

La nueva política de la Unión Europea de protección de inversiones

Luis Óscar MORENO GARCA CANO*

Celia PÉREZ IBÁÑEZ **

Sumario: I. Introducción. II. Los Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversión (APPRI). 1. Panorama general. 2. Contenido: A) Definición de “inversión”; B) Promoción y admisión; C) Cláusulas de tratamiento relativo de la inversión: a) Trato Nacional (TN); b) Trato de la Nación Más Favorecida (TNMF); D) Cláusulas de tratamiento absoluto a la inversión: a) Trato Justo y Equitativo; b) Protección frente a la expropiación; E) Mecanismos de solución de controversias. III. Reglamento (UE) n° 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los Acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países o reglamento que da cobertura a los APPRIS de los Estados miembros. 1. El desarrollo de la negociación de la propuesta. 2. El contenido del Reglamento (UE) N° 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012. 3. Los APPRI (*Bilateral Investment Treaties*, BIT) firmados antes del 1 diciembre 2009. 4. Negociación de Nuevos Acuerdos o autorización de los negociados antes del 9 enero 2013. 5. Acuerdos firmados por los Estados miembros entre el 1 diciembre 2009 y el 9 enero 2013. IV. Efectos prácticos de la entrada en vigor del Reglamento 1219/12. 1. Los nuevos acuerdos de la Unión Europea. 2. El proyecto de Reglamento de Responsabilidad financiera. 3. Más allá de los APPRIs: nuevos instrumentos para proteger las inversiones en el exterior. 4. Vías complementarias a los acuerdos de inversión: A) Revisión del clima de inversión: *Watch-list (name and shame)*; B) Informes de barreras al comercio; C) Retirada del Sistema de Preferencias Generalizadas; D) Comité de Inversión (CI) de la OCDE; E) Grupo del Banco Mundial; F) *Alliance Building*; G) Legislación *ad hoc (award enforcement)*. V. Conclusiones.

* Subdirector de Comercio Internacional de Servicios e Inversiones

** Subdirectora Adjunta de Comercio Internacional de Servicios e Inversiones.

Resumen: La nueva política de la Unión Europea de protección de inversiones

A raíz de la atribución a la Unión de la competencia exclusiva en materia de inversiones extranjeras directas, la Comisión adoptó en 2010 una Comunicación relativa a una política global europea en materia de inversión internacional que estudia las principales orientaciones estratégicas de una futura política de la Unión en materia de inversión. La nueva política de comercio exterior de la Unión Europea se asienta en varios instrumentos o iniciativas: En primer lugar, un Reglamento que permite la compatibilidad de los actualmente en vigor Acuerdos de Inversión de los Estados Miembros con el derecho de la Unión; en segundo lugar, la Unión ha ampliado el alcance de los Acuerdos de Libre Comercio para incorporar un capítulo de protección de inversiones, cuyo contenido incluya tanto las cláusulas habituales de los Acuerdos de inversión como la característica fundamental de los mismos que es el recurso a la solución de disputas entre inversor y Estado. Finalmente, si un inversor plantea una disputa es necesario contar con un instrumento que determine quién será el demandado –el Estado Miembro o la Unión Europea– y quién el responsable financiero. Estos tres instrumentos permiten validar los actuales Acuerdos de Inversión de los Estados Miembros, a la vez que permiten su sustitución gradual en el tiempo por otros firmados por la Unión. Con todo, conviene hacer alguna reflexión sobre la oportunidad de añadir otro tipo de instrumentos que complementen estos acuerdos para reforzar la política de protección de inversiones, especialmente en aquellos países cuyo clima de inversión pone en peligro la inversión extranjera.

Palabras clave: ACUERDOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES (APPRI) – ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES – TRATADO DE LISBOA – REGLAMENTO UE “GRANDFATHERING” – ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO E INVERSIÓN UE.

Abstract: *The New Policy of the European Union Investment Protection*

The Lisbon Treaty provides the European Union with a new exclusive competence regarding foreign direct investment. The European Union Commission published in 2010 a Communication which spells out the main strategic orientations of the EU future investment policy as well as the main actions for the short and medium term: Firstly, a Regulation, which entered into force in January 2013, establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries. This Regulation makes those Bilateral Investment Treaties of the Member States currently in force compatible with European Union Law by “grandfathering” them. Secondly, the European Union has broadened the scope of the so far Trade Agreements introducing a new investment chapter, which encompasses not only the usual investment protection clauses but also the main feature of any BIT which is the recourse to the investor–State Dispute Settlement, the so-called ISDS. Canada and Singapore will be the first Free Trade Agreements which introduce this new investment protection chapter. Thirdly, a proposal of Regulation establishing a framework for managing financial responsibility linked to ISDS tribunals established by international agreements to which the European Union is party. It remains to be seen if these instruments should be accompanied with further ones which may strengthen this new EU policy competence.

Keywords: BILATERAL INVESTMENT TREATIES – INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION, LISBON TREATY – EU GRANDFATHERING REGULATION – EU FREE TRADE AND INVESTMENT AGREEMENTS.

I. Introducción

El Tratado de Lisboa establece la competencia exclusiva de la Unión Europea en materia de inversiones extranjeras directas, como parte de la política comercial común (art. 207, ap. 1)¹. A raíz de la atribución a la Unión de las competencias exclusivas en materia de inversiones extranjeras directas, la Comisión adoptó, el 7 julio 2010, una Comunicación relativa a una política global europea en materia de inversión internacional y una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, estableciendo un arreglo transitorio para los acuerdos bilaterales sobre inversión entre Estados Miembros y terceros países. Esta Comunicación que estudia las principales orientaciones estratégicas de una futura política de la Unión en materia de inversión, así como los principales parámetros y principios de acción a corto y medio plazo, constituye el pistoletazo de salida a una nueva política de comercio exterior de la Unión Europea que se asienta en varios instrumentos o iniciativas: En primer lugar, un Reglamento que permite la compatibilidad de los actualmente en vigor Acuerdos de Inversión de los Estados Miembros con el Derecho de la Unión, otorgándoles así carta de naturaleza europea; en segundo lugar, la Unión ha ampliado el alcance de los Acuerdos de Libre Cambio para incorporar un capítulo de protección de inversiones, cuyo contenido incluya tanto las cláusulas habituales de los Acuerdos de inversión como la característica fundamental de los mismos que es el recurso a la solución de disputas entre inversor y Estado. Ahora bien, cuando tiene lugar una controversia de este tipo es preciso dirimir quién será el demandado –el Estado Miembro o la Unión Europea– y lo que es más importante, quien será el responsable financiero de los gastos, incluido el laudo, de tales disputas. Esto exige una norma que decida el papel de la Unión y los Estados Miembros y que establezca un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de controversias.

