivas rondas de negociación que se van sucediendo con los Estados Unidos de América. Esta aproximación más abierta y transparente de la Comisión Europea sienta un precedente que contrasta con la conducta desarrollada por la mayoría de los Estados miembros de la UE al negociar su red de APPRI. Interesa, en las siguientes líneas, examinar cómo se ha desarrollado el debate acerca de la inclusión del arbitraje de inversión en el CETA y el TTIP en los Estados miembros de la UE, tomando como objeto central de estudio la práctica parlamentaria española.

2. El debate desarrollado en los Estados miembros: análisis de la práctica parlamentaria española

La tramitación parlamentaria de la manifestación del consentimiento en obligarse de los APPRI negociados por España ha venido siendo muy expedita y, con carácter general, no se aprecia en las Cortes Generales un excesivo interés por debatir el contenido de las obligaciones sustantivas y procesales contraídas por España en virtud de estos acuerdos.

⁵⁹ Ver artículos 4, 5, 6, 14, 15 y 17 de la Sección tercera del TTIP.

⁶⁰ Ver artículos 9, 10, 11, 12 y Anexos I y II de la Sección tercera del TTIP.

⁶¹ Ver http://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2016_trade_024_court_on_investment_en.pdf

⁶² “The European Commission keeps its pledge to work towards the establishment of a permanent multilateral investment court to decide investment disputes”, IP/16/4349, de 13 de diciembre de 2016.

⁶³ Ver http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=233

La práctica parlamentaria desarrollada a propósito de la manifestación del consentimiento del penúltimo APPRI que hasta el momento de cerrar estas líneas se ha publicado oficialmente —el celebrado con Mauritania⁶⁴—, permite constatar esta afirmación⁶⁵. Se puede encontrar empero alguna excepción, algún caso donde la tramitación parlamentaria de un APPRI suscitó cierto debate en las Cortes. Si bien este precedente excepcional no hace sino confirmar la regla general. Es el supuesto del APPRI celebrado con Arabia Saudí⁶⁶.

Durante su tramitación parlamentaria, en febrero de 2015, algunos grupos parlamentarios (Grupo Vasco, Grupo de Unión Progreso y Democracia y Grupo La Izquierda Plural) aprovecharon para condenar enérgicamente las violaciones de los derechos humanos cometidas por Arabia Saudí, en particular la pena de mil latigazos recibida por el bloguero Raif Badawi. En contraposición a estos argumentos, otros Grupos Parlamentarios (Catalán, Socialista y Popular) se sumaron a esta condena de carácter político pero pusieron énfasis en la necesidad de fortalecer, respectivamente, el tráfico jurídico, la seguridad jurídica y las relaciones entre España y Arabia Saudí⁶⁷.

Aunque del debate suscitado con ocasión de la tramitación parlamentaria este APPRI subyace cómo hacer compatibles el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y la protección de las inversiones extranjeras, una cuestión de creciente actualidad y de no menos importancia jurídica a la vista de los intereses en presencia, lo cierto es que ninguno de los grupos parlamentarios que intervinieron en el mismo reflexionaron sobre esta cuestión.

De sus comentarios estuvo también ausente cualquier mención al papel del arbitraje de inversión ni se preguntaron sobre su idoneidad en este u otros acuerdos celebrados por España, así como tampoco trataron el tema del contenido sustantivo de las obligaciones de protección previstas en el acuerdo. En este sentido, por ejemplo, sorprende que este APPRI no incluya una cláusula de cobertura (la denominada *umbrella clause* que tiene por efecto convertir un incumplimiento contractual en un incumplimiento del acuerdo de inversión) a la vista de los importantes contratos que empresas españolas ejecutan en Arabia Saudí. Que esta ausencia en el APPRI haya pasado inadvertida para las Cortes y no haya merecido un comentario o advertencia, evidencia el escaso rigor con el que se debaten estas cuestiones en sede parlamentaria, amén de una importante concesión por parte de España a su contraparte durante la fase de negociación del acuerdo.

El debate parlamentario en España en materia de promoción y protección de las inversiones extranjeras, como lo demuestra el ejemplo del APPRI celebrado con Arabia Saudí, ha sido de muy baja calidad y ha estado influenciado por circunstancias coyunturales de carácter político, obviando las implicaciones jurídicas y económicas

⁶⁴ BOE núm. 74, de 26 de marzo de 2016.

⁶⁵ Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, X Legislatura, núm. 298, de 16 de julio de 2015, pp. 1-94.

⁶⁶ BOE núm. 287, de 28 de noviembre de 2016.

⁶⁷ Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, X Legislatura, núm. 258, de 12 de febrero de 2015, pp. 4-8.

que la celebración de estos acuerdos tiene no sólo para los inversores españoles con intereses en terceros Estados, sino también para la Hacienda Pública española. A propósito del APPRI con Arabia Saudí, además, las Cortes han desaprovechado una excelente oportunidad para reflexionar sobre las relaciones entre el DI de las inversiones y otros sectores normativos, como el DI de los derechos humanos o el DI del medio ambiente⁶⁸.

En el caso del CETA y el TTIP, ha habido alguna ocasión para discutir sobre estos acuerdos en sede parlamentaria, a pesar de los avatares que han marcado las Legislaturas XI y XII. Además del Grupo Parlamentario Popular, que ya en el año 2013 mostró –con más entusiasmo que argumentos jurídicos– su apoyo al Gobierno para que impulsara la negociación del TTIP mediante una proposición no de Ley⁶⁹, los Grupos Parlamentarios Socialista y de La Izquierda Plural también han tomado posiciones –muy distintas– respecto al sistema de arbitraje de inversión previsto por el TTIP.

Todavía en la X Legislatura⁷⁰, durante el año 2014, la actividad parlamentaria en el Congreso relacionada con el CETA y el TTIP consistió en la formulación de varias preguntas al Gobierno sobre distintos aspectos del TTIP, la presentación de tres proposiciones no de Ley ante el Pleno presentadas, una por el Grupo Parlamentario de La Izquierda Plural⁷¹ y dos por el Grupo Parlamentario Socialista⁷², así como la solicitud de una comparecencia del Secretario de Estado de Comercio Exterior ante la Comisión de Economía y Competitividad⁷³. En ese momento, las críticas parlamentarias se centraron únicamente en el TTIP. Sólo posteriormente, a medida que su ratificación fue definiéndose, estas críticas se han extendido al CETA.

Las preguntas parlamentarias presentadas poseen un contenido muy genérico y ninguna de ellas se centra en el arbitraje de inversión, salvo una que sirvió –como ya se ha indicado *supra*– para que el Gobierno confirmara que se habían suspendido las negociaciones sobre esta materia en el TTIP hasta que concluyera el periodo de

⁶⁸ PASCUAL VIVES, F., “La incorporación del interés público global al Derecho internacional de las inversiones”, en BOUZA VIDAL, N., GARCÍA SEGURA, C., RODRIGO HERNÁNDEZ, A. (eds.), y PAREJA ALCARAZ, P. (coord.), *La gobernanza del interés público global. XXV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 681-718.

⁶⁹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 295, de 21 de junio de 2013); y su retirada en *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 555, de 7 de noviembre de 2014, p. 3.

⁷⁰ Durante el año 2013 también se formuló alguna pregunta parlamentaria de ámbito más general acerca del TTIP: ver *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 325, de 19 de septiembre de 2013, p. 955.

⁷¹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 425, de 21 de marzo de 2014, pp. 3-5.

⁷² *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 568, de 28 de noviembre de 2014, pp. 24-26; y *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 582, de 19 de diciembre de 2014, pp. 7-8.

