

LÍMITES A LA AUTONOMÍA LEGISLATIVA EN MATERIA TRIBUTARIA DERIVADOS DEL TTIP: EL «*REGULATORY CHILL EFFECT*»*

BEGOÑA PÉREZ BERNABEU**

Resumen: Las previsiones sobre protección de inversiones del TTIP, unidas al método de resolución de controversias fijado en el mismo, limitan la soberanía fiscal de los Estados miembros y de la propia UE debido al temor a que los inversores consideren que un cambio en la legislación tributaria supone una lesión a sus expectativas legítimas y constituye una expropiación indirecta y acuden a un tribunal arbitral solicitando una cuantiosa indemnización pecuniaria. Este deseable efecto (que ha venido a denominarse *regulatory chill effect* o enfriamiento normativo) es el principal objeto de estudio de este trabajo.

Palabras clave: TTIP, *regulatory chill effect*, enfriamiento normativo, APPRIs, protección de inversiones, expropiación indirecta.

Abstract: Investment protection rules contained in TTIP in conjunction with the method of disputes resolution limit Member States' and EU's tax sovereignty. Due to the fear that investors could claim a substantial compensation for damages arising from a change in the legal tax framework deemed to constitute an indirect expropriation Tax authorities refrain from approving new legal tax measures. This *regulatory chill effect* is mainly focused in this paper.

Keywords: TTIP, *regulatory chill effect*, BITs, investment protection indirect expropriation.

* Fecha de recepción: 28 de julio de 2016.

Fecha de aceptación: 5 de octubre de 2016.

** Profesora Titular de Universidad, Departamento de Disciplinas Económicas y Financieras, Universidad de Alicante. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de I+D (Convocatoria 2015) concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, bajo el título «La Seguridad Jurídica en el Ordenamiento Tributario», Referencia DER2015-68072-P (MINECO/FEDER), cuyos investigadores principales son el Profesor Jorge Martín López y la Profesora Begoña Pérez Bernabeu (Resolución de concesión de 6 de mayo de 2016). Asimismo, la autora pertenece al Grupo de Investigación que ha recibido las Ayudas para Grupos de Investigación de Excelencia del Programa PROMETEO 2016, «Los planes de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y la seguridad jurídica en el ordenamiento europeo e internacional», (Resolución de concesión de 1 de septiembre de 2016, Expediente PROMETEO/2016/053), financiado por la Conselleria de Educación, Investigación, Cultura y Deporte, de la Generalitat Valenciana, con fecha de inicio 01/01/2016, con una duración de 4 años, cuya investigadora principal es Amparo Navarro Faure. En este trabajo se recogen las principales conclusiones que la autora expuso en la Ponencia «Limitaciones a la soberanía tributaria derivadas del TTIP», en el marco de las XVI Jornadas de la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, celebradas en la Universidad Autónoma de Madrid el 22 de abril de 2016.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EL EFECTO DE ENFRIAMIENTO NORMATIVO O «REGULATORY CHILL EFFECT»; III. LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES; 1. La expropiación indirecta en los APPRIs; 2. La expropiación indirecta en el TTIP; IV. EL ARBITRAJE COMO MEDIO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS; 1. El arbitraje en los APPRIs; 2. El mecanismo de resolución de controversias inversor-Estado en el TTIP; V. REFLEXIONES SOBRE EL POSIBLE ENFRIAMIENTO NORMATIVO EN MATERIA TRIBUTARIA DERIVADO DEL TTIP.

I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor de Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 supuso una ampliación de las competencias exclusivas comunitarias pues, al incorporar una definición amplia de la política comercial, incluye los servicios, los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial y las inversiones extranjeras directas dentro del elenco de competencias exclusivas de la Unión junto a las competencias exclusivas que ya preveía el anterior artículo 133 TCE entre las que se contaba la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales, conocidos como Acuerdos de Libre Comercio (ALC). Así pues, desde el Tratado de Lisboa, la competencia en inversión extranjera directa ha pasado a estar prevista en el artículo 207 TFUE y ser comunitaria, integrada en la Política Comercial Común, y la Comisión tiene la obligación de negociar también la protección de las inversiones extranjeras mediante la firma de nuevos Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRIs) o Tratados Bilaterales de Inversión (*Bilateral International Treaties*, BITs), produciéndose, además, una sustitución progresiva de los APPRIs de los Estados miembros con terceros Estados por acuerdos de protección de inversiones de la Unión Europea.

Tras el estancamiento de las negociaciones multilaterales de la Ronda de Doha¹ de la Organización Mundial del Comercio (OMC), la UE apostó por una nueva generación de ALC de alcance amplio que van más allá de las reducciones arancelarias y del comercio

¹ La Ronda de Doha son las negociaciones comerciales más recientes (la anterior ronda de negociaciones comerciales fue la Ronda Uruguay, iniciada hace más de 15 años, siendo la más ambiciosa hasta la fecha, de hecho algunos de sus acuerdos todavía se están implementando) entre los miembros de la OMC y tiene como objetivo principal liberalizar el comercio mundial por medio de una gran negociación entre los 153 países miembros de la OMC, reduciendo los obstáculos al comercio mediante la revisión y actualización de las normas comerciales. En concreto se pretende que el sistema multilateral de comercio sea más abierto, especialmente en relación con las exportaciones de los países en desarrollo.

Estas negociaciones dieron comienzo en Doha (Qatar) en noviembre de 2001 con un programa de trabajo que abarca unas 20 esferas del comercio.

La Ronda de Doha se denomina también semioficialmente el «Programa de Doha para el Desarrollo», ya que uno de sus objetivos fundamentales es mejorar las perspectivas comerciales de los países en desarrollo.

Las negociaciones se estancaron en el año 2008, pero la Organización Mundial del Comercio (OMC) consiguió desbloquearlas –en diciembre de 2003– con el Acuerdo de Bali que permite avanzar en la liberalización del comercio internacional.

de bienes, cuestiones estas que tradicionalmente constituían el objeto de los Acuerdos de Libre Comercio o *Free Trade Agreement* (FTA)², incluyendo, entre otros contenidos, capítulos destinados a regular la protección de inversiones³, contenido este propio de los APPRIs.

En este marco, la UE ha venido manteniendo diferentes procesos negociadores que han culminado con la firma de diversos acuerdos⁴ de manera casi desapercibida para la opinión pública. Sin embargo las negociaciones que se vienen desarrollando⁵ en secreto⁶

² Los Acuerdos de Libre Comercio (ALC) o *Free Trade Agreement* (FTA) tradicionalmente se distinguen de los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRIs) en que mientras que un ALC es un acuerdo comercial vinculante que suscriben dos o más países para acordar la concesión de preferencias arancelarias mutuas y la reducción de barreras no arancelarias al comercio de bienes y servicios, un ALC busca crear una zona de libre comercio entre los países que son parte del mismo, Los APPRIs son tratados internacionales bilaterales en materia de Inversión Extranjera Directa (IED) que, conforme a bases de reciprocidad, contienen medidas y cláusulas destinadas a proteger, en el plano del derecho internacional, las inversiones realizadas por los inversores de cada Estado Parte en el territorio del otro Estado Parte.

³ La paulatina inclusión en los Acuerdos de Libre Comercio de capítulos destinados a regular la protección de la inversión, ha llevado a algunos autores a predecir la gradual sustitución de los APPRIs o BITs por los ACL o FTAs. Para un estudio en profundidad de esta cuestión véase CHANG-FA LO, «A comparison of BIT and the Investment Chapter of Free Trade Agreement from policy perspective», *Asian Journal of WTO & International Health Law (AJWH)*, vol. 3, 2008, pp. 147-170; y FONTANELLI, F.; BIANCO, G., «Converging Towards NAFTA: an analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States», *Stanford Journal of International Law*, 50, 2014, pp. 211-246.