Estos tres instrumentos permiten validar los actuales Acuerdos de Inversión de los Estados Miembros, a la vez que permiten su sustitu-

¹ En el art. 206 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se dispone que, mediante el establecimiento de una unión aduanera de conformidad con los arts. 28 a 32, la Unión contribuirá, en el interés común, a la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales y a las inversiones extranjeras directas, así como a la reducción de las barreras arancelarias y de otro tipo. En el art. 207 se incluyen las inversiones extranjeras directas entre los ámbitos cubiertos por la política comercial común de la Unión. De conformidad con el art. 3, ap. 1, del TFUE, la política comercial común es un ámbito de competencia exclusiva de la Unión.

ción gradual en el tiempo por otros firmados por la Unión (lo que no impide, como abordaremos más adelante, que los Estados Miembros inicien también negociaciones por su cuenta para firmar los Acuerdos de Inversión que consideren oportunos). Constituyen, por tanto, el eje básico de toda política de protección de inversiones que ha permitido que en la actualidad existan casi 4.000 Acuerdos bilaterales de inversión firmados por más de 180 países. La importancia capital de estos acuerdos consiste en la posibilidad de resolución de controversias entre una empresa y el Estado destino de la inversión a través del arbitraje internacional de inversiones. Con todo, conviene hacer alguna reflexión sobre la oportunidad de añadir otro tipo de instrumentos que complementen estos acuerdos para reforzar la política de protección de inversiones, especialmente en aquellos países cuyo clima de inversión pone en peligro la inversión extranjera.

En las páginas que siguen se abordará el contenido y las consecuencias del Reglamento (UE) N° 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados Miembros y terceros países, denominado de *grandfathering* que da cobertura a los acuerdos de los Estados Miembros. Se repasará sucintamente los nuevos acuerdos de libre comercio de la Unión Europea en negociación que incorporan un capítulo de protección de inversión, así como la Propuesta por la que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera derivada de las controversias entre inversores y Estados elevadas a tribunales internacionales de arbitraje en base a los acuerdos internacionales en los que la Unión Europea es parte. Finalmente, se discutirán posibles nuevos instrumentos que refuercen la tradicional política de acuerdos de inversión extranjera.

II. Los Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversión (APPRI)

1. Panorama general

España comenzó a firmar desde principios de la década de los 90 los denominados acuerdos de protección y promoción recíproca de inversión (APPRI o en sus siglas en inglés BIT), que a día de hoy conforman ya una red de 72 que cubren amplias zonas geográficas, muy especialmente Iberoamérica, pues, a excepción de Brasil que no ha firmado con ningún país este tipo de acuerdo, se han firmado con la

mayoría de estos países. Debe, por otra parte, subrayarse el hecho de que la mayor parte se han firmado con países no OCDE.

El principal objetivo de estos acuerdos es proporcionar a la empresa española un marco de seguridad y estabilidad jurídica. Las cláusulas que contienen estos acuerdos están destinadas a proteger, en el plano del derecho internacional, las inversiones de cada Estado Parte en el otro Estado Parte.

Los APPRI actúan como un incentivo para llevar a cabo las inversiones en los países firmantes pues influyen directamente en el coste de la inversión ya que reducen riesgos no comerciales, como los derivados de posibles pérdidas ocasionadas por expropiaciones o restricciones en las transferencias, al posibilitar al inversor, y esto es esencial, la oportunidad de elevar las controversias a tribunales de arbitraje internacional.

Por muy amplias que sean las obligaciones asumidas entre dos Estados mediante la celebración de un APPRI, éstas no constituyen una garantía jurídica suficiente para el inversor a menos que este último cuente con la posibilidad de demandar directamente al Estado huésped ante un órgano jurisdiccional de carácter internacional. Es ésta, precisamente, la principal aportación de los APPRI y la clave en la que reside su eficacia jurídica. Debe tenerse en cuenta que el solo hecho de invocar los mecanismos arbitrales de un APPRI por el inversor es un elemento en sí ya disuasorio para el país demandado que tratará de buscar una solución con objeto de evitar el arbitraje.

2. Contenido

A continuación, se va a hacer un breve repaso por el contenido de los APPRI que permitirá conocer qué se protege efectivamente en estos acuerdos:

A) Definición de “inversión”

En los APPRI se adopta un concepto de inversión amplio que incluye toda clase de activos destinados a obtener un beneficio económico, entre otros: la participación accionarial en una empresa, la propiedad de bienes muebles e inmuebles, los contratos de concesión, (entre ellos los del sector servicios), la deuda entre afiliadas, etc.

Los APPRI tienen como destino principal la inversión productiva. Esta puede ser directa o de cartera.

B) Promoción y admisión

Las inversiones se admiten conforme a las leyes y reglamentos vigentes en el país receptor de la inversión. Esto significa que, de existir una restricción para llevar a cabo inversiones, esta aplica para el caso del establecimiento de una inversión. Por lo tanto, los APPRI no implican una apertura adicional de las leyes sobre Inversión Extranjera del país receptor de la inversión, ya que los principios y disciplinas contenidos en dichos acuerdos son aplicables únicamente al post-establecimiento de una inversión. En otras palabras, la protección que brindan los APPRI se da una vez que el inversionista ha establecido su inversión en el país receptor de la misma.

De esta manera, la admisión (*v.gr.*, establecimiento) de un inversionista se da conforme a los porcentajes o régimen de participación de inversión extranjera directa (IED) señalado en las leyes del país receptor de la inversión.

La inversión protegida por un APPRI tendrá, por lo tanto, que haberse efectuado con arreglo a la normativa aplicable en el país receptor de la misma. Lo cual excluye, como es lógico, aquellas inversiones realizadas de forma ilegal o de manera fraudulenta.

C) Cláusulas de tratamiento relativo de la inversión

Este tipo de cláusulas otorgan un tratamiento particular a los inversores en relación con el tratamiento otorgado a otros inversores:

a) Trato Nacional (TN)

Conforme a este principio, las Partes deben otorgar a los inversionistas de la otra Parte, un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios inversionistas, en lo relacionado con el manejo, operación, mantenimiento, uso, disfrute, venta y liquidación de sus inversiones.

