

# UN SISTEMA DE CORTE PERMANENTE COMO ALTERNATIVA AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN: VENTAJAS Y DESVENTAJAS

Fernando Bedoya/José Luis Ramírez<sup>1</sup>

**Abstract:** *Great controversy has arisen in connection with the latest proposal advanced by the European Union during its negotiations with the United States, for approval of the Transatlantic Trade and Investment Partnership Treaty (TTIP). Prompted by lobbying by the European Parliament, a number of member States and certain public opinion, the European Union has introduced several innovative measures to the new proposed version of the Treaty, with regards to investment protection and dispute settlement. In particular, the European Union proposes the creation of a two-tiered permanent court composed of "judges" pre-appointed by the United States and Europe. Such a model, which parts from traditional Investor-State Dispute Settlement proceedings, is an attempt to address the main difficulties and flaws detected in investment arbitration. This article summarises both the positive and negative reviews exposed by the arbitral community in connection with the new system advanced by the European Union. Advantages of the new model include, among others, the express protection of States' so-called "right to regulate", a firm commitment regarding the transparency of proceedings and the implementation of a strict ethical code for arbitrators in order to prevent conflicts of interest. On the contrary, the main concerns noted against such a system refer to the distortion of the dispute settlement arbitration mechanisms which may reduce the protection of foreign investments, complicate the enforcement of the courts' resolutions in third-countries to the Treaty and increase the risk of inconsistencies between courts' first and second instances, amongst others.*

## 1. Introducción

Para sorpresa de muchos el arbitraje de inversión lleva varios meses siendo noticia con motivo de las negociaciones del Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones, más conocido como *Transatlantic Trade and Investment Partnership* o TTIP, por sus siglas en inglés.

En dichas negociaciones entre la Unión Europea y los Estados Unidos<sup>2</sup> el capítulo relativo a la protección de inversiones está siendo uno de los más controvertidos y ha generado una notable polémica en la opinión pública, en la que un renacido movimiento antiglobalización está ganando la batalla mediática.

Motivada por la presión ejercitada por el Parlamento Europeo, algunos Estados Miembros y cierto sector de la opinión pública, la Unión Europea ha propuesto un nuevo método de resolución de controversias inversor-Estado bastante alejado del convencional *Investor to State Dispute Settlement (ISDS)* que Estados Unidos aboga por mantener, en línea con sus recientes tratados bilaterales<sup>3</sup> y multilaterales<sup>4 5</sup>.

1 Pérez-Llorca

2 COMISIÓN EUROPEA: *Report of the twelfth round of negotiations for the transatlantic trade and investment partnership*, Bruselas, febrero 2016, págs. 22-26. Texto disponible en: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/march/tradoc\\_154391.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/march/tradoc_154391.pdf)

3 De hecho, este último sistema es el que Estados Unidos incluye en su modelo de *Bilateral Investment Treaty*. Texto disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>

4 Por esta opción se ha optado en el reciente *Trans Pacific Partnership (TPP)*, Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica, del cual son países firmantes Australia, Brunéi, Canadá, Chile, EEUU, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam. Texto disponible en: <https://www.tpp.mfat.govt.nz/text>

5 SCHILL, S.: *The TTIP Negotiations: US versus EU Leadership in Global Investment Governance*, *Kluwer Arbitration Blog*, 5 marzo 2016. Texto disponible en: <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/03/05/thettipnegotiationsusversuseuleadershipinglobalinvestmentgovernance/>

La propuesta planteada por la Comisión Europea, hecha pública formalmente el 12 de noviembre de 2015, opta por la creación de una corte permanente para la resolución de controversias inversor-Estado, compuesta por jueces (que no árbitros) pre-seleccionados por las Partes del Tratado (esto es, los Estados), así como la posibilidad de recurrir en apelación las resoluciones que se dicten ante un Tribunal superior en una suerte de segunda instancia<sup>6</sup>.

La propuesta de la Unión Europea avanza el camino de reforma de los mecanismos de protección de inversiones, ya iniciado con la firma de las versiones definitivas del *EU-Vietnam Free Trade Agreement*<sup>7</sup> (EU-VIETNAM FTA) y del *Comprehensive Economic and Trade Agreement*<sup>8</sup> (CETA) negociado entre la Unión Europea y Canadá<sup>9</sup>, pero va incluso más allá.

Dada su relevancia y, sobre todo, la notable controversia doctrinal, profesional y pública generada por el mecanismo de resolución de disputas propuesto por la EU para el TTIP, en el presente artículo nos centraremos en analizar las ventajas e inconvenientes que desde un punto de vista estrictamente jurídico plantea dicho nuevo sistema. Así, aunque el mismo no sea definitivo, ya que su aceptación por parte de Estados Unidos es incierta e incluso poco probable según algunos medios<sup>10</sup>, sin duda constituye un ejercicio intelectual sumamente interesante e incluso conveniente para tratar de mejorar los sistemas de protección de inversiones.

## 2. La nueva propuesta de TTIP

Como es sabido, la principal novedad que ha introducido la Unión Europea en su nueva propuesta de TTIP consiste en la regulación de un sistema quasi-jurisdiccional de resolución de controversias. Sin embargo, esa no es la única novedad que aborda la propuesta de la UE en materia de protección de las inversiones, ya que la propuesta además incluye una regulación sustantiva en dicho ámbito, al objeto de garantizar el derecho de los Estados a legislar, así como de clarificar los derechos y protecciones debidas a los inversores. Por ello, en primer lugar pasaremos a detallar en qué consisten estas medidas sustantivas propuestas por la Unión Europea en materia de protección de inversiones, para relacionar seguidamente las principales características del nuevo sistema de resolución de controversias incluido en la nueva propuesta de TTIP.

6 Propuesta presentada por la Comisión Europea en noviembre de 2015 para la regulación de la inversión y la resolución de disputas. Texto disponible en: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc\\_153807.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf)

7 *EU-Vietnam Free Trade Agreement* (EU-VIETNAM FTA), Tratado de Libre Comercio EU-Vietnam. Texto disponible en: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1409>

8 *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA), Acuerdo integral de Economía y Comercio entre la Unión Europea y Canadá. Texto disponible en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-399\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-399_en.htm)

9 Por ejemplo, el CETA prevé la aplicación de un estricto código ético a los árbitros para prevenir conflictos de intereses, así como la regulación expresa del derecho a legislar de los Estados vinculados al Tratado. COMISIÓN EUROPEA, *Factsheet: Investment provisions in the EU-Canada free trade agreement* (CETA), Febrero 2016. Texto disponible en: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc\\_151918.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf).

10 *EE UU presiona en secreto para rebajar las reglas de la UE en el TTIP*, El País, Bruselas/Madrid, 2 mayo 2016. Texto disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2016/05/01/actualidad/1462117710\\_697215.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/05/01/actualidad/1462117710_697215.html).

### A. El derecho a regular

En lo que respecta a las novedades normativas de carácter material resulta especialmente destacable que la Unión Europea haya propuesto reconocer de forma expresa el denominado derecho a regular de los Estados vinculados al Tratado<sup>11</sup>. De hecho, se declara expresamente que las previsiones del Tratado en materia de protección de la inversión no pueden ser interpretadas como una obligación o compromiso de los Estados vinculados a no introducir modificaciones en su ordenamiento jurídico; incluso, aunque dichas modificaciones ocasionen perjuicios a los inversores beneficiarios de aquella protección<sup>12</sup>. Por otra parte, la propuesta de TTIP específica que la protección a la inversión no podrá impedir a la Unión Europea hacer valer e imponer las prohibiciones previstas en la normativa comunitaria en materia de ayudas estatales<sup>13</sup>.