⁴ El primero de dichos ALC de nueva generación se celebró con Corea del Sur y, tras su ratificación por el Parlamento Europeo, viene aplicándose de manera provisional desde el 1 de julio de 2011. Prueba de la continuidad de esta nueva política son el Acuerdo Comercial Multipartes entre la UE y Colombia y Perú, que se aplica provisionalmente desde 2013, el Acuerdo de Asociación con los países de América Central, cuyo pilar comercial se ha venido aplicando de forma provisional desde 2013, el Acuerdo con Canadá firmado el 26 de septiembre de 2014 –bajo la rúbrica de Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) o *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA)– que todavía se encuentra en proceso de ratificación, el ALC con Singapur firmado el 17 de octubre de 2014, el ALC con Vietnam, cuyas negociaciones culminaron el 4 de agosto de 2015 y el futuro ALC de la UE con Japón, cuyo inicio de negociaciones fue aprobado el pasado 29 de noviembre de 2015.

Además, la UE también ha iniciado negociaciones con miras a la celebración de ALC con Australia, Nueva Zelanda y Túnez, y se ha comprometido a abrir negociaciones con Filipinas e Indonesia. Las negociaciones con Malasia, Tailandia y la India se reanudarán tan pronto como las condiciones sean las adecuadas. Asimismo, en ejercicio de su competencia exclusiva en la materia, la UE ha abierto asimismo negociaciones para la celebración de Tratados Bilaterales de Inversión (BITs) con China y Myanmar/Birmania, y buscará la apertura de negociaciones similares con Taiwán y Hong Kong, sopesándose, incluso, la apertura de negociaciones con Irán una vez que este último se haya adherido a la OMC, Fuente: Parlamento Europeo, Fichas Técnicas sobre la Unión Europea, véase: <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_6.2.1.html> [Consultado el 5/10/2016].

⁵ A la fecha de cierre de este trabajo, se ha celebrado en Bruselas del 11 al 15 de julio de 2016, la 14ª Ronda de conversaciones del TTIP, que es –hasta la fecha– la última ronda celebrada, tras la cual el Jefe Negociador de la UE publicó un comunicado resumiendo las principales cuestiones tratadas, dicho comunicado está disponible en <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/july/tradoc_154811.pdf> [Consultado el 5/10/2016].

⁶ En carta remitida por el Jefe de la delegación de la UE en el proceso negociador del TTIP, Ignacio García Bercero, aseguraba a su socio, Daniel Mullaney, jefe de la delegación de EEUU, que la Comisión Europea se

desde 2013 en relación con el Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y EEUU, conocido como Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI) o Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones o, en inglés, *Transatlantic Trade Investment Partnership* (TTIP) han sido objeto de una especial atención mediática y han encontrado una airada oposición tanto en la opinión pública, como en ciertos niveles institucionales.

Puesto que el TTIP está siendo objeto de negociación en la actualidad y está sometido a importantes medidas para preservar la confidencialidad de su contenido, todavía no se conoce su redacción definitiva, si bien, diversos documentos que se han hecho públicos, como por ejemplo, la propuesta que la Comisión ha presentado en el marco de estas negociaciones sobre el Capítulo II «*Investment*», incluido en el Título sobre «*Trade in services, investment and e-commerce*», de la Parte 3 del TTIP, dedicado a la protección de la inversión. No obstante, los llamados «textos consolidados sobre el TTIP», que son los que presentan indudablemente un mayor interés por incluir las propuestas de Estados Unidos y la UE, así como la propuesta de la Comisión de algunos capítulos del acuerdo, siguen siendo reservados.

Procede recordar que el TTIP es un Acuerdo de Libre Comercio de nueva generación, por lo que, siguiendo la reciente tendencia consistente en ampliar el objeto de estos instrumentos jurídicos internacionales, incluye un Capítulo dedicado a la protección de inversiones. En concreto, el TTIP dedica su Capítulo II «*Investment*», incluido en el Título

comprometía a bloquear cualquier intento de acceso público a los documentos mismos y a cuantos recursos anexos participen del proceso (cartas, mails, mensajes, etc...) y que además esta información permanecería secreta durante los próximos 30 años, véase la carta enviada, disponible en: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/july/tradoc_151621.pdf> [Consultado el 5/10/2016].

Desde noviembre de 2014 se permite a los eurodiputados el acceso a los documentos sobre la negociación del TTIP, si bien deben observar normas estrictas de confidencialidad que regulan el intercambio de informaciones, las cuales no les permiten revelar ningún detalle con respecto al contenido de los documentos disponibles en la sala de consulta. Los documentos que se ponen a disposición en la sala de lectura son los textos de negociación del TTIP clasificados como «Restringido a la UE» y procedentes de la Comisión Europea. Sobre las concretas condiciones en las que los eurodiputados pueden consultar estos textos, véase <<http://www.elsalmoncontracorriente.es/?Las-condiciones-de-la-UE-para>> [Consultado el 5/10/2016].

La Comisión ha hecho público que tiene la intención de crear una sala de lectura donde se consulten los textos consolidados en la capital de cada Estado miembro (sobre esta cuestión puede consultarse <http://www.eldiario.es/economia/Bruselas-documentos-confidenciales-TTIP-seguridad_0_443405826.html> [Consultado el 5/10/2016]).

El secretismo y opacidad en el que se están desarrollando las negociaciones del TTIP no son novedosas, porque, de hecho, el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) o *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) se dio a conocer públicamente por primera vez el mismo día que se firmó. Si bien la Comisión Europea ha adoptado algunas medidas para incrementar la transparencia y el acceso a la información sobre las negociaciones en curso, véase la Comunicación de la Comisión, de 25 de noviembre de 2014, relativa a la transparencia en el marco de las negociaciones de la ATCI (C(2014)9052), la Decisión de la Comisión, de 25 de noviembre de 2014, relativa a la publicación de información acerca de las reuniones celebradas entre miembros de la Comisión y organizaciones o personas que trabajan por cuenta propia (C(2014) 9051) y la Decisión relativa a la publicación de información acerca de las reuniones celebradas entre miembros de la Comisión y organizaciones o personas que trabajan por cuenta propia (C(2014) 9048).

sobre «*Trade in services, investment and e-commerce*», de su Parte 3, a la protección de la inversión. El texto de este Capítulo está siendo objeto de negociación actualmente, por lo que desconocemos cuál será su redacción final, sin embargo, conocemos el contenido del documento propuesto por la Comisión Europea en el marco de las negociaciones del Capítulo II sobre inversiones, que fue hecho público el 12 de noviembre de 2015.

En el presente trabajo nuestras reflexiones tomarán como referencia el texto de la propuesta de la Comisión, conscientes de que la redacción final puede no coincidir con el texto propuesto por la Comisión, si bien es previsible que en relación con las cláusulas sustantivas, a diferencia de las cláusulas dedicadas al método de resolución de controversias entre inversores y Estados, no se produzcan cambios sustanciales entre la propuesta de la Comisión y el texto definitivo de este capítulo del TTIP. Esta previsible coincidencia se debe a que la propuesta de la Comisión ya incorpora los numerosos puntos en común presentes en la práctica convencional de EEUU (basado en su Modelo de Acuerdo de inversiones de 2012) y la práctica convencional de la UE, representada principalmente en el reciente Acuerdo con Singapur y con Canadá.