Este principio exige que a los efectos del tratado los extranjeros sean objeto de igual trato que los nacionales. No se trata sólo de otorgar una exacta igualdad de trato con los inversores nacionales o los extranjeros sino que, en ocasiones, se puede asegurar un tratamiento privilegiado para los inversores del país de origen que suscribió el acuerdo bilateral. Esto es así porque la definición se refiere a un trato “no menos favorable” que el otorgado a los inversores nacionales o

extranjeros de un tercer Estado contratante, de lo que se deduce que si de las disposiciones legales del país receptor de la inversión o de las obligaciones emanadas del Derecho internacional resultase una reglamentación general o especial en virtud de la cual deba concederse a las inversiones españolas en ese país un trato más favorable que el previsto en el propio APPRI, prevalecerá dicha reglamentación sobre el APPRI de que se trate en cuanto sea más favorable.

b) Trato de la Nación Más Favorecida (TNMF)

Este principio compromete a las Partes a extender a los inversionistas de la otra Parte, los beneficios que se otorguen a inversionistas de terceros países.

El propósito de estos dos principios no es prohibir la regulación de las actividades de los inversionistas y sus inversiones, sino solamente prohibir la regulación discriminatoria, en el contexto del principio de igualdad ante la ley. Esto significa que con estos principios no se pretende establecer un estándar en la política de inversión, sino solamente igualar su tratamiento frente a inversionistas nacionales en igualdad de circunstancias.

D) Cláusulas de tratamiento absoluto a la inversión

Este tipo de cláusulas otorgan en sí mismas un tratamiento particular a los inversores sin necesidad de comparar dicho trato con el otorgado a otros inversores.

a) Trato Justo y Equitativo

La concesión de un trato justo y equitativo para las inversiones extranjeras y/o sus inversiones es un estándar absoluto que funciona de manera independiente al del tratamiento nacional (el principio de tratamiento justo y equitativo puede ser violado aun cuando se les dispense a los extranjeros un trato similar al de los nacionales del país que los aloja)

Esta cláusula exige que el tratamiento a los inversores sea justo y equitativo y conforme al Derecho internacional. De este modo, cualquier tratamiento que se aparte de las normas del Derecho internacional abre la posibilidad al inversor de acudir a los mecanismos de solución de disputas. La amplia aplicación de esta cláusula ha puesto de relieve el valor de la misma aunque no ha estado exenta de cierta controversia a la hora de su interpretación por los tribunales arbitrales.

La razón primordial estriba en la distinta redacción de la misma que pueden recoger distintos Acuerdos de inversión. La referencia a esta cláusula puede ser escueta, tal y como la incorporan la gran mayoría de los BITs europeos, lo que posibilita al tribunal arbitral una interpretación sin restricciones en base a un análisis caso por caso. Por el contrario, la referencia al tratamiento puede constreñirse al “mínimo estándar de trato de acuerdo con la ley internacional consuetudinaria”, tal y como se incluye en el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), lo que sin duda debería restringir la valoración del tribunal arbitral. Esta acepción trae causa de la conocida decisión *Neer*² que definió la violación de este mínimo trato en casos en los que cuando la acción gubernamental pudiera considerarse como una atrocidad, de mala fe, de negligencia del deber o tan alejada de los estándares internacionales que cualquier valoración imparcial reconocería su inadecuación.

Se puede por tanto decir que existe una graduación, de mayor a menor protección, de la formulación escogida de este estándar en la práctica seguida por los Estados en los acuerdos de inversión:

- i. Obligación incondicional de otorgar un trato justo y equitativo.
- ii. Obligación de TJE en relación con el derecho internacional
- iii. Obligación de TJE en relación con el mínimo estándar de trato de extranjeros conforme al derecho internacional consuetudinario.

b) Protección frente a la expropiación

En las disposiciones correspondientes se establece que las Partes podrán expropiar inversiones o adoptar medidas equivalentes: por causa de interés o utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, con estricto apego al principio de legalidad y mediante pago de la indemnización respectiva. La indemnización se pagará sin demora, al valor justo de mercado, más los intereses correspondientes. Para determinar el valor justo de mercado de la inversión expropiada, se tomarán en cuenta, entre otros criterios, el precio de mercado que la inversión tenía antes de adoptar la medida de expropiación o antes de que ésta fuera de conocimiento público, lo que suceda antes.

Se contempla, asimismo, la prohibición de medidas indirectas de expropiación, es decir de medidas cuyos efectos sean equivalentes a la

² *LFH Neer and Pauline Neer* (United States v. Mejico) (1926).

expropiación al implicar una minusvaloración económica de la inversión.

E) Mecanismos de solución de controversias

i) Solución de controversias Estado–Estado: Establece un sistema imparcial y equitativo para resolver dificultades que surjan por la interpretación y aplicación de los APPRI.

ii) Solución de controversias inversionista–Estado: El inversionista tiene expedito su derecho para acudir ante los tribunales nacionales a ejercer sus derechos. Asimismo, esta cláusula permite que los inversionistas extranjeros puedan acceder al arbitraje internacional para los mismos efectos. Una vez que el inversionista opta por alguna de las dos vías su elección es definitiva. Esto evita la existencia de procedimientos paralelos que vulneren el sistema jurídico nacional. En todo caso, la ejecución de un laudo arbitral internacional es realizada por los tribunales nacionales quienes se asegurarán de su congruencia con el sistema jurídico interno

Finalmente, y una vez repasado el contenido de las cláusulas recogidas en los APPRI, conviene traer a estas líneas sucintamente el procedimiento que se sigue para la negociación y firma de los mismos lo que permitirá a su vez comprender el alcance del Reglamento (UE) 1219/2012. Las negociaciones de APPRI se inician generalmente a iniciativa del país destino de la inversión española. Corresponde a la Dirección General de Comercio e Inversiones el desarrollo de estas negociaciones que si culminan con éxito el Jefe de la delegación española, por delegación el Subdirector de Comercio Internacional de Servicios e Inversiones, procederá a su rúbrica. A partir de entonces, al tratarse de un acuerdo internacional que compromete a España con el exterior se da traslado del mismo al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. El Ministro de Asuntos Exteriores, u otro Ministro bajo autorización del MAEC, elevará el Acuerdo para su firma por el Consejo de Ministros o, si por razones de índole diplomática, no fuera posible su elevación al Consejo de Ministros, el Ministro de Asuntos Exteriores (o bien otro bajo su autorización) lo firmaría *ad-referendum*, es decir, que anticipa la firma a la espera de la posterior confirmación del Consejo de Ministros.

Con todo, el procedimiento aún no ha terminado. Para su entrada en vigor es imprescindible que sea ratificado por ambas partes y esto puede llevar años. Sin la entrada en vigor el Acuerdo no surte ningún efecto, siendo esta fecha, por tanto, la que inicia los compromisos del

mismo, y no la fecha de su posterior publicación en el Boletín Oficial del Estado.

