

REFLEXIONES EN TORNO AL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES: HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA

Miguel Ángel Andrés Llamas

Resumen: En este artículo se realiza un análisis socio-jurídico del arbitraje internacional de inversiones en el contexto de la globalización. Los laudos arbitrales internacionales limitan la actuación de la administración pública. Se defiende que el arbitraje internacional de inversiones debe ser estudiado como un fenómeno de Derecho público.

Palabras clave: arbitraje, inversiones, administración pública.

Abstract: In this article, a socio-legal analysis of international investment arbitrations carried out in the context to globalization. International arbitration awards limit the activity of the public administration. It is argued that international investment arbitrations should be studied as a public law phenomenon.

Keywords: arbitration, investments, public administration.

SUMARIO: I. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES. II. UNA MIRADA SOCIO-JURÍDICA A LA REALIDAD DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES. III. EL PARADIGMA DE LA «LEX ADMINISTRATIVA». IV. REFLEXIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES.

La globalización ha supuesto el incremento del comercio y la inversión a escala mundial. La institución llamada a promover el comercio mundial es la Organización Mundial del Comercio (OMC). Sin embargo, las negociaciones comerciales en el seno de la OMC conllevan notables dificultades, pues se gestan en un marco de multilateralidad.

Una de las materias relacionadas con el comercio, aunque de contornos imprecisos, es la promoción y protección de las inversiones extranjeras. Simplificando, puede afirmarse que el comercio internacional refiere, en un sentido más amplio, las relaciones e intercambios de bienes y servicios entre empresas o Estados, mientras que la noción de inversión alude a los derechos e intereses de una empresa de un Estado que traslada al territorio de otro Estado: el Estado sede o receptor de la inversión. Desde el punto de vista jurídico, el comercio internacional y las inversiones extranjeras son objeto de

un tratamiento conjunto e iusprivatista. Si bien el llamado Derecho Internacional de las Inversiones goza de cierta autonomía, desde sus inicios su estudio ha estado presidido por el paradigma comercial.

Puede afirmarse que la adopción de medidas de promoción del comercio y la inversión opera de acuerdo con relaciones de supletoriedad. Aun cuando en las negociaciones comerciales influyen, obviamente, todo tipo de factores (políticos, económicos, diplomáticos, culturales, etc.), obstaculizadas las negociaciones por contrariedad de intereses en el ámbito territorial de mayor alcance, la negociación se traslada a un nivel inferior (multilateralismo, birregionalismo, bilateralismo)¹.

Entre otros factores, la crisis del multilateralismo –visible incluso antes de la creación de la OMC– y el auge del regionalismo han propiciado en las últimas décadas la aprobación de Tratados de Libre Comercio (TLC), que son acuerdos suscritos para liberalizar el comercio y que, más recientemente, también contemplan la promoción y la protección de las inversiones. Como ejemplo paradigmático de estos acuerdos comerciales de carácter regional puede citarse el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

En el seno de la OMC ya se ha aprobado el Acuerdo sobre Inversiones Relacionadas con el Comercio, pero que tiene un alcance ciertamente limitado. Como recuerda GUAMÁN, el objetivo de lograr una regulación multilateral de las inversiones extranjeras y su protección existió en el seno del GATT y de la OMC durante años, si bien no se ha alcanzado un acuerdo al respecto².

La necesidad de superar las limitaciones de la OMC y el fracaso del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), negociado en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) a finales de los noventa, incentivó la aprobación de tratados bilaterales de inversión (TBI), en su mayoría denominados Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI). Estos tratados bilaterales son instrumentos normativos internacionales que pretenden proteger las inversiones realizadas por personas físicas o jurídicas de un Estado en el exterior en relación con la idea de seguridad jurídica (expropiaciones, cambios regulatorios, etc.). En la actualidad existen más de 2.600 tratados bilaterales de inversión o con disposiciones sobre inversiones³. La proliferación de estos tratados implica

una enorme complejidad jurídica, habiéndose acuñado la expresión *spaghetti bowl* para referirse a la «tela de araña» que protege a los inversores⁴.

Los Estados compiten por ofrecer un marco regulativo lo más favorable posible a los intereses de los inversores, de tal forma que la proliferación de tratados bilaterales de inversión se enmarca en una lógica competitiva estatal e incluso regional. Esta dinámica se propicia, entre otras razones, por el hecho de que los actores privados pueden elegir o modificar, por la inherente movilidad del capital y la creciente facilidad de las comunicaciones, el destino de sus inversiones.

