

Descifrando el Reglamento (UE) nº 912/2014. Responsabilidad financiera en los arbitrajes de inversión en los que la UE sea parte

Álvaro SORIANO HINOJOSA *

Sumario: I. Introducción. II. Comercio Internacional y Protección de las Inversiones. 1. Personalidad Jurídica de la Unión Europea. 2. Marco multilateral de inversiones. 3. Liberalismo versus Intervencionismo. 4. Seguridad Jurídica y Política Comercial Común. III. Política Comercial Común. 1. Antecedentes Históricos. 2. Regulación de la PCC. 3. Inversiones Extranjeras Directas e Inversiones en Cartera. IV. Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en la UE. 1. Protección de las inversiones previas a los APPRIS. 2. Características principales. V. El futuro de los APPRIS y el Reglamento (UE) nº 1219/2012. 1. Validez de los APPRIS a raíz del Tratado de Lisboa. 2. Breve referencia al ATCI. VI. Descifrando el Reglamento (UE) nº 912/2014. 1. Un marco para gestionar la responsabilidad financiera. 2. ¿Quién es el responsable financiero ante un laudo condenatorio?. 3. ¿Quién asume la posición de demandado?. 4. ¿Quién tiene la potestad de concluir acuerdos transaccionales? VII. Conclusiones.

Resumen: Descifrando el Reglamento (UE) nº 912/2014. Responsabilidad financiera en los arbitrajes de inversión en los que la UE sea parte

El comercio internacional favorece el intercambio de mercancías a nivel global. La UE ha asumido como competencia exclusiva, a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Política Comercial Común, donde se han incluido las inversiones extranjeras directas (IED). A partir de entonces surgió la incógnita sobre la validez de los APPRIS suscritos por los Estados miembros tanto *ad intra* como *ad extra*. Dado que la UE tiene competencia exclusiva para suscribir acuerdos en materia de IED, puede ser también sujeto pasivo de un arbitraje internacional. El Reglamento (UE) nº 912/2014 establece cuándo va a actuar como demandado la UE y cuándo un Estado miembro, así como quién es responsable financieramente de los costes del arbitraje y la eventual condena.

* Abogado. Universidad Complutense de Madrid.

Palabras clave: POLÍTICA COMERCIAL COMÚN – INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS – INVERSIONES EN CARTERA – RESPONSABILIDAD FINANCIERA – ARBITRAJES UE.

Abstract: Describing the Regulation nº 912/2014. Financial Responsibility in Investment Arbitrations in which the EU is a Party

The international trade benefits the exchange of goods at global level. The EU has assumed as an exclusive competency, since the entry into force of the Lisbon Treaty, the Common Trade Policy, where the foreign direct investment has also been included. From then on, the question over the validity of BITs signed between the Member States and foreign countries and signed between just Member States arose. As the EU has the exclusively competency to sign agreements that concern foreign direct investment, also could be subject to an international arbitration. The EU Regulation 912/2014 settle down when is going to take part the EU or a Member State on an international arbitration and who is going to be responsible of the costs of that arbitration and of the final award.

KEY WORDS: COMMON TRADE POLICY – FOREIGN DIRECT INVESTMENT – PORTFOLIO INVESTMENT – FINANCIAL RESPONSIBILITY – EU ARBITRATIONS.

I. Introducción

En el presente estudio examinaremos el Reglamento (UE) nº 912/2014 de 23 de julio, del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, que entró en vigor el 17 de septiembre de 2014¹.

Para llegar al mencionado análisis, vamos a transitar por el ámbito de las relaciones comerciales internacionales y las relaciones entre los inversores extranjeros y los Estados, con especial referencia a las Inversiones Extranjeras Directas (IED). Esta categoría de inversiones se encuentra actualmente incluida en la Política Comercial Común (PCC) de la Unión Europea (UE), que ha pasado a ocupar una nueva competencia exclusiva de la Unión a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (tras vicisitudes como el “no” irlandés luego superado), el 1 de diciembre de 2009 y que modifica el Tratado de Maastricht de 1992 –Tratado de la Unión Europea (TUE)– y el Tratado de Roma de 1957 –Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TFUE)–. Las citas correspondientes se harán a las “versiones consolidadas” del TUE y del TFUE, que aunque no tie-

¹ DO L 257 de 28.8.2014.

nen valor normativo sino ilustrativo, permiten manejar con soltura y citar adecuadamente sus artículos, ya que la farragosa versión analítica del Tratado de Lisboa, única con valor normativo propiamente dicho, obliga al inmanejable esfuerzo de tener a la vista continuamente cada párrafo que se modifica y su relación con el Tratado, de Maastricht o de Roma, modificado. Quede pues hecha esta advertencia, común prácticamente a todos los autores.

Entre las políticas aplicadas por los diferentes países que conforman el orbe comercial e inversor, se distinguen aquellos en los que el Estado tiene un mayor protagonismo e intercede asiduamente en los mercados —países con políticas intervencionistas—, de otros que apuestan por un orden económico liberal o espontáneo. Sin embargo, actualmente los países huéspedes de la inversión no dejan al albur de los inversores extranjeros todos los sectores de la economía, reservándose el control de los sectores más estratégicos aunque se trate de Estados de marcado corte liberal.

El examen de estas políticas es inescindible del objeto de este estudio para comprender el motivo que lleva a los inversores a combatir frente a los Estados aquellas actuaciones o tratos que afectan a la inversión realizada.

II. Comercio internacional y protección de las inversiones

1. Personalidad jurídica de la Unión Europea

La Unión Europea es, con toda probabilidad, el sistema de integración económica regional más sofisticado que existe en la actualidad. Desde sus inicios, uno de los objetivos primordiales de la Unión Europea (UE) ha sido favorecer las exportaciones de las empresas residentes en los Estados Miembros (EE MM) e incrementar la inversión extranjera, así como la integración y la cooperación intergubernamental.

Los EE MM se muestran recelosos de ceder su soberanía a una organización supranacional a pesar de los beneficios ínsitos que pudiera comportar esta cesión de poderes. Sin embargo, paulatinamente, las competencias de la UE han ido aumentando en perjuicio de la soberanía estatal, que observa una pérdida de poder creciente a la hora de regular las medidas necesarias para avivar la inversión y la acción comercial exterior. La cesión de soberanía ya se encuentra presente y permite, desde luego, la creación de Organizaciones Internacionales (OO II) para favorecer las relaciones comerciales globales.

La creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) estableció mecanismos sancionadores para aquellos países que no cumplieran con la normativa internacional que afecta al comercio internacional, tales como la imposición de medidas antidumping frente a barreras arancelarias discriminatorias. La OMC ha favorecido el intercambio de mercancías a nivel global que no habría sido posible de no cumplir voluntariamente —o tras la imposición de medidas de retorsión— los Estados, con las decisiones adoptadas por el órgano sancionador de la OMC: el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) que se encarga de dirimir las disputas que surjan en el marco OMC².

La UE participa como un sujeto más de la OMC desde el 1 enero 1995 tras la consecución de la Ronda de Uruguay. Por tanto, su personalidad jurídica en este ámbito es categórica. Puede ser sujeto pasivo o activo de un arbitraje ante el OSD. Tanto es así que existen múltiples demandas formuladas contra la UE en las que se debate si la normativa que emana desde sus instituciones infringe las reglas OMC, como, *v.gr.*, ha sucedido con la reciente demanda interpuesta por Argentina frente a la UE por la imposición de medidas antidumping sobre el biodiesel procedente de Argentina³.

Esta personalidad jurídica ya se manifestaba en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA) firmado el 18 de abril de 1951 que ya dotó de personalidad jurídica a la comunidad resultante⁴ y se fue consolidando en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y de la Energía Atómica (EURATOM) de 1957 que también concedía personalidad jurídica a las Agencias creadas en virtud de tal Tratado⁵ y se ha ido reconociendo en sucesivos tratados⁶ hasta su inclusión en el art. 47 TUE (versión consolidada del Tratado de Lisboa de 2007).

La atribución de personalidad jurídica a la UE permite reconocer su capacidad de celebrar tratados internacionales y de convertirse en miembro de una organización internacional, como sucede en la OMC, así como disponer de legitimación activa y pasiva para plantear un conflicto o ser demandada ante tribunales internacionales u órganos

² J.C. Fernández Rozas, *Sistema de Derecho económico internacional*, Cizur Menor, Thomson—Reuters Civitas, 2010, p. 103.

³ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/DS473_s.htm#top.

⁴ Art. 6 TCECA.

⁵ Art. 54 TEURATOM

⁶ La Comunidad Económica Europea incluso contaba en 1986 con instrumentos internacionales como el suscrito con los países del Tratado General de Integración Económica Centroamericana. *Vid.* J. F. Aguiló Piña e I. Lacruz Basslos, "Las inversiones extranjeras y la cooperación internacional", *Diario la Ley*, 1994, [LA LEY 12421/2001].

arbitrales. Las potestades anteriores se contemplan en los arts. 216 ss TFUE, donde se disciplina la posibilidad de celebrar acuerdos con Estados externos a la UE u organizaciones internacionales, que serán adoptados por el Consejo.

2. Marco multilateral de inversiones

En lo referente a las inversiones, se procuró instaurar un marco multilateral bajo el manto de la OCDE entre 1995 y 1998 que sirviera de base para la protección de las inversiones transnacionales, para lo que se propuso crear el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) si bien en el momento de su creación ya existían Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI) suscritos por multitud de países; tras su fracaso, el aumento de APPRI ha sido exponencial. Como veremos con posterioridad, estos acuerdos bilaterales incluyen las tradicionales cláusulas de Nación Más Favorecida o Trato Nacional que se contemplan en el acuerdo GATT y que se encontraban presentes en el AMI⁷.

Lo que queremos significar mediante este breve *excursus*, es que la UE siempre ha procurado agrupar y liderar el comercio internacional concerniente a los EE MM, así como hemos tratado de enfatizar su reconocida legitimación para firmar acuerdos multilaterales y formar parte de arbitrajes internacionales, aunque sean de naturaleza tan distinta como los arbitrajes OMC.

El fracaso del AMI se debió a la férrea oposición que se indujo desde ONGs y países en desarrollo, que veían en el susodicho AMI una amenaza de convertir a los Estados en desarrollo en fuentes de riqueza para las grandes corporaciones transnacionales. En efecto, existía un cierto temor a que el AMI se convirtiera en una puerta abierta a la colonización de los países en desarrollo por parte de corporaciones transnacionales, sin que los países en desarrollo tuvieran margen de actuación ante prácticas abusivas por parte de tales corporaciones. Este temor al expolio, unido a la ausencia de apoyo político, motivó su frustración⁸.

Desde luego que el AMI fue uno de los intentos más notables de regular las inversiones de forma global; pero no el único. Ya desde la Carta de la Habana de 1948 se había procurado establecer una ordenación internacional de los movimientos de capitales, donde aparece

⁷ J.C. Fernández Rozas, *Sistema de Derecho...*, op. cit., p. 381.

⁸ B. M. Cremades y D. J. Cairns, "El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores", *Diario La Ley*, n° 5538, 2002, [LA LEY 2089/2002].

por primera vez una referencia al *trato justo y equitativo*⁹. En 1959, Hermann Abs y Hartley William Shawcross lideraron la elaboración del conocido "Borrador ABS/Shawcross" con el objetivo de establecer un Convenio para la protección de las inversiones extranjeras¹⁰. La OCDE se sirvió del citado borrador adoptando algunas de sus cláusulas referidas al trato justo y equitativo, de tal forma, que en 1967, el art. 1 del Proyecto de Convenio sobre la Protección Extranjera, que nunca fue ratificado, establecía:

"(a) Each Party shall at all times ensure fair and equitable treatment to the property of the nationals of the others Parties. It shall accord within its territory the most constant protection and security to such property and shall not in any way impair the management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by unreasonable or discriminatory measures. The fact that certain nationals of any State are accorded treatment more favourable than that provided for in this Convention shall not be regarded as discriminatory against nationals of a Party by reason only of the fact that such treatment is not accorded to the latter.

*(b) The provisions of this Convention shall not affect the right of any Party to allow or prohibit the acquisition of property in the investment of capital within its territory by nationals or another Party"*¹¹.

Como vemos, desde el primer intento en 1948 de establecer un marco multilateral en el que regular la inversión extranjera, hasta el fracaso del AMI en 1998, ha transcurrido un lapso temporal considerable con un mismo objetivo: disciplinar las inversiones en un único marco mundializado.

Ciertamente, estas propuestas vienen animadas por empresas transnacionales con origen en países desarrollados que buscan en los países en desarrollo nuevos nichos de mercado en los que invertir¹². Surge la paradoja de que los intereses de los inversionistas extranjeros son similares y a la vez opuestos a los de los países en desarrollo: son idénticos en el sentido de que ambos buscan incrementar la inversión en el país en desarrollo a través de nuevas fórmulas de inversión; pero son contrapuestos porque la natural expansión de las empresas puede colisionar con las necesidades sociales o medioambien-

⁹ J.C. Fernández Rozas, *Sistema de...*, *op. cit.*, p. 384.

¹⁰ C.P. Márquez-Escobar y L. Villegas-Carrasquilla, "Regulación e inversión extranjera: los tratados de promoción recíproca de inversiones y el estándar de trato justo y equitativo", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2009, pp. 155-180.

¹¹ OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property, adopted by the OECD Council on 12 October 1967.

¹² J.C. Fernández Rozas, "El Derecho económico internacional de la globalización", *Guerra y Paz (1945-2009). Obra homenaje al Dr. Torres Bernárdez*, Bilbao, Servicios Editoriales de la Universidad del País Vasco, 2010, pp. 212 ss.

tales de los países en desarrollo. De esta forma las empresas extranjeras buscan trabajadores con salarios inferiores a los de sus países en origen mientras que los países en desarrollo pugnan por la mejora de las condiciones laborales y el cuidado del medioambiente¹³.

