



Trabajo Fin de Grado

El arbitraje internacional: especial énfasis en el
Arbitraje de diferencias Inversor-Estado

Autor

Anthony Mauricio Cortez Vela

Director

Ana Gascón Marcén

Facultad de Derecho / Universidad de Zaragoza

2016-2017

ÍNDICE

Índice de siglas	4
I. Introducción	5
II. Principales características	6
III. Especial análisis a las empresas transnacionales	8
IV. La importancia de los Acuerdos para la promoción y la protección recíproca de las inversiones	10
V. La Corte Permanente de Arbitraje	11
1. Antecedentes históricos	11
2. Organización y normativa	11
2.1 Órganos auxiliares	12
3. Resoluciones	12
VI. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones	13
1. Antecedentes históricos	13
2. Organización y normativa	13
2.1 Órganos auxiliares	14
3. Resoluciones	14
VII. Análisis de laudos	15
1. Iberdrola y el Estado Plurinacional de Bolivia (Caso CPA 2015-05)	15
1.1 Antecedentes	15
1.2 Procedimiento	16
1.3 Laudo	17
2. Iberdrola y la República de Guatemala (Caso CIADI No. ARB/09/5)	18
2.1 Antecedentes	18
2.2 Procedimiento	19
2.3 Laudo	21
VIII. El arbitraje “ad hoc”	21

IX. Los tratados de inversión y la Unión Europea	22
X. Conclusiones.....	25
Bibliografía.....	32

Índice de siglas

APPRI: Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones

CCI: Cámara de Comercio Internacional

CETA: Tratado transatlántico de Comercio e Inversiones con Canadá (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*)

Cfr.: Confróntese

CIADI: Centro Internacional de Arregla de Diferencias relativas a Inversiones

CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

CPA: Corte Permanente de Arbitraje

CVDT: Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados

ISDS: Arbitraje de diferencias Inversor-Estado (*Investor-State dispute settlement*)

LCIA: Reglamento de la *London Court of International Arbitration*

RCPA: Reglamento de la Corte Permanente de Arbitraje

TBI: Tratado Bilateral de Inversión

TFG: Trabajo de Fin de Grado

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TIJ: Tribunal Internacional de Justicia

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TPP: Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (*Trans-Pacific Partnership*)

TTIP: Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones con EEUU (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*)

UE: Unión Europea

I. Introducción

Cuestión tratada en el Trabajo de Fin de Grado

El presente TFG tiene como objetivo realizar un breve análisis sobre el arbitraje internacional, haciendo especial hincapié en el arbitraje de inversiones, esto es, entre Estados y empresas, ya que este tipo de arbitraje, en los últimos años, ha ido ganando más relevancia en el ámbito internacional.

Del mismo modo, haré especial énfasis en dos de las instituciones más conocidas, esto es, la Corte Permanente de Arbitraje y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, concretamente, haré una breve introducción de cada institución, para finalmente analizar con algo más de profundidad, dos laudos arbitrales dictados por sendas instituciones; para establecer un punto de conexión entre ambos laudos, me he centrado en casos de empresas contra Estados, en los que coincide al menos una parte, Iberdrola.

A continuación, haré una breve alusión al arbitraje internacional “ad hoc”, esto es, un tipo de arbitraje no administrado por ninguna institución

Antes de emitir mis conclusiones, describiré una de las tendencias que empiezan a vislumbrarse en el seno de la UE, centrándome sobre todo en los dos últimos tratados de libre comercio que está negociando la UE con Canadá y EEUU.

Finalmente, en las conclusiones, estableceré los motivos por los cuales creo que el arbitraje es un buen método de resolución de conflictos internacionales, y por qué cada vez son más los Estados y empresas que recurren al mismo.

Razón de elección del tema

Dado mi interés e inquietud por los métodos de resolución alternativa de controversias, en un principio mi idea era analizar de manera sucinta, cada una de las distintas formas existentes de resolución pacífica de controversias internacionales, no obstante, debido a la complejidad y longitud de ese tema, he decidido centrarme únicamente en el arbitraje internacional, centrándome sobre todo en los arbitrajes Inversor-Estado.

Metodología

En cuanto a la metodología, he optado por seguir un método analítico, esto es, he distinguido y separado varios elementos del arbitraje internacional, para estudiarlas y

examinarlas por separado, de modo que cada uno de los apartados no son independientes entre sí, sino que existe cierta relación entre ellos, conformando en su totalidad un todo, el arbitraje internacional de inversiones.

Para ello me he valido de la lectura de varios manuales y revistas especializadas en la materia, con el objetivo de extraer algunas conclusiones al respecto.

Así mismo, he optado por dos laudos similares con el objetivo de poder analizar las diferencias, a la hora de resolver el litigio, entre la CPA y el CIADI.

Por último, he dedicado un breve apartado al futuro del arbitraje en el seno de la UE, para lo que he consultado varios artículos de revistas especializadas en este tema, así como recortes de prensa actuales, puesto que este tema cambia constantemente.

II. Principales características

La globalización y la expansión del comercio internacional ha llevado la salida de las grandes empresas de sus Estados para buscar oportunidades de negocio en otros Estados, sobre todo en aquellos proyectos que requieren de un fuerte inversión, aumentando la celebración de numerosos contratos para regular las relaciones entre empresarios, inversores y Estados, surgiendo diversos problemas entre ambos, lo que ha obligado a que se busquen maneras de resolver dichas controversias, siendo el arbitraje, una opción que presenta bastantes ventajas.

Por consiguiente, partiendo del principio de autonomía de la voluntad, las partes deciden someterse a arbitraje, por tanto, este no cuenta un poder o competencia pre establecida desde el principio, sino que nace a raíz de las controversias que puedan surgir entre las partes.

El arbitraje se impone cada vez más en el ámbito internacional, dando lugar a que surjan diferentes instituciones especializadas (como las examinadas en el presente TFG), esto es porque se obtienen ventajas que no se conseguirían si se acudiese a un órgano judicial.

Las principales ventajas son¹:

- **Laudo ejecutable:** hoy en día existe la posibilidad de ejecutar y hacer cumplir los laudos arbitrales en cualquier parte del mundo, gracias a la existencia de

¹ Cfr. LATHAM y WATKINS en *Guía del arbitraje internacional*, 2015, pp. 3-6.

numerosos convenios que lo hacen posible, el más importante es el Convenio de Naciones Unidas de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (o Convenio de Nueva York) ratificado por numerosos Estados².

- **Confidencialidad:** a diferencia del proceso judicial, el cual suele ser público, las partes pueden optar por la absoluta confidencialidad de todo el proceso arbitral, incluso del laudo.
- **Selección de los árbitros:** es el punto más llamativo del arbitraje, ya que las partes proponen y designan a los árbitros, de manera que son las partes quienes fijan los criterios que deben reunir los árbitros, por lo que, generalmente, las partes seleccionaran como árbitros a aquellas personas que reúnan los conocimientos técnicos o que posean la experiencia más adecuada al caso concreto.
Aunque el aspecto negativo de este punto es que en los casos cuyas partes sean numerosas, será más difícil designar a los árbitros, no obstante, los reglamentos recogen como se debe actuar en estos casos.

En primer lugar, hay que advertir que tradicionalmente existen dos tipos de arbitrajes:

- Arbitraje institucional
- Arbitraje ad hoc

Como regla general el arbitraje internacional se basa en varios reglamentos elaborados por algunos organismos internacionales como:

- el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI);
- el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI); y
- el Reglamento de la *London Court of International Arbitration* (LCIA)

Del mismo modo, las partes pueden establecer en sus contratos, cláusulas arbitrales, mediante las cuales, en caso de haber algún conflicto, se comprometen a someterse al arbitraje para resolver el mismo.

² Ratificado por España, *vid.* Instrumento de Adhesión de España al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, publicado en «BOE» núm. 164, de 11 de julio de 1977.