Se vislumbra en dichas medidas la reacción de la Unión Europea (y de algunos de sus Estados Miembros) ante algunos casos recientes como el *Caso Micula*<sup>14</sup>,<sup>15</sup>, o el *Caso Vattenfall II*<sup>16</sup>, por no hablar de los numerosos casos que afrontan y afrontarán otros países como España o Italia por los cambios introducidos en sus reformas regulatorias en materia de energías renovables. Es en este contexto donde ha de enmarcarse la citada propuesta.

La consagración expresa del derecho a regular de los Estados no es la única novedad normativa introducida en la nueva propuesta de TTIP. La Unión Europea también ha querido clarificar y dotar de contenido al derecho de los inversores a la protección de sus inversiones, concretándolo en determinadas garantías que constituyen el denominado "*estándar de protección de la inversión*"<sup>17</sup>.

11 Capítulo II, sección 2, artículo 2.1 TTIP.

12 Capítulo II, sección 2, artículo 2.2 TTIP.

13 Capítulo II, sección 2, artículo 2.4 TTIP

14 Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, en el que se condenó a Rumanía por suspender determinadas subvenciones otorgadas en favor de los inversores litigantes, a consecuencia de la aplicación las prohibiciones del Derecho europeo en materia de ayudas estatales tras la entrada de dicho Estado en la Unión Europea. Algunos de los documentos de dicho arbitraje (incluido el laudo dictado por el tribunal arbitral y la decisión sobre la solicitud de anulación del mismo instada por Rumanía, emitida el pasado 26 de febrero de 2016) pueden consultarse en: <http://www.italaw.com/cases/697#sthash.XIAH0FUo.dpuf>

15 DECISIÓN (UE) 2015/1470 DE LA COMISIÓN de 30 de marzo de 2015 relativa a la ayuda estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ejecutada por Rumanía Laudo arbitral Micula/Rumanía de 11 de diciembre de 2010. Texto disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015D1470&from=ES>

16 Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12, en el que se dirime la potencial responsabilidad de Alemania por la pérdida de beneficios que habría generado su decisión de adelantar la suspensión (en principio gradual) del programa de energía nuclear alemán. Cabe destacar que el Caso Vattenfall II también ha contribuido a avivar la controversia en relación con la falta de transparencia de los arbitrajes en materia de inversión internacional. Bernasconi-Osterwalder, N. y Dietrich, M., *The State of Play in Vattenfall v. Germany II: Leaving the German public in the dark*, International Institute for Sustainable Development (IISD), Winnipeg, diciembre 2014, págs. 4 y 5. Texto disponible en: <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/state-of-play-vattenfall-vs-germany-II-leaving-german-public-dark-en.pdf>

17 COMISIÓN EUROPEA: *Reading Guide to the Draft text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, Bruselas, 16 septiembre 2015. Texto disponible en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-15-5652\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5652_en.htm)

En concreto se han articulado cinco garantías: (i) prohibición de expropiaciones sin justa compensación<sup>18</sup>; (ii) posibilidad de transferir (e incluso repatriar en determinados supuestos) los fondos relativos a una inversión<sup>19</sup>; (iii) garantía de ofrecer a los inversores un trato justo y equitativo, conforme a un listado tasado de supuestos que suponen una infracción de dicha obligación<sup>20</sup>; (iv) obligación de los Estados de respetar sus compromisos contractuales vinculantes con los inversores<sup>21</sup>; y (v) compromiso de los Estados a compensar las pérdidas de los inversores en determinados supuestos (como por ejemplo en caso de guerra o conflicto armado)<sup>22</sup>. Asimismo, la propuesta de TTIP formulada por la UE incluye un anexo con determinados criterios para facilitar la identificación de cuándo existe una expropiación indirecta, otro de los conceptos que mayores problemáticas suscita en materia de protección a la inversión.

Expuestas las principales novedades regulatorias introducidas por la Unión Europea en esta nueva propuesta de TTIP, a continuación nos centraremos en exponer las principales características procesales del mecanismo de resolución de controversias basado en la institución de una corte permanente.

#### B. Resolución de controversias a través de la institución de una corte permanente

El mecanismo de protección de inversiones propuesto por la UE prevé la posibilidad de acceder a la corte permanente una vez superado un periodo de consultas de al menos seis meses (una suerte de "cooling off"). Asimismo, la propuesta prevé la posibilidad de resolver las disputas de forma amistosa tanto antes como después del periodo de consultas<sup>23</sup>, así como a través de una mediación<sup>24</sup>, naturalmente voluntaria y de común acuerdo.

Por otra parte, también se ha previsto en el TTIP un mecanismo para la determinación del demandado durante esta fase previa al inicio del procedimiento<sup>25</sup>, en línea con lo establecido por el Reglamento (UE) 912/2014<sup>26</sup>. Así, en los casos en los que un demandante de Estados Unidos se plantee dirigir una reclamación por una infracción de sus derechos de inversión, corresponderá a la Unión Europea determinar si la posición de demandado habrá de ser ocupada por la propia Unión o, por el contrario, por el Estado miembro de la inversión. Dicha decisión resultará vinculante para el tribunal a la hora de resolver la controversia<sup>27</sup>, lo que, como veremos más adelante, plantea determinadas dificultades prácticas.

Una vez aclarado lo anterior, pasemos a analizar ahora el sistema de corte permanente que pretende instaurar la Unión Europea como mecanismo de resolución

18 Capítulo II, sección 2, artículo 5 TTIP.

19 Capítulo II, sección 2, artículo 6 TTIP.

20 Capítulo II, sección 2, artículo 3 TTIP.

21 Capítulo II, sección 2, artículo 7 TTIP.

22 Capítulo II, sección 2, artículo 4 TTIP.

23 Capítulo II, sección 3, artículo 2 TTIP.

24 Capítulo II, sección 3, artículo 3.1-3.5 TTIP.

25 Capítulo II, sección 3, artículo 5 TTIP.

26 Para un análisis del Reglamento UE nº 912/2014 véase DÍEZ-HOCHLEITNER, J.: *El Futuro del Arbitraje de Inversiones con la Unión Europea como Nuevo Actor*, Revista del Club Español del Arbitraje, Madrid, 2016, nº 25, págs. 25 a 29.

27 Capítulo II, sección 3, artículo 5.6 TTIP.

de controversias nacidas al amparo del TTIP. Dicha corte estaría compuesta por jueces adscritos de forma permanente y organizados en dos instancias, correspondientes al Tribunal de Primera Instancia y, como instancia superior, al Tribunal de Apelación. Como decimos, dichas características configuran un sistema cuasi-jurisdiccional, alejado de los cánones arbitrales tradicionales, y similar al de las instituciones judiciales clásicas.

Finalmente, conviene destacar que pese a que el tribunal está compuesto por jueces de un listado, el procedimiento en sí se regirá con arreglo a uno de los reglamentos arbitrales previstos en la propuesta de la UE, a saber: (i) CIADI; (ii) Mecanismo Complementario al CIADI; (iii) UNCITRAL (UNCTAD); o (iv) aquel que acuerden las partes<sup>28</sup>. Dichos reglamentos resultarían de aplicación en lo que no estuviera expresamente regulado por el TTIP, como, por ejemplo, la designación de los jueces por las Partes del Tratado y no por los litigantes<sup>29</sup>. Se configura así un mecanismo de resolución de disputas híbrido entre la jurisdicción y el arbitraje.

#### (i) Tribunal de Primera Instancia

Según prevé el capítulo de inversiones de la propuesta de TTIP formulada por la UE, el Tribunal de Primera Instancia estará formado por quince jueces, cinco de los cuales serán nacionales de Estados Unidos, cinco de la Unión Europea y otros cinco de terceros Estados<sup>30</sup>. Los jueces que compondrán el Tribunal deberán ostentar las cualificaciones exigidas para pertenecer a la carrera judicial en sus países de origen, o ser juristas de reconocido prestigio<sup>31</sup>.