El elemento más relevante de los tratados bilaterales de inversión es la incorporación de sistemas de solución de controversias inversor-Estado (ISDS, por sus siglas en inglés: *Investor-State Dispute Settlement*), previstos también en algunos TLC que incluyen capítulos sobre protección de inversiones y en acuerdos sectoriales como el Tratado sobre la Carta de la Energía. Estos mecanismos permiten a los inversores demandar a los Estados receptores de la inversión ante un tribunal arbitral creado ad hoc o referenciado a alguna institución internacional, como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, que entró en vigor en 1966. Si bien el Convenio CIADI ha aportado un marco institucional para el arbitraje internacional de inversiones, éste aún requiere el consentimiento previo del Estado sede y el inversor.

El origen de este mecanismo supone en cierto modo una reacción frente a la llamada doctrina Calvo, conocida posición de los países latinoamericanos en los albores del siglo pasado que abogaba por la igualdad ante la ley de nacionales y extranjeros, el sometimiento de los extranjeros a las leyes y tribunales nacionales y la ausencia de intervención estatal en las pretensiones económicas de sus nacionales en terceros países. De tal manera que las controversias Estado-inversor se dirimían en el marco de la organización judicial del Estado receptor de la inversión, generalmente ante los órganos que realizan el control jurisdiccional de la Administración a través de la que actúa el Estado sede. Los Estados desplegaban su soberanía frente a particulares que no gozaban de la condición de sujetos internacionales⁵. No en vano, desde el Derecho Internacional todavía hoy se admite que ciudadanos y empresas carecen de subjetividad internacional.

¹ Se trata de una lógica de negociación jurídica que trasciende a la materia comercial, ya que un nivel inferior siempre ofrecerá menor resistencia a la parte fuerte.

² Vid. GUAMÁN, A.2015, *TTIP. El asalto de las multinacionales a la democracia*, Akal, Madrid, 2015, p. 44.

³ Todos los datos sobre el número de tratados y controversias arbitrales expuestos en este trabajo han sido obtenidos del portal web de la UNCTAD: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/>

⁴ Vid. MWEBEIIHA, C.J., «Re-configuring the Spaghetti Bowl Reflections on the Issue of Multi-Member ships in Regional Trade Agreements in Eastern and Southern Africa», *Legal is sues of economic integration*, Vol. 31 (4), 2004, pp. 243-256.

⁵ Vid. SUÑÉ, N., «Arbitraje en América Latina. Consideraciones en materia de inversiones», *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, núm. 5, 2015, pp. 191-215.

Los tratados bilaterales de inversión incorporan el arbitraje internacional de inversiones con el objetivo de ofrecer un mecanismo de protección de los inversores extranjeros frente a los cambios regulatorios y otras medidas de los Estados sede. El auge del arbitraje internacional de inversiones viene precedido de un cuestionamiento sobre la capacidad o imparcialidad de las vías de reclamación internas de los Estados receptores de la inversión en relación con la inseguridad jurídica derivada de expropiaciones y, también, de los efectos de las políticas públicas. El fundamento de estos instrumentos radica en la idea de seguridad jurídica orientada a la protección del interés privado del inversor. Además, se constata una tendencia expansiva de su ámbito de aplicación y, por consiguiente, de sus principios inspiradores. Es lo que sucede, por ejemplo, con las llamadas cláusulas paraguas (*umbrella clauses*) incorporadas en los tratados bilaterales de inversión, que trasladan al arbitraje internacional el incumplimiento de cualquier compromiso que el Estado haya asumido para con el inversor.

Una de las consecuencias más relevantes de los tratados bilaterales de inversión es que éstos producen un efecto disuasorio o congelación en los Estados receptores, consistente en la abstención de su actividad legislativa o reguladora a fin de evitar posibles demandas de los inversores. La inactividad de los poderes públicos no sólo se referiría a medidas que efectivamente lesionan los intereses de los inversores contraviniendo los tratados y acuerdos en cuestión, sino que también abarcaría decisiones que admiten una pluralidad de interpretaciones, como las controversias relativas a conceptos jurídicamente indeterminados. La automutilación de la actividad normativa de los Estados plantea un problema de legitimidad en el Estado Social y Democrático de Derecho, ya que los intereses de los inversores extranjeros pueden colisionar con el interés general encarnado en los poderes públicos, cuya acción pasa a considerarse un «riesgo político» para las empresas e inversores internacionales⁶.

Más aún, el efecto congelación podría desincentivar la aprobación de medidas plenamente compatibles con las obligaciones dimanantes de los tratados, y ello porque el solo hecho de afrontar una disputa arbitral ya supone un ostensible coste económico para las arcas públicas⁷.

En suma, puede afirmarse que el arbitraje internacional de inversiones comporta una contraposición de intereses entre inversores y Estados: de un lado, la protección de las inversiones extranjeras frente a la arbitrariedad del poder público; de otro, la capacidad estatal de desplegar políticas públicas.

⁶ GUAMÁN, *op. cit.*, p.122.