No obstante, resulta necesario aclarar que, a pesar de que en este trabajo, ceñiremos nuestro estudio a analizar las limitaciones que en materia tributaria implica el capítulo sobre inversiones del TTIP, este no es la única parte del TTIP con consecuencias en materia tributaria, pues el Capítulo dedicado a la tributación («*Taxation*»), incluido en la parte general/horizontal del TTIP, así como los aspectos relacionados con la concesión de subvenciones y ayudas, incluidas en la *Policy competition*, tienen indudables efectos en materia tributaria, no obstante, hasta el momento de finalización de este trabajo⁷, todavía no se ha hecho público el contenido del borrador de estas otras partes del TTIP relativas a tributación (*Taxation*) y política de competencia (*Policy competition*)⁸, por lo que desconocemos su contenido.

II. EL EFECTO DE ENFRIAMIENTO NORMATIVO O «REGULATORY CHILL EFFECT»

La idea del *regulatory chill effect* o enfriamiento normativo no es nueva para el Derecho internacional de inversiones, de hecho ya el Capítulo 11 sobre inversiones del NAFTA⁹ fue el primero en poner de manifiesto la amenaza que el acceso al arbitraje internacional por parte de inversores privados suponía para el poder legislativo de los Estados firmantes de

⁷ Julio de 2016.

⁸ Salvo la referencia a las reglas sobre Ayudas de Estado que se recogen en los apartados 3 y 4 del artículo 2, de la Sección 2, del borrador del Capítulo II, de la Parte 3 del TTIP, a las que haremos referencia más adelante en este trabajo.

⁹ *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) o Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) es un acuerdo regional entre los gobiernos de Canadá, de los Estados Unidos y de firmado el 17 de diciembre de 1992, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 1994.

un APPRI¹⁰ y, desde entonces, tanto la doctrina como los tribunales arbitrales han recurrido a este concepto.

Sin embargo, la tarea de fijar dicho concepto no está exenta de dificultades, pues la existencia de sus efectos es difícil de probar desde el punto de vista jurídico, dado que se trata de una prueba de la ausencia de adopción de medidas legislativas, es decir, de una falta de actuación¹¹, lo que dificulta, si no imposibilita, llevar a cabo estudios estadísticos, por lo que la mayoría de los estudios sobre esta cuestión se centran en el análisis de los litigios habidos y de las evidencias empíricas para probar o desechar la existencia del *regulatory chill effect*¹² o enfriamiento normativo.

No obstante en una primera aproximación al concepto, podemos afirmar que se produce el fenómeno denominado como *regulatory chill* o enfriamiento normativo cuando un Estado parte de un APPRI se abstiene de promulgar determinada legislación *bona fide* (ya se trate de aprobar un nuevo marco legislativo o una modificación del ya existente) por temor a la amenaza de que los inversores extranjeros consideren que este cambio en la legislación supone una lesión a sus expectativas legítimas y constituye una expropiación indirecta y acudan a un tribunal arbitral solicitando una indemnización pecuniaria¹³ que, habitualmente, son de una elevada cuantía. En el fondo, la idea que subyace a esta figura es que el poder legislativo de un Estado es permeable a presiones externas que, en este caso, vienen representadas por eventuales reclamaciones de los inversores.

En el Derecho internacional de inversiones se considera que una medida legislativa es *bona fide* cuando dicha medida está diseñada y aplicada con el objeto de proteger y asegurar intereses públicos legítimos, como el bienestar, la salud, la seguridad ciudadana o la protección del medio ambiente, concepción que está estrechamente ligada a la teoría de los «poderes de policía del Estado»¹⁴ en el ámbito de la expropiación indirecta.

¹⁰ CÔTÉ, C., «Is it chilly out there? International Investment Agreements and Government Regulatory Autonomy», *AIB insights*, vol. 16, núm. 1, 2016, p. 14.

¹¹ BROWN, J.G., «International Investment Agreements: Regulatory Chill in the face of litigious heat?», *Western Journal of Legal Studies*, 2013, vol. 3, núm. 1, art. 3, p. 9.

¹² BAETENS, F.; BUATTE, T.; TIETJE, C.; VALKANOU, T., «The impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership». Estudio preparado para el Ministerio de Asuntos Exteriores de Países Bajos, 2014, p. 42.

¹³ En ningún caso una reclamación ante un tribunal arbitral podrá derivar en una retirada de la legislación, sino que el ISDS únicamente se limita a garantizar una compensación por el (supuesto) daño causado por la medida legislativa.

¹⁴ Como veremos seguidamente, se trata de una doctrina proveniente del Derecho consuetudinario internacional que ha sido acogida por los tribunales arbitrales bajo la cual la determinación de si una medida en concreto constituye expropiación indirecta se realiza atendiendo al objetivo perseguido por el Estado anfitrión al implementar la medida controvertida, de manera que si la medida estatal no es discriminatoria, persigue fines públicos y ha sido adoptada observando el debido procedimiento, la medida en cuestión no será reputada como expropiación indirecta y, por tanto, no será merecedora de compensación alguna, y ello con independencia de la entidad de la interferencia o lesión en los derechos de propiedad de la inversión.

Queremos llamar la atención sobre el hecho de que el enfriamiento normativo o *regulatory chill*, cuando se produce en relación con las medidas legislativas *bona fide*, adquiere el carácter de indeseable, a diferencia de lo que ocurre en relación con las medidas legislativas que no ostentan la condición de *bona fide*, sino que se trata de medidas discriminatorias, pues la abstención por parte del Estado de la aprobación medidas legislativas discriminatorias para los inversores extranjeros es precisamente el objetivo perseguido por el APPRI en cuestión¹⁵.

Como hemos apuntado antes, dada la dificultad que entraña la prueba de la existencia de este fenómeno, debemos acudir a evidencias empíricas para demostrar su existencia, en este contexto, Eberhardt, aporta una serie de ejemplos que ilustran los efectos del denominado fenómeno *regulatory chill* al indicar que «en Canadá, por ejemplo, las leyes antitabaco terminaron durmiendo dos veces en los cajones después de que la industria tabacalera amenazara con iniciar acciones respaldadas en el NAFTA. En Indonesia existía la prohibición de realizar actividades de minería en los bosques, pero algunas empresas quedaron exceptuadas de esta norma cuando advirtieron que demandarían al Estado y promoverían un arbitraje. En Alemania, en el marco de un acuerdo promovido tras la primera demanda de Vattenfall contra el Estado, la empresa logró impedir la imposición de una restricción ambiental para la controvertida central eléctrica de carbón de Moorburg, en Hamburgo.; en nueva Zelanda, mientras se debatía la aplicación de las leyes antitabaco, el Gobierno anunció que esperaría hasta conocer la decisión en el juicio entablado por Philip Morris contra Australia»¹⁶.

Tal y como apuntan Baetens, Buatte, Tietje y Valkanou¹⁷ el fenómeno del *regulatory chill* puede ser clasificado en tres categorías. En primer lugar destacan el «*anticipatory chill*» o enfriamiento anticipado que se produce en una fase previa a la elaboración del proyecto de medida legislativa y pretende evitar futuros riesgos. Debido a los tempranos estadios de elaboración de la norma en los que acontece, esta categoría es la más difícil de identificar y probar.