Los principales principios que rigen el arbitraje son³:

- Igualdad entre las partes
- Voluntariedad de las partes para someterse al arbitraje
- Principio de contradicción
- Confidencialidad del proceso arbitral
- Libertad de configuración del proceso arbitral

Para finalizar este apartado, quisiera aclarar que el arbitraje de diferencias Estado-inversor o ISDS (*Investor-State Dispute Settlement*) se configura como un instrumento de Derecho internacional público, el cual otorga a un inversor extranjero el derecho a iniciar un procedimiento de arbitraje de diferencias contra un Gobierno extranjero (denominado Estado anfitrión).

III. Especial análisis a las empresas transnacionales

En cuanto al concepto de empresa transnacional⁴, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en el caso 270/83 de 1986)⁵, sostiene que una empresa transnacional está constituida por una sociedad matriz, creada de conformidad con la legislación de un país determinado, que se implanta en otros países mediante inversiones directas, sin crear sociedades locales o mediante filiales que se constituyen como sociedades locales, de conformidad con la legislación del país huésped.

A priori hay que destacar que las empresas transnacionales no son sujetos de derecho internacional público, ahora bien, debido a su gran importancia económica, y a su internalización, poco a poco se han convertido en actores relevantes⁶.

Por ello surge la necesidad por parte del Estado receptor de controlar dichas empresas, este control encuentra su fuente en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 1974, por la Resolución 3281, que en su art. 2 establece que:

³ Cfr. *Ibid.* Nota 1.

⁴ Cfr. Rigaux, F. «Les sociétés transnationales», en: *Droit International, bilan et perspectives*, Mohammed Bedjaoui, Réacteur général, Edit. Pedone-UNESCO, 1991, T. I, pp. 129 – ss.

⁵ Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de enero de 1986, Comisión c. Francia, 270/83.

⁶ El Derecho internacional les está prestando cada vez más atención para permitirles defender sus derechos, pero también para que cumplan sus obligaciones, un ejemplo incipiente sería el de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

«Todo Estado tiene el derecho de:

1º reglamentar y ejercer autoridad sobre las inversiones extranjeras dentro de su jurisdicción nacional con arreglo a las leyes y reglamentos y de conformidad con sus objetivos y prioridades nacionales. Ningún Estado deberá ser obligado a otorgar un tratamiento preferencial a la inversión extranjera.

2º Todo Estado tiene derecho de reglamentar y supervisar las actividades de empresas transnacionales que aparecen dentro de su jurisdicción nacional y adoptar medidas para asegurarse de que esas actividades se ajustan a sus leyes, reglamentos y disposiciones y estén de acuerdo con sus políticas económicas y sociales»

El Derecho internacional público, de modo general y conservador, aún no acepta a las empresas transnacionales como sujetos plenos. Sin embargo, mediante la protección diplomática, las empresas pueden recurrir al país del que son nacionales con el objeto de proteger su inversión cuando se vea afectado por los actos u omisiones del Estado receptor que incumpla el Derecho internacional⁷.

Pero más allá de la posibilidad de recurrir al Estado, hay una parte del Derecho internacional público que posibilita una actuación directa a las empresas transnacionales que invierten en un país diferente del de su nacionalidad para permitirles acceder al arbitraje internacional, al respecto cabe destacar lo señalado por J.C. Fernández Rozas, el cual sostiene que:

«Nos hallamos ante controversias que, con independencia de la índole heterogénea de los sujetos, están sometidas al Derecho internacional público, lo que las aleja, en rigor, de las privativas de las transacciones privadas internacionales. El Derecho internacional de las inversiones pertenece por entero al Derecho internacional público, pues comporta el control jurisdiccional del ejercicio del poder público, proporcionando a las entidades de carácter no estatal ejercer acciones directas contra el Estado receptor de la inversión»⁸

⁷ Véase el caso *Barcelona Traction* (Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 5 de febrero de 1970, Barcelona Traction, Light and Power Company Limited – Bélgica c. España -), que motivó el surgimiento de los TBI en donde se extendía la protección a los inversionistas extranjeros a distintos supuestos de hecho y se les daba la posibilidad de demandar directamente al Estado anfitrión ante un tribunal arbitral internacional.

⁸ Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional» en *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Iprolex, S.L., volumen V, nº1, 2012, págs. 66-67.

IV. La importancia de los Acuerdos para la promoción y la protección recíproca de las inversiones

Los APPRI⁹ son tratados bilaterales de naturaleza recíproca que contienen medidas y cláusulas destinadas a proteger, en el plano del derecho internacional, las inversiones realizadas por los inversores de cada Estado parte en otro Estado parte.

Su objetivo es proporcionar un ambiente estable y favorable a la inversión que permita reducir los factores de incertidumbre política y jurídica que a veces afectan al desarrollo de los proyectos de inversión a los que se suele enfrentar la empresa en el exterior. La gran mayoría de APPRI incorporan cláusulas que establecen el arbitraje inversor-Estado (ISDS) como condición previa al sometimiento del litigio a un arbitraje de inversiones, con el objetivo de llegar a un acuerdo amistoso entre las partes, sin que sea necesario agotar los recursos internos del Estado receptor.

Si no se consigue llegar a un acuerdo, el inversor puede someter el caso a arbitraje institucional conforme a las reglas del CIADI, a las Reglas de Arbitraje de la CCI o a las Reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo; otra posibilidad es instar un arbitraje internacional *ad hoc* conforme a las reglas de la CNUDMI o las Reglas Facultativas de arbitraje de la CPA.

En los últimos años, en gran parte debido a los APPRI que está negociando la UE, se están incorporando ciertas innovaciones procesales en busca de una mayor legitimidad en el arbitraje de inversiones, las cuales se dirigen a favorecer la transparencia procesal, en concreto, posibilitan que las audiencias y los documentos procesales sean accesibles al público, y permiten la participación de terceros en el procedimiento arbitral¹⁰.

⁹ Cfr. REQUENA CASANOVA, M., «La solución de controversias en los modelos de APPRI: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias» en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº24, 2012, pp.13-ss.

¹⁰ En este sentido, a la hora de establecer mecanismos de solución de controversias inversor-Estado de calidad en los futuros tratados bilaterales de inversión que suscriba la UE con terceros países, la Comisión Europea destaca la transparencia procesal como uno de los principales retos, pues la UE debería garantizar que la resolución de litigios entre el inversor y el Estado se realice con transparencia (por lo que se refiere, entre otras cosas, a las peticiones de arbitraje, audiencias públicas, observaciones *amicus curiae* o publicación de laudos); vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Hacia una política global europea en materia de inversión internacional*, Doc. COM, (2010) 343 final, p.11

V. La Corte Permanente de Arbitraje

1. Antecedentes históricos

En 1899 el zar ruso Nicolás II ordenó al conde Mouravieff organizar una conferencia internacional con el objetivo de hallar los medios idóneos para asegurar una paz real y duradera.

De esta reunión surge la Primera Conferencia de Paz de La Haya, dando a luz a la Corte Permanente de Arbitraje, siendo, por tanto, la institución más antigua dedicada a la resolución de controversias internacionales.

2. Organización y normativa

La CPA tiene su sede en el Palacio de la Paz en La Haya y se halla estructurada alrededor de los miembros de la Corte, designados por los Estados miembros de la CPA, concretamente, según el art. 23 de la Convención de 1899 para la resolución pacífica de controversias internacionales, cada Estado puede nombrar hasta cuatro juristas «de competencia reconocida en cuestiones de derecho internacional, que gocen de la más alta reputación moral y que estén dispuestos a aceptar las funciones de árbitros» durante un plazo de 6 años renovables.