⁷ Los costes legales y arbitrales de una disputa inversor-Estado se sitúa como promedio en más de 8 millones de USD. *Vid.* CEO y TNI, *Cuando la justicia es negocio*, 2012.

II. UNA MIRADA SOCIO-JURÍDICA A LA REALIDAD DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES.

A fin de comprender mejor la arquitectura jurídica del arbitraje de inversiones, se pretende ahora otear un segmento de la realidad internacional desde una perspectiva socio-jurídica, prestando especial atención a las relaciones eurolatinoamericanas. El flujo de estas inversiones no sólo guarda relación con las estructuras comerciales tradicionales, sino que se halla imbricado con múltiples aspectos de las relaciones exteriores, como el diálogo político y la cooperación. A grandes rasgos, puede afirmarse que a lo largo del tiempo los países europeos han exportado capitales que recibían los Estados latinoamericanos.

En el ámbito propiamente birregional, la UE ha suscrito varios acuerdos de cooperación con disposiciones comerciales que también se refieren a las inversiones, tanto con subregiones como con países de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC). Simplificando, pueden distinguirse dos tipos de acuerdos de libre comercio promovidos por la UE: los de primera y los de segunda generación. Los primeros tienen una menor intensidad liberalizadora, limitándose a reducir aranceles y a establecer disposiciones de carácter general sobre comercio, con escasas referencias a las inversiones. Los acuerdos de nueva generación son más ambiciosos y promueven una liberalización integral del comercio e incluso prevén disposiciones de protección de las inversiones. A estos últimos se refiere la Comisión Europea en su Comunicación *Una Europa global: competir en el mundo*, COM(2006) 567 final, de este modo: «En lo que respecta al contenido, esos acuerdos han de ser más completos, ambiciosos y amplios, de modo que incluyan una amplia gama de ámbitos que abarquen los servicios y las inversiones, así como los derechos de propiedad intelectual (DPI)».

A raíz del Tratado de Lisboa, la UE ha asumido en el marco de la política comercial común competencia exclusiva sobre «inversiones extranjeras directas», lo que ha suscitado una profusa polémica sobre su alcance y delimitación⁸. Con anterioridad, los Estados miembro han ejercido la competencia sobre la protección de inversiones mediante la aprobación de tratados bilaterales. Aun cuando la UE puede contemplar ya la protección de la inversión en sus TLC –por ejemplo, ya incluida en el acuerdo alcanzado con Singapur–, y presumiblemente se negociará así en futuros acuerdos

⁸ *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «La confusa actuación de la Comisión Europea en el cambio del arquetipo regulador de la protección de inversiones transnacionales», *Diario La Ley*, núm. 8.592, 2015.

comerciales con América Latina (Mercosur), la validez de estos tratados bilaterales ya suscritos por los Estados miembro de la UE ha sido confirmada⁹.

Los Estados miembro de la UE han suscrito 251 tratados bilaterales de inversión con Estados pertenecientes a la CELAC, de los que 14 han terminado por distintas razones. De los 237 tratados restantes, la mayoría han sido firmados en la década de los noventa¹⁰. Entre otras razones, la proliferación de tratados bilaterales de inversión en los años noventa guarda relación con los dictados del Consenso de Washington¹¹. Estos tratados bilaterales suelen incorporar un contenido similar: una serie de definiciones, entre las que destaca la de inversión, recogida en términos amplios con carácter general; los compromisos de promoción y admisión de las inversiones; los principios de trato nacional, trato de nación más favorecida, trato justo y equitativo y protección y seguridad plena; la obligación de asegurar la libre transferencia de los pagos relativos a las inversiones; disposiciones sobre una indemnización justa en caso de expropiación y en caso de pérdidas; una cláusula de aceptación de la subrogación de entidades garantes de las inversiones y, finalmente, un mecanismo de solución de controversias Estado-inversor.

Puede afirmarse que el desempeño del ISDS en el marco de las relaciones de inversión entre Europa y América Latina reproduce las asimetrías comerciales tradicionales. Aun cuando cabe la posibilidad de que algunos asuntos arbitrales se desarrollasen sin información pública, los datos ofrecidos por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, en sus siglas en inglés) muestran que son los inversores europeos los que prácticamente en exclusiva acuden al ISDS frente a los Estados de la CELAC.

Así, los inversores europeos han demandado a Estados de la CELAC en 96 ocasiones. Los resultados son los siguientes: 20 laudos fallaron a favor de los inversores; en 11 ocasiones resolvieron a favor de los Estados; 27 pleitos arbitrales terminaron con acuerdos previos, lo que implica el pago de alguna

⁹ Véase al respecto el contenido del Reglamento (UE) n° 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países. Más recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sólo ha declarado contrario al Derecho de la UE el arbitraje internacional de inversiones que deriva de los tratados suscritos entre Estados miembro.