La expansión de corporaciones transnacionales no debe enfocarse desde un plano negativo, circunstancia que se ha agravado tras la dilatación de la crisis que padecemos. No cabe duda de que la globalización revierte beneficios en forma de empleo a los países en desarrollo, de igual forma que redundan en beneficio de los consumidores disponer de productos a precios más competitivos y de un mayor abanico de proveedores.

Los inversionistas extranjeros buscan la deslocalización y desregulación en el momento de escoger en qué países deciden invertir. La deslocalización debe ser entendida como que los países receptores de la inversión respeten la inversión como si fuera realizada por un nacional del país donde invierten. Es decir, sin distinciones. Mientras que la desregulación implica que no existan obstáculos para implantar o desarrollar la inversión, que no se pongan barreras cuando se quiera retirar la rentabilidad de la inversión e incluso la totalidad de la inversión (los prístinos conceptos de este párrafo se utilizan a efectos del derecho de inversiones, siendo otras las acepciones de ambos términos cuando competen a otras disciplinas como el Derecho administrativo). En cambio, los Estados, independientemente de su condición, quieren mantener la potestad de reglar, incluyendo la posibilidad de expropiar las inversiones extranjeras. La expropiación es uno de los temores mayores de los inversionistas extranjeros. No obstante, en ocasiones se define o considera a la expropiación como un método ilegal de nacionalizar una empresa. Lo que no es cierto, siempre que la nacionalización se acometa por utilidad pública. De hecho, los tratados no contemplan la imposibilidad de expropiar una inversión. Lo que se establece en los tratados es la obligación de que el inversionista expropiado reciba, en compensación a la confiscación sufrida, un trato justo y equitativo.

Las expropiaciones pueden ser directas o indirectas (*creeping expropriation*). Mientras que las directas son aquellas mediante las que se decomisan total o parcialmente los activos o acciones de una empresa, la indirecta es más difícil de distinguir y en ocasiones choca con la potestad normativa y administrativa de los Estados. Las

¹³ D. Rodrick, *Has globalization gone too far?* Washington, Institute for International Economics, 1997, p.4.

subidas de impuestos que afectan a una concreta inversión, *v.gr.*, pueden resultar equivalentes a la expropiación indirecta de una inversión cuando sean confiscatorios¹⁴; sin embargo, los Estados no pueden quedar anclados a una decisión que tomaron otros gobiernos en periodos legislativos previos, puesto que contravendría su potestad normadora. La conjugación de ambos conceptos es la complicada tarea que tienen que llevar a cabo las autoridades pertinentes. Y, en ocasiones, desde luego que un cambio normativo, aunque tenga lugar tiempo después de haberse promulgado la norma primigenia, puede conllevar la necesidad de ofrecer un trato justo y equitativo al inversor perjudicado.

3. *Liberalismo versus intervencionismo*

Existen, como se ha indicado, dos corrientes económicas contrapuestas en lo referente a la intervención de los Estados en materia de inversiones –y de regulación del mercado en general–: aquellos que apuestan por la necesaria intervención para el correcto funcionamiento de los mercados (intervencionismo) frente a aquellos que defienden un orden económico espontáneo (liberalismo)¹⁵.

Ante estas dos corrientes, la UE adopta una postura ecléctica que no parece inclinarse fehacientemente por ninguna de estas teorías –aunque la tendencia es marcadamente liberal, se encuentra una férrea intervención en materia de libre competencia y sectores estratégicos–, e interviene como gestora del arancel comunitario –que por los liberales más extremos sigue viéndose como una suerte de proteccionismo¹⁶–, así como intercede en aquellos sectores más sensibles como el sistema financiero. Aunque desde luego la UE es un sistema de unificación económica completa –aunque no fiscal– que basa su integración en cuatro pilares fundamentales: libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios, libre circulación de las personas y la libertad de movimientos de capital¹⁷. Esto se tradujo en la creación del Arancel Aduanero Común (AAC).

En la construcción de este mercado común contribuyó un compendio de acuerdos ratificados por los sucesivos EEMM que se inició con

¹⁴ C. Schreuer, "The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties", 20 de mayo de 2005, p. 1. http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_3.pdf

¹⁵ J. Huerta de Soto, *Ensayos de Economía Política*, Madrid, Unión Editorial, 2007.

¹⁶ Especialmente por la escuela austríaca.

¹⁷ Sin contar con la moneda única, que sería objeto de un análisis completamente distinto.

la CECA desde su creación en 1951¹⁸, hasta la adopción del Acta Única Europea (AUE), que contribuyó a la liberación del mercado de capitales, y el Tratado de Maastricht por el que se crea la Unión Europea, de 7 de febrero 1992.

Esta liberación, difundida por la Directiva 88/361CEE, no alcanzó a los servicios públicos de interés general tales como: correos, sanidad, transporte terrestre, agua o seguridad¹⁹, lo que a nuestro juicio resulta perfectamente justificable dado el interés que preservan, como remachó el Tribunal de Justicia en el asunto C-148/91: *Vereniging Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*²⁰.

En España fue a través de la Ley 18/1992, de 1 de julio, por la que se establecen determinadas normas en materia de inversiones extranjeras, donde se enumeraron sectores con regulación específica: el juego, actividades relacionadas con la defensa nacional, la televisión, la radio o el transporte aéreo, y siendo únicamente restringibles a otros EEMM las materias relativas a la seguridad nacional y las actividades de producción o inversiones relacionadas con el comercio de armas. Sin embargo, se exceptuó la posibilidad de promulgar reglamentos para limitar las injerencias de extranjeros en actividades de orden público, seguridad pública o sanidad. Esta norma nacional se vio reforzada con el RD 671/1992, de 2 de julio, sobre inversiones extranjeras en España, actualmente sustituido por el RD 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores.

Los liberales más exacerbados consideran que cualquier expropiación sufrida atenta contra un derecho inalienable de las personas: la propiedad privada. Así como que cualquier intervención del Estado

¹⁸ Los otros dos pilares sobre los que se asienta la Unión Europea son la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM) y la Comunidad Económica Europea (CEE)

¹⁹ J. B. Donges, *Estudios de Política Económica*, Madrid, Unión Editorial, 2007, p. 49.

²⁰ STJUE 3 febrero 1993, as. C-148/91: *Vereniging Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, que determinó que no es contrario a las normas del Tratado relativas a la libre circulación de capitales que "la legislación de un Estado miembro prohíba a una entidad de radiodifusión establecida en dicho Estado participar en el capital de una sociedad de radiodifusión establecida o que pretenda establecerse en otro Estado miembro y constituir a favor de ésta una fianza bancaria o elaborar un *businessplan* y dar asesoramiento jurídico a una sociedad de televisión que se pretenda crear en otro Estado miembro, siempre que dichas actividades se orienten a la creación de una emisora de televisión comercial destinada especialmente a alcanzar el territorio del primer Estado miembro y que dichas prohibiciones sean necesarias para garantizar el carácter pluralista y no comercial del sistema audiovisual establecido por dicha legislación".

carece de justificación. No obstante, el crecimiento de un país no puede sostenerse sin la intervención puntual del Estado: creación de carreteras que transcurran por una propiedad privada, control del sector financiero, protección del medioambiente etc.

Pues si los anteriores ejemplos parecen obvios a nivel nacional, en el ámbito europeo se realizan intervenciones esporádicas con ánimo de favorecer el crecimiento económico y, tanto la recepción, como la emisión de inversiones. No sería posible invertir en ninguno de los EE MM con un sistema financiero quebrado por la inseguridad que generaría esa nación. Y la quiebra de un país puede causar un efecto dominó en otros de similar idiosincrasia. Aunque existen voces muy autorizadas que critican que esta intervención favorezca en modo alguno el crecimiento económico y la inversión, afirmando que en todo caso habría que conocer el coste que supone para el Estado, o para el conjunto de la Unión, cada una de las intervenciones realizadas, para poder comparar si realmente resultan beneficiosas²¹.

En cuanto a las exportaciones e importaciones, son el instrumento mediante el que se mueve el comercio internacional. Sin un marco legislativo convincente va a ser difícil que se promuevan las exportaciones e importaciones a nivel global. Este déficit se ve acentuado en cuanto se trata de Inversiones en Cartera (IC) y aún más cuando hablemos de Inversiones Extranjeras Directas (IED).

El mercantilismo ha favorecido el intercambio comercial desde hace varios siglos de una cantidad innumerable de bienes²². Como botón de muestra puede observarse que la gastronomía prototípica de un país está compuesta por alimentos que no fueron cultivados en dichos países hasta que fueron importados desde otro²³. Es más, ni siquiera resulta sencillo determinar la nacionalidad de un bien concreto. Existen productos cuyas piezas son fabricadas en países terceros y finalmente se montan en el país que se arroga ese bien (*offshoring*) o bien se producen directamente en los países de bajo coste para luego ser importados por la nación madrina (*outsourcing*). Las barreras arancelarias son un obstáculo al comercio internacional para favorecer, en principio, a las industriales locales. Sin embargo, el resultado del proteccionismo es nefasto para la economía nacional salvo cuando favo-

²¹ J. Huerta de Soto, *Ensayos de Economía...*, *op. cit.*, p. 74.

²² El inicio del mercantilismo, previo a la globalización y al nacimiento del capitalismo, suele tomarse desde el descubrimiento de América en 1492. Incluso algunos autores defienden que la globalización en sí comenzó desde idéntica fecha.

²³ J. Tucker, *It's a Jetsons World: Privates Miracles and Public Crimes*, Madrid, Unión Editorial, 2014, p. 202.

rece a las industrias nacientes (*Infants Industry*), dado que son industrias que sin una protección inicial no van a tener capacidad de desarrollarse²⁴.

Aquellos países que han decidido avanzar al margen de un marco globalizado, han visto menguado su desarrollo. Baste observar el crecimiento de Berlín occidental respecto del Berlín oriental desde el momento de su partición –en el que en términos económicos eran ciudades sustancialmente iguales– hasta la caída del muro de Berlín en 1989²⁵ o la diferencia de renta *per cápita* de los países de Europa del Este recién incorporados a la UE con el resto de EE MM²⁶. No obstante, en los últimos años, y fruto de la crisis antológica que padecemos, comienzan a florecer muchas reacciones que pretenden arrojar sombras y dudas sobre los beneficios de contribuir a un marco mundializado. Entre los argumentos arquetípicos utilizados por el movimiento antiglobalización destaca la pérdida de identidad de los países, el cambio climático o el incremento de la desigualdad de riqueza²⁷.

4. Seguridad jurídica y Política Comercial Común

Un mercado globalizado debe estar garantizado por el Derecho. Y cuanto mayor sea la seguridad jurídica de un Estado –unido sin duda a otras circunstancias económicas indispensables e incluso más relevantes– mayor afán inversor va a existir. Sin embargo, la protección de las inversiones no se garantiza solo mediante un sistema jurídico previsible, sino mediante la asunción de la responsabilidad del Estado receptor de la inversión (*v.gr.*, tras acometer el expolio de la inversión extranjera).

El Tratado de Lisboa nace como consecuencia del fracaso de una Constitución para Europa tras el rechazo de Francia y Países Bajos a subsumirse bajo dicho Tratado mediante referéndum y vía parlamentaria, respectivamente. El objetivo primordial del Tratado de Lisboa (TUE y TFUE) era reformar el Tratado de Maastricht de 1992, el de Roma de 1957 e incorporar –aunque por remisión– la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea para que este texto

²⁴ Aunque es cierto que existen economistas de reconocido prestigio que rechazan esta teoría: L. Von Mises, *Problemas epistemológicos de la economía*, Madrid, Unión Editorial, 2013, p. 312.

²⁵ Á. Lodares Pérez, *Pobreza y Mercado*, Madrid, Unión Editorial, 2014, p.56.

²⁶ <http://datos.bancomundial.org/indicador/ny.gdp.pcap.cd>

²⁷ C. Cinelli, “La cuestión ártica y la Unión Europea”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, n° 1, 2009, pp. 138–163.

fuera jurídicamente vinculante para la propia Unión Europea. Así lo establece su art. 6, que además prevé la incorporación *obligatoria* de la Unión Europea al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 6.2º), lo que por cierto plantea cuál será el *último* Tribunal decisor en materia de derechos fundamentales, si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo²⁸.

Hubo que contemplar como excepciones al Reino Unido y Polonia²⁹; pero finalmente la Carta es vinculante para el resto de EE MM, en cuanto apliquen Derecho comunitario (sin perjuicio de sus propias protecciones nacionales en lo que hace al ámbito general de los derechos fundamentales, normalmente reconocidos en sus Constituciones).

Dentro de las nuevas competencias exclusivas que asume la UE, destaca, y en esencia será el objeto del presente estudio, la Política Comercial Común (PCC) y las IED dentro de esta política comunitaria. La PCC es uno de los factores más relevantes dentro de la UE debido a que ésta es la primera potencia mundial en acción comercial al representar el 20% de las importaciones y exportaciones mundiales. Concretamente es el primer exportador mundial de bienes y el segundo importador detrás de los EE UU, y el primer importador mundial de servicios y el segundo exportador, de nuevo tras EE UU. El hecho de que sea competencia exclusiva de la Unión Europea resulta razonable en la medida en que la PCC es un término abstracto que boga desde establecer un único arancel para el conjunto de los EE MM hasta enfocar la acción exterior europea. No obstante, con la reforma han acrecentado las competencias que domina la UE incluyendo la IED dentro de la PCC lo que resulta a todas luces más problemático.