III. Reglamento (UE) nº 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los Acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países o reglamento que da cobertura a los APPRIS de los Estados miembros

1. El desarrollo de la negociación de la propuesta

El objetivo de la propuesta de Reglamento es proporcionar seguridad jurídica a los inversores, tanto de la UE como extranjeros, que actúen con arreglo a los términos de dichos acuerdos. De esta forma, a través de este acto legislativo se deberá dar cobertura (el denominado *grandfathering*) a los más de 1.200 acuerdos bilaterales de inversión (BITs) de los Estados miembros y establecer las condiciones en las que los Estados miembros podrán estar facultados para celebrar acuerdos bilaterales de inversión en el futuro.

Hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Comisión negociaba en nombre de la Comunidad y sus Estados Miembros el acceso a mercado en inversiones en los acuerdos de libre comercio que no incluían aspectos relativos a la protección de inversiones, salvo por la cláusula de trato nacional. Sin embargo, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa la Comisión tiene la obligación de negociar también la protección de las inversiones extranjeras directas. Esto implica que, progresivamente, y en función de los intereses que la propia Unión Europea determine, los actuales Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante APPRI) que los EE.MM mantienen en vigor se irán sustituyendo por aquellos firmados por la Unión.

El objetivo fundamental durante esta transición es garantizar la seguridad jurídica y el mantenimiento del nivel de protección de las inversiones exteriores de los EE.MM, permitiéndoles no sólo la pervivencia de los APPRI firmados sino incluso la negociación y entrada en vigor de nuevos acuerdos.

La Comisión distribuyó, al final de la Presidencia española, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, estable-

ciendo un arreglo transitorio para los acuerdos bilaterales sobre inversión entre Estados Miembros y terceros países.

Lo fundamental de la Propuesta de Reglamento de la Comisión consistía en, por un lado, apadrinar (*grandfathering*) los BITs de los Estados Miembros, a través de una “autorización” de los mismos, y por otro, crear un mecanismo de revisión por parte de la Comisión de los acuerdos existentes, a la vez que se preveía un mecanismo de retirada de la autorización, si no se cumplían las condiciones exigidas por el Reglamento, así como incorporar un mecanismo para permitir enmendar acuerdos existentes o celebrar nuevos acuerdos (o *empowerment*). Todo esto acompañado de un comité de examen

La negociación tuvo lugar durante aproximadamente dos años. Tras la propuesta de la Comisión, el Parlamento Europeo fijó su posición en primera lectura en mayo de 2011.

Siguiendo lo estipulado por el procedimiento legislativo ordinario del art. 294, el Consejo, bajo presidencia húngara, elaboró su propia posición a finales mayo 2011, recogiendo las prioridades de una mayoría de países que contaban con un gran número de BITs –Alemania, Holanda, Francia, Austria y España, entre otros–.

A su vez, el Consejo pidió al COREPER, el 1 junio 2011, un mandato oficial para negociar con el PE sobre la base del texto de compromiso de la Presidencia (10908/11), a fin de cumplir con el mandato del CAE del 13 de mayo, donde se confirmó el interés en lograr un acuerdo en primera lectura.

La Presidencia polaca del Consejo, guiada por el mandato dado por el Consejo el 8 junio 2011, inició la serie de reuniones de negociación denominadas trílogos, entre los colegisladores –Consejo y Parlamento Europeo– y la Comisión.

A partir de entonces comenzaron lo que se podría denominar como “falsos trílogos”, entre los colegisladores (Consejo y Parlamento Europeo) y la Comisión, que se consideran “informales”, al no estar previstos durante la primera lectura. Se sucedieron el intercambio de varios textos de compromiso, que permitieron ir limando las diferencias e incluso posiciones enfrentadas en un ejercicio de delicado equilibrio que permitió finalmente llegar a un texto consensuado que aprueba el Consejo en primera lectura a primeros octubre 2012 y el Parlamento en segunda lectura a finales de octubre, publicándose finalmente el 20 diciembre 2012 y entrando en vigor el 9 enero 2013.

2. El contenido del Reglamento (UE) N° 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012

En la exposición de motivos se explica la transferencia de competencias que el Tratado de Lisboa ha producido en relación a la protección de las inversiones exteriores (art. 207.2° TFUE), si bien se hace mención expresa a que el Reglamento “debe entenderse sin perjuicio del reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros con arreglo al TFUE”. Con esta advertencia se deja abierta la competencia mixta de los acuerdos a celebrar ya que la referencia del Tratado es sólo a inversiones extranjeras directas pero no cubre las inversiones en cartera.

Lo fundamental del Reglamento está contenido en sus capítulos II, mantenimiento en vigor de los Acuerdos Bilaterales autorización para mantener los BIT en vigor y, capítulo III, autorización para modificar o celebrar BIT.

3. Los APPRI (Bilateral Investment Treaties, BIT) firmados antes del 1 diciembre 2009

En efecto, el Capítulo II cuyo título reza: Mantenimiento en vigor de los Acuerdos Bilaterales de Inversión Existentes, dispone que previa notificación a la Comisión de todos aquellos acuerdos firmados antes del 1 de diciembre, éstos podrán mantenerse o entrar en vigor.

El art. 2 establece la obligación de notificar a la Comisión, como muy tarde treinta días después de la entrada en vigor del Reglamento, los BIT que tengan en vigor o deseen que entren en vigor en el marco de este capítulo. Se adjuntará una copia del acuerdo.

El art. 3 garantiza el mantenimiento en vigor de todos aquellos acuerdos que antes del Tratado de Lisboa hubieran firmado los Estados Miembros. Con esto se otorga certidumbre legal a los casi 1.200 BIT hasta que eventualmente se sustituyan por un acuerdo entre la Unión y el tercer país de que se trate.

Se compromete además, la Comisión a publicar la lista de acuerdos de inversión, firmados antes diciembre 2009 y notificados antes del 8 de febrero, a más tardar tres meses después, publicación que como se verá más adelante con detalle tuvo lugar en el Diario Oficial de la Unión Europea el 8 mayo 2013.

Si bien queda entendido que estos acuerdos ya publicados cuentan con total vigencia y actualidad o, en su caso, permiten su eventual entrada en vigor, la Comisión en sus arts. 5 y 6 se guarda la prerrogativa de poder evaluar dichos acuerdos si y sólo si constituyen un serio obstáculo para la negociación o celebración de acuerdos bilaterales con terceros países. En la práctica, la aplicación de estos artículos se vislumbra en casos muy excepcionales, entendiéndose esta disposición como la necesaria posibilidad de anular los acuerdos de inversión de los Estados Miembros retirándolos de la lista publicada si la Unión ya cuenta con otro similar.