¹⁰ En concreto, tres tratados en la presente década, 52 en la década pasada; 156 en los años 90; 23 en los años 80; y tres en los años 70.

¹¹ Vid. HERZ, M., «Régimen Argentino de Promoción y Protección de Inversiones en los albores del nuevo milenio: de los tratados bilaterales, Mercosur mediante, al ALCA y la OMC», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 7, 2003, p. 2.

indemnización; 32 asuntos se encuentran pendientes de resolución y cinco procedimientos se hallan interrumpidos por diversas razones. Estos datos suponen que en el 81% de los casos los inversores han recibido alguna indemnización, mientras que sólo en el 19% los tribunales arbitrales han resuelto a favor de Estados.

Los Estados más demandados han sido Argentina (34), Venezuela (24) y Bolivia (10); les siguen Perú (6), México (5) y Costa Rica y Belice (3); Ecuador y Chile han sido demandados dos veces; y en una sola ocasión han sido reclamados Panamá, Guatemala, Paraguay, Guyana, El Salvador, Nicaragua y República Dominicana. En cuanto al tipo de arbitraje elegido, 76 procedimientos se desarrollaron ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que se inserta en el Banco Mundial; 19 ante tribunales basados en las normas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL); y uno ante la Cámara de Comercio de Estocolmo. En sentido inverso, el balance del arbitraje basado en la red de tratados bilaterales de inversión es bien diferente, en consonancia con la estructura de los flujos de inversión. De los Estados de la UE, únicamente España ha sido demandada en dos ocasiones, en el seno del CIADI, por sendos inversores venezolano y argentino, siendo resueltos los procedimientos a favor de España y el inversor argentino respectivamente.

El análisis de algunos casos puede resultar ilustrativo para comprender el impacto de los ISDS incorporados en estos tratados bilaterales de inversión. El asunto *Abengoa vs. México* es paradigmático. En 2009, la empresa Abengoa demandó a México con base en el tratado bilateral de inversión suscrito con España de 2006 debido a que las autoridades competentes denegaron la licencia de funcionamiento de una planta de almacenamiento y tratamiento de desechos industriales instalada en Zimapán, en un espacio natural protegido. La denegación de la autorización se debió a razones de seguridad y salud públicas, y fue precedida por la irrupción de un sólido movimiento social¹². En 2013, el laudo arbitral del CIADI acordó que México abonara una indemnización de 31,14 millones de euros. Este asunto revela cómo una instancia decisoria supraestatal puede colisionar con la capacidad de regulación estatal, que contempla intereses contradictorios.

El asunto *South American Silver vs. Bolivia* permite comprender el funcionamiento de la red de tratados bilaterales de inversión. La empresa canadiense ha solicitado una indemnización a Bolivia por la anulación de la concesión de una mina de plata en un procedimiento arbitral que se celebra bajo el reglamento de UNCITRAL. Importa destacar aquí que la compañía canadiense basa su reclamación en un TBI suscrito entre el Reino Unido y

¹² Vid. SALAZAR, A.M., 2012, «Zimapán: Ciudadanía global, territorio y medio ambiente», *Revista Nuevas Tendencias en Antropología*, núm. 3, 2012, pp. 1-19.

Bolivia, ya que la sociedad se halla registrada en Bermudas. Se trata de un caso de *forum shopping* que pone de relieve cómo la red de tratados bilaterales sirve a los inversores extranjeros para expandir su protección.

Argentina es el país más demandado debido a las medidas adoptadas para salir de la crisis en 2001. Por ejemplo, un laudo del CIADI condena a Argentina a pagar 405 millones de euros a la compañía francesa Suez, concesionaria en servicios de agua, por las consecuencias de la devaluación monetaria y la falta de un acuerdo sobre la subida de las tarifas. La protección de la inversión goza de primacía frente a la adopción de políticas públicas incluso en un contexto extraordinario de crisis económica. En un estudio empírico de gran interés, TORO VALENCIA¹³ ha analizado las controversias arbitrales contra Argentina y muestra cómo los grandes despachos de abogados constituyen autoridades privadas a las que los Estados quedan sometidos: «*Esta presencia de la autoridad privada es por tanto un fenómeno real y presente en la gobernanza global contemporánea. En este caso concreto opera con un fin y un propósito precisos, como es la expansión del régimen del arbitraje internacional de inversiones y, con él, el crecimiento de las oficinas globales de abogados como divulgadores de la globalización jurídica a lo largo del planeta. La influencia que tienen estos actores, gracias al reconocimiento que de su autoridad le hacen los miembros de la comunidad de las inversiones internacionales, se potencia en la medida en que los tratados bilaterales de inversiones celebrados entre los Estados se incrementan exponencialmente en los últimos 20 años*».