⁷³ *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, X Legislatura, núm. 614, de 9 de julio de 2014, pp. 2 y ss.

información pública iniciado por la Comisión Europea⁷⁴. De entre todas ellas⁷⁵, sin duda, resalta la contestación ofrecida por el Gobierno a una pregunta donde se cuestionaba la información proporcionada a la sociedad civil y donde el Gobierno resaltó el “esfuerzo sin precedentes”⁷⁶ realizado por la Comisión Europea para informar a la sociedad civil sobre el estado de las negociaciones del TTIP.

En el marco de su comparecencia ante la Comisión de Economía y Competitividad, celebrada el 9 de julio de 2014, el Secretario de Estado de Comercio Exterior manifestó la posición favorable del Gobierno acerca de la inclusión del arbitraje de inversión en el TTIP⁷⁷. Durante esa comparecencia el Grupo Parlamentario de La Izquierda Plural se manifestó expresamente en contra del arbitraje de inversión⁷⁸. De hecho, este grupo fue

⁷⁴ Ver *supra*, nota 22.

⁷⁵ Sobre las otras preguntas formuladas al Gobierno durante la X Legislatura: ver *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 437, de 8 de abril de 2014, pp. 587-588; *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 490, de 8 de julio de 2014, p. 170; *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 496, de 16 de julio de 2014, pp. 264-266; *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 500, de 22 de julio de 2014, p. 273; *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 523, de 25 de septiembre de 2014, pp. 340-342; y *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 544, de 23 de octubre de 2014, pp. 491-492.

⁷⁶ *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 446, de 24 de abril de 2014, pp. 572-573. En el mismo orden de ideas: ver *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 622, de 4 de marzo de 2015, pp. 319-321.

⁷⁷ Afirmando que “Este mecanismo no es nuevo para nosotros, pues España ha incluido un mecanismo de solución de disputas inversor-Estado en los 72 acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones que ha negociado con diferentes países desde hace veintitrés años. Un acuerdo de inversiones transatlántico permitiría fijar unos estándares internacionales en protección de inversiones. España, como en todos sus acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, apuesta por un modelo que dé confianza y certeza a los inversores. Conviene recordar la importancia que tiene la inversión estadounidense en España —insisto, es el segundo inversor, solamente por detrás de Italia— y las decenas de miles puestos de trabajo derivados de esas inversiones. Si queremos que esa inversión se potencie aún más, debemos incluir aquellas disposiciones jurídicas que aportan seguridad a los inversores, que es la misma seguridad que a los inversores españoles les gusta tener en terceros países. No es cierto, como se ha afirmado en relación con la inclusión de un mecanismo de solución de disputas inversor-Estado, que se vaya a socavar el derecho de los Gobiernos a regularlo. En las propias directivas de negociación del acuerdo transatlántico, aprobadas por todos los Estados miembros, se especifica que no se fomentará el comercio o la inversión extranjera directa mediante la reducción de los estándares nacionales medioambientales, laborales y relacionados con la salud y seguridad laboral ni mediante al ajuste de su regulación protectora y promotora de la diversidad cultural”: ver *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, X Legislatura, núm. 614, de 9 de julio de 2014, p. 6.

⁷⁸ Con relación al arbitraje de inversión, y en el texto de esa proposición no de Ley, este grupo afirmó lo siguiente: “El ISDS permite a los inversores extranjeros eludir a los tribunales nacionales y presentar sus quejas directamente a los tribunales internacionales de arbitraje, a menudo compuestos por abogados de las mismas empresas. Se trata de un privilegio para las empresas más poderosas inconcebible e injustificable entre dos sujetos políticos con tribunales de justicia desarrollados y plenamente operativos. Así, si un tribunal de arbitraje concluye que las políticas decididas democráticamente podrían reducir las ganancias proyectadas de un inversor, éste ISDS podría obligar a un gobierno a pagar miles de millones en daños y perjuicios. Esto limitaría la libertad democrática para legislar sobre asuntos ambientales, de salud y financieros, entre otros. Este tipo de mecanismos ya existen en otros acuerdos comerciales y los

el primero en presentar una proposición no de Ley contra el TTIP donde solicitaba al Gobierno proporcionar más información y convocar un debate monográfico⁷⁹. Este mismo Grupo Parlamentario de La Izquierda Plural, durante la negociación de los Presupuestos Generales del Estado del año 2015, introdujo en el Congreso⁸⁰ una propuesta de enmienda (con el número 2334)⁸¹ donde volvía a manifestar su oposición a “la protección de inversores”⁸².

Con posterioridad a la citada comparecencia del Secretario de Estado (de 9 de julio de 2014), en una de las dos proposiciones no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista⁸³ –caducada como consecuencia de la disolución de las Cortes⁸⁴– se solicitaba al Gobierno, en línea con la opinión expresada por algunos grupos del Parlamento Europeo y entre otras cuestiones, retirar el sistema de arbitraje de inversión⁸⁵.

resultados han sido desastrosos: sanciones millonarias a Australia por su legislación antitabaco, sanciones a Argentina por impuestos sobre la Energía, a Canadá por una moratoria al fracking, a Alemania por su política energética, a Eslovaquia por paralizar privatizaciones de hospitales. Ejemplos que demuestran que es un pseudo tribunal formado por defensores de los intereses de las empresas que las antepone a las leyes y a la propia democracia”: ver *Ibid.*, pp. 12-13.

⁷⁹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 425, de 21 de marzo de 2014, p. 4. En febrero de 2014, en el contexto de una pregunta formulada al Gobierno, el Diputado de este mismo grupo Gaspar Llamazares Trigo se había expresado en términos muy similares respecto al arbitraje de inversión: ver *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 402, de 12 de febrero de 2014, p. 368.

⁸⁰ La misma enmienda fue presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario Entesa con el número 2084: ver *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado*, X Legislatura, núm. 444, de 27 de noviembre de 2014, pp. 1576-1577.

⁸¹ Esta enmienda, en esencia, acoge las propuestas contenidas en una moción presentada por este mismo grupo el 13 de mayo de 2014; moción que fue rechazada por el Congreso: ver *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 457, de 13 de mayo de 2014, pp. 19-20.

⁸² Donde solicitaba “Uno. El Gobierno elaborará un informe para valorar el acuerdo comercial que se está negociando entre la Unión Europea y los Estados Unidos, la llamada Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (TTPI), y en el que analizará su repercusión en España. Dicho informe será enviado a la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados para su discusión, análisis y elaboración de propuestas por parte de los grupos parlamentarios.

Dos. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, el Gobierno mostrará su rechazo a dicho acuerdo comercial si, en su caso, incluye la armonización a la baja de las regulaciones de las barreras no arancelarias, tales como los controles de calidad y salud o las normativas laborales, o si *incluye cualquier cláusula de protección de inversores*.

Tres. En todo caso, el Gobierno defenderá que cualquier propuesta de acuerdo comercial entre la Unión Europea y los Estados Unidos sea sometida en todos los Estados miembros de la Unión Europea a referéndum antes de su ratificación”: ver *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie A, núm. 118-6, de 28 de noviembre de 2014, p. 1577 (cursiva añadida).

⁸³ La otra proposición no de Ley se limitaba a solicitar lacónicamente que el Gobierno propusiera y defendiera “ante las instituciones europeas que el vino sea incluido, con un capítulo específico” en el TTIP: ver *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 582, de 19 de diciembre de 2014, pp. 7-8.

⁸⁴ *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 758, de 20 de noviembre de 2015, p. 424.