4. Negociación de nuevos acuerdos o autorización de los negociados antes del 9 enero 2013

El Capítulo III dedicado a la Autorización para modificar o celebrar acuerdos bilaterales de inversión es clave para entender la compatibilidad de la competencia exclusiva de la Unión con la capacidad legislativa de los Estados Miembros. Es decir, el Reglamento 1219/12 no impide que los Estados miembros celebren acuerdos de inversión por su cuenta. En cierto modo, supone una cesión de la competencia que se transfiere a los EEMM como se explica en la exposición de motivos y sería razonable asumir la imposición de determinadas condiciones. Éstas se recogen en los arts. 8 a 11. En primer lugar, la mera intención de entablar negociaciones para modificar o celebrar un acuerdo debe notificarse a la Comisión como mínimo 5 meses antes del inicio de las negociaciones formales. Este tiempo puede alargarse si la Comisión solicitase información adicional. Asimismo, se pondrá en conocimiento del resto de socios comunitarios esta notificación.

Es, por tanto, la Comisión, de acuerdo con el art. 9 quien autoriza a entablar negociaciones formales con un tercer país salvo que dicha apertura:

i) planteara un conflicto con el Derecho de la Unión, más allá de las incompatibilidades derivadas del reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros;

ii) fuera superflua, por cuanto la Comisión hubiera presentado o decidido presentar una recomendación de apertura de negociaciones con el tercer país de que se trate, con arreglo al art. 218, ap. 3, del TFUE;

iii) sea incongruente con los principios y objetivos de acción exterior de la Unión, formulados de acuerdo con las disposiciones genera-

les establecidas en el capítulo 1 del título V del Tratado de la Unión Europea; o

iv) constituya un serio obstáculo para la negociación o celebración de acuerdos bilaterales de inversión de la Unión con terceros países

La Comisión puede obligar a incluir o excluir determinadas cláusulas. La decisión final, que deberá obtenerse antes de 90 días, se toma tras un proceso consultivo en un Comité creado al efecto denominado: Comité para los Acuerdos de Inversión, tal y como recoge el art. 16 de la norma.

No obstante, haber otorgado la autorización para el comienzo de las negociaciones, la Comisión se reserva también la capacidad para poder incluso participar en la negociación, debiendo el Estado Miembro informarle sobre el avance y los resultados de la misma. Es más, antes de rubricar el acuerdo, el texto debe notificarse a la Comisión, si bien se sobreentiende que tras la estrecha supervisión de todo el proceso se trata de una mera formalidad.

Es importante resaltar que este procedimiento es asimismo de aplicación para todas aquellas negociaciones emprendidas antes de la entrada en vigor del Reglamento 1219/13, es decir, el 9 enero 2013. Se trataría de aquellos APPRI que están rubricados, es decir, concluida la negociación pero pendientes aún de la firma de los respectivos Ministros de Asuntos Exteriores y de la ratificación por ambas partes. Para estos casos la Comisión podrá conceder la autorización a la firma o ratificación previa confirmación de que cumple con las condiciones referidas en el art. 9 más arriba reseñadas.

5. Acuerdos firmados por los Estados miembros entre el 1 diciembre 2009 y el 9 enero 2013.

Durante la discusión del proyecto de Reglamento se hizo evidente que había que distinguir varias situaciones de hecho: los APPRI cuya firma era anterior al Tratado de Lisboa, los APPRI cuya negociación y rúbrica era anterior a la entrada en vigor del Reglamento y una tercera categoría de difícil encaje legal: aquellos que se firmaron o ratificaron desde la vigencia del Tratado de Lisboa hasta la entrada en vigor del Reglamento. Esta última contravenía en cierto modo el nuevo status quo: la competencia, al menos en inversión directa, que desde el Tratado de Lisboa era de la Unión Europea pero de hecho varios países continuaron con los procedimientos habituales a pesar de esta nueva realidad jurídica. A veces de forma involuntaria puesto que se

podría tratar, como en el caso español, de Acuerdos pendientes de ratificación de la otra parte o sujetos al inevitable juego diplomático en el que se incursan.

El Reglamento 1219/13 no deja nada al azar. El art. 12 contempla un procedimiento específico para este caso: deben también notificarse antes del 8 febrero 2013. La Comisión comprobará su compatibilidad con las condiciones recogidas en el art. 9 y a tenor de la misma puede autorizar el acuerdo o no, situación complicada ya que se puede dar el caso de que dichos acuerdos se encuentren en vigor en el Estado correspondiente. Se impone también un plazo a la decisión final de 180 días tras la recepción de la notificación, aunque este plazo puede paralizarse si la Comisión solicita información adicional.

Se prevé que la Comisión presente un informe de funcionamiento del sistema a los cinco años de entrada en vigor del Reglamento.

Finalmente, el Reglamento establece fuertes obligaciones de información sobre las reuniones que se tendrán con terceros en relación con los acuerdos bilaterales de inversión, los órdenes de día y toda la información necesaria para conocer los temas que serán discutidos. La Comisión puede requerir información adicional. También se informará de medidas que se adopten y que entre posiblemente en conflicto con el acuerdo. La Comisión también será informada de los procedimientos de solución de diferencias que se inicien en el marco del acuerdo cuando el Estado Miembro tenga información sobre ello y la Comisión podrá participar en el proceso. Además, los Estados Miembros deberán buscar el acuerdo de la Comisión para iniciar un proceso de solución de diferencias en el marco del acuerdo y lo iniciarán a instancias de esta.

Antes enero 2020, la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre la aplicación de este Reglamento, incluyendo todas las autorizaciones efectuadas hasta entonces y la oportunidad de su vigencia.

IV. Efectos prácticos de la entrada en vigor del Reglamento 1219/12

1. Los nuevos acuerdos de la Unión Europea

Este acto legislativo ha dado cobertura (el denominado *grandfathering*) a los más de 1.200 acuerdos bilaterales de inversión (BITs) de los Estados miembros y ha permitido establecer las condiciones en las

que los Estados miembros pueden estar facultados para celebrar acuerdos bilaterales de inversión en el futuro

El Reglamento sobre los acuerdos bilaterales de inversión ha sido de vital importancia para otorgar seguridad jurídica a los acuerdos bilaterales de inversión (BITs) de los EE MM.