III. EL PARADIGMA DE LA «LEX ADMINISTRATIVA».

El arbitraje internacional de inversiones se ha venido concibiendo por la doctrina y los operadores jurídicos como una vertiente del arbitraje que se desarrolla en el ámbito del comercio internacional. Por ello, el enfoque dominante del arbitraje internacional de inversiones procede del Derecho privado.

Como reacción al paradigma comercial, algunos autores han reparado en la realidad institucional del arbitraje internacional de inversiones: si el inversor extranjero reclama contra un Estado que actúa generalmente a través de su Administración, el arbitraje internacional debe ser contemplado como un mecanismo de control jurisdiccional de la actuación administrativa del Estado sede. A resultas que se pretende configurar un nuevo paradigma del

¹³ Vid. TORO VALENCIA, J.A., *La autoridad privada en la gobernanza global: las oficinas globales de abogados en el régimen del arbitraje internacional de inversiones del CIADI: los casos arbitrales derivados de la crisis de Argentina*, tesis doctoral Universitat Pompeu Fabra, 2014, p. 379.

arbitraje internacional de inversiones en torno a la necesidad de aplicar el Derecho público.

Así, de acuerdo con HERNÁNDEZ G.¹⁴, es necesaria una «interpretación de Derecho Administrativo» del arbitraje internacional de inversiones a fin de reequilibrar los intereses en juego, que consiste en la aplicación del Derecho administrativo del Derecho interno como parte del Derecho que rige al arbitraje y en la aplicación de los principios generales de Derecho administrativo, cristalizados a través del método comparado, al estándar internacional de protección de las inversiones.

En un sentido similar, NAVARRO RODRÍGUEZ¹⁵ ha elaborado una propuesta de construcción doctrinal de una «lex administrativa» del arbitraje internacional de inversiones a fin de proporcionar una mayor seguridad jurídica a los inversores extranjeros y mayores garantías patrimoniales a los Estados sede. Concluye la autora que «a los principios propios del Derecho Internacional privado que tradicionalmente se han aplicado al Arbitraje Internacional de Inversiones (trato justo y equitativo, test de proporcionalidad e importancia del precedente) habría que añadir, como complemento indispensable, los principios propios del Derecho Administrativo que entendemos que le serían aplicables, configurándose así algunos de los mimbres necesarios para construir lo que parte de la doctrina ha bautizado como el "Derecho Administrativo Global". Este "corpus" de principios propios del Derecho Administrativo aplicables al Arbitraje Internacional de Inversiones estaría, pues, compuesto por los principios de legalidad, seguridad jurídica, confianza legítima, irretroactividad propia, respeto y garantía de la economía de mercado, no discriminación, cooperación y confianza mutua, racionalidad y proporcionalidad, agilidad, eficacia y eficiencia, transparencia, simplicidad y accesibilidad, menor onerosidad en las medidas de intervención pública que supongan la restricción de la libertad de empresa, sumisión a las reglas de la competencia, protección del consumidor y protección del medio ambiente».

Siguiendo la metodología propuesta por NAVARRO RODRÍGUEZ, puede abordarse la posible colisión de otros principios generales del Derecho administrativo con el paradigma comercial del arbitraje internacional de inversiones. Glosaremos brevemente dos: el principio de igualdad y el

¹⁴ Vid. HERNÁNDEZ G., J.I., «El CIADI en el marco del Derecho administrativo global: una visión desde el Derecho Administrativo latinoamericano», en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y HERNÁNDEZ, G., J.I., *El Derecho Administrativo Global y el arbitraje internacional de inversiones*, INAP, Madrid, 2016.

¹⁵ Vid. NAVARRO RODRÍGUEZ, P., «El nuevo Derecho Administrativo Global como lex administrativa en el arbitraje internacional de inversiones», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 42, 2016.

principio de publicidad. En cuanto al primero, la Constitución Española contempla la igualdad expresamente como valor superior del ordenamiento jurídico en el art. 1 y como derecho fundamental en el artículo 14. Ahora bien, la dimensión de la igualdad que más nos interesa aquí se conecta con el derecho a la libertad de empresa y la economía del mercado (art. 38 de la Constitución), esto es, con la posición jurídico-económica que la empresa ocupa en el mercado.