Asimismo, el texto del TTIP destaca que será deseable –aunque no obligatorio– que los jueces tengan conocimientos en derecho internacional de las inversiones y comercio internacional<sup>32</sup>. En todo caso, la principal novedad respecto a la designación de los jueces (tanto los del Tribunal de Primera Instancia como los del tribunal de Apelación) radica en el hecho de que serán las Partes del Tratado las que hayan de pre-seleccionar los jueces adscritos a la corte<sup>33</sup>. Posibilidad que, en consecuencia, queda sustraída a las partes de la controversia concreta, al contrario de lo que sucede en arbitraje de inversión ISDS convencional.

Además de la cualificación exigida a nivel profesional, el TTIP incluye un reforzado código ético a fin de garantizar que la independencia de los jueces no pueda ser puesta en duda, y excluir cualquier riesgo real o aparente de conflicto de intereses. Así, además de los requisitos ordinarios imperantes en materia de selección de árbitros (como por ejemplo que se abstengan de conocer de cualquier disputa en la que puedan tener un conflicto de interés directo o indirecto<sup>34</sup>), el TTIP prevé, de forma destacada, que los árbitros no podrán ejercer como abogados, ni podrán par-

28 Capítulo II, sección 3, artículo 6.2 TTIP.

29 DÍEZ-HOCHLEITNER, J.: El Futuro del Arbitraje de Inversiones..., op. cit., pág. 29.

30 Capítulo II, sección 3, artículo 9.2 TTIP.

31 Capítulo II, sección 3, artículo 9.4 TTIP.

32 Capítulo II, sección 3, artículo 9.4 TTIP.

33 Capítulo II, sección 3, artículo 9.2 TTIP.

34 Capítulo II, sección 3, artículo 11.1 TTIP.



ticipar como expertos o testigos en ninguna disputa en materia de protección de inversiones, ya se encuentre pendiente o se inicie con posterioridad<sup>35</sup>.

En lo que respecta al funcionamiento del Tribunal, sus jueces conocerán en salas de tres y cada una de las citadas salas deberá incluir a un árbitro de cada procedencia, esto es, uno estadounidense, uno europeo y uno procedente de un tercer Estado<sup>36</sup>. A estos efectos, corresponde al presidente del Tribunal –cargo que solamente podrán ocupar los jueces procedentes de Estados ajenos a las Partes del TTIP, pero no de los Estados Unidos ni de la Unión Europea<sup>37</sup>– determinar quiénes forman cada sala, en función de un sistema rotatorio y aleatorio que no haga predecible qué jueces van a conocer de cada controversia.

Sin perjuicio de que el funcionamiento mediante salas colegiadas sea la norma general, las partes pueden acordar que conozca de la controversia un árbitro único, en cuyo caso deberá ser necesariamente uno de los procedentes de un tercer Estado<sup>38</sup>. Además, el TTIP prevé facilitar que la sala que conozca de la controversia sea unipersonal cuando el demandante sea una PYME o los daños reclamados sean relativamente bajos<sup>39</sup>.

### (ii) Tribunal de Apelación

El Tribunal de Apelación conocerá en segunda instancia en caso de que el laudo dictado por el Tribunal de Primera Instancia sea recurrido.

Los motivos en los que puede fundarse el recurso frente a un laudo son amplios<sup>40</sup>: error en la interpretación o aplicación del derecho aplicable, o error manifiesto en la apreciación de los hechos. Además, la propuesta de TTIP también prevé la posibilidad de recurrir un laudo por cualquiera de los motivos de apelación incluidos en el artículo 52 de la Convención del CIADI: entre ellos, por incorrecta constitución del tribunal; por extralimitación del tribunal en sus facultades; por corrupción de alguno de los miembros del tribunal; por quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o por falta de motivación del laudo.

En lo que respecta a su composición, el Tribunal de Apelación estará formado únicamente por seis miembros (frente a los quince de Primera Instancia), dos procedentes de Estados Unidos, dos de la Unión Europea y otros dos de terceros Estados<sup>41</sup>; dichos jueces también conocerán, en la segunda instancia, en salas de tres miembros. De la misma forma que los jueces del Tribunal de Primera Instancia, los jueces que conformen el Tribunal de Apelación también serán elegidos por las Partes del Tratado y no por las partes de la controversia; igualmente, estarán sometidos al estricto código ético y al régimen de prohibiciones e incompatibilidades provistos por el TTIP. En lo que respecta a sus cualificaciones, deberán reunir las condiciones exigidas para ser miembro de los órganos judiciales de mayor rango de sus estados nacionales (y no solo para ser miembros de la carrera judicial, como se exige a los jueces del Tribunal de Primera Instancia); aunque, en su defecto, tam-

35 Capítulo II, sección 3, artículo 11.1 TTIP.

36 Capítulo II, sección 3, artículo 9.6 TTIP.

37 Capítulo II, sección 3, artículo 9.8 TTIP.

38 Capítulo II, sección 3, artículo 9.9 TTIP.

39 Capítulo II, sección 3, artículo 9.9 TTIP.

40 Capítulo II, sección 3, artículo 29.1 TTIP.

41 Capítulo II, sección 3, artículo 10.2 TTIP.

bién podrán ser seleccionados como jueces del Tribunal de Apelación "juristas de reconocido prestigio".

Detallada ya en líneas generales las principales novedades introducidas por el TTIP en materia de protección de la inversión y de resolución de controversias, estamos ahora en disposición de discutir las ventajas y los inconvenientes que, a priori, plantea esta nueva aproximación al sistema de arbitrajes de inversión.

### 3. Controversia suscitada en relación con las novedades regulatorias y procesales planteadas por la Unión Europea

En general, la nueva propuesta de regulación de la protección a dispensar por los Estados Miembros a la inversión extranjera en el contexto de sus relaciones con los Estados Unidos, así como al nuevo sistema de resolución de controversias que se propone instaurar, han motivado una reacción crítica entre los profesionales y la doctrina especializada en arbitrajes de inversión, a la que por cierto se ha tenido escasamente en cuenta. Por su parte, la Unión Europea ha tratado de poner de relieve que las novedades introducidas en la nueva propuesta de TTIP suponen una respuesta a los principales inconvenientes y críticas que, hasta la fecha, han venido haciéndose al arbitraje ISDS. En el presente apartado desarrollaremos los puntos fuertes y débiles del nuevo planteamiento presentado por la Unión Europea.

#### A. Ventajas

Antes de comenzar a desgranar las ventajas que plantea el nuevo sistema esbozado por la Unión Europea, lo primero que es necesario destacar es que sus instituciones han afrontado con decisión los retos y dificultades que plantea el actual estado de la cuestión en materia de arbitraje de inversiones. La respuesta de la Unión Europea a dichos desafíos podrá ser o no acertada, pero no cabe duda de que Europa quiere liderar el debate y que, desde luego, ha abordado numerosas cuestiones candentes en materia de arbitraje de inversión cuya regulación no resulta superflua. No obstante, hubiera sido deseable que la Unión Europea se hubiera apoyado más en la comunidad arbitral y en los verdaderos expertos en la materia, y quizá menos en una vertiente crítica no excesivamente fundada en ocasiones.

Con ello y con todo, las principales "ventajas" del sistema propuesto, especialmente desde la óptica de la Unión Europea, son las que abordamos a continuación, muchas de las cuales generan otra serie de inconvenientes que reseñaremos más adelante:

#### (i) Salvaguarda del derecho a regular de los Estados Miembros y del derecho interno de la Unión Europea

Una de las principales ventajas que persigue la propuesta de la UE es la de consagrar expresamente el llamado *derecho a regular* de los Estados.

Esto es, el derecho de los Estados a legislar y decidir sus políticas públicas, en contraposición a una eventual obligación de proteger y preservar las condiciones en que tiene lugar la inversión extranjera<sup>42</sup>.

