

ESTUDIOS

TRATADOS DE INVERSIÓN Y MUTACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO: ¿DERECHO PÚBLICO TRANSNACIONAL?¹

TOMAS DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO
Universidad Carlos III

Cómo citar/Citation

Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T. de la (2020).
Tratados de inversión y mutación del derecho público: ¿derecho público transnacional?
Revista de Administración Pública, 212, 13-54.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.01>

Resumen

De derecho transnacional se habla con toda normalidad en el ámbito del derecho mercantil y civil, pero también cada vez más con relación al derecho público.

El artículo pretende señalar las diferencias que existen en ambos campos, pues el Derecho público (constitucional y administrativo) se ha construido ponderando los conflictos entre los intereses y derechos de los privados y los valores e intereses públicos que tienden a prevalecer, pero no a toda costa. Los criterios y reglas de ponderación entre unos y otros derechos, intereses y valores es lo que caracteriza a los derechos públicos internos herederos de una tradición y una práctica centenarias.

Cuando el llamado derecho transnacional, en buena medida construido inicialmente en el ámbito de los arbitrajes comerciales y del derecho privado, se extiende al derecho público, merced en gran parte a los tratados de protección de las inversiones con los laudos y decisiones que van dictando tribunales arbitrales, no solo se puede producir una externalización de la jurisdicción a favor de los arbitrajes, sino también de las reglas sustantivas sobre el fondo del asunto que pueden contradecir las normas internas, incluidas las constituciones, así como el sistema mismo de ponderación de valores, intereses y derechos que ha caracterizado la construcción de los derechos públicos internos.

¹ El presente artículo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER2015-70883-P del Ministerio de Economía y Empresa «El Estado Social en la encrucijada: Limitaciones, condiciones y mejoras en la prestación de los servicios públicos» (nº de la OTRI: 2016/00149/001).

El artículo trata de poner de relieve la evolución de ese creciente proceso de externalización jurisdiccional (en tribunales arbitrales) y sustantivo (en reglas cuya aplicación puede acabar prevaleciendo sobre la propia Constitución), así como las más recientes novedades que el Tratado CETA ha supuesto mejorando bastantes problemas de esa externalización, aunque dando lugar a otros nuevos. En todo caso, ese derecho transnacional ha venido para quedarse y se trata de ser conscientes tanto de sus efectos, defectos y consecuencias como de que su recepción no sea acrítica.

Palabras clave

Derecho público transnacional; mutación derecho público; tratados de inversión; trato justo y equitativo; legítimas expectativas; tribunales arbitrales; CETA; derecho como hecho; proporcionalidad y razonabilidad; ponderación.

Abstract

We refer to Transnational law ordinarily in the fields of commercial and civil law, but also increasingly in relation to the field of public law.

The article intends to point out the differences that exist in both fields, since public law (constitutional and administrative) has been built balancing the conflicts between the interests and rights of the private persons and entities and the public values and interests that tend to prevail, but not at all costs. The criteria and rules for making a balance between each of those rights, interests and values is what characterizes the internal public laws, heirs of a centuries-old tradition and practice.

When the so-called transnational law, largely built initially in the field of commercial arbitration and private law, is extended to public law, largely thanks to investment protection treaties with awards and decisions that are issued by arbitration courts, not only can result in an externalization of the jurisdiction in favour of arbitration, but also of the substantive rules related to the merits of the case, that may contradict internal substantive rules, including the Constitutions, as well as the very system of the balancing criteria of values, interests and rights that has characterized the construction of internal public rights.

The article intends to highlight the evolution of this growing process of jurisdictional (in arbitral tribunals) and substantive outsourcing (in rules whose application may end up prevailing over the Constitution itself), as well as the most recent developments that the CETA Treaty has meant, correcting many problems of this outsourcing, although also generating new ones. In any case, this transnational law is here to stay and we should be aware of both its effects, defects and consequences, trying to ensure that its reception is not uncritical.

Keywords

Transnational public law; Public law mutation; investment treaties; fair and equitable treatment; legitimate expectations; arbitration Courts; CETA; Law as a fact; proportionality and reasonability; balancing.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. ALGUNAS CONCRECIONES DEL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. III. EL PROCESO DE EXTERNALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN Y DEL DERECHO APLICABLE A LAS INVERSIONES: DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA DEL ESTADO DE NACIONALIDAD DEL INVERSOR A LOS NUEVOS TRATADOS BILATERALES O MULTILATERALES DE INVERSIÓN (NAFTA, CIADI, CARTA DE LA ENERGÍA Y TRATADOS BILATERALES O MULTILATERALES, ACOGIDOS O NO AL CIADI): 1. Protección diplomática y primeros tratados de amistad y colaboración. 2. Los tratados CIADI y NAFTA: 3. La Carta de la Energía. IV. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL PROCESO DE EXTERNALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN Y DEL DERECHO SUSTANTIVO A APLICAR: 1. Del *minimum standard* al trato justo y equitativo pasando por el trato nacional y el trato de nación más favorecida. 2. Los problemas interpretativos del art. 42.1 de CIADI en cuanto al derecho aplicable por los tribunales arbitrales. 3. Consideraciones críticas sobre la evolución interpretativa de las reglas sustantivas aplicables al arbitraje y su incidencia en el derecho interno. V. LAS RADICALES NOVEDADES DEL NUEVO TRATADO AEGC (CETA) DE LA UE Y CANADÁ: 1. La externalización del Tratado CETA respecto al derecho interno. 2. La incorporación al CETA de los principios y valores de la UE para la interpretación del alcance de las obligaciones asumidas por el Estado: 2.1. *La precisión y alcance de expresiones y términos usuales en los tratados de inversiones*. 2.2. *La incorporación al tratado de objetivos, valores, principios y derechos de las partes en sus derechos internos*. 3. Los tribunales e instituciones. 4. Comisión Mixta y Comité de Servicios e Inversión. VI. LA EVENTUAL CONSTRUCCIÓN IMPLÍCITA POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES DE UN DERECHO PÚBLICO EXTERNO TRANSNACIONAL (ADMINISTRATIVO Y CONSTITUCIONAL) Y SU CONTINUIDAD ANTE LA APARICIÓN DE TRATADOS COMO EL CETA. VII. SOBRE EL DERECHO PÚBLICO TRANSNACIONAL, CONDICIONES DE POSIBILIDAD DEL MISMO Y FORMAS DE IRRUPCIÓN EN EL DERECHO INTERNO.

I. INTRODUCCIÓN

Se cuentan por miles los acuerdos bilaterales de inversión que en el mundo se han firmado, especialmente a partir de finales de los años sesenta del pasado siglo. A ellos se añaden acuerdos multilaterales o mixtos o acuerdos que instituciones regionales (supranacionales o no), como la UE, han firmado últimamente con distintos países, como es el caso de Canadá, Singapur o Japón.

Sin perjuicio de dejar para más adelante algunas reflexiones particulares sobre los tratados de la UE, que merecen una consideración autónoma, los tratados de inversión —multilaterales o bilaterales— llevan inscrita en su propia denominación en muchos casos su razón y finalidad, especialmente en su acrónimo en castellano: Acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI)². Es decir su objetivo unidimensional es, dejando aparte la promoción³, la protección de las inversiones. Es la inversión lo que se protege, y se protege frente a los Estados y sus medidas de intervención en la actividad económica que pueden afectarlas como se ha puesto de manifiesto en la innumerable serie de laudos que los tribunales arbitrales han venido dictando. Son las medidas de regulación económica, de protección del medio ambiente, de la salud, del desarrollo urbano, del patrimonio histórico las que, en buena parte, están en la base de muchos de los conflictos que dan lugar a los laudos. También, por supuesto, medidas de carácter social o de protección de derechos y políticas sociales.

Dejando de lado los supuestos de abusos que los poderes públicos pueden cometer o la falta de independencia de los órganos judiciales para contener y remediar tales abusos, los laudos arbitrales se deben enfrentar a los mismos problemas que tuvo que enfrentar en Europa la jurisdicción contencioso-administrativa primero y la jurisdicción constitucional después, sometiendo a derecho a la Administración y sometiendo también al legislador a la Constitución y a los derechos fundamentales.

No ha sido tarea fácil y ha llevado bastante más de un siglo completarla en la jurisdicción administrativa. La gran dificultad la han constituido las inevitables potestades discrecionales (incluida la discrecionalidad técnica) y los conceptos jurídicos indeterminados a que tienen que recurrir las Administraciones y los poderes públicos en trance de aplicar o ser dirigidos por la ley⁴ para justificar sus decisiones con incidencia en las inversiones. Conceptos que se dan también en el plano constitucional y de los derechos fundamentales o que tienen un margen

² El acrónimo inglés BITs: «Bilateral Investment Treaties», resulta menos expresivo en sí mismo, aunque en todos se dirigen expresamente en su texto o considerandos a la protección de las inversiones.

³ Unidimensional porque es la finalidad protectora de la inversión lo sustancial: su única dimensión. Por eso se puede dejar aparte la promoción que no es sino una segunda derivada. Es decir, la promoción es, básicamente, una consecuencia de la protección: el inversor, al sentirse protegido por los APPRI, se anima a invertir.

⁴ Véase Eberhard Schmidt Assmann (2012), «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo», en J. Barnes (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, INAP-Global Law Press, donde en págs. 87 y ss. habla de la evolución desde la dogmática de la ejecución a la Administración dirigida por la ley y en págs. 107 y ss. de las características de un derecho administrativo de garantía —el derecho administrativo de la regulación— cuya relevancia en las controversias ante los tribunales arbitrales es clara.

impreciso de delimitación (contenido esencial, libertad de cátedra, libertad de empresa, retroactividad, tutela judicial efectiva, etc.).

Pues bien, ese esfuerzo de más de un siglo y medio ha ido creando, desarrollando y perfeccionando las jurisdicciones administrativas en todos los países europeos. Jurisdicciones que empeñadas en conciliar los derechos de particulares y empresas con los intereses y derechos de la sociedad en su conjunto —encarnados en el Estado y los poderes públicos— han ido construyendo su propio alcance y sentido. Por otra parte, desde la Segunda Guerra Mundial y en el ámbito de la ley, también las jurisdicciones constitucionales han ido construyendo sobre bases parecidas la jurisdiccional constitucional de control del legislador mismo, tanto en su contraste con la Constitución, en general, como con los derechos fundamentales en particular.

Pues bien, en las últimas décadas, los tribunales arbitrales no han podido eludir, en su tarea predominante de proteger las inversiones, enfrentarse a la hora de dictar sus laudos a la ponderación de los intereses públicos y sociales que subyacen tras buena parte de las medidas que pueden quebrantar las inversiones⁵. Dichos tribunales han tenido que habérselas con decisiones de los poderes públicos tanto en el nivel de las Administraciones Públicas como en el plano de disposiciones del legislador mismo que exhibían, con mayor o menor acierto y oportunidad, los intereses generales como legitimadores de las medidas que se cuestionaban.

No han podido eludir el análisis de tales razones y su previsibilidad a la hora de ponderar el emergente y encumbrado principio de protección de las legítimas expectativas⁶ de los inversores; principio que si surgió inicialmente como una instrumento formidable de protección para las compañías demandantes, puede acabar transformando radicalmente su alcance y significado si en la esperanza de lo que se puede y se debe esperar se toma en cuenta lo lálbil que puede ser hoy día la regulación pública de la actividad económica⁷.

⁵ Véase William Burke-White (2010), «The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations», en *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford; también Zarra, Giovanni (2016), «The relevance of State interests in recent ICSID practice» en *The Italian Yearbook of International Law*, Vol. XXVI, págs. 487 y ss.

⁶ Véase Luis Arroyo Jiménez y Gabriel Doménech Pascual (2019), «The europeanisation of spanish administrative law through the principle of legitimate expectations», Preprints series of the Center for European Studies Luis Ortega Alvarez and the Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective. También Michele Potestà (2013), «Legitimate expectations in investment treaty law: Understanding the roots and the limits of a controversial concept», *ICSID Review*, 28, págs. 90 y ss. y 121 y Arwel Davies (2018), «Investment Treaty Interpretation, Fair and Equitable Treatment and Legitimate Expectations» en *Manchester Journal of International Economic Law*, Volume 15, 3, págs. 335 y ss.

⁷ Véase Benedict Kingsbury y Stephan W. Schill (2010), «Public law concepts to balance investors' rights with state regulatory actions in the public interest and the concept of proportionality», en Stephan W. Schill (dir.), *International Investment Law and Comparative Public Law* Oxford, págs. 77 (y ss.), 95, 96 y ss.

En definitiva, los tribunales arbitrales se han erigido inevitable, pero también inesperadamente, en instrumento del control de las Administraciones públicas y del legislador. Y lo han hecho, en parte, en detrimento de las jurisdicciones constitucionales y administrativas internas de los Estados huéspedes de las inversiones.

Esto suscita múltiples reflexiones en distintos planos. Una tiene que ver con la adecuación de unos tribunales arbitrales fugaces en su interna composición (aunque con miembros integrantes de las mismas que, salvando en todo caso su calidad y competencia, se repiten y que algunos han podido considerar como una casta⁸) para lidiar con cuestiones de orden constitucional y administrativo que están presentes en la mayor parte de los asuntos⁹. Otra tiene que ver con el sesgo o pecado original al que responden los arbitrajes de inversión concebidos inicialmente solo para proteger al inversor. Finalmente, aunque no la última, es la que más interesa a los efectos del presente trabajo: ¿se está construyendo un nuevo derecho administrativo y constitucional, separado del interno? ¿Estamos ante un derecho administrativo y constitucional transnacional? ¿Están preparados los tribunales arbitrales para construir un derecho administrativo y constitucional transnacional¹⁰? ¿Puede ese derecho administrativo y constitucional transnacional encerrarse en un compartimento estanco respecto de los derechos administrativo y constitucional internos o pueden producirse contaminaciones?, o, por fin, ¿es posi-

⁸ Véase Omar E. L. García-Bolívar (2015), «La crisis del derecho internacional de inversiones extranjeras: propuestas de reforma», *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 3, 5, págs. 146 (y ss.) y 153 y ss.; Malcolm Langford, Daniel Behn y Runar Hilleren Lie (2017), «The Revolving Door in International Investment Arbitration», *Journal of International Economic Law*, 20, págs. 308 a 316, accesible en doi: 10.1093/jiel/jgx018; también Gus Van Harten (2008), «A Case for an International Investment Court», *Society of International Economic Law (SIEL)*, Inaugural Conference 2008 Paper. Accesible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1153424>, págs. 2 y ss. Asimismo Julio González García (2015), «Arbitraje de inversiones y TTIP: elementos de análisis», en su post *Global politics and Law*, marzo. En términos más críticos, Cecilia Olivet y Pia Eberhardt (2013), «Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones», en la página web del Transnational Institute, en los puntos 4 a 10 del informe.