La extensión de sus poderes y funciones, así como la definición clara del objeto controvertido se establece en un acta especial en el que las partes enfrentadas se obligan de buena fe a someterse al laudo (art. 31), que debía adoptarse por mayoría de votos, tener la forma escrita y estar motivado y firmado (art. 52).

En 1907 se reformó el procedimiento de la CPA mediante la II Convención para la resolución pacífica de controversias internacionales, redefiniendo el concepto de arbitraje internacional como aquel que «tiene por objeto la resolución de controversias entre Estados por jueces de su propia elección y sobre la base del respeto a la ley» (art. 37 de la Convención de 1907 para la resolución pacífica de controversias internacionales).

Actualmente la CPA se halla regulada por el Reglamento de Arbitraje de la CPA de 2012, el cual es una consolidación de cuatro conjuntos de reglas procedimentales previas de la CPA.

Dicho reglamento recoge en su preámbulo (introducción) la posibilidad de que la CPA conozca de los litigios arbitrales que surjan entre Estados y partes privadas¹¹, siempre que quede reflejada su voluntad de someterse a arbitraje para solucionar las posibles controversias que puedan surgir.

En su Informe Anual de 2016, la CPA ha registrado 86 arbitrajes inversor-Estado (de un total de 148 casos de arbitraje administrados ese año)¹².

2.1 Órganos auxiliares

La CPA cuenta, principalmente, con los siguientes órganos:

- La Oficina Internacional: encabezada por un Secretario General, es el encargado del registro, secretaría y custodia de archivos, sirve además como medio de comunicación entre los tribunales.
- El Consejo de Administración: encargado de formular las directivas para la Corte y de supervisar los asuntos administrativos, está formado por representantes de los Estados miembros diplomáticos acreditados en los Países Bajos.
- Fondo de Asistencia Financiera: su principal objetivo es pagar las costas de los procesos a los países en vías de desarrollo.

3. Resoluciones

La principal función de la CPA es realizar servicios de apoyo administrativo en los arbitrajes internacionales, emitiendo laudos, los cuales son de obligado cumplimiento para las partes (art. 34.2 RCPA), además, la CPA puede emitir una interpretación auténtica del laudo emitido (art. 37 RCPA)

Por otra parte, la CPA también presta apoyo a otras formas de solución pacíficas de controversias internacionales, como es el caso de la mediación, conciliación y otras formas de solución alternativa de controversias (en inglés *Alternative Dispute Resolution*).

¹¹ Cfr. Art. 1 (ámbito de aplicación): «Cuando un Estado [...] haya acordado con uno o más Estados [...] o partes privadas que los litigios entre ellos que dimanan de una determinada relación jurídica, ya sea contractual, con base en un tratado o de otra naturaleza, se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje de 2012 [...].».

¹² Cfr. Informe Anual de la Corte Permanente de Arbitraje de 2016, <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2017/03/ONLINE-PCA-Annual-Report-2016-28.02.2017.pdf> (Consultado el 7 junio de 2017).

VI. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones

1. Antecedentes históricos

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones o CIADI es una organización internacional de carácter público que se originó a causa de una iniciativa del Banco Mundial, que tenía como objetivo, reforzar la confianza mutua entre el inversionista y el Estado receptor, favoreciendo la inversión extranjera.

Concretamente, se creó como consecuencia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados¹³ que entró en vigor en 1966 (también llamado Convenio de Washington), y se planteó en un principio, como un mecanismo encaminado a solucionar los problemas que surjan entre los Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes, proponiendo un procedimiento de conciliación y arbitraje.

2. Organización y normativa

El CIADI tiene su sede en Washington D.C. (Estados Unidos), y su principal objetivo es administrar los procedimientos, es por eso, que cuenta con una comisión conciliadora y con una lista de árbitros, que serán quienes finalmente formen parte de los tribunales arbitrales.

Cada Estado contratante puede designar hasta un máximo de cuatro personas (que de conformidad con el art. 13 del Convenio, no deben ser necesariamente nacionales de ese mismo Estado), así mismo, el presidente del Consejo Administrativo puede elegir a un máximo de 10 personas, de distinta nacionalidad (art. 13.2), si bien, cabe la posibilidad de que las partes puedan nombrar a árbitros no pertenecientes a dichas listas (art. 40).

Los requisitos para acceder a este sistema de arreglo pacífico se hallan regulados en el art. 25 del Convenio, el cual establece una serie de características *ratione materiae* y *ratione personae*, que de forma sucinta son las siguientes:

- 1) consentimiento de las partes;
- 2) disputa en términos legales;

¹³ Ratificado por España, *vid.* Instrumento de Ratificación del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965, publicado en «BOE» núm. 219 de 13 de septiembre de 1994.

- 3) que el objeto de la disputa sea una inversión;
- 4) que tanto el Estado receptor de la inversión como el Estado de nacionalidad del inversor sean parte del Convenio de Washington.

2.1 Órganos auxiliares

Los principales órganos auxiliares del CIADI son:

- Consejo Administrativo¹⁴: integrado por un representante de cada Estado contratante, y presidido por el presidente del Banco Mundial, su principal función es adoptar las normas que regularán las actuaciones relativas a la conciliación y arbitraje
- Secretariado¹⁵: formada por un Secretario General y varios Secretarios Generales adjuntos y por el personal del centro, su principal función consiste en registrar las solicitudes de iniciación de los procedimientos y de autentificar los laudos arbitrales dictados conforme al convenio del CIADI.

3. Resoluciones

El laudo arbitral debe ser adoptado por la mayoría de los votos de todos sus miembros, y una vez dictado es definitivo y obligatorio, y puede reconocerse y ejecutarse en cualquier Estado miembro del CIADI. El laudo es inapelable, si bien hay una cantidad limitada de recursos posteriores al laudo disponibles en virtud del Convenio.

Y es que una de las principales características de los arbitrajes de inversión es que no existe propiamente una jurisprudencia, en el sentido de que el CIADI no está vinculado por las decisiones anteriores, sin embargo, en la práctica, dado que la mayoría de los laudos arbitrales de inversión (administrados por el CIADI) se hacen públicos, a veces las partes intentan usar dichos laudos como precedentes, con el objetivo de influir en la decisión de los árbitros.

Según el Informe Anual del año 2016, el 35% de los casos sometidos al CIADI versaron sobre el sector de la energía, de un total de 247 arbitrajes registrados ese año, batiendo un récord en comparación con los años anteriores¹⁶.

¹⁴ Cfr. Sección 2 del Convenio.

¹⁵ Cfr. Sección 3 del Convenio.

¹⁶ Cfr. Informe Anual del CIADI de 2016, https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID_AR16_English_CRA_b12_spreads.pdf (Consultado el 8 de junio de 2017).

VII. Análisis de laudos

En este epígrafe analizare dos casos entre una empresa transnacional contra un Estado, uno de ellos resuelto por la CPA, y otro resuelto por el CIADI

Si bien el primer caso no es resuelto directamente por la CPA, sino por un tribunal *ad hoc*, establecido de acuerdo con el Reglamento de la CNUDMI, está administrado por la CPA, la cual presta asesoramiento técnico, secretaría de arbitraje y actúa como autoridad nominadora.

La principal diferencia entre ambos laudos radica en que el primero (administrado por la CPA) se centra más en analizar el Tratado Bilateral de Inversión suscrito entre ambos países, mientras que en el segundo (administrado por el CIADI), entra más en aspectos técnicos, pues a diferencia del primero, este último cuenta con asesoramiento técnico especializado en cada caso.

1. Iberdrola y el Estado Plurinacional de Bolivia (Caso CPA 2015-05)

1.1 Antecedentes

Las partes implicadas son:

- La empresa Iberdrola S.A e Iberdrola Energía S.A.U (conjuntamente partes demandantes)
- El Estado Plurinacional de Bolivia (parte demandada)

Las demandantes eran socios mayoritarios de cuatro sociedades bolivianas denominadas, en su momento, Electricidad de la Paz, S.A (ELECTROPAZ), empresa Luz y de Oruro S.A (ELFEO), Compañía administradora de empresas–Bolivia, S.A (CADEB) y Empresa de Servicios Edeser, S.A (EDESER); Iberdrola ostentaba la titularidad de la mayoría de acciones a través de la empresa Iberbolivia de Inversioes, S.A (Iberbolivia).