⁸⁵ En particular, se afirmó la necesidad de “Retirar el sistema de arbitraje para la resolución de conflictos entre inversores y Estados (ISDS), ya que tanto en EEUU como en la UE existen unas buenas bases regulatorias y legales, así como un sistema judicial bien desarrollado que hacen innecesario tener que

En el año 2015 la actividad parlamentaria relacionada con el TTIP –y por inercia también con el CETA– se circunscribió a la presentación de un par de interpelaciones urgentes⁸⁶, varias preguntas parlamentarias de contenido muy general⁸⁷, cuatro solicitudes de comparecencia en comisiones –de las cuales sólo una se produjo antes de la disolución de las Cortes⁸⁸–, y dos proposiciones no de Ley, presentadas por el Grupo Parlamentario de La Izquierda Plural⁸⁹ y el Grupo Parlamentario Mixto⁹⁰. Asimismo, el Grupo Parlamentario Mixto presentó una moción como resultado de una interpelación⁹¹.

El 8 de abril de 2015, el Grupo Parlamentario Mixto⁹² elevó una interpelación urgente sobre la postura del Gobierno –en particular al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente– en relación a las consecuencias del TTIP⁹³ que fue debatida en la sesión plenaria de 15 de abril de 2015. En su intervención, la interpelante solicitó la celebración de un debate monográfico y se mostró muy crítica, entre otros aspectos, con el arbitraje de inversión⁹⁴. La Ministra de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente

acudir a un sistema de arbitraje, de carácter privado y de difícil acceso para las pequeñas y medianas empresas que no pueden afrontar los elevadísimos costes que suponen”: ver *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 568, de 28 de noviembre de 2014, p. 26.

⁸⁶ *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, X Legislatura, núm. 271, de 15 de abril de 2015, p. 85. La otra iniciativa, presentada el 18 de marzo de 2015, fue subsumida en la publicada el 15 de abril de 2015.

⁸⁷ *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 588, de 12 de enero de 2015, p. 168; *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 591, de 15 de enero de 2015, p. 218; *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 607, de 11 de febrero de 2015, pp. 754-756; *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 608, de 11 de febrero de 2015, pp. 145-146; *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 622, de 4 de marzo de 2015, pp. 319-320; y *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 646, de 14 de abril de 2015, pp. 315-316.

⁸⁸ *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, X Legislatura, núm. 832, de 11 de junio de 2015, pp. 2 y ss. Para recabar información sobre las comparecencias que no pudieron llevarse a cabo: ver *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 758, de 20 de noviembre de 2015, p. 1198 (comparecencia del Secretario de Estado de Comercio), p. 1390 (comparecencia del Ministro de Economía y Competitividad) y p. 1390 (comparecencia de la Ministra de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente).

⁸⁹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 623, de 5 de marzo de 2015, pp. 30-31.

⁹⁰ *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Cortes Generales*, X Legislatura, Serie A, núm. 434, de 26 de octubre de 2015, p. 1.

⁹¹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 655, de 29 de abril de 2015, pp. 27-28.

⁹² La interpelación fue propuesta por Maite Ariztegui Larrañaga, Diputada de Amaiur por Guipúzcoa.

⁹³ *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, X Legislatura, núm. 651, de 22 de abril de 2015, p. 14.

⁹⁴ En este orden de ideas, afirmó que “tenemos la ISDS, el mecanismo diabólico creado para aclarar los litigios y denuncias entre las multinacionales y los Estados. O sea, si un acuerdo adoptado democráticamente por un Estado perjudicara presuntamente a la economía de una corporación internacional, esta podría recurrir directamente a los tribunales de arbitraje internacionales, que resolverían el litigio pasando por encima de la Administración de Justicia de ese país. Es decir, desaparece el poder soberano de los Estados y queda en mano de tres jueces internacionales resolver

centró su respuesta en aspectos relacionados únicamente con su “cartera”, no haciendo referencia alguna al arbitraje de inversión⁹⁵. En cuanto a las dos proposiciones no de Ley presentadas durante el año 2015, mientras que la presentada por el Grupo Parlamentario Mixto no hizo mención expresa al arbitraje de inversión, la del Grupo Parlamentario de La Izquierda Plural instó al Gobierno a “(p)romover la eliminación en la negociación de los tribunales ISDS”⁹⁶.

También en el año 2015 el Secretario de Estado de Comercio compareció ante la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados para informar sobre el estado de las negociaciones del TTIP. En su intervención, el Secretario de Estado hizo un repaso bastante exhaustivo desde el punto de vista jurídico sobre el diseño que la Comisión Europea pretende darle al arbitraje de inversión en el TTIP⁹⁷.

solamente los costes motivados por el acuerdo adoptado y la multa, que debe ser abonada por ellos. Y punto. La empresa por encima del Estado y la soberanía de los Estados consolidados a ras del suelo. O sea, que de la situación de los pueblos que no disponemos de plena soberanía económica y política ante semejantes corporaciones mejor ni hablamos. (...) Queremos que se dé aquí un debate específico y monográfico sobre el tema y, teniendo en cuenta que supone de facto una mutación constitucional — porque garantiza derechos a inversores por encima de los derechos de los ciudadanos y ciudadanas—, previamente a ratificar cualquier acuerdo pedimos que se someta a referéndum para que la ciudadanía conscientemente y bien informada se exprese en las urnas”: ver *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, X Legislatura, núm. 271, de 15 de abril de 2015, p. 88.

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 88-92.

⁹⁶ *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 623, de 5 de marzo de 2015, p. 31.

⁹⁷ A pesar de su extensión, por reflejar la posición del Gobierno al respecto, merece la pena reproducir parte de su intervención: “La cuestión no es excluir la protección de inversiones y el ISDS, puesto que el acuerdo con Estados Unidos es la gran oportunidad para definir el futuro de la protección de inversiones de la Unión Europea; además, como gran inversor internacional, a España le interesa que se defina una política sólida de la Unión Europea en este ámbito. La cuestión es qué disposiciones reformadas incluimos en el capítulo de protección de inversiones.

La Comisión Europea, en un documento de orientación presentado el 5 de mayo que se hizo público inmediatamente, propone una reforma sustancial de los mecanismos de protección de inversiones tal y como los conocemos hasta ahora. Concretamente, las líneas de reformas recogidas en el documento de orientación son las cuatro siguientes. En primer lugar, mejorar el derecho de los Estados a regular. El objetivo es asegurar que las reglas de protección de las inversiones no menoscaban el derecho a regular de los Estados; este es un aspecto fundamental. Para ello se va a buscar, por un lado, definir con mayor precisión los estándares de protección para evitar interpretaciones excesivamente amplias o abusivas y consagrar además explícitamente en el texto del acuerdo el derecho de los Estados a regular para alcanzar objetivos de política pública.

En segundo lugar, mejorar el funcionamiento de los tribunales arbitrales. Se trata de pasar del sistema actual de arbitraje inversor-Estado, tal y como lo conocemos hoy controlado por las partes en litigio, con libertad de proponer cualquier árbitro y con la duda sobre su independencia que ello pueda generar, a un sistema controlado públicamente en el que esté garantizada esa independencia y objetividad. Se propone, en particular, que los árbitros o jueces sean designados en un listado predefinido por las partes del acuerdo y por partes públicas y que se les exija un nivel de cualificación similar al exigido a los jueces nacionales, así como un conocimiento en la aplicación del derecho internacional. A medio y largo plazo, el objetivo es avanzar hacia una corte permanente internacional de arbitraje de inversiones.