⁹ Dejando aparte los casos en que la actuación de los poderes públicos tengan que ver pura y simplemente con directos y evidentes abusos de poder en los que la ponderación de los derechos y los intereses públicos es prácticamente inexistente. Véase, sobre el tema, Laurence Boisson de Chazournes y Brian McGarry (2014), «What Roles Can Constitutional Law Play in Investment Arbitration?», *Journal of World Investment & Trade*, vol. 15 (5-6), págs. 863 a 865, 869, 876 y 887 y ss.

¹⁰ Kingsbury, Krisch y Stewart (2005), en «The Emergence of Global Administrative Law», *Law & Contemporary Problems*, 68, págs. 53 y ss.; Gus Van Harten y Martin Loughlin (2006), «Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law», *The European Journal of International Law*, 17, 1, págs. 141 y 146 (y ss.).

ble y conveniente un derecho administrativo y constitucional transnacional o es inevitable¹¹?

Estas preguntas son expresivas de la perspectiva en que se sitúa el presente estudio. Para abordar la cuestión empezaremos, tras concretar (2) algo más los distintos perfiles de la cuestión, con algunos ejemplos prácticos, por explicar la evolución de la protección de las inversiones (3) desde la protección diplomática hasta la Carta de la energía de 1996, destacando el proceso de lo que podríamos denominar «externalización» tanto de la jurisdicción como de las reglas de fondo aplicables en una perspectiva histórica sobre la ampliación de las reglas externas de fondo a aplicar por dichos tribunales arbitrales (principios, normas y costumbres de derecho internacional público) con la consiguiente progresiva marginación del derecho interno de los Estados —incluida la Constitución misma— y derechos, bienes y valores relevantes que difícilmente son tomados en cuenta a la hora de dictar los laudos. Todo ello debe ser objeto de análisis y crítica (4) antes de señalar cómo en los más recientes tratados de inversión de la UE se aborda el problema con soluciones que tratan de evitar esa postergación de derechos, valores y bienes constitucionales y los nuevos problemas que se suscitan (5), pero que exigen una reflexión sobre la emergencia de un derecho administrativo y constitucional transnacional y la incidencia en él de tratados como el CETA (6), concluyendo con algunas reflexiones sobre las consecuencias de su emergencia y las condiciones que debería satisfacer (7), siendo conscientes, en todo caso, de su aparición en cuanto puede acabar afectando a la construcción y a la práctica del derecho público (administrativo y constitucional) interno.

¹¹ Son innumerables los estudios sobre el denominado derecho transnacional, si bien interesa en este momento lo relativo al derecho administrativo y constitucional transnacional. Entre ellos puede citarse Stephan W. Schil (2013), «Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization», Jean Monnet working paper 05/13; también Andreas Kulick, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge University Press, accesible en <https://doi.org/10.1017/CBO9781139128971>; también Laurence Boisson de Chazournes y Brianen McGarry (2015), «Constitutional Law and the Settlement of Investor-State Disputes: Some Interplays», en *Shielding Humanity, Essays in International Law in Honour of Judge Abdul G. Koroma*, Leiden | Boston, págs. 230 y ss. En español están, entre muchos otros Allan R. Brewer-Carías (2016), «El consentimiento del Estado al arbitraje internacional en la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999 y sus vicisitudes», en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y José Ignacio Hernández G. (coords.), *El Derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones. Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, INAP, págs. 129 y ss.; en la misma obra colectiva, Libardo Rodríguez Rodríguez (2016), «El Derecho Administrativo Transnacional o Global: un nuevo capítulo del Derecho Administrativo», págs. 85 y ss. También Pilar Navarro Rodríguez (2016), «El nuevo Derecho Administrativo global como lex administrativa en el arbitraje internacional de inversiones», *Revista General de Derecho Administrativo*, 42.

II. ALGUNAS CONCRECIONES DEL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Los tribunales arbitrales tienen que resolver por ellos mismos, en el marco de los tratados de inversión, si determinadas medidas de las Administraciones públicas de policía o regulatorias que menoscaban los derechos de los inversionistas justifican el citado detrimento o no. En esa tarea los tribunales han partido hasta hace unos años de un prejuicio original, de un pecado original podríamos decir: su función viene constitutivamente dirigida únicamente a proteger las inversiones.

Desde ese pecado original no parecerían responder a la idea de neutralidad e imparcialidad, pues su función parece dirigirse solo a proteger la inversión. Ello no obstante, en esa labor de protección, no pueden eludir valorar la existencia de intereses públicos que expliquen y justifiquen la medida administrativa o legal que afecta o pone en cuestión la inversión. No se trata de poner en cuestión dichos tratados, pues son absolutamente necesarios cuando se piensa en inversiones en países en que no hay completas garantías de independencia del poder judicial, en los que el temor del inversionista radica en la falta de toda garantía ante actuaciones arbitrarias del poder o en su corrupción sistémica.

Pero si abandonamos ese escenario para situarnos en otro bien distinto con sistemas de control judicial independiente, en países desarrollados o en vía de desarrollo, las razones originales de la necesidad de los tratados de inversión merece una reflexión por su sesgo unilateral —proteger la inversión como el *primum movens*— y deberían incorporar algunas aperturas hacia razones que puedan justificar la toma en consideración de otros principios o razones a ponderar a la hora de decidir la legitimidad de una medida que supuestamente menoscaba la inversión.

El reciente Tratado CETA entre la UE y Canadá ofrece un ejemplo significativo de esta nueva aproximación de la que se derivan otras novedades tanto formales —la estructura y composición de los tribunales— como, sobre todo, sustanciales. Se trata de que en los tratados se recojan, junto a la justa y obligada protección de las inversiones, otros bienes y valores a tomar en consideración y que pueden acabar incidiendo —de forma original o sobrevenida— en el proceso de desarrollo y evolución de la inversión; bienes y valores tales como, entre otros, la salud, el medio ambiente o el desarrollo sostenible.

No quiere con ello ponerse en cuestión el encomiable objetivo de lograr con estos tratados lo que en pasadas épocas solo quedaba encomendado a la limitada e insuficiente protección diplomática —solo encomendada al Estado del inversor frente al Estado huésped de la inversión—. Ocurre, sin embargo, que esa finalidad unidimensional, que solo enfatizaba en su propia denominación la protección de las inversiones, sería la expresión de un cierto pecado original —o, al menos, un cierto fallo original o sesgo de parcialidad— que ha podido lastrar, durante un tiempo, la aproximación que se ha hecho a los problemas a los que

se enfrentaban los laudos que comenzaron a dictarse por los tribunales arbitrales que, prescindiendo de los órganos judiciales del Estado huésped, debían resolver las controversias que se pudieran suscitar.

Ese sesgo se ha ido corrigiendo en parte cuando comenzaron a concurrir determinadas circunstancias; cuando determinadas decisiones de los ejecutivos de los Estados —sea a nivel estatal, regional o local— o los fallos del poder judicial de los mismos (en aplicación de las normas legales y principios generales del Estado huéspedes de la inversión) que parecían implicar un obstáculo o quiebra de las inversiones pusieron de manifiesto que dichas decisiones o fallos encontraban justificación en bienes, valores y principios comunes a cualquier Estado: la protección del medio ambiente, la salud, el desarrollo sostenible, la libre competencia, derechos sociales o derechos fundamentales, proporcionalidad, transparencia, etc.

A partir de la concurrencia en los actos de los poderes públicos de los Estados huéspedes de circunstancias, hechos y datos —expresión de tales bienes, valores y principios (medio ambiente, salud, orden público, patrimonio histórico, derechos sociales, proporcionalidad, etc.)— que merecen, en principio, tanta consideración como la protección de las inversiones, los laudos mismos que resolvían las controversias han tenido que hacer más complejas sus aproximaciones al problema de la protección de las inversiones, sin que la guía rectora de su función adjudicatoria o resolutoria de la controversia pudiera ser, sin más, la unidimensional de protección de las inversiones, con olvido de la necesidad de ponderar cuáles eran los bienes, valores y principios en presencia.

Han tenido, pues, los laudos que esforzarse en integrar y asumir en el desarrollo de su función el reconocimiento de que no siempre la inversión merece ser protegida cuando, al ponderar otros bienes o valores que en cualquier Estado avanzado y respetable jurídicamente son dignos de consideración, está justificado priorizar tales bienes y valores. Pero esa nueva percepción no termina de superar un sesgo constitutivo a favor del inversionista que se refuerza con el procedimiento mismo y la organización de los tribunales arbitrales.

Probablemente no es ajeno a ese cierto cambio la superación de una cierta visión «colonialista» que despreciaba, a veces con fundamento, la falta de independencia del poder judicial del Estado huésped o el abuso de los poderes del legislativo o del ejecutivo dedicado a proteger a toda costa los intereses del país subdesarrollado o de sus élites. Todo lo cual legitimó los arbitrajes de inversiones al sacar del ámbito interno y llevar al ámbito del derecho internacional la solución de controversias frente a alegados abusos del Estado huésped que parecían claros¹², pero que no siempre se daban.

Todo eso cambia cuando los arbitrajes empiezan a afectar al mundo desarrollado; cuando se trata, por ejemplo, de que los derechos mineros de un

¹² Sin entrar aquí en los abusos de algunos inversionistas por otras vías en tales países con la complicidad o no de determinadas élites complacientes.

inversor canadiense¹³ en Estados Unidos quedan diezmados porque no consigue los permisos locales o estatales necesarios con base en que la puesta en práctica de tales derechos mineros tiene una incidencia ecológica negativa y afecta a determinados territorios desérticos, en que las tribus indias tienen derechos, y a determinadas creencias religiosas sobre el significado de esos territorios de las que no se puede prescindir. O cuando los derechos de construcción de un aparcamiento subterráneo en Vilnius se ven fuertemente limitados cuando su construcción se extiende a una parte del casco histórico que la población local no está dispuesta a admitir¹⁴. O cuando la inversión en una planta de almacenamiento y tratamiento de residuos queda condicionada al constatarse que algunos de los residuos a tratar son altamente contaminantes y peligrosos, por lo que las autoridades locales dificultan la concesión de autorización o resuelven la concesión¹⁵. O cuando en Canadá se plantea la cuestión de un distribuidor canadiense de tabaco que trata de evitar las garantías exigidas por la legislación estadounidense ante los riesgos para la salud, distribuyendo el tabaco a través de territorios reservados a los indios¹⁶ o, finalmente, cuando en España una modificación del marco legislativo de las energías renovables —que ha sido convalidado en lo sustancial tanto por el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias como por el Tribunal Constitucional—, se enfrenta a algunos laudos arbitrales, no a todos, que afirman que España no ha respetado el tratado de la Carta de la Energía¹⁷.

No se trata en el presente artículo de entrar en el fondo ni de ese último concreto asunto, ni de los otros mencionados o que se irán mencionando; tampoco de valorar quién sostiene la posición correcta —el tribunal arbitral o los tribunales internos—, sino, en relación, por ejemplo, con el último caso, porque sirve por todos para constatar la trascendencia que tales arbitrajes tienen en relación con el derecho público interno (administrativo y constitucional). Pone de relieve cómo un tribunal arbitral con sus laudos prescinde totalmente del supremo intérprete de la Constitución y del Tribunal Supremo a partir de la idea de que una cosa es el tratado y su eventual violación y otra cosa la violación de la Constitución.

En definitiva, los tratados de inversión y sus tribunales arbitrales pueden poner en cuestión no ya el principio de igualdad, sino la posibilidad de que dos vías de proclamación del derecho puedan funcionar, ya sea como compartimentos es-

¹³ *Glamis Gold v. United States of America*.

¹⁴ *Parkerings-Compagniet AS vs Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8 (Award 11 September, 2007)

¹⁵ *Robert Azanian vs Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2.

¹⁶ *Grand River Enterprises Six Nations v. United States of America*, NAFTA/UNCITRAL, Award, 12 January 2011.

¹⁷ Entre los laudos condenatorios puede verse *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A v. Reino de España* Caso CIADI No. ARB/14/1 de 16 de mayo de 2018.

tancos sin que al final una de ellas acabe influyendo —y poniendo en cuestión— en la otra, ya sea, por el contrario, produciéndose tal influencia con la posibilidad de que una de ellas acabe predominando o contaminando a la otra.

La discrepancia se reduciría si los laudos acabasen enfrentándose a las controversias con una visión integral, dejando de lado una cierta visión simplista —heredera del arbitraje comercial que los arbitrajes de inversiones tomaron inicialmente como modelo¹⁸ (donde los Estados quedaban preteridos) y aplicando principios propios ya sea del derecho administrativo continental, ya sea del derecho administrativo regulador propio de las agencias americanas o anglosajonas¹⁹.

III. EL PROCESO DE EXTERNALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN Y DEL DERECHO APLICABLE A LAS INVERSIONES: DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA DEL ESTADO DE NACIONALIDAD DEL INVERSOR A LOS NUEVOS TRATADOS BILATERALES O MULTILATERALES DE INVERSIÓN (NAFTA, CIADI, CARTA DE LA ENERGÍA Y TRATADOS BILATERALES O MULTILATERALES, ACOGIDOS O NO AL CIADI)

La explicación del momento en que estamos con el arbitraje de inversiones —y sus efectos sobre el derecho interno de los Estados y sus consecuencias generadoras de un eventual derecho administrativo y constitucional transnacional (derecho público transnacional en lo sucesivo, comprendiendo ambos derechos)— exige tener en cuenta la evolución del tratamiento de la protección de las inversiones desde el inicial instrumento de la protección diplomática (reforzado a veces con convenios o tratados de amistad y colaboración que establecían mecanismos o comisiones de verificación y seguimiento) hasta los más potentes que se pusieron en pie a impulsos del Banco Mundial o en determinadas regiones del mundo (América del Norte con el NAFTA, el CIADI o, en Europa, la Carta Europea de la Energía).