El 29 de diciembre de 20012, el Gobierno boliviano dictó el Decreto supremo No. 1448 mediante el cual se dispuso la «nacionalización de la totalidad de las acciones que posee la sociedad Iberbolivia de Inversiones S.A en las empresas ELECTROPAZ, ELFEO S.A, CEDEB y DESER»¹⁷.

El Decreto de Expropiación identificó a Iberbolivia como «perteneciente al grupo IBERDROLA» y como «accionista mayoritario» de las Empresas, acordando

¹⁷ Decreto supremo No. 1448 del Presidente Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia, con fecha 29 de diciembre de 2012, art. 2.1.

«transferir y registrar las acciones [de Iberbolivia] en favor del Estado Plurinacional de Bolivia bajo la titularidad de ENDE [así como] el control, administración, dirección y operación» de las empresas¹⁸.

La expropiación se realizó, sin previo aviso, mediante fuerzas policiales y militares.

Ante dichos hechos, Iberdrola alegó que el Gobierno de Bolivia ha infringido el Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Bolivia (hecho en Madrid, el 29 de octubre de 2001)¹⁹, y el derecho internacional, al no concurrir razones de utilidad pública, no haberse desarrollado con arreglo al debido procedimiento legal y haberse realizado de manera discriminatoria.

1.2 Procedimiento

De conformidad con el art. 11 del Tratado redactado por ambas partes, en caso de que surja algún conflicto, se intentara llegar a un acuerdo amistoso, y si tras haber transcurrido 6 meses, no llegan a ningún acuerdo, las partes podrán optar por «acudir a los tribunales competentes de la parte contratante en cuyo territorio se hizo la inversión, o a un tribunal de arbitraje “ad hoc” con arreglo al Reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial internacional, o al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)».

Por ello, tras un intento fallido de llegar a un acuerdo amistoso, las partes eligieron someterse a un tribunal de arbitraje *ad hoc* establecido según el Reglamento de la CNUDMI²⁰, compuesto por 3 árbitros (cada parte designa un árbitro, y entre ambas designan a un tercer árbitro imparcial que actué como presidente).

Así mismo, proponen que la sede y el lugar del arbitraje se fije en Miami, Florida, EEUU.

¹⁸ *Ídem*, Arts. 2-3.

¹⁹ Bolivia denunció el Acuerdo el 9 de julio de 2012, poco antes de aprobar el Decreto en cuestión. No obstante, según su artículo 13.2. “con respecto a las inversiones realizadas con anterioridad a la fecha de denuncia del presente Acuerdo, las disposiciones contenidas en los restantes artículos de este Acuerdo seguirán estando en vigor por un período adicional de diez años a partir de la fecha de denuncia”, es decir, hasta el 09 de julio de 2022.

²⁰ La CNUDMI es el órgano jurídico más importante del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del Derecho mercantil internacional, cuya principal función es modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional.

Por último, designan a la CPA como «institución administradora del arbitraje para que preste servicios administrativos, de asistencia técnica, de secretaría de arbitraje y actué como autoridad nominadora»²¹.

1.3 Laudo

El tribunal arbitral centra su laudo en las siguientes cuestiones:

A) Bolivia ha expropiado ilegalmente la inversión de las demandantes sin pagar una indemnización pronta, adecuada y efectiva

Al respecto, la CPA estableció que Bolivia efectivamente ha vulnerado el art. 5 del Tratado, al determinar que la expropiación es contraria tanto al Tratado como al Derecho internacional, pues, a juicio de la CPA no concurren razones de utilidad pública, no ha seguido el procedimiento legal previsto y se ha realizado de manera discriminatoria.

Además, ha transcurrido más de 18 meses desde la expropiación sin que Bolivia haya pagado la indemnización a Iberdrola.

B) Bolivia ha infringido su obligación de otorgar a la inversión de las demandantes, un trato justo y equitativo

La CPA establece que, al haberse realizado la expropiación de forma discriminatoria, al usar a las fuerzas policiales y militares, vulnera gravemente el art. 3.1 del Tratado.

C) Bolivia ha obstaculizado mediante medidas arbitrarias y discriminatorias, la gestión, el uso, el disfrute, la venta y la disposición de la inversión por las demandantes

Se establece que Bolivia ha infringido el art. 3.2 del Tratado.

D) Bolivia ha infringido su obligación bajo el Tratado de cumplir sus compromisos contractuales contraídos en relación con la inversión de las demandantes

Se establece que Bolivia ha infringido su obligación de cumplir sus compromisos contractuales para con Iberdrola, de conformidad con el art. 3.2 del Tratado.

²¹ Cfr. Art. 76 del laudo.

E) Bolivia ha otorgado a la inversión de los demandantes un trato menos favorable que a las inversiones de sus propios inversores y/o inversores de terceros Estados

La Corte llega a la conclusión de que Bolivia ha vulnerado el art.4.1 del Tratado al haber otorgado a Iberdrola un trato menos favorable que a otros inversores.

F) Bolivia ha concedido a las demandantes, en lo que respecta a la gestión, el uso, el disfrute, la venta y la disposición de su inversión, un trato menos favorable que a sus propios inversores y/o inversores de terceros Estados

Mediante el mismo razonamiento del apartado anterior, la CPA establece que Bolivia ha vulnerado el art. 4.2 del Tratado.

Tras haber analizado cada una de las pretensiones, la CPA condenó a Bolivia al pago de la indemnización, así como al pago de los gastos y las costas del proceso, y al cumplimiento de cualesquiera otras medidas o reparaciones que el tribunal estime oportunos.

El Gobierno boliviano firmó el 17 de noviembre de 2015 un acuerdo para concretar el pago de 34 millones de dólares a Iberdrola, según Bolivia, se logró «una solución amistosa para resolver ambas controversias tras un arduo y largo proceso de negociación»²².

2. Iberdrola y la República de Guatemala (Caso CIADI No. ARB/09/5)

2.1 Antecedentes

Las partes implicadas son:

- La empresa Iberdrola Energía S.A (parte demandante)
- La República de Guatemala (parte demandada)

La Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A (EEGSA) fue sometida a una licitación internacional el 30 de julio de 1998, en lo referente a distribución, por lo que la empresa española Iberdrola, junto con la compañía estadounidense Teco Power

²²Cfr. «Bolivia paga a Iberdrola 34 millones de dólares por 4 firmas nacionalizadas», 17 de noviembre de 2015, *Eldiario.es*; *vid.*, http://www.eldiario.es/economia/Bolivia-Iberdrola-millones-dolares-nacionalizadas_0_453204695.html (Consultado el 26 de mayo de 2017).

Services (TPS) de ultramar y Electricidad de Portugal adquirieron el 80% del capital de EEGSA.

En el momento de la venta, EEGSA tenía una deuda de 43 millones de dólares y distribuía el 70% de la energía eléctrica de Guatemala, dicha deuda debía ser absorbida por el comprador (Iberdrola).

El conflicto surge por la tarifa del Valor Agregado de Distribución (VAD)²³, ya que el 29 de julio de 2008 la Comisión Nacional de Energía Eléctrica (CNEE) aprobó de forma definitiva que las pequeñas y medianas empresas paguen 4.24\$ por kilovatio al mes, y los usuarios residenciales, 8.22\$ por kilovatio²⁴.

Ante dicha medida, EEGSA acudió al Juzgado de Primera Instancia Civil, que falló a favor de ésta, sin embargo, la CNEE recurrió dicha decisión ante la Corte de Constitucionalidad, la cual falló a favor de esta última²⁵.

