

Recibido: 11 marzo 2017
Aceptado: 17 abril 2017

Arbitraje, vol. X, nº 1, 2017, pp. 41–107

El capítulo sobre inversiones del Acuerdo Económico y Comercial Global de la Unión Europea y Canadá (CETA): análisis crítico de una iniciativa inacabada *

Iñigo IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA **

Sumario. I. Consideraciones introductorias. II. La difícil travesía del CETA hacia su entrada en vigor. 1. La firma del Acuerdo. 2. La pretendida aplicación provisional. III. Novedades en la parte sustantiva del Acuerdo. 1. Selección de cuestiones relacionadas con el ámbito de aplicación del capítulo octavo: especial referencia a los conceptos de inversión e inversor. 2. La admisión de las inversiones: nueva dimensión de los acuerdos de inversión en Europa. 3. Protección de las inversiones: la búsqueda de una mayor seguridad jurídica en el sector: A) Salvaguardia expresa del derecho a regular de los Estados; B) Trato justo y equitativo y plena protección y seguridad; C) Expropiación, nacionalización y medidas de efecto equivalente; D) Miscelánea de ausencias y viejos conocidos. IV. Claves del nuevo sistema de solución de diferencias entre estados e inversores (ISDS). 1. El “Sistema de Tribunales de Inversión”: una propuesta novedosa pero inacabada: A) Un largo viaje que culmina con la propuesta del Sistema de Tribunales de Inversión; B) Sistema de doble instancia con opción de apelación; C) Equívoca naturaleza del mecanismo ISDS del CETA; D) La multilateralización del mecanismo ISDS como último objetivo. 2. Jurisdicción y competencia de los Tribunales de Inversión. 3. Contribución del CETA al progreso y legitimación de los mecanismos ISDS. VI. Conclusiones.

* Algunas de las reflexiones del presente estudio han sido avanzadas y reproducidas en el trabajo “La firma del Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá: un primer y decisivo paso hacia el establecimiento de un renovado marco legal para las inversiones extranjeras en el ámbito europeo y global”, publicado en la sección de “Tribuna” de la revista *La Ley: Unión Europea*, en su nº 42, noviembre 2016, pp. 1–13. *Vid.* el texto del Capítulo VIII del acuerdo en *Arbitraje*, vol. IX, nº 3, 2016, pp. 789–812.

** Profesor Agregado de Derecho internacional público de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU). El presente trabajo ha sido realizado en el marco de las actividades del Grupo de Investigación Consolidado (referencia IT1039–16) del Gobierno Vasco, denominado “Persona, empresa y derechos humanos en una sociedad globalizada” y como parte de las actividades del proyecto de investigación DER2015–65486–R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Resumen: El capítulo sobre inversiones del Acuerdo Económico y Comercial Global de la Unión Europea y Canadá (CETA): análisis crítico de una iniciativa inacabada

El Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (CETA) constituye el primer gran acuerdo firmado por la Unión Europea que incorpora la regulación de las inversiones extranjeras sobre la base del nuevo marco competencial diseñado por el Tratado de Lisboa. Son muchas las novedades que introduce el CETA, tanto en la parte sustantiva de la protección de las inversiones, como en la parte que regula el polémico mecanismo de arreglo de diferencias inversor-Estado. El presente trabajo aborda un análisis crítico de este Acuerdo y, por tanto, del nuevo modelo de regulación que propone e impulsa la Unión Europea en este ámbito. En el mismo se identifican muchas de las claves que permiten comprender y valorar el alcance y la importancia de la aportación que realiza el CETA al desarrollo de ese “nuevo” Derecho de las inversiones extranjeras en construcción.

Palabras clave: EL ACUERDO ECONÓMICO Y COMERCIAL GLOBAL (CETA) – INVERSIONES – ARREGLO DE DIFERENCIAS INVERSOR-ESTADO (ISDS) – ARBITRAJE – UNIÓN EUROPEA – CANADÁ.

Abstract: The Investment Chapter of the European Union–Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA): Critical study of an unfinished initiative

The Comprehensive Economic and Trade Agreement between the European Union and Canada (CETA) is the first major agreement signed by the European Union that incorporates the regulation of foreign investments on the basis of the new competence framework designed by the Treaty of Lisbon. CETA introduces many new features, both in the substantive part of investment protection and in the part that regulates the controversial investor–state dispute settlement mechanism. This paper makes a critical analysis of this Agreement and, therefore, of the new regulation proposed by the European Union for the promotion and protection of foreign investments. It identifies many of the keys for understanding and assessing the scope and importance of CETA's contribution to the development of this “new” law of foreign investment under construction.

Keywords: THE COMPREHENSIVE ECONOMIC AND TRADE AGREEMENT (CETA) – INVESTMENTS – INVESTOR–STATE DISPUTES SETTLEMENT (ISDS) – ARBITRATION – EUROPEAN UNION – CANADA.

I. Consideraciones introductorias

1. El Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (AECG o CETA) constituye el primer gran acuerdo firmado por la Unión Europea sobre la base de su renovada política comercial común (PCC), tal y como ha quedado configurada tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. El CETA inaugura un nuevo ciclo en la PCC de la Unión, una nueva época que gravita en torno a un nuevo modelo de tratado de libre comercio, más ambicioso, que,

por vez primera, incorpora la materia de la promoción y protección de las inversiones extranjeras dentro su articulado.

2. No conforme con la inclusión de la materia de las inversiones extranjeras en los nuevos tratados de libre comercio e inversión (TLCI), la Unión, ha apostado decididamente por la transformación profunda de las normas internacionales que regulan este ámbito, al tiempo que se postula como el abanderado del cambio a nivel global. El CETA constituye, en este sentido, su carta de presentación.

El Acuerdo con Canadá se presenta como el modelo a seguir –todavía con más razón tras la llegada del 49^o inquilino de la Casa Blanca–, como el Acuerdo que encarna los rasgos definitorios, la esencia, del nuevo modelo de tratado de inversiones “europeo”. Este modelo ha sido diseñado con el propósito de satisfacer dos objetivos fundamentales: por una parte, la necesidad de contrarrestar la oposición existente frente al Derecho de las inversiones extranjeras actual, dando respuesta a las críticas que cuestionan su legitimidad; y, por otra, la voluntad de promocionar los flujos de inversión privada, profundizando en la liberalización y manteniendo un nivel elevado de protección. En cualquier caso, y sin que ello suponga menoscabar la relevancia del Acuerdo, se trata de un modelo inacabado y que, por tanto, en algunos de sus apartados se encuentra, todavía, en fase de construcción.

3. La finalidad del presente trabajo consiste en realizar un análisis crítico del Acuerdo del CETA y, por tanto, del modelo que la Unión Europea pretende impulsar en sus acuerdos con terceros estados. Este análisis, que no pretende ser exhaustivo, tratará de señalar los elementos positivos y no tan positivos que incorpora el Acuerdo, prestando especial atención a las novedades que introduce en el panorama del Derecho de las inversiones extranjeras, de forma particular, desde la óptica de la tradición de los países europeos.

Para ello, el trabajo, en una primera parte, abordará el complejo y accidentado proceso de elaboración del Acuerdo que, dicho sea de paso, es fiel reflejo de las dificultades que está atravesando la nueva PCC de la Unión en su conjunto. Una segunda parte estará dirigida a señalar las novedades más destacables de la regulación sustantiva de las operaciones de inversión. Finalmente, una tercera parte, previa a las conclusiones finales, centrará sus esfuerzos en identificar y explicar las claves que pueden servir para comprender y, en su caso, “des-

enmascarar”, el nuevo sistema de arreglo de diferencias inversor-estado (ISDS) que proponen la Unión Europea y Canadá.

II. La difícil travesía del CETA hacia su entrada en vigor

1. La firma del Acuerdo

4. Con unos días de retraso respecto a la fecha inicialmente prevista y tras siete años de negociaciones, el 30 octubre 2016 ha tenido lugar la firma del CETA, en el marco de la decimosexta cumbre entre la Unión Europea y Canadá celebrada en Bruselas. Los días y semanas que han precedido a la firma del Acuerdo han ido acompañados de ciertas dosis de suspense, con acontecimientos que hasta el último minuto han mantenido en vilo la efectiva celebración del acto de la firma.

Por una parte, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania se pronunciaba finalmente el 16 de octubre sobre las solicitudes de varias medidas preliminares que pretendían que el representante alemán en el Consejo no aprobara la firma, la aplicación provisional y la celebración del CETA. El Tribunal Constitucional no ha considerado pertinente adoptar tales medidas cautelares y ha permitido la firma del Acuerdo en el Consejo siempre que el Gobierno Federal alemán asegure tres aspectos: en primer lugar, que la decisión del Consejo relativa a la aplicación provisional solo afecte a aquellas partes del CETA que indiscutiblemente sean de la competencia de la Unión; en segundo lugar, que hasta que el Tribunal Constitucional Federal dicte la decisión en los procedimientos principales, sea asegurada la suficiente legitimidad democrática de las decisiones del Comité Mixto del AECG (CETA); y en tercer lugar, que la interpretación del art. 30.7º apartado tercero, letra c) del CETA permita a Alemania de manera unilateral terminar con su aplicación provisional¹.

Por otra parte, el Parlamento de la región belga de Valonia, representante democrático de tres millones y medio de ciudadanos europeos, mantenía bloqueado el acto de la firma, por su rechazo a ciertos

¹La decisión del Tribunal Constitucional Federal sobre los asuntos 2 BvR 1368/16, 2 BvR 1444/16, 2 BvR 1823/16, 2 BvR 1482/16, 2 BvE 3/16 se encuentra disponible en http://www.bverfg.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/10/rs20161013_2bvr136816.html (última consulta 25/11/2016). *Vid.* también el comunicado de prensa nº 71/2016, de 13 octubre 2016, “Applications for a Preliminary Injunction in the “CETA” Proceedings Unsuccessful”, disponible en <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-071.html> (última consulta 25/11/2016).

aspectos regulados en el CETA. Apresuradas negociaciones a múltiples bandas en el tiempo de descuento permitían finalmente superar el bloqueo valón y activar la luz verde de la firma. En estas negociaciones el Parlamento Valón, por una parte, se ha reservado la posibilidad de realizar periódicamente una evaluación de los efectos socio-económicos y medioambientales de la aplicación provisional del Acuerdo y, por otra, ha solicitado al Gobierno federal belga cumplir el compromiso de solicitar un dictamen al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la compatibilidad del Sistema de Tribunales de Inversión previsto en el CETA con los tratados europeos².

5. La firma del CETA, sin lugar a dudas, constituye, para bien o para mal, un acontecimiento importante desde el punto de vista político, económico y también jurídico. El CETA, como se ha dicho, es el primer gran acuerdo comercial y de inversiones firmado por la UE en el marco de su “nueva” PCC. Esta importancia ha quedado en evidencia en la amplia cobertura que le han ofrecido los medios de comunicación al acto de la firma y en las declaraciones realizadas por altas autoridades de varias instituciones europeas, como es la comisaria de comercio C. Malmström, quien ha calificado al acuerdo como un “hito” en la política comercial europea y ha señalado que “es el acuerdo comercial más ambicioso que la UE ha celebrado”³; en el mismo sentido se han expresado el Presidente de la Comisión J.C. Juncker, quien ha dicho que este “es nuestro mejor y más avanzado acuerdo comercial”⁴, y Robert Fico, primer ministro de Eslovaquia, que desde la presidencia rotatoria del Consejo, en el contexto de la firma del CETA, ha afirmado que este constituye “una piedra angular de la política comercial de la UE y un hito en nuestra determinación de aplicarla”, al tiempo que ha sostenido que es un “acuerdo moderno e innovador, que brinda nuevas oportunidades sin dejar de proteger impor-

² Vid. el documento *Déclaration du Royaume de Belgique relative aux conditions de pleins pouvoirs par l'Etat fédéral et les Entités fédérées pour la signature du CETA*, (en https://www.global2000.at/sites/global/files/Belgische_Einigung_zu_CETA.pdf, última consulta: 23/11/2016) que ha hecho posible finalmente superar el bloqueo impuesto por el Parlamento de Valonia, tal y como pone de manifiesto la Motion 633 (2016–2017), n° 3, de 28 octubre 2016, *déposée en conclusion du débat sur l'Accord économique et commercial global (AECG–CETA)*, disponible en http://nautilus.parlement-wallon.be/Archives/2016_2017/MOTION/633_3.pdf (última consulta: 23/11/2016).

³ Comisión Europea, Comunicado de Prensa, “La Comisión Europea propone la firma y la celebración del Acuerdo comercial entre la UE y Canadá”, 5 julio 2016, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2371_es.htm (última consulta: 04/11/2016).

⁴ *Ibid.*

tantes intereses”, y ha observado que es posible “que sienta las bases para los acuerdos comerciales que se adopten en el futuro”⁵.

6. Gran parte de la importancia de la firma se debe al hecho de que la misma ha estado precedida por un proceso de negociación francamente complejo. Como si de una genuina carrera de obstáculos se tratara, el CETA ha tenido que ir sorteando numerosas dificultades de carácter tanto político como jurídico.

Han sido muchos los equilibrios a preservar. En este sentido, el CETA no solamente se ha enfrentado a las dificultades propias de toda negociación bilateral entre dos partes –la UE y Canadá– que deben consensuar un texto común teniendo en cuenta todos los intereses presentes, sino que, además, en una dimensión *ad intra* no ha existido una posición consensuada y común, con varios frentes abiertos que todavía hoy siguen sin cerrarse. En primer lugar, la propia Unión ha sido incapaz de hablar con una única voz, tal y como ha puesto de manifiesto el choque entre las posiciones defendidas por la Comisión y el Consejo. En segundo lugar –si bien en parte, en lo sustantivo, no así en lo formal, se solapa con lo anterior– la gestión de la disparidad de opiniones existente en la Unión y en algunos de sus estados miembros está resultando bastante problemática. En tercer y último lugar, el enfrentamiento entre las instituciones de la UE –especialmente la Comisión– y una parte importante de la sociedad civil europea organizada ha añadido complejidad al desarrollo de las negociaciones del CETA, que han tenido lugar, sobre todo en su fase final, bajo los focos de una opinión pública vigilante y, en muchos casos, muy crítica, convirtiéndolo en un tema sensible y de una dimensión política extraordinaria.

Efectivamente, la firma del CETA ha tenido lugar en un contexto hostil, con una muy significativa oposición social movilizadora y organizada que critica con dureza los acuerdos de libre comercio y de inversiones actualmente impulsados por la Unión⁶. Principalmente, fue la iniciativa del Tratado de Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI o TTIP) negociado entre la UE y los EE UU de Amé-

⁵ *Vid.* el comunicado de prensa 623/16, de 28 octubre 2016, “Acuerdo comercial entre la UE y Canadá: el Consejo adopta la decisión de firmar el Acuerdo Económico y Comercial Global”, disponible en http://www.consilium.europa.eu/press-releases-pdf/2016/10/47244649617_es.pdf (última consulta: 23/11/2016).

⁶ Son expresión de esta sociedad civil organizada los movimientos: “no al TTIP” (campana para frenar el TTIP y otros tratados de libre comercio, como el CETA y el TiSA, <http://www.noalttip.org/>) en España y la misma campana “Stop TTIP” (iniciativa europea contra el TTIP y el CETA) a nivel europeo (<https://stop-ttip.org/>).

rica la que desencadenó e hizo estallar los movimientos contrarios a la nueva PCC de la Unión; luego esta oposición se ha extendido a otros acuerdos, entre ellos de forma significativa al CETA, que habían logrado mantenerse hasta entonces bastante en la sombra.

No obstante, los obstáculos para avanzar en la definición y consolidación del contenido de estos nuevos acuerdos de libre comercio e inversión (TLCI) post Lisboa y, señaladamente, de un régimen jurídico para las inversiones extranjeras, no provienen exclusivamente de la presión social o responden a una motivación política o ideológica. La conversión de la materia de las inversiones extranjeras directas, en su dimensión *ad extra*, en un ámbito de competencia exclusiva de la Unión, obra del Tratado de Lisboa, plantea dificultades técnicas complejas que todavía hoy no se encuentran definitivamente resueltas y que enfrentan a la Comisión y a los estados miembros –y, por tanto, también al Consejo de la UE.

Un primer bloque de problemas técnico–jurídicos proviene de la delimitación de las competencias en materia de las inversiones entre la Unión y los estados miembros⁷. En este sentido, por ejemplo, el hecho de que los arts. 206 y 207 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) solo se refieran a las inversiones extranjeras “directas” lleva a cuestionarse si los futuros acuerdos de la Unión pueden o no abarcar otro tipo de inversiones, como son las de cartera, que suelen estar cubiertos por los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) celebrados por los estados miembros, y que estos acuerdos europeos pretenden sustituir en el futuro⁸. También se cuestiona, si esta competencia debe limitarse a

⁷ Sobre el alcance de la competencia de la UE en materia de inversiones *vid.*, entre otros, J. Díez–Hochleitner, “El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista española de Derecho europeo*, enero–marzo 2010, pp. 5–43; L.M. Hinojosa Martínez, “El alcance la competencia exterior europea en materia de inversiones”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 52, 2015, pp. 871–907; I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, “Competencia de la Unión Europea en materia de inversiones extranjeras y sus implicaciones en el arbitraje inversor–Estado”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 4, n° 1, 2011, pp. 117–136; W. Shan y S. Zhang, “The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy”, *European Journal of International Law*, vol. 21, n° 4, 2011, pp. 1049–1073; M. Bungenberg, “The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics”, en *International Investment Law and EU Law*, (eds. M. Bungenberg et al.), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 29–42; A. Reinisch, “The Division of Powers Between the EU and Its Member States ‘After Lisbon’”, en *International Investment Law and EU Law*, (eds. M. Bungenberg et al.), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 43–54.

⁸ No obstante, no ha de olvidarse que el alcance de la competencia en materia de inversiones también ha de ser valorado a la luz de otros apartados de los Tratados constitutivos

aspectos relacionados con la circulación o liberalización de las inversiones o, por el contrario, permite regular aspectos relativos a su protección⁹, o si esta competencia alcanza o no a los sistemas de arreglo de diferencias inversor-Estado.

Más allá de los problemas interpretativos que plantea este nuevo reparto competencial, la participación de la Unión Europea en el ámbito de la regulación internacional de las inversiones extranjeras plantea otro tipo de obstáculos técnicos que complican el ejercicio de esta competencia. Por una parte, la naturaleza no estatal de la Unión plantea dificultades de encaje en un Derecho de las inversiones extranjeras confeccionado a partir de una realidad interestatal; en este sentido, a modo de ejemplo, resulta ilustrador el hecho de que el Convenio de Washington, de 18 marzo 1965, por el que se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones (CIADI) se encuentra exclusivamente abierto a la firma de los Estados¹⁰. Por otra parte, cláusulas y disposiciones que vienen siendo habituales en los tratados de inversión pueden plantear problemas de compatibilidad con previsiones del Derecho de la Unión, como es el caso de la compatibilidad entre la disposición convencional relativa al arreglo de diferencias entre Estados e inversores y el art. 19.1^o del Tratado de la Unión Europea (TUE), que asigna al TJUE el papel de garante de la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión¹¹. Por último, la

de la Unión, como es el capítulo sobre capitales y pagos del TFUE, y no exclusivamente en atención a los artículos relativos a la PCC. *Vid.* Comunicación de la Comisión, “Hacia una política global europea en materia de inversión internacional”, de 7 julio 2010, COM(2010)343 final, pp. 8–9. Además, *vid.* la interesante opinión de M. Sornarajah en su trabajo “Portfolio Investments and the Definition of Investment”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 24, n^o 2, 2009, pp. 516–520, donde se cuestiona que el hecho de que los conceptos de inversión de los Tratados de inversión deban necesariamente incluir las inversiones de cartera.

⁹ En este sentido, el art. 206 TFUE dispone que “(m)ediante el establecimiento de una unión aduanera (...) la Unión contribuirá (...) 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”.

¹⁰ Art. 67 del Convenio del CIADI. Sobre la Unión Europea y el CIADI, *vid.* E. Silva Romero, “Quel arbitrage d’investissement (institutionnel ou *ad hoc*)?”, en *Le droit européen et l’arbitrage d’investissement*, París, Éditions Panthéon-Assas, 2011, pp. 97–106.

¹¹ *Vid.* S.W. Schill, “Luxembourg Limits: Conditions for Investor-State Dispute Settlement under Future EU Investment Agreements”, en *EU and Investment Agreements. Open Questions and Remaining Challenges* (eds. M. Bungenberg, A. Reinisch, C. Tietje), Nomos, Alemania, 2013, pp. 37–54; S. Hindelang, “The Autonomy of the European Legal Order. EU Constitutional Limits to Investor-State Arbitration on the Basis of Future EU Investment-Related Agreements”, *European Yearbook of International Economic Law, special issue: Common Commercial Policy after Lisbon*, Springer, 2013, pp. 187–198; J. Dutheil de la Rochère, “Quel rôle pour la Cour de Justice?”, en *Le droit européen et*

incompatibilidad de los futuros TLCI, entre ellos del CETA, también puede plantearse respecto a los ordenamientos internos de los estados miembros, tal y como ponen de manifiesto, por ejemplo, los procedimientos judiciales iniciados en los tribunales alemanes.

7. Todos estos obstáculos y la necesidad de encontrar equilibrios han exigido un esfuerzo de adaptación y flexibilidad (al menos aparente) de los actores involucrados directa o indirectamente en la elaboración del Acuerdo. Ello ha llevado a la Comisión a modificar sus posiciones; en este sentido, destaca la revisión realizada, a finales del mes febrero 2016, del texto del CETA resultante de las negociaciones que se habían dado por finalizadas en agosto de 2014¹².

Incluso en el último momento, las partes se han visto en la necesidad de acompañar el Acuerdo final de un Instrumento Interpretativo Conjunto que sirva para “explicar de una manera clara y no ambigua lo que significan algunas de las previsiones del CETA”¹³; este instrumento de interpretación forma parte del contexto del Acuerdo y, por tanto, de conformidad con el art. art. 31.2º de los dos Convenios de Viena sobre el Derecho de los Tratados tiene valor jurídico en la medida en que constituye la interpretación auténtica del mismo¹⁴.

l'arbitrage d'investissement, Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2011, pp. 37–45. N. Lavranos, “Is an international investor–to–state arbitration system under the auspices of the ECJ possible?”, 2011, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1973491 (última consulta: 25/11/2016).

¹² *Vid.* Declaración conjunta de Canadá y la UE, de 29 febrero 2016, disponible en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154330.pdf (última consulta: 25/11/2016).