En tercer lugar, el mecanismo de apelación. Una de las principales críticas al actual mecanismo ISDS es que no hay un mecanismo que corrija las posibles decisiones erróneas de los tribunales arbitrales. La Comisión propone un mecanismo de apelación bilateral para el ISDS en el TTIP similar al de la OMC. La

En el debate que siguió a la comparecencia del Secretario de Estado, los Grupos Parlamentarios Socialista⁹⁸ y La Izquierda Plural⁹⁹ intervinieron para reiterar su

Comisión propone la creación de un órgano con siete miembros permanentes, dos de cada parte y tres no nacionales, y una secretaría de apoyo.

Finalmente, la relación entre los tribunales domésticos, los tribunales nacionales y los tribunales de arbitraje. Señorías, es necesario mejorar esta relación con respecto a la situación existente en la actualidad y definir el procedimiento con más precisión para conseguir de manera clara el logro de dos objetivos: en primer lugar, atender la sensibilidad existente en relación con la posibilidad de que instancias privadas puedan en la práctica actuar como órganos de revisión de sentencias de los sistemas judiciales nacionales —esto hay que revisarlo—; y en segundo lugar, eliminar el riesgo de que puedan darse procedimientos paralelos en los tribunales nacionales y en los tribunales arbitrales, con posibilidad además de doble compensación por el mismo daño, o la búsqueda de compensación económica por una vía y retirada de la medida adoptada por el Estado en otra. La Comisión plantea dos opciones: la primera es la conocida como fork in the road o bifurcación en la carretera. Cuando el inversor decida iniciar una reclamación al Estado debe elegir si sigue la vía del tribunal nacional o la vía del arbitraje previsto en el tratado; ha de elegir una u otra, y una vez iniciado el procedimiento en una de ellas, no hay marcha atrás, renuncia a la otra. En la segunda opción, conocida como no you (*sic*) turn, o prohibido dar la vuelta, el inversor, a diferencia del anterior caso, puede iniciar un procedimiento en los tribunales nacionales, no tiene que elegir antes de iniciar el procedimiento, pero si considerara que su reclamación no está siendo debidamente atendida, puede renunciar a los tribunales nacionales para iniciar un proceso en un tribunal arbitral; eso sí, de manera irreversible, no pudiendo volver a los tribunales nacionales. Esta opción tiene la ventaja de que incentiva el uso de tribunales nacionales para dirimir conflictos de inversión; y esta es, justamente, la opción que se ha seguido en el acuerdo CETA, el acuerdo con Canadá, y en el acuerdo con Singapur.

En resumen, lo que está ahora sobre la mesa es una reforma en profundidad del sistema de protección de inversiones actual. El nuevo sistema va a garantizar el derecho y la libertad de los Estados a legislar. Va a entrañar pasar a un sistema permanente y controlado públicamente y no privadamente, en el que se garantice la objetividad e independencia de los jueces que decidan los casos, y va a introducir transparencia en la elección de los jueces y los procedimientos. Asimismo, va a dar la posibilidad de acudir a un órgano de apelación para asegurar una interpretación uniforme de los estándares de protección y, finalmente, va a definir la relación entre sistemas judiciales nacionales y tribunales arbitrales, de forma que se respete la integridad de los sistemas judiciales nacionales y se eviten casos paralelos en ambos sistemas”: ver *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, X Legislatura, núm. 832, de 11 de junio de 2015, pp. 9-10.

⁹⁸ El representante de este grupo, Juan Moscoso del Prado Hernández, afirmó que “Queremos que el nuevo sistema de ISDS pase por el reconocimiento claro de las competencias de los tribunales nacionales, de modo que lo que usted ha dicho va en la buena dirección y confiamos en que eso se concrete en nuestra propuesta, para que se garantice la protección jurídica de los inversores y se propongan soluciones permanentes, sujetas a principios y controles democráticos, administrados por jueces de carrera independientes. Queremos que ese tribunal ad hoc que se cree esté formado por jueces de carrera independientes elegidos públicamente, como ya hacemos en la Corte Penal Internacional, en el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo y en otros muchos tribunales internacionales, donde van jueces de carrera, y que incorpore un sistema de apelación, como usted también ha dicho”: ver *Ibid.*, p. 12.

⁹⁹ El representante de este grupo, Joan Coscubiela Conesa, afirmó que “las cuestiones vinculadas a los mecanismos de resolución de disputas entre Estados e inversores. Ese es uno de los aspectos más graves de este tratado. Es la privatización de la solución de los conflictos, pero no solo eso, es el cambio de valores. ¿Por qué los inversores no quieren tribunales y quieren sistemas de arbitraje? Porque los tribunales actúan con un criterio de derechos, y los mecanismos de mediación y arbitraje funcionan por lo que llaman arbitrajes de equidad basados en intereses. Esa es la gran diferencia. No estamos hablando de cosas muy concretas. Por supuesto que no es nada nuevo y que ya se ha puesto en práctica. Precisamente porque sabemos las consecuencias de esos mecanismos de mediación y arbitraje de solución de conflictos privados en otros tratados de libre comercio es por lo que nos negamos a eso. ¿Cuáles son las consecuencias? Las consecuencias son que los inversores adquieren plena garantía de sus inversiones externalizando los riesgos —nunca asumen riesgos—, y los Estados en la práctica ven limitada su

oposición a la inclusión del arbitraje de inversión en el TTIP. Asimismo, el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia¹⁰⁰ también se posicionó sobre este expediente, enriqueciendo el debate al plantear un problema que había pasado inadvertido: la necesidad de evitar conflictos de jurisdicción entre los órganos arbitrales creados eventualmente por el TTIP con el TJUE y los tribunales internos de los Estados miembros de la UE y los Estados Unidos de América¹⁰¹.

Las negociaciones del TTIP han impulsado el debate en las Cortes sobre la política europea de inversiones y, en particular, sobre el arbitraje de inversión. Incluso en el año 2015, como se ha advertido, este debate se ha extendido al CETA. Aunque los partidarios y detractores del CETA y el TTIP emplean argumentos que, en algunos casos, adolecen del más elemental rigor jurídico, no es menos cierto que de los mismos se puede deducir claramente una preocupación, compartida por parte de la sociedad

capacidad de regulación. Por supuesto que se puede regular, pero como dijo el otro día en TV3 un portavoz de los despachos que asesoran en algunos de los casos sobre estos procedimientos de mediación de conflictos: El Estado es libre de tomar la decisión que sea; ahora, tiene que pagar las consecuencias de sus decisiones. Y lo hemos visto. Gobiernos que han intentado modificar la legislación de Gobiernos anteriores no lo han podido hacer porque para ello han tenido que pagar unas indemnizaciones multimillonarias establecidas en esos sistemas de arbitraje. Fíjense bien en la situación a la que vamos a llegar. Vamos a llegar a una situación en la que en España, por ejemplo, los pensionistas reclaman ante el Tribunal Constitucional que han perdido su derecho a la revalorización de pensiones y el Tribunal Constitucional les contesta: Ustedes no tenían consolidado este derecho, porque este derecho lo tenían, pero lo puede modificar otro Gobierno. Por tanto, como no lo tenían, lo pueden modificar y ustedes se quedan sin ese derecho. En cambio, cuando no es un pensionista sino un inversor, el Gobierno de turno no tiene capacidad. Sí, la tiene, pero compensando. Ahí vamos, ¿eh? Quiero insistir en ello. Lo vamos a ver muy pronto. Usted sabe que tenemos la espada de Damocles de las reclamaciones hechas ante las instituciones del Banco Mundial por una parte importante de los inversores de las renovables. Vamos a ver pronto las consecuencias que eso tiene, incluso una decisión tomada por este Gobierno en ese sentido”: ver *Ibid.*, p. 17.