El principal fundamento del fallo fue alegar que la CNEE se encontraba en uso de su facultad legal para emitir la resolución impugnada.

Ante esta resolución, Iberdrola (como socio mayoritario de EEGSA) decidió interponer una demanda arbitral en contra del Estado de Guatemala, argumentando que la medida tomada por la CNEE limita el gozo y ganancias de su inversión.

2.2 Procedimiento

Antes de iniciar el procedimiento, la República de Guatemala interpuso excepciones de jurisdicción y admisibilidad, alegando que el CIADI carecía de competencia para conocer del caso, puesto que España no es parte del Tratado de Libre comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (DR-CAFTA)²⁶, aunque existe un APPRI en vigor entre ambos Estados²⁷.

²³ El Valor Agregado de Distribución (VAD) es la remuneración que reciben las empresas que realizan distribución de electricidad, la cual corresponde al costo medio de capital y operación de una red de distribución eficiente de referencia, operando en un área de densidad determinada.

²⁴ Resolución CNEE-144 de 2008.

²⁵ *Vid.* Pronunciamientos de la Corte de Constitucionalidad, plasmados en las sentencias de 18 de noviembre de 2009 y 24 de febrero de 2010, mediante las cuales se puso fin a los procesos judiciales iniciados por EEGSA ante los tribunales de Guatemala contra la GJ-Providencia – 3121 y la Resolución CNEE-144 del 2008.

²⁶ El DR-CAFTA busca la creación de una zona de libre comercio entre los países firmantes, adoptado el 5 de agosto de 2004, en Washington D.C, Guatemala se adhirió el 1 de julio de 2006.

²⁷ Acuerdo entre el Reino de España y la República de Guatemala para la promoción y la protección recíproca de inversiones publicado en BOE núm. 146 (jueves 17 de junio de 2004).

Por otro lado, Iberdrola alegó que el procedimiento por el cual se fijaron las tarifas de EEGSA, llevado a cabo por la CNEE, con el apoyo de los tribunales de Guatemala, supone:

1. Un acto de denegación de justicia, que se concreta en los siguientes aspectos:
 - Vulneración por parte de la CNEE del debido proceso administrativo
 - Obstrucción por parte del Ministerio de Energía del derecho de acceso a la justicia (puesto que no permitió que EEGSA sometiera la cuestión de la tarificación a la jurisdicción contencioso-administrativa)
 - Ausencia de motivación real en el fallo de la Corte de Constitucionalidad.

Así pues, Iberdrola «concluye afirmando que (...) Guatemala “incurrió en denegación de justicia, sea desde el punto de visto de la tutela efectivamente dada por su sistema de justicia, como desde el punto de vista del análisis de la concreta sentencia que rechaza finalmente los reclamos planteados por la empresa objeto de inversión, violando las obligaciones internacionales hacia los inversores asumidas en virtud del Tratado»²⁸.

2. Violación de los siguientes puntos del acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones suscrito entre el Reino de España y la República de Guatemala (TBI).

- Protección de la inversión frente a expropiaciones o medidas de efecto equivalente (art. 5 TBI).
- Obligación del Estado receptor de otorgar «un tratamiento justo y equitativo» a la inversión y garantizarle «plena protección y seguridad» (art. 3.1 TBI).
- Prohibición de aplicarle «medidas arbitrarias o discriminatorias» (art. 3.2 TBI).
- Obligación de observar las obligaciones que haya contraído por escrito «en relación con las inversiones» (art. 3.2 TBI), en concreto, los contratos de autorización suscritos entre el Ministerio de Energía de Guatemala y EEGSA.

Lo cual constituye, según Iberdrola, una especie de expropiación indirecta.

²⁸ Cfr. Apartado 398 del laudo.

2.3 Laudo

En primer lugar, el tribunal determina su propia competencia -amparándose en el art. 41 del Convenio del CIADI-, para ello, acude al art. 11 del TBI, con el objetivo de determinar si el presente caso encaja con lo reflejado en el propio TBI, finalmente concluye diciendo que «el consentimiento de la República de Guatemala para someter a arbitraje controversias al amparo del Tratado está claramente limitado a aquellas controversias relacionadas con “cuestiones reguladas por” el propio Tratado»²⁹.

A continuación, el Laudo analiza cada una de las pretensiones de Iberdrola, concluyendo que «el Tribunal declarará con lugar la excepción de jurisdicción propuesta por la demandada, con respecto a las peticiones de la demandante de que se declare la ocurrencia de una expropiación, la violación del estándar de trato justo y equitativo, la violación de la obligación de proporcionar plena protección y seguridad y el desconocimiento del mandato de cumplir las demás obligaciones impuestas por el Tratado (TBI)»³⁰, así mismo señala que «no se probó la alegación de la Demandante de que la República de Guatemala incurrió en este caso en un acto de denegación de justicia»³¹.

Finalmente, el laudo, amparándose en la ponderación del «éxito de las reclamaciones de cada una de las partes, en conjunto con las circunstancias del caso y la conducta de las partes en el procedimiento»³², decide condenar a Iberdrola a asumir la totalidad de sus propios costos y de los que incurrió Guatemala.

VIII. El arbitraje “ad hoc”

Aunque este tipo de arbitraje se caracteriza por no ser institucional, es conveniente distinguir dos subtipos de arbitraje *ad hoc*

1. El arbitraje bajo el reglamento de la CNUDMI³³

²⁹ Cfr. Apartado 309 del laudo.

³⁰ Cfr. Apartado 373 del laudo.

³¹ Cfr. Apartado 508 del laudo.

³² Cfr. Apartado 515 del laudo.

³³ La CNUDMI fue creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 mediante la Resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966.

El reglamento desarrollado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) se configuró como una alternativa a los demás reglamentos existentes.

Aunque no hay una institución específica que administre arbitrajes bajo este reglamento, muchas instituciones arbitrales como la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la *London Court of International Arbitration* (LCIA) o el *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR) sirven como sede para albergar arbitrajes bajo el reglamento de la CNUDMI, es más, el propio reglamento de la CNUDMI faculta al Secretario General de la CPA para que designe una institución, en el caso en que las partes no lo hubieran hecho, para que conozca del caso, y emita un laudo bajo el presente reglamento.

2. Arbitraje conforme a una ley nacional

Este tipo de arbitraje se da cuando no hay acuerdo entre las partes para designar al órgano, o incluso sobre a qué reglamento someterse, por lo que las partes pueden someterse a una ley nacional concreta, aunque este modo plantea diversos problemas, ya que deben asegurarse de estar satisfechos con dicha legislación, y, además, de que están dispuestos a recurrir a los tribunales nacionales de dicho país, si es necesario.

IX. Los tratados de inversión y la Unión Europea

Al amparo de los arts. 207 y 218 TFUE (modificados conforme al Tratado de Lisboa), la Unión Europea tiene la facultad de celebrar acuerdos de libre comercio con terceros Estados, así como, entre otras materias, las inversiones extranjeras directas³⁴.

Recientemente, la UE ha estado trabajando en dos tratados internacionales que contendrían interesantes cláusulas de protección de la inversión extranjera, uno ya terminado con Canadá (CETA), que está pendiente de ratificación por los Estados miembros³⁵, y otro con EEUU en proceso de negociación (TTIP).

³⁴ En la actualidad (desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa) empiezan a incluirse cláusulas sobre resolución de diferencias inversor-Estado.

Al respecto cabe destacar que el TJUE acaba de dictar su Dictamen 2/15 de 16 de mayo de 2017, sobre el primer acuerdo de nueva generación (Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur) que incluye cláusulas sobre solución de diferencias entre un inversor y un Estado, donde ha establecido que este tipo de acuerdos no puede ser ratificado exclusivamente por la UE, sino también, por los Estados miembros.