¹³ Instrumento interpretativo conjunto sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros (doc. 13541/16), de 27 octubre 2016, publicado en DO L 11 de 14.1.2014.

¹⁴ Este extremo ha sido puesto de manifiesto en la Declaración Conjunta del 30 noviembre 2016 realizada con ocasión de la decimosexta cumbre UE–Canadá: “*This interpretative instrument has legal status and will serve as an authentic interpretation of CETA in the sense of Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties*”; disponible en <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/10/30-eu-canada-declaration/> (última consulta: 23/11/2016). También ha sido confirmado por el Servicio Jurídico del Consejo de la UE, para quien “en virtud del art. 31, apartado 2, letra b), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Instrumento Interpretativo Conjunto que habrán de adoptar las Partes con motivo de la firma del AECG, del cual dicho Instrumento constituye el contexto, es un documento de referencia que deberá utilizarse en caso de que se plantee cualquier cuestión en la aplicación del AECG relativa a la interpretación de sus términos. A tal efecto, tiene fuerza jurídica y carácter vinculante”; *vid.* Declaraciones para el acto del Consejo, nº 38, (doc. 13463/1/16), de 27 octubre 2016, publicado en el DO de 14.1.2017, L 11/9.

La Comisión también ha mostrado cierta flexibilidad al proponer la firma del CETA como un Acuerdo mixto. Esta concesión al Consejo responde al deseo de la Comisión de acelerar el proceso de firma y aplicación provisional del Acuerdo, pasos que de otro modo no resultarían posibles. No obstante, esta concesión no es definitiva, ya que la Comisión sigue defendiendo la competencia exclusiva de la Unión sobre la totalidad del contenido del Acuerdo. El de la delimitación competencial es, por tanto, un frente todavía abierto¹⁵. Será el TJUE quien finalmente clarifique la extensión de la competencia de la Unión en esta materia y, en este sentido, jugará un papel muy importante la opinión que emita el Tribunal en relación con el TLCI de la UE y Singapur que, hoy, se encuentra sometido a su examen¹⁶.

La revisión del CETA llevada a cabo en febrero, además de no resolver el debate competencial, tampoco ha servido para apaciguar las críticas de quienes se muestran decididamente contrarios a este tipo de acuerdos, ni han logrado calmar o diluir los movimientos anti-CETA, anti-TTIP y anti-TiSA¹⁷ que siguen estando muy presentes, siguen siendo muy activos y gozan de una visibilidad y capacidad de repercusión francamente reseñables. En consecuencia, el irresoluble enfrentamiento ha convertido la culminación de estos acuerdos en una cuestión capital para el futuro de la nueva PPC. El propio J.C. Juncker ha expresado su deseo de que el acuerdo con Canadá entre en vigor “lo antes posible”, señalando que es momento de responder, ya que “la credibilidad de la política europea de comercio exterior está en juego”¹⁸.

¹⁵ Sobre la posición de la Comisión resultan clarificadoras las palabras de la comisaria C. Malmström, quien ha manifestado: “Espero que la firma, la aplicación provisional y la celebración del Acuerdo con Canadá puedan ser rápidas, en beneficio de los consumidores, los trabajadores y los emprendedores: es un Acuerdo que Europa necesita. Mientras tanto, el Tribunal de Justicia Europeo deberá clarificar, en un futuro próximo, la cuestión pendiente de la competencia de estos acuerdos comerciales. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la Comisión considera que este Acuerdo entra en el ámbito de competencia exclusiva de la UE. Sin embargo, la situación política en el Consejo es clara, y entendemos la necesidad de proponerlo como acuerdo ‘mixto’, para que se firme rápidamente”. *Vid.* Comisión Europea, Comunicado de Prensa, “La Comisión Europea propone la firma y la celebración del Acuerdo comercial entre la UE y Canadá”, 5 julio 2016, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2371_es.htm (última consulta: 04/11/2016).

¹⁶ Dictamen 2/2015. DO C363 de 3.11.2015.

¹⁷ Acuerdo sobre el Comercio de Servicios (TiSA), es un acuerdo que se está negociado entre 23 miembros de la OMC y donde también se incluye la UE.

¹⁸ Comisión Europea, Comunicado de Prensa, “La Comisión Europea propone la firma...”, *loc. cit.*

Hoy, el futuro del CETA y, en general, de la proyectada nueva generación de los TLCI de la UE es más incierta, si cabe, tras la reciente elección del nuevo presidente de los EE UU de América, el Sr. Donald Trump, ya que en caso de confirmarse la posición defendida durante la campaña electoral supondrá el final del trayecto para las negociaciones del TTIP¹⁹, el buque insignia de los futuros TLCI, acuerdo que, por su valor estratégico, estaba llamado a ocupar un espacio central en esta nueva PCC de la UE.

2. La pretendida aplicación provisional

8. La firma del Acuerdo no constituye más que un primer paso hacia el objetivo final de su entrada en vigor. Como paso intermedio, el Consejo también ha adoptado la Decisión relativa a su aplicación provisional²⁰, que según estimaciones del propio Consejo podría tener lugar, como muy pronto, a partir del 1 marzo 2017²¹. En cualquier caso, la aplicación provisional estaba condicionada a la aprobación previa del Parlamento Europeo²², aprobación que ha tenido lugar en la sesión plenaria celebrada el 15 febrero 2017, con 408 votos a favor, 254 en contra y 33 abstenciones.

¹⁹ En este sentido, ya se han hecho notar las primeras y significativas consecuencias de esta nueva política comercial de los EE UU de América –“America First Trade Policy”–, con la retirada del país del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (Trans-Pacific Partnership) y con la declarada intención de renegociar el TLCAN.

²⁰ Decisión (UE) 2017/38 del Consejo, de 28 octubre 2016, relativa a la aplicación provisional del Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, publicada en DO L 11 de 14.1.2017.

²¹ El CETA en su art. 30.7, apartado 3, letra a), dispone que las partes podrán aplicar provisionalmente el Acuerdo “a partir del primer día del mes siguiente a la fecha en la cual las Partes se notifiquen que se han completado sus respectivos procedimientos y requisitos internos necesarios para la aplicación provisional del presente Acuerdo, o en cualquier otra fecha que acuerden las Partes”. Por su parte, las Conclusiones del Consejo sobre el CETA, disponibles en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13887-2016-INIT/es/pdf> (última consulta 07/11/2016), señalan que “la fecha en que debe enviarse a Canadá la notificación contemplada en el art. 30.7, apartado 3, del Acuerdo será el 17 febrero 2017, siempre que el Acuerdo haya sido aprobado por el Parlamento Europeo”.

²² Ni el CETA ni el TFUE exigen la aprobación previa del Parlamento Europeo para la aplicación provisional del Acuerdo. Sin embargo, esta es una práctica habitual cuando se trata de acuerdos comerciales de importancia; *Vid.* D. Webb, “CETA: the EU–Canada free trade agreement”, *House of Commons Library*, Briefing Paper, n° 7492, octubre de 2016, p. 13. En el caso del CETA, ha sido el Consejo quien ha decidido remitir el Acuerdo al Parlamento para su aprobación. *Vid.* Conclusiones del Consejo sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global, doc. 13887/16, de 28 octubre 2016, disponible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13887-2016-INIT/es/pdf> (última consulta 23/11/2016).

El interés de las instituciones europeas por activar la aplicación provisional del Acuerdo, si bien se trata de una práctica bastante habitual en la UE²³, produce recelo sobre la intención real que se esconde tras esta decisión, sobre todo teniendo en cuenta el grado de oposición y las reticencias que despierta en algunos Estados miembros y en sectores amplios de la sociedad civil europea. Si bien es cierto que la comisaria de comercio ha afirmado que *la aplicación provisional es "en beneficio de los consumidores, los trabajadores y los emprendedores" y que se trata de "un Acuerdo que Europa necesita"*²⁴, no lo es menos que puede llegar a interpretarse como una maniobra dirigida a desactivar los movimientos civiles contrarios al Acuerdo y a forzar su futura entrada en vigor a partir de la consolidación de una situación en la que el CETA de facto esté desplegando sus efectos.

9. No obstante, la aplicación provisional del CETA se presenta, de forma particular respecto a la parte relativa al régimen de las inversiones, con un alcance bastante limitado. A pesar de que la Comisión era partidaria de la aplicación provisional de la totalidad del Acuerdo –tal y como se vio reflejado en su propuesta de Decisión del Consejo de 7 julio 2016²⁵–, la Decisión adoptada por el Consejo limita sensiblemente las partes del Acuerdo que en su caso se aplicarán provisionalmente. Esto resulta coherente con el hecho de haberse propuesto finalmente la firma del CETA como un acuerdo mixto. Tratándose, en principio, de un acuerdo mixto, el Consejo y, en este caso, también el Parlamento Europeo únicamente pueden autorizar la aplicación provisional de aquellas previsiones que afecten a materias de la competencia de la Unión²⁶.

²³ P. Andrés Sáenz de Santa María, "La Unión Europea y el Derecho de los Tratados: una relación compleja", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVIII, n° 2, 2016, pp. 64 ss.

²⁴ Comisión Europea, Comunicado de Prensa, "La Comisión Europea propone la firma y la celebración del Acuerdo comercial entre la UE y Canadá", 5 julio 2016, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2371_es.htm (última consulta: 04/11/2016).

²⁵ COM(2016) 470 final, disponible en <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-470-ES-F1-1.PDF> (última consulta 07/11/2016).

²⁶ La Decisión (UE) 2017/38 del Consejo, de 28 octubre 2016, *relativa a la aplicación provisional del Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra*, publicada en DO L 11 de 14 enero 2017, en sus considerandos señala que "(l)as partes del Acuerdo *de la competencia de la Unión* pueden aplicarse de forma provisional, a la espera de la finalización de los procedimientos necesarios para su celebración" (énfasis añadido). Este mismo punto de partida es asumido en las Declaraciones para el acto del Consejo, n° 15, (doc. 13463/1/16), de 27 octubre 2016, publicado en el DO L 11 de 14.1. 2017, en virtud de la cual "(e)l Conse-

La existencia de un debate todavía irresuelto sobre el reparto competencial en materia de inversiones explica que haya sido el capítulo ocho del CETA uno de los más afectados por esta limitación. En virtud de la Decisión del Consejo no se aplicarán provisionalmente la sección relativa a la protección de las inversiones –salvo el artículo sobre transferencias– y la sección relativa a la resolución de diferencias entre inversores y Estados²⁷; además, las partes del capítulo octavo que sí resulten de aplicación únicamente lo serán en la medida en que afecten a una inversión extranjera “directa”. Por tanto, el Consejo ha decidido dejar fuera de la aplicación provisional las cuestiones más discutidas del apartado relativo a las inversiones, adoptando una posición garantista del ámbito competencial de los estados miembros y previendo la aplicación de aquellas previsiones que, tal y como advertía el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, son sin lugar a dudas de la competencia de la Unión.

Esta aplicación provisional parcial del CETA, además, puede plantear dificultades añadidas. El art. 30.8º CETA prevé que en caso de aplicación provisional del capítulo relativo a inversiones se suspenderán los APPRI que vinculen a los estados miembros con Canadá, así como los derechos y las obligaciones derivados de estos acuerdos bilaterales. Ahora que se anuncia la aplicación (muy) parcial de este capítulo, la suspensión de estos APPRI solo debería afectar a las disposiciones de estos acuerdos que se solapan con aquellas del CETA que resulten aplicables, lo que en la práctica puede suponer la aplicación prácticamente total de los mismos.

jo de la Unión Europea confirma que solo las materias comprendidas en el ámbito de competencia de la UE serán objeto de aplicación provisional”. Esta posición es respetuosa con lo señalado por el TJUE, por ejemplo, en la STJ 28 abril 2015, en el asunto C–28/12, donde advierte que “(e)n la negociación y celebración de un acuerdo de este tipo [acuerdo mixto], cada una de las Partes debe actuar dentro del marco de las competencias de que dispone y respetando las competencias de todas las demás Partes contratantes” lo que exige separar y distinguir los procesos de formación de voluntad del Consejo y de cada uno de los estados miembros, tanto en el momento de la celebración como en el de la decisión de su aplicación provisional. *Vid.* S.R. Sánchez-Tabernero, “La ilegalidad de las decisiones híbridas en el marco de la celebración de acuerdos mixtos. Comentario de la sentencia TJUE de 24.04.2015 (Gran Sala), C–28/12 Comisión/Consejo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 52, 2015, pp. 1057–1073; T. Verellen, “On hybrid decisions, mixed agreements and the limits of the new legal order: *Commission v. Council (“US Air Transport Agreement”)*”, *Common Market Law Review*, vol. 53, nº 3, 2016, pp. 741–761.

²⁷ Esto priva de cualquier virtualidad a las disposiciones 30.8.3 y 30.8.4 CETA, que regulan la situación en la que el sistema de arreglo de diferencias entre estados e inversores del CETA sustituya a los ISDS previstos en los APPRI entre Canadá y los estados miembros, enumerados en el anexo 30–A.

10. Ante la dificultad de realizar un pronóstico sobre la entrada en vigor del CETA, especialmente si se tramita como un acuerdo mixto – en cuyo caso sería necesario el consentimiento por todos y cada uno de los estados miembros conforme a sus respectivos procedimientos y requisitos internos–, cobra importancia la cuestión de la terminación de la aplicación provisional. De este modo, debería evitarse que la aplicación provisional se extendiera demasiado en el tiempo, adquiriendo de facto condición de permanencia, especialmente en aquellos casos en los que sea claro que no cabe la posibilidad real de que se reúnan todos los consentimientos necesarios para su completa entrada en vigor.

En esta misma línea, el Consejo reconoce la necesidad de contar con el respaldo de todos los estados miembros, es decir, todas las partes del acuerdo, para seguir con la aplicación provisional del CETA cuando declara que “(e)n caso de que no pueda procederse a la ratificación del AECG de manera permanente y definitiva a causa de una sentencia de un tribunal constitucional o a raíz de la finalización de otros procesos constitucionales y la notificación formal correspondiente por parte del gobierno del Estado de que se trate, deberá ponerse fin a la aplicación provisional, que se dará por terminada”²⁸.

Según el art. 30.7º, apartado 3, letra c) del CETA, “una Parte podrá poner fin a la aplicación provisional del presente Acuerdo mediante notificación escrita a la otra Parte”. Tratándose de un acuerdo mixto cada uno de los estados miembros de la UE puede considerarse Parte a efectos de esta previsión. Sin embargo, si la aplicación provisional se limita a ámbitos de la competencia de la Unión resulta más discutible afirmar la facultad de cada uno de los estados miembros para dar por terminado unilateralmente esta aplicación, tal y como pretenden, por ejemplo, Alemania, Austria o Polonia²⁹.

III. Novedades en la parte sustantiva del Acuerdo

11. Dejando al margen la dimensión política e ideológica que está convirtiendo el proceso de celebración del CETA en un camino accidentado o cuando menos turbulento, desde el punto de vista jurídico interesa destacar cuales son las novedades que, en relación con las inversiones extranjeras, incorpora el Acuerdo. En este sentido, es po-

²⁸ *Vid.* Declaraciones para el acto del Consejo, nos 21 y 22, (doc. 13463/1/16), de 27 octubre 2016, publicado en el DO L 11 de 14.1.2017.

²⁹ *Ibid.*

sible afirmar que nos encontramos ante una regulación novedosa en el ámbito europeo y, en algunos aspectos, también en el plano global, tanto en la forma, con disposiciones mucho más desarrolladas y detalladas, como en el fondo, en aspectos tales como el establecimiento de las inversiones o el arreglo de diferencias entre inversores y estados. Todo ello permite hablar de una nueva generación de acuerdos de inversión en Europa, aunque no de un modelo de ruptura radical, ya que muchos de los elementos importantes de la regulación presentan un carácter continuista.

En las páginas que restan al presente trabajo se tratarán de poner de manifiesto y valorar las principales aportaciones del CETA en el ámbito de las inversiones, lo que, dada la extensión de la regulación, exigirá, en ocasiones, una aproximación selectiva a los temas que lo conforman, descartando cualquier tentación de exhaustividad.

1. Selección de cuestiones relacionadas con el ámbito de aplicación del capítulo octavo: especial referencia a los conceptos de inversión e inversor

12. De conformidad con el art. 8.2º del CETA –ámbito de aplicación– el capítulo sobre inversiones resulta aplicable a las medidas que una Parte adopte o mantenga en su territorio respecto a un inversor de la otra Parte, una inversión cubierta y, con respecto al art. 8.5º –requisitos de funcionamiento–, cualquier inversión en su territorio.

A primera vista, son varios los aspectos llamativos de esta previsión general. En primer lugar, la referencia a “medidas” adoptadas o mantenidas parece sugerir que las Partes del CETA únicamente podrán incurrir en violación del capítulo ocho mediante acciones positivas, descartando la posibilidad de que puedan ser responsables por comportamientos de omisión. No obstante, no debería ser esta la manera de interpretar la noción de “medida”, dado que ello podría implicar el vaciamiento o la disminución de potencialidades de algunas de las previsiones del CETA que, efectivamente, encuentran su efecto útil en supuestos de omisión. Sería el caso, por ejemplo, de la previsión que regula la “plena protección y seguridad”, donde el Estado asume la obligación de velar por la seguridad física de los inversores y las inversiones cubiertas³⁰. También sería el caso de la previsión relativa a la “compensación por pérdidas”, donde el daño o la pérdida no tiene por qué ser resultado de hechos atribuibles al propio Estado, ya que

³⁰ Art. 8.10 apartado 5 CETA.

será debido a “un conflicto armado, revueltas civiles, un estado de emergencia o una catástrofe natural en su territorio”; mediante esta previsión el Estado asume el compromiso de prestar un trato no menos favorable que el que concede a sus propios inversores (trato nacional) o el que concede a los inversores de un tercer país, si este último fuera más favorable (trato de nación más favorecida – NMF)³¹.

13. En segundo lugar, resulta llamativa la aplicación del art. 8.5^o “a *cualquier* inversión en su territorio”³². Tal y como se dará cuenta más adelante, el art. 8.5^o regula, como regla general, la prohibición de imponer requisitos de funcionamiento a las inversiones realizadas en el territorio de las Partes. ¿Se debe entender que esta prohibición afecta y beneficia tanto a las inversiones de la propiedad de o controladas por inversores de la otra Parte, como a las inversiones de los inversores “nacionales”?³³ Esa parece ser la finalidad de esta previsión, que estaría dirigida a evitar cualquier desventaja competitiva de los inversores “nacionales” frente a los “extranjeros”. Resulta, por tanto, novedoso que el CETA también regule supuestos “internos”, asegurando a las inversiones “nacionales” cierta inmunidad frente a interferencias de los poderes públicos a través de la imposición de requisitos de desempeño. Esto, además de resultar novedoso en la práctica convencional europea en materia de inversiones, puede plantear dudas desde la perspectiva competencial, entre otros motivos, porque la competencia exclusiva fundamentada en la PCC solo abarca la dimensión externa de las operaciones de inversión directa.

Sin embargo, esta interpretación del concepto de “cualquier inversión” –en contraposición con el concepto de “inversión cubierta”³⁴– que permite incluir a las inversiones “nacionales”, no encuentra aco-

³¹ Art. 8.11^o CETA.

³² Énfasis añadido.

³³ Cuando empleo la expresión de “nacional” respecto a un inversor en el marco del CETA, lo hago consciente de la inexactitud de tal expresión, especialmente cuando se trata de identificar al inversor de la UE. Para determinar cuando una persona física o jurídica será “de una Parte” habrá que estar a los criterios establecidos en el propio Acuerdo. Sin embargo, ante la necesidad de emplear una forma sencilla para identificar al inversor con una u otra Parte, me he permitido la licencia de emplear el término “nacional” por su valor expresivo.

³⁴ Según el art. 8.1^o CETA la “inversión cubierta”, con respecto a una de las Partes, será aquella inversión localizada en su territorio, realizada de conformidad con el Derecho aplicable en el momento en que se efectúa la inversión, que sea propiedad directa o indirecta de un inversor de la otra Parte o que esté controlada por él y existente en la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo, o realizada o adquirida posteriormente.

modo, es decir, no encaja en el espacio que abren los conceptos de “inversión” e “inversor” del CETA. En virtud del art. 8.1º CETA, será inversión “cualquier tipo de activo que sea propiedad *de un inversor* o esté bajo el control, directa o indirectamente, de este (...)”³⁵; por su parte, será “inversor” “una Parte, una persona física o una empresa de una Parte (...) que pretenda realizar, esté realizando o haya realizado una inversión en el territorio de la otra Parte”.

Por tanto, de la lectura conjunta de estas dos previsiones se debe concluir que únicamente es “inversión” la inversión propiedad de o controlada por un inversor de la otra Parte. Esta conclusión, junto a la necesidad de reconocer cierto contenido a la expresión de “cualquier inversión en su territorio” conduciría al absurdo de aplicar el art. 8.5º CETA a las inversiones de la otra Parte que no hayan sido realizadas de conformidad con el Derecho aplicable en el momento en que se efectúan³⁶. Por todo ello, considero que la referencia que hace el concepto de “inversión” al requisito de que esta debe ser de la propiedad de un inversor o estar bajo el control, directa o indirectamente, de este, debería haberse suprimido. Esta referencia es innecesaria porque resulta reiterativa, en la medida en que ya está prevista en el concepto de “inversión cubierta”; además, supone un problema para la interpretación correcta del sentido del art. 8.2º, ap. 1, letra c) relativo al ámbito de aplicación, en la medida en que una lectura literal y relacionada de los conceptos no permite incluir dentro del concepto de inversión la inversión de un inversor “nacional”³⁷.

14. El concepto de inversión tiene una importancia capital en el marco de cualquier tratado sobre inversiones extranjeras y, por tanto, también en el CETA. De la amplitud y del grado de flexibilidad de esta noción depende el volumen y la tipología de las operaciones económicas que se beneficiarán del régimen de promoción y protección previsto en cada tratado. El CETA hace honor a la tradición de los trata-

³⁵ Énfasis añadido.

³⁶ Atendiendo a la definición del concepto de “inversión cubierta” del art. 8.1º CETA, esta sería la única manera de diferenciar –tal y como hace el art. 8.2º CETA– el concepto de “inversión cubierta” de la noción de “cualquier inversión en su territorio”, dentro de los márgenes permitidos por los conceptos de “inversión” e “inversor” del Acuerdo.