---

42 FOUCHARD, A: *The EU Proposal Regarding Investment Protection: The End of Investment Arbitration as We Know It?*, Kluwer Arbitration Blog, 29 diciembre 2016. Texto disponible en: <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/12/29/the-eu-proposal-regarding-investment-protection-the-end-of-investment-arbitration-as-we-know-it/>

La nueva propuesta de TTIP no solo contempla una reserva expresa de las facultades legislativas de los Estados en políticas públicas, sino que también ofrece mayor seguridad jurídica a todos los operadores al aclarar y definir el nivel de protección dispensable a las inversiones extranjeras en el ámbito de la Unión Europea<sup>43</sup>. En concreto, y como ya se ha visto, el derecho de los inversores extranjeros a la protección de sus inversiones se concreta en determinadas garantías básicas, cuya infracción daría lugar a su resarcimiento. Asimismo, se otorgan criterios para identificar los supuestos en los que cabría apreciar una apropiación indirecta de la inversión, otro de los conceptos cuya delimitación plantea mayor controversia en el actual sistema de arbitraje ISDS.

Con la definición y delimitación de los derechos de los inversores no solo se dota de mayores garantías a estos, sino que –según la Comisión– también se previenen eventuales abusos por su parte a la hora de plantear reclamaciones y acogerse al sistema de resolución de controversias previsto en el TTIP<sup>44</sup>.

Igualmente, al regular expresamente la materia, la Unión Europea asegura la primacía de su derecho interno. Así es, ya que excluye expresamente de la protección debida a los inversores la obligación de los Estados Miembros de continuar prestando subvenciones y ayudas estatales, cuando tales subsidios vulneren las prohibiciones establecidas por el Derecho europeo en la materia<sup>45</sup>.

No solo eso, sino que la nueva propuesta de TTIP prevé que los jueces quedarán vinculados a las interpretaciones que hagan los tribunales nacionales de los Estados Miembros de su ordenamiento jurídico interno<sup>46</sup>. Asimismo, especifica que dichos tribunales no quedarán vinculados por la aplicación del Derecho europeo que hagan los jueces (árbitros)<sup>47</sup>. De esta forma se pretende garantizar la compatibilidad entre el derecho interno de la Unión Europea y las decisiones “arbitrales” emitidas al amparo del TTIP<sup>48</sup>.

Así pues, pese a que se reduzca el grado de protección de las inversiones extranjeras (al limitar la flexibilidad actual, debida a la falta de regulación expresa del *derecho a regular*) resulta objetivamente positivo que trate de dotar al sistema de un mayor grado de predictibilidad y seguridad jurídica.

**(ii) Mayor legitimidad del arbitraje como mecanismo de resolución de disputas de inversión**

Otra de las ventajas que se deriva de la propuesta de TTIP planteada por la Unión Europea es que supone un refuerzo positivo de los procedimientos arbitrales, como mecanismos legítimos de resolución de conflictos de inversión. Y es que el actual sistema de arbitraje de inversión ISDS es percibido por ciertos poderes públicos y por un sector de la sociedad civil de forma marcadamente negativa. Dicha percepción descansa en variados motivos, como son, por ejemplo, la supuesta falta

43 DÍEZ-HOCHLEITNER, J: *El incierto futuro del arbitraje de inversiones (A propósito de las negociaciones del TTIP)*, La Ley Mercantil nº 19, Editorial La Ley, 1 noviembre 2015, p. 5.

44 COMISIÓN EUROPEA: *Reading Guide to the Draft text...*, op. cit.

45 FOUCHARD, A: *The EU Proposal Regarding Investment Protection...*, op. cit. Esta previsión del TTIP está claramente orientada a hacer frente a los desafíos planteados en el ámbito del Derecho europeo por el laudo emitido en el *Caso Micula*.

46 Capítulo II, sección 3, artículo 13.3 TTIP.

47 Capítulo II, sección 3, artículo 13.4 TTIP.

48 COMISIÓN EUROPEA: *Reading Guide to the Draft text ...*, op. cit.



de justificación suficiente de que adolecen los mecanismos especiales de protección con los que se provee a los inversores extranjeros<sup>49</sup>; o el tradicional carácter confidencial y reservado de los procedimientos arbitrales<sup>50</sup>.

Pues bien, la propuesta de TTIP implementa determinadas medidas que persiguen dotar de mayor legitimidad a los mecanismos arbitrales de resolución de disputas en materia de inversión: (i) al establecer medidas para prevenir eventuales abusos del sistema; (ii) dotar mayor transparencia a los procedimientos arbitrales; (iii) garantizar la neutralidad en la elección de los “árbitros”; y (iv) al establecer un mecanismo de apelación de los laudos arbitrales.

#### a. Medidas de prevención de abusos

Como decimos, la propuesta de TTIP formulada por la UE plantea determinados mecanismos para evitar abusos por parte de los litigantes. Y es que otra de las controversias que suscita el arbitraje ISDS tradicional es que, para una parte de la opinión pública, los inversores extranjeros gozan de mayor protección que los inversores nacionales<sup>51</sup>: entre otras cuestiones, porque se pone a su disposición mecanismos de resolución de controversias alternativos a los procedimientos previstos por el ordenamiento interno, de los que pueden hacer un uso indistinto.

Pues bien, una de las ventajas que cabe destacar de la propuesta TTIP es que propone medidas para evitar que los inversores extranjeros puedan hacer un uso simultáneo del procedimiento de reclamación previsto en el Tratado y de los mecanismos ofrecidos por la normativa interna de los Estados Miembros. Para ello, la propuesta de TTIP incluye una provisión de “no u-turn”<sup>52</sup> que garantiza que los inversores podrán optar, en cualquier momento, por iniciar una reclamación (o re-conducir una reclamación ya planteada ante los tribunales internos) por vía arbitral, siempre que renuncien previamente a su reclamación ante los tribunales del Estado de la inversión de forma que no haya posibilidad de “retorno”. Ello pretende redundar, como decimos, en la legitimidad del arbitraje como mecanismo adecuado de resolución de controversias, ya que se configura como una vía de resolución de conflictos incompatible simultáneamente con los procedimientos de reclamación nacionales<sup>53</sup>.

Además, el TTIP también implementa otras medidas de prevención de abusos del sistema de resolución de conflictos mediante arbitraje, como son, principalmente, el establecimiento de un mecanismo de “early dismissal” de disputas claramen-

49 Dicha falta de justificación vendría dada por la insuficiente evidencia empírica de que los mecanismos de protección de la inversión fomenten la inversión extranjera, así como por el hecho de que los inversores extranjeros puedan recurrir a los mecanismos ordinarios de reclamación establecidos por los ordenamientos internos. VAN HARTEN, G.: *Key flaws in the European Commission's proposals for foreign investor protection in TTIP*, Osgoode Hall Law School, Legal Studies Research Paper Series, Vol. 12, Issue 4, 2016, Research paper nº 16, p. 2 y 3. Texto disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2692122#](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2692122#). BERGER, A.: *TTIP and Investment Protection: Reason for Failure or Impetus for Reform?*, October 2015, Cato Online Forum. Texto disponible en: <http://www.cato.org/publications/cato-online-forum/ttip-investment-protection-reason-failure-or-impetus-reform>

50 BEECHEY, J.: *Chapter V: Investment Arbitration, TTIP-Myths and Facts: 2015 Bergsten Lecture*, Vienna, Austrian Yearbook on International Arbitration, 2016, pág. 222.

51 BEECHEY, J.: *Chapter V...*, op. cit., pág. 224.

52 Se prevé un mecanismo de “fork-in-the-road” con enfoque “sin retorno” en el Capítulo II, sección 3, artículo 14.2 de la propuesta de TTIP.