En segundo lugar, el «*specific response chill*» o el enfriamiento de respuesta anticipada, presenta un carácter más tangible al producirse una vez que el legislador ha percibido el riesgo o la amenaza cierta (aún no consumada) de ser demandado ante los tribunales y, consecuentemente, derogan o cambian la norma origen de dicho riesgo o amenaza.

En tercer lugar, el «*precedential chill*» o enfriamiento de precedente, tiene lugar cuando el Estado anfitrión de la inversión cambia su normativa en respuesta bien a una demanda presentada por un inversor extranjero ante un tribunal arbitral, bien a un laudo

¹⁵ TIENHAARA, K, «Regulatory chill and the threat of arbitration: a view from political science», en BROWN, C.; MILES, K. (eds.), *Evolution in investment treaty law and arbitration*, Cambridge (Cambridge University Press), 2011, p. 609.

¹⁶ EBERHARDT, P., «La protección de las inversiones en una encrucijada. La TTIP y el futuro del derecho global de las inversiones». Estudio para Friedrich Ebert Stiftung, julio de 2014, p. 8. Disponible en <<http://www.fes.de/cgi-bin/gbv.cgi?id=11011&ty=pdf>> [Consultado el 5/10/2016].

¹⁷ BAETENS, F.; BUATTE, T.; TIETJE, C.; VALKANOU, T., «The impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership» ob. cit., p. 41.

arbitral desfavorable por el que se le condena al pago de una indemnización. Los autores son conscientes de que esta última categoría, más que un supuesto de «enfriamiento», constituye un supuesto de «congelación» por sus mayores efectos limitativos sobre la autonomía legislativa del Estado anfitrión, el cual se enfrenta, no ya a una amenaza o riesgo, sino a un daño ya consumado identificado con la demanda presentada o el laudo condenatorio.

La teoría del enfriamiento normativo encuentra su basamento en dos nociones que son sus pilares basilares: de un lado la idea de expropiación indirecta y, de otro lado, el arbitraje como método de resolución de competencias, conceptos que, debido al importante papel que desempeñan en esta teoría, serán tratados de manera separada en los siguientes apartados de este trabajo.

III. LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

1. La expropiación indirecta en los APPRI

Para el Derecho Internacional, la expropiación no es *per se* ilegal, ya que se admite que el Estado tiene el poder y el derecho de expropiar bienes a los particulares, sean estos nacionales o extranjeros, siempre que se cumplan los siguientes requisitos¹⁸: que sea por causa de interés público, que sea realizada en forma no discriminatoria, de conformidad con el principio de legalidad y debido proceso y debe mediar una compensación que sea pronta, adecuada y efectiva.

La expropiación indirecta constituye un concepto autónomo a la expropiación difícil de precisar, puesto que se trata de una medida de resultado, si bien la UNCTAD¹⁹ ha venido a clarificar que la expropiación indirecta se caracteriza por los siguientes elementos acumulativos:

1. Es un acto atribuible al Estado.
2. Constituye una interferencia con los derechos de propiedad.
3. Supone tal grado de interferencia que los derechos o intereses pierden todo o casi todo el valor para el propietario, o el propietario es privado del control sobre la inversión.
4. El propietario retiene el título legal de propiedad.

¹⁸ GONZÁLEZ DE COSSÍO, F., «Medidas equivalentes a expropiación en arbitraje de inversión», *Revista Internacional de Arbitraje*, n° 4, enero-junio, 2006, pp. 1-2.

¹⁹ UNCTAD-CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, *Expropriation: a sequel*, Nueva York-Ginebra (Naciones Unidas), 2012, p. 12.

El rasgo distintivo de la expropiación indirecta es la permanencia de la propiedad de la inversión en manos de su propietario original, pues, a diferencia de la expropiación directa en donde se produce la transferencia del derecho de propiedad, en la expropiación indirecta no se produce la transferencia del derecho de dominio del inversor, sino que la medida tiene el mismo efecto que la expropiación directa, sin que el título de propiedad cambie.

Además, en la expropiación indirecta surge la obligación para el Estado anfitrión de compensar al inversor extranjero, pero, a diferencia de lo que ocurre con la directa, el Estado normalmente se niega a reconocer la naturaleza de la medida expropiatoria, por lo que se niega a ofrecer una compensación a los inversores perjudicados, siendo necesario acudir a un tribunal arbitral para que este determine, caso por caso, si la medida constituye una expropiación indirecta y, por tanto, procede una compensación²⁰.

Dada la imprecisión que presenta el concepto de expropiación indirecta, la determinación de su existencia en cada caso concreto es compleja, existiendo en la práctica de los tribunales arbitrales dos teorías al objeto de determinar la existencia de expropiación indebida en el caso en concreto. Una de estas teorías se identifica con la doctrina *sole effects*, mientras que la otra solución teórica encuentra su fundamento en la doctrina de los poderes de policía del Estado, proveniente del Derecho consuetudinario internacional.

La doctrina *sole effects*²¹, propugna la existencia de una expropiación indirecta atendiendo únicamente en los efectos que la medida en cuestión ha tenido sobre la propiedad de la inversión, de manera que solo en aquellos casos en los que la interferencia en la propiedad supere un cierto umbral de intensidad, es decir, en aquellos casos en los que la propiedad de la inversión se vea sustancialmente²² afectada, puede determinarse la existencia de una expropiación indirecta y la consiguiente obligación de compensación mediante la corres-

²⁰ ROJAS YEROVI, F.A., *La figura de la medida tributaria expropiatoria en el marco de los Tratados bilaterales de protección y promoción de inversiones*, Quito (Universidad Andina Simón Bolívar), 2013, p. 78.

²¹ Seguida en *Biloune and Marine Drive Complex Ltd vs. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, laudo de 27 de octubre de 1989, apartado 183; *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) vs. República árabe de Egipto*, laudo de 20 de mayo de 1992; *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton vs TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, N° 141-7-2, laudo de 29 de junio de 1984; *Phelps Dodge Corp. Et al. Vs. República islámica de Irán*, N° 217-99-2, laudo de 19 de marzo de 1986; *Metalclad Corp. Vs. United Mexican States*, laudo de 30 de agosto de 2000 y *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi universal vs. República Argentina (Vivendi II)*, laudo de 20 de agosto de 2007, citados todos ellos por KRIEBAUM, U., «Regulatory takings: balancing the interests of the investor and the State», *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, 2007, núm. 5, p. 724.

²² Diversos pronunciamientos de los tribunales arbitrales se han encargado de establecer unos criterios para determinar cuándo se afectación tiene la consideración de «sustancial», véase *AWG Group Ltd vs. República Argentina*, UNCITRAL, laudo de 30 de julio de 2010, apartado 134; *Chemtura Corporation vs. Gobierno de Canadá*, NAFTA Tribunal, laudo de 2 de agosto de 2010, apartado 242 y *Tokoios Tokeles vs. Ucrania*, ICSID Caso N° ARB/02/18, laudo de 26 de julio de 2007, apartado 120, citados por RANJAN, P.; ANAND, P., «Determination of indirect expropriation and doctrine of police power in international investment law: a critical appraisal», en CHOUKROUNE, L. (ed.), *Judging the State in International Trade and Investment Law*, Berlín (Springer), 2016, p. 4.

pondiente indemnización y ello con independencia del objetivo que perseguía la media en cuestión.