³⁷ Estas definiciones que parecen inspirarse en las definiciones que suelen emplearse en los Tratados de inversión norteamericanos, se podría pensar que repiten los “errores” de aquellos. Sin embargo, esto no es así porque, por ejemplo, el modelo de APPRI de los EE UU de América de 2012, no incluye una definición de “inversor”, sino de “*investor of a non-Party*”, lo que impide indetificar necesariamente el primero con el segundo, tal y como sucede en el CETA.

dos de inversión de incorporar un concepto amplio y flexible³⁸, al referirse como inversión a “cualquier tipo de activo”, y al acompañar esta referencia genérica de una lista abierta de las distintas formas que puede adoptar una inversión³⁹.

Existe un aspecto concreto que aporta el CETA a la definición del concepto de inversión que merece ser comentado, en la medida en que supone una novedad respecto a los APPRI de los estados miembros⁴⁰. Según el Acuerdo, se considera inversión:

³⁸ Vid. OCDE, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations (A Companion Volume to International Investment Perspectives)*, OCDE publishing, 2008, especialmente pp. 46–54. F. Yala, “La notion d’investissement dans la jurisprudence du CIRDI: actualité d’un critère de compétence controversé (les affaires *Salini, SGS et Mihaly*)”, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement* (C. Leben dir.), Louvain-la-Neuve, LGDJ – Anthemis, 2006, pp. 281–306; N. Rubins, “The Notion of ‘Investment’ in International Investment Arbitration”, *Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects*, (N. Horn, ed.), La Haya, 2004, pp. 283–324; S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d’autres États*, Dijon, Litec, 2004, pp. 43–104; J.P. Lavieq, *Protection et promotion des investissements. Etude de droit international économique*, Ginebra, Presses Universitaires de France, 1985, pp. 11–51. La amplitud del concepto de inversión recogido en los tratados de inversión, también ha sido puesta de manifiesto en la práctica arbitral. Así, la decisión dictada en el asunto *Consortium RFCC c. Marruecos* (Caso CIADI n° ARB/00/6), laudo de 22 diciembre 2003, párr. 62, ha resaltado que “*les traités modernes de protection des investissements ont la particularité d’adopter une définition large du terme investissement afin de permettre une application de leurs dispositions face à la diversité des opérations, montages financiers et contrats que les agents économiques sont à même d’utiliser dans la perspective de réaliser un investissement*”. Este extremo también ha sido señalado, por ejemplo, en los asuntos *Continental Casualty Company c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/03/9), decisión sobre jurisdicción, párr. 84, o en la decisión del tribunal en el caso *Siemes c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/02/8), decisión sobre jurisdicción, párr. 137.

³⁹ Entre las formas que menciona el CETA se encuentran: a) una empresa; b) acciones, títulos o cualquier otra forma de participación en el capital de una empresa; c) bonos, obligaciones y otros instrumentos de deuda de una empresa; d) un préstamo a una empresa; e) cualquier otro tipo de interés en una empresa; f) un interés derivado de una concesión otorgada con arreglo al Derecho de una Parte o en virtud de un contrato, en particular para la búsqueda, el cultivo, la extracción o la explotación de recursos naturales, de un contrato llave en mano, de construcción, de producción o de reparto de ingresos, u otros contratos similares; g) derechos de propiedad intelectual; h) otros derechos sobre bienes muebles, materiales o inmateriales, o sobre bienes inmuebles y derechos afines; i) derechos dinerarios o a aportaciones monetarias o derechos a prestaciones contractuales. El Acuerdo, en aras a evitar confusiones y aumentar la seguridad, señala que los derechos dinerarios que se derivan exclusivamente de contratos de compraventa de bienes y servicios, la financiación interna de estos contratos y las órdenes, sentencias o laudos relacionados con estos no se incluyen dentro de las formas de inversión protegidas por el CETA.

⁴⁰ Sin embargo, existen precedentes como el modelo de APPRI de los EE UU de América, que lo incluye desde el 2004.

“... cualquier tipo de activo que sea propiedad de un inversor o esté bajo el control, directa o indirectamente, de este, que tenga las características de una inversión, lo que incluye una duración determinada y otras características, como el compromiso de capital o de otros recursos, la expectativa de ganancia o beneficio, o la asunción de riesgos”.

Como se puede observar, la definición incorpora una referencia expresa a las “características” que reúne una inversión. Así, según el CETA, una inversión incluye, una duración determinada y otras características, como son, un compromiso de capital u otros recursos, una expectativa de ganancias o beneficios, o la asunción de riesgos.

El debate sobre las características que debe reunir una operación económica para que pueda ser calificada como inversión no es nuevo. La práctica arbitral ha sido escenario de un debate intenso, donde se han puesto de manifiesto distintas formas de entender este concepto. Se ha de precisar que este debate se ha desarrollado en el marco de la interpretación del concepto de inversión previsto en el art. 25 del Convenio CIADI y no así tanto en relación con los tratados de inversión. A diferencia de lo que sucede en los tratados de inversión (que como se ha dicho suelen prever un concepto amplio acompañado de una lista bastante exhaustiva de formas de inversión), el Convenio del CIADI no ha definido el concepto de inversión de su art. 25⁴¹; este concepto, no obstante, resulta vital para fijar el alcance de la jurisdicción del CIADI, por lo que numerosos tribunales arbitrales se han visto en la necesidad de interpretarlo.

La “jurisprudencia” arbitral ha ido identificando, a través de decisiones no siempre pacíficas y en ocasiones contradictorias, ciertas características que debe presentar una operación económica para po-

⁴¹ Sobre el concepto de inversión del Convenio CIADI, *vid.* E. Gaillard, “Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice” in *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer* (eds. C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch y S. Wittich), *Oxford Scholarship Online*, 2009, pp. 403–416; C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, 2001, pp. 121–141; S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 43 ss.; C.F. Amerasinghe, “The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes”, *Indian Journal of International Law*, 1979, pp. 177–181; G. Delaume, “Le Centre International pour le Reglement des Différends relatives aux Investissements (CIRDI)”, *Journ. dr. int.*, 1982, 4, pp. 800 ss; A. Grabowski, “The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 15, n° 1, 2014, pp. 287–309; OCDE, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations (A Companion Volume to International Investment Perspectives)*, OCDE publishing, 2008, de forma particular pp. 59–75; M. Hwang S.C., “Recent Developments in Defining ‘Investment’”, *ICSID Review–Foreign Investment Law Journal*, vol 25, n° 1, 2010, pp. 21–25.

der calificarla como inversión a efectos del art. 25 del Convenio CIADI⁴². De conformidad con el conocido como “Salini–Test” una inversión supone: una contribución, una cierta duración y la participación en el riesgo de la operación. Además, tratándose de una inversión del art. 25 del Convenio CIADI, Tribunal arbitral considera que se debe sumar una cuarta condición: que esta contribuya al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión⁴³. Para el Tribunal estas condiciones pueden ser interdependientes, por lo que deberían valorarse globalmente⁴⁴.

La práctica arbitral posterior se ha dividido, por una parte, entre aquellas decisiones que han tratado estas condiciones desde un “enfoque de características típicas” o desde un “enfoque jurisdiccional”. La diferencia entre uno y otro enfoque radica en el hecho de que mientras que para el enfoque jurisdiccional es necesario que concurren todas las características mencionadas para que pueda considerarse una inversión, para el “enfoque de las características típicas” no lo es, si bien es cierto que, en este último caso, la ausencia de algunos de estos signos distintivos deberá estar compensada por la fuerte presencia de otro u otros⁴⁵. Por otra parte, en cierta medida ligado a la

⁴² Vid. *Fedax c. Venezuela* (Caso CIADI n° ARB/96/3) decisión sobre jurisdicción, de 11 julio 1997; *CSOB c. Eslovaquia* (Caso CIADI n° ARB/97/4), decisión sobre jurisdicción de 24 de mayo 1999; *Salini Construtorri S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. Marruecos* (Caso CIADI n° ARB/00/4) decisión sobre jurisdicción, de 23 julio 2001; *Joy Mining Machinery Limited c. Egipto* (Caso CIADI n° ARB/03/11) decisión sobre jurisdicción, de 6 agosto 2004; *Conorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA c. République algérienne démocratique et populaire*, (Caso CIADI n° ARB/03/08), de 10 enero 2005; *Mr. Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo* (Caso CIADI n° ARB/99/7), decisión del Comité *ad hoc* de anulación, de 9 febrero 2004; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI n° ARB/03/29) decisión sobre jurisdicción, de 14 noviembre 2005; *Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. c. Egipto* (Caso CIADI n° ARB/04/13), decisión de jurisdicción, de 16 junio 2006; *Biwater Gauff c. Tanzania* (Caso CIADI, n° ARB/05/22), laudo, de 24 julio 2008; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia* (Caso CIADI n° ARB/05/10), decisión sobre jurisdicción de 17 mayo 2007 y decisión sobre anulación, de 16 abril 2009; *Quirobax c. Bolivia* (Caso CIADI n° ARB/06/2), decisión sobre jurisdicción, de 27 septiembre 2012.

⁴³ *Salini Construtorri S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. Marruecos* (Caso CIADI n° ARB/00/4) decisión sobre jurisdicción, de 23 julio 2001, párr. 52 ss.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Vid. la decisión en el asunto *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia*, (Caso CIADI n° ARB/05/10), decisión sobre jurisdicción, párr. 70. Esta decisión precisa, además, que: “*However, even under the Typical Characteristics Approach, it would probably be exceptional for a tribunal to conclude that there was an “investment” where one or more of the hallmarks of “investment” were completely missing*”. Entre las decisiones más destacadas que adoptan este enfoque se encuentran la decisión relativa a la solicitud de anulación en el caso *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia*, (Caso CIADI n° ARB/05/10), decisión sobre anulación, de 16 abril 2009 o la decisión del

mencionada división, las decisiones arbitrales se han diferenciado entre las que adoptan un enfoque “subjetivo” y “objetivo”, es decir, aquellas que reconocen mayor protagonismo a la autonomía de la voluntad de las partes –plasmada, por ejemplo, en los conceptos de inversión de los APPRI– a la hora de definir el concepto de inversión del art. 25 y aquellas que se centran en los límites objetivos y el carácter autónomo del concepto de inversión del Convenio CIADI.

Por último, en relación con las características que definen el concepto de inversión del art. 25, uno de los debates más interesantes y de mayor carga ideológica se ha centrado en la exigibilidad o no del requisito relativo a la contribución al desarrollo económico del Estado receptor⁴⁶. Si para algunos la contribución que pueda realizar la inversión extranjera al desarrollo del Estado receptor resulta intrascendente⁴⁷, para otros esta constituye una condición necesaria para poder someter una diferencia al arbitraje CIADI.

En este contexto, el CETA representa una opción pro–inversores, el de los países exportadores de capital⁴⁸, en la medida en que adopta el concepto menos restrictivo de “inversión”, haciendo suyo el enfoque de las “características típicas” frente a la opción del enfoque “jurisdiccional”, más exigente para los inversores privados. Así, las características de las inversiones no se presentan como cumulativas y necesarias, sino como indicativas y ejemplificativas. Además, la definición

asunto *Bivwater Gauff c. Tanzania* (Caso CIADI, n° ARB/05/22), laudo, de 24 julio 2008, donde el Tribunal afirma que “*there is no basis for a rote, or overly strict, application of the five Salini criteria in every case. These criteria are not fixed or mandatory as a matter of law*” (párr. 312), o que “*the Salini Test itself is problematic if, as some tribunals have found, the “typical characteristics” of an investment as identified in that decision are elevated into a fixed and inflexible test, and if transactions are to be presumed excluded from the ICSID Convention unless each of the five criteria are satisfied*” (párr. 314). Por tanto, para este Tribunal: “*a more flexible and pragmatic approach to the meaning of “investment” is appropriate, which takes into account the features identified in Salini, but along with all the circumstances of the case, including the nature of the instrument containing the relevant consent to ICSID*”.

⁴⁶ Vid. A. Grabowski, “The Definition of Investment...”, *loc. cit.*, pp. 287–309.

⁴⁷ En este sentido, *Saba Fakes c. Turquía* (Caso CIADI n° ARB/07/20), laudo, de 14 julio 2010; *Victor Pey Casado c. Chile* (Caso CIADI n° ARB/98/2), laudo, de 8 mayo 2008, *LESI–Astaldi c. Argelia* (Caso CIADI n° ARB/05/3), decisión sobre jurisdicción, de 12 julio 2006; y *Quirobax c. Bolivia* (Caso CIADI n° ARB/06/2), decisión sobre jurisdicción, de 27 septiembre 2012.

⁴⁸ En este sentido, el árbitro M. Shahabuddeen, en su opinión disidente sobre la decisión de anulación del Comité ad hoc en el asunto *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia*, diferencia entre la visión subjetivista y objetivista, y señala que, a su modo de ver, esta división “*marks a titanic struggle between ideas, and correspondingly between capital exporting countries and capital importing ones*” (párr. 62 de la opinión disidente).

prescinde de cualquier referencia al requisito de la contribución al desarrollo del Estado receptor⁴⁹, lo que evidencia la asunción de la premisa, más que discutible, propia de la teoría clásica de las inversiones extranjeras y según la cual todas las inversiones extranjeras son beneficiosas para el Estado que las recibe y, por tanto, merecedoras de ser promocionadas y protegidas⁵⁰. Por todo ello, en este punto, el CETA puede ser visto como una oportunidad perdida en aras a dotar al Derecho de las inversiones extranjeras de un contenido finalista. La decisión de limitar la protección del Acuerdo a aquellas inversiones que contribuyen al desarrollo sostenible de los Estados receptores hubiera supuesto un paso importante y audaz hacia el establecimiento de un Derecho de las inversiones más cercano a los intereses del ciudadano, al tiempo que podría haber servido para calmar las sospechas que despiertan en la opinión pública otros apartados del capítulo sobre inversiones.

15. Junto al de inversión, el concepto de “inversor” también juega un papel determinante a la hora de delimitar el alcance de la protección prevista en el CETA. En este sentido, hay varios aspectos que reclaman un breve comentario. En primer lugar, siguiendo una línea ya consolidada en los APPRI más recientes, el CETA dentro del concepto de inversor también incluye a las empresas establecidas localmente, aquellas que, estando constituidas u organizadas conforme a las leyes del Estado demandado, son propiedad o están bajo control de un inversor de la otra Parte⁵¹. Así, el del “control extranjero”, que

⁴⁹ Es justo reconocer que, fuera de los debates sobre la correcta interpretación del art. 25 del Convenio CIADI, la exigencia de la contribución al desarrollo económico del estado receptor no suele estar presente en los tratados de promoción y protección de inversiones extranjeras. Así, pocos tratados son tan claros como el Convenio entre Francia y Marruecos, donde se señala que “(s)ont éligibles à l’agrément préalable accordé par un Partie contractante, dans le cadre de sa législation, les investissements productif effectués sur son territoire par les ressortissants, personnes physiques et morales, de l’autre Partie, dès lors qu’ils concourent à son développement économique et social”. Vid. J.P. Lavié, *Protection et promotion...*, op. cit., pp. 19–20.

⁵⁰ Sobre este aspecto vid. M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 50–65. I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, España, Editorial Bosch, 2010, pp. 54–61.

⁵¹ La relevancia del elemento del “control extranjero” ya fue puesta de relieve con la adopción del Convenio del CIADI en su art. 25.2º.b), donde se dispuso que se extenderá como “nacional de otro Estado Contratante” la personas jurídica que, teniendo en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos del propio Convenio, “por estar sometidas a control extranjero”. De hecho, las previsiones de los APPRI (y ahora, también, del CETA) vienen a activar o completar esta

puede ser directo o indirecto, constituye un elemento relevante a la hora de extender la protección del Acuerdo a empresas que, si bien formalmente no pueden ser consideradas extranjeras, están efectivamente controladas por inversores de la otra Parte⁵².

En segundo lugar, el concepto de inversor abarca a todas las personas físicas o empresas que pretendan realizar, estén realizando o hayan realizado una inversión en el territorio de la otra Parte, de lo que se deduce que los inversores “potenciales”, aquellos que todavía no hayan realizado una inversión, también se incluyen en esta definición y, por tanto, se pueden beneficiar del régimen previsto en el Acuerdo. Si bien es cierto que cubrir a los inversores potenciales puede ser una consecuencia lógica de la inclusión en el CETA de previsiones que regulan el establecimiento y acceso de las inversiones, también lo es que el propio CETA se muestra cauteloso a la hora de fijar el alcance de los derechos de estos inversores, impidiéndoles, por ejemplo, valerse del sistema de arreglo de controversias inversor–Estado previsto en el Acuerdo⁵³.

En tercer y último lugar, merece la pena detenerse un momento a valorar la fórmula que, vinculado al concepto de inversor, emplea el CETA para evitar los supuestos más “abusivos” del *treaty shopping*, es decir, de la práctica que permite a un inversor “elegir” el tratado más favorable a sus intereses particulares (en este caso el CETA). Una de las principales causas del fenómeno del *treaty shopping* se en-

previsión, al actuar como “acuerdo” de las partes en el sentido del mencionado artículo. Sobre esta cuestión, se pueden consultar D.H. Bliesener, “La compétence du CIRDI dans la pratique arbitrale”, *Revue de droit international et du droit comparé*, vol. 95, 1991, pp. 115–123; S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 155–181. El del “control extranjero” es un requisito de carácter objetivo, tal y como se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, en el asunto *Vacuum Salt c. Ghana*, pár. 36, al afirmar que “(...) *the parties’ agreement to treat Claimant as a foreign national “because of foreign control” does not ipso jure confer jurisdiction. The reference in Article 25(2)(b) to “foreign control” necessarily sets an objective Convention limit beyond which ICSID jurisdiction cannot exist and parties therefore lack power to invoke same no matter how devoutly they may have desired to do so*”. Sobre este caso arbitral, A. Broches, “Denying ICSID’s Jurisdiction. The ICSID award in Vacuum Salt Products Limited”, *J. Int’l. Arb.*, vol. 13, n° 3, 1996, pp. 21–30.

⁵² El CETA resuelve, favoreciendo la posición más favorable a los intereses privados de los inversores, las dudas que podrían surgir respecto al significado y alcance de este control, que podría ser interpretado como control directo o indirecto, tal y como, por otra parte, se escenificó en la contradicción entre las decisiones de los tribunales arbitrales en los asuntos *Amco c. Indonesia* (Caso CIADI n° ARB/81/1) y *Soabi c. Senegal* (Caso CIADI n° ARB/82/1). *Vid.* C.H. Schreuer, *The ICSID Convention...*, *op. cit.*, pp. 315 ss.; S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 166–171.

⁵³ Es la conclusión que se extrae de la lectura de los arts. 8.1 y 8.2 apartado cuarto, y las definiciones de “inversor” y de “inversión cubierta” del CETA.

cuentra en las complejas formas de organización empresarial que adoptan hoy las grandes sociedades transnacionales, lo que les permite, en un momento determinado, hacer valer la nacionalidad del Estado que más se ajusta a sus intereses⁵⁴. En algunos casos puede suceder que la nacionalidad empleada para la activación de la protección prevista en un tratado de inversión y del correspondiente procedimiento arbitral sea una nacionalidad meramente formal, por no decir “ficticia”, de una sociedad interpuesta entre la inversión y el verdadero inversor y que no desarrolla actividades económicas de relevancia en el Estado de constitución. A la luz del CETA, una empresa solo será considerada inversor cuando “esté constituida u organizada con arreglo a las leyes de dicha Parte y desarrolle una *actividad empresarial importante* en el territorio de dicha Parte”⁵⁵. Mediante esta previsión, según el Instrumento Interpretativo Conjunto de la UE y Canadá, el CETA “exige un vínculo económico real” con sus respectivas economías; ello impedirá que las sociedades ficticias o “empresas buzón” establecidas en Canadá o la UE por inversores de terceros estados presenten demandas a través del mecanismo ISDS del Acuerdo⁵⁶.

2. La admisión de las inversiones: nueva dimensión de los acuerdos de inversión en Europa

16. La sección B del capítulo sobre inversiones se ocupa de la fase del establecimiento de las inversiones, con una primera previsión que regula el “acceso a los mercados” y una segunda sobre “requisitos de

⁵⁴ Sobre los efectos que tienen las cada vez más complejas estructuras corporativas en la determinación de la nacionalidad del inversor o de los propietarios *vid.* UNCTAD, *World Investment Report 2016 (Investor nationality: Policy Challenges)*, Naciones Unidas, 2016, pp. 124–187, disponible en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf (última consulta: 15/12/2016).

⁵⁵ Énfasis añadido. Sobre el significado del término “actividad empresarial importante” *vid.* la Declaración n.º 31 de la Comisión (Declaraciones para el acto del Consejo, (doc. 13463/1/16), de 27 octubre 2016, publicado en el DO L 11 de 14.1.2017, donde se especifica que “(e)l término ‘actividad empresarial importante’ que figura en el AECG debe entenderse en el mismo sentido que el término ‘operaciones comerciales sustantivas’ utilizado en el art. V, apartado 6, y en el art. XXVIII, letra m), del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la OMC. La UE ha presentado formalmente a la OMC una notificación en la que declara que interpreta este término como equivalente al término ‘vinculación efectiva y continua con la economía’ utilizado en el Programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, adoptado por el Consejo el 15 enero 1962 en virtud del art. 54 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea”.

⁵⁶ *Instrumento Interpretativo Conjunto sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros* (doc. 13541/16), de 27 octubre 2016, publicado en DO L 11 de 14.1.2014, punto 6.d).

funcionamiento”. Esta es, quizás, una de las novedades más destacables que, sin levantar mucho ruido ni provocar excesiva oposición, introduce el CETA en el panorama del régimen de las inversiones extranjeras en Europa⁵⁷. A diferencia de lo que ha venido siendo habitual en los tratados de inversión norteamericanos que, siguiendo el modelo propuesto por el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), han regulado la fase de la admisión de las inversiones, la mayoría de los APPRI, y entre estos también los celebrados por los países europeos, no se han ocupado de esta cuestión⁵⁸; ha sido el ordenamiento interno de cada estado quien, en tanto que atributo incuestionable de su soberanía⁵⁹, ha regulado las condiciones para el establecimiento de las inversiones extranjeras en su territorio, dentro de los márgenes permitidos por el Derecho de la UE (que, recordemos, regula desde hace tiempo la circulación de pagos y capitales o el derecho de establecimiento) y de conformidad con las obligaciones internacionales asumidas, como las previstas en el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (TRIMS) de la OMC⁶⁰.