El hecho de que un inversor extranjero reclame al Estado con base en el mecanismo previsto en los tratados bilaterales de inversión puede resultar un agravio comparativo con respecto a la posición de un inversor nacional ante la misma situación objeto de controversia. Por un lado, en cuanto a la vertiente procedimental, ya que el inversor nacional se verá compelido a acudir a la vía jurisdiccional ordinaria, siendo diferentes las normas procedimentales y el tiempo de resolución. Por otro, en relación con el fondo del asunto, puede concluirse que las probabilidades de buen éxito de la acción entablada son mayores en el arbitraje internacional de inversiones, por la amplitud y generalidad de las cláusulas que la sustentan y la interpretación extensiva que suelen hacer los árbitros del estándar internacional de protección. En cambio, el inversor nacional en buena medida se verá limitado a intentar activar instituciones clásicas del Derecho administrativo y, en su caso, la figura insuficientemente desarrollada de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

La situación ocasionada por los cambios regulatorios en el sector de las energías renovables en España, que alteraron el sistema de primas y tarifa previamente establecido, constituye un buen ejemplo de la disparidad jurídica que puede ocasionar el arbitraje internacional de inversiones. Mientras que los laudos arbitrales internacionales han estimado las reclamaciones de los inversores extranjeros, la Justicia española ha rechazado las pretensiones de los inversores nacionales. Sin perjuicio de otras vicisitudes, la mencionada controversia en el sector de las energías renovables permite advertir que un mismo cambio regulatorio puede generar consecuencias jurídico-económicas distintas en función del origen del inversor, lo que pone en cuestión la vigencia del principio de igualdad en relación con la posición jurídica de las empresas en el mercado.

El hecho de que sólo un grupo de inversores pueda recibir cuantiosas compensaciones podría tener repercusión desde la óptica del Derecho de la Competencia. En este sentido, la Comisión Europea considera que las indemnizaciones que una empresa recibe en el marco del arbitraje internacional de inversiones tienen la naturaleza de ayudas de Estado. En efecto, en la Decisión C(2017) 7384 final de la Comisión Europea, de 10 de noviembre de 2017, en el asunto SA.40348 (2015/NN), relativa a la ayuda a la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energías renovables,

cogeneración y residuos, que ha sido recurrida por los inversores ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se afirma lo siguiente: «*The Comisión recalls that any compensation which an Arbitration Tribunal were to grant to an investor on the basis that Spain has modified the premium economic scheme by the notified scheme would constitute in and of itself State aid. However, the Arbitration Tribunals are not competent to authorise the granting of State aid. That is an exclusive competence of the Commission. If they award compensation, such as in Eiser v Spain, or were to do so in the future, this compensation would be notifiable State aid pursuant to Article 108(3) TFEU and be subject to the stand still obligation*».

Por otro lado, la confidencialidad del laudo, característica del arbitraje internacional de inversiones, parece incompatible con la realización del principio de publicidad. La doctrina ya se ha ocupado de esta cuestión en relación con la participación de la Administración pública en el arbitraje como método general de resolución extrajudicial de conflictos. A modo de ejemplo, GARCÍA PÉREZ¹⁶ concluye lo siguiente: «*La confidencialidad y privacidad que se enaltece en los procedimientos arbitrales frente a la publicidad de las contiendas judiciales, se erige, respecto a las controversias jurídico-públicas, en uno de sus principales inconvenientes, hasta el punto de condicionarse la admisibilidad de la técnica a la publicidad de los laudos*». Estas consideraciones pueden trasladarse plenamente al arbitraje internacional de inversiones. Aun cuando éste traiga causa de un tratado internacional, en un Estado Social y Democrático de Derecho la confidencialidad de los laudos difícilmente puede justificarse si se tiene en cuenta el interés general encarnado por el Estado en la controversia y que un inversor carece de subjetividad internacional, más aún si las controversias son susceptibles de reproducirse por inversores nacionales en los órganos jurisdiccionales competentes, presididos por el principio de publicidad.

IV. REFLEXIONES FINALES.

En las líneas anteriores se ha pretendido mostrar una panorámica necesariamente sucinta sobre la controvertida y compleja realidad del arbitraje internacional de inversiones. Tras exponer los elementos más singulares de este mecanismo de resolución de disputas, se ha puesto el foco en las relaciones eurolatinoamericanas a fin de captar el impacto real y efectivo del arbitraje internacional de inversiones y las problemáticas que suscita; y, seguidamente, se ha explorado la propuesta de una «lex administrativa» y la difícil compatibilidad del arbitraje internacional de inversiones con los principios del Derecho público.

¹⁶ Vid. GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2011, p.182.

Más allá del necesario debate de política económica sobre la pertinencia de fomentar la inversión extranjera y los instrumentos adoptados hasta el momento¹⁷, puede advertirse que la proliferación de tratados bilaterales de inversión limita la capacidad de regular de los Estados y repercute en la resolución de conflictos sociales y medioambientales, lo que plantea un interrogante inaplazable sobre su compatibilidad con el funcionamiento de un Estado Social y Democrático de Derecho. En cierto modo, la arquitectura jurídica del arbitraje internacional de inversiones no puede desligarse de la disociación regulativa que tiene lugar en el espacio jurídico de la globalización: en la esfera supraestatal se consagran y garantizan los derechos de los inversores, que se imponen jerárquicamente a otros derechos e intereses (laborales, medioambientales, etc.) relegados al plano estatal.