¹⁰⁰ El representante de este grupo, el profesor Rafael Calduch Cervera, señaló que “Todo lo que se ha discutido, e incluso lo que ha dicho usted, señor secretario de Estado, sobre los arreglos arbitrales, es algo que ya está más que regulado internacionalmente y reutilizado. Yo no comparto la idea de que las corporaciones multinacionales siempre ganan en esas comisiones arbitrales, e incluso aunque ganen jurídicamente, como le ha pasado a Repsol, pierden económicamente. Eso ocurre. El Ciadi existe, se ha ido al Ciadi, y al final ese tipo de comisiones arbitrales, que sí resuelven con arreglo a derecho y equidad, y no con arreglo a intereses, como se ha dicho, tiene su función, y eso está regulado. El problema no creo que se resuelva porque existan fórmulas más o menos avanzadas; el problema existe porque va a haber un conflicto de jurisdicciones. Por un lado, está la de la comisión arbitral correspondiente, sea al nivel que sea, pero en el ámbito interno europeo las competencias exclusivas jurisdiccionales las tiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en todo lo que afecta a comercio y en buena parte de lo que afecta a reglas como la de la competencia, etcétera. Digan lo que digan las comisiones arbitrales, la aplicación interna tendrá que pasar por la interpretación judicial que haga el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y no tanto los tribunales nacionales; y haciendo la simetría, lo mismo ocurre con el Tribunal Supremo norteamericano. Ahí es donde veo yo el problema, en el conflicto de jurisdicciones que se pueda dar entre lo que resuelva la comisión arbitral y cómo se ejecute internamente tanto en el ámbito de la Unión Europea como en el ámbito norteamericano, pero esa es una preocupación que, como podrá comprender, excede mucho del punto de la negociación en la que se encuentran en este momento”: ver *Ibid.*, p. 21.

¹⁰¹ El TTIP afronta este reto dando prioridad a las decisiones de los órganos arbitrales y excluyendo la posibilidad de que estas puedan ser objeto de recurso alguno: ver el artículo 30.1 de la Sección tercera del TTIP y, en el mismo sentido, el artículo 8.28.9.b) del CETA [en relación con el artículo 8.28.9.e) y el artículo 8.41.3 del CETA].

civil española y europea, porque las controversias derivadas de una inversión extranjera sean sometidas directamente ante un tribunal arbitral internacional, obviando a las jurisdicciones internas de los Estados miembros.

Si el CETA¹⁰² y el TTIP¹⁰³ acaban siendo celebrados como acuerdos mixtos, este debate se intensificará cuando ambos acuerdos sean sometidos ante las Cortes para obtener la correspondiente autorización previa a la manifestación del consentimiento por parte del Reino de España¹⁰⁴.

V. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DERIVADOS DE UNA EVENTUAL EXCLUSIÓN DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LA POLÍTICA CONVENCIONAL EUROPEA

Al margen de que desde el punto de vista político sea una opción válida, excluir el arbitraje de inversión de los acuerdos celebrados por la UE comportaría importantes retos y desafíos tanto para la UE como para sus Estados miembros. En este apartado nos limitamos a comentar los que surgirían al calor de la existencia de regímenes convencionales sucesivos relativos a la misma materia, así como a plantear muy sumariamente las consecuencias del “Brexit” para la política convencional europea sobre promoción y protección de las inversiones extranjeras.

1. Los acuerdos internacionales sobre promoción y protección recíproca de las inversiones ya celebrados por los Estados miembros de la Unión Europea

Los acuerdos internacionales sobre comercio e inversiones que está celebrando la UE con Canadá, los Estados Unidos de América, Singapur y Vietnam, entre otros Estados, vienen a sustituir a otros APPRI celebrados por algunos Estados miembros con estos sujetos. Así, Canadá ha celebrado siete APPRI con Estados miembros de la UE¹⁰⁵; los Estados Unidos de América nueve¹⁰⁶; Singapur doce¹⁰⁷ y, por último, Vietnam nada

¹⁰² El Parlamento Europeo ha dado su visto bueno al CETA, que está listo para entrar provisional y parcialmente en vigor, hasta que sea ratificado por todos los Estados miembros: ver 10972/16 Rev. 1, de 26 de octubre de 2016; y 10976/16, de 5 de octubre de 2016.

¹⁰³ Resolución del Parlamento Europeo titulada “Negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership”, P8_TA-PROV(2015)0252, de 8 de julio de 2015, apdo. S.

¹⁰⁴ El Consejo de Ministros acordó el 24 de marzo de 2017 remitir a las Cortes Generales el CETA para su ratificación: ver

<http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2017/refc20170324.aspx#Canada>

¹⁰⁵ Los APPRI celebrados con Croacia (de 3 de febrero de 1997); Eslovaquia (de 20 de julio de 2010); Hungría (3 de octubre de 1991); Letonia (de 5 de mayo de 2009); Polonia (de 6 de abril de 1990); República Checa (6 de mayo de 2009); y Rumania (de 8 de mayo de 2009).

¹⁰⁶ Los APPRI celebrados con Bulgaria (de 23 de septiembre de 1992); Croacia (de 13 de julio de 1996); Eslovaquia (de 20 de octubre de 1991); Estonia (de 19 de abril de 1994); Letonia (de 13 de enero de 1995); Lituania (de 14 de noviembre de 1998); Polonia (de 21 de marzo de 1990); República Checa (de 20 de octubre de 1991); y Rumania (de 8 de mayo de 2009).

¹⁰⁷ Los APPRI celebrados con Alemania (de 3 de octubre de 1973); Bulgaria (de 15 de septiembre de 2003); Eslovaquia (de 13 de octubre de 2006); Eslovenia (de 25 de enero de 1999); Francia (de 8 de septiembre de 1975); Hungría (de 17 de abril de 1997); Letonia (de 7 de julio de 1998); Lituania (de 27 de septiembre de 1995); Países Bajos (de 16 de mayo de 1972); Polonia (de 3 de junio de 1993); Reino

menos que 19¹⁰⁸. Todos estos acuerdos bilaterales celebrados por los Estados miembros de la UE deben ponerse en relación con el régimen jurídico diseñado por la Comisión Europea para acompañar la atribución del ejercicio de esta competencia. En particular, les resulta de aplicación el artículo 3 del Reglamento (UE) núm. 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países¹⁰⁹ (Reglamento núm. 1219/2012)¹¹⁰, cuyo tenor literal señala lo siguiente:

“Sin perjuicio de otras obligaciones de los Estados miembros en virtud del Derecho de la Unión, los acuerdos bilaterales de inversión notificados con arreglo al artículo 2 del presente Reglamento podrán mantenerse o entrar en vigor, de acuerdo con el TFUE y el presente Reglamento, hasta que entre en vigor un acuerdo bilateral de inversión entre la Unión y el tercer país de que se trate”.

La celebración de un acuerdo bilateral de inversiones o de un acuerdo de comercio más general que contenga un capítulo específico dedicado a la protección de las inversiones por parte de la UE con un tercer sujeto, siguiendo el tenor de este precepto, implica la terminación de los APPRI que con él hubiesen celebrado los Estados miembros de la UE. Ahora bien, conviene formular algunas precisiones a esta afirmación tanto desde la perspectiva del Derecho de la UE como del DI público.