Una de las fórmulas más utilizadas por los Estados en esta fase de admisión se refiere a la imposición de requisitos de funcionamiento al

⁵⁷ Además, la posición adoptada por la Unión Europea en este ámbito no deja de ser ciertamente llamativo, al tiempo que sirve para poner de manifiesto la importancia de la cuestión relativa a la admisión, si atendemos al siguiente hecho: una de las razones principales que hizo fracasar a la iniciativa del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) negociado en la OCDE fue, justamente, la divergencia e irreconciliabilidad de las posiciones defendidas por los EE UU de América y los Estados europeos en relación con la liberalización de la fase de admisión. Al respecto *vid.* C. Leben, “L'évolution du Droit International des investissements”, *Un Accord multilatéral sur l'investissement: d'un forum de négociation à l'autre?* (Jornadas de Estudio organizadas por l'Institut des Hautes Etudes Internationales, el 7 diciembre 1998), París, Pedone, 1999, pp. 11–12; UNCTAD, *Lessons from the MAI*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, Naciones Unidas, 1999, pp. 11–13, disponible en <http://unctad.org/en/pages/PublicationArchive.aspx?publicationid=338> (última consulta: 21/12/2016); P. Juillard, “Á propos du décès de l'AMI”, *An. fr. dr. int.*, vol. XLIV, 1998, pp. 595–612. El régimen propuesto en el CETA, de este modo, supone un giro de 180 grados en la posición europea, pasando a asumir la tesis de los países norteamericanos.

⁵⁸ Sobre la admisión de las inversiones extranjeras en los distintos tratados de inversión *vid.*, en general, I.F.I. Shihata, “Recent Trends Relating to Entry of Foreign Direct Investment”, *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal*, vol. 9, n° 1, 1994, pp. 47–70; P. Juillard, “Freedom of Establishment, Freedom of Capital Movements, and Freedom of Investment”, *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal*, vol. 15, n° 2, 2000, pp. 322–339.

⁵⁹ *Vid.* M. Sornarajah, *The International Law...*, *op. cit.*, pp. 97 ss.

⁶⁰ Sobre la regulación de la entrada de las inversiones extranjeras, en general, *vid. ibíd.* pp. 108–132.

inversor extranjero que pretende llevar a cabo una inversión en su territorio. Los requisitos de funcionamiento han sido definidos como “*stipulations, imposed on investors, requiring them to meet certain specified goals with respect to their operations in the host country*”⁶¹. Estos requisitos de desempeño pueden ser de distinto tipo. Así, cabe diferenciar, por una parte, entre aquellos requisitos que se imponen obligatoriamente a los inversores extranjeros y aquellos que, no siendo obligatorios para la realización de la inversión, constituyen condición necesaria para la obtención de ciertas ventajas. Por otra parte, hay requisitos de desempeño que se imponen antes de que se haya realizado la inversión y los que se imponen una vez esta se haya efectuado.

A través de estos requisitos de funcionamiento el estado receptor puede ejercer cierta influencia sobre los efectos que desplegará esa inversión en la economía nacional, en los equilibrios del mercado concurrencial, en el mercado laboral, en el medio ambiente, en los intereses de seguridad nacional u otros sectores o políticas del estado. Por tanto, constituyen un instrumento potencialmente propicio para vincular la actividad económica del inversor extranjero a los objetivos de desarrollo del estado receptor, aunque hay quienes discuten y cuestionan su eficacia⁶².

Tal y como se ha dicho, los tratados de inversión normalmente no han solido regular el establecimiento de la inversión, y cuando lo han hecho, como es el caso de los tratados de los EE UU de América y Canadá, ha sido para prohibir o limitar, en mayor o menor grado, la facultad de los estados contratantes de imponer estos requisitos de desempeño⁶³. La variedad de cláusulas convencionales en materia de inversiones dirigidas a prohibir la imposición de requisitos de desempeño van desde las menos restrictivas, que prevén una incorporación por referencia de las prohibiciones recogidas en el Acuerdo TRIMS⁶⁴,

⁶¹ UNCTAD, *Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence From Selected Countries*, Naciones Unidas, 2003, p. 2.

⁶² *Ibíd.*, pp. 1–41.

⁶³ Estas previsiones pueden plantear problemas de interpretación, tal y como han puesto de relieve los asuntos *Lemire c. Ucrania* (Caso CIADI n° ARB/06/18) y *Mobil c. Canadá* (Caso CIADI n° ARB(AF)/07/4). *Vid.* al respecto A. Genest, “Performance Requirement Prohibitions in International Investment Law: Complex, Constraining and a Potential Thorne in U.S.–India BIT Negotiations”, *SPIL International Law Journal*, n° 1, pp. 1–29, disponible en <http://www.spilmumbai.com/issues/Spil-InternationalLaw-Journal-1.aspx> (última consulta: 22/12/2016).

⁶⁴ Acuerdo TRIMS prohíbe los requisitos de funcionamiento solo en la medida en que estén relacionadas con el comercio de mercancías y sean incompatibles con las disposiciones de los arts. III y XI del GATT (arts. 1 y 2 del Acuerdo TRIMS). El Anexo de este

hasta las más restrictivas, que prohíben una tipología de requisitos de desempeño mucho más amplia y que abarcan tanto los requisitos que se exigen en el momento de acceso de la inversión como las que se imponen una vez esta se haya establecido, y tanto las que se imponen como condición necesaria para la inversión como aquellas que afectan al disfrute de beneficios⁶⁵.

17. El CETA, respecto al acceso a los mercados mediante el establecimiento de un inversor de la otra Parte, en un ejercicio de liberalización de las operaciones de inversión, en su art. 8.4^o dispone, por una parte, que ninguna Parte podrá adoptar o mantener medidas que impongan limitaciones sobre: 1) el número de empresas que pueden ejercer una actividad económica concreta; 2) el valor total de las transacciones o los activos; 3) el número total de operaciones o la cuantía total de la producción; 4) la participación del capital extranjero; o 5) el número total de personas físicas que puedan emplearse. Por otra parte, las partes no podrán restringir o exigir el empleo de tipos concretos de sociedad o *joint venture* para la realización de una actividad económica⁶⁶.

Pero además, el art. 8.5^o sobre “requisitos de funcionamiento”, por una parte, establece, como regla general, que ninguna Parte podrá, “en relación con *el establecimiento, la adquisición, la ampliación, la*

Acuerdo incorpora una lista ilustrativa de las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio de mercancías (MIC) que se consideran incompatibles.

⁶⁵ S. H. Nikiéma, *Performance Requirements in Investment Treaties. Best Practices Series*, International Institute for Sustainable Development (IISD), Canadá, 2014, pp. 77–12, disponible en <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best-practices-performance-requirements-investment-treaties-en.pdf> (última consulta: 21/12/2016).

⁶⁶ Sin embargo, el mismo art. 8.4 en su apartado segundo, prevé “para mayor seguridad” algunos supuestos que se considerarán compatibles y coherentes con las prohibiciones mencionadas, como son: 1) medidas relativas “a la reglamentación sobre zonificación y planificación que afecte a la ordenación del territorio”; 2) medidas que exijan “que se separe la propiedad de las infraestructuras de la propiedad de los bienes o los servicios prestados a través de dichas infraestructuras, a fin de garantizar una competencia leal”, como sería el caso de los ámbitos de la energía, el transporte y las telecomunicaciones; 3) medidas que limiten “la concentración de la propiedad para garantizar una competencia leal”; 4) medidas destinadas “a garantizar la conservación y la protección de los recursos naturales y el medio ambiente, que incluya una limitación de la disponibilidad, la cantidad y el alcance de las concesiones otorgadas, así como la imposición de una moratoria o prohibición”; 5) medidas que limiten “el número de autorizaciones concedidas a causa de limitaciones técnicas o físicas, por ejemplo el espectro y las frecuencias de las telecomunicaciones; o 6) medidas que exijan “que un determinado porcentaje de los accionistas, propietarios, socios o directivos de una empresa esté cualificado para ejercer o ejerza una profesión determinada, como la de abogado o contable”.

realización, el funcionamiento y la gestión de las inversiones”⁶⁷, exigir ni imponer que: 1) se exporte un nivel o porcentaje determinado de un bien o servicio; 2) se alcance un nivel o porcentaje determinado de contenido interno; 3) se adquiera, se utilice o se conceda una preferencia a bienes producidos o servicios prestados en su territorio, o a productores o prestadores de servicio de su territorio; 4) se vincule el volumen o el valor de las importaciones con el volumen o el valor de las exportaciones o con la entrada de divisas relacionada con dicha inversión; 5) se limiten las ventas de un bien o un servicio en su territorio; 6) se transfiera tecnología, un proceso de producción u otros conocimientos protegidos por derechos de propiedad industrial a personas de su territorio; o 7) se suministre exclusivamente a un mercado mundial o regional determinado. Por otra parte, el CETA, insistiendo en la profundización de la tendencia liberalizadora, también limita la posibilidad de imponer requisitos de desempeño por parte del estado como condición para beneficiarse o seguir beneficiándose de una ventaja en su territorio, aunque en estos casos la prohibición presenta un alcance más limitado⁶⁸.

18. No obstante, la regulación de la fase de admisión no se ha limitado a prohibir la imposición de requisitos y condiciones por parte de los estados receptores, sino que además, respecto al establecimiento y la adquisición de las inversiones, las partes se han comprometido a asegurar un trato no discriminatorio, lo que, según el art. 8.6º del CETA, se traduce en la obligación de respetar los estándares de “trato nacional” y de “trato de NMF”. De este modo, apartándose de lo que viene siendo habitual en la tradición de los APPRI europeos, el CETA reconoce a los inversores extranjeros derechos que son previos al establecimiento de la inversión; ello permitirá a estos inversores realizar la inversión en las mismas condiciones que los nacionales y les abrirá la puerta para beneficiarse de cualquier ventaja que, en la fase

⁶⁷ Énfasis añadido.

⁶⁸ Vid. aps. 2 y 3 del art. 8.5º. Según la UNCTAD, en *Foreign Direct Investment and Performance Requirements...*, op. cit., p. 5, “(m)ost of the requirements mentioned above are only prohibited when applied as a condition for the establishment, acquisition, expansion, management, conduct or operation of a covered investment. In most cases, such as under the United States BITs and the Singapore–Japan Agreement, the parties are allowed to impose conditions in these areas for the receipt or continued receipt of various benefits and incentives”. En este sentido, llama la atención cómo en pocos años, los estados de la Unión Europea han pasado de defender, frente a y en contra de la opción norteamericana, la no regulación de la fase de admisión de los APPRI, a adoptar una posición tan o más liberalizadora que la de los EE UU de América.

previa al establecimiento, hayan podido reconocer a inversores de terceros Estados⁶⁹.

19. Todas estas previsiones que regulan el acceso al mercado, el empleo de requisitos de funcionamiento y la aplicación del trato nacional y del trato de NMF en esta fase inicial, suponen un paso decisivo en la tendencia hacia la liberalización y la desregulación de los flujos de inversión extranjera. Asimismo, suponen una renuncia importante por parte de los estados receptores, por una parte, de decidir qué condiciones son las que deben cumplir las inversiones para que sean admitidas en su territorio y, por otra, de influir en los efectos que esas inversiones puedan producir en el desarrollo sostenible del estado. En definitiva, estas previsiones implican un debilitamiento del Estado en clave de soberanía, en beneficio de la aplicación de las reglas y las no-reglas de la economía de mercado libre y concurrencial.

3. Protección de las inversiones: la búsqueda de una mayor seguridad jurídica en el sector

A) Salvaguardia expresa del derecho a regular de los Estados

20. En la actualidad, las principales críticas dirigidas contra la nueva política de inversiones internacionales de la Unión y, por tanto, también al CETA, están directamente ligadas a los efectos que estos TLCI producen en la facultad reguladora legítima de los estados⁷⁰.

⁶⁹ Vid. C. Crépet Daigremont, "Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international", *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement* (C. Leben, dir.), Louvain-la-Neuve, LGDJ – Anthemis, 2006, pp. 113–121. Según este autor, el modelo norteamericano consagra la libertad de admisión en todos los ámbitos en los cuales la legislación nacional no impone ninguna condición a los nacionales para la realización de una inversión y permite así la liberalización de las inversiones internacionales (p. 118).

⁷⁰ Sobre la relación entre el derecho a regular de los estados y la protección de las inversiones extranjeras *vid.*, entre otros, C. Henckels, "Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration", *J. Int'l Econ. L.*, vol. 15, n° 1, 2012, pp. 223–255; B. Kingsbury y S.W. Schill, "Public Law Concepts to Balance Investors' Rights With State Regulatory Actions in the Public Interest – The Concept of Proportionality", *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 75–104; R. Dolzer, "Indirect Expropriation of Alien Property", *ICSID Rev.*, 1986, pp. 41–65; A. Newcombe, "The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law", *ICSID Rev.*, n° 1, 2005, pp. 1–57; OCDE (C. Yannaca-Small), "Indirect Expropriations" and the "Right to Regulate" in International Investment Law", *Working papers on international investment*, n° 2004/4, p. 2, disponible en, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf (última consulta: 23/01/2017); D. Clough, "Regulatory Expropriations and

Según estas, los compromisos que los estados asumen en los acuerdos de inversión impiden o limitan el ejercicio del derecho a regular en ámbitos de interés general como el medioambiental, los derechos humanos, el laboral o el de la salud pública. Además, el hecho de que las controversias de inversión originadas a raíz de la adopción y aplicación de regulaciones en estos ámbitos sean resueltas al margen de los tribunales judiciales internos y, por tanto, lejos de la opinión pública, multiplica la preocupación y lleva a algunos a afirmar que estos acuerdos constituyen un ataque directo a la soberanía de los estados y a la propia democracia. De ser cierto lo dicho, sin matices, nos encontraríamos ante una cuestión de extrema gravedad, razón suficiente para cuestionar la legitimidad de todo el sistema.

Esta preocupación constituye uno de los puntos neurálgicos del debate en torno a los futuros TLCI de la UE, como lo prueban los resultados de la consulta pública online realizada por la Comisión, hechos públicos en enero de 2015 y donde “la protección del derecho a legislar” se incluye entre los ámbitos en los que, especialmente, “deben explorarse nuevas mejoras”⁷¹. Esta circunstancia ha tenido reflejo en el *concept paper* de la Comisión, donde se insiste en la necesidad de avanzar en la búsqueda de un nuevo equilibrio que favorezca el derecho a regular de los estados frente a los derechos de protección de los inversores extranjeros⁷².

21. La práctica de los tribunales arbitrales ha puesto de relieve que la colisión entre el derecho a regular a favor del interés público y la protección de la inversión extranjera se manifiesta en relación con dos disposiciones que son habituales en los tratados de inversión: la relativa al trato justo y equitativo (TJE)⁷³ y la que regula los supuestos

Competition under NAFTA”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 6, n° 4, 2005, pp. 551–584; I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, *El arbitraje en los litigios de expropiación...*, *op. cit.*, pp. 285–386.

⁷¹ Informe de la *Consulta pública en línea sobre la protección de las inversiones y la solución de diferencias entre inversores y Estados en el Acuerdo de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI)*, de 13 enero 2015, documento de trabajo de los servicios de la Comisión, SWD(2015) 3 final.

⁷² Comisión, *Investment in TTIP – the path beyond (concept paper)*, de 5 mayo 2015, disponible en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408. PDF (última consulta: 19/01/2017).

⁷³ *Vid.*, entre otros, *Micula c. Rumanía* (CIADI caso n° ARB/05/20); *Saluca c. República Checa* (CNUDMI); *Occidental Exploration c. Ecuador*, (LCIA Case No. UN3467); *Enron c. Argentina* (CIADI caso n° ARB/01/3); *CMS v. Argentina* (CIADI caso n° ARB/01/8); *Duke Energy c. Ecuador* (CIADI caso n° ARB/04/19); *EDF c. Rumanía* (CNUDMI).

de expropiación⁷⁴. Concedor de ello, el CETA aborda el problema desde distintas perspectivas, algunas más novedosas que otras⁷⁵.

En primer lugar, resulta positivo el hecho de que la referencia al derecho a regular haya sido incluida en el preámbulo del Acuerdo, al reconocer que “las disposiciones del presente Acuerdo protegen a las inversiones y a los inversores con respecto a sus inversiones y están destinadas a estimular una actividad empresarial beneficiosa para ambas Partes *sin menoscabar el derecho de estas a regular en aras del interés público en sus territorios*”⁷⁶, lo que la convierte en un elemento interpretativo del Acuerdo valioso⁷⁷.

En segundo lugar, como novedad más destacada del CETA, en el capítulo sobre inversiones se ha incluido una previsión (art. 8.9º) sobre “inversiones y medidas reglamentarias”, donde se afirma:

“1. A efectos del presente capítulo, las Partes reafirman su derecho a regular en sus territorios para alcanzar objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de los consumidores, o la promoción y la protección de la diversidad cultural.

2. Para mayor seguridad, el mero hecho de que una Parte regule, incluso mediante una modificación de su legislación, de tal forma que afecte negativamente a las inversiones o no satisfaga las expectativas de un inversor, incluidas sus expectativas de beneficios, no constituye un incumplimiento de ninguna de las obligaciones establecidas en la presente sección”.

Además, los apartados tercero y cuarto de este artículo precisan, por una parte, que la decisión de una Parte de no conceder, renovar o mantener una subvención, como regla general, no constituye una in-

⁷⁴ *Vid.*, entre otros, *Pope & Talbot c. Canadá* (CNUDMI); *Tecmed c. México* (CIADI caso n° ARB (AF)/00/2); *Marvin Feldman c. México* (CIADI caso n° ARB(AF)/99/1); *Telenor c. Hungría* (CIADI caso n° ARB/04/15); *Compañía del Desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica* (CIADI caso n° ARB/96/1); *Metalclad c. México* (CIADI caso n° ARB(AF)/97/1); *Myers c. Canadá* (CNUDMI); *Saluca c. República Checa* (CNUDMI); *Chemtura c. Canadá* (CNUDMI); *Methanex c. EE UU de América*; *Charanne c. España* (SCC arbitraje n° 062/2012)

⁷⁵ Sobre la necesidad de buscar el equilibrio entre el derecho a regular del estado y la protección del inversor en los tratados de inversión *vid.* L. Markert, “The Crucial Question of Future Investment Treaties: Balancing Investors’ Rights and Regulatory Interests of Host States”, en *European Yearbook of International Economic Law: International Investment Law and EU Law*, Springer, 2011, pp. 145–171.

⁷⁶ Énfasis añadido.

⁷⁷ Además, no es la única referencia que prevé el preámbulo, ya que en el mismo también se reconoce que “las disposiciones del presente Acuerdo mantienen el derecho de las Partes a regular en su territorio, así como la flexibilidad de las Partes para alcanzar objetivos políticos legítimos, como la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública y la promoción y la protección de la diversidad cultural”.

fracción de la protección de las inversiones prevista en el CETA y, por otra, que ninguna disposición relativa a la protección de inversiones debe interpretarse en el sentido de que impida a una Parte suspender la concesión de una subvención o solicitar su devolución, “cuando dicha medida sea necesaria para cumplir las obligaciones internacionales entre las Partes o haya sido ordenada por un órgano jurisdiccional o tribunal administrativo competente u otra autoridad competente, o que conmina a dicha Parte a compensar por ello al inversor”, en una clara alusión a la controversia suscitada en el contexto del asunto *Micula*⁷⁸.

En tercer y último lugar, el artículo que regula la expropiación, siguiendo la fórmula que emplean los tratados de inversión de los estados norteamericanos, remite al anexo 8-A para su interpretación. Según el apartado tercero de este anexo:

“... salvo en la circunstancia excepcional de que el impacto de una medida o un conjunto de medidas sea tan grave en relación con su finalidad que resulte manifiestamente excesivo, las medidas no discriminatorias adoptadas por una Parte que se conciben y se aplican para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta”.

Esta previsión supone un avance positivo en términos de seguridad jurídica y la salvaguardia del poder regulatorio legítimo del estado. Además, a pesar de disponer en el art. 8.9º, como se ha visto, de una cláusula general de salvaguardia del poder regulatorio, esta previsión resulta especialmente pertinente, aun a riesgo de ser reiterativa, porque, tal y como se observa en la “jurisprudencia” arbitral, ha sido la indeterminación del concepto de expropiación –señaladamente la noción de expropiación indirecta– el detonante y motivo principal de la colisión entre el derecho a regular del Estado y los derechos convencionales del inversor extranjero.

22. En cualquier caso, todas estas previsiones, al parecer, no son lo suficientemente claras como garantía de la facultad regulatoria de los estados, tal y como pone de manifiesto, por una parte, la insistencia de los grupos anti-CETA sobre los riesgos que, en este sentido, implica el Acuerdo y, por otra, el hecho de que su firma haya ido acompañada de un Instrumento Interpretativo Conjunto que se ve en la nece-

⁷⁸ Decisión (UE) 2015/1470 de la Comisión, de 30 marzo 2015, relativa a la ayuda estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ejecutada por Rumanía Laudo arbitral *Micula/Rumanía* de 11 diciembre 2013, DO L 232 de 4.9.2015, así como el procedimiento en curso ante el TJUE (Tribunal General) *Micula y otros c. Comisión* (T-704/15).

sidad de confirmar que el Acuerdo preserva la capacidad de las Partes de adoptar y aplicar sus propias leyes y reglas que regulen la actividad económica en el interés público, con el fin de alcanzar objetivos legítimos de orden público⁷⁹.

Finalmente, partiendo de una valoración global sin lugar a dudas positiva de estas disposiciones del CETA, varias observaciones aconsejan, no obstante, una posición cautelosa y no triunfalista respecto al avance real que implica el CETA. En primer lugar, lo dispuesto en el anexo 8–A no es una aportación original de la práctica convencional, sino que ha sido la plasmación de una tesis o argumentación que ya venían defendiendo algunos tribunales arbitrales, dicho sea de paso, sobre la base de tratados de inversión que no aportaban criterios para diferenciar entre las medidas de expropiación indirecta y las medidas regulatorias legítimas del estado; además, habrá que esperar para ver como interpretan los futuros tribunales de inversión la “circunstancia excepcional” que se refiere al equilibrio entre el impacto de la medida regulatoria y su finalidad. En segundo lugar, el silencio del CETA en la disposición relativa al TJE y la inquietante (por poco clara) función que le asigna esta disposición al elemento de las “expectativas legítimas” hacen que, en este momento, sea legítimo albergar ciertas dudas sobre si esta puede, en ciertos casos, actuar como fundamento para reclamar los daños sufridos por el inversor con motivo de la actividad regulatoria legítima del estado.