³⁵ Decisión (UE) 2017/37 del Consejo, de 28 de octubre de 2016, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra y Decisión (UE) 2017/38 del Consejo, de 28 de octubre de 2016,

La importancia que tiene estos tratados es que se pretende la creación de un tribunal permanente de inversión, cuyo principal objetivo sea la resolución de las diversas controversias que pueden surgir entre los Estados parte o la Unión Europea y un inversor³⁶.

Las principales características de este tribunal permanente de inversión son³⁷:

- **Arbitraje selectivo:** se pretende crear una especie de filtro, de manera que únicamente puedan ser objeto del tribunal, aquellas demandas sustantivas. Por otra parte, estos tratados evitan que el inversor pueda reclamar compensaciones en dos foros diferentes, aunque si coincide un arbitraje de inversión con un arbitraje interestatal, (relacionado con el trato dado a los inversores), o si se ha iniciado otra reclamación con idéntico objeto, se admite la litigación paralela, de manera que el tribunal arbitral, deberá abstenerse, hasta que el otro tribunal se pronuncie.
- **Arbitraje particularista:** únicamente serán aplicables aquellas disposiciones interpretadas de conformidad con el CVDT, además, los tratados recogen una cláusula según la cual, también se aplicarán «otras normas y principios de Derecho internacional público aplicables entre las Partes»³⁸. Además, las partes se han reservado el derecho a interpretar los acuerdos según su voluntad, para ello, pueden crear un comité competente para interpretar dicha disposición, cuya resolución será vinculante para el órgano arbitral
- **Arbitraje transparente:** con base en el principio de transparencia, estos tratados prevén la posibilidad de que aquellas partes que no participan en el arbitraje, puedan recibir toda aquella documentación relacionada con el mismo, incluso, se establece la posibilidad de que asistan y que estén presentes en las audiencias. La finalidad de esta medida, es que la Comisión Europea pueda intervenir de algún modo en el proceso.

relativa a la aplicación provisional del Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra (DOUE L 11 DE 14/01/2017).

El Congreso de los Diputados de España votó a favor de la ratificación por parte de España de este Tratado el 18 de mayo de 2017, *vid.* González, Miguel (18 de mayo de 2017) «El Congreso apoya el CETA entre la UE y Canadá». El País.

³⁶ Cfr. FACH GÓMEZ, K., «Unión Europea e inversiones internacionales: el futuro de los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado», en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69, 2017, pp.295-ss.

³⁷ Cfr. PASCUAL VIVES, F., «La Unión Europea y el arbitraje de inversión en el CETA y el TTIP», en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69, 2017, pp. 287-ss

³⁸ Cfr. Art. 8.31.1 CETA y art. 13, sección 3º TTIP.

Por otro lado, al someterse a las reglas de transparencia de la CNUDMI, se admite la intervención de todas aquellas personas físicas o jurídicas que demuestren un interés directo en el resultado de la controversia, así como, la obligación de informar por parte del tribunal, de toda aportación económica realizada por tercero a cualquiera de las partes.

- **Arbitraje menos descentralizado:** la principal novedad reside en la posibilidad de acudir a la mediación como alternativa al arbitraje, cuyos árbitros serán designados por las partes firmantes del acuerdo, así como la creación de un tribunal de apelación que se encargue de revisar los laudos.

Actualmente, existen dos sistemas para resolver este tipo de problemas:

- Acudir a los tribunales nacionales: se fundamenta en la confianza mutua en el sistema de justicia de los socios.
- Acudir a sistemas privados de arbitraje (ISDS), como los explicados anteriormente: se caracteriza porque los árbitros son abogados especializados en derecho comercial, y además es un sistema independiente de los Estados, que busca proteger el interés común.

Sin embargo, la Comisión Europea propone dos métodos nuevos de resolución:

- Un tribunal multilateral sobre inversiones: es una idea a largo plazo, aún no definida
- Un organismo bilateral de apelación con 7 jueces exclusivamente para el TTIP: es un método de resolución viable a corto plazo, y se caracteriza porque la UE y EEUU pactarían los 7 jueces (2 jueces elegidos por la UE, 2 jueces elegidos por EEUU y 3 jueces designados de otros lugares)
- Un comité mixto de 15 jueces exclusivamente para el CETA³⁹: 5 jueces serán nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, otros 5 serán nacionales de Canadá⁴⁰ y los 5 restantes, serán nacionales de terceros países (por un mandato de 5 años, renovables una sola vez).

No obstante, últimamente son muchas las voces críticas que se alzan contra los tratados de inversión que está negociando la UE con EEUU y Canadá, ya que estos tratados son

³⁹ Cfr. Art. 8.27 y ss. CETA.

⁴⁰ Cualquiera de las Partes podrá proponer, en lugar de ello, nombrar a un máximo de cinco miembros del tribunal de cualquier nacionalidad. En este caso, a efectos del presente artículo tales miembros del tribunal serán considerados nacionales de la Parte que ha propuesto su nombramiento.

percibidos de manera negativa, por una gran parte de la población, siendo las principales críticas:

- Falta de transparencia.
- Atenta contra el poder legislativo de los Estados miembros de la UE.
- Hace prácticamente imposible apelar los laudos.
- Afecta a la imparcialidad e independencia de los árbitros.

Del mismo modo, la opinión pública siente una gran confusión con el hecho de que las grandes corporaciones pudieran llevar a un Estado ante un Tribunal por cambiar su legislación y perjudicarles, aunque esto se debe en gran parte al desconocimiento por parte de los ciudadanos de la existencia de mecanismos de arbitraje internacional que permiten esto, como por ejemplo el CIADI.

Estas críticas tienen su base, en buena parte, en el desconocimiento de los mismos por parte de los ciudadanos, ya que, como he explicado en el presente TFG, el principal objetivo de dichos tratados es la creación de un tribunal permanente de inversión, el cual contara con árbitros designados por un tiempo determinado, basado en el principio de transparencia, además los laudos cuentan con el respaldo del CIADI y del Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

X. Conclusiones

En el presente TFG me he centrado casi en exclusiva en el arbitraje de inversiones, pues considero que es un modelo de resolución alternativa de controversias entre Inversor-Estado muy utilizado actualmente, configurándose como una garantía, tanto para el inversor extranjero como para el Estado receptor, ya que la principal característica de este tipo de arbitraje es que permite reclamar directamente contra un Estado, sin necesidad de acudir al mecanismo de la protección diplomática, agilizando el proceso, lo que es sin duda, una gran ventaja para el inversor.

En cuanto al Estado receptor, aporta una imagen de mayor seguridad jurídica, mostrando su intención de actuar según los estándares internacionales y que si hay dudas sobre ello se somete voluntariamente al arbitraje, esto da garantías, ya que hace más atractivo para los inversores el mercado del Estado que así se compromete.

Del mismo modo, el arbitraje permite que las partes puedan acudir a un tercero imparcial (que actuará como árbitro), evitando así que los tribunales nacionales se muestren parciales o sufran presiones políticas.

En este sentido, el CIADI es una gran herramienta cuyo principal objetivo es resolver los conflictos que puedan surgir entre Estados-Estados inversores o entre Estados-inversores particulares, contribuyendo eficazmente al tráfico mercantil internacional, fomentando la seguridad jurídica y transparencia necesaria para su promoción y correcto funcionamiento.

Quizá el método más común para acceder a este tipo de arbitraje es mediante los APPRI, ya que, a través de estos instrumentos bilaterales, se dota al inversor de un marco que garantiza estabilidad y protección jurídica de sus inversiones en el Estado receptor, puesto que estos tratados suelen contemplar el recurso de arbitraje como herramienta de resolución de controversias que puedan surgir entre el Estado y el inversor, siendo una de las principales razones por la que España se ha nutrido de una importante red de APPRI⁴¹.