En primer lugar, en el caso que nos ocupa es la UE (y no el Estado miembro) quien celebra el acuerdo posterior. Cabe preguntarse entonces si la UE puede celebrar en exclusiva ese acuerdo mediante el que se conviene la terminación automática de los APPRI anteriormente celebrados por sus Estados miembros. En otras palabras, hasta qué punto puede un acuerdo posterior donde no participan los Estados miembros de la UE producir efectos jurídicos sobre los APPRI por ellos celebrados con anterioridad y de qué forma esta solución resulta compatible con el artículo 59 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)¹¹¹, que establece:

“1. Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y:

Unido (de 22 de julio de 1975); República Checa (de 8 de abril de 1995); y Unión Belgo-luxemburguesa (de 17 de noviembre de 1978).

¹⁰⁸ Los APPRI celebrados con Alemania (de 3 de abril de 1993); Bulgaria (de 19 de septiembre de 1996); Dinamarca (de 23 de julio de 1993); Eslovaquia (de 17 de diciembre de 2009); España (de 20 de febrero de 2006); Finlandia (de 21 de febrero de 1998); Francia (de 26 de mayo de 1992); Grecia (de 13 de octubre de 2008, no en vigor); Hungría (de 26 de agosto de 1994); Italia (de 18 de mayo de 1990); Letonia (de 6 de noviembre de 1995); Lituania (de 27 de septiembre de 1995); Países Bajos (de 10 de marzo de 1994); Polonia (de 31 de agosto de 1994); Reino Unido (de 1 de agosto de 2002); República Checa (de 25 de noviembre de 1997); Rumania (de 15 de septiembre de 1994); Suecia (de 8 de septiembre de 1993); y Unión Belgo-luxemburguesa (de 24 de enero de 1991).

¹⁰⁹ PASTOR PALOMAR, A., “La aplicación práctica del Reglamento (UE) N° 1219/2012 sobre los Acuerdos bilaterales de inversión entre estados miembros y terceros países”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 31 (2013), pp. 1-21.

¹¹⁰ *DO L* núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

¹¹¹ *BOE* núm. 142, de 13 de junio de 1980.

- a) se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o
- b) las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente”.

Este problema ha sido discutido por la Comisión y los Estados miembros con motivo de la solicitud del Dictamen 2/15, relativo a la celebración del acuerdo con Singapur. La Abogado General (AG) Sharpston se alineó a favor de los Estados miembros y en sus conclusiones advirtió que en estos casos, si el acuerdo es celebrado únicamente por la UE y no tiene carácter mixto, no cabe entender una sucesión automática de la UE por sus Estados miembros:

“I can find no basis in international law (as it currently stands) for concluding that the European Union may automatically succeed to an international agreement concluded by the Member States, to which it is not a party, and then terminate that agreement. Such a rule would constitute an exception to the fundamental rule of consent in international law-making. Accepting the Commission’s position would mean that, as a result of changes in EU law and (possibly) the European Union’s exercise of its external competences, a Member State might cease to be a party to an international agreement, even though it was a State which had consented to be bound by that agreement and for which that agreement was in force. The Member State’s rights and obligations under that agreement would become extinguished and, should the European Union decide to exercise its new competences, be replaced by rights and obligations assumed by the European Union with the third State, without the Member State having expressed its consent to those (fundamental) changes”¹¹².

La posición de la AG está en línea con el artículo 59 del CVDT, en tanto que reconoce la necesidad de que todas las partes en el tratado anterior celebren el tratado posterior sobre la misma materia. Sin embargo, el TJUE ha sostenido una posición completamente distinta en su Dictamen 2/15 y ha avalado la posibilidad de que la UE, en exclusiva, convenga con un tercer sujeto la terminación automática de los APPRI ya celebrados por sus Estados miembros:

“the line of argument that the Member States should have the ability to adopt, after commitments concerning foreign direct investment contained in a agreement concluded by the European Union have entered into force, acts which determine what happens to commitments concerning this matter that are in the bilateral agreements which they have previously concluded with the same third State cannot succeed”¹¹³.

En el plano del Derecho de la UE, la posición del TJUE supone aceptar que la UE puede sustituir a los Estados miembros en la relación jurídica que mantienen con terceros sujetos a través de los APPRI, en virtud del carácter exclusivo que ha asumido

¹¹² Conclusiones de la AG Sharpston de 21 de diciembre de 2016, *Competencia para celebrar el acuerdo internacional con Singapur*, apdo. 396.

¹¹³ Dictamen de 16 de mayo de 2017, *Competencia para celebrar el acuerdo internacional con Singapur*, 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, apdo. 396.

la competencia en la materia¹¹⁴. Esta decisión, sin embargo, no deja de plantear inquietudes desde el punto de vista del DI de los tratados, ya que el artículo 59 del CVDT afirma que se “considerará que un tratado (anterior) ha terminado *si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y (...)*”¹¹⁵.

Al margen de las cuestiones que se derivan de la naturaleza de la competencia de la UE sobre protección de las inversiones extranjeras directas, en segundo lugar, para arbitrar jurídicamente una solución como la señalada, resulta necesario que en el acuerdo posterior celebrado por la UE se incluyan mecanismos que permitan solventar los problemas que plantea la sucesión de tratados internacionales relativos a la misma materia, en el bien entendido de que la mera terminación del APPRI anterior no es suficiente. En efecto, recuérdese que los APPRI usualmente contienen una cláusula –la denominada *sunset clause*– que mantiene sus efectos por un determinado periodo de tiempo tras su terminación, con el propósito de conferir una protección adicional a las inversiones extranjeras establecidas durante su vigencia. En el caso del APPRI celebrado entre España y Vietnam¹¹⁶, por ejemplo, se establece un periodo de diez años en su artículo 13.3, que dispone:

“Con respecto a las inversiones efectuadas antes de la fecha de terminación del presente Acuerdo, las disposiciones de los artículos 1 a 12 seguirán en vigor por otro período de diez años a partir de la fecha de terminación del presente Acuerdo”.

Así las cosas, resultará necesario que el acuerdo posterior incluya no sólo una disposición que expresamente prescriba la terminación de los APPRI anteriormente celebrados por los Estados miembros, sino también que las partes dejen sin efecto todas las *sunset clauses* en ellos contenidas. Esta es la solución adoptada en el acuerdo negociado con Singapur, cuyo artículo 9.10 tiene como título “*relationships with other agreements*” y señala que:

“1. *Upon the entry into force of this Agreement, including this Chapter, the agreements between Member States of the European Union and Singapore listed in Annex 9-D including the rights and obligations derived therefrom, shall cease to have effect and shall be replaced and superseded by this Agreement.*
2. *In the event of the provisional application in accordance with paragraph 4 of Article 17.12 [Entry into Force] of this Agreement, including this Chapter, the application of the provisions of the agreements listed in Annex 9-D, as well as the rights and obligations derived therefrom, shall be suspended as of the date of provisional application. In the event the provisional application of this Agreement is terminated, the suspension shall cease and the agreements listed in Annex 9-D shall have effect.*

¹¹⁴ La doctrina ya ha expresado sus dudas acerca de esta conclusión del TJUE, en tanto que parece confundir la naturaleza de la competencia con la capacidad de la UE para sustituir a los Estados miembros en el marco de sus relaciones convencionales: ver LAVRANOS, N., “The CJEU’s Opinion on EU-SING FTA: More Confusion than Clarity”, *Kluwer Arbitration Blog*, de 30 de mayo de 2017.

¹¹⁵ Cursiva añadida. El Convenio de 1986 sobre tratados celebrados entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales mantiene una redacción similar en su artículo 59.

¹¹⁶ *BOE* núm. 303, de 17 de diciembre de 2011.