53 COMISIÓN EUROPEA: *Reading Guide to Draft text...*, op. cit.

te infundadas<sup>54</sup> y la consagración del principio “looser pays”<sup>55</sup>. De esta forma se desincentiva a los inversores a plantear reclamaciones infundadas o frívolas, y garantiza la legitimidad del sistema al prevenir abusos<sup>56</sup>.

#### b. Mayor transparencia

Otra de las dificultades a las que hace frente la propuesta de TTIP es a los problemas de opacidad de los que adolece el sistema tradicional de arbitraje de inversiones ISDS. Aunque a día de hoy se aboga por dotar de mayor publicidad a los procedimientos arbitrales<sup>57</sup>, lo cierto es que su falta de transparencia ha sido una de las principales controversias y fuente de desconfianza para los sectores no especializados en arbitraje. Dichos sectores perciben estos mecanismos como medios de resolución de controversias ajenos al escrutinio público, a pesar de que incidan sobre materias de marcado interés general<sup>58</sup>.

Para hacer frente a dicha dificultad, la propuesta de TTIP incluye expresamente la aplicación de las reglas de transparencia de la UNCITRAL<sup>59</sup>, lo que implica, entre otras cuestiones, la obligada difusión de los principales escritos procesales<sup>60</sup> del arbitraje.

En la misma dirección, la propuesta de TTIP obliga a revelar la identidad de aquellos terceros de los que el inversor esté obteniendo fondos para financiar su reclamación (“*third-party funders*”)<sup>61</sup> con el ánimo de permitir que la demandada solicite y obtenga garantías de pago de una eventual condena en costas (“*security for costs*”). Tales medidas suponen un compromiso decisivo con la transparencia de los procedimientos arbitrales de inversión que redundará, a juicio de la Comisión, en una mayor legitimidad de este mecanismo de resolución de controversias<sup>62</sup>.

#### c. Mecanismo de preselección de “árbitros” y dedicación exclusiva

Otra de las principales controversias a las que ha hecho tradicionalmente frente los mecanismos de arbitraje ISDS es la percepción del riesgo de que los árbitros seleccionados por las partes para la resolución de la controversia puedan incurrir en algún tipo conflicto de interés.

Ello se debe, principalmente, a la posibilidad de que los árbitros puedan actuar igualmente como abogados de las partes litigantes en otros procedimientos arbitra-

54 Capítulo II, sección 3, artículo 17 TTIP.

55 Capítulo II, sección 3, artículo 28.4 TTIP.

56 DÍEZ-HOCHLEITNER, J.: *El incierto futuro...*, op. cit. p.7.

57 BEECHEY, J.: *Chapter V...*, op. cit., pág. 223.

58 COMISIÓN EUROPEA: *Concept Paper: Investment in TTIP and beyond – the path for reform*, 5 mayo 2015, pág. 3. Texto disponible en [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc\\_153408.PDF](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF)

59 Capítulo II, sección 3, artículo 18 TTIP.

60 La notificación del arbitraje; la respuesta a la notificación del arbitraje; el escrito de demanda, el escrito de contestación y toda otra declaración o comunicación escritas de cualquiera de las partes litigantes; una lista de todas las pruebas correspondientes a dichos documentos y a los informes de los peritos y las declaraciones de los testigos, si esa lista ha sido preparada para las actuaciones, pero no las pruebas en sí; todo escrito presentado por partes en el tratado que no son litigantes y por terceros; las transcripciones de las audiencias, cuando se disponga de ellas; y las órdenes procesales, decisiones y laudos del tribunal arbitral.

61 Capítulo II, sección 3, artículo 8 TTIP.

62 COMISIÓN EUROPEA: *Fact sheet: Why the new EU proposal for an Investment Court System in TTIP is beneficial to both States and investors*, 12 noviembre 2015. Texto disponible en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-15-6060\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-6060_en.htm)

les, así como a la facultad de las partes de designar a los árbitros que han de resolver su controversia<sup>63</sup>.

Para tratar de solventar toda posible apariencia de parcialidad, la propuesta de TTIP prevé, como se ha dicho con anterioridad, la creación de una corte permanente, cuyos jueces serán previamente preseleccionados por la Unión Europea y por los Estados Unidos y conformarán una lista cerrada y no sujeta a decisión de las partes litigantes. Además, también se excluye la posibilidad de que los jueces puedan actuar como representantes en otros procedimientos arbitrales, para lo que el TTIP prevé el establecimiento de un sistema de remuneración, financiado por los Estados Unidos y la Unión Europea<sup>64</sup>.

Independientemente de las dificultades que, a su vez, plantean las medidas propuestas por la Unión Europea (y a las que nos referiremos más adelante), lo cierto es que suponen una respuesta a la percepción que tiene los sectores críticos con el arbitraje del riesgo, aparente o real, de parcialidad de este tipo de procedimientos<sup>65</sup>.

#### **d. Posibilidad de recurso de apelación**

Por último, otra de las dificultades identificadas en relación con el arbitraje ISDS tradicional es la falta de mecanismos de revisión, por vía de recurso, de las decisiones adoptadas por los tribunales arbitrales. Dicha ausencia es percibida de forma negativa por la Comisión Europea, ya que la posibilidad de corregir resoluciones injustas o erróneas por vía de apelación es considerada como un elemento indispensable de todo sistema judicial o cuasi-judicial de resolución de controversias<sup>66</sup>.

Además, se argumenta que la falta de una segunda instancia impide la creación de precedentes vinculantes para la resolución de futuras controversias de inversión, lo que fomenta la inconsistencia del arbitraje como mecanismo eficaz de resolución de conflictos.

En este sentido, la institución del Tribunal de Apelación como órgano que permita revisar en segunda instancia las resoluciones emitidas por el Tribunal de Primera Instancia hace más previsible el sistema, crea las condiciones para configurar una "jurisprudencia" arbitral consistente y, en definitiva, permite revisar y corregir los errores en los que puedan incurrir los laudos dictados en la materia. Todo ello, si bien plantea dificultades adicionales (a las que nos referiremos), permite reforzar la legitimidad del arbitraje como mecanismo válido para la resolución de controversias en materia de inversión<sup>67</sup>.

#### **(iii) Mejora de la eficacia del procedimiento para la resolución de controversias**

Otras de las ventajas que cabe destacar de las novedades introducidas por la Unión Europea en su propuesta de TTIP es la voluntad de mejorar la eficacia en la resolución de disputas en materia de inversiones. Así, para garantizar que los pro-

63 COMISIÓN EUROPEA: *Concept Paper: Investment in TTIP...*, op. cit. págs. 6 y 7 BEECHHEY, J.: *Chapter V...*, op. cit., pág. 225.

64 Capítulo II, sección 3, artículo 9.12-15 TTIP.

65 COMISIÓN EUROPEA: *Reading Guide to the Draft text...*, op. cit.

66 COMISIÓN EUROPEA: *Concept Paper: Investment in TTIP...*, op. cit. p. 8.

67 DÍEZ-HOCHLEITNER, J.: *El incierto futuro...*, op. cit. p. 7.

cedimientos iniciados al amparo del TTIP sean resueltos en plazos razonables, la Unión Europea ha establecido límites temporales máximos dentro de los cuales ha de emitirse el laudo arbitral. En términos generales, se prevé que el Tribunal de Primera Instancia emita una resolución en un plazo de 18 meses<sup>68</sup>, mientras que el Tribunal de Apelación decida en un plazo máximo de 6 meses<sup>69</sup>.

De esta forma, se prevé que los procedimientos sometidos al régimen del TTIP tengan una duración ordinaria máxima de 2 años, lo que supone una notable reducción -seguramente demasiado ambiciosa- de los plazos de duración de los arbitrajes ISDS, los cuales suelen durar alrededor de 6 años (incluyendo los procedimientos de anulación de los laudos)<sup>70</sup>.