²⁸ No entraremos ahora en el polémico dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014, del Pleno (28 jueces) del Tribunal de Justicia que concluye que el acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio es incompatible con el art. 6.2 del Tratado TUE ni con el Protocolo 8 (como anécdota, indicar que no fue firmado por el Juez finlandés quien se ausentó, quizás porque había publicado un artículo anteriormente recomendando la adhesión). La postura de los múltiples Estados que se personaron y la de la propia Abogada General J. Kokott, eran mucho más favorables a la adhesión.

²⁹ A través del Protocolo 30. La República Checa también se adhirió a esta excepción, que vería luz en la siguiente reforma del Tratado de Lisboa.

III. Política Comercial Común

1. Antecedentes históricos

El objetivo del Tratado de Roma de 1957 fue la creación de un mercado común que permitiera la libre circulación de mercancías, capitales, personas y servicios. Para la instauración de un marco semejante fue indispensable la constitución del AAC que se aplicara de manera uniforme a los EEMM y que sirviera de base para la creación una barrera arancelaria común a las importaciones³⁰. El AAC es, sin lugar a dudas, la máxima expresión de esta política comercial comunitaria.

Como adelantábamos en el epígrafe anterior, la Comunidad Europea creada en el pasado tenía reconocida personalidad jurídica, que mantiene en la actualidad, con la potestad inherente de cerrar acuerdos tanto bilaterales como multilaterales con el objeto de servir a los intereses comunitarios. Debido a la posición preeminente en los mercados internacionales, la UE es capaz de celebrar acuerdos en mejores condiciones que lo harían por su cuenta los EEMM de cerrar acuerdos a nivel nacional. Si bien es cierto que al prestar servicio a los intereses comunitarios, determinados acuerdos podrían resultar perjudiciales para un concreto Estado miembro, que se verá beneficiado, en cambio, por otros pactos que la UE convenga. En definitiva, la PCC sustituye a la acción comercial exterior de los Estados miembros y por esta razón vigila el interés comunitario, lo que puede colisionar con el interés que tenga un concreto Estado miembro en una específica materia.

2. Regulación de la PCC

El propio Preámbulo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) se muestra exultante en cuanto a las nuevas posibilidades que ofrece la PCC al señalar que se encuentran: *“DESEOSOS de contribuir, mediante una política comercial común, a la progresiva supresión de las restricciones a los intercambios internacionales”*.

La PCC es sin duda un término impreciso que engloba diferentes materias de acción exterior de la UE. A raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, la PCC se incluyó, se-

³⁰ http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/ams_terdam_treaty/a20000_es.htm

gún indicamos, dentro de las competencias exclusivas de la UE³¹. La política comercial comunitaria viene establecida en los arts. 206 y 207 del TFUE. El primero de ellos señala que la PCC consiste en el establecimiento de la unión aduanera con el objetivo de contribuir al *interés común* mediante una progresiva supresión de restricciones a los intercambios internacionales y a las IED. Las IED son uno de los objetivos primordiales de análisis del presente estudio.

En cuanto al segundo precepto que regula la PCC, incide de nuevo en la necesidad de reducir las barreras arancelarias para favorecer el comercio internacional, en lo que se ha constituido como el nudo gordiano de la PCC, y en “la uniformización de las medidas de liberalización, la política de exportación, así como las medidas de protección comercial, entre ellas las que deban adoptarse en caso de dumping y subvenciones”. Vemos como la UE sigue reflejando un efecto proteccionista para determinados casos en lo que podría denominarse efecto péndulo de las medidas proteccionistas. En efecto, la UE señala que cuando se descubra la existencia de *dumping* o de subvenciones podrán aplicarse medidas proteccionistas con el objeto de paliar el daño que esos bienes patrocinados causan en el mercado comunitario. Es decir, que finalmente la mercancía extranjera en la que se ha descubierto la existencia de determinadas subvenciones o *dumping*, constituyendo una práctica anticompetitiva, no va a tener la posibilidad de rivalizar en el mercado interior comunitario de la forma en la que los exportadores extranjeros tramaban debido a la aplicación de medidas proteccionistas frente a tales mercancías.

En definitiva, aplicación de medidas proteccionistas comunitarias para contrarrestar el efecto de otras medidas proteccionistas extranjeras. Ciertamente, resultaría mucho más razonable que ninguno aplicara medidas proteccionistas, que al fin y al cabo, en lugar de repercutir en beneficios para los comerciantes –que se daría en caso de no aplicar ninguna medidas proteccionistas–, lo hace en forma de impuestos que encarecen los productos finales.

En cualquier caso, en la UE la potestad de concluir acuerdos compete al Consejo por mayoría cualificada salvo determinados casos en los que se decidirá por unanimidad, como aquellos en los que afecte al (a) comercio de servicios culturales y se ponga en peligro la diversidad de la Unión; (b) aquellos que perjudiquen a la prestación de servicios sociales, educativos y sanitarios; y (c) aquellos que afecten a IED, al comercio de servicios y al comercio de aspectos relacionados con la

³¹ Art. 3.1º, ap. e).

propiedad intelectual e industrial siempre que así lo requiera al acuerdo que se quiera adoptar.

La novedad principal de los mentados artículos sería la inclusión de las IED dentro de la Política Comercial Común. Una vez que las IED pasaron a ser responsabilidad exclusiva de la UE, los APPRIs celebrados con terceros Estados o entre Estados miembros estuvieron en la “cuerda floja” hasta la promulgación del Reglamento (UE) n° 1219/2012 del Parlamento y del Consejo Europeo, que regula el futuro de los APPRIs.

La PCC no se detiene en el sistema aduanero, sino que engloba a toda la acción comercial común comunitaria. Existe una panoplia de normativa comunitaria que regula la PCC³², que no será objeto del presente estudio dado que se dedica, en esencia, a regular normativa arancelaria que redunde en beneficio del comercio internacional. La acción exterior de los Estados no queda suprimida por completo; pero sin duda se encuentra limitada a un plano residual al haber cedido en bloque parte de su poder soberano. Esto no debe ser visto desde un enfoque obtuso, sino que la cesión de soberanía a un ente supranacional como es la UE, con un poder de negociación superior al de los Estados en su acción individual, repercute finalmente en beneficio de todos los EEMM. En cambio, la inclusión de la IED como competencia exclusiva de la UE resulta más polémica.

La PCC resulta tan esencial que se incluye dentro del controvertido art. 143 TFUE donde se establece que cuando la dificultad en la balanza de pagos de uno de los EEMM comprometa la consecución de la PCC de la Unión Europea, la Comisión recomendará –en la práctica, impondrá– la adopción de determinadas medidas para equilibrar la balanza de pagos y recomendará al Consejo la posibilidad de otorgar determinadas ayudas para reestablecer la armonía en la balanza de pagos del estado en cuestión.

3. Inversiones Extranjeras Directas e Inversiones en Cartera

Los movimientos de capitales carecen de una definición precisa, si bien no cabe duda de que implican la colocación de dinero en otro país con el objeto de obtener beneficios. Engloban tanto a las IED como a las IC. Los arts. 63 a 66 TFUE prohíben toda restricción a los

³² *Vid.*, a estos efectos, el Reglamento 37/2014 del Parlamento Europeo y Del Consejo de 15 enero 2014 por el que se modifican determinados reglamentos relativos a la política comercial común en lo referente a los procedimientos para la adopción de determinadas medidas

movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países —a diferencia de otras teorías igual de autorizadas como la Tasa Tobin³³—; pero no evitan el sometimiento a determinados controles a los movimientos de capital como la canalización de cobros a través del sistema financiero o la existencia de mercados oficiales de divisas³⁴.

Los movimientos internacionales de capitales son relativamente modernos. Hasta finales del siglo XIX no hubo ningún intercambio significativo de capitales, si bien se fueron incrementando progresivamente hasta el inicio de la Gran Guerra en 1914. Desde los años 90, incentivados por el uso de las nuevas tecnologías, la inversión extranjera se ha multiplicado exponencialmente hasta constituir un motor de las economías domésticas. Aquellas comunidades autárquicas se ven profundamente desventajadas respecto a aquellas adaptadas a un orden económico globalizado.

Las IED son aquellas inversiones que se realizan en empresas extranjeras con tres objetivos complementarios: (a) un ánimo duradero en el tiempo; (b) obtener plusvalías en la inversión; y (c) mantener influencia y control sobre la sociedad —salvo si se trata de IED inmobiliarias—.

A diferencia de las IC, las IED implican una participación prolongada en la empresa en la que se invierte, lo que promueve transferencia de tecnología y mejoras en la perspectiva de la economía de un país³⁵. También puede incluir inversiones inmobiliarias. El carácter distintivo respecto a las IC, es que estas últimas se realizan con una visión cortoplacista. Debido a que las IED son inversiones más fuertes y prolongadas que las que suelen presentar las IC, el inversor directo extranjero va a tener una influencia decisiva en el porvenir de la empresa donde efectúa la inversión. La inversión suele realizarse en sectores estratégicos similares al objeto social de la compañía inversora para la creación de sinergias. Como hemos ido transmitiendo a lo largo del presente estudio, las IED son una fuente de productividad que se ha ido acrecentando en los últimos años hasta alcanzar la friolera suma de 1,5 billones de euros en el año 2007³⁶, lo que revierte en be-

³³ James Tobin proponía que el intercambio de capitales estuviera sometido a una tasa para evitar el ataque indiscriminado a determinadas divisas con un objetivo exclusivamente especulativo que producía daños irreparables a las economías de los Estados.

³⁴ J.C. Fernández Rozas, *Sistema de Derecho...*, op. cit., p. 372.

³⁵ Según el informe elaborado por Tadeusz Galeza, del Departamento de Estadística del FMI en septiembre de 2011.

³⁶ *Vid.* Informe sobre las Inversiones en el Mundo de la UNCTAD del año 2009.

neficios para los actores que participan en IED en forma de empleo o aumento de la competitividad³⁷.

Las IC, por el contrario, son aquellas inversiones que se realizan con el único objeto de obtener plusvalías. Están compuestas por infinidad de instrumentos financieros como bonos o acciones – siempre que sean inferiores al 10% de capitalización de una empresa y sin ánimo de controlar la sociedad en la que se realizan—. Por esta razón los instrumentos financieros líquidos a través de los que se realiza esta inversión en cartera son ágiles y permiten la salida del capital de forma inmediata. El atractivo que presentan es la obtención de un rendimiento en el corto plazo en una empresa extranjera sin preocuparse por la dirección de la sociedad. El perjuicio que presentan para el país y la empresa donde invierten es que en caso de invertir sumas significativas y proceder a liquidar la inversión en plazos muy cortos de tiempo debido a cambios inesperados del mercado donde realizan la inversión, o simple rumorología, pueden crear oscilaciones nocivas para la empresa en cuestión e incluso para el sector o mercado donde cotice dicha empresa³⁸. La propia Directiva 88/361 CEE no fue ajena a esa posibilidad, permitiendo restricciones a la libertad de movimientos de capitales cuando surgieran salidas masivas de capital inusuales en el mercado³⁹.

Las IC se han visto muy beneficiadas por el crecimiento de las nuevas tecnologías que favorecen transferencias inmediatas desde cualquier punto del globo⁴⁰.

El riesgo que asume el inversionista es proporcional al beneficio que pretende obtener. El denominado “riesgo–país” conforma la percepción que los mercados tienen sobre el país emisor de deuda y cuanto más bajo se encuentre mayor credibilidad crediticia va a ofre-

³⁷ Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. “Hacia una política global europea en materia de inversión internacional” de 7 de julio de 2010.

³⁸ Baste recordar la reciente salida de capital masivo de la empresa Carbures y del resto de empresas que componen el MAB tras la caída de Let’s Gowex.

³⁹ Art. 3.1º. En caso de que unos movimientos de capitales a corto plazo excepcionalmente amplios provoquen fuertes tensiones en los mercados de cambio y graves perturbaciones en la dirección de la política monetaria y de cambio de un Estado miembro que se traduzcan, en particular, en variaciones importantes de la liquidez interna, la Comisión, previa consulta al Comité Monetario y al Comité de Gobernadores de los Bancos Centrales, podrá autorizar a dicho Estado miembro a adoptar, con respecto a los movimientos de capitales enumerados en el Anexo II, las medidas de salvaguardia cuyas condiciones y modalidades definirá ella misma.

⁴⁰ P.A. de Miguel Asensio, *Derecho Privado de Internet*, 4ª ed., Cizur Menor, Thomson / Reuters / Civitas, 2011.

cer ese país; pero también el país que tiene mejor percepción de mercado va a conceder una menor rentabilidad. La rentabilidad se puede entender como una remuneración del riesgo asumido. Otro factor que influye decisivamente en la empresa donde se va a realizar la inversión es la calificación o *rating* que confieran las agencias de mayor renombre como *Moody's*, *Fitch*, o *Standard & Poor's*, que en los últimos años se han convertido en actores polémicos y a la vez imprescindibles del mercado de capitales. Prácticamente constituyen un oligopolio imbatible y al que no se le pueden pedir responsabilidades ya que se considera que ofrecen meras "opiniones" protegidas por la libertad de expresión, según opinión sostenida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos⁴¹.

IV. Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en la UE.

1. Protección de las inversiones previas a los APPRIS.

Como hemos apuntado en las primeras líneas, los inversores extranjeros buscan países cuya seguridad jurídica sea innegable a la hora de escoger donde invertir. Este objetivo siempre ha planeado sobre el mundo inversor y actualmente los APPRIs constituyen la máxima expresión de la protección a las inversiones extranjeras. A través de los APPRIs, el inversionista extranjero se ve facultado para denunciar una conducta de un Estado, que se encuentra compelido a acudir al arbitraje porque existe un tratado que le obliga a ello en lugar de una cláusula compromisoria. Se trata, por ende, de un arbitraje unilateral⁴².