B) Trato justo y equitativo y plena protección y seguridad

23. La mayoría de las previsiones que incorpora el CETA en la sección relativa a la “protección” son las que vienen siendo habituales en los APPRI. No obstante, como principal aportación del Acuerdo con Canadá, cabe destacar que algunas de estas disposiciones presentan una formulación renovada, más desarrollada y concreta; estas nuevas formulaciones, en gran medida, constituyen la codificación de los desarrollos “jurisprudenciales” de la práctica arbitral de los últimos

⁷⁹ *Instrumento interpretativo conjunto sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros* (doc. 13541/16), de 27 octubre 2016, publicado en DO L 11 de 14.1.2014, señala: “El AECG conserva la capacidad de la Unión Europea y sus Estados miembros y de Canadá para adoptar y aplicar sus propias leyes y reglamentos que regulan la actividad económica en aras del interés público, a fin de lograr objetivos legítimos de política pública como la protección y promoción de la salud pública, los servicios sociales, la educación pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de los consumidores, la privacidad y la protección de datos, y la promoción y protección de la diversidad cultural”.

años y suponen, así, un avance en términos de seguridad jurídica, especialmente cuando se decantan por una posición determinada en ámbitos donde existe una divergencia interpretativa.

Así, en el CETA, las partes se comprometen a conceder a las inversiones e inversores de la otra Parte un trato justo y equitativo (TJE) y plena protección y seguridad. En cuanto a la “plena protección y seguridad”, entre las distintas formas de interpretar el alcance de esta previsión, el CETA se decanta por la menos expansiva, limitándolo a la seguridad “física” de las inversiones y los inversores, y cerrando así, por vía convencional, un debate todavía no resuelto en la práctica arbitral⁸⁰.

24. Por su parte, respecto del TJE, en contraposición a lo que ha venido siendo habitual en los APPRI, que han diseñado el concepto de TJE como una noción indeterminada y abierta, el CETA, a la luz de las decisiones de los tribunales arbitrales y en aras a remediar las carencias en cuanto a la seguridad jurídica y la previsibilidad, propone una lista cerrada de los comportamientos que se consideran contrarios a esta obligación⁸¹. De este modo, se dará un incumplimiento de la obligación de prestar un TJE cuando se incurra en: 1) una denegación de justicia; 2) un incumplimiento esencial de las garantías procesales; 3) una arbitrariedad manifiesta; 4) una discriminación específica por motivos claramente injustos, como la raza, el sexo o las creencias religiosas; o 5) un trato abusivo a los inversores, como son, por ejemplo, la coacción, la intimidación o el acoso.

⁸⁰ Entre las decisiones arbitrales que limitan el alcance de esta previsión a la seguridad “física” se encuentran, entre otros, *Rumeli Telekom A.S. c. Kazajistán* (Caso CIADI n° ARB/05/16) laudo, 2008, *Saluka c. República Checa* (CNUDMI), laudo parcial, 2006, *BG Group c. Argentina* (CNUDMI), laudo final, 2007, *Eastern Sugar c. República Checa*, 2007, *Pantechniki c. Albania* (Caso CIADI n° ARB/07/21), laudo, 2009. Por el contrario, entre las decisiones que otorgan a este compromiso un alcance que supera la seguridad exclusivamente física se encuentran, entre otros, *Azurix c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/01/12), laudo, 2006, *Siemens c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/02/8), laudo, 2007, *Vivendi c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/97/3), laudo, 2007, y *Biwater c. Tanzania* (Caso CIADI n° ARB/05/22), laudo, 2008. Sobre el tema *vid.* C. Schreuer, “Full Protection and Security”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1 n° 2, 2010, pp. 1–17; M. Malik, *The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet another challenge for states in investment treaty arbitration?*, International Institute for Sustainable Development, 2011, disponible en http://www.iisd.org/pdf/2011/full_protection.pdf (última consulta 24/01/2017).

⁸¹ Sobre el TJE *vid.* UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, 2012, disponible en http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf (última consulta: 24/01/2017).

Por una parte, es de subrayar que entre estos supuestos tasados no se haya incluido la frustración de “expectativas legítimas” del inversor. Es en el apartado cuarto de esta disposición donde se mencionan las expectativas legítimas del inversor. De conformidad con este apartado, estas solo tendrían una función complementaria o instrumental de carácter potestativo, ya que los tribunales arbitrales “podrán” tomarlas en consideración cuando se aplique la obligación de TJE “antes mencionada”⁸². Esta previsión, tal y como se ha dicho anteriormente, resulta ciertamente inquietante, ya que no cabe hacer un pronóstico claro sobre la función que vaya a desempeñar en el contexto de la obligación de TJE.

Por otra parte, esta nueva formulación de lista cerrada correría el riesgo de ser excesivamente rígida si no fuera porque el propio Acuerdo ha previsto la revisión periódica, por las Partes, del contenido de esta obligación, abriendo la posibilidad y el cauce para realizar una especie de revisión “simplificada” de Acuerdo, incorporando nuevos supuestos o, por qué no, suprimiendo o matizando algunos de los previstos. Así, el Comité de Servicios e Inversión podrá formular recomendaciones sobre su contenido y presentarlas al Comité Mixto del AECG para que adopte una decisión, aspecto que no deja de ser, por otros motivos, ciertamente delicado⁸³.

C) Expropiación, nacionalización y medidas de efecto equivalente

25. La expropiación ha sido y sigue siendo hoy una de las principales, sino la mayor, preocupación no comercial de los inversores extranjeros en el estado donde localizan su inversión⁸⁴. El CETA, en lo troncal, supone una continuación en la tradición de los APPRI, al prever un único régimen para las expropiaciones, nacionalizaciones y las

⁸² El apartado cuarto del art. 8.10 dispone lo siguiente: “Cuando se aplique la obligación de trato justo y equitativo antes mencionada, el tribunal podrá tener en cuenta si una Parte se había dirigido específicamente a un inversor para inducirle a realizar una inversión cubierta, creando expectativas legítimas en las que se basó el inversor a la hora de decidir realizar o mantener una inversión cubierta, y posteriormente la Parte en cuestión frustró tales expectativas”.

⁸³ Sin entrar a tratar en profundidad esta cuestión, cabe simplemente señalar que según el art. 26.3 apartado segundo del CETA, las decisiones adoptadas por el Comité Mixto del AECG –formado por representantes de la Unión Europea y representantes de Canadá– “serán vinculantes para las Partes, con sujeción al cumplimiento de los procedimientos y requisitos internos necesarios, y las Partes deberán aplicarlas”.

⁸⁴ *Vid.* UNCTAD, *Expropriation*. Unctad Series on Issues in International Investment Agreements II, Naciones Unidas, 2012, disponible en http://unctad.org/en/Docs/unctad-ia2011d7_en.pdf (última consulta: 03/02/2017); I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, *El arbitraje en los litigios de expropiación...*, *op. cit.*

medidas de efecto equivalente a la expropiación (expropiaciones indirectas). Por tanto, el CETA prevé un concepto amplio de expropiación. Además, abandonando definitivamente para el recuerdo los intensos debates de épocas pasadas en torno al estándar de compensación exigido por Derecho internacional en supuestos de expropiación, el Acuerdo asume la cláusula Hull (compensación rápida, adecuada y efectiva), considerándose adecuada la compensación correspondiente al justo valor de mercado de la inversión.

El CETA, confirmando su tendencia, por un lado, de acercamiento al modelo de APPRI norteamericano y, por otro, a la codificación de las interpretaciones jurisprudenciales de los tribunales arbitrales, va acompañado de un anexo cuya finalidad consiste en resolver los problemas que derivan de la amplitud e indeterminación de la noción de expropiación (y que la práctica ha demostrado constituye uno de los elementos más controvertidos del régimen internacional de las inversiones extranjeras), aportando criterios que sirven, por una parte, para delimitar los conceptos de expropiación directa e indirecta⁸⁵ y, por otra, para diferenciar las expropiaciones indirectas de las medidas que no constituyen expropiación (*v.gr.*, medidas regulatorias legítimas)⁸⁶. Se trata, por tanto, de una aportación novedosa del CETA al panorama europeo, que incrementa la previsibilidad y la seguridad jurídica en la aplicación de la disposición relativa a la expropiación.

⁸⁵ Según el apartado 1.b) del Anexo 8–A del CETA “la expropiación indirecta tiene lugar cuando una medida o un conjunto de medidas de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa en el sentido de que privan sustancialmente al inversor de los atributos de propiedad fundamentales en su inversión, incluido el derecho de uso, disfrute o enajenación de su inversión, sin que se haya producido una transmisión formal de la propiedad o una mera confiscación”. Esta definición recuerda mucho al empleado por el tribunal arbitral en el asunto *Metalclad c. México* (CIADI caso n° ARB(AF)/97/1), laudo de 30 agosto 2000, párr. 103, donde se señalaba que “la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor”.

⁸⁶ El apartado segundo del Anexo 8–A dispone que la determinación “exige una investigación caso por caso y basada en hechos”, que valore, entre otros, el factor del impacto económico de la medida, el factor de la duración de la medida, el grado en que la medida “interfiere con expectativas claras, razonables y respaldadas por inversiones” y el factor relativo al “carácter de la medida”, especialmente su objetivo, contexto y finalidad.

D) Miscelánea de ausencias y viejos conocidos

26. La sección relativa a la protección de las inversiones también incorpora otras disposiciones típicas de los APPRI. Algunas de estas cláusulas no aportan novedades destacables como es el caso de la referida a la compensación por pérdidas, las transferencias relacionadas con la inversión o la que regula la subrogación de una Parte en la posición del inversor.

No obstante, tal y como ha sido adelantado en el epígrafe dedicado a la admisión de las inversiones, en el CETA los estándares de TN y de trato de NMF alcanzan a la fase inicial de la inversión, resultando aplicables al establecimiento, la adquisición o la realización de la inversión, aunque su infracción, en esta fase, no activará en ningún caso el mecanismo de solución de controversias inversor–estado previsto en el Acuerdo.

En cuanto al trato de NMF, el CETA afronta en el propio texto uno de los aspectos más controvertidos de este estándar: la posibilidad de extender su aplicación a las disposiciones relativas al arreglo de diferencias entre inversores y estados⁸⁷. La práctica arbitral cuenta con un considerable número de casos que no siempre han resuelto en la misma línea, creando confusión en torno a la interpretación y aplicación del estándar. Así, existen decisiones que se posicionan a favor de la extensión del trato de NMF a estas disposiciones, y decisiones que son contrarias a esa expansión⁸⁸. Si bien es cierto que no todos los

⁸⁷ Sobre el tema *vid.* Comisión de Derecho Internacional, *Final Report of the Study Group on the Most-Favored-Nation clause*, 2015, disponible en <http://legal.un.org/ilc/> (última consulta: 01/02/2017); Z. Douglas, “The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, n° 1, 2011, pp. 97–113; C. Crépet Daigremont, “Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l’investissement international”, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement* (C. Leben dir.), Louvain-la-Neuve, LGDJ – Anthemis, 2006, pp. 107–162; E. Fernández Masiá, “Atribución de competencia a través de la cláusula de la nación más favorecida: Lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral internacional en materia de inversiones extranjeras”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 13, 2007, en www.reei.org; J. Kurtz, “The Delicate Extension of MFN Treatment to Foreign Investors: *Maffezini v. Kingdom of Spain*”, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (T. Weiler ed.), Gran Bretaña, 2005, pp. 523–555.

⁸⁸ En el primero de los grupos se encontrarían las decisiones de los tribunales arbitrales en los asuntos *Maffezini c. España* (Caso CIADI n° ARB/97/7), *Siemens c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/02/8), *Camuzzi c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/03/2), *Gas Natural c. Argentina* (Caso n° ARB/03/10) y *National Grid PLC c. Argentina* (CNUDMI), y en el segundo grupo se clasifican los asuntos de *Plama c. Bulgaria* (Caso n°

tratados son iguales y que, por tanto, pueden existir razones suficientes para que los tribunales arbitrales alcancen conclusiones dispares⁸⁹, también lo es que la práctica arbitral, ante disposiciones que no aportan elementos suficientemente claros para decantarse por una u otra solución, ha llegado a conclusiones distintas no siempre fáciles de explicar. El CETA, por tanto, a fin de incrementar la seguridad jurídica y evitar cualquier duda que pudiera provocar la interpretación de esta disposición, zanja el debate señalando expresamente que el estándar de trato de NMF no incluye los procedimientos de resolución de litigios entre inversores y estados previstos en otros acuerdos internacionales de inversión.

27. En cuanto a las ausencias, se hace notar la de una cláusula *umbrella*, disposición habitual en la práctica convencional y algo problemática en su aplicación por los tribunales arbitrales, mediante la cual los estados contratantes adoptan el compromiso de respetar los acuerdos particulares alcanzados con los inversores de la otra parte, ofreciendo, así, cierta cobertura convencional a los compromisos de carácter contractual⁹⁰. Con la no inclusión de esta cláusula, desaparece cualquier posibilidad de internacionalizar los contratos (en virtud del *mirror effect*) y de convertir disputas de responsabilidad contractual en controversias donde se resuelva la responsabilidad internacional del Estado.

Por último, el CETA, como todos los Acuerdos de inversión anteriores, guarda silencio sobre las obligaciones de los inversores extranjeros, salvo la bienintencionada pero insuficiente referencia a “las orientaciones y los principios reconocidos internacionalmente sobre conducta empresarial responsable” y, de forma particular, a las Líneas

ARB/03/24), *Salini c. Jordania* (Caso n° ARB/02/13), *Telenor c. Hungría* (Caso n° ARB/04/15) y *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/04/14).

⁸⁹ *Vid. Plama c. Bulgaria* (Caso n° ARB/03/24), jurisdicción, párs. 202 ss.

⁹⁰ Sobre las cláusulas paraguas, *vid.*, entre otros, W. Ben Hamida, “La clause reative au respect des engagements dans les traités d’investissement”, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement* (C. Leben dir.), Louvain-la-Neuve, LGDJ – Anthemis, 2006, pp. 53–105; T. Wälde, “The ‘Umbrella’ Clause on Investment Arbitration—A Comment on Original Intentions and Recent Cases”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 6, n° 2, 2005, pp. 183–236; V. Zolia, “Effect and Purpose of ‘Umbrella Clauses’ in Bilateral Investment Treaties: Unresolved Issues”, *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 5, 2005, pp. 1–58; A.C. Sinclair, “The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection”, *Arb. Int’l*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 411–434; OCDE (C. Yannaca-Small), “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, *Working papers on international investment*, n° 2006/3, octubre de 2006, disponible en https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf (última consulta: 03/02/2017).

Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, que se realiza en el preámbulo y en el art. 22.3^o del Acuerdo, y que en ningún caso llegan a tener carácter obligatorio para las empresas⁹¹. Así, el CETA se configura como un tratado que, al menos en el ámbito de las inversiones, impone obligaciones exclusivamente a los estados y que adolece, por tanto, de un desequilibrio original o genético, subestimando la influencia y el impacto que puede tener la actividad de estos grandes inversores en muchos ámbitos de la sociedad donde se desarrolla. En este sentido, es posible ver en el CETA una oportunidad perdida para afrontar la regulación de una cuestión que tarde o temprano se tendrá que acometer, no sólo en el ámbito del Derecho de las inversiones extranjeras, sino también en el marco Derecho internacional general⁹²; tratándose del Acuerdo que inaugura el nuevo modelo de TLCI europeo, hubiera sido el momento idóneo para emprender el camino y marcar el inicio de un nuevo ciclo en la práctica convencional, incluso, desde una perspectiva global.

IV. Claves del nuevo sistema de solución de diferencias entre estados e inversores (ISDS)

1. El “Sistema de Tribunales de Inversión”: una propuesta novedosa pero inacabada.

A) Un largo viaje que culmina con la propuesta del Sistema de Tribunales de Inversión

28. Cuando la Comisión plantea por primera vez las líneas directrices de su nueva política de inversiones internacionales tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, parte de la apreciación de que la solu-

⁹¹ *Declaración sobre inversiones internacionales y empresas transnacionales* de la OCDE, de 21 junio 1976 (con su última revisión de 25 mayo 2011, donde se proponen las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*).

⁹² En este sentido, el Relator Especial del Secretario General en Materia de Derechos Humanos y Empresas Transnacionales ha puesto de manifiesto los “governance gaps” creados por la globalización declarando que “(l)a comunidad internacional aún se encuentra en las fases iniciales de adaptación a un régimen de derechos humanos que proporcione una protección más eficaz a los individuos y a las comunidades contra los perjuicios causados por las empresas en materia de derechos humanos” (UN doc. A/HRC/8/5, de 7 abril 2008, p. 3, párr. 1). Así, los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos presentados por éste y que el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas hizo suyos en 2011 deberían ser solo un primer paso hacia un futuro donde la conducta de las empresas transnacionales estuviera sujeta a normas internacionales vinculantes.

ción de diferencias inversor–Estado, es decir, el arbitraje de inversiones, constituye “una parte clave de la herencia que la Unión recibe de los CBI [convenios bilaterales de inversión] de los Estados miembro” y que, en consecuencia, los futuros acuerdos de la UE debían incorporar este mecanismo⁹³. Sin embargo, la inclusión de un sistema de arreglo de diferencias entre estados e inversores en los TLCI, donde el CETA no es una excepción, está resultando ser uno de los aspectos más controvertidos en las negociaciones de estos acuerdos que pretenden desarrollar la nueva política comercial común de la Unión⁹⁴. El arbitraje de inversiones está siendo objeto de numerosas críticas que tratan de poner en tela de juicio la legitimidad del propio mecanismo como alternativa a los tribunales internos del estado. Estas críticas, que no son nuevas, han alcanzado una dimensión y un eco sin precedentes en Europa en el contexto de las negociaciones de los nuevos TLCI impulsados por la Unión. Y todo ello, a pesar de que las instituciones europeas, desde el primer momento, apostaban por un mecanismo “de calidad”, que diera respuesta a las carencias y debilidades que en los últimos tiempos aquejaban al arbitraje de inversiones en su versión tradicional; carencias que habían actuado como detonante de las críticas que llegaban, incluso, a cuestionar la legitimidad de todo el sistema⁹⁵.

La rotunda y abierta oposición pública frente al arbitraje de inversiones ha provocado una confusa actuación de las instituciones de la Unión, particularmente de la Comisión⁹⁶, en esta materia, al tiempo que explica la importante transformación que ha sufrido el mecanismo ISDS previsto en el CETA, hasta el punto de convertirse, casi con total seguridad, la aportación más novedosa de su capítulo octavo.

⁹³ Comunicación de la Comisión, *Hacia una política global europea en materia de inversión internacional* (COM(2010)343 final), pp. 10–11. La Comisión consideraba que “la relación entre el inversor y el Estado es una característica tan consolidada de los acuerdos de inversión que la ausencia de dicho mecanismo disuadiría a los inversores y haría perder atractivo a una economía con respecto a otras”.

⁹⁴ Vid. J. Díez–Hochleitner, “El incierto futuro del arbitraje de inversiones”, *La Ley Mercantil*, n° 19, 2015.

⁹⁵ En este sentido, la Comisión en su Comunicación, ya advertía que el objetivo era “conseguir unos mecanismos de calidad”, e identificaba para ello los principales retos: la transparencia de los mecanismos ISDS, la coherencia y la previsibilidad de la práctica arbitral y las normas de conducta del arbitraje. COM(2010)343 final, p. 11.

⁹⁶ Vid. J.C. Fernández Rozas, “La confusa actuación de la Comisión Europea en el cambio del arquetipo regulador de la protección de inversiones transnacionales”, *La Ley: Unión Europea*, n° 28, 2015, disponible en la web laleydigital360, pp. 5–27

29. Efectivamente, tras la finalización de las negociaciones entre la Unión y Canadá, el texto consolidado del CETA publicado el 26 septiembre 2014 preveía un mecanismo de resolución de controversias inversor–estado de naturaleza arbitral, muy similar al arbitraje de inversiones previsto en el acuerdo con Singapur. Este arbitraje, además, incorporaba previsiones dirigidas a superar las carencias del mecanismo tradicional, tratando de avanzar en la transparencia de los procedimientos, la independencia e imparcialidad de los tribunales arbitrales y en la coherencia de los resultados alcanzados.

Este arbitraje “mejorado” o “de calidad” que impulsaba la Unión, sin embargo, no resultó ser suficiente para calmar la oposición al mismo, ante lo cual la Comisión, en el marco de la iniciativa del TTIP, lanzó una consulta pública online, entre marzo y julio de 2014, donde se incluían cuestiones relativas a la solución de diferencias inversor–estado. Para realizar la consulta la Comisión empleó un texto de referencia basado en el proyecto del CETA. El informe resultante de la consulta pública puso de manifiesto, entre otras cosas, que el ISDS del CETA se percibía “como una amenaza a la democracia y a las finanzas públicas o a las políticas públicas” y que había muchos aspectos que debían ser mejorados⁹⁷.

30. Los mencionados acontecimientos “obligaron” a la Comisión a reconsiderar su posición. El principal resultado del período de reflexión abierto tras el informe de la consulta pública se encuentra en la materialización de una propuesta de la Comisión sobre la resolución de litigios de inversión, hecha pública el 16 septiembre 2015 para ser discutida a nivel interno, en el marco de las negociaciones del TTIP⁹⁸.

⁹⁷ Informe *Online public consultation on investment protection and invest or–to–state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)*, de 13 enero 2015, SWD(2015) 3 final, p. 14.

⁹⁸ En http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf. Sobre la propuesta *vid.* A. Reinisch, “The European Union and Investor–State Dispute Settlement: From Investor–State Arbitration to a Permanent Investment Court”, *Investor–State Arbitration Series*, paper n° 2, 2016, pp. 1–29, disponible en https://www.cigionline.org/sites/default/files/isa_paper_series_no.2.pdf (última consulta: 09/02/2017), pp 24 ss; E. Fernández Masía, “Hacia la creación de un Tribunal Internacional de Inversiones”, *Diario la Ley*, n° 8650, 2015, disponible en laleydigital360. En contra del enfoque adoptado por la Comisión, *vid.* C.N. Brower, “Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission becoming the Four Horsemen of the Apocalypse for International Investment Dispute Arbitration?”, *Arbitraje*, vol. VIII, n° 3, 2015, pp. 653–686.