Igualmente los tribunales arbitrales²³ han acogido la doctrina proveniente del Derecho consuetudinario internacional de los poderes de policía del Estado, bajo la cual la determinación de si una medida en concreto constituye expropiación indirecta se realiza atendiendo al objetivo perseguido por el Estado anfitrión al implementar la medida controvertida, de manera que si la medida estatal no es discriminatoria, persigue fines públicos²⁴ y ha sido adoptada observando el debido procedimiento, la medida en cuestión no será reputada como expropiación indirecta y, por tanto, no será merecedora de compensación alguna, y ello con independencia de la entidad de la interferencia o lesión en los derechos de propiedad de la inversión²⁵.

La aplicación de esta doctrina resulta problemática desde la perspectiva de la protección de la inversión, de hecho no hay prácticamente ningún caso²⁶ en el que el tribunal arbitral haya aplicado esta doctrina y no haya considerado que la interferencia viene justificada por el interés público perseguido por la medida, por lo que obtener una compensación por parte de un inversor cuando el tribunal arbitral recurre a esta doctrina es prácticamente imposible²⁷.

Por tanto, la aplicación de esta doctrina conduce a la nociva consecuencia de privar de significado al concepto de expropiación indirecta, por lo que las cláusulas contenidas en los Acuerdos de Inversión relativas a la expropiación quedan vacías de contenido, además, la aplicación de la doctrina de los poderes de policía conduce a una fragmentación del régimen jurídico aplicable a las expropiaciones directas, que sí son generadoras de la obligación de compensación, y el régimen aplicable a las expropiaciones indirectas que no derivan en la

²³ Methalnex Corp. vs. USA, laudo de 3 agosto 2005 y Saluka Investment B.V. vs. República Checa, laudo de 17 de marzo de 2006.

²⁴ No hay una definición de qué debe entenderse por «interés público», por lo que los tribunales arbitrales han interpretado este concepto ampliamente dando cabida dentro de él a la protección al medio ambiente, el orden público, el bienestar social, la salud pública, la moralidad,...

²⁵ Al amparo de esta doctrina, por ejemplo, un Estado puede prohibir el uso de un pesticida cuyo uso, incluso en pequeñas dosis, se ha demostrado tener efectos cancerígenos. Esta prohibición puede suponer la completa destrucción de la inversión realizada por un inversor extranjero en el Estado anfitrión que ha adoptado dicha prohibición. En este caso en concreto, dado que la actuación del Estado anfitrión persigue una finalidad de interés público, como es la protección de la salud y el medio ambiente, el Estado anfitrión no incurriría en responsabilidad internacional y por tanto el inversor extranjero afectado no recibirá compensación alguna.

²⁶ Salvo la rara excepción relativa a *In the Claim of Walter Fletcher Smith vs La Compañía Urbanizadora del parquet y Playa de Marianao*, laudo de 2 de mayo de 1929, citada por KRIEBAUM, U., «Regulatory takings: balancing the interests of the investor and the State», *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, núm. 5, 2007, p. 727. Tal vez por ello algunos autores como Mostafa llevan a cabo una interpretación limitada de la doctrina de los poderes de policía del Estado argumentando que los Estados solo pueden recurrir a esta doctrina en caso de necesidad, es decir, en casos excepcionales en los que la única forma que tiene un Estado para salvaguardar un interés esencial amenazado por un peligro grave e inminente es no cumplir otra obligación de menor importancia o urgencia, véase MOSTAFA, B., «The sole effects doctrine, Policy powers and Indirect Expropriation under International Law», *Australian International Law Journal*, vol. 15, 2008, pág. 278.

²⁷ KRIEBAUM, U., «Regulatory takings: balancing the interests of the investor and the State», ob. cit., p. 727.

obligación de indemnizar, aunque el daño o la interferencia haya sido de la misma entidad que en un supuesto de expropiación directa, si el Estado anfitrión adoptó dicha medida persiguiendo fines públicos²⁸.

Conscientes de estas disfunciones, algunos tribunales arbitrales han atemperado los rígidos planteamientos de estas doctrinas y han establecido una suerte de vínculo entre los efectos de la medida estatal y el objetivo perseguido por el Estado con su adopción que tiene en consideración, en cierta medida, el principio de proporcionalidad²⁹.

Resulta ineludible plantearse la posible aplicación de la doctrina de los poderes de policía del Estado a las medidas tributarias que puedan reputarse constitutivas de expropiación indirecta adoptadas por el Estado anfitrión, habida cuenta de que el interés público está siempre presente en la materia tributaria, puesto que el objetivo principal de los tributos es obtener los fondos necesarios para satisfacer las necesidades públicas.

En este contexto se enfrentan dos realidades antagónicas, pues si bien un impuesto constituye una detracción coactiva exigida por el Estado sobre la base de la capacidad económica del contribuyente que excluye cualquier posible indemnización, no es menos cierto que una tributación excesiva y desproporcionada en relación con la capacidad económica del contribuyente puede tener un efecto práctico que puede ser calificado como expropiación indirecta. Serán los tribunales arbitrales los responsables de ponderar ambos extremos en el marco de cada caso en concreto.

Siguiendo los postulados de la OCDE³⁰, para que una medida tributaria exceda de los límites del ejercicio legítimo de los poderes de policía del Estado y se considere una medida generadora de responsabilidad del Estado que debe ser satisfecha mediante la oportuna compensación, se exige que dicha medida prive, de manera permanente, de valor la inversión de manera total o sustancial, que tenga un efecto negativo en el funcionamiento de la empresa inversora, si bien no es indispensable que el inversor afectado deje de operar en dicho Estado.

2. La expropiación indirecta en el TTIP

El texto del borrador de la Sección II «*Investment Protection*» del Capítulo II «*Investment*» del Título sobre «*Trade in services, investment and e-commerce*» de la propuesta

²⁸ KRIEBAUM, U., «Regulatory takings: balancing the interests of the investor and the State», ob. cit., pág. 726.

²⁹ S.D. Mayers Inc. vs. Gobierno de Canada, laudo de 13 de noviembre de 2000, apartado 285; Feldman vs. Mexico, laudo de 16 de diciembre de 2002, apartado 98 y Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. United Mexican States, laudo de 29 de mayo de 2003, citados por KRIEBAUM, U., «Regulatory takings: balancing the interests of the investor and the State», ob. cit., pág. 727.

³⁰ OECD Working Papers on International Investment 2004/04, Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law, OECD Publishing, Septiembre 2004.

de borrador que la Comisión hizo público el 12 de noviembre de 2015, en el marco de las negociaciones sobre el TTIP, recoge una cláusula de protección frente a la expropiación en el artículo 5, el cual, siguiendo una práctica iniciada por los EEUU y Canadá en sus respectivos modelos de Acuerdos Bilaterales de Inversión, al objeto de aportar mayor certeza sobre el concepto de expropiación indirecta, es completado por el contenido del Anexo I de dicho Capítulo, el cual será objeto de análisis seguidamente.

No obstante, antes de abordar el análisis del concepto de expropiación indirecta en la propuesta de la Comisión, es necesario cuestionarse la aplicación de este concepto a la materia tributaria, la cual quedaría descartada, en la hipótesis de que el texto de la propuesta previera una excepción que expresamente mencionara esta materia. No obstante, una detenida lectura de este Capítulo revela que la propuesta de la Comisión prevé unas excepciones generales³¹ aplicables solo a las cláusulas relativas a evitar la discriminación, es decir, a las cláusulas del Trato Nacional y de la Nación más favorecida, si afectar, entre otras, a la materia tributaria, a la cual se le aplicará, por tanto, los estándares de trato previstos en el Capítulo II sobre inversiones, lo que significa que, en el marco del TTIP, una medida tributaria podría ser considerada constitutiva de un supuesto de expropiación indirecta.