¹⁸ Gus Van Harten (2007), *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, págs. 125 y ss.; también del mismo autor (2008), «A Case for an International Investment Court», *Society of International Economic Law (SIEL)*, Inaugural Conference 2008 Paper. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1153424> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1153424>, págs. 5 y 7.

¹⁹ El derecho vigente al decidir la inversión era uno, pero después de comenzada la inversión, ese derecho puede ser modificado. Los tribunales arbitrales pueden tender a tratar esos cambios con las categorías del «pacta sunt servanda» del derecho privado. Pero nadie puede esgrimir una expectativa legítima de que el ordenamiento permanezca. Todo inversor sabe que la normativa que regula el sector en que se mueve puede ser modificada, incluso aunque haya logrado permisos o modificaciones de acuerdo con el derecho vigente al comenzar la inversión.

El recordatorio de esa evolución trata de poner de relieve lo que podríamos calificar como un «crescendo» en la externalización tanto de la competencia jurisdiccional para asegurar el respeto a las inversiones extranjeras (inicialmente sobre la base del propio derecho interno de cada Estado huésped de la inversión aplicando sin discriminaciones su legislación) como de las normas sustantivas mismas reguladoras de la inversión y determinantes de los laudos. Esta externalización doble, pero muy especialmente de las normas sustantivas, puede conducir a la postergación de la Constitución, de las leyes y de las prácticas regulatorias de los Autoridades Nacionales de Reglamentación de cada país y a la consolidación de ese derecho público transnacional del que ya existen bastantes muestras.

En el presente apartado se expondrá la evolución del contenido de las normas reguladoras de las inversiones hasta los convenios NAFTA y CIADI, muy próximos entre sí en el tiempo, así como la Carta de la Energía. En otro apartado posterior se analizarán, a los solos efectos del presente artículo²⁰, los últimos convenios de la UE —y muy singularmente el CETA con Canadá— en la medida en que implican un salto cualitativo importante que, sin perjuicio de los problemas nuevos que plantean, suponen por sí mismos todo un acta de acusación de esa deriva postergadora²¹ del derecho público interno por parte de los arbitrajes de inversión tipo NAFTA, CIADI y Carta de la Energía (CE en lo sucesivo) —o tratados bilaterales de inversión con sistema propios *ad hoc* de solución de diferencias o acogidos al CIADI o a cualquier otra instancia (París, Estocolmo, UNCITRAL, etc.)—. Debe aclararse, en todo caso, que no se pretende poner en cuestión ni la utilidad de los mecanismos de solución de controversias, ni la existencia de algunas normas sustantivas propias para la solución de diferencias, sino excesos y consecuencias no deseadas que se pueden detectar; en muchos casos que parecen consustanciales con los propios mecanismos y reglas de los tratados de inversión.

No se va a tratar aquí el mecanismo de solución de diferencias que se pone en marcha en el seno del GATT²² porque solo los Estados son parte legítima en él. Es más, solo a partir de la Ronda de Uruguay y de su Acta final de 15 de diciembre de 1993 surge un mecanismo propiamente jurídico al olvidarse del sistema

²⁰ La importancia del Tratado CETA y las novedades que incorpora merecen no uno, sino muchos estudios autónomos. Las referencias que al mismo se harán en el presente se dirigen solo a constatar cómo tal tratado trata de corregir las insuficiencias que están mostrando los mecanismos de protección de las inversiones tanto en el orden sustantivo del derecho aplicable como en el orden «jurisdiccional» de los tribunales arbitrales.

²¹ El adjetivo «postergador» no figura en el *Diccionario* de la RAE, pero sí otros formados a partir de verbos terminado en -gar, como subyugar, ganar, colgar, agregar, abrigar, etc. que admiten el adjetivo añadiendo el sufijo -gador.

²² Véase, sobre su origen, Pablo Zapatero (2006), «Searching for coherence in Global Economic Policy making», *Penn State International Law Review*, 3.

de *panels*²³, que practicaban lo que se vino a llamar la «solución diplomática de diferencias»²⁴.

1. PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y PRIMEROS TRATADOS DE AMISTAD Y COLABORACIÓN

En el principio fue la protección diplomática; es decir la protección que el Estado de la nacionalidad de una persona física o jurídica en el Estado huésped le daba, no solo en el caso de inversiones, frente a este último Estado²⁵.

La protección diplomática de un Estado respecto de sus propios nacionales respondía a los tratados bilaterales si los había, a los multilaterales en su caso y a la costumbre internacional; en todo caso una gran parte de los Estados miembros de la Sociedad de Naciones aprobaron en 1920 el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional²⁶ —antecesora del Tribunal Internacional de Justicia— con sede en La Haya que abría, en cuanto existiese una controversia²⁷, una vía de garantía de la efectividad de la protección diplomática previamente existente, aparte de resolver otras cuestiones entre Estados. Del reconocimiento de embajadores se derivaban una serie de derechos y obligaciones para el Estado que lo reconocía y para el Estado reconocido. El nivel de protección no era desde luego elevado, y desde luego no se refería específicamente a inversiones, aunque también las comprendía²⁸, sino a todo lo que tuviera que ver con un nacional propio en el Estado; protección que podía agotarse en el nivel de conversaciones y negociaciones entre Estados o llegar a una instancia arbitral que las dos partes hubiesen reconocido.

En ese ámbito de la protección diplomática, caracterizable como derecho internacional público, surgió una primera versión de la doctrina del *minimum standard* que luego seguirá siendo invocada hasta la actualidad. Doctrina formu-

²³ Véase Pablo Zapatero (2008a) «La invención de los *panels* del GATT», *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, 843, págs. 99 y 100.

²⁴ Por esa razón el estudio se centra en los modelos NAFTA y CIADI. Sobre cómo los particulares y empresas podían, véase Pablo Zapatero (2008b), «Participación pública y privada en los litigios de la OMC», *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 16.

²⁵ María Angélica Burgos-De la Ossa y Nicolás Lozada-Pimiento (2009), «La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión», *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 15, 247 y ss.

²⁶ El art. 14 del Pacto de la Sociedad de Naciones encomendaba al Comité la creación de un órgano judicial que se creó por el Estatuto de 16 de diciembre de 1920.

²⁷ Véase sobre el concepto de controversia Asier Garrido Muñoz (2018), «Los requisitos procesales en serio: la existencia de una “controversia internacional” en la jurisprudencia de la corte internacional de justicia», *Revista Española de Derecho Internacional*, 70-1, págs. 127 y ss.

²⁸ Es el caso del asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina (*Grecia c. Reino Unido*), Sentencia de 30 de agosto de 1924, PCIJ, Serie A, núm. 2, pág. 11, puede encontrarse en: www.opil.oupilaw.com › view › law:epil. También en www.worldcourts.com › decisions.

lada en la conocida decisión «Neer» dictada por una Comisión prevista en la Convención de 1923 firmada entre México y Estados Unidos. En ella²⁹ se estimó que aunque México podría haber utilizado mejores métodos en la investigación del asesinato por terceros en su territorio de un nacional estadounidense, ello no significaba que pudiera imputársele haber actuado de manera escandalosa, con mala fe o con negligencia voluntaria de sus deberes; el estándar fijado era, pues, muy alto³⁰ para entender que el Estado huésped hubiera incumplido sus obligaciones.

La peculiaridad del caso residía en que se trataba del hecho de un tercero y no del propio Estado mexicano. No obstante, la misma Comisión, en un caso de maltrato a un prisionero (caso *Roberts*³¹), donde sí estaba involucrada la responsabilidad de los poderes públicos de México, estableció que el estándar debido en cuanto al trato al detenido debía ser conforme con los «estándares comunes de la civilización»; estándar que es, lógicamente, algo más exigente³².

A partir de ahí, fuese el modelo *Neer* o el modelo *Robert*, se habla de *minimum standard* en los arbitrajes de inversiones. La diferencia es notable, pues en uno se infringen las obligaciones asumidas solo en casos de mala fe o negligencia voluntaria y en el otro el estándar, aunque más exigente, no deja de ser un mínimo común civilizatorio.

2. LOS TRATADOS CIADI Y NAFTA

Los tratados bilaterales, como el de la Convención de 1923 México-EE. UU., al que nos hemos referido en el apartado anterior, reciben un fuerte impulso con el surgimiento de tratados multilaterales que ponen en pie instituciones competentes para hacer cumplir las obligaciones asumidas en los tratados bilaterales, creando, ellos mismos, mecanismos arbitrales para tal fin³³.

²⁹ Se trataba de un asesinato de un ciudadano norteamericano en México en que las autoridades no pudieron detener a los culpables, pues los inicialmente detenidos fueron puestos en libertad por falta de pruebas. Los Estados Unidos reprochaban a México ausencia injustificada de investigación inteligente en el enjuiciamiento de los culpables, equivalente a una denegación de justicia.

³⁰ Véase Jan Paulsson y Georgios Petrochilos (2007), «Neer-ly Misled?», *Foreign Investment Law Journal*, 22, 2, pág. 242, University of Miami.

³¹ *Roberts*, 4 Rep. Int'l Arb. Awards 77, 80 (1926).

³² Lo que sostenía es que la igualdad de trato con los demás detenidos no podía ser el test adecuado para determinar la corrección del comportamiento de las autoridades a la luz del derecho internacional, sino que los extranjeros sean tratados de acuerdo con el estándar ordinario de civilización.

³³ El primero había sido el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1920, pero sería más tarde cuando se celebran tratados dedicados específicamente a la protección de las inversiones que ponen en pie mecanismos de solución de diferencias no ya entre Estados, sino entre nacionales de los Estados firmantes y el Estado huésped de la inversión.

Es el caso del Convenio de Washington³⁴ que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o, posteriormente, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA)³⁵ entre Estados Unidos, Canadá y México.

Lo que interesa aquí, a los efectos del presente estudio, es el análisis de las normas sustantivas con arreglo a las cuales se han de solucionar las controversias. Se trata, en definitiva, de aclarar la posición subordinada o no del derecho del Estado huésped en la ponderación de los bienes, valores e intereses que pueden, eventualmente, explicar las medidas o normas determinantes de la reclamación a las que se achaca que han perjudicado la inversión.

En el ámbito del CIADI las reglas de fondo con arreglo a las cuales, desde 1966, los tribunales arbitrales han de resolver las controversias son aparentemente muy simples y se recogen en el art. 42.1 del Tratado. Serán las normas acordadas por las partes las que tengan en cuenta los tribunales arbitrales y, en su defecto, «se aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables».

Debe notarse que el Convenio CIADI³⁶ no detalla las obligaciones que impone a los Estados parte, ni las reglas de fondo de detalle con arreglo a las cuales se dictarán los laudos. La única regla de fondo es, por tanto, el art. 42.1 a que se acaba de hacer referencia. Se debe ello a que se trata de un convenio cuyo objetivo primero³⁷ es establecer una organización —un centro para el arreglo de diferencias— presumiendo que el régimen de las inversiones puede ya estar definido en convenios internacionales bilaterales o multilaterales que los distintos Estados hayan celebrado entre sí.

En el caso del NAFTA las reglas de fondo para resolver las controversias son mucho más detalladas, si bien igualmente en su aplicación se ha desbordado su ámbito inicial. En sus arts. 1102 a 1114 se establecen cuáles son las obligaciones que los Estados asumen respecto de las inversiones de los nacionales de los demás

³⁴ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI), hecho en Washington el 18 de marzo de 1965. Entró en vigor el 14 de octubre de 1966 una vez fue ratificado por veinte países. Se preparó por los directores ejecutivos del Banco Mundial.

³⁵ Firmado el 17 de diciembre de 1992 y en vigor desde el 1 de enero de 1994.

³⁶ A 12 de abril de 2019, según informa la página web del CIADI, son 163 los Estados firmantes y 154 los que han depositado los convenios de ratificación.

³⁷ De ello es expresiva la primera prevision del art. 1º del Convenio: 1. Por el presente Convenio se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo llamado Centro). 2. El Centro tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio.

Estados partes. Tales obligaciones son así las reglas sustantivas que habrán de tomar en cuenta los tribunales.

La primera regla es la de trato nacional (art. 1102), en cuya virtud se asume que las normas a aplicar han de ser las mismas que reciben los nacionales del Estado huésped. Tal previsión se completa por otras reglas de los artículos siguientes (1103 a 1114) que pueden entrar en conflicto con la de trato nacional o suponer un mejor trato que el nacional³⁸. En todo caso, las obligaciones que allí se contienen no deberían suscitar demasiados problemas en principio, aunque luego los hayan creado en su aplicación práctica. Es el caso, por ejemplo, de las obligaciones relacionadas con las transferencias al exterior de pagos derivados de las inversiones o de las expropiaciones directas en cuanto a las causas que legitiman la expropiación. Mayor complejidad pueden suscitar las expropiaciones indirectas o las medidas de efecto equivalente a una expropiación³⁹ o nacionalización⁴⁰.

A esos efectos merece una especial mención el art. 1105.1 del NAFTA⁴¹ en torno al cual se han movido buena parte de los debates en cuanto establece un criterio general de ponderación aplicable de forma general a todas las obligaciones sobre inversiones que resulta muy expresivo en la rúbrica misma del artículo (*minimum standard*) y que se resume en el conocido «fair and equitable treatment» (FET en lo sucesivo), que se considera parte del derecho internacional, junto con la «plena protección y seguridad». El «trato justo y equitativo» se erige así en el criterio para determinar cuándo una regulación, por ser excesiva, infringe los

³⁸ Las obligaciones son enumeradas de forma detallada: así, se recoge en el art. 1103 el trato de nación más favorecida; en el art. 1104 el nivel de trato; en el art. 1105 el *minimum standard* en que resuena el criterio que sobre el mismo fueron sentando las Comisiones establecidas en la Convención de 1923 con México a que se ha hecho referencia en nota anterior; en el art. 1106 los requisitos de desempeño; en el art. 1107 la cuestión de los directivos; en el art. 1109 las transferencias derivadas de las inversiones; en el art. 1110 las expropiaciones y compensaciones o en el art. 1114 previsiones sobre medio ambiente.