3. *Notwithstanding paragraphs 1 and 2, a claim may be submitted pursuant to the provisions of an agreement listed in Annex 9-D, regarding treatment accorded while the said agreement was in force, pursuant to the rules and procedures established in the agreement, and provided that no more than three (3) years have elapsed since the date of suspension of the agreement pursuant to paragraph 2 or, if the agreement is not suspended pursuant to paragraph 2, the date of entry into force of this Agreement .*

4. *Notwithstanding paragraphs 1 and 2, if the provisional application of this Agreement, including this Chapter, is terminated and this Agreement, including this Chapter, does not enter into force, a claim may be submitted pursuant to the provisions of this Agreement, regarding treatment accorded during the period of the provisional application of this Agreement, pursuant to the rules and procedures established in this Agreement, and provided no more than three (3) years have elapsed since the date of termination of the provisional application”.*

Nótese que el párrafo tercero del citado precepto introduce un elemento de flexibilidad para con los inversores, al concederles un periodo de tres años para iniciar un arbitraje de inversión conforme a las disposiciones de los antiguos APPRI, siempre que dicha controversia se hubiera originado durante la vigencia de los mismos. Se trata de una medida transitoria que viene a paliar la drástica terminación de los efectos de las *sunset clauses*, que generalmente extienden su protección por periodos que oscilan entre los diez y veinte años.

De mediar un acuerdo entre los sujetos interesados, por tanto, los problemas jurídicos derivados de los tratados sucesivos relativos a una misma materia se canalizarían de la forma señalada, facilitándose la creación de un régimen homogéneo de protección de las inversiones y de los inversores. En defecto de un acuerdo entre ellos, los riesgos de heterogeneidad subsistirían. Si se opta por un sistema de arreglo de las controversias que no incluya al arbitraje de inversión, habría que valorar cuál es la reacción de los Estados miembros que han celebrado APPRI que contemplan ese mecanismo de solución de controversias y si estarían dispuestos a aceptar un cambio tan sustancial de régimen jurídico.

Mientras que, en el supuesto de que los acuerdos internacionales celebrados por la UE no contemplaran finalmente un capítulo sobre inversiones –ni un mecanismo de solución de las controversias surgidas de las mismas–, los APPRI extra-UE continuarían en vigor. Es por esto que varios Estados miembros de la UE que no han celebrado APPRI con Canadá y los Estados Unidos de América –entre los que figura España– solicitaron a la Comisión Europea en el año 2014 mantener el capítulo sobre protección de las inversiones en los acuerdos internacionales que negocia¹¹⁷, seguramente

¹¹⁷ Esta solicitud fue transmitida mediante carta de 21 de octubre de 2014, que es citada por QUICK, R., “Why TTIP Should Have an Investment Chapter Including ISDS”, *Journal of World Trade*, vol. 49, núm. 2 (2015), pp. 199-210, p. 203 (nota 21). A la misma carta se refirió también el Diputado del Grupo Parlamentario Socialista Álvaro Anchuelo Crego en las Cortes al formular una pregunta al Gobierno (núm. 63402), señalando que la carta había sido “filtrada” por el *Financial Times*: ver *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D, núm. 561, de 18 de noviembre de 2014, p. 250.

temerosos de que los inversores norteamericanos –ante un escenario como el que plantea esta segunda alternativa– opten por establecerse en aquellos Estados miembros de la UE que sí han celebrado APPRI con Canadá y los Estados Unidos de América.

Prescindir del arbitraje de inversión en los futuros acuerdos internacionales sobre protección de las inversiones que celebre la UE y conservar en vigor el régimen actual daría lugar a una clara situación de asimetría jurídica entre los Estados miembros de la UE que han celebrado APPRI con Canadá y los Estados Unidos de América y el resto de Estados miembros. Mantener este escenario resultaría poco consistente con el afán armonizador que parece guiar la actividad de la Comisión Europea. Porque es difícil contemplar que, en ausencia de un acuerdo celebrado por la UE, los Estados miembros que sí han celebrado APPRI con Canadá y los Estados Unidos de América denuncien estos acuerdos, rebajando así el estándar de protección conferido a los inversores norteamericanos y renunciando a una potencial ventaja competitiva respecto al resto de Estados miembros.

Resulta necesario, por consiguiente, que la UE y sus Estados miembros convengan un sistema que aporte homogeneidad al régimen jurídico de protección de las inversiones extranjeras, con independencia de la suerte que finalmente corra el arbitraje de inversión como medio de solución de las controversias relativas a inversiones extranjeras. El arbitraje de inversión es una de las alternativas u opciones a través de la que se puede canalizar este expediente, pero no es la única.

2. La situación de los acuerdos internacionales sobre promoción y protección recíproca de las inversiones celebrados por el Reino Unido: algunas reflexiones preliminares al calor del “Brexit”

Sin perjuicio de que los comentarios que siguen son sólo provisionales y están sometidos a que la retirada del Reino Unido de la UE se haga finalmente efectiva, este acontecimiento también tendrá consecuencias importantes para la política convencional europea de protección de inversiones.

El Reino Unido, después de Alemania y Francia, es el Estado miembro de la UE que más APPRI ha celebrado, un total de 110. De entre ellos, doce APPRI intra-UE¹¹⁸. Como se ha indicado anteriormente, los inversores de nacionalidad británica han invocado estos acuerdos en 67 ocasiones para solicitar la tutela de sus derechos¹¹⁹. De esas controversias, 18 se han planteado contra Estados miembros de la UE, por este orden: República Checa (siete); España (cinco); Hungría (tres); Italia (1); y Rumania (dos).

¹¹⁸ Los APPRI celebrados con Bulgaria (de 11 de diciembre de 1995); Croacia (de 11 de marzo de 1997); Eslovaquia (de 10 de julio de 1990); Eslovenia (de 3 de julio de 1996); Estonia (de 12 de mayo de 1994); Hungría (de 9 de marzo de 1987); Letonia (de 24 de enero de 1994); Lituania (de 17 de mayo de 1993); Malta (de 4 de octubre de 1986); Polonia (de 8 de diciembre de 1987); República Checa (de 10 de julio de 1990); y Rumania (de 13 de julio de 1995)

¹¹⁹ Ver *supra*, cuadro número 2.

Por lo que se refiere a los APPRI intra-UE, cuya terminación parece segura en el contexto de la UE, la retirada del Reino Unido podría suponer que se mantengan en vigor. En efecto, en estos momentos la Comisión Europea desarrolla un procedimiento por incumplimiento contra cinco Estados miembros (Austria, Eslovaquia, Países Bajos, Rumania y Suecia), aunque ya ha advertido que podría ampliarlo al resto de los Estados miembros, donde persigue que todos ellos terminen sus APPRI intra-UE al considerarlos contrarios al Derecho de la UE¹²⁰. Esta medida trata de armonizar el régimen de protección de las inversiones establecido *ad intra* y puede tener repercusiones notables para el conjunto de los Estados miembros¹²¹. El Reino Unido, llegado el caso, escaparía de los efectos de un procedimiento por incumplimiento de esta naturaleza y no tendría por qué dar por concluidos los doce APPRI intra-UE que ha celebrado, que continuarían en vigor y producirían plenos efectos jurídicos.

Por otra parte, desde la perspectiva de los APPRI extra-UE celebrados por el Reino Unido, su retirada de la UE supondría que quedarían excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento núm. 1219/2012. En otras palabras, estos APPRI dejarían de someterse al examen de compatibilidad con el Derecho de la UE que receta el artículo 5 de dicha norma secundaria¹²². También quedaría eximido el Reino Unido de cumplir con el mandato previsto en el artículo 9 del Reglamento núm. 1219/2012, que somete la entrada en vigor de todos los APPRI celebrados con posterioridad al 1 de diciembre de 2009 a la autorización de la Comisión Europea¹²³.