El camino para llegar a la actual proliferación de APPRIs no ha sido sencillo. Los acuerdos más prístinos se remontan a los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación. El primero de ellos data de 1796, suscrito entre Francia y EE UU⁴³. Estos tratados ya contemplaban cláusulas que hoy día se encuentran incorporadas a los APPRIs como la cláusula de Nación Más Favorecida, la inviolabilidad de la propie-

⁴¹ Vid. los trabajos de A.J. Tapia Hermida, "Naturaleza y funciones de las agencias de calificación crediticia", *Perspectivas del Sistema Financiero*, n° 103/2011.

⁴² J.C. Fernández Rozas "Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. V, 2012, p. 47.

⁴³ H. Wöss, *Naturaleza, evolución y contexto del Derecho internacional de inversiones*, III Foro de Arbitraje en Materia de Inversión Instituto de Investigaciones Jurídicas / UNAM 2 y 3 de septiembre de 2010

dad privada que los nacionales de una parte tuvieran en territorio del otro estado o el libre acceso a los tribunales de justicia de ambos estados independientemente de la nacionalidad del reclamante⁴⁴.

En 1868, e instigado porque por aquél entonces no era extraño el uso de la fuerza para el cobro de la deuda externa, surge cierta renuencia hacia la inviolabilidad de la propiedad privada extranjera tras la publicación de la obra "Derecho internacional teórico y práctico" por Carlos Calvo que defendía la independencia y soberanía del Estado sobre todos los bienes que se hallaren en territorio nacional⁴⁵. Esta Doctrina se mantiene vigente hoy día y es utilizada por muchos Estados, sobre todo sudamericanos, para incumplir con los laudos dictados por tribunales internacionales sobre la base de que los extranjeros no deben estar investidos de prerrogativas especiales y se encuentran sometidos tanto a los tribunales como las leyes nacionales. Debemos señalar que Calvo rechazaba la injerencia de terceros Estados en decisiones correspondientes al ámbito nacional y expresaba la posibilidad de expropiar aquellos bienes extranjeros que estuvieran estrechamente vinculados a la soberanía nacional; sin embargo, no se mostraba contrario a la posibilidad de someterse a un arbitraje internacional⁴⁶.

Esta interferencia de diferentes Estados en los países huéspedes de la inversión se realizaba con ánimo de proteger la propiedad privada de sus propios nacionales que invertían en el país intervenido; lo que se conoce como protección diplomática.

La protección diplomática surge cuando un particular no logra resarcirse de los daños sufridos por la comisión de actos ilícitos por un Estado huésped de la inversión y tras agotar los recursos internos solicita al Estado del que es nacional que prohíbe el conflicto; pero es, sin lugar a dudas, una relación interestatal⁴⁷ y es un Derecho que corresponde a los Estados de proteger a sus nacionales que se han visto

⁴⁴ Como ejemplo hemos tomado como referencia el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación rubricado entre los Estados Unidos de América y los Estados Unidos Mexicanos el 5 de abril de 1831.

⁴⁵ F. Tamburini, "Historia y destino de la 'doctrina Calvo': ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. 24, 2002, pp. 81–101.

⁴⁶ J.C. Fernández Rozas, "América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o de conveniencia?", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIV, 2009, pp. 13–37.

⁴⁷ P.A. Sáenz de Santa María, "Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno", *Anuario español de Derecho Internacional (Universidad de Navarra)*, vol. III, 1976, p. 322.

desfavorecidos tras la decisión ilícita del Estado huésped de la inversión.

Recientemente se ha definido como “la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad⁴⁸”.

Para poder tutelar el conflicto que afecta a su nacional, el Estado debía (1) confirmar que efectivamente es nacional de ese Estado —lo que generó multitud de polémicas—; (2) confirmar que el reclamante había agotado los recursos internos que tenía frente al Estado huésped de la inversión; y (3) comprobar que la conducta del nacional reclamante había sido intachable, lo que se ha conocido como “manos limpias” (*Cleand Hands*⁴⁹). La práctica demostró la ineficacia de este sistema debido a la concesión de indemnizaciones exiguas, la discrecionalidad del Estado huésped de la inversión a la hora de conceder esa indemnización o la dificultad de distinguir la nacionalidad del sujeto como en el asunto *Barcelona Traction*⁵⁰.

En definitiva, que las inversiones no se encontraban protegidas eficazmente hasta la consolidación del arbitraje como método alternativo de solución de conflictos. A diferencia de lo que ocurre en la protección diplomática, donde el particular tenía que rogar a su Estado que tutelara el conflicto e iniciara negociaciones interestatales, el arbitraje permite al afectado promover su propia defensa frente al Estado incumplidor en un terreno neutral (deslocalización y anacionalidad del laudo)⁵¹.

⁴⁸ Art. 1 del Proyecto de artículos sobre la Protección Diplomática adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 58º período de sesiones, en 2006.

⁴⁹ F. Novak Talavera, “Caso Barcelona Traction Light and Power Company Limited. España vs Bélgica”, *Revista Instituto de Estudios Internacionales*, vol. 4, nº 8, 1997, p. 86.

⁵⁰ Sentencia de la Corte Internacional de Justicia 5 febrero 1970.

⁵¹ *Gas Natural c. República de Argentina* caso CIADI N° ARB/03/10. El Tribunal Arbitral resaltó la neutralidad del marco arbitral CIADI, al señalar que: “La creación del CIADI y la adopción de tratados bilaterales de inversiones ofreció a los inversores garantías de que las controversias que pudieran derivarse de sus inversiones no estarían expuestas a lo que se consideraba como peligro de demoras y presiones políticas a que pudiera dar lugar su resolución en tribunales nacionales. En forma convergente, la posibilidad de recurrir a un arbitraje internacional se estableció para preservar al Estado receptor de la inversión de presiones políticas ejercidas por el Gobierno del Estado de la nacionalidad del inversor”. Esta afirmación se encuentra relacionada con lo dispuesto en el art. 27 del Convenio CIADI, que reza lo siguiente: (1) “Ningún Estado Contratante

El primer APPRI se suscribió entre Alemania y Pakistán en 1959, entrando en vigor en 1962⁵². El mayor impulso dado al arbitraje ha surgido, sobre todo, tras la promulgación de la Convención de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. A través del citado Convenio se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) perteneciente al Banco Mundial.

La creación de esta corte de arbitraje obedeció en parte, "a una solicitud de los gobiernos de los países con inversores dispuestos a expandirse en el extranjero para que el Banco Mundial tuviera un protagonismo en las divergencias relacionadas con inversores⁵³". Como botón de muestra a nivel comunitario, baste contemplar que los tres EEMM que más APPRIs han suscrito son: Alemania, Reino Unido y Francia.

2. Características principales

Las características principales de estos APPRIs, además de las ya indicadas, son la transparencia, la despolitización del litigio y la ejecución directa del laudo sin necesidad de exequátur⁵⁴. Suelen contener una definición precisa de lo que se entiende por inversión, la contemplación de un trato justo y equitativo en caso de expropiación directa o indirecta, la cláusula de Nación Más Favorecida, la libre repatriación de capitales o la liquidación de la inversión sin cortapisas⁵⁵. Suelen incluir cláusulas escalonadas, que obligan al inversor a negociar con el Estado previamente a iniciar el litigio arbitral frente al Estado huésped de la inversión⁵⁶ y normalmente se renuevan por perio-

concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo. (2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia."

⁵² J. Díez Hoechleitner, "El Arbitraje Internacional como cauce de Protección de los inversores extranjeros de los APPRIs", Versión extractada del trabajo "Protección diplomática y arbitraje de inversiones", en *Libro homenaje al Profesor Pastor Ridruejo*.

⁵³ J.C. Fernández Rozas, *Sistema de Derecho...*, op. cit., p. 403.

⁵⁴ *Vid.* por completo: J.C. Fernández Rozas "Internacionalismo versus mercatorismo..." *loc. cit.*

⁵⁵ J. Díez Hoechleitner, "El arbitraje internacional como cauce de Protección de los inversores extranjeros ..." *loc. cit.* p.2

⁵⁶ La falta de cumplimiento con una cláusula escalonada puede motivar la nulidad del laudo. En el arbitraje *Emirates Trading Agency LLC c. Prime Mineral Exports Private*

dos sucesivos salvo que medie denuncia previa del APPRI por uno de los Estados contratantes.

En efecto, la preocupación principal de las empresas con necesidad de expandirse en el mercado internacional era la inestabilidad jurídica que ofrecían algunos Estados que podrían recibir la inversión de estas corporaciones. Por esta razón surge la necesidad de excluir la jurisdicción local cuando un inversor extranjero se enfrente a un Estado. El arbitraje es un instrumento imprescindible para fomentar la participación de los Estados y las Administraciones Públicas en los negocios internacionales al no existir una jurisdicción común a todos los Estados. El particular busca, a través del arbitraje, una seguridad jurídica superior a la que dispensan los tribunales locales.

En este punto debemos recordar que procuran una protección al inversor extranjero frente al Estado huésped de la inversión y no abarcan los conflictos entre particulares⁵⁷ ni entre Estados⁵⁸ ni conflictos contractuales inversor–Estado⁵⁹ ni por nacionales del Estado demandado⁶⁰, lo que constituye una compleja tarea a dirimir por el tribunal arbitral. El discernimiento de estas cuestiones ha sido debatido en varios procedimientos –algunos referenciados a pie de página– y decididamente dependerá del caso concreto evaluado por el tribunal arbitral.

Por no extendernos en las características de los APPRIs, sobradamente conocidas, sí debemos señalar que el crecimiento de las inversiones ha provocado una proliferación de APPRIs desde los años no-

Limited, la Queen's Bench Division de Inglaterra dictó Sentencia del 1 de julio de 2014 señalando la obligatoriedad de cumplir con dichas cláusulas. No obstante, añadió que en el citado caso se había cumplido con el periodo de negociación previo estipulado en el contrato y que procedía continuar el arbitraje ante la CCI.

⁵⁷ En el caso *Emilio A. Maffezini c. Reino de España* caso CIADI N° ARB/97/7, se discutió que la empresa SODIGA, al estar participada por la Administración Pública española y funcionar como un apéndice de ésta, podría comprometer a España en un arbitraje internacional.

⁵⁸ En el asunto *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. c. República de Eslovaquia*, Caso CIADI N° ARB/97/4 Decisión sobre objeciones a la jurisdicción, 24 de mayo de 1999, se afirmó por el Tribunal Arbitral que el hecho de que el demandante estuviera participado por el Estado no le impedía ser considerado "nacional de otro Estado contratante" a los efectos de acudir al CIADI a resolver el conflicto surgido con el Estado receptor de la inversión.

⁵⁹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. República Argentina*, Caso CIADI n° ARB/97/3, donde se distinguió entre lo que suponían los *treaty claims* y las *contractual claims*. Decisión de anulación, 3 de julio de 2002.

⁶⁰ *Hermanos Micula c. Rumanía*, Caso CIADI No. ARB/05/20.

venta e incluso en la última década⁶¹. En la actualidad, el número de APPRIs supera los 3.000. Este incremento de APPRIs y de arbitrajes de inversiones demuestra que el arbitraje de inversiones funciona, a pesar de que la anulación de algunos laudos por motivos dudosos ha provocado cierto escepticismo en el sistema⁶².

V. El futuro de los APPRIs y el Reglamento (UE) n° 1219/2012

1. Validez de los APPRIs a raíz del Tratado de Lisboa

La primera vez que la Comisión Europea puso en tela de juicio la validez de los APPRIs suscritos por EEMM fue en los asuntos C-205/2006 (*Comisión/Austria*), C-249/2006 (*Comisión/Suecia*) y C-118/2007 (*Comisión/Finlandia*)⁶³ donde se discutió la eficacia de los APPRIs suscritos por estos Estados por la infracción del art. 307 TCE – actual 351 TFUE – sobre la libre transferencia de capitales. Tomando como referencia el caso de Finlandia, por ejemplo, la Comisión recurrió ante el TJUE debido a que entendía que seis APPRIs convenidos por Finlandia, antes de su adhesión a la UE, infringían el acervo comunitario⁶⁴. Finlandia y los miembros coadyuvantes que acudieron defendiendo la postura del demandado, argumentaron que al no haber adoptado el Consejo ninguna medida restrictiva frente a los seis países con los que Finlandia tenía suscritos APPRIs, la ilicitud era, en todo caso, hipotética. Y que cualquier medida restrictiva que determinara el Consejo sería de aplicación inmediata al pasar a formar parte

⁶¹ J. Díez-Hochleitner, “La eficacia de los tratados de protección de inversiones extranjeras”, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, jornadas sobre “*La Seguridad Jurídica y las Inversiones Extranjeras en América Latina*” de 11 y 12 de diciembre de 2003, fijaba el número de APPRIs suscritos por España en 47, mientras que apenas 7 años más tarde, J.C. Fernández Rozas, *Sistema de Derecho Económico...*, *op. cit.*, p. 391, fija el número de APPRIs suscritos por España en 72, si bien matiza que “*10 de ellos aún no están en vigor, y uno es aplicable provisionalmente*”. Damos acceso a esta lista a través del siguiente enlace: <http://www.comercio.gob.es/es-ES/inversiones-exterior/acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-reciproca-inversiones-appris/PDF/Lista-appri-vigor/2013-10-02-ListaApris.pdf>.