La definición de expropiación indirecta recogida en la letra (b) del párrafo 1 del Anexo I de la propuesta de la Comisión confirma que integra este concepto cualquier medida equivalente a la expropiación que produzca una privación sustancial de las facultades fundamentales de un inversor sobre su inversión, entre las que se encuentra el derecho a usar, disfrutar y disponer de la inversión y ello sin que se produzca la transferencia del título de propiedad.

Esta definición se ve complementada con el contenido del párrafo 2 del Anexo el cual remite a un estudio caso por caso de la medida controvertida. Para llevar a cabo dicho estudio, el párrafo 2 contiene una lista meramente enunciativa sin carácter cerrado en la que se apunta, entre otros factores a tener en cuenta en el análisis de la medida, el impacto económico, la duración de la medida y la naturaleza de misma.

Por su parte, el párrafo 3 del Anexo establece que las medidas no discriminatorias diseñadas y aplicadas para proteger los intereses públicos legítimos de un Estado (como la salud, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección de los consumidores y trabajadores o la promoción y protección de la diversidad cultural) no constituyen un

³¹ No obstante, el ámbito de aplicación de las excepciones generales previstas en la propuesta de la Comisión, se ciñe exclusivamente a las políticas públicas mencionadas en los artículos XX GATT y XIV GATS, que normalmente incluyen las cuestiones de orden público, seguridad pública, salud y medio ambiente, pero excluyen las medidas relativas a la protección social y de los trabajadores, por lo que la adopción de una medida de esta naturaleza que tuviera efectos adversos para los inversores no se incluiría en el ámbito de aplicación de la exclusión, por tanto, no serían justificables, siendo posible una reclamación del inversor, véase KRAJEWSKI, M., *Modalities for investment protection and Investor –State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective*, Bruselas (Friedrich Ebert Stiftung), pp. 11-12. Disponible en <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/bruessel/11044.pdf>> [Consultado el 5/10/2016].

supuesto de expropiación indirecta, salvo en la rara circunstancia en que su impacto sea tan severo en relación con su objetivo, que resulte manifiestamente excesiva, lo que remite, de manera inevitable a un estudio caso por caso propuesto en el párrafo 2 del Anexo.

La propuesta de la Comisión no aclara en qué circunstancias se considera que una medida no discriminatoria está diseñada y resulta aplicada al objeto de proteger intereses públicos legítimos y, por tanto, sus efectos adversos deben ser tolerados sin mediar ninguna indemnización, siendo varias las opciones a las que se puede recurrir en la tarea hermenéutica. Entre estas distintas opciones, Ortino³² apunta el criterio de la buena fe, el criterio de la razonabilidad o un análisis coste/beneficio, inclinándose por este último a la luz del análisis caso por caso que recoge el párrafo 2 del Anexo.

Este párrafo 3 resulta decisivo, pues no solo pone de manifiesto que la Comisión, con esta definición de expropiación indirecta, se aleja de la doctrina *sole effects* y acoge la doctrina de los poderes de policía, pues en esta definición está latente la idea de que el mero hecho de que una medida tenga efectos negativos sobre la inversión, no significa que se produzca por ello, de manera automática, un supuesto de expropiación indirecta, sino que también conecta la noción de expropiación indirecta con el derecho a regular previsto en el artículo 2 de la Sección II del Capítulo II y al que más tarde haremos referencia.

Esta definición –que presenta una redacción casi idéntica a la que recoge el modelo de acuerdo de inversiones canadiense³³ y muy similar, si bien no idéntica, a la del anexo del modelo de acuerdo de inversiones de EEUU³⁴– tiene un marcado corte continuista en relación tanto con los pronunciamientos arbitrales previos, como con las opiniones doctrinales sobre la materia. Al recurrir a la terminología tradicionalmente empleada en la redacción de este tipo de cláusulas, la Comisión incluye una serie de términos imprecisos («*Substantial deprivation*», «*manifestly excessive*») que deberán ser delimitados por los tribunales, lo que confiere, en última instancia, un gran margen de interpretación a los árbitros, por lo que los loables intentos de la Comisión por clarificar este concepto podrían verse frustrados en sede arbitral.

Es cierto que el origen jurisprudencial de la doctrina de la expropiación indirecta, basado en una extensa y variada casuística, complica en gran medida la codificación de este complejo concepto, por lo que pretender alcanzar un grado absoluto de certeza y seguridad jurídica en relación con este concepto en el TTIP es una aspiración poco realista. No obstante, la definición propuesta por la Comisión carece de la deseada precisión terminológica lo que, unido al carácter impredecible de la jurisprudencia arbitral, hace que en el ámbito

³² ORTINO, F., «Defining indirect expropriation: the TTIP approach and the (elusive) search for ‘greater certainty’», *Legal Studies Research Paper Series (King’s College London Dickson Poon School of Law)*, Paper 2016-17, p. 15.

³³ KRAJEWSKI, M., *Modalities for investment protection and Investor–State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective*, ob. cit., 13.

³⁴ ORTINO, F., «Defining indirect expropriation: the TTIP approach and the (elusive) search for ‘greater certainty’», ob. cit., p. 11.

tributario, resulte casi imposible para los Estados pronosticar cuáles de sus medidas serán consideradas un supuesto de su derecho legítimo a regular y cuáles serán tildadas de constituir un supuesto de expropiación indirecta, corriendo el riesgo de que se produzca el temido efecto de enfriamiento normativo y todo ello en un contexto como es el actual en el que las políticas de austeridad y contención del gasto público llevan a los Estados a elevar los tipos impositivos efectivos de los principales impuestos del sistema tributario y a eliminar regímenes fiscales preferenciales.

IV. EL ARBITRAJE COMO MEDIO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

1. El arbitraje en los APPRI

Hasta 1959, fecha en que se suscribió el primer Acuerdo para la protección de las inversiones entre Alemania y Pakistán, cuando un inversor extranjero padecía un trato perjudicial y discriminatorio por parte del Estado anfitrión de su inversión tenía dos posibles vías de actuación. Una de ellas consistía en demandar al Estado anfitrión ante los tribunales locales, solución que podría resultar insuficiente, en determinadas situaciones, y la otra opción venía constituida por la protección diplomática, que consistía en que el inversor extranjero solicitara a su Estado de nacionalidad la protección diplomática frente al Estado anfitrión.

La protección diplomática descansa sobre una relación interestatal entre el Estado que realizó el acto ilícito y el Estado que ha visto violado un derecho subjetivo propio, pues aún cuando en el origen estuviese un perjuicio causado a un particular, la protección diplomática constituye el ejercicio de un derecho subjetivo del Estado del que es nacional el particular perjudicado contra el Estado anfitrión. Los principales inconvenientes de esta figura son el limitado alcance de su protección y la total discrecionalidad de que va a gozar el ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado de la nacionalidad del inversor agraviado, quien ostenta una total libertad de acción y el control absoluto de la reclamación³⁵.

No obstante, la protección diplomática como mecanismo de protección de los intereses económicos de los nacionales de un Estado en el extranjero ha sido sustituida por una vía alternativa de protección de las inversiones extranjeras constituida por el Acuerdo sobre inversiones y un sistema de arbitraje inversor-Estado (conocido como ISDS por sus siglas en inglés *Investor-state dispute settlement*) que descansa sobre un sistema de tribunales arbitrales internacionales, inicialmente concebidos para dirimir conflictos entre Estados o entre particulares, que ha evolucionado hasta alcanzar la esfera del Derecho Público.