Mediante estos acuerdos se facilita que las grandes empresas españolas puedan buscar posibilidades de negocio en otros países, limitando el riesgo de sus inversores al asegurarse unos estándares de protección mínimos.

En los últimos años, han surgido numerosas noticias relacionadas con el arbitraje de inversión, por ejemplo, recientemente de inversores que han demandado a España por la reforma del régimen retributivo de las energías renovables teniendo como resultado este mismo año que España tenga que pagar una elevada compensación, de lo que hablaré a continuación.

Esto enlaza con el tema tratado en el TFG ya que el sector de la energía requiere de un gran desembolso inicial por parte del inversor, el cual no verá recuperada su inversión hasta pasado algunos años, por lo que es necesario contar con un régimen estable que permita hacer previsiones a medio/largo plazo. Esto supone que un cambio sobrevenido de la normativa conlleve que el inversor perjudicado decida someter la controversia a una institución arbitral.

⁴¹ Vid. Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), Secretaría de Estado de Comercio, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, consultado en <http://www.comercio.es/acuerdos> (Consultado el 5 de junio de 2017).

En mi opinión, una institución como el CIADI puede resolver de manera mucho más técnica y especializada dichas controversias, a diferencia de los órganos judiciales, ya que tiene en cuenta las características peculiares de cada caso, tanto de las diferencias relativas a inversiones internacionales como de las partes involucradas, con el objetivo de mantener un cuidadoso equilibrio entre los intereses del inversor y del Estado receptor; además cada caso es estudiado meticulosamente por una Comisión de conciliación o por un tribunal de arbitraje independiente, ya que esta institución brinda a cada parte un equipo especializado a lo largo del proceso.

De hecho, los casos que he analizado en el presente TFG versan sobre energía, concretamente, la empresa Iberdrola contra dos países latinoamericanos, y es que el arbitraje en Latinoamérica ha estado presente desde mediados del s. XIX, aunque encontró su mayor auge tras la primera Guerra Mundial, coincidiendo con la creación de un sistema de arbitraje internacional por parte de la bolsa de Comercio de Buenos Aires y la Cámara de Comercio norteamericana en 1916, alcanzando su céñit en la convención de Panamá de 1975 (que permitía el reconocimiento y ejecución de laudos entre los países latinoamericanos)⁴².

En los casos examinados, tanto Bolivia como Guatemala han promulgado a nivel interno legislaciones sobre arbitraje, revistiendo cierta seguridad jurídica, sin embargo, la postura que mantienen los países latinoamericanos en general, varía según las circunstancias socio-económicas del país, desembocando, en ocasiones, en una postura anti-arbitraje, cuestionando, sobre todo, aquellos laudos desfavorables para el Estado.

Prueba de ello es la denuncia del APPRI entre España y Bolivia justo antes de nacionalizar las acciones de Iberbolivia, porque Bolivia era consciente de que vulneraba el derecho internacional y sabía que podría darse una costosa decisión en su contra.

La privatización en América Latina de determinados sectores hizo que se convirtieran en mercados muy atractivos para las empresas europeas, y sobre todo españolas con experiencia en el sector de la energía. Esto hizo que se hicieran cuantiosas inversiones que las empresas contaban en que les reportarían grandes beneficios.

Sin embargo, ha habido una tendencia en algunos Estados de América Latina a renacionalizar determinados sectores estratégicos o a regularlos fuertemente limitando el

⁴² De los SANTOS, C., «El arbitraje internacional como instrumento de protección de las inversiones españolas en Latinoamérica» en *cuadernos de energía*, nº11, 2016, pp.54-60

margen de actuación de las empresas a la hora de fijar precios y esto ha tenido un importante coste para algunas empresas inversoras que se han visto muy perjudicadas⁴³.

Por consiguiente, el hecho de poder recurrir a un mecanismo independiente de solución de controversias es básico a la hora de reducir el peligro de invertir en un país extranjero.

Poder contar con estos mecanismos es beneficioso para las empresas españolas, pero conforme al principio de reciprocidad España también debe someterse a estos mecanismos de solución de controversias cuando aprueba legislación controvertida que perjudica a las empresas que invierten en su territorio cuando consideran que ha incumplido alguna de sus obligaciones.

En el caso español, hace unas semanas se ha conocido el fallo desfavorable para España en el caso CIADI No. ARB/13/36⁴⁴, constituyendo la primera derrota española desde la reforma del sector fotovoltaico, sin embargo, esto no implica un problema generalizado de inseguridad jurídica, máxime cuando el reciente laudo se debe a un concreto cambio normativo.

Por otro lado, opino que la creación de un tribunal permanente de inversiones hará que los inversores se sentirán más atraídos a la hora de invertir en la UE, puesto que este tribunal otorgara una red de seguridad al inversor, ya que permite que este pueda acudir a dicho tribunal cuando el Estado receptor no le ofrezca un trato justo y equitativo denegándole, por ejemplo, el acceso a la justicia, expropiaciones injustas, o incluso ejercer un trato abusivo contra el inversor.

Sin embargo, se perderá en flexibilidad y margen de acción de las partes, con respecto al arbitraje de la CPA y del CIADI, pero al ganarse en transparencia y seguridad jurídica resulta muy ventajoso para los ciudadanos, ya que al final se toman decisiones que no sólo afectan a partes privadas sino a los contribuyentes de los Estados que son los que pagan las reparaciones millonarias que pueden fijarse y cuyas leyes pueden modificarse a raíz de un laudo de este tipo, así que hay una clara afectación a los intereses públicos que hace poco acertado apelar a mecanismos opacos o confidenciales.

⁴³ Vid. «Las seis grandes “nacionalizaciones” de empresas españolas en América Latina», 15 de noviembre de 2016, en *El Español*, http://www.elespanol.com/economia/empresas/20161115/170983362_0.html (consultado el 31 de mayo de 2017).

⁴⁴ Vid. Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg SÀRL c. El Reino de España, caso CIADI No. ARB/13/16, 4 de mayo de 2017.

Además, me parece una muy buena idea el filtrar los casos que puedan someterse a este tribunal, ya que únicamente se podrá recurrir por los motivos establecidos en los tratados de libre comercio, evitando así un abuso, tanto por parte del inversor, como por parte del Estado receptor.

Esto puede suponer una gran ventaja, proporcionando al mismo tiempo seguridad jurídica, ya que en el futuro se prevé que este nuevo sistema estará vigente para todos los tratados de inversión que suscriba la UE, en vez de establecer en cada TBI una fórmula de resolución de controversias entre el Estado y el inversor.

Aunque esto pueda provocar, a mi juicio, el hecho de que la UE se deba someter a la jurisdicción de este nuevo tribunal, que podría entrar en conflicto con la jurisprudencia del TJUE, que actualmente es el mayor interprete del derecho de la UE.

Sin embargo, esta propuesta de un nuevo tribunal permanente de inversión aún no está perfilado del todo, máxime cuando aún no ha entrado en vigor ninguno de los tratados.

No obstante, tras el triunfo de Donald Trump y tras la victoria del Brexit británico, el TTIP ha quedado bloqueado, y es que, si Trump adopta una postura proteccionista en el ámbito económico, como anunció en su campaña electoral, probablemente suponga el abandono por parte de los EEUU de las negociaciones del TTIP.

Al respecto hay que rescatar lo que dijo la comisaria de comercio, Cecilia Malström, tras la reunión de los ministros de comercio de la UE «Probablemente el TTIP estará un tiempo en el congelador, veremos qué ocurre cuando se descongele [...] creo que deberíamos ser realistas: no creo que veamos la reanudación de las negociaciones del TTIP en bastante tiempo»⁴⁵.