⁶² H. Wöss, “El orden público, Derecho público, cosa juzgada e inarbitrabilidad den contratos públicos en México (la anulación del laudo del Caso ICC 13613/CCO/JRF)”, *Spain Arbitration Review*, n° 14, 2013, p.3.

⁶³ SSTJUE 3 de septiembre de 2009, as. C-205/06: *Comisión c. Austria*, o de 19 de noviembre de 2009, as. C-118/2007: *Comisión c. Finlandia*.

⁶⁴ APPRIs suscritos con la Federación Rusa, la República de Bielorrusia, la República Popular de China, Malasia, la República Socialista Democrática de Sri Lanka y la República de Uzbekistán.

también de la legislación finlandesa esa norma comunitaria. Por su parte, la Comisión esgrimió que al no mantener los APPRIs ninguna limitación a la posible adopción por el Consejo de medidas restrictivas, de salvaguardia o urgentes frente a esos Terceros Estados, de conformidad con los arts. 57, 59 y 60 TCE, la vulneración ya se había producido.

El fallo se fundamenta precisamente, en la falta de mecanismos en los APPRIs controvertidos que observaran y permitieran la intervención inmediata del Consejo en caso de que fuera necesario⁶⁵, para concluir que el Derecho comunitario se veía infringido en el APPRI entre la República de Finlandia y la Federación rusa. Idéntica conclusión se alcanzó respecto al resto de APPRIs por motivos similares.

En relación con la validez de los APPRIS es cierto que ya existieron otras vicisitudes previas que se plasmaron, entre otros, en el *Understanding Concerning Certain U.S. Bilateral Investment Agreement*, suscrito entre EE UU, la Comisión y ocho países candidatos el 22 de septiembre de 2003, en el que se ponía de manifiesto la posible incompatibilidad del acervo comunitario con los APPRIs suscritos, por los países candidatos a formar parte de la Unión, con EE.UU., para lo que se expresó la voluntad de las partes de la siguiente forma:

“Therefore, the Participants wish to express their intent to seek compatibility between the Acceding and Candidate Countries' obligations that arise from membership in the EU, and thereafter under EU law, and their obligations arising from their BITs with the U.S.”.

Los recursos de la Comisión y estos avatares previos, anteriores todos a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, aunque controvertidos, no condujeron a una colisión entre la comunidad arbitral y los eurócratas, dado que la vigencia de los APPRIs no se veía comprometida, sino únicamente la adaptación de algunos APPRIs a la posible intercesión de la UE en materia de libre movimiento de capitales. De hecho la posible *discriminación* entre EEMM fue una alegación efectuada por las partes coadyuvantes –Alemania y Hungría– en el caso de la *Comisión contra Finlandia*, según la cual el resto de EE MM se encontraría en una situación más privilegiada que Finlandia al no ver comprometida la vigencia de sus APPRIs, siendo rechazada de plano por el Tribunal aunque no con la contundencia necesaria⁶⁶. Las con-

⁶⁵ Párrafo 32.

⁶⁶ La Sentencia razona que un Estado miembro no puede justificar el incumplimiento del acervo comunitario mediante la alegación de que otros Estados miembros estarían incumpliendo también sus obligaciones comunitarias. Veámoslo:

clusiones de la Abogado General, Eleanor Sharpston, se inclinaban en idéntico sentido al del fallo⁶⁷. El panorama verdaderamente cambió con la promulgación del Tratado de Lisboa⁶⁸, que adjudicaba nuevas competencias a los organismos europeos.

Como hemos comentado con anterioridad, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, la PCC se incluyó dentro de las competencias exclusivas de la UE y, además se incardinaron las inversiones extranjeras directas (IED)⁶⁹ dentro de esta PCC⁷⁰. A partir de ese instante, surgió la problemática de la subsistencia de los APPRIs suscritos por los Estados miembros con terce-

48 En primer lugar, procede señalar que un Estado miembro no puede justificar el incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado alegando que otros Estados miembros también han incumplido o incumplen sus obligaciones. En efecto, en el ordenamiento jurídico establecido por el Tratado, la aplicación del Derecho comunitario por los Estados miembros no puede someterse a una condición de reciprocidad. Los arts. 226 CE y 227 CE establecen las vías de recurso apropiadas para hacer frente a los incumplimientos, por los Estados miembros, de las obligaciones derivadas del Tratado (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 enero 1990, Blanguernon, C- 38/89, Rec. p. I- 83, apartado 7, y de 29 de marzo de 2001, Portugal/Comisión, C- 163/99, Rec. p. I- 2613, apartado 22).

49. En segundo lugar, en cuanto a la alegación de que estimar el recurso de la Comisión implicaría conceder al art. 307 CE, párrafo segundo, un alcance demasiado amplio, basta advertir que la presente sentencia no prejuzga en ningún caso las obligaciones de los Estados miembros en otras circunstancias y que se limita a declarar, como ya se ha señalado con anterioridad, que la propia existencia de los convenios bilaterales controvertidos y de los términos en los que han sido redactados podría obstaculizar el ejercicio de las competencias atribuidas al Consejo en materia de circulación de capitales.

50. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede declarar que la República de Finlandia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 307 CE, párrafo segundo, al no haber recurrido a los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades en relación con el Tratado relativas a las disposiciones en materia de transferencia de capitales contenidas en los convenios bilaterales controvertidos.

⁶⁷ Aunque no se fue tan tajante respecto al posible incumplimiento de otros APPRIs con el acuerdo comunitario al indicar, párrafo 55 de las conclusiones: "Además, según reiterada jurisprudencia, un Estado miembro no puede justificar el incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado alegando que otros Estados miembros también han incumplido sus obligaciones". Pero no sentenciaba si el resto de APPRIs podrían verse comprometidos tras estas decisiones.

⁶⁸ J. Sellarés Serra en su nota "La Comisión Europea contra el arbitraje como protección de inversiones", Blog de la *Revista Catalana de Dret públic*, 1 julio 2014. <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2014/07/01/la-comision-europea-contra-el-arbitraje-como-proteccion-de-inversiones-jordi-sellares-serra/>.

⁶⁹ La enumeración dada por el anexo I de la Directiva 88/361/CEE del Consejo se refiere a vínculos a largo plazo.

⁷⁰ Art. 207 TFUE.

ros países⁷¹, o entre ellos, y brotaron ciertos conflictos por la posible incompatibilidad de tales acuerdos con el acervo comunitario; en particular, por la vulneración de la libre transferencia de capitales. Es más, se llegó a plantear la finalización de los APPRIs intracomunitarios como en el asunto *Eastern Sugar B.V. c. República Checa*, SCC n° 088/2004⁷², en aplicación del art. 59.1° de la CVDT sobre terminación de los tratados⁷³, aunque las objeciones planteadas fueron rechazadas de plano.

La asunción como competencia exclusiva de la PCC, y a su vez la incorporación de las IED dentro de esta PCC no parece que se haya realizado de forma inocente. Ciertamente, es posible que el objetivo principal de la UE fuera sustituir la totalidad de APPRIs firmados por los distintos EE MM por Tratados de Libre Comercio (TLC) suscritos a nivel comunitario. Sin embargo, tal quimera era en dicho momento inalcanzable debido a que la protección que ofrecían los APPRIs no podía garantizarse entonces a nivel comunitario con idéntica contundencia.

En cambio, la ventaja inexorable que se desprende de la regulación de los APPRIs a nivel comunitario, es la desaparición de diferencias entre los inversores comunitarios con los países extraños a la UE. En efecto, a pesar de la propagación de APPRIs suscritos por EE MM, no todos han suscrito el mismo número de APPRIs y, por tanto, puede suceder que un Estado miembro no hubiera suscrito un convenio y otro sí, generándose desigualdad entre las empresas europeas que deciden invertir en el extranjero⁷⁴. La ventaja que presenta para los países que suscriban acuerdos bilaterales con la UE, es la existencia de un marco predecible y uniforme con todos los territorios de la Unión. Esta ventaja se presenta, sobre todo, para aquellos países con los que existe un recíproco intercambio de inversiones. Como contrapartida, los Estados comunitarios habrán cedido una nueva compe-

⁷¹ J. Díez Hochleitner, "El incierto futuro de los Acuerdos Bilaterales sobre Protección de Inversiones celebrados por los Estados Miembros de la Unión Europea", *Spain Arbitration Review*, n° 8, 2010, p.20.

⁷² *Eastern Sugar B.V. c. República Checa*, SCC n° 088/2004. Desestimaron la objeción a la jurisdicción planteada por la R. Checa por la terminación del APPRI.

⁷³ Art. 59.1°: Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y: a) se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o b) las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.

⁷⁴ Irlanda, a estos efectos, no tiene suscrito ni un solo APPRI.

tencia que anteriormente regulaban, viendo impedida su potestad normativa e incapacitada también la facultad de definir qué se entiende por inversión o por expropiación.

El inconveniente principal que presentaban los APPRIs *ad intra* es la posible incompatibilidad de los mismos con el principio de no discriminación instaurado en el art. 18 TFUE. Mientras que el dilema que encarnaban los APPRIs *ad extra* era que la competencia para celebrar acuerdos en materia de IED acababa de trasladarse a la UE.

Ante la duda latente sobre la validez de los APPRIs, que ha recorrido un camino pedregoso, se promulgó el Reglamento (UE) n° 1219/2012 del Parlamento y del Consejo, mediante el cual se regulaba la paulatina supresión de los APPRIs suscritos por los Estados miembros con terceros países. No afecta a los APPRIs intracomunitarios. Al asumir la UE la competencia exclusiva en materia de IED, consecuentemente se le dota de capacidad para concluir tratados con terceros Estados que versen sobre la antedicha materia. Una vez que la UE concluya un tratado con un tercer país, se suprimirán los APPRIs que los Estados miembros pudieran mantener con ese tercer país a favor de un único acuerdo en materia de IED; podrán mantenerse estos instrumentos en la protección que dispensen a las inversiones en cartera —aunque no es cuestión pacífica y está por ver qué protección se ofrecerá a estas inversiones— y se podrán formalizar nuevos APPRIs siempre con una autorización previa de la Comisión. La progresiva desaparición de los APPRIs deberá ser fruto de la cooperación leal establecida en el art. 4.3° TUE⁷⁵.

A pesar de que la competencia exclusiva de la Unión abarca únicamente a las IED, la Comisión ya ha ido cementando la posibilidad de arrogarse la competencia exclusiva también de celebrar acuerdos sobre inversiones en cartera cuando los acuerdos internacionales sobre inversiones que suscriba afecten a normas comunes sobre capital y pagos, lo que ya ha adelantado que hará utilizando como fulcro normativo el art. 3.2° TFUE⁷⁶.

Las pautas del Reglamento resultan más conciliadoras que los primeros avisos que la Comisión había lanzado sobre el arbitraje. En

⁷⁵ Posición (UE) n° 11/2012 del Consejo con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países Adoptada por el Consejo el 4 de octubre de 2012

⁷⁶ Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Hacia una política global...”, *loc. cit.* pp. 8 y 9.

primer lugar, los APPRIs *ad intra* se excluyeron del ámbito de aplicación del Reglamento⁷⁷. En nuestra opinión, a pesar de las advertencias mencionadas con anterioridad sobre la posible infracción del Derecho comunitario por el mantenimiento de APPRIs intraeuropeos, constituye un acierto –aunque no una ausencia de conflicto– conservarlos. En efecto, la adhesión de países de Europa del Este el 1 de mayo de 2004 a la UE conllevó la coexistencia de APPRIs entre EE MM cuyo debate doctrinal aún no ha finalizado⁷⁸. Aunque nos encontremos dentro de un único sistema regional, las diferencias existentes entre los países de Europa del Este y el resto de países que conforman la UE sigue siendo enorme⁷⁹ y, sobre todo, el marco de la Unión no resulta tan efectivo, a la hora de proteger las inversiones en dichos países, que el marco establecido en los APPRIs. Probablemente, una vez se reduzcan las abismales diferencias económicas entre los países de la Unión, la desaparición de APPRIs intracomunitarios se producirá de forma coetánea, si bien resulta impredecible cuándo, o si algún día, sucederá lo anterior.

Volviendo al Reglamento (UE) n° 1219/2012, se establece que aquellos APPRIs suscritos por los EE MM con terceros países con anterioridad al 1 de diciembre de 2009 deberían ser notificados a la Comisión antes del 8 febrero 2013 y se mantendrán o entrarán en vigor hasta que lo hiciera un APPRI suscrito por la UE en su conjunto con ese determinado país⁸⁰. Para el caso en el que los APPRIs contuvieran alguna disposición que pudiera resultar un impedimento a la celebración de APPRIs por parte de la UE con ese tercer Estado, la Comisión y el Estado miembro mantendrán consultas con el objeto de eliminar los posibles estorbos a las negociaciones. El Reglamento refleja la elevada percepción que tienen el Parlamento y el Consejo sobre los APPRIs, con constantes referencias a que los acuerdos que finalice la UE deberán conceder un alto grado de protección a los inversores⁸¹. E incluso se crea un Comité para los Acuerdos de Inversión en el art. 16.

Asimismo, se permite a los EE MM entablar negociaciones con terceros países con miras a modificar un APPRI existente o a suscribir uno nuevo tras la oportuna autorización de la Comisión. Esta conce-

⁷⁷ Art. 1.

⁷⁸ 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, septiembre 2014, p. 11.

⁷⁹ J.B. Donges, *Estudios de Política Económica...*, p. 54.

⁸⁰ Art. 3.