En definitiva, el Reino Unido recuperaría íntegramente su competencia para celebrar acuerdos internacionales sobre promoción y protección de las inversiones con terceros

¹²⁰ En particular, la Comisión Europea ha señalado que “*The European Commission has today sent a formal request to Austria, the Netherlands, Romania, Slovakia and Sweden to terminate their intra-EU bilateral investment treaties (‘BITs’). BITs are agreements establishing the terms and conditions for private investment by nationals and companies of one state in another. Many of these intra-EU BITs were agreed in the 1990s. They were mainly struck between existing members of the EU and those who would become the ‘EU 12’, the Member States joining in 2004 and 2007. They were aimed at reassuring investors at a time when private investors - sometimes for historical and political reasons – might have been wary of investing in those countries. Since the enlargement, such ‘extra’ reassurances should not be necessary, because EU rules in the single market, such as the freedom of establishment and the free movement of capital, already provide a legal framework for cross-border investments. All Member States are subject to the same EU rules, which equally provide protection for EU investors*”: ver MEMO/16/3125, de 29 de septiembre de 2016.

¹²¹ Varios Estados miembros (Alemania, Austria, Finlandia, Francia y los Países Bajos) han mostrado su interés en llegar a una transacción en el seno del Consejo de la UE, consistente en la terminación de los APPRI intra-UE actualmente en vigor (como exige la Comisión Europea) a cambio de establecer un régimen de protección de las inversiones común, firmando todos los Estados miembros un acuerdo internacional que prevea un mecanismo de arreglo de las controversias relativas a inversiones basado en el recurso preferente a los tribunales internos y la mediación entre el inversor y el Estado receptor, constituyendo la vía jurisdiccional internacional el último recurso de este sistema: ver https://www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05_0.pdf

¹²² Señala este precepto que “Con miras a la sustitución progresiva de los acuerdos bilaterales de inversión notificados con arreglo al artículo 2, la Comisión podrá evaluar dichos acuerdos notificados con arreglo al artículo 2 examinando si alguna disposición de los mismos constituye un serio obstáculo para la negociación o celebración por la Unión de acuerdos bilaterales de inversión con terceros países”.

¹²³ En esta situación se encuentra el APPRI celebrado con Libia (de 23 de diciembre de 2009).

sujetos y los APPRI ya celebrados se mantendrían en vigor. Esta segunda circunstancia resulta de notable importancia para el resto de inversores europeos, porque los acuerdos internacionales que negocia la UE prevén para ellos un régimen sustantivo y procesal distinto al contenido en la mayoría de APPRI celebrados por los Estados miembros hasta ahora¹²⁴. Así las cosas, al mantener vigentes los APPRI celebrados con terceros Estados o los propios Estados miembros, el Reino Unido podría situarse en una situación privilegiada respecto a los derechos que sería capaz de conferir a los inversores que operasen en su territorio. Una ventaja competitiva que podría hacer valer para compensar los efectos adversos y negativos que el “Brexit” podría generar sobre estos operadores económicos.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

La celebración de nuevos acuerdos internacionales de carácter comercial y sobre promoción y protección recíproca de las inversiones por parte de la UE ha generado un interesante debate en la opinión pública europea acerca de la necesidad de introducir en estos acuerdos un sistema para la solución de las controversias relativas a inversiones que permita plantear arbitrajes de inversión cuando alguna de las partes en el acuerdo incumpla sus obligaciones de protección hacia los inversores extranjeros. Este debate se ha intensificado en los últimos años, a medida que ha crecido el número de arbitrajes de inversión iniciados contra los Estados miembros de la UE.

Excluir el arbitraje de inversión y confiar la tarea de resolver las controversias derivadas de una inversión a los tribunales internos puede resultar una alternativa puntualmente interesante cuando se celebran acuerdos de inversiones con Estados que cuentan con un sistema judicial bien estructurado, imparcial, independiente e inmune a la influencia que puedan ejercer sobre ellos el resto de poderes públicos. Ahora bien, supone una apuesta política y jurídica muy ambiciosa para la UE, dado que en la mayoría de los casos los inversores europeos verán cómo se rebajan los estándares procesales de protección que les conferían los APPRI celebrados anteriormente por los Estados miembros. Además, atribuir a los tribunales internos la competencia para resolver estas controversias supone renunciar a una vía de control internacional de la conducta de los Estados. La práctica internacional reciente, por ejemplo en el ámbito del Derecho de la UE (cláusulas abusivas o cláusulas suelo en las hipotecas), demuestra lo útil que puede ser para los individuos mantener abiertas vías de recurso ante los tribunales internacionales.

Apostar por el arbitraje de inversión, por su parte, implica conservar un régimen excepcional en el DI público. Un sistema que confiere un tratamiento privilegiado a los inversores extranjeros y que permite a un órgano arbitral internacional revisar la conducta de los Estados en virtud del DI de las inversiones. Un régimen que está siendo objeto de duras críticas por parte de varios sectores de la sociedad civil europea tanto por su carácter poco transparente como por la ausencia de un cuerpo de jurisprudencia

¹²⁴ REINISCH, A., “Putting the Pieces Together... An EU Model BIT?”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 15 (2014), pp. 679-704, pp. 690-703.

coherente. Por todo ello, la búsqueda de soluciones conciliadoras que hagan coexistir la posibilidad de iniciar una reclamación internacional ante un tribunal permanente y el recurso preferente a los tribunales internos del Estado receptor de la inversión, unida a la redacción de estándares sustantivos de protección de las inversiones más precisos que propicien una jurisprudencia más coherente, pueden permitir alcanzar el necesario consenso acerca de un nuevo régimen jurídico aplicable a la solución de controversias relativas a inversiones extranjeras en la UE.

En este sentido, dada la naturaleza excepcional que tiene el arbitraje de inversión en el seno del DI público, su progresiva sustitución por un mecanismo jurisdiccional de carácter permanente podría paliar parte de las críticas que se formulan hacia este sistema de solución judicial de las controversias. La propuesta de crear un tribunal permanente de inversiones apadrinada por la UE debe entenderse como un síntoma del notable grado de autonomía y especialización alcanzado por el DI de las inversiones. No resulta un fenómeno extraño en el ordenamiento internacional, sino más bien es una consecuencia del desarrollo que está experimentando este sector normativo en los últimos tiempos.

Al margen del debate político surgido en la opinión pública sobre la conveniencia de mantener o modificar el arbitraje de inversión en los acuerdos internacionales que está celebrando la UE, interesa señalar que el TJUE todavía debe pronunciarse acerca de su compatibilidad con el Derecho de la UE. En el Dictamen 2/15, dado que esta cuestión fue convenientemente excluida por la Comisión Europea en su solicitud de dictamen, el TJUE se ha limitado a advertir que la inclusión del arbitraje de inversión en un acuerdo internacional celebrado por la UE no puede ser convenida “*without the Member States’ consent*” y que este sistema de arreglo de las controversias “*removes disputes from the jurisdiction of the courts of the Member States*”. Cabe esperar que el TJUE se pronuncie más claramente sobre la compatibilidad del arbitraje de inversión con el sistema jurisdiccional de la UE, momento en el que estaremos en condiciones de concluir definitivamente su viabilidad como medio de solución de las controversias relativas a inversiones en el contexto de la acción exterior de la UE.