De acuerdo con lo estipulado en el art. 4 del Reglamento 1219/12, el 8 mayo 2013 el Boletín Oficial de la Unión Europea publicó todos los APPRI de los Estados Miembros quedando así validados tanto los que están en vigor como todos aquellos que fueron firmados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En el caso particular de España, se hacen públicos 71 APPRI, excluidos los 11 firmados con los países miembros de la Unión Europea –Bulgaria, Chequia, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia y Rumanía– los denominados “Intra-Bits”³ que no atañen a este Reglamento. De estos 71 Acuerdos, 61 corresponden a los APPRI en vigor publicados oficialmente en la página web www.comercio.gob.es, a los que se añaden los firmados antes diciembre 2009 con Angola, Bahrein, Congo, Etiopía, Gambia, Ghana, Mauritania, Arabia Saudita, Senegal y Yemen, que están aún a la espera de ratificación parlamentaria para su entrada en vigor.

No están, sin embargo, en esta lista, el APPRI con Haití cuya entrada en vigor es del 17 noviembre 2012 y el de Mozambique firmado el 18 octubre 2010, que han de seguir el procedimiento previsto para aquellos acuerdos firmados o de entrada en vigor en el periodo comprendido entre el 1 diciembre 2009 y el 9 enero 2012.

Tras el Tratado de Lisboa la Unión Europea se ha embarcado en una nueva política de protección de inversiones. Si bien el art. 207 del Tratado recoge la competencia exclusiva en esta materia, al hacer referencia expresa a la inversión directa pero no la inversión en cartera o indirecta, varios Estados Miembros consideran que la competencia es por tanto compartida, de forma que los acuerdos no los firma sólo la Unión Europea sino conjuntamente con los Estados Miembros.

³ Los denominados IntraBits son en su mayoría APPRI firmados con los países del Este antes de su incorporación a la Unión Europea. Su vigencia es puesta en cuestión por la Comisión Europea que considera que su existencia no es compatible con el derecho comunitario. Desde el 2010 se ha intentado consensuar una salida a esta situación. Algunos han sido denunciados por alguna de las partes, anulándose por tanto sus efectos. Sin embargo, otros países, que han sido demandados por inversores en el pasado o que aún tienen abiertas disputas claman por su vigencia. La solución deberá venir de la mano del Tribunal de Luxemburgo que definitivamente decida su incompatibilidad. En el ínterin, los Acuerdos de España con los países de Europa del Este siguen plenamente en vigor.

Este conflicto jurídico todavía no está resuelto hasta que finalmente se eleve al Tribunal Europeo de Estrasburgo para definitivamente aclarar esta cuestión competencial.

La Comisión, a partir del mandato otorgado por parte del Consejo, cuenta con dos vías para la negociación de la protección de inversiones: la incorporación de un capítulo de protección de inversiones a los Acuerdos de Libre Comercio o cuya negociación ya se había iniciado o se pretende iniciar y la vía de negociar un acuerdo *stand alone* a similitud de los BIT de los Estados Miembros.

Así, las negociaciones iniciadas de Acuerdos de Libre Comercio con Canadá, Singapur e India, incorporaron un capítulo de “post-establecimiento”. En la reciente apertura de negociaciones para un Acuerdo de Libre Comercio con Japón y Estados Unidos también se recoge la protección de inversiones. Asimismo, se ha adoptado un mandato para protección de inversiones para los países ASEAN con los que actualmente se está negociando un ALC como Vietnam o Tailandia. Además, la apertura de una negociación para un acuerdo de tipo *stand alone* con China tendrá lugar en breve puesto que se ha adoptado un mandato para ello. A esta le seguirá probablemente, quizá con un formato similar, un acuerdo con Rusia.

Las primeras negociaciones que se iniciaron, como es el caso de Canadá, Singapur e India, se han desarrollado a un ritmo lento. En los dos primeros casos especialmente por la diferencia de modelos de partida: Singapur, y en mayor medida, Canadá defienden un modelo NAFTA que otorga una protección menor a los inversores. Se trata, además, de países desarrollados en los que el interés de contar con mecanismos de solución de disputas no reportan gran valor añadido siendo como son países con un sistema jurídico en los que no se encuentra en entredicho el Estado de derecho.

El modelo de los Estados Miembros con mayor número de BIT incorpora cláusulas por las que se defiende estándares incondicionales sustantivos de protección como son el Trato Justo y Equitativo, el Trato Nacional, la Nación Más Favorecida así como la denominada cláusula paraguas. Además, los BIT europeos se aplican de forma horizontal a todos los sectores sin excepciones. Una vez que la inversión está establecida el BIT ampara cualquier sector. Las definiciones tanto de inversión como de inversor son a su vez amplias para permitir cualquier supuesto. Todos incorporan lógicamente la imprescindible solución de controversias entre inversor y Estado, permitiendo al inversor elegir entre un amplio abanico de foros de arbitraje, siendo el CIADI uno de los más citados.

La propuesta europea en las negociaciones en curso trata de defender también estos requisitos, si bien no con poca dificultad por la diferencia de criterios con la contraparte y las propias disensiones internas entre los Estados Miembros. Todo ello hace presagiar que al menos con los países desarrollados los acuerdos que finalmente se firmen no otorgarán el mismo nivel de protección alcanzado en BIT de Alemania u Holanda en países con larga historia y buen número de estos acuerdos.

2. El proyecto de Reglamento de Responsabilidad financiera

Como parte de la política europea de protección de inversiones, resulta necesario regular cómo se determina la responsabilidad financiera derivada de la resolución de controversias entre inversores y Estados fundadas en los acuerdos en los que la UE es parte. El objetivo es doble: 1. Determinar quien actúa como parte demandada: ¿los Estados Miembros o la Unión Europea (Comisión Europea)? 2. Determinar el responsable financiero. los Estados Miembros o la Unión Europea (Comisión Europea) o carga compartida?

Se está en estos momentos debatiendo una Propuesta de Reglamento de la Comisión que data de julio 2012 bajo el principio básico de que el responsable de la medida es el responsable financiero. La discusión en el seno del Consejo está siendo larga y prolija, de forma que aún no se ha votado la primera Lectura. Los puntos más controvertidos son todas las zonas grises en las que la UE y el Estado miembro comparten responsabilidad en la medida origen de la disputa o casos en los que existe “interés imperioso” de la UE que debe anteceder al del propio Estado miembro.

La importancia de esta propuesta de Reglamento es indiscutible: la virtualidad de cualquier acuerdo de inversión que firme la Unión Europea queda en entredicho si el recurso a la solución de disputas no cuenta con un cauce procedimental que le dé cobijo. El inversor que denuncia debe conocer en primer lugar quien es el sujeto demandado, si la Unión o el Estado Miembro, no solo para acudir al arbitraje internacional sino simplemente para iniciar el periodo primero de consultas diplomáticas que ayuden a solventar la disputa.