⁸¹ Consideración (6) del Reglamento.

sión podrá hacerse siempre que (a) no plantee conflictos con el Derecho de la Unión; (b) no se obstaculice o perjudique a las negociaciones que la propia UE pretendiera llevar a cabo o hubieran comenzado con ese tercer país; o (c) no contraviniera los objetivos de PCC de la Unión⁸²

Para los otros supuestos (APPRI suscritos entre el 1 de diciembre de 2009 y el 9 enero 2013, y APPRI futuros) se procederá de la siguiente forma: el primer grupo de estos APPRI se ramificará en aquellos acuerdos que ya hubieran entrado en vigor y aquellos pendientes de surtir efectos. En ambos casos el art. 12 determinará que una vez comprobada la posible incompatibilidad del APPRI, la Comisión Europea autorizará su perfección o informará al Estado miembro afectado de su decisión para que actúe en consecuencia.; en cuanto a la suscripción de nuevos APPRI por los EEMM, será posible siempre y cuando cumplan con las tres condiciones enunciadas en el párrafo precedente.

2. Breve referencia al ATCI

Los futuros Tratados de Libre Comercio (TLC), o cualesquiera otros acuerdos en materia de IED que suscriba la UE con un tercer país, regularán las materias que previamente disciplinaban los APPRI, incluyendo el arbitraje, que constituye la piedra angular del método de solución de controversias inversor–Estado.

De esta forma se ha pronunciado la Comisión respecto a la futura Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI o TTIP), señalando que este TLC con EE.UU. sustituirá a los APPRI que los Estados miembros tuvieran suscritos con ese país⁸³.

Es importante resaltar que precisamente este futuro acuerdo, está todavía inmaduro, quizás consecuencia del extraordinario número de respuestas que ha recibido la consulta en línea (increíblemente, más de 150.000)⁸⁴, superando ampliamente cualquier otra consulta que haya hasta ahora realizado la Comisión. Y es que hay una fortísima resistencia por los sindicatos, ONG, a que existan ISDS con técnica arbitral habitual, para solventar las diferencias entre inversores y Es-

⁸² Arts. 8 y 9 del Reglamento.

⁸³ Comisión Europea, nota informativa: “Consulta Pública en línea sobre la protección de los inversores en la ATCI”, MEMO/14/206, 27 de marzo de 2014.

⁸⁴ Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión de 13 enero 2015. Informe Consulta Pública en línea sobre la protección de las inversiones y la solución de diferencias entre inversores y Estados en el ATCI. P. 6

tados en este ATCI⁸⁵. Se muestran reticencias ante los árbitros, se cuestiona si se protege debidamente el interés público como sucede con el medio ambiente, incluso se considera una amenaza por estas organizaciones frente a la propia democracia al establecer límites a las políticas públicas por la vía de la exigencia de fuertes responsabilidades ante cambios legislativos. Por el contrario, las organizaciones empresariales suelen indicar que basta mejorar los acuerdos actuales y perfeccionarlos.

La lucha continúa pues, y sigue la situación de consulta, que indudablemente, como ocurre siempre en los arreglos internacionales, logrará, creemos, un acuerdo con matizaciones, excepciones, períodos transitorios, cláusulas de revisión, etc. Habrá pues que esperar confiadamente en que se logre ese acuerdo con todos esos matices; acuerdo que sobre el que ya han existido siete rondas de negociaciones hasta la fecha⁸⁶.

Estos futuros TLCs incorporarán un mecanismo de solución de diferencias entre los inversores y el Estado (ISDS⁸⁷) en el que se regulará el mecanismo de resolución de conflictos apropiado, mediante el cual las disputas quedarán sometidas a arbitraje. Este método pretende perfeccionar el tradicional de los APPRIs, corrigiendo algunos errores que se habían manifestado en diferentes controversias. De esta forma, el nuevo método pretende, principalmente: asegurar la potestad normativa de los Estados, definir el concepto de expropiación indirecta y evitar la discrecionalidad de los tribunales nacionales a la hora de valorar el "trato justo y equitativo" que desnaturaliza la función de estos tratados, el recurso a árbitros recurrentes (incluso se habla de permanentes) o establecer un sistema de apelación que garantice que las resoluciones sean revisadas⁸⁸. Parece que también se incluirá una cláusula general, como la que contienen algunos APPRIs, en virtud de la cual la protección abarcará también a las relaciones contractuales de los inversores extranjeros con los Estados⁸⁹. Sin duda, la Comisión no deberá actuar de forma autoritaria y deberá consultar a la comunidad arbitral para que se pronuncie sobre las modificaciones sobre ISDS que pretenda instaurar, dada la mayor práctica y conocimiento sobre los defectos y virtudes que comprende el arbitraje de inversiones.

⁸⁵ *Ibíd.* p. 11

⁸⁶ http://ec.europa.eu/spain/sobre-la-ue/ttip/espana_es.htm

⁸⁷ Inversor–State Dispute Settlement. Comisión Europea, "FAQ on the EU–US Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)", 10–de junio de 2013.

⁸⁸ Comisión Europea, "Protección de las inversiones y solución de diferencia entre los inversores y el Estado en los acuerdos de la UE".

⁸⁹ *Ibíd.*

IV. Descifrando el Reglamento (UE) n° 912/2014.

1. Un marco para gestionar la responsabilidad financiera

Los tratados que suscriba la UE en relación con la protección de las inversiones, contendrán un mecanismo de solución de conflictos que permita al inversor extranjero reclamar tanto a la UE como al Estado miembro que ha dispensado el trato denunciado. Y la UE, con la futura sustitución de los APPRIs, no puede ofrecer un escenario menos ventajoso para el inversor que el que promovían los EE MM en sus tratados bilaterales, puesto que esa solución daría al traste con el avance perpetuado en materia de inversiones a partir de los años noventa y con el propio espíritu de fomentar las inversiones presente en la normativa comunitaria que se ha promulgado a tal efecto. Pero tampoco puede conferir a los inversores extranjeros un nivel de protección superior que el ofrecido a los Estados miembros. No cabe duda de que aunque nos encontramos ante una de las uniones económicas más perfeccionadas, la UE está compuesta por veintiocho Estados que no están dispuestos a asumir los costes derivados de un pleito que concierne a otro u otros Estados miembros, ni tampoco que ese gasto sea sufragado por las instituciones europeas.

Por tanto, el laudo que recayera en el futuro procedimiento puede condenar a la UE al pago de una cuantiosa indemnización. No obstante, este laudo desfavorable puede ser fruto, tanto de un incumplimiento por parte de la UE en sus obligaciones con el inversor reclamante, como de un Estado miembro. Para paliar las posibles lagunas respecto a quién se le imputan los costes derivados de un procedimiento arbitral condenatorio, y quién asume la posición de demandada en el litigio, tras la publicación de la Resolución de 6 de abril del Parlamento Europeo sobre la política europea en materia de inversiones extranjeras, se publicó el 28 de agosto de 2014⁹⁰, el Reglamento 912/2014 de 23 de julio 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 UE sea parte⁹¹.

Este Reglamento entró en vigor el 17 de septiembre de 2014 y será de aplicación únicamente a los litigios que versen sobre hechos cau-

⁹⁰ Publicación realizada en el Diario Oficial de la Unión Europea.

⁹¹ J.C. Fernández Rozas, "Conjeturas en torno a la nueva política global europea...", *loc. cit.*, p. 2.

sados con posterioridad a la fecha indicada en los que la solicitud de arbitraje también sea posterior en el calendario.

El Reglamento está basado en el art. 207.2º TFUE y pretende regular la asunción de costes derivados de un procedimiento arbitral con un reparto de la responsabilidad entre la UE y el Estado miembro condenado, así como la actuación y asunción de los costes del procedimiento por la UE y/o el Estado miembro demandado. Al asumir la UE el monopolio para celebrar tratados en materia de inversiones, es lógico presuponer que será también la responsable en caso de incumplimiento del tratado, aunque se ha relativizado la obligación de actuar como parte demandada, permitiéndose que también estén legitimados los EEMM en caso de que se denuncie el trato dispensado por alguno de ellos.

A lo largo del Reglamento se establecen procesos consultivos entre la Comisión y el Estado miembro involucrado para evitar conflictos posteriores. Buena muestra, desde luego, de la complicitad que se pretende que guarde la UE y aquél de los EE MM involucrado en el litigio, dado que ambos pueden ser demandados conjuntamente. Así, siempre que un Estado tenga conocimiento de una solicitud de arbitraje, deberá ponerlo en conocimiento de la Comisión y se establecerán consultas sobre la base del principio de cooperación leal para procurar la defensa más adecuada de los intereses de la UE y del Estado miembro demandado. Estas consultas también se mantendrán cuando la UE y el Estado miembro condenado no se pongan de acuerdo en cuanto a los gastos en los que deben incurrir cada uno derivados del arbitraje en el que se condenaba a ambos. Por lo que vemos, el Reglamento se basa en la cooperación leal del art. 4.3º TFUE para solucionar las controversias entre los EE MM y la UE que pudieran surgir.

2. *¿Quién es el responsable financiero ante un laudo condenatorio?*

El *leit motiv* del presente Reglamento es distinguir quién se hace cargo de la condena en caso de dictarse un laudo correctivo ante el posible conflicto cuando la responsabilidad pueda resultar del trato dispensado por la UE o por un Estado miembro. El nuevo Reglamento establece el siguiente reparto de la responsabilidad financiera en caso de condena del laudo⁹²:

i) la UE asumirá los gastos en aquellos casos en los que el trato denunciado hubiera sido dispensado por las instituciones de la UE o

⁹² Art. 3.

cuando la aplicación del Derecho de la UE por un Estado miembro hubiere causado el inicio del litigio, lo que supone una exigente absoluta para el Estado infractor. Esta segunda causa se antoja más problemática que la primera⁹³. En efecto, en las propias consideraciones del Reglamento se ejemplifica esta situación para aquellos casos en los que se haya denunciado el trato dispensado por un Estado miembro por haber traspuesto una Directiva adoptada por la Unión⁹⁴. Pero sin duda habrá que observar la forma en la que haya traspuesto la Directiva para que la UE asuma la carga financiera resultante del arbitraje. No creemos que la UE asuma la carga financiera sin realizar las pesquisas pertinentes. Desde luego que era necesario introducir esta excepción a la responsabilidad de los EE MM, puesto que se encuentran compelidos a aplicar el derecho comunitario y no tendría sentido que se vieran forzados al pago de una indemnización que se haya provocado ejecutando el Derecho de la Unión⁹⁵.

ii) el Estado miembro será responsable siempre que fuere condenado por violar el tratado correspondiente, salvo cuando lo haya infringido por la aplicación estricta y obligada del Derecho de la Unión, en cuyo caso será ésta responsable. La responsabilidad de los Estados, sucedería en aquellas situaciones en las que el trato dispensado por el Estado haya provocado el inicio del litigio. Simplemente se trata de que uno de los EE MM aplique su normativa y ésta sea contraria al tratado y afecte al inversionista. Naturalmente, cada Estado, en aquello en que *no* aplique el Derecho de la Unión, sino el suyo propio, por

⁹³ En el Art. 2 del Reglamento, "Definiciones", se nos recuerda oportunamente qué significa, a estos efectos, "Derecho de la Unión" y "requerido por el Derecho de la Unión", indicando:

k) "Derecho de la Unión": el TFUE, y el TUE, así como todo acto jurídico de la Unión a que se refiere el art. 288, párrafos segundo, tercero y cuarto, del TFUE y todo acuerdo internacional del que la Unión sea parte o del que la Unión y sus Estados miembros sean parte; únicamente a efectos del presente Reglamento, no se entenderá por «Derecho de la Unión» las disposiciones de protección de las inversiones del acuerdo;

l) "requerido por el Derecho de la Unión": el trato dispensado, cuando el Estado miembro de que se trate solo podría haber evitado la supuesta infracción del acuerdo incumpliendo una obligación establecida en virtud del Derecho de la Unión sin disponer de discrecionalidad ni de margen de apreciación sobre el resultado perseguido.

⁹⁴ Consideración 7: "Sin embargo, cuando un Estado actúe de la manera establecida por el Derecho de la Unión, por ejemplo al transponer una directiva adoptada por la Unión, la propia Unión debe asumir la responsabilidad financiera en la medida en que el trato en cuestión sea requerido por el Derecho de la Unión. Por último, también será responsable cuando así lo acepte o cuando concluya un acuerdo transaccional, como veremos con posterioridad.

⁹⁵ J.E. Soriano García, "Avances nuevos en el arbitraje de inversiones", *Lupicinio International Attorneys*, octubre 2014.

tratarse de materias que no están en la lista de atribución de competencias de la UE⁹⁶ será responsable de sus propios actos y no podrá atribuirlos a la UE. Allí donde hay competencia hay responsabilidad y donde hay responsabilidad hay competencia.

También será responsable el Estado, a pesar de aplicar el Derecho de la UE, siempre que hubiera podido o debido solventar la incompatibilidad del acto previo que motivó que el Estado infractor tuviera que aplicar el Derecho de la UE. Por eso es el Estado y no la UE quien debe responder, puesto que si ese Estado hubiera atendido al Derecho Europeo y hubiera adaptado ese acto previo al Derecho de la Unión, se supone que la situación no sería conflictiva con el inversionista, razón por la que se añade ese elemento sancionador al Estado incumplidor. No obstante ello, esta excepción tiene a su vez una última matización que precisa el Reglamento. Es el caso en que precisamente, ese acto previo del Estado involucrado (que es el que determina su responsabilidad por establecer una situación contraria al acuerdo con el inversionista —y que lógicamente éste impugna ante el tribunal arbitral—) resultase ser, paradójicamente, un acto previo impuesto obligatoriamente por el Derecho europeo. Es decir, que el acto previo incompatible con el Derecho de la Unión, resultara a la postre que fuera, a su vez, un mandato de la Unión. Si nos fijamos bien, lo que en realidad sucede es que esta última “contraexcepción” nos vuelve a colocar en el párrafo primero del ap. c) de este art. 3 del Reglamento, porque lo que estaría haciendo el Estado Miembro no es otra cosa que cumplir fielmente con el Derecho de la Unión). Llamamos la atención sobre esta forma tan farragosa de legislar, y que se da en todas las versiones, ya que hemos consultado, además de la versión española del Reglamento, la versión inglesa⁹⁷.