Esta propuesta ha sido clave en el diseño del mecanismo ISDS adoptado finalmente en el CETA⁹⁹. Con el fin de adecuar el CETA a la propuesta de la Comisión, la UE y Canadá llevaron a cabo una revisión del texto en febrero de 2016¹⁰⁰, dando luz a un nuevo sistema de resolución de diferencias entre inversores y estados, el “Sistema de Tribunales de Inversión”, cuyas características más destacables son su carácter permanente y la introducción de un recurso de apelación; según las autoridades europeas y canadienses este nuevo mecanismo ofrece a los ciudadanos y a las empresas un sistema más justo y transparente¹⁰¹.

B) Sistema de doble instancia con opción de apelación

31. El CETA introduce un sistema de doble instancia. Por una parte, se crea un Tribunal, que evita la calificación de arbitral, compuesto por quince “miembros” –no habla ni de árbitros ni de jueces–, de los cuales cinco serán nacionales de estados miembros de la UE, otros cinco serán nacionales de Canadá y los cinco restantes de terceros estados. El Comité Mixto del CETA será quien los nombre, para un mandato de 5 años, renovable una sola vez; además, este podrá decidir aumentar o reducir el número de miembros por múltiplos de tres. Los miembros del tribunal deberán ostentar las cualificaciones necesarias en sus respectivos países para el ejercicio de funciones jurisdiccionales o ser juristas de reconocida competencia. El tribunal decidirá en “divisiones” formadas por tres miembros; cada división estará presidida por el miembro que sea nacional del tercer estado y se completará con un miembro europeo y otro canadiense. Será el presidente del tribunal quien designe, con carácter rotatorio, a los miembros que formarán la división en cada asunto sometido a su examen, garantizando que la composición sea aleatoria e imprevisible y ofreciendo a todos los miembros del tribunal igualdad de oportunidades para ejercer sus funciones.

Se crea, por tanto, un tribunal con una composición permanente, un sistema en el que el inversor no participa en la elección de los

⁹⁹ De todos modos, el CETA no ha sido el primer texto que ha hecho suyo un mecanismo de arreglo de diferencias basado en la propuesta de 16 septiembre 2015 de la Comisión; ha sido el TLCI entre la UE y Vietnam cuyas negociaciones culminaron en diciembre de 2015.

¹⁰⁰ *Joint statement Canada–EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, 29 febrero 2016, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-16-446_en.htm (última consulta: 09/02/2017).

¹⁰¹ *Ibid.*

miembros que compondrán la división que decidirá su litigio. Un mecanismo, por tanto, que se desprende de uno de los rasgos que caracterizan al arbitraje como método jurisdiccional de resolución de diferencias¹⁰².

32. Por otra parte, se crea un tribunal de apelación que tendrá la facultad de confirmar, modificar o revocar las decisiones (“laudos” según la versión española del acuerdo) del tribunal sobre la base de: 1) errores en la aplicación o interpretación del Derecho aplicable; 2) errores manifiestos en la apreciación de los hechos, incluida la apreciación del Derecho nacional pertinente; o 3) los motivos de anulación contemplados en el art. 52, apartado 1, letras a) a e), del Convenio del CIADI, en la medida en que no estén contemplados en los dos supuestos anteriores.

La posibilidad de recurrir errores de hecho y de derecho constituye un paso decisivo en la evolución de los mecanismos ISDS hacia la construcción de un nuevo modelo cada vez más alejado de lo arbitral que, frente a la rapidez y el carácter definitivo de los laudos en una única instancia, pretende primar el derecho a una doble instancia y la consolidación de una “jurisprudencia” que aporte coherencia y mayor seguridad en la interpretación de las disposiciones del Acuerdo. Si bien es cierto que no es la primera vez que se plantea la opción de introducir una instancia de apelación en el arbitraje de inversiones¹⁰³,

¹⁰² Se trata, quizás, de uno de los aspectos más novedosos del sistema propuesto por la UE y que la aleja de modelo ISDS de los EE UU de América –tal y como se presenta en el el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (Trans–Pacific Partnership). *Vid.* S. Schacherer, “TPP, CETA and TTIP Between Innovation and Consolidation—Resolving Investor–State Disputes under Mega–regionals”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7, 2016, p. 630.

¹⁰³ Tal y como pone de relieve, B. Legum, (“The Introduction of an Appellate Mechanism: the U.S. Trade Act of 2002”, *Annulment of ICSID Awards* (E. Gaillard y Y. Banifatemi eds.), Nueva York, Juris Publishing, 2004, pp. 289–292) el establecimiento de un órgano de apelación o mecanismo similar que contribuyera a incrementar la coherencia en el Derecho de las inversiones extranjeras constituía uno los objetivos del *U.S. Trade Act de 2002*. De este modo, el modelo de APPRI de los EE UU de América de 2004, ya recogía en su art. 28.10 y en su anexo D, “*Possibility of a Bilateral Appellate Mechanism*” la opción de considerar la creación de un tribunal de apelación, ya fuera este multilateral o bilateral. En el documento de debate presentado por el Secretariado del CIADI para la mejora de la estructura del arbitraje del CIADI también se trató la cuestión de la conveniencia de establecer un mecanismo de apelación, con el fin de asegurar la coherencia entre los laudos del CIADI y otros arbitrajes inversor–Estado iniciados bajo los tratados de inversión; *vid.* CIADI, *Possible improvements of the framework for ICSID arbitration*, ICSID secretariat Discussion Paper, 2004, disponible en <https://icsid.worldbank.org/sp/> (última consulta: 10/02/2017); *vid.* al respecto C.J. Tams, “An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure”, *Essays in Transnational Economic Law*, n°

con sus pros y sus contras¹⁰⁴, sí se trata de la primera vez que se materializa.

33. No obstante, el “Sistema de Tribunales de Inversión” propuesto por el CETA, y de forma particular el Tribunal de Apelación, se encuentran todavía en fase de construcción. Llama la atención que muchas cuestiones todavía siguen abiertas y, por tanto, están por decidirse. Por ejemplo, respecto del tribunal de apelación, el CETA no ha fijado el número de los miembros que lo compondrán, la remuneración de los miembros, los costes que implicarán estos procedimientos o quien se encargará de prestarle el apoyo administrativo. Estos y otros aspectos necesarios para el funcionamiento del Tribunal de Apelación serán decididos por el Comité Mixto del CETA “con prontitud”. La falta de concreción, a día de hoy, de muchos aspectos relacionados con el Sistema de Tribunales de Inversión provoca reticencias en algunos estados miembros y ha llevado a la Comisión, una vez adoptado el CETA, a comprometerse “a proseguir la revisión, sin demora, del mecanismo de solución de diferencias (ICS) y con tiempo suficiente para que los Estados miembros puedan tenerla en cuenta en sus procesos de ratificación”¹⁰⁵.

C) Equívoca naturaleza del mecanismo ISDS del CETA

34. La composición permanente del tribunal y la introducción de una segunda instancia de apelación sugieren un desplazamiento del sistema de solución de diferencias inversor–estado hacia un modelo más “judicial”. Efectivamente, la voluntad de alejarse del modelo arbi-

57, junio 2006, disponible en <http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/altbestand/Heft57.pdf> (última consulta: 10/02/2017).

¹⁰⁴ Sobre los pros y los contras, CIADI, *Possible improvements...*, *op. cit.*; OCDE, “Improving the System of Investor–State Dispute Settlement: an Overview”, *Working papers on international investment*, n° 2006/1, febrero, 2006, disponible en https://www.oecd.org/china/WP-2006_1.pdf (última consulta: 10/02/2017), pp. 11–14; C.J. Tams, “An Appealing Option? The Debate...”, *loc. cit.*, pp. 17–34; S.D. Franck, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, *Fordham L. Rev.*, vol. 73, 2005, pp. 1521–1625.

¹⁰⁵ Declaraciones para el acto del Consejo (doc. 13463/1/16), de 27 octubre 2016, publicado en el DO L 11 de 14.1.2017 Así, con el fin de facilitar la ratificación posterior de los Estados y superar las reticencias que muestran algunos Estados, la Comisión se ha comprometido a revisar los aspectos relacionados con la selección de los “jueces” del Tribunal y del Tribunal de Apelación, el tipo de remuneración y dedicación de los “jueces”, los requisitos éticos que deben cumplir los miembros de los tribunales con la elaboración de un código de conducta obligatorio y vinculante, el acceso al sistema de solución de diferencias por parte de los usuarios más vulnerables, como son las pymes y los particulares y, finalmente, el mecanismo de apelación.

tral tradicional ha sido manifestada abiertamente en el Instrumento Interpretativo Conjunto, donde la UE y Canadá han afirmado que:

“El AECG se aleja firmemente del planteamiento tradicional de la solución de diferencias en materia de inversión y crea tribunales sobre inversiones independientes, permanentes e imparciales, inspirados en los principios de los sistemas judiciales públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros y Canadá, así como en los tribunales internacionales como la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”¹⁰⁶.

Nada menos que los sistemas judiciales de la Unión y sus estados miembros y Canadá, la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son los modelos que han servido de inspiración para diseñar el nuevo modelo ISDS, lo que da muestra del sentido de la reforma.

35. No obstante, nada más lejos de la realidad; la naturaleza arbitral del mecanismo, hoy, sigue estando muy presente en el nuevo ISDS, y ello a pesar de los esfuerzos de las Partes en evitar cualquier calificación del mecanismo como arbitral. La referencia a “tribunales” y a “miembros”¹⁰⁷ –no árbitros– supone una señal evidente del interés por dar una apariencia de ruptura con el modelo anterior. Sin embargo, la calificación de las decisiones de los tribunales como “laudos” y, muy especialmente, las constantes y numerosas referencias a reglas e instrumentos propios del arbitraje evidencian la imposibilidad (o falta de voluntad real) de romper definitivamente con el sistema anterior.

En este sentido, resultan abrumadoras las referencias a las normas del Convenio del CIADI y sus reglas de arbitraje, al Reglamento del mecanismo complementario del CIADI y al Reglamento de arbitraje

¹⁰⁶ *Instrumento Interpretativo Conjunto sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros* (doc. 13541/16), de 27 octubre 2016, publicado en DO L 11 de 14.1.2014, punto 6.f). En el mismo sentido, se han manifestado la Comisión y el Consejo, al señalar que “(e)l AECG tiene por objeto una reforma importante de la resolución de litigios en materia de inversiones, basada en los principios comunes a los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea y sus Estados miembros y de Canadá, así como a los órganos jurisdiccionales internacionales reconocidos por la Unión Europea y sus Estados miembros y Canadá, como son la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para avanzar en el refuerzo del respeto de la norma jurídica”; *vid.* Declaraciones para el acto del Consejo, n° 36, (doc. 13463/1/16), de 27 octubre 2016, publicado en el DO L 11 de 14.1.2017.

¹⁰⁷ En la Declaración n° 36 de las Declaraciones para el acto del Consejo (doc. 13463/1/16), de 27 octubre 2016, publicado en el DO L 11 de 14.1.2017, la Comisión y el Consejo se refieren incluso a los “jueces” del Tribunal y del Tribunal de Apelación.

de la CNUDMI, en la fase de la presentación de la demanda. Es elocuente la exigencia de que el consentimiento satisfaga los requisitos que imponen el Convenio del CIADI, el Reglamento del mecanismo complementario y el Convenio de Nueva York de 1958. También son reveladoras la referencia a las directrices de la *International Bar Association* (IBA) sobre los conflictos de interés en el arbitraje como parte de las reglas deontológicas aplicables a los “miembros” del Tribunal, la aplicación de las Normas Administrativas y Financieras del Convenio del CIADI para la determinación de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y la aplicación del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado a los procedimientos desarrollados en el marco de este capítulo octavo. Por su parte, resultan especialmente significativas, por una parte, la identificación de la Secretaría del Tribunal con la Secretaría del CIADI y, por otra, la aplicación del Convenio del CIADI y del Convenio de Nueva York en la ejecución de las decisiones dictadas por el Tribunal de Inversiones o el Tribunal de Apelación.

El funcionamiento del nuevo Sistema de Tribunales de Inversión, por tanto, sigue estrechamente vinculado a normas e instrumentos del arbitraje de inversiones. No obstante, el encaje del nuevo modelo que propone en CETA en los “viejos” esquemas del arbitraje puede plantear problemas técnicos complejos que, quizás, no han sido suficientemente sopesados antes de lanzar la propuesta final. Sirvan como botón de muestra el difícil encaje del Tribunal de Apelación y sus decisiones en el sistema instaurado por el Convenio del CIADI o la más que discutible calificación de las diferencias del CETA como disputas “comerciales” en virtud del Convenio de Nueva York.

En cualquier caso, atendiendo a todos los elementos que se congregan en el nuevo mecanismo ISDS, resulta posible apreciar en este un sistema cuando menos híbrido, un arbitraje del CIADI “tuneado” o modificado, y hasta cierto punto desnaturalizado, que no llega a abandonar su naturaleza arbitral¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Las referencias del CETA al arbitraje del CIADI –y no a otros arbitrajes institucionales– y la consideración de la Secretaría del CIADI como Secretaría del Tribunal, parece que hace inviable el recurso a otros arbitrajes institucionalizados, como el de la CCI o el de la Cámara de Comercio de Estocolmo, en el marco del CETA. De ser así, el CETA lejos de suponer una renuncia al arbitraje como método de solución de diferencias inversor-estado, puede llegar a suponer el fortalecimiento del arbitraje CIADI frente a las demás opciones, dando aire a una institución seriamente cuestionada en los últimos tiempos.

36. La equívoca naturaleza del nuevo mecanismo ISDS se ve alimentada por otro aspecto desconcertante que se resume en las siguientes interrogantes: ¿Se trata de un tribunal de jurisdicción exclusiva? Y, por tanto, ¿nos encontramos ante un “arbitraje” obligatorio?

Tradicionalmente, los APPRI han presentado la opción del arbitraje junto al de los tribunales internos del estado cuya responsabilidad se reclama; de este modo, ha sido el inversor quien, ante el surgimiento de una controversia, ha optado por iniciar la vía judicial o arbitral. Incluso en los casos en los que un APPRI no hubiera previsto la vía judicial interna, esta debía entenderse abierta para el inversor, en la medida en que el arbitraje no se considera “obligatorio” para este.

No obstante, esta conclusión no parece tan evidente en el marco del nuevo sistema ISDS que incorpora el CETA. Por una parte, conforme al art. 8.2º apartado cuarto del Acuerdo, “las reclamaciones podrán ser presentadas por un inversor con arreglo al presente capítulo *únicamente* con arreglo al art. 8.18º y de conformidad con los procedimientos establecidos en la sección F”¹⁰⁹; así, nada se dice de la posibilidad de acudir a los tribunales internos del estado parte en la diferencia. Por otra parte, el art. 30.6º del CETA (derechos privados) señala que,

“Ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de que conceda derechos o imponga obligaciones a personas, distintos de los creados entre las Partes en virtud del Derecho internacional público, ni en el sentido de que el presente Acuerdo pueda invocarse directamente en los ordenamientos jurídicos internos de las Partes”¹¹⁰.

La combinación de ambos preceptos conduce a rechazar la posibilidad de reclamar los derechos reconocidos en el CETA en los tribunales internos del estado. Solo cabría reclamar ante el Sistema de Tribunales de Inversión y solo por la violación de aquellos derechos que abren la vía del ISDS. Esta conclusión aleja al sistema ISDS del CETA de la lógica que ha guiado desde sus orígenes la solución de diferencias entre inversores y estados, como mecanismo alternativo a los tribunales internos del estado autor del daño, y lo acerca a la lógica de

¹⁰⁹ Énfasis añadido.

¹¹⁰ Este extremo, además, ha sido recordado en el considerando sexto de la Decisión del Consejo relativa a la aplicación provisional del CETA (doc. 10974/16), de 5 octubre 2016 y en el considerando tercero de la Decisión del Consejo relativa a la firma del Acuerdo. En esta última se señala que “(d) e conformidad con el art. 30.6, apartado 1, del Acuerdo, este no debe conceder derechos u obligaciones que puedan invocarse directamente ante los órganos jurisdiccionales de la Unión o de los Estados miembros”.

las normas del Derecho económico internacional (el de los Acuerdos de la OMC).

Limitar la posibilidad de reclamar los derechos previstos en el CETA a favor del inversor en el marco del mecanismo ISDS del propio Acuerdo supondría discriminar de facto a la pequeña y mediana empresa, porque atendiendo a los rasgos que hoy caracterizan este tipo de procedimientos y, de forma particular, a los notables desembolsos que estos requieren, este solo se encuentra al alcance del “gran” inversor. Ello implicaría privar a las PYMEs de cualquier opción real de ejercer, por cuenta propia, un recurso en defensa de sus intereses.

Si bien es cierto que lo dicho hasta el momento conduce a rechazar cualquier recurso ante los tribunales internos del estado sobre la base de las disposiciones del CETA¹¹¹ y a considerar, en consecuencia, la competencia exclusiva y obligatoria del mecanismo previsto en el Acuerdo, el Instrumento Interpretativo Conjunto adoptado con ocasión de la firma del Acuerdo pone de manifiesto que la intención de las Partes es la opuesta. En este documento la partes afirman que “(e)l AECG no privilegiará el recurso al Sistema de Tribunales de Inversiones creado por el Acuerdo. Los inversores podrán optar en su lugar por utilizar las vías de recurso disponibles en los tribunales nacionales”¹¹². Si tal es la interpretación que debe hacerse del CETA, esta no resuelve todas las interrogantes que se plantean. Así, por ejemplo, cabría preguntarse si los derechos reconocidos en el CETA a favor del inversor que no pueden ser sometidos al mecanismo ISDS son susceptibles de ser reclamados por el inversor en los tribunales internos.

D) La multilateralización del mecanismo ISDS como último objetivo

37. El “Sistema de Tribunales de Inversión” que propone el CETA, y que se acaba de describir de forma somera, supone un paso decisivo en la evolución hacia un modelo de ISDS “mejorado”, una tentativa de alejarse del arbitraje de inversiones tradicional hacia un nuevo paradigma de solución de diferencias inversor–estado que, sin embargo, es

¹¹¹ Salvo lo dispuesto en el artículo relativo a la expropiación (8.12 apartado cuarto), donde se dispone: “El inversor afectado tendrá derecho, con arreglo al Derecho de la Parte expropiadora, a que un órgano judicial u otro órgano independiente efectúe una rápida revisión de su demanda y de la valoración de su inversión, de conformidad con los principios establecidos en el presente artículo”.

¹¹² *Instrumento interpretativo conjunto sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros* (doc. 13541/16), de 27 octubre 2016, publicado en DO L 11 de 14.1.2017, punto 6.a).

incapaz de desprenderse de las estructuras y esquemas del arbitraje y de completar, de este modo, su transformación progresiva hacia un modelo “judicial”. En suma, la equívoca naturaleza del Sistema de Tribunales de Inversión que se propone no resulta satisfactoria.

Sin embargo, es cierto que este Sistema de Tribunales de Inversión en el Acuerdo se propone como una solución temporal, una propuesta intermedia entre el arbitraje de inversiones y el Tribunal Multilateral sobre Inversiones que pretende impulsar la Unión a escala global. El futuro de los mecanismos ISDS para Europa pasa por la creación de este Tribunal Multilateral sobre Inversiones y un mecanismo de apelación. Este es modelo último que defienden la UE y Canadá, y así lo han reflejado en el CETA, al señalar que,

“Las Partes perseguirán, junto con otros socios comerciales, la creación de un tribunal multilateral sobre inversiones y de un mecanismo de apelación para la solución de diferencias en materia de inversiones. Al crear tal mecanismo multilateral, el Comité Mixto del AECG adoptará una decisión por la que se establezca que las diferencias en materia de inversiones con arreglo a la presente sección se decidirán con arreglo al mecanismo multilateral, y formulará las disposiciones transitorias oportunas”¹¹³.

38. En cualquier caso, más allá de la voluntad de “multilateralizar” el mecanismo ISDS, no existe certeza alguna de los rasgos y características que adoptará este futuro tribunal y/o mecanismo de apelación. A pesar de que la Unión Europea haya lanzado una consulta pública que finalizará a mediados marzo 2017 y de que exista un documento de debate de mediados del pasado diciembre patrocinado por la Comisión

¹¹³ Art. 8.29º CETA. En la declaración conjunta hecha con ocasión de la revisión del CETA, la Comisaria europea de Comercio y la Ministra de Comercio Internacional canadiense afirmaban que tanto la Unión Europea como Canadá están “firmemente comprometidos” con el proyecto de un tribunal multilateral de inversiones: “*These modifications reflect our desire to reform investment protection and dispute resolution provisions and to continue working together to improve the process, including working with other trading partners to pursue the establishment of a multilateral investment tribunal, a project to which the EU and Canada are firmly committed*”, en *Joint statement Canada–EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, 29 febrero 2016, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-16-446_en.htm (última consulta: 13/06/2016). Este mismo compromiso ha sido reconocido en el Instrumento Interpretativo Conjunto, al afirmar que “(1) a UE y Canadá trabajarán con diligencia con vistas a la creación de dicho tribunal multilateral sobre inversiones, que deberá crearse una vez exista una masa crítica de participantes y deberá sustituir inmediatamente a los sistemas bilaterales como el del AECG y estar plenamente abierto a la adhesión de cualquier país que suscriba los principios de base” (*Instrumento interpretativo conjunto sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros* (doc. 13541/16), de 27 octubre 2016, publicado en DO L 11 de 14.1.2014, punto 6.i)).

y el Gobierno canadiense sobre la posible creación de un Tribunal Multilateral de Inversiones¹¹⁴, el futuro mecanismo de solución de diferencias entre inversores y estados de carácter multilateral es, a día de hoy, una gran incógnita, demasiado abierta a la especulación.

2. Jurisdicción y competencia de los Tribunales de Inversión

39. En cuanto a la jurisdicción y competencia de los tribunales de inversión o las “divisiones” del CETA, caben ser destacados algunos aspectos que caracterizan este nuevo mecanismo y delimitan su alcance o ámbito de aplicación¹¹⁵.