En todo caso, y como decimos, resulta encomiable el compromiso de la Unión Europea por mejorar en lo posible los procedimientos arbitrales en materia de inversión; si bien es cierto que la complejidad de los asuntos de los que conocerá la corte permanente y de las dificultades vinculadas a este tipo de procedimientos (p.ej., la intervención de terceras partes no demandadas) influirán, indudablemente, en la duración real de los procesos iniciados al amparo del TTIP.

#### (iv) Reducción de costes y facilidades a las PYMES para acceder al arbitraje

Otra de las ventajas que cabe destacar del sistema instaurado por el TTIP es que puede suponer una notable reducción de los costes asociados a la litigación arbitral. Efectivamente, al prever la creación de un órgano decisorio permanente al que estarían adscritos los jueces, el TTIP también propone dotarlos de una remuneración que habría de ser a cargo de las Partes del Tratado, esto es, la Unión Europea y los Estados Unidos, responsables de preseleccionar a dichos jueces.<sup>71</sup> Lo anterior, unido al hecho de que el TTIP establece plazos máximos para la tramitación y resolución de la controversia (limitando, por tanto, el tiempo durante el cual los litigantes requieren la asistencia de representación letrada), contribuiría a abaratar los costes derivados del arbitraje de inversión.

Dicha medida resultaría especialmente beneficiosa para las pequeñas y medianas empresas (PYMES), las cuales verían atenuada una de las principales barreras que les impiden beneficiarse de los mecanismos de arbitraje en materia de inversión, y que es su alto coste asociado. Además, el TTIP prevé medidas específicas para facilitar la utilización por las PYMES de dichos mecanismos, como son la posibilidad de recurrir a mediación antes de instar su reclamación, o el establecimiento de límites a la hora de aplicar el principio de "*looser pays*"<sup>72</sup>.

#### B. Desventajas

Una vez que hemos expuesto los principales objetivos que se persiguen con el nuevo sistema de resolución de conflictos de inversión planteado por la Unión Europea, a continuación detallaremos las críticas que no han tardado en hacerse valer por las desventajas y dificultades que plantea la nueva propuesta de TTIP. Es lícito concluir que la reacción de la doctrina especializada y de los profesionales en la

68 Capítulo II, sección 3, artículo 28.6 TTIP.

69 Capítulo II, sección 3, artículo 29.3 TTIP.

70 COMISIÓN EUROPEA: *Fact sheet: Why the new EU proposal...*, op. cit.

71 COMISIÓN EUROPEA: *Fact sheet: Why the new EU proposal...*, op. cit.

72 COMISIÓN EUROPEA: *Fact sheet: Why the new EU proposal...*, op. cit.

materia ha sido generalmente crítica y negativa, por considerar que las reformas que pretende introducir la Unión Europea resultan más contraproducentes que efectivas para hacer frente a los actuales desafíos del arbitraje ISDS<sup>73</sup>.

Por otra parte, muchas de las medidas propuestas van encaminadas a corregir supuestos defectos del arbitraje de inversión que no son tales, o al menos no en el grado que se pretende hacer creer. De este modo, se estarían legitimando críticas de discutible fundamento. Veamos algunas de ellas.

**(i) Desventajas derivadas del establecimiento de un sistema de corte arbitral permanente**

Como hemos visto, una de las principales propuestas hechas por la Unión Europea es la de instaurar un sistema de corte arbitral permanente, con jueces preseleccionados por la Unión Europea y por los Estados Unidos y cuya elección para resolver la controversia se sustraería de las partes de la misma. Pues bien, se ha planteado si dicho sistema no constituye sino una desnaturalización de la institución arbitral, ya que una de las principales características del arbitraje es la posibilidad de elección de los miembros del tribunal arbitral por los litigantes<sup>74</sup>. De hecho, algunos autores apuntan a que la institución de una corte permanente supone someter el arbitraje de inversión a un procedimiento de "judicialización", lo que conlleva el riesgo de crear en los inversores la percepción de que el sistema carece de las ventajas asociadas al sistema tradicional de arbitraje ISDS y, en consecuencia, desincentivar la inversión extranjera<sup>75</sup>.

Efectivamente, una de las ventajas del arbitraje es que constituye una alternativa a los tribunales de un Estado<sup>76</sup>. Si dicha opción se convierte en un tribunal más, no constituye una verdadera alternativa a la jurisdicción capaz de dotar de una mayor confianza al inversor.

Adicionalmente, optar por la creación de una corte de naturaleza permanente también contribuye a crear un conflicto entre el sistema de arbitraje instaurado por el TTIP y los propios órganos jurisdiccionales de la Unión Europea. En especial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha manifestado en anteriores ocasiones una actitud proactiva a la hora de defender sus funciones jurisdiccionales como garante y último intérprete del derecho de la Unión<sup>77</sup>, actitud que ha adoptado en el pasado frente a instituciones internacionales de carácter permanente (p.ej., como ha ocurrido recientemente con la Corte Europea de Derechos Humanos)<sup>78</sup>.

Además, la opción por una corte permanente plantea un problema adicional de carácter político, consistente en decidir el lugar de localización de sus órganos. Tal

---

73 NAPPERT, S.: *Escaping from freedom? The dilemma of an improved ISDS mechanism*, The 2015 EFILA Inaugural Lecture, Londres, 26 noviembre 2015, págs 15 a 18. Texto disponible en: [http://efila.org/wp-content/uploads/2015/11/Annual\\_lecture\\_Sophie\\_Nappert\\_full\\_text.pdf](http://efila.org/wp-content/uploads/2015/11/Annual_lecture_Sophie_Nappert_full_text.pdf)

74 NAPPERT, S.: *Escaping from freedom?...*, op. cit. pág. 10.

75 DÍEZ-HOCHLEITNER, J.: *El incierto futuro...*, op. cit. pág. 7.

76 DÍEZ-HOCHLEITNER, J.: *El Futuro del Arbitraje de Inversiones...*, op. cit., pág. 13.

77 DÍEZ-HOCHLEITNER, J.: *El Futuro del Arbitraje de Inversiones...*, op. cit., pág. 13

78 NAPPERT, S.: *Escaping from freedom?...*, op. cit. pág. 13.



discusión puede demorar significativamente un acuerdo sobre la propuesta de TTIP o incluso desviar el debate sobre otros aspectos que resultan más relevantes<sup>79</sup>.

Finalmente, el establecimiento de un sistema de corte permanente legitima en cierta manera las críticas existentes sobre la supuesta parcialidad de los árbitros y el supuesto sesgo de los tribunales arbitrales hacia los inversores. Críticas que seguramente no compartan los verdaderos usuarios del arbitraje, ni desde luego se reflejan en los datos objetivos publicados por las instituciones<sup>80</sup>.

(ii) **Desventajas derivadas del establecimiento de un sistema de apelación en segunda instancia**

Como hemos tenido oportunidad de exponer, otra de las principales propuestas es la instauración de un sistema de doble instancia para arbitrajes de inversión. Dicha propuesta también ha sido objeto de críticas, ya que plantea determinados problemas que pueden obstaculizar su efectividad.

Entre dichas dificultades, una de las más relevantes es que se abre la puerta a que las decisiones emitidas en primera y segunda instancia incurran en posibles y potenciales contradicciones, posibilidad inherente a la opción de revisar en apelación los laudos arbitrales emitidos por el Tribunal de Primera Instancia<sup>81</sup>. La emisión de laudos contradictorios no solo pondría en entredicho la eficacia de la corte arbitral, sino que incluso podría dificultar, precisamente, la creación o consolidación de una "jurisprudencia" arbitral.