⁹⁶ Art. 4.1º TUE: “De conformidad con lo dispuesto en el art. 5, toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados Miembros”. Art. 5. 1º TUE: “ La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”. Es claro que con este sistema de “lista”, por el que la UE solo tiene las competencias atribuidas por los EE MM, pueden existir múltiples casos en los que el acto previo contrario a un acuerdo con inversionista, proceda exclusivamente del correspondiente EE MM, sin intervención alguna del Derecho de la Unión ni de sus Instituciones y organismos

⁹⁷ Para facilitar la lectura comparada, ofrecemos también la versión inglesa, quizás algo más sencilla:

Apportionment criteria

1. *Financial responsibility arising from a dispute under an agreement shall be apportioned in accordance with the following criteria:*

El verdadero problema se daría cuando no hubiera acuerdo entre la UE y el Estado miembro afectado acerca de quién debe hacerse cargo de la responsabilidad financiera derivada del litigio. El capítulo V del Reglamento aborda esta cuestión (art. 19) señalando que deberán iniciarse consultas de inmediato entre ambos y que en el plazo de tres meses la Comisión dictará una decisión argumentada en la que fijará el importe que deberá abonar el Estado miembro involucrado. Esa decisión será recurrible por el Estado miembro en el plazo de dos meses a contar desde la entrada en vigor de la decisión. En el caso de que la decisión no se recurra, el Estado condenado deberá abonar, en el plazo de 6 meses a partir desde la entrada en vigor de la resolución, los costes derivados del arbitraje con intereses.

En el caso de que la Comisión rechazara la impugnación formulada por el Estado miembro afectado, emitirá una nueva decisión requiriendo al Estado miembro que reembolse el importe abonado previamente por la Unión con intereses. Si se llegara al extremo de que el Estado miembro correspondiente insistiera en que la decisión tomada por la Comisión es injusta, la última opción que cabría sería acudir al procedimiento de control legislativo instituido en el art. 263 TFUE y solicitar que se dicte una resolución por el Tribunal de Justicia resolviendo la controversia.

Pero no cabe duda de que en caso de que se dictara un laudo condenatorio y la UE hubiera actuado como demandada, la Comisión deberá encargarse de cumplir con el laudo para obrar conforme al principio de buena fe del Derecho internacional y del cumplimiento voluntario de los laudos, sin perjuicio de repercutir luego el importe abonado al Estado miembro correspondiente, con intereses.

Podrá darse también la situación en la que la Comisión exija al Estado miembro afectado el pago adelantado para los costes del arbitraje (art. 20). En caso de que el tribunal arbitral resuelva condenando a la Unión por el trato dispensado al demandante, la Comisión deberá

(a) the Union shall bear the financial responsibility arising from treatment afforded by the institutions, bodies, offices or agencies of the Union;

b) the Member State concerned shall bear the financial responsibility arising from treatment afforded by that Member State;

(c) by way of exception to point (b), the Union shall bear the financial responsibility arising from treatment afforded by a Member State where such treatment was required by Union law.

Notwithstanding point (c) of the first subparagraph, where the Member State concerned is required to act pursuant to Union law in order to remedy the inconsistency with Union law of a prior act, that Member State shall be financially responsible unless such prior act was required by Union law.

retornar el importe adelantado por el Estado miembro. El Reglamento no especifica en qué contexto podrían darse estos pagos adelantados, dejando en manos de la Comisión la potestad de adoptar una decisión que compela a cualquier Estado miembro abonar un pago adelantado cuando así lo disponga la Comisión. No obstante, esta decisión no puede ser arbitraria y entendemos que se dará únicamente en casos en los que se denuncie el trato dispensado por dicho Estado miembro o se demande a ambas instituciones conjuntamente, en cuyo caso el pago adelantado por el Estado miembro se circunscribirá a la solicitud concreta del demandante para con ese Estado y no al albur de la Comisión, que no debería solicitar al Estado miembro el pago total en aquellos litigios en los que ambos resulten demandados hasta que se dicte el correspondiente laudo, aunque existan fundadas razones de la responsabilidad exclusiva del Estado miembro.

3. ¿Quién asume la posición de demandado?

Al asumir la UE la competencia exclusiva en materia de IED, puede asumir también la defensa de los procedimientos en los que un inversor reclame por la infracción de un tratado internacional en el que la UE —o la UE y los Estados miembros— sean parte. Efectivamente, la infracción que desencadene el conflicto puede ser fruto del comportamiento de la UE, o puede que sea consecuencia del trato dispensado por un único Estado miembro o por varios.

No sería lógico que corriera a cargo del presupuesto de la UE la eventual defensa de un arbitraje en el que se hubiera denunciado el trato dispensado por un Estado miembro, sino que la defensa de estos arbitrajes y el coste correspondiente deberá ser asumido por el Estado miembro que ha causado el acto demandado. Por tanto, en cuanto a la defensa del litigio, la UE actuará como parte demandada siempre que (i) el conflicto hubiera surgido por el trato dispensado por algún organismo de la UE; (ii) cuando asuma parte de la responsabilidad financiera del litigio; (iii) cuando se hubiera planteado una disputa similar ante la OMC y la UE quiera mantener la coherencia de sus argumentos; o (iv) cuando actúe en nombre de un Estado miembro que solicite a la UE que se encargue de la defensa del litigio, en cuyo caso serán dichos estados los responsables de la carga financiera (arts. 4, 5 y 9, las letras a y b se deciden mediante de actos de ejecución dictados por la Comisión).

(i) y (ii) parecen indiscutibles, salvo que en cuanto a la asunción parcial de la carga financiera por parte de la UE, no se debería impedir tampoco que el Estado miembro que sea demandado conjunta-

mente tenga potestad para esgrimir sus argumentos de forma independiente, a menos que delegue en la Unión de forma expresa tras entablar las consultas sobre el litigio necesarias y la UE acepte utilizar los argumentos articulados por el Estado afectado, velando por el interés de ambos, para minimizar el impacto en los costes del proceso (arts. 6 y 9). Se prevé expresamente la posibilidad de que los representantes del Estado afectado formen parte de la delegación de la UE en cualquier audiencia del procedimiento arbitral, y además la Comisión debe consultar al Estado afectado sobre cualquier escrito relacionado con el proceso con anterioridad a su presentación (art. 9.6°).

En cuanto al (iii) y la necesidad de formular una argumentación coherente para no contradecir una postura argüida previamente en un arbitraje OMC, nos resulta cuestionable que los costes del arbitraje y de su resultado –en caso de resultar perdedora la UE– deban ser asumidos por el Estado miembro a pesar de que la defensa del litigio la lleve a cabo la UE. En efecto, podría resultar estridente para un Estado tener que asumir los costes de un arbitraje cuando la UE impidió que este Estado miembro presentara sus propios argumentos, sólo por adoptar una postura análoga en otros arbitrajes radicalmente distintos como son los arbitrajes OMC.

Ese Estado miembro bien podría haber utilizado argumentos muy diferentes a los esgrimidos por la UE y no parece lógico que tenga que pechar con los costes de la defensa que la UE ha llevado a cabo en dicho procedimiento arbitral para defender, al fin y al cabo, el proyecto comunitario. Para asumir los costes del arbitraje, así como la eventual condena, entendemos que debería permitirse al Estado introducir los argumentos que hubiera considerado y formular esa defensa de forma conjunta con los argumentos aducidos por la UE. En ese caso sí que tendría sentido que el Estado miembro fuera responsable tanto de todos los gastos del arbitraje como del resultado en caso de resultar vencida la UE.

Por último, el (iv) y la posibilidad de que un Estado miembro delegue la defensa a la UE, dudamos de su puesta en práctica salvo en concretas situaciones. El Reglamento apunta a que pudiera darse lugar “por ejemplo, por razones de conocimientos técnicos”, lo que en nuestra opinión sólo podría resultar cierto cuando el Estado miembro haya sido demandado por la aplicación de una disposición comunitaria, en cuyo caso, recordemos, salvo que opere la excepción, será la UE la demandada. Con carácter general, la justificación de que los Estados soliciten la actuación de la UE como demandada tendría que ver más con el poder de influencia que pudiera ejercer la UE frente al

inversor demandante para tratar de alcanzar un acuerdo o que el coste que tuviera que asumir el Estado miembro fuera muy superior si acudiera al arbitraje de forma autónoma a dejar la actuación como demandada a la UE; es innegable que las instituciones de la Unión cuentan con una capacidad de medios tecnológicos y de personal muy superior a la de los Estados miembros en bastantes casos, quienes en muchas ocasiones confieren la defensa estos arbitrajes a despachos profesionales especializados en arbitraje. Las circunstancias (iii) y (iv) son, en todo caso, excepcionales, siendo preferible que actúe el Estado miembro afectado como demandado para sufragar los costes derivados del litigio y evitar la tensión entre la UE y el Estado miembro respectivo para sufragar los costes del arbitraje.

Durante todo el proceso arbitral se observan numerosos actos de cooperación leal entre los EE MM y la Comisión Europea como el poder formar parte de la delegación que envíe la Unión o el Estado miembro demandado, según quién actúe como demandado del proceso, la facilitación de todos los documentos que obren en el procedimiento, consultas sobre las alegaciones que van a realizar con anterioridad a la presentación de los escritos y muchos otros que permiten intuir el alto grado de participación que deja la UE a los EEMM en los arbitrajes futuros.

El Reino de España no es ajeno a esta cuestión y a propósito de las reclamaciones ante las Cortes de arbitraje internacionales por infracción del TCE –aunque en este caso el Tratado está firmado tanto por todos los EEMM como por la UE de forma individual–, con ocasión de los cambios legislativos retroactivos en materia de energías renovables⁹⁸, el Ministerio de Justicia ha creado una unidad especial dentro de la Abogacía General del Estado para defender al Reino de España en arbitrajes internacionales⁹⁹. Esto constituye una prueba evidente de que el asunto ya preocupa a la defensa de la Administración. En efecto, no cabe duda de que la presentación de diferentes demandas en materia de inversión repercute con carácter global al resto de las inversiones que empresas o particulares extranjeros realizan dentro del territorio nacional y, singularmente, a las inversiones que pudieran realizarse *ad futurum* en materia energética.

⁹⁸ S. González–Varas Ibáñez, "Arbitrajes internacionales con marcado componente jurídico–administrativo, el ejemplo de la energía (energía renovable, instalaciones fotovoltaicas)", *Diario La Ley* [LA LEY 4893/2014].

⁹⁹ Á. Soriano Hinojosa, "El Estado y las administraciones públicas ante el arbitraje internacional", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. VII, nº 2, 2014, p. 447.

La base para la creación de esta unidad se encuentra en el RD 997/2003 de 25 de julio, por el que se regula el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, que les atribuye funciones en el orden extra procesal y que complementa la tradicional asignación de competencias que ya tenía la Abogacía del Estado mediante la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

De la defensa de los referidos procedimientos se encargará la Subdirección General de los Servicios Contenciosos y a su frente existe un "Abogado del Estado Coordinador"¹⁰⁰. Esto demuestra la responsabilidad que está asumiendo la Administración en la defensa de los intereses estatales en el extranjero. La creación de esta unidad no se hace de forma caprichosa sino por la elevada preparación de los abogados que se van a encargar de la defensa del Reino de España y, sin duda, por los elevados costes que representa contratar a los bufetes de abogados que han copado este mercado. En los últimos años se ha producido un crecimiento de los contenciosos internacionales en los que España encargaba la defensa de forma principal a bufetes extranjeros que defendían los intereses nacionales ante conflictos internacionales como el *Prestige*¹⁰¹ o los tesoros de galeones hundidos en las costas de Florida¹⁰² con resultados dispares¹⁰³.

4. ¿Quién tiene la potestad de concluir acuerdos transaccionales?

Una vez determinada la forma en que se va a regular la asunción de la defensa de los eventuales litigios que pudieran surgir frente a EE MM y la UE, el nuevo Reglamento establece un rebuscado sistema de escenarios para identificar el pago que deban hacer los EEMM o la UE en caso de querer alcanzar un acuerdo transaccional para evitar

¹⁰⁰ Como anécdota curiosa, se trata del anterior Director del Servicio Jurídico de la Universidad Complutense, don José Luis Gómara.

¹⁰¹ Sentencia de la Sección 1ª de la AP de Coruña de 13 noviembre 2013 y Sentencia del Tribunal de Apelación del Segundo Circuito de Nueva York de 29 de agosto de 2012. Si bien en EE UU los intereses del Reino de España fueron defendidos por el bufete americano *Squire, Sanders & Dempsey*.

¹⁰² La empresa Odyssey Marine Exploration encontró el tesoro de la fragata Nuestra Señora de los Mercedes y España recuperó el botín de 500.000 monedas y un equivalente a 17.000 kilos de oro y plata tras el rechazo de las alegaciones presentadas por Odyssey ante la Corte Suprema de EE.UU. en la decisión adoptada por dicha Corte el 31 enero 2012. España fue defendida por el bufete *Covington & Burling*.

¹⁰³ A. Fernández Pérez, "Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. VII, n° 2, 2014, p. 371.