Esta problemática plantea tres tipos de soluciones. La primera abogaría por un repliegue jurídico del Estado en la globalización económica, que enarbolaría la tradicional doctrina Calvo y la defensa de la soberanía frente a otros actores globales. Por ejemplo, la salida del CIADI de Bolivia, Ecuador y Venezuela, aun cuando se ha señalado que «no significan un rechazo rotundo al arbitraje internacional como método de solución de controversias, sino más bien, una manera de mostrar una profunda rebeldía frente a una institución que no olvidemos depende del Banco Mundial»¹⁸, sí puede ser considerada una reacción defensiva y afirmativa de la soberanía frente a la actual configuración del Derecho económico de la globalización en el que se inserta el arbitraje internacional de inversiones.

La segunda tipología de soluciones pasaría por establecer mecanismos de protección del interés general a nivel supraestatal que reequilibren los intereses en juego. Algunas medidas han comenzado a adoptarse en esta línea. El Parlamento Europeo, en su Informe sobre una nueva estrategia innovadora y orientada al futuro en materia de comercio e inversión, de 28 de junio de 2016, afirma lo siguiente: «Destaca que las disposiciones sobre los derechos humanos y las normas sociales y ambientales, así como los compromisos sobre los derechos laborales basados en las convenciones fundamentales de la OIT y los principios de responsabilidad social de las empresas, incluidos los principios de la OCDE para las empresas multinacionales y los principios de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, deberían tener un carácter vinculante y constituir una parte sustancial de los acuerdos comerciales de la Unión por medio de compromisos obligatorios».

¹⁷ Algunos estudios no atribuyen a los tratados bilaterales de inversión un efecto beneficioso para la inversión extranjera. Vid. UNCTAD, *Informe sobre el Comercio y el Desarrollo*, 2014.

¹⁸ Vid. FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «Arbitraje inversor-estado: de 'bella durmiente' a 'león en la jungla'», *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 26, 2013, p. 9.

En algunos tratados bilaterales de inversión más recientes se incluyen cláusulas de protección de la capacidad reguladora de los Estados o de garantía de los derechos laborales y medioambientales. Por ejemplo, los tratados bilaterales de inversión suscritos entre Colombia y Francia (2014), Barbados y Bélgica-Luxemburgo (2009) o Bélgica-Luxemburgo y Panamá (2009) contienen cláusulas de protección de los derechos laborales o del medio ambiente¹⁹. La propuesta de un Tratado Internacional de los Pueblos para el control de las empresas transnacionales se insertaría en esta tipología de soluciones jurídicas.

La tercera tipología de soluciones jurídicas pretende cohonstar la promoción y protección de la inversión extranjera con la realización de los principios del Derecho público y la defensa del interés general encarnado por el Estado. La propuesta de incorporar una *lex administrativa* junto a la *lex mercatoria* permitiría subsanar las deficiencias del arbitraje internacional de inversiones, configurado actualmente por principios de Derecho privado. Ahora bien, aun cuando se ha defendido que estos principios son ya fuente del Derecho Internacional²⁰, difícilmente podrán incorporarse a los laudos arbitrales si no se modifican los tratados internacionales que permiten activar los mecanismos de resolución de disputas. Sólo será posible *publicar* el arbitraje internacional de inversiones si se incorporan los principios jurídico-públicos en los tratados.

No obstante, por más que se reequilibren los principios jurídicos de Derecho privado y de Derecho público, siempre existirá una tensión irresoluble entre las exigencias jurídico-públicas de un Estado Social y Democrático de Derecho y la dinámica del arbitraje internacional de inversiones. El fundamento del arbitraje internacional de inversiones radica

¹⁹ Como caso ejemplo, el art. 10 del primero de los tratados citados establece lo siguiente:

«1. Sin perjuicio del Artículo 6, nada de lo dispuesto en este Acuerdo se interpretará como impedimento para que una Parte Contratante adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, que garantice que las actividades de inversión en su territorio se efectúen en cumplimiento de la legislación medio ambiental, de salud y laboral en esa Parte Contratante, siempre y cuando el efecto de la medida sea no discriminatorio y proporcional a los objetivos perseguidos.

2. Las Partes Contratantes reconocen que no es apropiado estimular la inversión disminuyendo sus estándares ambientales, de salud o laborales. Por lo tanto, cada Parte Contratante garantiza que no modificará o derogará ni ofrecerá la modificación o la derogación de esta legislación para estimular el establecimiento, adquisición, mantenimiento o expansión de una inversión en su territorio, en la medida que dicha modificación o derogatoria implique la disminución de sus estándares ambientales, de salud o laborales».