Por otra parte, algunos autores han señalado que los motivos de apelación, aunque tasados, son muy amplios<sup>82</sup>. Ello incrementa el riesgo de que los litigantes puedan abusar del mecanismo de apelación previsto en el TTIP y recurrir de forma sistemática los laudos emitidos por el Tribunal de Primera Instancia. Para contrarrestar dicho potencial efecto el sistema de apelación del TTIP prevé la obligación de afianzar por parte del apelante las costas correspondientes a la segunda instancia, así como cualquier cuantía a la que haya sido condenado en primera instancia. Algunos autores señalan que dicha medida disuasoria puede suponer, a la larga, un desequilibrio para los inversores, ya que suelen ser sus pretensiones las que resultan desestimadas en los arbitrajes de inversión<sup>83</sup>.

Finalmente, un mecanismo de apelación no garantiza la consistencia de las resoluciones. En primer lugar porque las resoluciones del Tribunal de Apelación no serían necesariamente vinculantes para otros Tribunales de Primera Instancia o de Apelación. Además, nada impide que se acabe generando lo que en derecho nacional se denomina "jurisprudencia de ponente", en la que la resolución de casos simila-

79 LÉVESQUE, C.: *The European Union Commission Proposal for the Creation of an "Investment Court System": The Q and A that the Commission Won't Be Issuing*, Kluwer Arbitration Blog, 6 abril 2016. Texto disponible en:

<http://kluwarbitrationblog.com/2016/04/06/the-european-union-commission-proposal-for-the-creation-of-an-investment-court-system-the-q-and-a-that-the-commission-wont-be-issuing/>

80 BEECHEY, J.: *Chapter V...*, op. cit., págs. 225 y 226.

81 NAPPERT, S.: *Escaping from freedom?...*, op. cit. pág. 17.

82 NAPPERT, S.: *Escaping from freedom?...*, op. cit. pág. 10 y 11. WOODS, L.: *Fit for purpose? The EU's Investment Court System*, Kluwer Arbitration Blog, 23 marzo 2016. Texto disponible en: <http://kluwarbitrationblog.com/2016/03/23/to-be-decided/>

83 WOODS, L.: *Fit for purpose?...*, op. cit. BEECHEY, J.: *Chapter V...*, op. cit., pág. 223.

res varía en función de quien sea el ponente de la Sala designado por sorteo para el asunto concreto y que, trasladado al mundo arbitral, haría depender el resultado de un caso del Presidente que se hubiera designado.

**(iii) Desventajas derivadas del mecanismo de preselección de jueces y de su estricto régimen de incompatibilidades**

Como ya se ha expuesto, el mecanismo propuesto por el TTIP parte de la preselección de un listado de jueces por las Partes del Tratado (esto es, por la Unión Europea y por Estados Unidos), de entre los cuales se designará aleatoriamente a aquellos que hayan de enjuiciar la controversia entre los litigantes. Aunque *a priori* este mecanismo es válido para garantizar la independencia de los jueces, sin embargo algunos autores señalan el riesgo de que la *neutralidad* del procedimiento pueda verse perjudicada.

Efectivamente, en tanto que las Partes del Tratado están en disposición de designar como jueces a profesionales que tengan un perfil pro-Estado, existe un riesgo de que la corte permanente resulte sesgada desde su misma composición<sup>84</sup>. En todo caso, no cabe obviar las eminentes dificultades prácticas que plantea el hecho de que las Partes del Tratado hayan de alcanzar un acuerdo para designar a los jueces de la corte permanente, como demuestra la experiencia de otros tratados internacionales como por ejemplo el propio NAFTA (pese a afectar a mucho menos países)<sup>85</sup>.

Por su parte, y en lo que respecta al nombramiento de jueces, el estricto régimen de prohibiciones e incompatibilidades previsto en la propuesta de TTIP para prevenir potenciales conflictos de interés puede resultar contraproducente para el eficaz enjuiciamiento de las controversias. Así, algunos autores apuntan a que excluir como potenciales miembros de la corte permanente a aquellos profesionales que actúen como letrados de parte en procesos arbitrales puede conllevar un déficit de experiencia y conocimientos, del que adolecería el nuevo sistema de arbitrajes de inversión<sup>86</sup>. También resulta criticable el hecho de que, en caso de denuncia de infracción de las normas éticas fijadas en el TTIP por parte de algún árbitro, sean los propios componentes de la corte arbitral los que decidan acerca de la supuesta violación y de la exclusión del árbitro infractor del asunto enjuiciado<sup>87</sup>.

Además, de la propuesta de la UE parece deducirse cierta preferencia por los miembros de la carrera judicial. Aunque también señala que los jueces podrán ser "juristas de reconocido prestigio", no explica qué habrá de entenderse por tales. En cualquier caso, en ningún momento se hace referencia a la experiencia o conoci-

84 FOUCHARD, A.: *The EU Proposal Regarding Investment Protection...*, op. cit. WOODS, L.: *Fit for purpose?...*, op. cit. Sin embargo, otros autores han señalado que tanto Estados Unidos como la Unión Europea también están incentivados para proteger los intereses de sus nacionales, garantizando que los árbitros seleccionados no muestran exclusivamente una tendencia a proteger los derechos de los Estados. LÉVESQUE, C.: *The European Union Commission Proposal...*, op. cit.

85 ROSS, A.: *Arbitration will survive – but avoid hubris, warns Veeder*, *Global Arbitration Review*, 20 enero 2013. Texto disponible en: <http://globalarbitrationreview.com/news/article/34495/arbitration-will-survive-avoid-hubris-warns-veeder/>

86 FOUCHARD, A.: *The EU Proposal Regarding Investment Protection...*, op. cit.

87 Precisamente esta cuestión es una de las más problemáticas que se plantean en el ámbito de arbitrajes ISDS, los cuales pretenden ser superados por esta nueva propuesta de TTIP. NAPPERT, S.: *Escaping from freedom?...*, op. cit. pág. 11, WOODS, L.: *Fit for purpose?...*, op. cit.

mientos en "arbitraje" como característica deseable de los posibles jueces; es más, contar con conocimientos en materia de derecho y comercio internacional resulta tan solo recomendable y no obligatorio. Qué duda cabe de que los profesionales con experiencia en arbitraje de inversión serían los candidatos idóneos para la posición de "jueces", pero en ningún momento se alude a ellos expresamente, lo cual levanta no pocas suspicacias.

Finalmente, no puede dejar de señalarse que el perfil de jueces de carrera con sólidos conocimientos en materia de derecho internacional público y experiencia en la resolución de disputas comerciales (en el sentido OMC) o de inversión, dispuestos a abandonar sus carreras como abogados o árbitros para dedicarse en exclusiva a la corte, parece sumamente difícil de cubrir.

#### (iv) Desventajas relativas a la ejecución de las resoluciones arbitrales

Por último, es posible destacar determinadas dificultades prácticas en materia de ejecución que se derivan del sistema planteado por la Unión Europea en su propuesta de TTIP. En concreto, se ha puesto de relieve que pueden plantearse obstáculos a la ejecución de las resoluciones emitidas bajo el sistema previsto en el TTIP.

En primer lugar, la facultad discrecional de la Unión Europea de determinar quién ha de ocupar la posición de demandado cuando un inversor estadounidense plantee una reclamación bajo el sistema TTIP (esto es, si el Estado Miembro en el que se localiza la inversión o si la propia Unión Europea), está destinado a plantear problemas. Aunque la propuesta de TTIP prevé que la parte demandada así determinada no podrá oponer por ello ninguna excepción basada en su falta de legitimación o de responsabilidad, lo cierto es que con dicha pre-determinación puede sustraerse toda eficacia a la resolución arbitral que decida el pleito.

Así, puede plantearse el supuesto de que los jueces estimen la existencia de una infracción de los derechos del inversor pero, al mismo tiempo, que la responsabilidad por dicha infracción le corresponde a la parte que finalmente no ha ocupado la posición de demandado. Ello impediría instar dicha resolución tanto frente a la parte demandada como frente a la parte que no ha intervenido en el pleito, frustrando el resarcimiento del inversor cuyo derecho se ha declarado vulnerado<sup>88</sup>.