“un arbitraje costoso e innecesario”. Sinceramente, la panoplia de situaciones que ofrece el Reglamento podría haberse simplificado de veras.

El primer escenario que contempla es la aceptación de la responsabilidad financiera por el Estado miembro cuando la UE actúe como demandada. En este caso, el Reglamento prevé (art. 12) que el Estado afectado acepte su responsabilidad total o parcial. En el caso de que sea total, se pondrá fin al arbitraje, mientras que en el caso en el que sea parcial la responsabilidad del Estado miembro, el arbitraje podrá continuar en lo que respecta a la UE.

La segunda posibilidad que se prevé, es el acuerdo transaccional en litigios relacionados con el tratado dispensado exclusivamente por la UE o sus instituciones, lo que no plantea problema alguno, puesto que dependerá únicamente de la voluntad de la UE, que podrá concluir el arbitraje mediante un acto ejecutivo dictado por la Comisión (art. 13).

El tercer escenario sería aquél en el que la UE pretendiera resolver el litigio cuando un Estado miembro hubiera causado total o parcialmente la controversia (art. 14). Este sería el caso en el que la UE entendiera que la resolución amistosa del conflicto redundaría en el beneficio del interés financiero de la UE. Para el caso en el que ambos estén conformes con los términos del acuerdo transaccional, así se actuará. En el supuesto en el que la UE interviniera como demandada pero el litigio no causara ninguna responsabilidad financiera a la Unión, será el Estado miembro que asumirá las cargas del conflicto el único que puede concluir un acuerdo siempre que: a) acepte la carga financiera; b) el acuerdo solo tenga fuerza ejecutiva frente a dicho Estado miembro; y c) que no colisione con el Derecho de la Unión –art. 15.1º del Reglamento–. Si el acuerdo no afectara financieramente a ningún Estado miembro, la Comisión podrá concretar los acuerdos que estime oportunos.

El panorama más controvertido sería aquél en el que tanto la UE como el Estado miembro afectado fueran demandados conjuntamente. En este caso, la Comisión sólo podrá cerrar el acuerdo unilateralmente cuando cuente con el acuerdo del Estado demandado siempre que afecte a su responsabilidad financiera. Cuando no exista ninguna implicación financiera por el Estado miembro, la Comisión podrá cerrar el acuerdo aunque el Estado miembro disienta de dicha solución.

Las soluciones ofrecidas por el Reglamento resultan perfectamente lógicas. Ciertamente, se antoja complicado que en algún supuesto se

dé esta última situación en la que el Estado miembro demandado no acceda a la transacción cuando el acuerdo no le afecte (probablemente surja cuando puede repercutirle en litigios futuros). Sin embargo, para evitar situaciones hostiles, se ha establecido esta posibilidad. El Reglamento resulta muy prudente al evitar el enfrentamiento que supondría dotar a la Comisión de la fuerza para alcanzar acuerdos que afecten también al presupuesto de un Estado miembro. La competencia exclusiva asumida por la Unión en PCC a raíz del TFUE, podía brindar esta eventualidad sobre la base del interés común de la UE y el Reglamento soluciona esta cuestión de forma impecable.

Los EE MM también podrán alcanzar acuerdos de la forma descrita anteriormente cuando se denuncie el trato dispensado exclusivamente por éstos, para lo cual deberán notificar a la Comisión los proyectos de acuerdo transaccional. En caso de que ésta última no responda en el plazo de noventa (90) días, se entenderá admitido tácitamente el acuerdo. En caso de que la Comisión responda de forma negativa, el Reglamento no ofrece solución alguna. Sin embargo, entendemos que el Estado miembro afectado podrá concluir igualmente el acuerdo siempre que concurren las tres circunstancias descritas en el apartado 1 del art. 15 del Reglamento.

Por último, el art. 16 establece la posibilidad de alcanzar un acuerdo transaccional cuando se denuncie el trato dispensado por un Estado miembro parcialmente y éste desee resolver el litigio. En primer lugar, deberá consultar a la Comisión, y si ésta acepta el acuerdo propuesto dictará un acto de ejecución aprobándolo. En segundo lugar, puede darse la situación de que la Comisión rechace ese acuerdo aunque el Estado desee resolver el litigio. El Reglamento parece contradictorio en este artículo con lo expuesto en el precedente en cuanto a la autonomía de los Estados para celebrar acuerdos. Por tanto, según nuestro parecer, el rechazo de la Comisión sólo afecta para el caso en el que el acuerdo afecte a la carga financiera o presupuestaria de la Unión; pero si únicamente afecta al Estado, éste podrá concluir el acuerdo a pesar del rechazo de la Comisión, siempre que se cumplan las tres condiciones enunciadas en el art. 15.1º del Reglamento; a esto nos referíamos con la posibilidad de simplificar el Reglamento mediante el ofrecimiento de una solución única sin necesidad de dispersarla en distintos preceptos. Tampoco resuelve el Reglamento qué sucede cuando la Comisión esté conforme con cerrar un acuerdo y el Estado no, para lo cual entendemos que hay que retornar al art. 14 para solventar esta disyuntiva: el acuerdo transaccional podrá perfec-

cionarse siempre que no afecte a la carga financiera o presupuestaria del Estado afectado.

El último resquicio del Reglamento establece el procedimientos de comités, sobre la base del cual la Comisión estará asistida por el Comité para los Acuerdos de Inversión establecido en el Reglamento (UE) n° 1219/2012. El meritado Comité estará conformado, al amparo del Reglamento (UE) n° 182/2011, por representantes de los EE MM y presidido por un representante de la Comisión. En este sentido, resulta hospitalario el Reglamento por la participación que reserva a los EE MM en las diferentes fases tanto de los procedimientos litigiosos como aquellos procedimientos internos, esencialmente consultivos, a los que se hace referencia a lo largo del reciente Reglamento.

Tampoco es que las instituciones europeas guarden una reverente posición a los EE MM que puedan verse envueltos en los diferentes litigios entre inversores y Estados que puedan surgir al amparo de los futuros tratados suscritos por la UE; pero la conducta es cuanto menos reflexiva al categorizar las diferentes posiciones que podrían asumir los Estados miembros en eventuales litigios, y constreñir a los EE MM al abono de las cantidades que adeudaran únicamente en situaciones perfectamente comprensibles. Y sobre todo ponemos énfasis en la actuación conjunta y la permisión de que representantes de los Estados o de la Comisión formen parte conjuntamente de los diferentes comités establecidos para diseñar las estrategias de los litigios. No obstante, hasta que no surjan futuros litigios, no podremos ver la puesta en marcha de este Reglamento y los conflictos que pudieran surgir entre la UE y los EEMM por mor de los pagos a realizar.

Debido a la reciente promulgación de este Reglamento, escasean los casos en los que la UE forme parte de un tratado que pudiera derivar en un arbitraje internacional¹⁰⁴. El TCE no resulta un ejemplo paradigmático, aunque sí el más cercano, dado que no sólo se encuentra ratificado por la UE, sino también por los Estados miembros de forma individual. Aunque sí cabe preguntarse qué hubiera sucedido si los cambios regulatorios que han motivado la presentación de numerosas demandas arbitrales al amparo del TCE contra España, hubieran sido fruto de un mandato europeo. Desde luego que nada impide que los arbitrajes se hubieran iniciado frente a esta institución. No obstante, no todas las Cortes son válidas para poder instruir a la UE. De esta forma, recordemos que el CIADI, sin duda una de las Cortes de mayor prestigio a nivel de conflictos ISDS, surge a partir del Con-

¹⁰⁴ Excluimos los arbitrajes OMC.

venio de Washington de 1965 del que la UE no es parte. Asimismo, el propio art. 67 del meritado Convenio dispone que es necesario ser miembro del Banco Mundial para poder ser parte del Convenio. La participación de la UE en un arbitraje CIADI ha sido residual, únicamente como *amicus curiae*¹⁰⁵. Podría plantearse que la UE acudiera al CIADI a través del Mecanismo Complementario, pero las soluciones que presenta este mecanismo son meros parches en comparación con las garantías que propugna el procedimiento establecido en el Reglamento del CIADI.

VII. Conclusiones

La importancia de este Reglamento reside, en la novedad que supone la determinación de la responsabilidad financiera y demás cargas económicas relacionadas con litigios arbitrales. Es un Reglamento necesitado de complementos ya que faltan todavía por asignar aspectos clave como el órgano judicial competente para discernir sobre la validez de los laudos futuros que involucren a la UE. Especialmente cuando la UE está interfiriendo en algunos asuntos arbitrales exigiendo el respeto al Derecho de la UE por los árbitros para dotar de eficacia ejecutoria al laudo correspondiente¹⁰⁶.

Evidentemente es también paso notable para ir encaminándose hacia los grandes TLCs futuros que esperan a la UE. Indudablemente contiene reglas técnicas que exigen un cuidadoso examen hermenéutico en cada uno de los supuestos y que parten también de un diálogo permanente entre la Comisión y el correspondiente Estado miembro, siendo esencial el principio de cooperación leal que se refuerza así mostrándose como una herramienta fundamental para resolver los complejos desafíos de esta nueva relación a la que está avocada la UE con los Estados que la componen en este nuevo marco de relaciones comunitarias o internacionales.

Bibliografía

AGUILÓ PIÑA, J.F. y LACRUZ BASSOLS, I.: "Las inversiones extranjeras y la cooperación internacional", *Diario la Ley*, 1994.

¹⁰⁵ *Hermanos Micula c. Rumanía*, Caso CIADI No. ARB/05/20.

¹⁰⁶ STJUE 1 de junio de 1999, as. C-126/97: *Eco-Swiss c. Benetton*, pp. 15 y 16, párrafos 35 a 37.

- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.: "Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno", *Anuario Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), nº 3, 1976.
- CINELLI, C.: "La Cuestión Ártica y la Unión Europea", *Revista Española de Relaciones Internacionales*, nº 1, 2009, págs. 138–163.
- CREMADES, B. M. y CAIRNS, D.J.: "El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores", *Diario La Ley*, Nº 5538, 2002.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Derecho Privado de Internet*, 4ª ed., Cizur Menor, Thomson–Reuters Civitas, 2011.
- DÍEZ HOECHLEITNER, J.: "El arbitraje internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros de los APPRI", Versión extractada del trabajo "Protección diplomática y arbitraje de inversiones", en Libro homenaje al Profesor Pastor Rídruejo.
- DÍEZ HOECHLEITNER, J.: "El incierto futuro de los Acuerdos Bilaterales sobre Protección de Inversiones celebrados por los Estados Miembros de la Unión Europea", *Spain Arbitration Review*, nº 8, 2010. pp. 19–53
- DONGES, J.B.: *Estudios de Política Económica*, Madrid, Unión Editorial, 2007.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: "Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. VII, nº 2, 2014. Pp.369–397
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o de conveniencia?", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIV, 2009, pp. 13–37.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Conjeturas en torno a la nueva política global europea en materia de inversión internacional tras el Reglamento nº 912/2014", *La Ley: Unión Europea*, nº 18, septiembre 2014.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "El Derecho económico internacional de la globalización", *Guerra y Paz (1945–2009). Obra homenaje al Dr. Torres Bernárdez*, Bilbao, Servicios Editoriales de la Universidad del País Vasco, 2010.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. V, 2012.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Cizur Menor, Thomson–Reuters Civitas, 2010.
- GONZÁLEZ–VARAS IBÁÑEZ, S.: "Arbitrajes internacionales con marcado componente jurídico–administrativo, el ejemplo de la energía (energía renovable, instalaciones fotovoltaicas)", *Diario La Ley*.
- HUERTA DE SOTO, J.: *Ensayos de Economía Política*, Madrid, Unión Editorial, 2007.
- LODARES PÉREZ, Á.: *Pobreza y Mercado*, Madrid, Unión Editorial, 2014.
- MÁRQUEZ–ESCOBAR, C.P. y VILLEGAS–CARRASQUILLA, L.: "Regulación e inversión extranjera: los tratados de promoción recíproca de inversiones y el estándar de trato justo y equitativo", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2009, pp. 155–180.
- NOVAK TALAVERA, F.: "Caso Barcelona Traction Light and Power Company Limited. España vs Bélgica", *Revista Instituto de Estudios Internacionales*, vol. 4, nº 8, 1997.

- RODRICK, D.: *Has globalization gone too far?*, Washington, Institute for International Economics, 1997.
- SCHREUER, C.: "The concept of expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties", 20 de mayo de 2005.
- SORIANO HINOJOSA, Á.: "El Estado y las administraciones públicas ante el arbitraje internacional", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, n° 2, 2014, p. 439–448.
- TAMBURINI, F.: "Historia y destino de la 'doctrina Calvo': ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. 24, 2002, pp. 81–101.
- TAPIÀ HERMIDA, A.J.: "Naturaleza y funciones de las agencias de calificación crediticia", *Perspectivas del Sistema Financiero*, n° 103/2011.
- TUCKER, J.: *It's a Jetsons World: Privates Miracles and Public Crimes*, Madrid, Unión Editorial, 2014, p.202.
- VON MISES, L.: *Problemas epistemológicos de la economía*, Madrid, Unión Editorial, 2013.
- WÖSS, H.: "El Orden público, Derecho público, cosa juzgada e inarbitrabilidad en contratos públicos en México (la anulación del laudo del Caso ICC 13613/CCO/JRF)", *Spain Arbitration Review*, n° 14, 2013.
- WÖSS, H.: "Naturaleza, evolución y contexto del Derecho internacional de inversiones", *III Foro de Arbitraje en Materia de Inversión Instituto de Investigaciones Jurídicas /UNAM* 2 y 3 de septiembre de 2010.