Por su parte, el secretario de Estado de comercio exterior francés, Matthias Felk, establece que «las negociaciones deben detenerse [...] necesitamos una transparencia plena y completa. De lo contrario no habrá política comercial europea»⁴⁶, insinuando que la UE debería volver a comenzar desde cero las negociaciones con EEUU.

⁴⁵ Cfr. «Los Veintiocho asumen que el TTIP pasará “un tiempo en el congelador” a la espera de conocer la política de Trump», 11 de noviembre de 2016, *rtve.es*, <http://www.rtve.es/noticias/20161111/veintiocho-asumen-ttip-pasara-tiempo-congelador-espera-conocer-politica-trump/1441845.shtml> (Consultado el 31 de mayo de 2017).

⁴⁶ Cfr. «La UE asume que la llegada de Trump congela la negociación del TTIP», 11 de noviembre de 2016, *elPeriódico.com*, <http://www.elperiodico.com/es/noticias/economia/asume-que-llegada-trump-congela-negociacion-del-ttip-5623252> (Consultado el 31 de mayo de 2017).

Por último, el exsecretario de Estado de comercio español, Jaime García-Legaz, es más optimista con el TTIP, al respecto señala que «Lo primero que hay que hacer es sentarse a hablar con la nueva administración americana y escucharles. Hasta ahora no hemos tenido ocasión de conocer cuál es la opinión de la administración Trump así que prejuzgar que va a ser un acuerdo que se tenga que meter en un cajón es prejuzgar algo que carece todavía de información fundamentada»⁴⁷.

En vista de lo anterior, la política proteccionista de Donald Trump imposibilita que se reactive en un futuro cercano las negociaciones con la UE respecto del TTIP, sin ir más lejos, hace algunos meses, Trump retiró a EEUU del TPP⁴⁸, cuando únicamente faltaba la ratificación por parte de los países que lo negociaron⁴⁹.

Por mi parte creo que un Tratado de libre comercio, facilitaría las inversiones entre EEUU y la UE, lo que significaría un gran crecimiento en el PIB.

Del mismo modo, el hecho de crear una zona de libre comercio haría que el comercio fuera mucho menos costoso para las empresas (tanto para las actuales empresas que ya exportan a EEUU, como para aquellas empresas que quieran empezar a exportar), favoreciendo enormemente a las PYMES.

Por otra parte, la victoria del Brexit, ha supuesto una gran pérdida para la UE, lo que ha conllevado a que se tenga que replantear las relaciones comerciales entre el Reino Unido y la UE, ya que el objetivo final del Brexit es que Reino Unido salga tanto del mercado único europeo como de la unión aduanera, dando lugar a nuevas negociaciones comerciales entre la “nueva” UE y el Reino Unido.

Sin embargo, la aprobación del CETA por parte del Consejo de la Unión Europea, aunque falta la ratificación del mismo por parte de los Estados miembros, significa un gran paso hacia la expansión económica de la UE, que se reafirma como sujeto en el Derecho internacional público.

⁴⁷*Ibid.*

⁴⁸ El Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica es un tratado de libre comercio entre varios países de la Cuenca del Pacífico que aborda una variedad de materias de políticas públicas, firmado el 4 de febrero de 2016 en Auckland, Nueva Zelanda.

Entre otras cosas, el TPP busca rebajar las barreras comerciales, establecer un marco común de propiedad intelectual, reforzar los estándares de derecho del trabajo y derecho ambiental, y establecer un mecanismo de arbitraje de diferencias inversor-estado.

⁴⁹ Cfr. «Donald Trump retira a Estados Unidos del TPP, el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica», 23 de enero de 2017, *BBC.com*, <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38723381> (Consultado el 6 de junio de 2017).

Bibliografía

Manuales y revistas

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Hacia una política global europea en materia de inversión internacional*, Doc. COM, (2010) 343 final, p.11.
- De los SANTOS, C., «El arbitraje internacional como instrumento de protección de las inversiones españolas en Latinoamérica» en *Cuadernos de energía*, nº11, 2016, pp.54-60
- FACH GÓMEZ, K., «Unión Europea e inversiones internacionales: el futuro de los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado», en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69, 2017, pp.295-302.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Arbitraje en inversiones extranjeras: El Procedimiento arbitral del CIADI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, (capítulo primero *CIADI como factor decisivo para el incremento de las inversiones internacionales*).
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional» en *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, volumen V, nº1, 2012, págs. 37-94.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, A.F, *Lecciones de derecho internacional público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- LATHAM y WATKINS en *Guía del arbitraje internacional*, 2015, pp. 3-ss.
- PASCUAL VIVES, F., «La Unión Europea y el arbitraje de inversión en el CETA y el TTIP», en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69, 2017, pp.287-294.
- REMIRO BROTÓNS, A., *Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- REQUENA CASANOVA, M., «La solución de controversias en los modelos de APPRI; cláusulas tradicionales y nuevas tendencias» en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº24, 2012, págs. 13-35.
- RIGAUX, F. «Les sociétés transnationales», en: *Droit International, bilan et perspectives*, Mohammed Bedjaoui, Rééditeur général, Edit. Pedone-UNESCO, 1991.
- VÁZQUEZ GÓMEZ, E.M (Coordinadora), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Tirant lo Blanch, Córdoba, 2011, pp. 79-ss., 137-ss. y 169-ss.

Laudos arbitrales

- Iberdrola Energía SA c. La República de Guatemala, Caso CIADI No. ARB/09/5,17 de agosto de 2012
- Iberdrola SA e Iberdrola Energía SAU c. El Estado Plurinacional de Bolivia, Caso CPA 2015-05, 7 de agosto de 2015

Páginas webs

- Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), Secretaría de Estado de Comercio, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, consultado en <http://www.comercio.es/acuerdos> (Consultado el 5 de junio de 2017).
- Informe Anual de la Corte Permanente de Arbitraje de 2016, <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2017/03/ONLINE-PCA-Annual-Report-2016-28.02.2017.pdf> (Consultado el 7 junio de 2017).
- Informe Anual del CIADI de 2016, https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID_AR16_English_CRA_b12_spreads.pdf (Consultado el 8 de junio de 2017).
- Página web oficial de la Corte Permanente de Arbitraje: <https://pca-cpa.org/es/home> (Consultado el 13 de marzo de 2017)
- Página web oficial del CIADI: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx> (Consultado el 25 de marzo de 2017)

Recortes de prensa

- «Bolivia paga a Iberdrola 34 millones de dólares por 4 firmas nacionalizadas», 17 de noviembre de 2015, *Eldiario.es*; *vid.*, http://www.eldiario.es/economia/Bolivia-Iberdrola-millones-dolares-nacionalizadas_0_453204695.html (Consultado el 26 de mayo de 2017).
- «Las seis grandes “nacionalizaciones” de empresas españolas en América Latina», 15 de noviembre de 2016, en *El Español*, http://www.elespanol.com/economia/empresas/20161115/170983362_0.html (consultado el 31 de mayo de 2017).
- «Los Veintiocho asumen que el TTIP pasará “un tiempo en el congelador” a la espera de conocer la política de Trump», 11 de noviembre de 2016, *rtve.es*, <http://www.rtve.es/noticias/20161111/veintiocho-asumen-ttip-pasara-tiempo>

[congelador-espera-conocer-politica-trump/1441845.shtml](http://www.elperiodico.com/es/noticias/economia/congelador-espera-conocer-politica-trump/1441845.shtml) (Consultado el 31 de mayo de 2017).

- «La UE asume que la llegada de Trump congela la negociación del TTIP», 11 de noviembre de 2016, *elPeriódico.com*, <http://www.elperiodico.com/es/noticias/economia/asume-que-llegada-trump-congela-negociacion-del-ttip-5623252> (Consultado el 31 de mayo de 2017).
- «Donald Trump retira a Estados Unidos del TPP, el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica», 23 de enero de 2017, *BBC.com*, <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38723381> (Consultado el 6 de junio de 2017).