Se ventilan también en este Reglamento cuestiones no menos importantes como son la repercusión de los procedimientos arbitrales y el cumplimiento de los laudos en el presupuesto comunitario o la implicación económica de los posibles acuerdos a que lleguen las partes antes de la emisión del laudo.

Es previsible que, de la misma forma en que alcanzó un compromiso resultado de un equilibrio delicado entre las tres instituciones durante las discusiones del Reglamento 1219/12, las deliberaciones permitan finalmente contar con el Reglamento a finales de 2013.

3. Más allá de los APPRI: nuevos instrumentos para proteger las inversiones en el exterior

No cabe ninguna duda de que los APPRI han jugado y juegan un papel fundamental e insustituible en las decisiones de inversión de las empresas en el exterior. La posibilidad de que una empresa pueda denunciar ante un tribunal arbitral nada menos que al propio Estado destino de su inversión constituye una garantía que sin duda minora el riesgo de la inversión especialmente en aquellos países cuyo estado de derecho no cumpla unos mínimos principios.

Con todo, comportamientos de algunos países contra la inversión extranjera como los de Argentina o Bolivia plantean la idoneidad de que la Unión Europea incorpore instrumentos complementarios a los acuerdos de inversión desarrollando un enfoque más sistemático y contundente.

Ya en octubre de 2011 la Comisión Europea anunció que los actuales instrumentos de defensa comercial de la Unión Europea iban a ser revisados con el fin de adaptarlos a los que se denominaron “desafíos de un entorno económico cada vez más globalizado”. Esto ha permitido la aprobación de una Comunicación que acompaña un paquete que contiene una propuesta legislativa de modificación de los actuales reglamentos antidumping y antisubvención.

Pues bien, formando parte ahora la política de inversión extranjera de la política comercial de la Unión Europea cabría plantearse la incorporación de nuevos instrumentos que refuercen la protección y salvaguarda de la inversión exterior de la Unión.

4. Vías complementarias a los acuerdos de inversión

A título de ejemplo se mencionan a continuación algunas vías complementarias a los acuerdos de inversión:

A) Revisión del clima de inversión: Watch-list (name and shame)

A similitud de las Declaraciones sobre el Clima de Inversión que el *U.S. Department of State* publica anualmente información específica

sobre el marco legal de la inversión, identificación de barreras, y otros factores a tener en cuenta que distorsionan el clima de inversión para una variedad de países a partir de los informes económicos que proporcionan su red de embajadas en el exterior, la Unión Europea podría igualmente utilizar su red exterior para dar a conocer este tipo de información

Acompañando dichas declaraciones se podría elaborar una “*Priority Watch List*”, para aquellos casos más graves, y una “*Watch List*” para los que plantean “preocupación” a semejanza del Informe 301 recogido en la *Trade Act* de 1974 de EE UU sobre propiedad intelectual. De hecho, la UE ha publicado informes similares sobre la Estrategia para la Aplicación de los Derechos de Propiedad en terceros países en tres ocasiones.

Esta lista podría incluir un filtro de gravedad si dichas medidas se hubieran llevado a cabo de forma sistemática a lo largo del tiempo. La lista podría revisarse cada seis meses o una vez al año.

Además, esta lista podría nutrirse a partir de denuncias de empresas de la UE remitidas a la Comisión Europea, bien a instancia de la propia empresa o a través de un formulario vía web.

Se trataría, en definitiva, de identificar una serie de países que hayan tomado medidas contrarias al buen gobierno que vulnerarían además el Derecho internacional. Estas medidas podrían englobar:

- i) Expropiaciones directas sin compensación justa y pronta.
- ii) Impago de laudos derivados de instituciones de arbitraje de inversión.

Esta lista podría incluir un filtro de gravedad si dichas medidas se hubieran llevado a cabo de forma sistemática a lo largo del tiempo. La lista podría revisarse cada seis meses o una vez al año.

B) Informes de barreras al comercio

Se podrían tratar con mayor profundidad y extensión los aspectos sistémicos del clima de inversiones en el Informe sobre las barreras al comercio y a la inversión –TIBR– (no hay referencia a expropiaciones), y en el Informe sobre las medidas potencialmente restrictivas para el comercio (sí hay referencia a las expropiaciones de Argentina y Bolivia), o bien con algo nuevo, como puede ser una encuesta –que

incluya a las empresas— al estilo de la que sustenta la lista sobre derechos de propiedad intelectual.

C) Retirada del Sistema de Preferencias Generalizadas

Estados Unidos exige entre los criterios preceptivos para beneficiarse de estas ventajas, que el país no haya reconocido o ejecutado un laudo arbitral a favor de ciudadanos o empresas estadounidenses: *Criteria for Country Eligibility under GSP: Mandatory criteria: ...5) A GSP beneficiary may not have failed to recognize or enforce arbitral awards in favor of U.S. citizens or corporations.* Se podría plantear la incorporación en el sistema SPG europeo de un criterio “cualitativo” similar.

En la Unión Europea, el Reglamento SPG vigente (732/2008), establece la posibilidad de retirar temporalmente las preferencias que se le otorgan a un país si se dan algunas de las condiciones que se establecen en el art. 15.1.d). De acuerdo con este artículo, el régimen preferencial podrá retirarse con carácter temporal, para todos o algunos de los productos originarios de un país beneficiario por motivo de prácticas comerciales desleales graves y sistemáticas que tengan efectos negativos para la industria de la UE y no hayan sido corregidas por el país beneficiario. En el caso de la expropiación de Repsol YPF, se tanteó la vía del art. 15.1º.d), pero la COM no la vio viable.

D) Comité de Inversión (CI) de la OCDE

El CI se ocupa de interpretar e implementar la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales que obliga a sus signatarios al cumplimiento del “trato nacional” a las empresas radicadas en su territorio, es decir, a no aplicar medidas discriminatorias e incoherentes con el derecho internacional. Esto ha permitido debatir en su seno el caso Repsol y elevar unas conclusiones al Consejo OCDE, acompañadas de una Declaración de la UE (no pública). Aunque se haya decidido paralizar momentáneamente el proceso de evaluación de la medida, el Comité podrá retomar el caso cuando se emita finalmente el laudo arbitral.