³⁵ VICENTE BLANCO, D.J., «La protección de las inversiones extranjeras y la codificación internacional del arbitraje», *Anales de Estudios Económicos y Empresariales*, núm. 7, 1992, pp. 360-362.

El ISDS se configura como la «piedra angular»³⁶ del régimen de protección que los APPRI's ofrecen y supone una excepción a la regla general según la cual los particulares –tanto personas físicas como jurídicas– no tienen acceso directo, en principio, a los mecanismos internacionales para reclamar sus derechos, consecuencia de lo que algunos sectores doctrinales ha venido a identificar como el reconocimiento a los individuos de un papel creciente en el orden internacional, convirtiéndose en un medio de conciliación entre Estados y particulares, abandonando lo que se ha venido en llamar «el dogma de la soberanía absoluta del Estado»³⁷.

Así pues, los APPRI's han llevado consigo la introducción del arbitraje como medio de resolución de controversias cuya principal virtud reside en superar los inconvenientes que presentaba el anterior sistema de resolución de controversias basado en la protección diplomática al que vino a sustituir, al permitir el enfrentamiento directo entre un Estado y un particular de otro Estado, sin la intermediación de este y en una instancia jurídica supranacional, dejando sin aplicación el Derecho del Estado en litigio, así como la competencia de su jurisdicción³⁸.

Lo habitual es que las disposiciones reguladoras de la solución de controversias en los APPRI's articulen dos mecanismos distintos: uno para instrumentalizar las controversias surgidas entre los Estados contratantes relativas a la interpretación o aplicación del tratado (que se configuran como auténticas cláusulas compromisorias) y otro diferente para la solución de las controversias que enfrentan a un inversor extranjero y al Estado de la inversión que viene constituido por el arbitraje internacional de inversiones³⁹.

Por su parte, las disposiciones que regulan la solución de controversias inversor-Estado forman parte de las cláusulas más típicas de los modelos APPRI⁴⁰ pudiendo condicionar la activación del arbitraje inversor-Estado a la satisfacción previa de ciertas condiciones procesales, como, por ejemplo, la prioridad de la solución amistosa de la controversia, el

³⁶ DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J., «El arbitraje internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRI's», *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, núm. 11, 2005, p. 50.

³⁷ VICENTE BLANCO, D.J., «La protección de las inversiones extranjeras y la codificación internacional del arbitraje», ob. cit., p. 373.

³⁸ VICENTE BLANCO, D.J., «La protección de las inversiones extranjeras y la codificación internacional del arbitraje», ob. cit., p. 374.

³⁹ REQUENA CASANOVA, M., «La solución de controversias en los Modelos de APPRI: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2012, núm. 24, pp. 3-4.

⁴⁰ Como afirma Requena Casanova, estas disposiciones incluyen varios elementos tradicionales como el alcance material del mecanismo de solución inversor-Estado, una fase previa para intentar resolver la controversia de manera amistosa antes de acudir al arbitraje, la institución o las reglas del arbitraje, el derecho aplicable al fondo o las obligaciones de reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales, si bien en la práctica se aprecian varios rasgos diferenciales entre los elementos típicos de dichas cláusulas en función de la procedencia de los modelos, véase REQUENA CASANOVA, M., «La solución de controversias en los Modelos de APPRI: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias», ob. cit., p. 13.

agotamiento de los recursos internos o la revisión administrativa del acto que pretende ser impugnado en sede arbitral por el inversor extranjero⁴¹.

El arbitraje puede ser *ad hoc* (regulado por las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)⁴² o bien institucional, en cuyo caso lo más frecuente es que el APPRI se refiera al arbitraje institucional conforme a las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con sede en Washington, si bien también puede hacerse referencia a las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de París⁴³ o, con menor frecuencia a las Reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), cuya principal ventaja consiste en permitir cualquier recurso contra sus resoluciones aunque se refiriera exclusivamente a cuestiones formales.

2. El mecanismo de resolución de controversias inversor-Estado en el TTIP

Uno de los principales argumentos de los opositores al TTIP y que más reticencias provoca —erigiéndose casi en epicentro del debate— es el rechazo al ISDS. El sistema de arbitraje internacional de inversiones despierta una gran preocupación, no tanto de carácter económico, sino político, sobre la base de la teoría del indeseado enfriamiento normativo o *regulatory chill*.

Si bien el primer borrador que presentó la Comisión en el marco de las negociaciones del TTIP incluía el arbitraje ISDS como método de resolución de controversias, la redacción inicial de la propuesta se ha visto modificada debido a la oposición mostrada desde distintas instancias hacia el ISDS, y muy especialmente, ante la postura contraria del Parlamento Europeo el cual, a pesar de no tener potestad para negociar el TTIP, puede rechazar su ra-

⁴¹ REQUENA CASANOVA, M., «La solución de controversias en los Modelos de APPRI: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias», ob. cit., p. 15.

⁴² Requena Casanova destaca que «es frecuente que los inversores extranjeros puedan instar un arbitraje internacional *ad hoc* conforme a las normas de la CNUDMI, una posibilidad tasada en la mayoría de modelos, normalmente en concurrencia con otros foros de arbitraje», si bien en otros supuestos «se remiten a estas reglas en solitario», REQUENA CASANOVA, M., «La solución de controversias en los Modelos de APPRI: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias», ob. cit., p. 20.

⁴³ Como pone de relieve Requena Casanova, «En la última década la tendencia en los modelos nacionales ha sido ofrecer a los inversores la posibilidad de someter las controversias ante una diversidad de foros arbitrales. No obstante, la instancia arbitral que los modelos ponen al servicio de los inversores extranjeros se refiere habitualmente al arbitraje institucional conforme a las reglas del CIADI, si bien todos ellos aluden igualmente al Reglamento del Mecanismo Complementario para la administración de procedimientos por el Secretario del CIADI, alternativa aplicable cuando el Estado de la inversión no es parte del Convenio CIADI o si el inversor es nacional de un Estado que no hubiera celebrado dicho Convenio. En menor medida, los modelos mencionan como posibles instancias arbitrales las Reglas de Arbitraje de la CCI o las Reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo», véase REQUENA CASANOVA, M., «La solución de controversias en los Modelos de APPRI: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias», ob. cit., p. 20.

tificación por la UE⁴⁴. Ante esa marcada oposición, la Comisión presentó⁴⁵ oficialmente a EEUU el 12 de noviembre de 2015 una nueva versión del borrador para las negociaciones del Capítulo de inversiones del TTIP.

En concreto la Sección 3 del mencionado Capítulo II del Título sobre «*Trade in services, investment and e-commerce*» de esta recoge el nuevo mecanismo de resolución de controversias nacidas por la aplicación de este Acuerdo, que cubriría también las inversiones indirectas. Dicho método de resolución de controversias parece alejarse del tradicional método ISDS para configurarse como un sistema de Corte permanente (*Investment Court System*, ICS) basado en un sistema público de tribunales de inversiones de doble instancia –alternativo al sistema de arbitraje privado inicialmente previsto en el texto del TTIP– formado por un Tribunal de Primera Instancia⁴⁶ y un Tribunal de Apela-

⁴⁴ El ciclo de las negociaciones comerciales con terceros países, se estructura en varias etapas:

1º. La Comisión propone un «mandato» de negociación y el Consejo lo aprueba mediante Decisión. El Parlamento Europeo carece de competencias en esta etapa.