Es fundamental observar que la jurisdicción de los tribunales ISDS constituidos conforme al CETA, siguiendo el ejemplo del TLCAN o el del Tratado de la Carta de la Energía, únicamente cubre los *treaty claims*, es decir, litigios que versan sobre la violación de obligaciones previstas en el propio Acuerdo¹¹⁶. La limitación de su ámbito de aplicación a reclamaciones de base convencional y la ausencia de una cláusula umbrella en el CETA supone excluir cualquier posibilidad de someter controversias contractuales al mecanismo ISDS. El CETA, al contrario de lo que sucede en muchos APPRI europeos y, entre ellos, en los celebrados por España¹¹⁷, ha optado expresamente por una jurisdicción restrictiva, asumiendo una concepción a su vez restrictiva del arbitraje de inversiones. Además, esta opción sirve para superar un debate sobre el alcance de las previsiones ISDS de los Acuerdos de inversión cuando estas disposiciones se encuentran formuladas de

¹¹⁴ Sobre la consulta pública *on line* vid. <https://ec.europa.eu/eusurvey/runner/multilateralinvestmentcourt>. Por su parte, el documento de debate “*Establishment of a multilateral investment dispute settlement system*” se encuentra accesible en la siguiente dirección: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/january/tradoc_155267.12.12%20With%20date_%20Discussion%20paper_Establishment%20of%20a%20multilateral%20investment%20Geneva.pdf, (última consulta: 13/02/2017)

¹¹⁵ K. Fach Gómez, “Unión Europea e inversiones internacionales: el futuro de los mecanismos de resolución de controversias inversor-estado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, 2017, p. 299, aprecia que los nuevos mecanismos ISDS que la UE impulsa se están configurando como instrumentos de *última ratio*, al mostrar una tendencia a restringir el acceso a los inversores demandantes. En el mismo sentido, F. Pascual Vives, “Unión Europea e inversiones: mecanismos de solución de controversias”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, 2017, p. 288, se refiere a un arbitraje “más selectivo”.

¹¹⁶ Resulta llamativo que el CETA, que en otros muchos aspectos supone un acercamiento al modelo de APPRI de los EE UU de América, en este punto adopta la posición contraria. Así, cabe recordar que el modelo de APPRI de los EE UU de América de 2012, permite activar el mecanismo ISDS más allá de los *treaty claims*.

¹¹⁷ No obstante, hay APPRIs, como el celebrado entre España y Colombia (BOE 12.9.2007), que limitan su competencia a reclamaciones convencionales (art. 10).

forma abierta, y donde algunos tribunales arbitrales han llegado a interpretar que sí cubren disputas contractuales y otros han entendido que no¹¹⁸.

40. Junto a lo mencionado, es importante señalar una segunda limitación del ámbito de aplicación de la sección F relativa al ISDS. No todos los derechos reconocidos al inversor en el capítulo sobre inversiones son susceptibles de ser reclamados a través del mecanismo ISDS previsto en el Acuerdo. Así, los compromisos adoptados en la sección B del capítulo octavo (los relativos al establecimiento de las inversiones) y los de la sección C (trato no discriminatorio) que afectan al establecimiento o la adquisición quedan excluidos de su ámbito de aplicación.

41. Además, el CETA limita el derecho del inversor de presentar una denuncia con arreglo a la sección F desde una doble perspectiva. En primer lugar, condiciona este derecho al hecho de que el inversor haya “sufrido pérdidas o daños” como consecuencia de la infracción de las obligaciones previstas en el CETA¹¹⁹.

¹¹⁸ Entre los tribunales que se han mostrado favorables a una interpretación amplia de las disposiciones, de tal manera que cubran los *contract claims*, se encuentran los de los asuntos *Vivendi c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/97/3), decisión sobre anulación del Comité *ad hoc*, 2002, párrs. 51 ss. y *SGS c. Filipinas* (Caso CIADI n° ARB/02/6), jurisdicción, 2004, párrs. 130–135. Por el contrario, entre los tribunales que han hecho una interpretación restrictiva están: *SGS c. Pakistán* (Caso CIADI n° ARB/01/13), jurisdicción, 2003, párrs. 156 ss., *Lesi–Dipenta c. Argelia* (Caso CIADI n° ARB/03/08), laudo, párrs. 25, 26 y 27 y *Lesi–Astaldi c. Argelia* (Caso CIADI n° ARB/05/3), laudo, párrs. 83 ss. *Vid.* E. Gaillard, “Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Chronique des sentences arbitrales”, *Journ. dr. int.*, n° 1, 2006, pp. 304 ss.; *id.* “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – the *SGS Cases* Considered”, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (T. Weiler ed.), Gran Bretaña, Cameron May, 2005, pp. 330–336; S.A. Alexandrov, “Breaches of Contract and Breaches of Treaty: the Jurisdiction of Treaty–Based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol.5, n° 4, 2004, pp. 572–576; C. Schreuer, “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – the *Vivendi I* case Considered”, en *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (T. Weiler ed.), Gran Bretaña, Cameron May, 2005, pp. 296–299.

¹¹⁹ Esta limitación no deja de ser, en parte, lamantiva en el estado actual del Derecho internacional, donde el elemento del daño no determina la existencia de un ilícito internacional. En su caso, la exigencia del daño podría haberse previsto en las normas sustantivas (primarias) del CETA, por ejemplo, como parte del TJE o de la PPS. Atendiendo a la sistemática del CETA, por tanto, podría suceder que una Parte Contratante incurriera en una

En segundo lugar, un inversor no podrá presentar una reclamación “si la inversión se ha realizado mediante una declaración dolosa, ocultación, corrupción, o un comportamiento que equivalga a un recurso temerario”. De esta manera, se introduce un elemento novedoso inspirado en la doctrina de las manos limpias o “*clean hands*”, al tiempo que supone una muy tímida y, por tanto, insuficiente exigencia de comportamiento impuesta a los propios inversores que, además, no puede ser interpretado como una obligación respecto del estado, sino como una condición (de mínimos) para que este pueda beneficiarse de los derechos previstos en el Acuerdo.

42. Aunque por evidente puede no resultar llamativo, considero que debe subrayarse la relevancia que tiene reconocer *ius standi* a una organización internacional, en este caso, a la UE. De este modo, la UE podrá actuar como demandado en los procedimientos de inversión iniciados en el marco del CETA. No obstante, la apertura del mecanismo ISDS a la UE plantea nuevos problemas que necesitan solución. Algunos de estos problemas, como la determinación del demandado entre la Unión y sus Estados miembros, han sido abordados en el propio Acuerdo¹²⁰, mientras que otros, todavía está por ver el grado de conflictividad que pueden llegar a presentar en el futuro.

3. Contribución del CETA al progreso y legitimación de los mecanismos ISDS

43. La garantía de independencia e imparcialidad de los miembros que componen el tribunal ha sido una de las obsesiones que han mar-

violación de las obligaciones asumidas respecto de un inversor, pero que al no constatarse pérdidas o daños el inversor no tuviera derecho a interponer demanda alguna.

¹²⁰ Así, esta cuestión se encuentra regulada en el art. 8.21 CETA, artículo que se completa con la regulación prevista en el Reglamento (UE) n° 912/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 julio 2014, por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte (DO L 257 de 28.8.2014). Sobre el Reglamento (UE) n° 912/2014, *vid.* J.C. Fernández Rozas, “Conjeturas en torno a la nueva política global europea en materia de inversión internacional tras el Reglamento n° 912/2014”, *La Ley: Unión Europea*, n° 18, 2014, pp. 5–27; I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, “Responsabilidad financiera resultante de los arbitrajes de inversión constituidos sobre la base de los futuros Acuerdos de inversión de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, n° 1, 2015, pp. 335–338; F.J. Pascual Vives, “La responsabilidad financiera y la participación en el arbitraje de inversiones de la Unión Europea y sus Estados Miembros a la luz del Reglamento (UE) n° 912/2014”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, n° 1, 2015, pp. 294–298; J. Kleinheisterkamp, “Financial Responsibility in European International Investment Policy”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 63, 2014, pp. 449–476.

cado el devenir del mecanismo finalmente diseñado en el CETA¹²¹. En este sentido, la opción a favor de un tribunal de carácter permanente responde a esta preocupación¹²².

Pero además, el CETA prevé un artículo sobre “deontología” donde se afirma que los miembros del tribunal serán independientes. Para garantizar esta independencia el CETA ordena a los miembros cumplir las directrices de la International Bar Association (IBA) sobre los conflictos de interés en el arbitraje internacional, al tiempo que deja la puerta abierta a la adopción de reglas suplementarias. Los miembros del tribunal no podrán actuar como asesores, expertos nombrados por una parte o como testigos en litigios de inversión. Asimismo, en caso de que una de las partes en la diferencia quiera solicitar la recusación del nombramiento de uno de los miembros por entender que existe un conflicto de intereses, no será la propia división ni el tribunal quien adopte tal decisión, sino un tercero; la solicitud se dirigirá al presidente de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) que será quien dictará la decisión.

Con ocasión de la firma del CETA, y dadas las reticencias todavía existentes en los estados miembros, la Comisión se ha comprometido “a proseguir la revisión, sin demora, del mecanismo de solución de diferencias (ICS) y con tiempo suficiente para que los Estados miembros puedan tenerla en cuenta en sus procesos de ratificación”¹²³. En esta revisión la Comisión tiene previsto acometer aspectos relacionados con la selección de los “jueces” del Tribunal y del Tribunal de Apelación¹²⁴, el tipo de remuneración y dedicación de los jueces – apostando por una remuneración permanente y el objetivo último de una composición del tribunal con jueces que trabajen a tiempo completo–, y una elaboración más detallada de los requisitos éticos previstos en el CETA, mediante la adopción de un código de conducta obligatorio y vinculante.

¹²¹ Tal y como afirman D.J. Cremades y B.M. Cairns, “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, *La Ley*, año XXIII, nº 4, 2002, pp. 1628–1646, la más mínima duda en torno a la imparcialidad o independencia de los árbitros del tribunal podría servir para desacreditar el laudo o la propia institución del arbitraje inversor–Estado.

¹²² Sobre las previsiones del CETA dirigidas a preservar la independencia e imparcialidad del tribunal *vid.* S. Schacherer, “TPP, CETA and TTIP Between Innovation...”, *loc. cit.*, pp. 633 ss.

¹²³ Declaraciones para el acto del Consejo, nº 36, (doc. 13463/1/16), de 27 octubre 2016, publicado en el DO L 11 de 14.1.2017.

¹²⁴ Al contrario de lo que sucede en el texto del CETA, la Declaración 36 se refiere a “jueces” y no a “miembros”.

44. El Acuerdo con Canadá pretende instaurar un sistema que sirva para dotar de una mayor coherencia, previsibilidad y seguridad en la aplicación e interpretación del régimen contemplado en el CETA. Para lograr este objetivo y, de este modo, preservar o salvar la legitimidad de los mecanismos ISDS, el CETA ha previsto, como se acaba de observar, la creación de un Tribunal de Apelación que vendría a jugar un papel transcendental y protagonista en el cumplimiento de este propósito, a través de su labor en la elaboración y consolidación de una práctica o “jurisprudencia” arbitral más coherente¹²⁵. No obstante, las virtudes de este Tribunal de Apelación no debieran de ser sobreestimadas. En primer lugar, porque el ámbito de actuación de este Tribunal de Apelación (hoy por hoy de carácter bilateral) se limita al CETA, lo que para el Derecho de las inversiones extranjeras no deja de ser, aunque importante, un Acuerdo más entre los más de tres mil tratados internacionales en vigor. El balance hubiera sido otro si este tuviera una naturaleza multilateral, bien como un nuevo tribunal internacional, bien mediante la inclusión de una instancia de apelación, por el ejemplo, en el sistema CIADI. En segundo lugar, porque de ser cierto lo que señalan algunos autores, puede que la práctica arbitral en la actualidad no sea tan dispar como algunos afirman y, por tanto, el problema de las decisiones contradictorias no tenga una envergadura tal que justifique la introducción de una instancia de apelación¹²⁶.

Asimismo, el Acuerdo ha introducido la posibilidad de proceder a la acumulación de demandas cuando estas tengan una cuestión de Derecho o de hecho en común y traigan causa de unos mismos acontecimientos o de unas mismas circunstancias¹²⁷. En este mismo sentido,

¹²⁵ Sobre la relevancia de la coherencia de la práctica arbitral, *vid.* J. Gaffney, “How important it is to develop a coherent case law? The role of judicial dialogue in investment arbitration”, en *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2011, pp. 48–77. La vinculación entre la coherencia de la práctica arbitral y la legitimidad del sistema arbitral es señalado por *Vid.* al respecto, S.D. Franck, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005, pp. 1521–1625; *id.*, “The Nature and Enforcement of Investor Rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have a Bright Future”, *U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y*, 2005, pp. 47–99.

¹²⁶ E. Gaillard, “Centre international...”, *loc. cit.*, 2006, p. 234.

¹²⁷ Art. 8.43^o CETA. Respecto a la acumulación de procedimientos arbitrales *vid.* A. Crivellaro, “Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes”, *Law and Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, n^o 3, 2005, pp. 371–420; E. Fernández Masiá, “Presente y futuro de la acumulación de procedimientos arbitrales en materia de inversiones extranjeras”, *REEI*, vol. 11, 2006, en www.reei.org; I. Suarez Anzorena, “Acumulación de arbitrajes bajo tratados bilaterales de inversión”, *Lima Arbitration*, n^o 1, 2006, pp. 113–120.

con el fin de evitar procedimientos paralelos que puedan dar origen a dobles reparaciones y pronunciamientos contradictorios, la presentación de una demanda ante el tribunal del CETA se encuentra condicionada a que se retire, suspenda o se renuncie al derecho de entablar “cualquier procedimiento existente ante un tribunal u órgano jurisdiccional con arreglo al Derecho interno o internacional respecto a una medida que supuestamente constituya una infracción mencionada en su denuncia”¹²⁸. Por último, la posibilidad de adoptar interpretaciones auténticas también puede ser un elemento positivo para la coherencia, previsibilidad y seguridad del régimen del Acuerdo; en este sentido, el CETA deja en manos del Comité Mixto del CETA la adopción de interpretaciones, que serán vinculantes para el tribunal, cuando “surjan problemas graves sobre cuestiones de interpretación que puedan afectar a las inversiones”¹²⁹.

45. La tipología de las controversias que hoy se someten a mecanismos ISDS se caracteriza por una notable presencia de intereses públicos esenciales, bien medioambientales, de salud pública, derechos humanos, laborales, sociales o culturales. Esta ha sido, probablemente, la principal causa de la paulatina especialización del arbitraje de inversiones, de su alejamiento del paradigma contractual en el que se inspiró en sus orígenes. Esta especialización, además de perseguir objetivos de mayor coherencia y mayores garantías de independencia e imparcialidad, viene marcada por las exigencias de mayor transparencia y publicidad de los procedimientos arbitrales y de los resultados que alcanzan los árbitros¹³⁰. Desde hace tiempo, el Derecho de las inversiones extranjeras, tanto en los nuevos textos normativos como a través de la práctica arbitral, está dando pasos que conducen hacia un sistema cada vez más transparente y público¹³¹. El

¹²⁸ Art. 8.22º.1.

¹²⁹ Art. 8.31º, ap. 3.

¹³⁰ La legitimidad del mecanismo arbitral depende, en parte, de la transparencia y publicidad de sus procedimientos, que será lo que permita a la sociedad controlar la actividad de los tribunales arbitrales y la gestión de los asuntos públicos por parte de los Estados. *Vid.* L. Mistelis, “Confidentiality and Third Party Participation: *UPS v Canada* and *Methanex Corp v USA*”, *International Investment Law and Arbitration; Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (T. Weiler ed.), Gran Bretaña, Cameron May, 2005, p. 181. En este sentido, el Tribunal de asunto *Loewen c. EE. UU.* (Caso CIADI nº ARB(AF)/98/3), jurisdicción, 2001, párr. 26, sostuvo que la obligación general de confidencialidad en el arbitraje de inversión no sería deseable, porque podría restringir el acceso público a la información relacionada al gobierno y asuntos públicos.

¹³¹ Más detalladamente, I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, “Atenuación de los rasgos de confidencialidad y privacidad del arbitraje de inversión”, *Arbitraje*, vol. 1, nº 1, 2008, pp.

CETA también supone un avance en este sentido. Este prevé la aplicación del Reglamento sobre transparencia de la CNUDMI de 2014 en los procedimientos que se sustancian ante el Tribunal de Inversiones¹³². Además, el Acuerdo eleva el grado de transparencia y publicidad al exigir también la puesta a disposición del público de los siguientes documentos: la solicitud de celebración de consultas, la notificación en la que se solicita la determinación del demandado, la notificación que identifica al demandado, el anuncio de la intención de recusar a un miembro del tribunal, la decisión sobre la recusación y la solicitud de acumulación de demandas. Las pruebas también se incluirán en la lista de documentos que deben ser publicados. En cuanto a las audiencias, el CETA establece que estas serán públicas, salvo cuando la protección de información confidencial o protegida exija la privacidad de algunas partes de la audiencia.

En definitiva, el CETA viene a confirmar, consolidar y a profundizar una tendencia que ya se estaba desarrollando, a través la publicación de documentos, la apertura de las audiencias al público y la participación terceros como “amigos de la corte”.

46. En el contexto del tratamiento que han recibido tradicionalmente los particulares en el ordenamiento jurídico internacional, los mecanismos ISDS constituyen un instrumento muy “poderoso” al servicio de los intereses de las (grandes) empresas. No obstante, los inversores puede hacer un uso inadecuado de este mecanismo; la utilización “abusiva” o “frívola” de este mecanismo provoca preocupación. En este sentido, la confusión y la inseguridad jurídica, derivadas de la amplitud de los conceptos empleados en las normas sustantivas o de la existencia de decisiones contradictorias en la práctica arbitral, constituyen el caldo de cultivo idóneo para la presentación de este tipo de demandas.

El CETA realiza un esfuerzo en reducir el margen que “permite” la presentación demandas abusivas. En primer lugar, el Acuerdo impide al inversor que haya realizado su inversión “mediante una declaración dolosa, ocultación, corrupción, o un comportamiento que equivalga a un recurso temerario” presentar una demanda conforme a la sección

139–164. Sobre las dificultades que existen para avanzar en estos objetivos, E.M. Hafner–Burton y D.G. Victor, “Secrecy in International Investment Arbitration: An Empirical Analysis”, *J. Int'l Disp. Sett.*, vol. 7, 2016, pp. 161–182.

¹³² Sobre el Reglamento de la CNUDMI *vid.* S. Hamamoto, “Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et la Convention de Maurice sur la transparence”, *Journ. dr. int.*, 2016, n° 1, pp. 3–59.

F. En segundo lugar, el CETA ha abierto cauces procesales para oponerse en un momento temprano del procedimiento a demandas que resulten manifiestamente carentes de valor jurídico¹³³ y a demandas infundadas como cuestión de Derecho¹³⁴. En tercer lugar, asignar el pago de las costas del procedimiento, de representación y de asistencia jurídica a la parte perdedora de la diferencia, tal y como establece como regla general el CETA, también puede contribuir a desincentivar la presentación de demandas frívolas como parte de una estrategia de presión por parte de los grandes inversores extranjeros. En cuarto y último lugar, más allá de medidas señaladas que afectan propiamente al mecanismo ISDS, tal y como se ha visto en apartados previos, el CETA pretende aumentar la seguridad jurídica en las disposiciones sustantivas del Acuerdo mediante la inclusión de normas y conceptos menos vagos –por ejemplo, la norma relativa al TJE o el concepto de expropiación indirecta–, lo que, en última instancia, también debería servir para embridar al inversor que pretende actuar aprovechándose de las incertidumbres del sistema.

47. Uno de los objetivos expresamente reconocidos y aparentemente perseguidos por el CETA, en general, y por el sistema de arreglo de diferencias inversor–estado, en particular, consiste en favorecer la posición de los pequeños y medianos inversores, de tal forma que el mecanismo ISDS no sea percibido como un privilegio solo al alcance de los grandes inversores. El principal obstáculo para el acceso a los mecanismos ISDS es de carácter económico. El arbitraje de inversiones es un sistema caro¹³⁵. Por tanto, solo aquellas empresas que pue-

¹³³ El art. 8.32^o.1 CETA establece que: “A más tardar en un plazo de treinta días a partir de la constitución de la división del tribunal y, en cualquier caso, antes de su primera sesión, el demandado podrá interponer la objeción de que una demanda carece manifiestamente de valor jurídico”.

¹³⁴ En virtud del art. 8.33^o.1 CETA, esta objeción será tratada como cuestión preliminar y sin perjuicio de la autoridad del tribunal de abordar otras objeciones como cuestión prejudicial o del derecho de un demandado a plantear tales objeciones en el momento adecuado.

¹³⁵ Tal y como señala el Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen 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 332 de 8.10.2015, párr. 3.4.1), el coste medio de un procedimiento arbitral es de 4 millones de US\$ para cada parte. El 82% de este monto correspondería a los honorarios de los letrados. Vid. UNCTAD, *Investor–State Dispute Settlement. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, United Nations, New York and Geneva, 2014, pp. 145–150, en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf (última consulta: 20/02/2017).

dan afrontar los gastos de defensa y de funcionamiento de los tribunales arbitrales tienen acceso al mismo.

No obstante, las medidas adoptadas hasta el momento para facilitar el acceso de la pequeña y mediana empresa no dejan de ser claramente insuficientes. La posibilidad de solicitar que la controversia se decidida por un único miembro del tribunal en todo caso requiere del consentimiento del demandado, si bien este último asume el compromiso de “considerarlo favorablemente”¹³⁶. Por su parte, en cuanto al importe de los honorarios de los miembros de las divisiones encargadas de resolver las diferencias, hoy por hoy, el CETA dispone que está será el mismo que perciben los árbitros del CIADI. Está por ver si se materializará y, en su caso, en qué términos la facultad que ostenta el Comité Mixto del AECG de estudiar normas complementarias destinadas a reducir la carga financiera que pesa sobre los demandantes que sean personas físicas o pequeñas y medianas empresas, tomando en consideración, en particular, los recursos financieros de estos demandantes y el importe de la compensación solicitada¹³⁷. Por último, si se llegara a considerar que el CETA, incluido su capítulo sobre inversiones, no prevé derechos que puedan ser directamente invocados ante los tribunales internos, existiendo únicamente la vía del Sistema de Tribunales de Inversión¹³⁸, el agravio comparativo que sufriría el pequeño inversor respecto al grande se tornaría, si cabe, más insostenible.

VI. Conclusiones

48. Con el CETA la Unión Europea lanza su propuesta de futuro para la regulación internacional de las operaciones de inversión extranjeras. Además, la Unión ha encontrado en Canadá un gran socio para

¹³⁶ Art. 8.23^o.5^o. En la versión inglesa se dice que “(t)he respondent shall give sympathetic consideration to that request” (énfasis añadido).