E) Grupo del Banco Mundial

Sin duda, la medida más efectiva consistiría en, a través de otras instituciones pertenecientes al Grupo del Banco Mundial, paralizar o denegar préstamos, que suelen además cofinanciarse con los Gobier-

nos, otras instituciones multilaterales, bancos comerciales, organismos de créditos para la exportación e inversionistas del sector privado. Alternativamente, la Ayuda al Desarrollo de la propia UE podría replantearse en este mismo sentido. La dificultad de esta alternativa radica en la coordinación de las sillas con otros países.

F) *Alliance Building*

En el marco del Consejo Económico Transatlántico, en abril de 2012 la UE y EE.UU firmaron una declaración conjunta sobre principios compartidos en inversión internacional que se podría utilizar para presionar a determinados países que contravengan dichos principios.

G) *Legislación ad hoc (award enforcement)*

Hasta ahora se ha venido aplicando, exclusivamente, el cauce arbitral para resolver los conflictos de inversión. De hecho, las empresas españolas llevan haciendo uso de este sistema desde finales de los noventa con resultados más que aceptables.

Hay que tener en cuenta que cualquier acción a nivel internacional, una vez que la controversia ha sido sometida al arbitraje, se consideraría de protección diplomática lo que contraviene expresamente las normas del CIADI. Ha sido precisamente la precariedad de la vía diplomática ante la ausencia de obligatoriedad jurídica, y los fracasos del endoso estatal (asunción de la reclamación por el Estado nacional de la reclamación del inversor) lo que llevó a la creación de un marco específico e idóneo a través del Convenio de Washington en 1965.

Por otra parte, teniendo en cuenta la elevada cifra de casos registrados por CIADI hasta la fecha (424), sólo se tiene constancia de un país que no ha cumplido con sus laudos: Argentina. Ha habido otros cuatro casos con problemas de ejecución, pero finalmente se resolvieron mediante acuerdos.

En el caso de España, éste ha sido el resultado de los arbitrajes ante el CIADI:

i) Las empresas españolas han denunciado ante el CIADI 24 casos, 9 de los cuales ya han concluido.

ii) De los 24 casos, 22 han tenido lugar en países hispano americanos: nueve en Argentina, tres en México, dos en Chile, dos en Ecua-

dor, dos en Venezuela, y uno en El Salvador, Guatemala, Guinea Ecuatorial, Perú, Honduras y Costa Rica, respectivamente.

iii) De los 9 casos concluidos, dos lo han sido a favor de la empresa española, tres a favor del estado demandado (Chile, El Salvador y Guatemala) y el resto ha finalizado por acuerdo entre las partes.

Si bien no se han dado aún casos de incumplimiento de laudos que afecten a empresas españolas, se podrían barajar algunos instrumentos que podrían ahondar en esta línea.

V. Conclusiones

La Unión Europea se enfrenta en la actualidad al reto de alcanzar acuerdos comerciales cuyo objetivo ya no es únicamente lograr avances en la fase del pre-establecimiento de las empresas, ampliando el acceso al mercado de un tercer país, sino asegurar también que la inversión directa de las empresas europeas se mantenga sin la amenaza de una confiscación ya sea directa o indirecta, es decir dotar de protección a la inversión europea en la fase de post-establecimiento. Sin embargo, la conjunción de este doble objetivo no está exenta de escollos, particularmente al querer abordar negociaciones de protección de inversiones en mercados desarrollados en los que rige el estado de derecho, lo que suscita en numerosos países un enfoque defensivo de los acuerdos de inversión, cuyo propósito ya no es tanto la protección de la inversión en el exterior como la protección del Estado frente a posibles demandas de inversores foráneos.

Esta respuesta puede entenderse si el modelo de acuerdo de inversión aplicado a las negociaciones con países desarrollados no se extrapola a otros mercados cuyas condiciones sí exigen la aplicación del conocido modelo ofensivo que durante decenas de años han aplicado los Estados Miembros más dinámicos en su inversión exterior. A través de las normas que permiten la aplicación del arbitraje internacional inversor-Estado se han proporcionado unos instrumentos utilísimos para proteger las inversiones eficazmente en el exterior.

Por otra parte, se alzan críticas frente a este sistema de arbitraje internacional inversor-Estado respecto de sus elevados costes, del modo de selección de árbitros, del denominado *forum shopping* (búsqueda por parte del inversor del foro más ventajoso en el que reclamar la responsabilidad internacional del Estado), de las demandas “frívolas” o sin fundamento, de la consistencia de los laudos o de su aplicabilidad o *enforcement* por citar algunas. Sin duda, la resolu-

ción de controversias internacionales inversor–Estado puede mejorarse si el objetivo es dotarla de mayor agilidad, dinamismo y como verdadera alternativa a la vía judicial en lo que se denomina una solución *one shot*.

Se corre, sin embargo, el peligro de, so pretexto de solventar algunas imperfecciones, e incluso de encomiables deseos de “modernizar” la larga trayectoria de los BITs de países europeos como Alemania, Holanda, Finlandia o España, destruir la esencia misma del arbitraje que no es más que la aceptación mutua de una vía de solución en la plena confianza de la neutralidad de quien lo resuelve: los árbitros.

Esta neutralidad se rompe si se permite que el sistema se politice. Si se duda *a priori* de la profesionalidad e imparcialidad de los árbitros y se buscan fórmulas para que el Estado intervenga en la disputa, bien interpretando el Tratado, bien presentando comentarios al Tribunal arbitral ya sea o no como Parte en litigio, se desnaturaliza el sistema arbitral. Por tanto, “en saber quién acepta la fórmula arbitral asume la confianza de los árbitros y todo lo que sea cuestionarla constituye un impedimento al buen funcionamiento del arbitraje”⁴. De ahí que el laudo no pueda ser objeto de recurso alguno sin conculcar su naturaleza.

Si el arbitraje inversor–Estado nació precisamente ya no sólo como opción frente a la jurisdicción sino como procedimiento alternativo a la vía diplomática o a soluciones algo más agresivas debe seguir garantizándose esa imparcialidad.

La solución de disputas inversor–Estado se incluye en las disposiciones al efecto recogidas actualmente en unos 3.000 Acuerdos de inversiones. Este es el instrumento básico que dota de confianza a innumerables operaciones de inversión. Se trata de un mecanismo que surge del mundo contractual, por y para el mundo de los negocios. Por tanto, “*no puede encasillarse en métodos estrictos o matemáticos*”⁵, ya que su esencia es distinta del proceso judicial. Se pueden añadir otras figuras para reforzar su alcance o para asegurar la ejecución de los laudos pero el instrumento en sí es la única respuesta tangible y eficaz para resolver los problemas entre inversores y Estados.

⁴ B.M. Cremades e I. Magdalena, “Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 6, 2008, pp. 3–87.

⁵ *Loc. cit.*, p. 57.