³⁹ Puede ser el caso de medidas regulatorias. Véase al respecto Santiago Rodríguez Bajón (2012), «El concepto de riesgo regulatorio, Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites», *Revista de Administración Pública*, 188, págs. 189 y ss. También Carlos Pablo Márquez-Escobar (2008), «Expropiación mediante regulación: Inversión extranjera, tratados de promoción de inversiones y el poder de policía de la administración», *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá*, 11

⁴⁰ En efecto, en la mayoría de los sectores regulados (energía, telecomunicaciones, etc.) pueden tomarse medidas dirigidas a mantener y promover una competencia efectiva en el mercado o evitar situaciones de dominio en el mercado que podrían ser entendidas como expropiaciones indirectas o medidas de efecto equivalente.

⁴¹ Art. 1105.1 Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

límites de lo que es justo y equitativo⁴². Se trata así de un criterio o regla externa al pasar por encima del derecho interno y la regla del trato nacional.

Por otra parte, debe señalarse que el art. 1114 se refiere, en cambio, al medio ambiente para aclarar que nada de lo dispuesto en el capítulo sobre inversiones del tratado (en el que se localizan todos los arts. hasta ahora citados) se interpretará «como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental».

La mención del medio ambiente no puede ser más oportuna, pero se echa de menos la mención a la salud, el patrimonio histórico-artístico o monumental, el derecho de la competencia, la regulación económica o la política social. Ese es el reproche que puede hacerse, justamente, al NAFTA, así como a los demás tratados que estamos considerando⁴³.

3. LA CARTA DE LA ENERGÍA⁴⁴

En la Carta de la Energía (CE) se fijan en sus arts. 10 a 17 (PARTE III) las obligaciones que las partes asumen en orden a la «promoción y protección de las inversiones». Las reglas son muy detalladas, en relación con las del Tratado CIADI, y parecidas a las del NAFTA; empiezan por establecer el compromiso de «crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes contratantes realicen inversiones en su territorio», al que se añade en el mismo art. 10.1 la garantía de una «protección y seguridad completas».

Se trata de un primer compromiso que puede ser condicionante del alcance de las obligaciones de los Estados, especialmente en una materia como la energía, donde la regulación del sector hace inevitables los cambios necesarios que pueden quedar afectados por el primer compromiso del mantenimiento de condiciones estables⁴⁵. Sin negar el valor que la estabilidad tiene, su proclamación —sin más matices y como el primer compromiso que se menciona en el primer número del

⁴² Véase Hussein Haeri (2011), «A Tale of Two Standards: 'Fair and Equitable Treatment' and the Minimum Standard in International Law», *Arbitration International*, 27, 1, págs. 33 a 35.

⁴³ Ello no obstante, no faltan laudos tampoco en que, enfrentados a una decisión tomada con base en dichos olvidados bienes y valores, los han tenido en cuenta en algunos casos; pero esa omisión determina una querencia desequilibrada hacia la protección de la inversión con desatención de esos intereses, valores, bienes y derechos a tomar en consideración.

⁴⁴ Firmada en Lisboa el 17 de septiembre de 1994.

⁴⁵ Véase sobre el riesgo regulatorio Santiago Rodríguez Bajón (2012), en «El concepto de riesgo regulatorio Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites» *Revista de Administración Pública*, 188, págs. 195 y ss.

primer artículo (el art. 10) con el que se abre la Parte III de la CE sobre protección de las inversiones— resulta tal vez excesiva.

Pero no se queda aquí la CE, sino que recoge con detalle en el propio art. 10.1 el compromiso de las partes de asegurar un trato justo y equitativo (lo que parece completamente lógico, aunque con los riesgos derivados de una interpretación expansiva de compromiso), así como el de no perjudicar la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las inversiones con medidas exorbitantes y discriminatorias. También con la obligación de no conceder un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional.

La descripción del número 1 del art. 10 pone de manifiesto que se asumen por los Estados obligaciones que podrían llegar a entrar en conflicto con las potestades regulatorias⁴⁶ que todos los Estados firmantes tienen —al menos los países miembros de la UE— en los sectores regulados con funciones y competencias asignadas, de acuerdo con el derecho de la UE, a Autoridades Nacionales de Regulación; funciones y competencias que comprenden la obligación de mantener y crear condiciones de competencia efectiva y de atender obligaciones de servicio universal; funciones todas ellas que podrían entrar en conflicto con esos compromisos de la CE.

Como se acaba de señalar, no se trata más que del contenido del número 1 del art. 10 de la CE que en sus demás apartados siguen estableciendo obligaciones para las partes firmantes y que, en los sucesivos artículos hasta el 17, las va completando en muchos otros aspectos como expropiación, responsabilidad por pérdidas, régimen del personal directivo, transferencia de pagos, subrogación y supuestos de no aplicación de los artículos anteriores en determinados supuestos.

Por lo demás, las obligaciones que se recogen en la Carta de la Energía en cuanto a transferencias, expropiaciones directas o indirectas o medidas de efecto equivalente, trato a directivos, etc., son bastante parecidas a las que se recogen en el NAFTA, solo dos años anterior, aunque algo más detalladas en el caso de la CE.

Las obligaciones que los Estados asumen son muy lógicas en líneas generales y no deberían suponer demasiadas dificultades ni en una democracia, ni en una economía en vías de desarrollo o desarrollada.

La CE toma en cuenta en su art. 19 la atención al medio ambiente y en el art. 24 (sobre excepciones) reconoce que las previsiones de la Carta no impiden a los Estados adoptar medidas para proteger la vida y la salud humana o de vegetales o animales, así como garantizar el suministro de materias y productos energéticos en situaciones de escasez o para garantizar el mantenimiento del orden público. Tales excepciones no se aplican ni a las compensaciones por responsabilidad del art. 12 de la Carta ni a las expropiaciones directas o indirectas o medidas de efecto equivalente.

⁴⁶ Véase Sidney A. Shapiro (2002), «International trade agreements, regulatory protection, and public accountability», *Admin. L. Rev.*, 435 (HeinOnline), págs. 453 y ss.

Faltan, pues, en la Carta referencias a otros bienes o valores distintos de los medioambientales (salvo las referencias indicadas sobre salud, suministro u orden público como más relevantes) como elementos a tomar en cuenta a la hora de valorar si los Estados, en su legislación o en su aplicación, han observado las obligaciones que la Carta les impone.

Bienes y valores como la promoción de la competencia en actividades reguladas (como es el caso de las energética) o el patrimonio histórico-artístico y monumental, el urbanismo o políticas sociales o el servicio universal y su eventual ampliación no aparecen mencionados.

Junto a las reglas sustantivas que acabamos de mencionar (con arreglo a las cuales se podrá controlar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados) la CE en su Parte V establece los mecanismos de solución de controversias entre los cuales, en el art. 26.3 a), se recoge el sometimiento de las controversias a soluciones arbitrales. Soluciones que pueden consistir en realizarlas en el ámbito del CIADI, entre otras posibilidades..

En tales arbitrajes las normas a aplicar por el tribunal arbitral, de acuerdo con el art. 27.3 g) de la Carta, serán, además de la propia Carta —con los detalles que hemos destacado—, las normas y principios aplicables del derecho internacional (entre ellos los mismos del CIADI).

Enumerados los rasgos principales de las reglas de fondo de los tratados de inversiones tomados como referencia, procede analizar en el apartado siguiente las consecuencias y efectos de su práctica y aplicación por los tribunales arbitrales.

IV. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL PROCESO DE EXTERNALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN Y DEL DERECHO SUSTANTIVO A APLICAR

1. DEL *MINIMUM STANDARD* AL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO PASANDO POR EL TRATO NACIONAL Y EL TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA

En el ámbito de la protección diplomática, ya sea basada en la costumbre internacional o en diferentes tratados internacionales con distinta denominación, carácter y alcance se fueron construyendo las primeras reglas que luego se emplearían a partir de los años sesenta del pasado siglo en los tratados específicos sobre protección de las inversiones.

Aunque la regla o principio del *minimum standard* resonaría más tarde en la rúbrica del art. 1105 del NAFTA, siempre ha estado presente la discusión de si el *standard* solo permitía interpretar que el Estado había incumplido sus obligaciones si actuaba con mala fe o con negligencia deliberada (asunto *Neer*) —lo que evidentemente suponía un umbral muy alto de incumplimiento que en pocos casos se podría estimar— o más bien (asunto *Robert*) cuando la conducta imputable al Estado no se conformaba con los estándares comunes de civilización. Sea

como fuere lo que aquí interesa destacar es que el original *minimum standard* en cualquiera de sus dos acepciones (*Neer* o *Robert*) presuponía que no se ponía en discusión la aplicación del derecho interno del Estado para valorar la conducta causante que daba lugar a la reclamación, salvo con el límite de actuaciones o normas con mala fe o negligencia deliberada (*Neer*) o de actuaciones o normas que atentasen contra el estándar de un mínimo común de civilización.

El *minimum standard* legitimaba en principio el derecho interno, salvo si el estándar quedaba violado.

Esto es lo que va a cambiar tanto con el Tratado NAFTA como con el CIADI. Aunque el NAFTA es posterior en el tiempo, merece analizarse en primer lugar porque en su versión inglesa recoge en su art. 1105 el principio o regla del *minimum standard* con ese mismo nombre. Lo relevante es que sobreviven las líneas teóricas de la doctrina en cualquiera de sus interpretaciones, pero con un sentido distinto. Sobreviven pese a que la denominación de *minimum standard* —que figura solo en la rúbrica del art. 1105 del NAFTA— es concretada de forma más detallada en el cuerpo de tal artículo al definirlo como la que corresponde de acuerdo «con el Derecho internacional, incluyendo el tratamiento justo y equitativo y plena protección y seguridad para las inversiones».

A partir de aquí el cambio es muy notable al aparecer el concepto de trato justo y equitativo («fair and equitable treatment» —el FET en lo sucesivo—) que se transforma en una fórmula de estilo, pero con un alcance que parece más abierto, pese a lo cual los Estados con frecuencia aluden, no tanto a las doctrinas *Neer*⁴⁷ o *Robert*⁴⁸ por su nombre, sino a su contenido⁴⁹.

⁴⁷ Véase Jan Paulsson y Georgios Petrochilos (2007), que en págs. 247 y ss. destacan con extrañeza la importancia que *Neer* ha tenido en doctrina y laudos posteriores.

⁴⁸ En el laudo *SD Myers v. Canada*, aunque acaba condenando al Estado, se recuerda que el FET conlleva una interpretación que tenga en cuenta que la violación de las obligaciones del Estado supone que se haya dado un trato tan arbitrario e injusto que sea inaceptable desde el punto de vista del derecho internacional; añadiendo que a tal efecto ha de tenerse el alto grado de deferencia que el derecho internacional reconoce al derecho de las autoridades del Estado para regular las distintas materias dentro de sus fronteras. En el número 263 afirma: «The Tribunal considers that a breach of Article 1105 occurs only when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective. That determination must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders».

⁴⁹ En *Pope & Talbot*, laudo de 10 de abril de 2001, el tribunal rechazó que el umbral de incumplimiento fuera semejante al que invocaba Canadá sin citar *Neer*, pero citando sus palabras. La invocación frecuente del *minimum standard* como una forma de limitar el FET tiene que ver con el problema con que se encuentran los laudos, cuando los Estados consideran que pueden legitimar sus normas o sus conductas con base en otros derechos, valores o bienes que los tratados de inversión no se han dignado mencionar en su afán de

En el art. 10.1 del NAFTA deben destacarse dos cuestiones también muy relevantes: la primera dice que el FET forma parte del derecho internacional⁵⁰ (tal vez por referencia, precisamente, a las decisiones dictadas bajo el Tratado de 1923 entre México y Estados Unidos de indiscutible carácter internacional) y también forma parte de dicho derecho la plena protección y seguridad de las inversiones.

La eficacia de tales principios ha quedado directamente reforzada, tanto por llevarlas al texto del tratado como por afirmar que forman parte del derecho internacional. No obstante, los tribunales arbitrales tienden a interpretar que el FET es algo adicional y no una parte integrada en el derecho internacional⁵¹.

Por otra parte, debe destacarse que en el NAFTA, al igual que en la CE, se contienen previsiones específicas sobre trato nacional, trato de nación más favorecida, transferencias provenientes de inversiones, responsabilidad y compensaciones, expropiaciones directas o indirectas o medidas de efecto equivalente. En realidad se trata de previsiones que no debían ser sustantivamente muy diferentes de las del orden interno, la diferencia solo surge en su aplicación en casos concretos en relación con cuestiones como, por ejemplo, la expropiación indirecta o las medidas de efecto equivalente, así como en la interpretación de qué se entiende por trato justo y equitativo.

2. LOS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DEL ART. 42.1 DE CIADI EN CUANTO AL DERECHO APLICABLE POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES

El tratado por el que se crea el CIADI no pretende establecer reglas de fondo para los arbitrajes de inversiones, sino crear un centro (el CIADI) que dé

no poner puertas al campo de proteger las inversiones, pero que acaban reapareciendo. Es ahí cuando los Estados invocan que la infracción tiene que ser evidente o basarse en mala fe o negligencia inexcusable, y lo invocan porque se percatan de que medidas que puede parecer que dañan las inversiones extranjeras, pero que se basan en criterios de regulación que consideran legítimos, exigen retomar la idea de deferencia hacia el legislador interno. Tales objetivos legítimos puede consistir en favorecer una competencia efectiva en determinados sectores regulados o imponer obligaciones adicionales de servicio universal a determinados operadores y no a todos con base en su tamaño o en favorecer la entrada de nuevos entrantes (en telecomunicaciones, energía, etc.) o basadas en razones de urbanismo o de carácter social o de salud (recuérdese el caso de la carne hormonada ventilado ante la OMC).

⁵⁰ Véase sobre ello *Pope & Talbot v. Canadá*, el Tribunal rechazó que realmente la FET formara parte del derecho internacional, sino que era un elemento añadido a la misma (números 115 a 118). Patrick Dumberry (2016), «Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?», *Journal of International Dispute Settlement*, 00, págs. 1-24.

⁵¹ Véase Rumana Islam (2016), «Fair and equitable treatment (FET) standard in arbitral practice: Sustainable development in context», *Bangladesh Journal of Law*, págs. 24 y ss.; también Dumberry (2016).

cobertura y apoyo en la gestión y administración de cualquier arbitraje bilateral que pueda existir y que se haya limitado, como era muy frecuente, a establecer un compromiso de arbitraje para solucionar las diferencias entre inversores y Estados, pero sin establecer muchas reglas al respecto. El CIADI, como otros organismos, ofrece cobertura de gestión y administrativa y un sistema de normas, procedimientos de designación de árbitros, etc.