En segundo lugar, se plantean problemas a la hora de ejecutar las resoluciones emitidas bajo el sistema TTIP en terceros países distintos a los Estados Unidos y a los Estados Miembros de la Unión Europea. Por una parte, y como ya hemos expuesto, algunos autores plantean que la nueva propuesta del TTIP supone una "judicialización" y desnaturalización del arbitraje de inversiones. Desde dicha perspectiva, puede llegar a cuestionarse si las resoluciones emitidas de conformidad con el sistema del TTIP son o no resoluciones arbitrales, a los efectos prevenidos para la ejecución de laudos en la Convención de Nueva York<sup>89</sup>.

Por otra parte, no cabe obviar que la propuesta de TTIP es una propuesta de convenio internacional bilateral, de la que solo son parte los Estados Unidos y la Unión Europea; es por ello que algunos autores han señalado que el reconocimien-

<sup>88</sup> WOODS, L.: *Fit for purpose?...*, op. cit.

<sup>89</sup> LÉVESQUE, C.: *The European Union Commission Proposal...*, op. cit. NAPPERT, S.: *Escaping from freedom?...*, op. cit. págs. 11 y 12.

to y ejecución de las resoluciones dictadas conforme a las disposiciones del TTIP puede llegar a cuestionarse en terceros países ajenos a dicho tratado<sup>90</sup>.

Efectivamente, una característica esencial del arbitraje es su naturaleza convencional en origen. Si una parte ha intervenido en la designación de los árbitros y la otra no, podría argumentarse que o bien no estamos ante un verdadero arbitraje, o incluso que se han quebrantado cuestiones de orden público al no haberse respetado un principio esencial como es el principio de igualdad en la constitución del tribunal arbitral, como ya ocurriera en el *Caso Dutco*<sup>91</sup>.

#### 4. Resumen y valoración final

Como hemos visto, la propuesta de protección de inversiones planteada por la Unión Europea supone una apuesta decidida por innovar y plantear nuevas soluciones en aquellos ámbitos del arbitraje de inversión en el que se han identificado necesidades de mejora.

Así, el TTIP plantea mejoras frente a supuestos problemas tales como: (i) una teórica falta de protección suficiente del *derecho a regular* de los Estados; (ii) el riesgo de que los árbitros que decidan las controversias puedan incurrir en conflictos de interés; (iii) el carácter confidencial de los procedimientos arbitrales; (iv) la imposibilidad de apelar los laudos; o (v) la posibilidad de que los inversores extranjeros puedan valerse indistintamente de los remedios legales ordinarios e internos de cada Estado y de los especiales mecanismos de arbitraje establecidos por los tratados de protección de la inversión, entre otros.

No obstante, muchas de las deficiencias que se pretenden atajar, o bien no son verdaderas deficiencias (como la supuesta y general falta de independencia de los árbitros), o la solución propuesta puede generar más inconvenientes que ventajas (como la doble instancia).

Efectivamente, la propuesta de la Unión Europea no está exenta a su vez de problemas, y plantea al mismo tiempo nuevas dificultades que habrán de ser tomadas en consideración si de verdad se pretende instaurar un nuevo paradigma en el campo del arbitraje de inversiones. Las desventajas más relevantes que emergen de esta nueva propuesta de TTIP son: (i) la eventual desnaturalización del procedimiento arbitral; (ii) la menor protección de las inversiones y el potencial riesgo de que ello desincentive (o encarezca) la inversión; (iii) la posibilidad de contradicciones entre las resoluciones emitidas en primera y segunda instancia, o entre las propias resoluciones de segunda instancia; (iv) el riesgo de que se imprima un sesgo pro-Estado a la corte permanente de arbitraje a la hora de seleccionar a sus miem-

90 TTI, C.: *The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead*, French National Centre for Scientific Research (CNRS), Universidad de Burgundy, 9 abril 2016, págs. 32 a 34. Texto disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2711943](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2711943)

91 *Cour de Cassation*, sala de lo civil, 7 de enero de 1992. *Sociétés BKMI Industrienlagen et Siemens AG v. société Dutco Construction Co.* La relevancia del *Caso Dutco* reside en el pronunciamiento de la Corte de Casación francesa que declaró la nulidad del laudo dictado en su día en un procedimiento administrado por la CCI, debido a que el nombramiento conjunto de las dos demandadas, con intereses divergentes, de uno de los árbitros había supuesto una vulneración del principio de igualdad de partes, condicionando así la válida constitución del tribunal arbitral. La Corte de Casación entendió que al negar a las demandadas el derecho de nombrar individualmente un árbitro, y al haberse permitido que el demandante sí lo hiciera, se había vulnerado el principio de igualdad, considerado una cuestión de orden público en el ordenamiento francés, lo que llevó a la Corte de Casación a decretar la nulidad del laudo.

bros, en detrimento de los inversores; o (v) que surjan potenciales dificultades a la hora de ejecutar las resoluciones en el territorio de terceros Estados, entre otras cuestiones.

Ahora bien, está por ver si la Unión Europea podrá finalmente imponer su posición en sus negociaciones con los Estados Unidos, que parece decidido a continuar con un sistema de arbitraje ISDS reformado, según se aprecia en las disposiciones del TPP recientemente firmado<sup>92</sup>, pero no totalmente renovado. Aunque las Partes han expuesto sus posturas y han encontrado algún punto de acuerdo (por ejemplo en lo relativo a dotar de mayor transparencia a los procesos arbitrales), todavía quedan por decidir los aspectos esenciales de la protección a la inversión y del sistema de resolución de controversias<sup>93</sup>.

Dado el elevado impacto político y económico de un potencial acuerdo entre ambas potencias, no cabe descartar que según cuál sea el resultado final de las negociaciones en relación con el TTIP el arbitraje de inversión reciba a nivel global un decidido impulso hacia nuevos modelos y propuestas, como plantea la Unión Europea. O que, por el contrario, se descarte la necesidad de adoptar soluciones desconocidas, demasiado alejadas del planteamiento tradicional en la materia y cuya eficacia no ha sido testada en la práctica.

En todo caso, lo cierto es que la propuesta de la Unión Europea no ha hecho sino resaltar y acrecentar el debate acerca de ciertas deficiencias, más teóricas que reales en algunos casos, que ya se venían detectando en el sistema de arbitraje ISDS. De esta forma se consolida la tendencia existente entre los principales actores internacionales de negociar reformas de sus diversos tratados de protección de la inversión, al objeto de solucionar las deficiencias detectadas y mejorar el funcionamiento del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias en materia de inversión extranjera. Por tanto, aunque sus soluciones no sean definitivas, ni carezcan de inconvenientes e, incluso, puedan resultar contraproducentes en la práctica, es justo destacar que la propuesta de TTIP planteada por la Unión Europea abre un debate que puede ser enriquecedor para el arbitraje como mecanismo de resolución de disputas en la protección de inversiones. O quizás no...

---

92 SCHILL, S.: *The TTIP Negotiations: US versus EU Leadership in Global Investment Governance*, Kluwer Arbitration Blog, 5 marzo 2016. Texto disponible en: <http://kluwerarbitration-blog.com/2016/03/05/the-ttip-negotiations-us-versus-eu-leadership-in-global-investment-governance/>

93 COMISIÓN EUROPEA: *The Twelfth Round of Negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), Public Report*, marzo 2016, págs. 19 y 20. Aunque a fecha del presente artículo ya ha tenido lugar la decimotercera ronda de negociaciones entre la Unión Europea y Estados Unidos en relación con el TTIP, no ha habido ningún avance significativo en materia de protección de inversiones. COMISIÓN EUROPEA: *Conclusion of the 13th TTIP Negotiation Round*, 29 abril 2016.