²⁰ Se ha propuesto la aplicación de estos principios con base en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Vid. HERNÁNDEZ G., J.I., *op. cit.*, p. 238-239.

ciertamente en la sospecha de un trato injusto a los inversores extranjeros, en la desconfianza sobre la seguridad jurídica del Estado sede y la imparcialidad de su sistema jurisdiccional. Por tanto, cabe plantearse si esa falta de garantías puede predicarse de todos los países y, en particular, de los Estados miembro de la Unión Europea. ¿No están nuestros Estados de Derecho en condiciones de garantizar un trato justo a los inversores extranjeros? A pesar de las fallas que existen en cualquier Estado de Derecho de nuestro entorno en relación con la seguridad jurídica, las reticencias que subyacen en los tratados bilaterales de inversión no parecen justificadas. Además, cabe plantearse que si la inversión extranjera ofrece ventajas a los Estados, éstos serán los primeros interesados en proyectar garantías de seguridad jurídica para continuar resultando atractivos a las inversiones.

Por tanto, puede concluirse que para garantizar un trato justo a los inversores extranjeros también existen otras vías que los Estados deberían explorar y que la doctrina tiene el deber de alumbrar en un necesario diálogo interdisciplinar. Así, frente a la compleja red de tratados bilaterales, la propuesta de un acuerdo multilateral de inversiones podría rescatarse siempre que se contemple la inclusión de principios de Derecho administrativo y la defensa de los intereses públicos. Este tratado internacional podría establecer objetivos que los Estados deberían cumplir en el marco de sus sistemas jurisdiccionales, como la previsión de mecanismos de exigencia de responsabilidad patrimonial del poder legislativo más avanzado que los presentes, de los que se podrían beneficiar también las empresas nacionales. Y, frente a los opacos tribunales arbitrales, se advierte más razonable la creación de un tribunal internacional especializado con garantías de publicidad e imparcialidad que funcione como última instancia decisoria una vez los inversores extranjeros agoten los recursos internos. Se lograría, además, que la protección internacional de las inversiones sirviera de estímulo para mejorar la seguridad jurídica y los sistemas jurisdiccionales de los Estados.

V. BIBLIOGRAFÍA.

- CEO y TNI, *Cuando la justicia es negocio*, 2012. Disponible en: <https://www.tni.org/es/publicacion/cuando-la-injusticia-es-negocio>
- FERNÁNDEZ MASÍÁ, E., «Arbitraje inversor-estado: de 'bella durmiente' a 'león en la jungla'», *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 26, 2013.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «La confusa actuación de la Comisión Europea en el cambio del arquetipo regulador de la protección de inversiones transnacionales», *Diario La Ley*, núm. 8.592, 2015.
- GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 182.

Algunos estudios no atribuyen a los tratados bilaterales de inversión un efecto beneficioso para la inversión extranjera. Vid. UNCTAD, *Informe sobre el Comercio y el Desarrollo*, 2014.

- GUAMÁN, A. 2015, *TTIP. El asalto de las multinacionales a la democracia*, Akal, Madrid, 2015.
- HERNÁNDEZ G., J.I., «El CIADI en el marco del Derecho administrativo global: una visión desde el Derecho Administrativo latinoamericano», en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y HERNÁNDEZ, G., J.I., *El Derecho Administrativo Global y el arbitraje internacional de inversiones*, INAP, Madrid, 2016.
- HERZ, M., «Régimen Argentino de Promoción y Protección de Inversiones en los albores del nuevo milenio: de los tratados bilaterales, Mercosur mediante, al ALCA y la OMC», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 7, 2003.
- MWEBEIIHA, C.J., «Re-configuring the Spaghetti Bowl Reflections on the Issue of Multi-Member ships in Regional Trade Agreements in Eastern and Southern Africa», *Legal issues of economic integration*, Vol. 31 (4), 2004, pp. 243-256.
- NAVARRO RODRÍGUEZ, P., «El nuevo Derecho Administrativo Global como lex administrativa en el arbitraje internacional de inversiones», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 42, 2016.
- SALAZAR, A.M., 2012, «Zimapan: Ciudadanía global, territorio y medio ambiente», *Revista Nuevas Tendencias en Antropología*, núm. 3, 2012, pp. 1-19.
- SUÑÉ, N., «Arbitraje en América Latina. Consideraciones en materia de inversiones», *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, núm. 5, 2015, pp. 191-215.
- TORO VALENCIA, J.A., *La autoridad privada en la gobernanza global: las oficinas globales de abogados en el régimen del arbitraje internacional de inversiones del CIADI: los casos arbitrales derivados de la crisis de Argentina*, tesis doctoral Universitat Pompeu Fabra, 2014.