Eso hace que el CIADI no tenga más norma sustantiva sobre reglas de solución de las controversias que el art. 42.1, lo que no quita que sea una norma que ha sido decisiva en muchos laudos

Pese a su aparente sencillez, la misma fue objeto desde su gestación de muchas controversias. También a la hora de interpretar su alcance, hasta el punto de que la versión francesa no concuerda con la española y la inglesa. Ninguna duda ofrece la primera oración en cuanto a las normas de fondo aplicables a las controversias que hayan elegido las partes. En defecto de tal designación de normas por las partes, el art. 42.1 dispone que «el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables». La versión francesa dice otra cosa en la parte final, pues en lugar de hablar de «las normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables» habla de «principios»⁵².

La interpretación inicial, y la querida por los que aprobaron la norma según lo ha contado el doctor Broches, presidente de la Comisión que lo elaboró, consistía en que era la legislación del Estado parte la que regía en defecto de acuerdo entre las partes; en caso de lagunas de dicha legislación —o de contradicción de esta con normas o principios de obligatoria observancia (orden público internacional)— regirían la normas de derecho internacional. El modo como acaba la versión española parece apoyar tal interpretación cuando se refiere a las normas «que pudieran ser aplicables». Es decir, no se trata de normas que entran en igualdad de condiciones con la legislación del Estado parte (de la que no se dice que pudiera ser aplicable) a la hora de resolver la controversia, sino de normas que no son directa o inmediatamente aplicables. Solo lo podrán ser si se trata de normas imperativas que la legislación del Estado parte no puede desconocer. El principio del *minimum standard* sería un buen ejemplo de ello.

El presidente de la Comisión que lo aprobó, Aron Broches, así lo recogió en varias publicaciones al narrar los debates que suscitó su redacción⁵³, pero lo

⁵² La versión francesa dice: «Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend —y compris les règles relatives aux conflits de lois— ainsi que les principes de droit international en la matière».

⁵³ Véase A. Broches (1965), que recordaba:

«It was quite clear that the laws of the host country would be of primary importance and that international law itself would in the first place refer to them. The principles of international law which might be brought into play would be such as *pacta sunt servanda*».

cierto es que, sin embargo, los tribunales arbitrales acabaron dando preeminencia al derecho internacional; derecho que no tenía que justificar ni por qué entraba en juego, ni si se trataba de normas imperativas.

El debate que se ha suscitado al respecto y su resultado final es una buena muestra del desplazamiento del derecho interno por normas externas⁵⁴, la externalización y ajenidad de las normas aplicables, desplazamiento que comprende el de la Constitución y las leyes y la doctrina que en su interpretación hayan dictado tanto sus tribunales constitucionales como sus tribunales supremos. Doctrina esta última que, en la interpretación de la legislación del Estado parte en los tratados, integra todos los valores, bienes y derechos (salud, medio ambiente, derechos sociales, defensa de la competencia, urbanismo, etc.) sobre los que descansa el entero ordenamiento y que contribuyen a delimitar el alcance de todos y cada uno de los derechos.

La paradoja de ese debate radica en que históricamente la pretensión de fondo en la protección de las inversiones radicaba en conseguir que el inversor extranjero no fuera discriminado negativamente respecto del inversor nacional (principio de trato nacional), ni tampoco respecto de nacionales de otros Estados que tuvieran un trato especial (trato de nación más favorecida) por las razones históricas, lingüísticas, etc., que fueran.

Con la interpretación que ha predominado del art. 42.1 lo que se logra es que el inversor extranjero llegue a tener mejor trato que el nacional.

La cita consta en Summary Proceedings of the Legal Committee Meeting, December 7, Morning, in 2 ICSID Documents at 799, 800, se toma la cita y su procedencia de W. Michael Reisman (2000), «The Regime for Lacunae. Choice of Law Provision and the Question of Its Threshold», *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 15, 2, págs. 362-381.

En el mismo artículo de Reisman se cita (pág. 379) otra intervención del presidente Aron Broches, afirmando:

«That process will not involve the confirmation or denial of the validity of the host State's law, but may result in not applying it where that law, or action taken under that law, violates international law. In that sense, as I suggested earlier, international law is hierarchically superior to national law under Article 42(1)».

Cita que toma de un artículo de Aron Broches (1972), *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 136 Recueil Des Cours de L'academie de droit International, págs. 331, 392.

⁵⁴ Véase sobre esta externalización de las normas sustantivas la posición en tal debate de Michael Reisman (2000), «The Regime for Lacunae in the ICSID. Choice of Law Provision and the Question of Its Threshold», *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 15, 2, págs. 362-381, 2; una posición contraria sostiene con apoyo en distintos laudos (como *Siemens AG v. Argentine Republic* o *Autopista Concesionada de Venezuela CA v. Bolivarian Republic of Venezuela*); Antonio R. Parra (2009), «Applicable law in investor-state arbitration», TDM 1, «Investor-State Disputes - International Investment Law».

3.3. Consideraciones críticas sobre la evolución interpretativa de las reglas sustantivas aplicables al arbitraje y su incidencia en el derecho interno

Se trata de hacer un análisis del alcance y consecuencias que el creciente proceso de externalización de la jurisdicción y de las reglas de fondo está teniendo sobre la comprensión de las obligaciones de los Estados y la creación de una división de dos clases de inversionistas⁵⁵. Los extranjeros pertenecerían a la primera división y los nacionales a la segunda.

La regla de trato nacional que sigue luciendo en muchos tratados (arts. 1101 del NAFTA y 10.3 de la CE) y que parece que, en un principio, debió constituir el sueño de un inversor extranjero se ha transformado: lo que el inversor extranjero quiere es ser tratado mejor que el inversor nacional.

Por el contrario, el sueño del inversor nacional sería, ahora, ser tratado como el inversor extranjero. Esa transformación de la regla no es imputable al tratado, como algunos sostienen, sino a los tribunales arbitrales que no le han prestado atención y que han utilizado otras, como el FET y las legítimas expectativas, siempre en una dirección (la protección del inversor) olvidándose de los intereses generales que podían legitimar y justificar determinadas regulaciones⁵⁶.

El problema no consiste en que el nacional esté sujeto a un régimen inicuo del que logra escapar el inversor extranjero acudiendo a un tribunal arbitral, sino que el inversor extranjero sabe que en muchos laudos acabarán, quedando liberados de la toma en consideración en los mismos de bienes o valores que podrían afectar a la rentabilidad de su inversión, como la salud, el urbanismo, el derecho de la competencia (o medidas de regulación para favorecer la competencia) o de determinadas medidas de carácter social o laboral. Liberados o, al menos, sin que esa toma en consideración de esos valores tenga el mismo peso en el laudo que tendrían en una sentencia dictada por un tribunal interno. No tendrán el mismo peso desde el momento en que el principio de protección de las inversiones de los extranjeros suele ser el valor predominante para un tribunal arbitral.

Además de que la protección de las inversiones sea el *primun movens* de los tratados que aplican los tribunales arbitrales, ocurre que todos esos otros bienes

⁵⁵ Véase Claudia Salgado Levy (2015), «Drafting and Interpreting International Investment Agreements from a Sustainable Development Perspective», *Groningen Journal of International Law*, 3(1): International Arbitration and Procedure, págs. 61 y ss.

⁵⁶ Derivar la responsabilidad hacia los tratados y no hacia el desbordamiento de muchos laudos, que olvidan la regla original del trato nacional, es la posición por ejemplo de Elser, Julia Constanze (2014), «The international investment regime: does investment protection trump the right to regulate in public interest?» *A Final Dissertation Submitted for the LL.M in International Trade Law, Contracts, Dispute Resolution at ITC-ILO / University of Turin*, pág. 48 (accesible en academia.edu). Por su parte en el dictamen 1/2017 de 30 de abril, 2019, del Tribunal de Justicia a requerimiento del Reino de Bélgica, ese resquemor hacia que el inversor extranjero tiene mejor trato que el nacional era uno de los motivos del dictamen que se solicitaba.

y valores que en el orden interno legitiman la acción del legislativo y de la Administración han desaparecido de los tratados; y, aunque los tribunales arbitrales pueden tenerlos en consideración, siempre lo harán como recayendo en los Estados la carga de la prueba de la necesidad, proporcionalidad y adecuación de la medida que restrinja o afecte a la inversión. En defecto de tal prueba por parte del Estado, para los laudos tenderá a prevalecer la protección de la inversión.

En el orden interno de los Estados las cosas suceden de otra forma. Naturalmente, al Estado y a las Administraciones les corresponde exponer en dicho orden interno los títulos que legitiman su intervención y las afecciones a los derechos de los inversores. También justificar la proporcionalidad de la medida, pero en los casos límite la carga de la prueba no opera igual que en los arbitrajes internacionales. Más bien los tribunales —los del orden contencioso-administrativo y los tribunales constitucionales— son deferentes respecto de los Estados reconociéndoles un margen discrecional de apreciación en ciertos asuntos, cuando en su labor de control han agotado los elementos jurídicamente asequibles de las apreciaciones de la necesidad y proporcionalidad de las medidas.

Esa deferencia —y la determinación de sobre quién recae la carga de la prueba y si se trata de juicios de proporcionalidad estricta o de simple razonabilidad— es lo que cambia en los tribunales arbitrales de inversión.

V. LAS RADICALES NOVEDADES DEL NUEVO TRATADO AEGC (CETA)⁵⁷ DE LA UE Y CANADÁ

El tratado CETA supone un cambio radical en relación con los tratados hasta ahora examinados e incluso con respecto a las prácticas de muchos Estados miembros sobre los efectos y vigencia de los tratados. El cambio se produce tanto en aspectos sustantivos como formales o institucionales.

En el plano sustantivo el cambio consiste en una cierta externalización del tratado respecto del derecho interno de la Unión, pero, simultáneamente, en la internalización en el CETA de principios y valores fundamentales de la Unión por su incorporación al articulado y el espíritu y finalidad del tratado.

En el plano formal o institucional el cambio consiste en la constitución de un tribunal y un tribunal de apelación⁵⁸ en los arts. 8.27 y 8.28. Tribunal cuyos miembros tienen mandato permanente durante cinco años prorrogables.

⁵⁷ Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG), en denominación en español, y «Comprehensive Economic and Trade Agreement» (CETA), en denominación en inglés, cuyo acrónimo (CETA) emplearemos en lo sucesivo por su mayor simplicidad y eufonía.

⁵⁸ Véase Susan D. Franck (2005), «The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions», *Fordham L. Rev.*, 73, 1521; en él propone un Tribunal de apelación para mejorar el sistema de tribunales arbitrales; accesible en <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol73/iss4/10>.

Consiste también en la previsión para el futuro de un tribunal multilateral (art. 8.29) junto con otros socios comerciales que pretendería ser un nuevo modelo de tribunales de inversión⁵⁹.

1. LA EXTERNALIZACIÓN DEL TRATADO CETA RESPECTO AL DERECHO INTERNO

De varias maneras se produce la externalización. En primer lugar, desde el momento en que en el art. 30.6 del CETA se dispone que ninguna disposición del tratado concede derechos o impone obligaciones a nadie salvo a los Estados mismos y a las demás partes en el tratado; tampoco permite que las partes (la UE y los Estados, así como Canadá) puedan establecer un derecho de recurso con arreglo a su derecho interno contra la otra parte para aducir que una medida de la otra parte es incompatible con el CETA.

Además, la externalización se produce porque el incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones del tratado únicamente comporta las consecuencias previstas por el art. 8.39 apdo. 1 letra a) del CETA de compensación por los daños sufridos.

Como ha dicho el Tribunal de Justicia en el número 148 de su Dictamen 1/17, la competencia de los tribunales previstos en el CETA vulneraría la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión si, al apreciar restricciones a la libertad de empresa, cuestionase el nivel de protección del interés público que haya motivado el establecimiento por la Unión de esas restricciones respecto del conjunto de operadores o hicieran declaraciones relativas al incumplimiento del derecho interno.

En segundo lugar, la externalización se produce en la medida en que el art. 8.31 determina cuál es el derecho aplicable por los tribunales que pone en pie el tratado. El Tratado CETA no determina la derogación ni el desplazamiento de las normas internas de las partes: ni de la UE, ni de sus Estados miembros (por supuesto, tampoco de Canadá o sus provincias).

Esto puede parecer extraño en la perspectiva del art. 96.1 de la Constitución, que establece que una vez publicados en España forman parte del ordenamiento jurídico. Esa previsión constitucional aquí no se produce de la forma habitual sin que, por otra parte, esto viole la Constitución, puesto que es el propio tratado el que así lo ha querido.

Esto no significa que España o la UE no queden obligadas por el tratado frente a los inversionistas y a Canadá; pero esa obligación se sustancia en una especie de compartimento estanco que solo genera la obligación de indemnizar y que no implica ni anulación automática de las normas internas o anulación de las medidas infractoras del tratado ni siquiera obligación futura de derogar las nor-

⁵⁹ Además se prevé la existencia de un Comité Mixto y de un Comité de Servicios e Inversión.

mas o las medidas. Otra cosa es que las partes quieran voluntariamente corregir las normas o anular las medidas para evitar para el futuro las consecuencias de las compensaciones a que pueda ser condenada una parte.

La clave de esa peculiar solución está en el art. 8.31 del CETA, que establece cuál es el derecho aplicable por los tribunales (el tribunal del art. 27 y el tribunal de apelación del art. 28). La compleja y hermética solución se comprende bien si se recuerdan las objeciones del Tribunal de Justicia (TJ en lo sucesivo) en sus dictámenes 1/09 de 8 de marzo de 2011 y 2/13 de 18 de diciembre de 2014 a cualquier pérdida de autonomía del derecho de la UE; pérdida inevitable si, de alguna forma, tribunales externos y ajenos (el de Estrasburgo incluso) pudieran determinar la interpretación del derecho de la Unión o afectar de alguna forma a tal interpretación.