¹³⁷ Art. 8.39.6 CETA. Declaraciones para el acto del Consejo, n^o 36, (doc. 13463/1/16), de 27 octubre 2016, publicado en el DO L 11 14.1.2017. En estas declaraciones, para facilitar la ratificación posterior de los Estados y superar las reticencias que muestran algunos Estados, la Comisión se ha comprometido a revisar el acceso al sistema de solución de diferencias por parte de los usuarios más vulnerables, como son las PYMEs y los particulares. En este sentido, se prevé, por un lado, que la adopción de estas normas complementarias “será tramitada de forma que dichas normas puedan adoptarse cuanto antes”. Y, por otro que “con independencia del resultado de los debates en el seno del Comité Mixto, la Comisión propondrá medidas adecuadas de (co)financiación pública para las acciones de las pequeñas y medianas empresas interpuestas ante dicho órgano jurisdiccional así como la concesión de asistencia técnica”.

¹³⁸ *Vid supra*, p. 77.

dar inicio a la reforma del sistema, para la presentación de este Acuerdo como el modelo a seguir por los tratados de inversión futuros a escala global, en la medida en que el CETA constituye la confluencia de dos tradiciones de APPRI que han marcado en el pasado el contenido del Derecho de las inversiones extranjeras.

A grandes rasgos, desde la perspectiva europea, es posible concluir que estamos ante una regulación que, en muchos aspectos, se aproxima al modelo norteamericano más reciente. No obstante, al mismo tiempo, contiene elementos que se distancian de aquel, de forma particular, en el “novedoso” mecanismo de resolución de controversias inversor–estado que propone el CETA.

En cualquier caso, la validez o el valor del CETA como patrón para futuros acuerdos de inversión dependerá de su propio éxito o fracaso. No cabe olvidar que nos encontramos ante un acuerdo que todavía no se encuentra en vigor y que, para ello, necesitará del consentimiento de todos y cada uno de los estados miembros de la Unión. En este sentido, las tensiones internas de la UE conducen a albergar dudas sobre su efectiva entrada en vigor, al tiempo que suponen un duro golpe a la credibilidad de la UE como actor internacional y a su aspiración de liderar el cambio de paradigma en el Derecho de las inversiones extranjeras.

49. Tras el análisis de Acuerdo, cabe concluir que este se ha construido para dar respuesta a una doble finalidad: por una parte, incentivar los flujos de inversión privada entre las partes contratantes y, por otra, salvar la legitimidad del régimen jurídico propuesto ante las voces que, durante los últimos años, lo cuestionan.

El CETA prevé un régimen dirigido a promocionar e incentivar las operaciones de inversión entre la UE y Canadá. En primer lugar, el Acuerdo, prevé una regulación que culmina la liberalización casi absoluta de los flujos de inversión. Mediante la regulación de la fase de admisión y establecimiento, el CETA derriba el último dique europeo que servía para ejercer cierto control sobre las inversiones que pretendían instalarse en el territorio de los estados miembros. A su vez, la amplitud y las características del concepto de inversión que incorpora el CETA también evidencian la voluntad de renunciar al control o discriminación del tipo de inversiones que se desean promocionar.

En segundo lugar, el CETA asegura un elevado nivel de protección a las inversiones e inversores extranjeros. Así, el Acuerdo incorpora las normas de protección que vienen siendo habituales en el Derecho de las inversiones extranjeras y prevé un mecanismo ISDS que, con to-

das sus “novedades”, permite a los inversores lo fundamental: demandar directamente al estado ante una instancia internacional por los incumplimientos del tratado.

En tercer lugar, el CETA no ha sido capaz de completar el círculo mediante el establecimiento de obligaciones a los propios inversores. El Acuerdo, por tanto, en todos sus elementos presenta una naturaleza unidireccional, convirtiéndose en una regulación extremadamente favorable a los intereses del inversor, al tiempo que descuida el impacto y la influencia de la actividad de los grandes inversores en tanto que actores de la vida internacional.

“Liberalización, protección y ausencia de obligaciones” es, por tanto, la fórmula que emplea el CETA para promocionar las operaciones de inversión entre las dos partes. La regulación jurídica final del CETA que materializa esta opción, delata la ideología que subyace tras la misma, que no es otra que la de la teoría clásica de las inversiones extranjeras, según la cual toda inversión es beneficiosa para el estado que la recibe; afirmación ésta más que discutible y que, por tanto, conduce a una valoración crítica del contenido del Acuerdo.

50. El otro gran objetivo del CETA ha sido preservar o salvar la legitimidad del régimen propuesto. En este sentido, en primer lugar, cabe valorar positivamente las medidas adoptadas para incrementar la seguridad jurídica y la previsibilidad, delimitando conceptos que por su carácter indeterminado venían suscitando problemas en su interpretación y aplicación. No obstante, también es cierto que no se han resuelto todos los problemas, que el margen para la incertidumbre sigue siendo amplio en algunas disposiciones y que los elementos del CETA destinados a aportar flexibilidad frente al riesgo de una excesiva rigidez provocan cierto desasosiego.

En segundo lugar, también merecen una valoración positiva las disposiciones destinadas a “blindar” la facultad regulatoria de los estados, si bien es cierto que no resulta fácil valorar si estas serán suficientes para librar el nudo gordiano que surge de la relación entre el derecho a regular de los estados y las obligaciones que estos mismos estados asumen en el tratado respecto al inversor.

En tercer lugar, puede que la principal “batalla” por la legitimidad del régimen sobre inversiones se haya librado en el campo del mecanismo ISDS. No resulta sencillo hacer un balance cabal de esta propuesta. A grandes trazos, por una parte, es posible concluir y valorar positivamente que con el “Sistema de Tribunales de Inversión” se consolidan y se refuerzan las tendencias que venían ganando terreno

en cuestiones relativas a las garantías de independencia e imparcialidad de los tribunales arbitrales, la exigencia de mayor transparencia y publicidad de los procedimientos y de mayor coherencia de la práctica arbitral. La entrada en vigor del CETA, en este sentido, supondría iniciar de un camino de no retorno hacia un sistema de ISDS naturaleza más pública.

Por otra parte, el carácter permanente del tribunal y la introducción de una instancia de apelación constituyen, hoy por hoy, las principales novedades que introduce el CETA y que permiten, con todas las reservas, hablar de un nuevo paradigma del sistema de arreglo de diferencias inversor–Estado, cada vez más cercano a lo “judicial” y que rehúye nombrar la palabra maldita: arbitraje. No obstante, hay aspectos desconcertantes de la propuesta que cuestionan o, al menos, hacen dudar de esta última afirmación; de forma particular, la equívoca naturaleza del mecanismo y el hecho de tratarse de un modelo inacabado y “temporal”, lo que evidencia que nos encontramos ante un mecanismo que no es lo que pretende ser, ni pretende ser lo que es. ¿Acaso cabe mayor despropósito?

Bibliografía

- ALEXANDROV, S.A.: “Breaches of Contract and Breaches of Treaty: the Jurisdiction of Treaty–Based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol.5, nº 4, 2004, pp. 555–577.
- AMERASINGHE, C.F.: “The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes”, *Indian Journal of International Law*, 1979, pp. 166–227.
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.: “La Unión Europea y el Derecho de los Tratados: una relación compleja”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, nº 2, 2016, pp. 51–102.
- BEN HAMIDA, W.: “La clause relative au respect des engagements dans les traités d’investissement”, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement* (C. Leben, dir.), Louvain-la-Neuve, LGDJ – Anthemis, 2006, pp. 53–105.
- BLIESENER, D.H.: “La compétence du CIRDI dans la pratique arbitrale”, *Revue de droit international et du droit comparé*, vol. 95, 1991, pp. 95–134.
- BROCHES, A.: “Denying ICSID’s Jurisdiction. The ICSID award in *Vacuum Salt Products Limited*”, *J. Int’l. Arb.*, vol. 13, nº 3, 1996, pp. 21–30.
- BROWER, C.N.: “Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission becoming the Four Horsemen of the Apocalypse for International Investment

- Dispute Arbitration?”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VIII, n° 3, 2015, pp. 653–686.
- BUNGENBERG, M.: “The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics”, en *International Investment Law and EU Law*, (eds. M. Bungenberg et al.), Berlin Heidelberg, Springer Verlag, 2011, pp. 29–42.
- CLOUGH, D.: “Regulatory Expropriations and Competition under NAFTA”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 6, n° 4, 2005, pp. 551–584.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: Final Report of the Study Group on the Most-Favored-Nation clause, 2015, disponible en <http://legal.un.org/ilc/> (última consulta: 01/02/2017).
- CREMADES Y D.J. CAIRNS, B.M.: “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, *La Ley*, año XXIII, n° 4, 2002, pp. 1628–1646.
- CREPET DAIGREMONT, C. : “Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l’investissement international”, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement* (C. Leben dir.), Louvain-la-Neuve, LGDJ – Anthemis, 2006, pp. 107–162.
- “Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l’investissement international”, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement* (C. Leben dir.), Louvain-la-Neuve, LGDJ – Anthemis, 2006, pp. 107–162.
- CRIVELLARO, A.: “Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes”, *Law and Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, n° 3, 2005, pp. 371–420.
- DELAUME, G.: “Le Centre International pour le Règlement des Différends relatives aux Investissements (CIRDI)”, *Journal du droit international*, 1982, n° 4, pp. 775–843.
- DÍEZ-HOCHLEITNER, J.: “El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista española de Derecho europeo*, enero–marzo 2010, pp. 5–43.
- “El incierto futuro del arbitraje de inversiones”, *La Ley Mercantil*, n° 19, 2015, pp. 1–7 (disponible en smarteca).
- DOLZER, R.: “Indirect Expropriation of Alien Property”, *ICSID Review – Foreign International Law Journal*, 1986, pp. 41–65.
- DOUGLAS, Z.: “The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, n° 1, 2011, pp. 97–113.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J.: “Quel rôle pour la Cour de Justice?”, en *Le droit européen et l’arbitrage d’investissement*, Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2011, pp. 37–45.
- FACH GÓMEZ, K.: “Unión Europea e inversiones internacionales: el futuro de los mecanismos de resolución de controversias inversor–Estado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, 2017, p. 295–302.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “Atribución de competencia a través de la cláusula de la nación más favorecida: Lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral internacional en materia de inversiones extranjeras”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 13, 2007, en www.reci.org.

- “Hacia la creación de un Tribunal Internacional de Inversiones”, *Diario La Ley*, n° 8650, 2015, disponible en [laleydigital360](http://laleydigital360.com).
- “Presente y futuro de la acumulación de procedimientos arbitrales en materia de inversiones extranjeras”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 11, 2006, en www.reei.org.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “La confusa actuación de la Comisión Europea en el cambio del arquetipo regulador de la protección de inversiones transnacionales”, *La Ley: Unión Europea*, n° 28, 2015, disponible en la web [laleydigital360](http://laleydigital360.com), pp. 5–27.
- “Conjeturas en torno a la nueva política global europea en materia de inversión internacional tras el Reglamento n° 912/2014”, *La Ley: Unión Europea*, n° 18, 2014, pp. 5–27.
- FRANCK, S.D.: “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, *Fordham L. Rev.*, vol. 73, 2005, pp. 1521–1625.
- “The Nature and Enforcement of Investor Rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have a Bright Future”, *Davis J. Int'l L. & Pol'y*, 2005, pp. 47–99.
- GAFFNEY, J.: “How important it is to develop a coherent case law? The role of judicial dialogue investment arbitration”, en *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, París, Éditions Panthéon-Assas, 2011, pp. 48–77.
- GAILLARD, E.: “Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Chronique des sentences arbitrales”, *Journal du droit international*, n° 1, 2006, pp. 216–367.
- “Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice”, *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer* (C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch y S. Wittich, eds.), Oxford Scholarship Online, 2009, pp. 403–416.
- “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – the SGS Cases Considered”, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (T. Weiler, ed.), Gran Bretaña, Cameron May, 2005, pp. 325–346.
- GENEST, A.: “Performance Requirement Prohibitions in International Investment Law: Complex, Constraining and a Potential Thorne in U.S.–India BIT Negotiations”, *SPIL International Law Journal*, n° 1, pp. 1–29, disponible en <http://www.spilmumbai.com/issues/Spil-InternationalLaw-Journal-1.aspx> (última consulta: 22/12/2016).
- GRABOWSKI, A.: “The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini”, *Chicago J. Int'l L.*, vol. 15, n° 1, 2014, pp. 287–309.
- HAFNER–BURTON (E.M.) y D.G. VICTOR: “Secrecy in International Investment Arbitration: An Empirical Analysis”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7, 2016, pp. 161–182.
- HAMAMOTO, S.: “Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et la Convention de Maurice sur la transparence”, *Journal du droit international*, 2016, n° 1, pp. 3–59.

- HENCKELS, C.: “Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor–State Arbitration”, *Journal of International Economic Law*, vol. 15, n° 1, 2012, pp. 223–255.
- HINDELANG, S.: “The Autonomy of the European Legal Order. EU Constitutional Limits to Investor–State Arbitration on the Basis of Future EU Investment–Related Agreements”, *European Yearbook of International Economic Law*, special issue: *Common Commercial Policy after Lisbon*, Springer, 2013, pp. 187–198.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M.: “El alcance la competencia exterior europea en materia de inversiones”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 52, 2015, pp. 871–907.
- HWANG S.C., M.: “Recent Developments in Defining ‘Investment’”, *ICSID Review–Foreign Investment Law Journal*, vol. 25, n° 1, 2010, pp. 21–25.
- IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., “Atenuación de los rasgos de confidencialidad y privacidad del arbitraje de inversión”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 1, n° 1, 2008, pp. 139–164.
- “Competencia de la Unión Europea en materia de inversiones extranjeras y sus implicaciones en el arbitraje inversor–Estado”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 4, n° 1, 2011, pp. 117–136.
- “Responsabilidad financiera resultante de los arbitrajes de inversión constituidos sobre la base de los futuros Acuerdos de inversión de la Unión Europea”, *Revista Española de derecho Internacional*, vol. 67, n° 1, 2015, pp. 335–338.
- *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Madrid/Barcelona, Editorial Bosch, 2010.
- JUILLARD, P.: “Á propos du décès de l’AMI”, *Annuaire français droit international*, vol. XLIV, 1998, pp. 595–612.
- “Freedom of Establishment, Freedom of Capital Movements, and Freedom of Investment”, *ICSID Review–Foreign Investment Law Journal*, vol. 15, n° 2, 2000, pp. 322–339.
- KINGSBURY B., y S.W. SCHILL: “Public Law Concepts to Balance Investors’ Rights With State Regulatory Actions in the Public Interest – The Concept of Proportionality”, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 75–104.
- KLEINHEISTERKAMP, J., “Financial Responsibility in European International Investment Policy”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, 2014, pp. 449–476.
- KURTZ, J.: “The Delicate Extension of MFN Treatment to Foreign Investors: Maffezini v. Kingdom of Spain”, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (T. Weiler ed.), Gran Bretaña, 2005, pp. 523–555.
- LAVIEC, J.P.: *Protection et promotion des investissements. Etude de droit international économique*, Ginebra, Presses Universitaires de France, 1985.
- LAVRANOS, N., “Is an international investor–to–state arbitration system under the auspices of the ECJ possible?”, 2011, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1973491 (última consulta: 25/11/2016).
- LEBEN, C.: “L’évolution du Droit International des investissements”, *Un Accord multilatéral sur l’investissement: d’un forum de négociation à l’autre?* (Jorna-

- das de Estudio organizadas por l'Institut des Hautes Etudes Internationales, el 7 diciembre 1998), París, Pedone, 1999, pp. 9–21.
- LEGUM, B.: “The Introduction of an Appellate Mechanism: the U.S. Trade Act of 2002”, *Annulment of ICSID Awards* (E. Gaillard y. Banifatemi, eds.), Nueva York, Juris Publishing, 2004, pp. 289–296.
- MALIK, M.: The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet another challenge for states in investment treaty arbitration?, International Institute for Sustainable Development, 2011, disponible en http://www.iisd.org/pdf/2011/full_protection.pdf (última consulta 24/01/2017).
- MANCIAUX, S.: *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États*, Dijon, Litec, 2004.
- MARKERT, L.: “The Crucial Question of Future Investment Treaties: Balancing Investors’ Rights and Regulatory Interests of Host States”, *European Yearbook of International Economic Law: International Investment Law and EU Law*, Springer, 2011, pp. 145–171.
- MISTELIS, L.: “Confidentiality and Third Party Participation: UPS v Canada and Methanex Corp v USA”, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (T. Weiler ed.), Gran Bretaña, Cameron May, 2005, pp. 169–200.
- NEWCOMBE, A.: “The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law”, *ICSID Review–Foreign Investment Law Journal*, n°1, 2005, pp. 1–57.
- NIKIEMA, S. H.: Performance Requirements in Investment Treaties. Best Practices Series, *International Institute for Sustainable Development (IISD)*, Canadá, 2014, pp. 77–12, disponible en <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best-practices-performance-requirements-investment-treaties-en.pdf> (última consulta: 21/12/2016).
- OCDE (C. Yannaca-Small), ““Indirect Expropriations” and the “Right to Regulate” in International Investment Law”, Working papers on international investment, n° 2004/4, p. 2, disponible en, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf (última consulta: 23/01/2017).
- “Improving the System of Investor–State Dispute Settlement: an Overview”, Working papers on international investment, n° 2006/1, febrero, 2006, disponible en https://www.oecd.org/china/WP-2006_1.pdf (última consulta: 10/02/2017).
- “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, Working papers on international investment, n° 2006/3, octubre de 2006, disponible en https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf (última consulta: 03/02/2017).
- OCDE, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations (A Companion Volume to International Investment Perspectives)*, OCDE publishing, 2008.
- PASCUAL VIVES, F.: “Unión Europea e inversiones: mecanismos de solución de controversias”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, 2017, pp.287–294.
- “La responsabilidad financiera y la participación en el arbitraje de inversiones de la Unión Europea y sus Estados Miembros a la luz del Reglamento (UE) n° 912/2014”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, n° 1, 2015, pp. 294–298.

- REINISCH, A.: “The Division of Powers Between the EU and Its Member States “After Lisbon”, *International Investment Law and EU Law* (M. Bungenberg et al., eds.), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 43–54.
- “The European Union and Investor–State Dispute Settlement: From Investor–State Arbitration to a Permanent Investment Court”, *Investor–State Arbitration Series*, paper n° 2, 2016, pp. 1–29, disponible en https://www.cigionline.org/sites/default/files/isa_paper_series_no.2.pdf (última consulta: 16/06/2016).
- RUBINS, N.: “The Notion of ‘Investment’ in International Investment Arbitration”, *Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects* (N. Horn, ed.), La Haya, 2004, pp. 283–324.
- SÁNCHEZ–TABERNERO, S.R.: “La ilegalidad de las decisiones híbridas en el marco de la celebración de acuerdos mixtos. Comentario de la sentencia TJUE de 24.04.2015 (Gran Sala), C–28/12 Comisión/Consejo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 52, 2015, pp. 1057–1073.
- SCHACHERER, S.: “TPP, CETA and TTIP Between Innovation and Consolidation—Resolving Investor–State Disputes under Mega–regionals”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7, 2016, pp. 628–653.
- SCHILL, S.W.: “Luxembourg Limits: Conditions for Investor–State Dispute Settlement under Future EU Investment Agreements”, *EU and Investment Agreements. Open Questions and Remaining Challenges* (M. Bungenberg, A. Reinisch y C. Tietje, eds.), Nomos, Alemania, 2013, pp. 37–54.
- SCHREUER, C.: “Full Protection and Security”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, n° 2, 2010, pp. 1–17.
- “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – the Vivendi I case Considered”, en *International Investment Law and Arbitration; Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (T. Weiler ed.), Gran Bretaña, Cameron May, 2005, pp. 281–323.
- *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, 2001.
- SHAN, W. y S. ZHANG, “The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy”, *European Journal of International Law*, vol. 21, n° 4, 2011, pp. 1049–107.
- SHIHATA, I.F.I.: “Recent Trends Relating to Entry of Foreign Direct Investment”, *ICSID Review–Foreign Investment Law Journal*, vol. 9, n° 1, 1994, pp. 47–70.
- SILVA ROMERO, E., “Quel arbitrage d’investissement (institutionnel ou *ad hoc*)?”, *Le droit européen et l’arbitrage d’investissement*, París, Éditions Panthéon–Assas, 2011, pp. 97–106.
- SINCLAIR, A.C.: “The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection”, *Arb. Int’l*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 411–434.
- SORNARAJAH, M.: *The International Law on Foreign Investment*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- “Portfolio Investments and the Definition of Investment”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 24, n° 2, 2009, pp. 516–520.
- SUAREZ ANZORENA, I.: “Acumulación de arbitrajes bajo tratados bilaterales de inversión”, *Lima Arbitration*, n° 1, 2006, pp. 113–120.
- TAMS, C.J.: “An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure”, *Essays in Transnational Economic Law*, n° 57, junio 2006, disponible en

- <http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/altbestand/Heft57.pdf> (última consulta: 10/02/2017).
- UNCTAD, *Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence From Selected Countries*, Naciones Unidas, 2003.
- *Investor–State Dispute Settlement. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, United Nations, New York and Geneva, 2014, en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf (última consulta: 20/02/2017).
- *World Investment Report 2016 (Investor nationality: Policy Challenges)*, Naciones Unidas, 2016.
- *Lessons from the MAI. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, Naciones Unidas, 1999, disponible en <http://unctad.org/en/pages/PublicationArchive.aspx?publicationid=338> (última consulta: 21/12/2016).
- VERELLEN, T.: “On hybrid decisions, mixed agreements and the limits of the new legal order: Commission v. Council (“US Air Transport Agreement”)”, *Common Market Law Review*, vol. 53, n° 3, 2016, pp. 741–761.
- WÄLDE, T.: “The “Umbrella” Clause on Investment Arbitration—A Comment on Original Intentions and Recent Cases”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 6, n° 2, 2005, pp. 183–236.
- WEBB, D.: “CETA: the EU–Canada free trade agreement”, *House of Commons Library*, Briefing Paper, n° 7492, octubre de 2016, disponible en <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/CBP-7492#fullreport> (última consulta: 28/11/2016).
- YALA, F.: “La notion d’investissement dans la jurisprudence du CIRDI: actualité d’un critère de compétence controversé (les affaires Salini, SGS et Mihaly)”, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement* (C. Leben dir.), Louvain-la-Neuve, LGDJ – Anthemis, 2006, pp. 281–306.
- ZOLIA, V.: “Effect and Purpose of ‘Umbrella Clauses’, Bilateral Investment Treaties: Unresolved Issues”, *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 5, 2005, pp. 1–58.