El TJ, en el núm. 110 de su Dictamen 1/17 de 30 de abril de 2019, residencia tal autonomía en el marco constitucional propio de la UE y «en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, los principios generales del Derecho de la Unión, las disposiciones de la Carta y las disposiciones de los Tratados UE y FUE».

Es para preservar esos valores para lo que se establece en el CETA que solo el TJ puede interpretar el derecho de la UE. Ya había adelantado esa posición el Tribunal de Justicia en su sentencia *Achmea*, impidiendo la ejecución de laudos arbitrales —en controversias entre Estados miembros— en cuanto implican una interpretación del derecho de la Unión que corresponde en exclusiva al Tribunal de Justicia⁶⁰.

En esas condiciones la dificultad de crear unos tribunales que juzguen sobre el cumplimiento del Tratado CETA sin comprometer la autonomía del derecho de la UE y la primacía de la interpretación del TJ se resuelve en dicho art. 8.31 declarando la incompetencia de los tribunales del CETA «para determinar la legalidad de una medida que supuestamente constituya una violación del presente Acuerdo, de conformidad con el Derecho interno de una Parte».

Esa prohibición se salva con una finta singular, pero no insólita en el derecho internacional⁶¹, consistente en permitir que los tribunales del CETA puedan «tener en cuenta, en su caso, el Derecho interno de una Parte como un elemento de hecho».

⁶⁰ Asunto C-284/16; esa posición del Tribunal de Justicia ha sido apoyada por la Comisión en su comunicación de 19.7.2018 [COM(2018) 547 final], «Protección de las inversiones intra-UE» (con conceptos que ya figuraban en la Comunicación de 7.7.2010 [COM(2010)343 final], «Hacia una política global europea en materia de inversión internacional».

⁶¹ Laurence Boisson de Chazournes y Brian McGarry (2014), «What Roles Can Constitutional Law Play in Investment Arbitration?», *The Journal of World Investment & Trade*, 15, págs. 863 y 864.

Al degradar a cuestión de hecho el derecho interno, ya no estarían interpretando el mismo en cuanto tal derecho, sino como un dato más a tomar en consideración junto con el resto del sustrato fáctico necesario para que dicten su laudo⁶². Con ello se evita que pueda entenderse que los laudos de los tribunales CETA establecen doctrina legal sobre el derecho interno de los Estados, lo evitan también con la prohibición «de anular la medida impugnada, o exigir la adecuación del Derecho interno de la Parte afectada con el CETA ni imponer una sanción a la demandada»⁶³.

Ahora bien, esa apreciación del derecho interno como puro hecho no son libres de hacerla los tribunales CETA como quieran, pues el mismo art. 8.31 les obliga a seguir «la interpretación predominante dada al Derecho interno por los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte». Tal previsión en el propio CETA es de suma importancia y es muy significativa del cambio que supone el mismo.

Y para rematar la distinción entre lo que es hacer doctrina o tener en cuenta los datos de hecho concluye subrayando que «cualquier sentido que el tribunal [el del CETA] haya dado al Derecho interno no será vinculante para los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte». Con ello trata de evitar expresamente que, aun no pudiendo considerarse nunca interpretación del derecho interno, ni siquiera pueda ser tomado en cuenta por los tribunales internos o las autoridades.

Así pues, con esa finta se salva el monopolio interpretativo y la primacía del Tribunal de Justicia. Se salva también, para todos los Estados miembros, el monopolio en la interpretación de su derecho propio por sus tribunales constitucionales o sus tribunales supremos. Monopolio respecto del cual todos los Estados habían arriado banderas al suscribir tratados bilaterales o multilaterales⁶⁴.

Se consuma así una separación, en compartimentos aparentemente estancos, entre el derecho interno y el derecho que pone en pie el CETA. No tan estancos, sin embargo, si tenemos en cuenta que, pese a todos los artificios que se han puesto en pie, las partes no dejarán de mirar, aunque sea de soslayo, lo que los tribunales CETA fallen, para evitar consecuencias negativas para el futuro, especialmente en los casos en que los laudos —más allá de las compensaciones que

⁶² Laudo es el término que emplea el CETA, junto al de decisión.

⁶³ Número 144 del Dictamen 1/17 del TJ.

⁶⁴ Ha sido el Tribunal de Justicia, en su Sentencia *Achmea* (C-284/16), el que —al impedir la ejecución de un laudo arbitral de un tratado de inversión porque implica una interpretación del derecho de la UE que solo a él corresponde— ha dado la señal de alarma de cómo un tribunal arbitral acaba determinando *mutatis mutandi* la interpretación del derecho interno de los Estados y de sus constituciones con todos sus valores e intereses. El fallo declara que los arts. 267 TFUE y 344 TFUE se oponen a una disposición de un tratado internacional en cuya virtud un inversor de un Estado miembro puede acudir a un tribunal arbitral en caso de controversia.

haya que pagar— pongan de relieve un error, desacierto o descuido del Estado que no tenga sentido mantener.

2. LA INCORPORACIÓN AL CETA DE LOS PRINCIPIOS Y VALORES DE LA UE PARA LA INTERPRETACIÓN DEL ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL ESTADO

Pero esa separación queda compensado por uno de los más importantes aciertos del CETA; acierto que, desde el punto de vista del enfoque de este trabajo, radica en que incorpora al tratado mismo los principios, valores, derechos y políticas que todos los tratados anteriores dejaban extramuros.

Si por una parte los ordenamientos parecen distanciarse entre sí, por otra se aproximan de forma muy destacada en lo sustantivo al tener constitutivamente en cuenta valores y principios semejantes.

El CETA es en este sentido disruptivo de la tradición de los tratados de inversiones por lo que merece ser resaltado. La ruptura se produce a través de diversos mecanismos. Por una parte porque precisa el alcance de expresiones y términos que han constituido un auténtico «lecho de Procusto» que permitía estirar o recortar su sentido a placer del intérprete. Por otra, la más importante, porque rompe con la unidimensionalidad de los tratados de inversiones incorporando al propio tratado los objetivos, valores, principios y derechos que las partes tienen en sus derechos internos.

2.1. *La precisión y alcance de expresiones y términos usuales en los tratados de inversiones*

No sería posible dar cuenta detallada en el presente artículo de todas las transformaciones que supone el CETA para el derecho de los tratados en sus aspectos sustantivos. Bastará aquí, sin embargo, con señalar algunos que nos colocan en posición diametralmente opuesta a la de los tratados anteriormente examinados.

- El «trato justo y equitativo» y la plena seguridad del art. 8.10 del CETA. El CETA acota su alcance al precisar en qué supuestos concretos se incumple con la obligación de trato justo y equitativo. Este sistema de lista cerrada impide que el concepto se estire o reduzca a voluntad del tribunal. Por otra parte, el concepto es muy estricto cuando en sus letras a) a f) describe entre sus supuestos⁶⁵ el de la arbitrariedad manifiesta, la discriminación abusiva o el trato discriminatorio por raza, sexo o creencias.

⁶⁵ Número 2 del art. 8.10: Una Parte incumplirá la obligación de trato justo y equitativo a la que se hace referencia en el apdo. 1 en caso de que una medida o una serie de medidas constituya:

El CETA recupera así, en cierto modo, el sentido más original y estricto que recogía la doctrina *Neer* y cierra el paso a la inseguridad jurídica de los tratados de inversiones⁶⁶.

— El trato justo y equitativo y las expectativas del inversor.

El número 4 del art. 8.10 recoge el término de «expectativas» que los laudos habían construido en relación con el trato justo y equitativo, pero acotando su alcance al supuesto en que una parte se hubiera «dirigido específicamente a un inversor para inducirle a realizar una inversión cubierta, creando expectativas legítimas en las que se basó el inversor a la hora de decidir realizar o mantener una inversión cubierta, y posteriormente la Parte en cuestión frustró tales expectativas».

El concepto de expectativa es más bien una construcción doctrinal de los laudos que solo ha funcionado en una única dirección: a favor de los inversores. No sería malo que funcionara en ambas direcciones: nadie debería poder esperar, por ejemplo, que en sectores regulados no hubiera cambios. El riesgo regulatorio es tan cierto y previsible que la literatura sobre él es difícil de contar⁶⁷.

— El concepto de plena protección y seguridad.

-
- a) una denegación de justicia en procedimientos penales, civiles o administrativos;
 - b) un incumplimiento esencial de las garantías procesales, incluido el incumplimiento esencial del principio de transparencia en los procedimientos judiciales y administrativos;
 - c) una arbitrariedad manifiesta;
 - d) una discriminación específica por motivos claramente injustos, como la raza, el sexo o las creencias religiosas;
 - e) un trato abusivo (coacción, intimidación, acoso, etc.) a los inversores; o
 - f) una infracción de cualquier otro elemento de la obligación de trato justo y equitativo adoptado por las Partes de conformidad con el apartado 3 del presente artículo.

⁶⁶ Véase sobre el FET, entre otros, Patrick Dumberry (2016), «Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?», *Journal of International Dispute Settlement*, págs. 3 y ss., donde sostiene que en realidad el FET no es una regla del derecho internacional; en contra, aunque señalando que hay precisar su alcance, Stephan W. Schill (2006), «Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law», *International Law and Justice Working Papers IIIJ*, Working Paper 2006/6, USA.

⁶⁷ Véanse, entre muchas otras, Ángel Garcés Sanagustín (2014), «La aplicación del concepto de riesgo regulatorio al nuevo régimen jurídico de las energías renovables», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 43-44, págs. 9 y ss.; Carlos Jiménez Piernas y Francisco Pascual Vives (2015), «La tutela judicial del principio de protección de la confianza legítima en el Derecho de la Unión Europea», *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Thomson Reuters Aranzadi, págs. 73 y ss.; Tomás de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo (2016), «Riesgo regulatorio y contractualización de la regulación por operadores y poderes públicos», en *Riesgo regulatorio en las energías renovables II*, Thomson Reuters Aranzadi, págs. 29 y ss.

El número 5 del art. 8.10 precisa que «por plena protección y seguridad» se entienden las obligaciones de una parte en relación con la seguridad física de los inversores y las inversiones cubiertas. De esa forma se acota el sentido de la expresión.

— El alcance de la expropiación.

El anexo 8-A del CETA —tras haber aclarado en su número 2 en relación con las medidas de efecto equivalente a la expropiación cómo hay que analizarlas caso por caso— precisa en su número 3 que «las medidas no discriminatorias adoptadas por una Parte que se conciban y se apliquen para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta»⁶⁸.

2.2. *La incorporación al tratado de objetivos, valores, principios y derechos de las partes en sus derechos internos*

Lo más importante del tratado a los efectos del presente trabajo lo constituye la asunción por el mismo y por el instrumento interpretativo conjunto que lo acompaña⁶⁹ de una serie de valores y principios que transforman radicalmente la concepción hasta ahora existente en los tratados de inversiones. Lo transformará, también, en la perspectiva de lo que pudiéramos denominar el derecho de las inversiones.

En el propio tratado, en la sección D del cap. 8 sobre protección de las inversiones, se empieza por reconocer el derecho de las partes «a regular en sus territorios para alcanzar objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de los consumidores, o la promoción y la protección de la diversidad cultural».

Por su parte, el instrumento interpretativo profundiza en su alcance desde su preámbulo mismo, cuando declara que se trata de un acuerdo moderno y progresista que «fomentará y protegerá también nuestros valores y perspectivas

⁶⁸ Si bien precisa que ello es así «salvo en la circunstancia excepcional de que el impacto de una medida o un conjunto de medidas sea tan grave en relación con su finalidad que resulte manifiestamente excesivo».

⁶⁹ El valor del instrumento interpretativo es pleno, como reconoce su preámbulo con cita de la Convención de Viena: «e) El presente instrumento interpretativo constituye, en el sentido del art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una declaración clara y precisa del acuerdo alcanzado por Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros en varias disposiciones del AECG que han sido objeto de la preocupación y el debate públicos, y facilita una interpretación compartida del citado acuerdo. Entre ellas se incluyen, en particular, la repercusión del AECG sobre la capacidad de los gobiernos para regular en beneficio del interés público, así como las disposiciones sobre la protección de las inversiones y la solución de diferencias, y sobre el desarrollo sostenible, los derechos laborales y la protección medioambiental».

comunes sobre el papel del gobierno en la sociedad». Con ello está acabando con ese carácter unidimensional de los tratados de inversión que no facilitaban que la garantía de las inversiones tuviera en cuenta el contexto completo de un Estado inspirado por muchos valores y objetivos⁷⁰.

De forma más concreta lo recoge en el mismo preámbulo bajo su letra d)⁷¹. Y fuera ya del preámbulo la primera previsión (bajo el número 2) del instrumento interpretativo la constituye el reconocimiento del derecho a regular para objetivos legítimos de diversas políticas públicas:

El AECG (CETA) conserva la capacidad de la Unión Europea y sus Estados miembros y de Canadá para adoptar y aplicar sus propias leyes y reglamentos que regulan la actividad económica en aras del interés público, a fin de lograr objetivos legítimos de política pública como la protección y promoción de la salud pública, los servicios sociales, la educación pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de los consumidores, la privacidad y la protección de datos, y la promoción y protección de la diversidad cultural.

3. LOS TRIBUNALES E INSTITUCIONES

De gran importancia son también los tribunales CETA que rompen con la dinámica establecida por los tratados de inversión hasta ahora vigentes de remitir a tribunales arbitrales la solución de controversias.

Se trata ahora, en cambio, de crear tribunales integrados por quince miembros en el caso del tribunal que pudiéramos llamar de instancia y por un número por determinar por el Comité Mixto en el caso del Tribunal de Apelación.

No es el lugar de entrar aquí en la enorme importancia de estos tribunales, porque desborda las pretensiones del presente trabajo. Pero no puede dejar de mencionarse la cuestión.

Tampoco lo relativo al compromiso de crear un Tribunal Multilateral de inversiones con otros socios comerciales que puede cambiar los hábitos y la fisonomía de los tratados de inversiones.

⁷⁰ El Dictamen 1/17 de 30 de abril de 2019 afirma con rotundidad en su número 156 con referencia al instrumento interpretativo:

«De la lectura conjunta de esas disposiciones se deriva que la facultad de apreciación del Tribunal y del Tribunal de Apelación del CETA no les permite cuestionar el nivel de protección de un interés público definido por la Unión a raíz de un procedimiento democrático».

⁷¹ «Por consiguiente, la Unión Europea y sus Estados miembros y Canadá seguirán teniendo capacidad para lograr los objetivos legítimos de política pública que determinan sus instituciones democráticas, como la salud pública, los servicios sociales, la educación pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la privacidad y la protección de datos, y la promoción y protección de la diversidad cultural.»

4. COMISIÓN MIXTA Y COMITÉ DE SERVICIOS E INVERSIÓN

Es relevante también la creación en el art. 26.1 del CETA de un Comité Mixto formado por representantes de la Unión Europea y representantes de Canadá con funciones muy amplias. Alguna deberá ser objeto de análisis para determinar con precisión su alcance, como es el caso de la potestad de interpretación del tratado en especial en relación con la reconocida en el número 3 del art. 8.31. En efecto, tal interpretación del acuerdo será vinculante ante los tribunales CETA, lo que abre un ámbito de dudas de hasta qué punto la interpretación del acuerdo puede ir más allá de una interpretación, para suponer una modificación a través de interpretaciones creativas.

El Comité de Servicios e Inversión es también otro órgano que puede llegar a cumplir funciones relevantes, aunque algunas no están claramente determinadas.

VI. LA EVENTUAL CONSTRUCCIÓN IMPLÍCITA POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES DE UN DERECHO PÚBLICO EXTERNO TRANSNACIONAL (ADMINISTRATIVO Y CONSTITUCIONAL) Y SU CONTINUIDAD ANTE LA APARICIÓN DE TRATADOS COMO EL CETA

Los tratados sobre inversiones no solo crean una instancia decisora de las controversias o diferencias, sino que aplican normas sustantivas (reglas y principios propios de los tratados mismos y del derecho internacional⁷²) que permiten resolver las controversias entre los inversores y los Estados, controlando las decisiones de los poderes públicos internos que afecten a las inversiones.

Tales decisiones a controlar serán, en la mayor parte de los casos, resoluciones administrativas de los poderes públicos; en otros muchos puede ocurrir que tales decisiones administrativas sean pura ejecución de una ley o puede incluso que la controversia se suscite directamente porque una ley afecte directa y gravemente a una inversión. En otros casos puede ocurrir que la controversia del inversor extranjero se suscite a propósito de una decisión de una autoridad nacional de regulación independiente, puesta en pie en aplicación y transposición de las directivas europeas en cualquiera de los sectores regulados.

En último extremo puede ocurrir, por fin, que la controversia suscitada por el inversor esté determinada por la aprobación de una ley sobre cuya validez haya dudas de constitucionalidad; dudas que el Tribunal Constitucional haya despejado ya, dictando la correspondiente sentencia⁷³ que declara la validez de la ley, si

⁷² En la extensión aplicativa del mismo que vienen haciendo más allá de las previsiones del art. 42.1 del CIADI.

⁷³ Que lleguen al TC por alguna de las vías previstas en la Constitución en casos iniciados en el nivel jurisdiccional correspondiente por un inversor nacional del propio Estado o por extranjeros que deciden acudir a la jurisdicción del Estado de la inversión.

interpreta que no hay infracción alguna de los derechos de propiedad ni supone privación ilegítima de los derechos de los ciudadanos. Es lo que ocurrió, por ejemplo, a propósito del cambio legal de regulación de las energías renovables sobre el que se pronunciaron tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo⁷⁴.

En todos esos supuestos puede ocurrir que la conformidad a derecho reconocida por los tribunales españoles, o por el tribunal Constitucional en cuanto a su constitucionalidad, no impida que el laudo de un tribunal arbitral afirme que el Estado ha infringido el tratado —sea la Carta de la Energía o cualquier otro—, suscitando así una contradicción insalvable en el plano material. En el plano formal podrá sostenerse que una cosa es infringir la Constitución y los derechos fundamentales y otra infringir los tratados. Esa distinción formal dista, sin embargo, de ser satisfactoria porque si lo que el tribunal arbitral considera infringido es el principio de trato justo y equitativo, se comprende mal que en el plano interno no haya infracción alguna de la Constitución, ni de los derechos fundamentales y principios que inspiran nuestra Constitución, siendo la justicia un valor supremo (art. 1 de la Constitución) que alguna relación tiene con el trato justo y equitativo.

Y al revés si el TC hubiese declarado con toda razón que no hay infracción de la Constitución, no se entendería que eso no lleve a una decisión arbitral reconociendo que no se ha violado el principio de trato justo y equitativo, por la misma razón.

Todo eso cambia parcial y formalmente con el CETA⁷⁵, pero no con los tratados bilaterales, ni con la Carta de la Energía (CE) que prevé en su art. 23.1 la plena aplicabilidad interna de la misma, así como la posibilidad de que sea exigida por el inversor no solo ante tribunales arbitrales, sino también ante la jurisdicción interna que tendría que decidir en esa hipótesis, respecto del extranjero, si ha habido o no trato justo y equitativo.

En efecto, los tratados se incorporan al derecho interno desde su publicación (art. 96.1 de la Constitución) y podrían ser invocados por cualquier benefi-

⁷⁴ Sin entrar ahora en la cuestión de fondo, es el caso del recurso de inconstitucionalidad 270/2015 sobre el Real Decreto Ley 9/2013, que establecía un nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica existentes a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos, que cambiaba el régimen de tarifas y primas, modificando el sistema hasta entonces establecido. El cambio dio lugar a un elevado número de demandas de arbitraje por inversores extranjeros que se han resuelto con distintos criterios aunque en algunos en el ámbito del CIADI en contra de España. En lo que hace al Tribunal Supremo pueden verse, entre otras, las sentencias de 12 de abril de 2012 o la de 16 de marzo de 2015,

⁷⁵ Con el CETA cambia porque prevé que ni hay acción directa de los inversores ante la jurisdicción ordinaria, ni las leyes o prácticas pueden ser anuladas o derogadas si los laudos aprecian violación del tratado por dichas leyes o prácticas (art. 8.9 del Tratado CETA y núm. 144 del Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia).

ciario del tratado ante los tribunales internos⁷⁶. El tratado forma parte, pues, del derecho interno de forma que si el inversionista hubiera decidido acudir a los tribunales internos, es muy probable que hubiera obtenido el mismo fallo que los inversionistas españoles. Pero si acude a un tribunal arbitral que decide que España había violado el principio de trato justo y equitativo (FET) con una determinada regulación del sistema eléctrico (suponiendo, por ejemplo, una expropiación indirecta o una medida de efecto equivalente) implicaría una puesta en cuestión de las decisiones de los órganos jurisdiccionales internos o del propio Tribunal Constitucional que previamente⁷⁷ hubieran entendido que dicha regulación era conforme a derecho (incluyendo lógicamente la Constitución y su garantía del derecho de propiedad).

En definitiva, los arbitrajes de inversión, en contra de lo que sería previsible pueden dar lugar —y de hecho están dando lugar— a la existencia de dos derechos paralelos en un mismo territorio y para idénticas cuestiones, según quienes sean los afectados por las mismas leyes, reglamentos o resoluciones administrativas⁷⁸ y, en su caso, según la instancia a que acudan.

Una misma resolución o una misma norma del Estado que el inversionista entiende que perjudica gravemente su inversión sería a la vez conforme al derecho interno de acuerdo con los órganos jurisdiccionales y constitucionales internos y, a la vez, no habría respetado el trato justo y equitativo del tratado que también forma parte del derecho interno⁷⁹.

La explicación formal de que se trata de infracciones distintas no es satisfactoria cuando materialmente es imposible que, a la vez que se cumple con la Constitución y con la ley, se le dé a alguien un trato injusto e inicuo.

⁷⁶ Véase Isabel Turégano Mansilla, «Derecho transnacional o la necesidad de superar el monismo y el dualismo en la teoría jurídica», *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP* (Pontificia Universidad Católica del Perú), accesible en <https://doi.org/10.18800/derecho-pucp.201702.010>.

⁷⁷ En un asunto promovido por un nacional español o por uno extranjero que hubiera preferido ir a los tribunales internos.

⁷⁸ Véase Hector Iglesias Sevillano (2018), «El arbitraje internacional como camino hacia una justicia jurídico-pública global», *Revista de Administración Pública*, 206, págs. 291-318, donde da por buena una justicia pública global (los tribunales de arbitraje), sin plantearse si la misma suprimirá las diferencias. También Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard B. Stewart (2005), «The Emergence of Global Administrative Law», *Law & Contemporary Problems*, págs. 16 y ss., aunque tampoco entra en la subsistencia de dos ordenamientos; también Gus Van Harten y Martin Loughlin (2006), «Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law», *European Journal of International Law*, 17, 1, págs. 121-150. Accesible en SRN: <https://ssrn.com/abstract=907655>.

⁷⁹ Se prescinde en este momento del art. 30.6 del Tratado CETA, que prohíbe que los inversionistas tengan reconocidos por los Estados vías internas para hacer cumplir el tratado.

La discrepancia puede explicarse por errores de apreciación de los tribunales internos respecto de los arbitrales y viceversa. Puede ser también debida al sesgo proteccionista⁸⁰ de las inversiones por los tribunales arbitrales⁸¹.

Los tribunales internos y los tribunales constitucionales controlan la acción de los Ejecutivos y del propio legislador hasta que llegan a esa zona límite en que el derecho no ofrece guía alguna para tal control. La ponderación de los equilibrios entre derechos, intereses y valores en conflicto entraña un juicio de oportunidad que, en ocasiones, es inasequible o muy difícilmente asequible para el derecho. En esa zona límite parece que no se debe entrar por ningún tribunal, pues se menoscabaría el valor superior del pluralismo político que solo corresponde al legislador y a los Ejecutivos democráticamente elegidos. Esa es la zona de la deferencia que solo puede ser objeto de regulación en aspectos externos sobre procedimiento, transparencia, motivación, etc., pero donde, si todos esos aspectos se cumplen y la decisión es razonable o proporcionada, según los casos, se entra en el terreno de la deferencia.

El sistema de protección de las inversiones de los tradicionales tribunales de inversión no responde, en cambio, a esa lógica multidimensional que es la propia de nuestra Constitución. En realidad no responde a la lógica del constitucionalismo europeo de posguerra. Unas constituciones —las de posguerra— cuya clave explicativa última está en el compromiso entre los derechos clásicos de libertad (derechos autonomía) y propiedad, con los principios rectores del orden social y económico (en términos de nuestra Constitución) que se concretan en derechos (medio ambiente, salud, seguridad social, protección a familia, vivienda, etc.) que no son un *flatus vocis*. Esto coloca los derechos internos en un escenario de lo que Zagrebelsky⁸² llamaba el derecho lábil o dúctil, que todos los Estados europeos han asumido como un rasgo inevitable de sus derechos y constituciones multidimensionales.

⁸⁰ Véase Jason W. Yackee (2012), «Controlling the International Investment Law Agency», *Harvard International Law Journal*, 53, 2, págs. 430 y ss.; también Jason Webb Yackee y Susan Webb Yackee (2006), «A Bias Towards Business? Assessing Interest Group Influence on the U.S. Bureaucracy», *The Journal of Politics*, 68, 1, págs. 130 y ss.

⁸¹ Esos derechos de los inversores, que ya están protegidos por el sistema constitucional interno son extraídos, sin embargo, del escenario complejo y heterogéneo (en cuanto a valores y principios en que consiste toda Constitución) del derecho interno, para, una vez enucleados, situarlos en un contexto unidimensional cuyo único objetivo es la protección de las inversiones, desatento por regla general a cualquier otra consideración o cualesquiera otros valores.

En ese nuevo contexto, distinto del ordenamiento interno, su vigilancia y control se encomienda, además, a órganos ajenos al sistema ordinario de garantías internas del derecho a una tutela judicial efectiva; un sistema ajeno que tiene tendencia a capitidismuir el orden interno.

⁸² Véase Gustavo Zagrebelsky (1992), *Il diritto mitte. Legge diritti giustizia*, Torino: Einaudi, págs. 4 a 17.

Incluso en los Estados Unidos se ha asumido ese carácter multidimensional, como se puede comprobar con los distintos test que aplican según la realidad de que se trate. Es el caso de la distinción entre el test de proporcionalidad que se aplica en los supuestos de la cláusula de comercio durmiente —prohibitiva de regulaciones proteccionistas— y el test de «razonabilidad» que se emplea en aquellos casos en que se aplica la «cláusula del debido proceso»⁸³. Test de razonabilidad deferente con aquellos supuestos de regulaciones, que sin relación alguna con medidas proteccionistas, pueden afectar a la libertad de empresa o a otras libertades económicas. En virtud del test de razonabilidad corresponderá a los Estados probar la existencia de un interés público que justifique la restricción, pero una vez que se constate que el interés existe, el control se limita a verificar que la medida es razonable sin ir más allá.

Contribuye a ese olvido del derecho interno la concepción de que, una vez que existe un tratado de inversiones entre dos Estados, todo quedaba transmutado en derecho internacional, por más que el punto de apoyo del tratado fuera, inicial y precisamente, el trato igual (derecho nacional puro).

Lo cierto es que, junto al derecho público interno —administrativo y constitucional—, lleva tiempo emergiendo una especie de derecho público procedente de los laudos de los tribunales arbitrales; laudos que acaban siendo ejecutados, sin perjuicio de los problemas que empiezan a aparecer a ese respecto en la UE y en otras regiones desde la sentencia *Achmea*, cuya doctrina pudiera extenderse a las inversiones extra-UE⁸⁴.

Ese derecho público puede ser caracterizado como derecho público transnacional⁸⁵. Y como tal puede acabar teniendo incidencia, en último extremo como *soft law*, en el derecho interno y en la regulación de relaciones jurídicas surgidas en nuestro país sobre inversiones en las que se entremezclan interpretaciones

⁸³ Véase Tomás de la Quadra-Salcedo Janini (2004), *Unidad económica y descentralización política*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 369 y ss. y 425 y ss.

⁸⁴ Véase Laurens Ankersmit (2018), «Achmea: ¿El Comienzo del Fin de la ISDS en y con Europa?», *Investment Treaty News*, 24 de abril de 2018, accesible en <https://www.iisd.org/itn/es/2018/04/24/achmea-the-beginning-of-the-end-for-isds-in-and-with-europe-laurens-ankersmit/>). También véase Xavier Fernández Pons (2018), «La incompatibilidad con el derecho de la unión europea del arbitraje inversor-estado previsto en tratados bilaterales de inversión entre estados miembros. comentario a la sentencia del TJUE sobre el asunto Achmea, su contexto e implicaciones», *Revista General de Derecho Europeo*, 46, pág. 364.

⁸⁵ Calificarlo como derecho internacional, pues, aparte de provenir de las sentencias de los Tribunales arbitrales sobre la base un tratado de inversión, este no regula tanto las relaciones entre Estados, sino entre un Estado y sus inversores extranjeros protegidos por el tratado. Eso no le hace perder su carácter de tratado internacional, pero con un objeto muy peculiar que no es otro que establecer las reglas con arreglo a las cuales el Estado huésped va a tratar a los inversionistas nacionales del Estado o de los Estados firmantes del tratado.

constitucionales y legales, para cuya interpretación las referencias a ese derecho transnacional serán inevitables.

En definitiva, los tratados de inversión presuponen la competencia del Estado huésped para regular las inversiones de los inversores extranjeros, pero le imponen límites y condiciones a la regulación que haga el Estado huésped sobre las mismas con la idea de garantizar unos mínimos a respetar en todo caso, mínimos cuyo umbral se ha elevado en la práctica por los tribunales arbitrales. Pero esos mínimos, recogidos en cláusulas relativamente breves que se han ido estirando y ampliando, tendrían que articularse con otros principios, bienes, derechos, valores e intereses que los tratados de inversiones no contemplan (dejando aparte el caso del CETA).

Lo que permitiría hablar de derecho transnacional no consiste en que exista propiamente una doctrina de los tribunales arbitrales, pues estos no están vinculados por las decisiones previas de otros (*stare decisis*). Sin embargo, como los tratados bilaterales de inversión, aunque celebrados entre los más diversos Estados, (así como los tratados multilaterales de inversión o de creación de centros como el CIADI), acaban siendo en la práctica copias unos de otros, será previsible que puedan darse sentencias repetidas que informalmente pudiera entenderse que constituyen doctrina. Esa sería la catalizadora de ese derecho público transnacional. En efecto, al tener que dar respuesta a los argumentos de los Estados, los tribunales arbitrales se ven obligados, siquiera sea desde su particular sesgo proteccionista de la inversión, a articular la protección de la inversión con esos otros bienes, valores, intereses y derechos. Y es ahí donde se puede acabar dando lugar a una «doctrina» del «derecho de las inversiones» a la que le cuadra más el término transnacional que internacional. Doctrina que solo se explica en el contexto de cada caso concreto⁸⁶ y a la vista del modo en que se articulan y equilibran los principios del tratado, con los argumentos de los Estados exponiendo las razones de su derecho interno que —atentas a otros bienes, intereses, derechos y valores— legitiman sus regulaciones o las medidas que el inversionista extranjero discute alegando que afecta y atenta contra la integridad de sus inversiones.

⁸⁶ Ejemplo de ello puede ser la doctrina sobre el trato justo y equitativo (en relación con la doctrina de las expectativas que los tribunales arbitrales han ido construyendo) que se contiene en el laudo *El Paso* y que remite a las circunstancias de cada caso (*El Paso Energy International Company y la República Argentina CASO CIADI No. ARB/03/15*): «375. Una norma general razonable se puede considerar una violación del estándar de trato justo y equitativo si viola un compromiso específico frente al inversor. El Tribunal considera que un compromiso específico del Estado frente al inversor le otorga a este último una cierta protección contra cualquier cambio en la legislación, aunque es necesario discutir en mayor detalle el concepto de “compromisos específicos”. El Tribunal entiende que, dado que no existe una definición general de lo que constituye un compromiso específico, todo depende de las circunstancias».

VII. SOBRE EL DERECHO PÚBLICO TRANSNACIONAL, CONDICIONES DE POSIBILIDAD DEL MISMO Y FORMAS DE IRRUPCIÓN EN EL DERECHO INTERNO⁸⁷

La emergencia de ese derecho público transnacional es un fenómeno relativamente reciente, aunque no tanto si tenemos en cuenta que los tribunales arbitrales llevan ya mucho tiempo funcionando⁸⁸.

Es posible que últimamente haya llamado la atención la frecuencia con que España aparece como demandado ante muchos tribunales arbitrales en asuntos muy importante a propósito de los cambios legislativos en el sector de las energías renovables, aunque no son desde luego los únicos ni los primeros⁸⁹. Tal vez eso nos haya puesto sobre aviso. Más todavía cuando nuestro Tribunal Supremo y nuestro Tribunal Constitucional han validado ese cambio legislativo rechazando impugnaciones y declarando la constitucionalidad de los mismos.

En efecto, sobre esa misma cuestión resulta que algunos tribunales arbitrales en el ámbito del CIADI y sobre la base de la Carta de la Energía han llegado a la conclusión de que España ha incumplido sus obligaciones respecto de la Carta de la Energía.

No se trata aquí de entrar en el fondo de esa discusión, pero sí de destacar que el derecho transnacional está ya entre nosotros y que ha venido para quedarse. Por eso urge alertar sobre sus problemas y significado.

Un derecho transnacional que parecería crear, en efecto, dos derechos paralelos en los que en uno de ellos —en el derecho interno— una determinada ley o actuación puede no merecer reproche alguno y es conforme a la Ley y a la Constitución (STS y del TC), en tanto que en el otro —en los tribunales arbitrales— esa misma ley o actuación puede declararse que supone una infracción de un tratado (en el caso, la Carta de la Energía) porque el demandado, España, no otorga a los demandados un trato justo y equitativo.

Esa discrepancia no puede dejar tranquilo al jurista. No se trata, insistimos, de saber quién tiene razón, pero ante un caso en que una y la misma norma es objeto de pronunciamientos contradictorios, la cuestión merece una reflexión seria. En efecto, los tribunales internos y el Tribunal Constitucional consideran que no se viola la Constitución, ni las leyes, ni los derechos fundamentales de las

⁸⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías (2016), Libardo Rodríguez Rodríguez (2016) y H. Iglesias Sevillano (2018), «El arbitraje internacional como camino hacia una justicia jurídico-pública global», *Revista de Administración Pública*, 206, págs. 291-318.

⁸⁸ Véanse H. Iglesias Sevillano (2018), Stephan W. Schill (2013); también Andreas Kulick, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge University Press, págs. 46 a 56; accesible en <https://doi.org/10.1017/CBO9781139128971>

⁸⁹ Véase Millán Requena Casanova (2019), «Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea?», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 42.

partes por la modificación legislativa sobre energías renovables; por el contrario en el ámbito del CIADI se considera que esa misma modificación legislativa viola el derecho al trato justo y equitativo del art. 10.1 del TCE. La situación resulta inquietante para el jurista. El nombre que se dé a la obligación infringida (infracción constitucional o de un derecho fundamental interno o infracción del FET) es indiferente.

Se trata de obligaciones sustantivamente equiparables: el trato justo y equitativo de la CE que se dice infringido equivaldría a la expropiación de derechos, a la violación de la seguridad jurídica, a la infracción de la prohibición de retroactividad de las normas, a la responsabilidad del Estado por causar un daño que no se está obligado a soportar. Da, pues, lo mismo que en los tratados se denomine principio, obligación o como se quiera llamar; en el orden interno tiene su denominación paralela. Por tanto, si se ha infringido en el ámbito de los tratados se habría infringido en el derecho interno. Y viceversa, si no se ha infringido en el derecho interno, tampoco se debería haber infringido en el ámbito de la Carta de la Energía.

Esa discrepancia no deja de tener consecuencias. Así está ocurriendo en el caso de la ejecución de laudos de Tribunales de Inversiones que no puede finalmente ejecutarse en el país condenado cuando la controversia surge entre un nacional de la UE y otro Estado de la UE. El Tribunal de Justicia, celoso de ser el último intérprete del derecho de la UE, no admite la ejecución de un laudo que puede implicar la interpretación de tal derecho. Así lo dejó claro en su sentencia *Achmea*⁹⁰ y la Comisión segunda con comunicaciones esa posición; la doctrina de *Achmea* podría ir más allá de su ámbito inicial. No interesa la concreta cuestión para el presente trabajo, pero es muy relevante para un aspecto central del mismo: la interacción de los arbitrajes de inversión con el derecho administrativo y constitucional al igual que se produce con el derecho de la Unión.

No se trata aquí de saber qué respuesta es la correcta en este caso concreto, sino de enfrentarnos al hecho frecuente en la práctica de otros países y no tan frecuente (o no tan conocido) en el nuestro (pero que ha explotado ante nosotros) de la eventual coexistencia de dos derechos paralelos: el derecho transnacional de los arbitrajes de inversiones por una parte y, por otra, el derecho público interno dando soluciones distintas a casos idénticos.

⁹⁰ Véase María Simón Razquin (2019), «El fin del arbitraje de inversión en Europa. Análisis del contenido y de los efectos de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de marzo de 2018 en el caso *Achmea*, con especial consideración del caso español», *Anales de la Universidad de Murcia*, accesible en <http://revistas.um.es/analesderecho>. También Requena Millán Casanova (2019), asimismo Ana Mercedes López Rodríguez (2017), «El Sistema de Tribunales de Inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 57, y de la misma autora (2019), «The Sun behind the clouds? Enforcement of renewable energía awards in the EU», *Transnational Environmental Law*, 8:2, págs. 279-302, Cambridge University Press; accesible en doi:10.1017/S204710251900013X.

Lo primero que hay que señalar es la emergencia misma de esta grave situación y las consecuencias que de ella se derivan. La primera consecuencia es la ruptura del derecho a la igualdad del art. 14 de la Constitución. La segunda consiste en la previsible penetración del derecho transnacional en el derecho interno en la medida en que la imposibilidad de encontrar otra solución pueda llevar a que el derecho interno y los órganos que lo declaran (nuestro Tribunal Constitucional o nuestro Tribunal Supremo) podrían acabar tomando en cuenta tal derecho transnacional para salvar la brecha que ha surgido entre esos dos mundos.

Esa es la deriva más probable y hacedera, a menos que se tome conciencia de la necesidad de buscar otras soluciones. Algunas en la línea del CETA, poniendo en pie tribunales propiamente dichos, aunque esa solución no satisface todos los problemas que plantean los tribunales arbitrales en la actualidad.

Una de ellas tiene que ver con el carácter unidimensional que tienen los tratados de protección de las inversiones; unidimensionalidad que, como hemos visto, los propios tribunales arbitrales tratan de paliar tomando en cuenta otros valores, bienes y derechos sin lograrlo plenamente. En el caso de los tribunales del CETA, ese problema queda paliado en gran medida por la interiorización que se hace en el propio tratado de la mayor parte de los bienes, derechos o valores que pueden incidir en la resolución de las diferencias entre inversores y Estados; ello no obstante, como se ha visto anteriormente, no deja de plantear algún problema nuevo.

La única solución posible sería modificar los tratados de inversiones para recoger en ellos la multitud de dimensiones a que tienen que hacer frente los Estados en su regulación. La doctrina de las «expectativas» de los inversionistas que ha funcionado como una garantía adicional de las inversiones podría ofrecer, paradójicamente, algunas posibilidades de corrección como antes se ha visto. No es posible que los inversionistas tengan como expectativa en sectores regulados la permanencia y estabilidad de la regulación. Esta podrá ser conveniente, pero dentro de límites bastante amplios en función de los sectores económicos.

La segunda consecuencia tiene que ver con la anomalía democrática que supone que sean tribunales arbitrales, integrados por juristas particulares de los más diversos países, quienes tomen decisiones y dicten laudos que determinen el modo como hay que interpretar la norma suprema de cada país y los equilibrios entre los requerimientos, contradictorios a veces y propios del Estado de bienestar, en que se han inspirado las constituciones europeas.

El «contrato social» de los distintos países —sus constituciones— queda en manos de juristas particulares⁹¹ cuya designación corresponde la mayor parte de las veces a una institución emanada a impulso del Banco Mundial. Que los delicados y complejos equilibrios entre derechos fundamentales, como la libertad de empresa o el derecho de propiedad y los derechos sociales que definen y caracteri-

⁹¹ La presente observación nada tiene que ver con la calidad de los juristas que integran los tribunales arbitrales y que les ha sido reconocida en muchas ocasiones.

zan el Estado de bienestar, sean entregados a un tribunal arbitral designado desde un centro creado por el Banco Mundial no es fácilmente comprensible.

Menos todavía cuando es presumible que la doctrina de tales tribunales puede acabar imponiéndose, pero no ya, necesariamente, por la consistencia de la misma, sino por la eventual inatacabilidad de los laudos, que tendrán así que acabar siendo tomados en consideración por los tricunales internos (sean parte del poder judicial o el Tribunal Constitucional) y en todo caso determinando una nueva forma de aproximación a la interpretación constitucional.

Habrà que acostumbrarse a vivir en tiempos de un mundo transnacional. Alguna ventaja podrìa suponer acostumbrarnos todos a un pensamiento menos dogmático y más problemático —en cuanto más abierto a la realidad misma de las cosas y no tanto a la dogmática jurídica— pero, en todo caso, es necesario alertar de los problemas que la emergencia del derecho transnacional plantea en el ámbito del derecho público.

La creación de tribunales en el ámbito del CETA para resolver las controversias apunta a una solución correcta⁹², como también lo es —y muy importante— la relativa a la interiorización de las reglas de solución de conflictos.

Tal vez habría que reflexionar si, en el ámbito de las inversiones, sería mejor que en determinados tribunales de cada país huésped hubiese magistrados de carrera de otros países, incluso terceros, junto con los nacionales; magistrados que, de forma permanente u ocasional, pudiesen recibir desde su país el mandato o comisión, de integrarse en un tribunal del país huésped para resolver las controversias que susciten las demandas sobre inversiones. Igualmente habría que considerar si ese mismo sistema de magistrados de carrera de los distintos países debía aplicarse en los tribunales del CETA.

Sea cual sea la solución, no es posible no estar alerta sobre las consecuencias de un derecho transnacional inevitable en muchos ámbitos, pero que en el campo del derecho público necesita de muchos ajustes antes de entregarnos acriticamente a él, pues se trata de la interpretación de la norma constitucional cuyos principios y valores condicionan y perfunden todo el ordenamiento jurídico.

⁹² Aunque queda por ver cómo se harán tales nombramientos.