2º. El Tratado de Lisboa establece la obligación de que el Parlamento Europeo sea informado de la marcha de las negociaciones. Ultimadas las negociaciones, la Comisión consulta con los Estados miembros su rúbrica, revisa los textos acordados y los rubrica con el país tercero.

3º. La Comisión propone al Consejo la autorización para firmar el Acuerdo Comercial y, en su caso, su aplicación provisional antes de su entrada en vigor. El Parlamento Europeo carece de competencias en esta etapa.

4º. La Comisión propone concluir o celebrar definitivamente el acuerdo y el Consejo lo autorizará previa aprobación del Parlamento Europeo.

Fuente: Ministerio de Economía y Competitividad, Secretaría de Estado de Comercio, véase:

<<http://www.comercio.gob.es/gl-es/comercio-exterior/politica-comercial/introduccion/paxinas/politica-comercial-union-europea.aspx>> [Consultado el 5/10/2016].

Además, cuando la UE negocia un acuerdo internacional, como el TTIP, el Parlamento Europeo tiene derecho a expresar su posición sobre el acuerdo en cualquier fase de las negociaciones, sobre la base del artículo 108, apartado 4, del Reglamento interno del Parlamento Europeo (8ª Legislatura, julio 2014).

⁴⁵ Con la presentación de esta propuesta se reanudaron las negociaciones del TTIP, en concreto se trata de la 12ª Ronda de unas negociaciones que se iniciaron en julio de 2013 y que se reanudaron el pasado 22 de febrero de 2016 tras haber quedado en suspenso en marzo de 2014 cuando la Comisión Europea puso en marcha la consulta pública sobre el mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados en la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI).

⁴⁶ El Tribunal de Primera Instancia estaría formado por quince jueces, cinco de los cuales serán nacionales de EEUU, cinco de la Unión Europea y otros cinco de terceros Estados. Estos jueces deberían ostentar las cualificaciones exigidas para pertenecer a la carrera judicial en sus países de origen o ser juristas de reconocido prestigio. Asimismo se prevé que sería deseable –si bien no resultaría obligatorio– que los jueces tengan conocimientos en derecho internacional de las inversiones y comercio internacional. Estos jueces conocerán los asuntos en salas de tres y cada una de estas salas deberá incluir un juez de cada procedencia, pudiendo ser presidente del Tribunal únicamente el juez procedente de un tercer Estado. Será el presidente de cada sala quien determine los miembros de la sala en función de un sistema rotatorio y aleatorio que no haga predecible la composición de dicha sala. No obstante, cuando las partes así lo soliciten, el demandante sea una PYME o los daños reclamados sean relativamente bajos podrá conocer de la controversia un único juez que, necesariamente, será el procedente de un tercer Estado, véase el artículo 9 de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «*Trade in services, investment and e-commerce*» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP.

ción⁴⁷ compuesto por especialistas denominados *jueces*⁴⁸, «totalmente cualificados» que conformarían una lista cerrada y, a diferencia de lo que sucede en el sistema ISDS, serían preseleccionados por las partes del Tratado quedando adscritos con carácter permanente a esta Corte, siendo su remuneración financiada por EEUU y la UE⁴⁹.

Los inversores podrían acudir⁵⁰ a este mecanismo de resolución de controversias híbrido entre la jurisdicción y el arbitraje⁵¹, una vez superado un período de consultas de, al menos, seis meses⁵², conservando la posibilidad de resolver la controversia de manera amistosa tanto antes como después de este período de consultas⁵³ o incluso de solucionarla recurriendo a la mediación de carácter voluntario en caso de mutuo acuerdo⁵⁴, respetando el mecanismo de *fork-in-the-road* con enfoque sin retorno, previsto por la Comisión en su

⁴⁷ Este Tribunal de Apelación conocerá en segunda instancia cuando la decisión dictada por el Tribunal de Primera Instancia sea recurrida. Conocerá de los asuntos en salas de tres jueces y estará compuesto por seis jueces, también de distinta procedencia (dos procedentes de EEUU, dos de la UE y dos de terceros Estados) que serán elegidos por las partes del acuerdo y no por las partes litigantes y que se verán sometidos al mismo régimen de incompatibilidades y prohibiciones y al mismo código ético que los jueces del Tribunal de Primera Instancia que prevé la propuesta de la Comisión. No obstante, las cualificaciones exigidas a los miembros de este tribunal de Apelación son superiores a las requeridas para ser miembro del Tribunal de Primera Instancia, pues si a los miembros del Tribunal de Primera Instancia se les exige ostentar las cualificaciones exigidas para pertenecer a la carrera judicial en sus países de origen, a los jueces del Tribunal de Apelación se les exige reunir las condiciones necesarias para ser miembro de los órganos judiciales de mayor rango en sus Estados nacionales, aunque también podrán ser miembros los juristas de reconocido prestigio, véase el artículo 10 de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «*Trade in services, investment and e-commerce*» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP.

⁴⁸ Paralelamente, y al objeto de asegurar la imparcialidad de los jueces, la Comisión incluye en su propuesta un código ético reforzado (Artículo 11 de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «*Trade in services, investment and e-commerce*» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP) –detallado en el Anexo II de esta Sección III– que, sería aplicable junto a los requisitos ordinarios exigidos en la selección de árbitros. A este respecto, la propuesta de la Comisión prevé que los jueces, mientras estén adscritos a la Corte y ejerzan como jueces, no podrán ejercer como abogados de parte, ni podrán participar como expertos o testigos de parte en ninguna disputa en materia de protección de inversiones (artículo 11 de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «*Trade in services, investment and e-commerce*» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP).

⁴⁹ Véanse los apartados 12 a 15 del artículo 9 de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «*Trade in services, investment and e-commerce*» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP.

⁵⁰ Si bien la propuesta de la Comisión recoge una serie de mecanismos al objeto de desincentivar a los inversores a plantear reclamaciones frívolas y evitar abusos como el sistema de «*early dismissal*» previsto en el artículo 17 que permitiría al Tribunal rechazar reclamaciones infundadas o la consagración del principio «*looser pays*» previsto en el apartado 4 del artículo 28 de de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «*Trade in services, investment and e-commerce*».

⁵¹ BEDOYA, F.; RAMÍREZ PÉREZ-LLORCA, J.L., «Un sistema de Corte permanente como alternativa al arbitraje de inversión: ventajas y desventajas», *Revista del Club Español de Arbitraje*, núm. 26, 2016, p. 43.

⁵² Según el artículo 4 de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «*Trade in services, investment and e-commerce*» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP.

⁵³ Según el artículo 2 de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «*Trade in services, investment and e-commerce*» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP.

⁵⁴ Según el artículo de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «*Trade in services, investment and e-commerce*» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP.

propuesta, que obliga al inversor a renunciar a su reclamación ante los tribunales del Estado anfitrión u otras instancias.

Esta previsión se presenta como el mecanismo que, en principio, acabaría con situaciones que encontramos en la actualidad en las que el inversor presenta reclamaciones de manera paralela ante un tribunal arbitral y ante los tribunales competentes del Estado anfitrión. Este es el proceder que ha seguido la sociedad inversora sueca Vattenfall⁵⁵, la cual –ante la decisión del Gobierno germano de clausurar los reactores nucleares más antiguos en Alemania, dos de los cuales eran de su propiedad– presentó una reclamación ante un tribunal arbitral de inversiones⁵⁶ y, paralelamente, ante el Tribunal Constitucional Federal alemán⁵⁷ (a través de una filial ubicada en Alemania). Pero un estudio en profundidad de esta previsión demuestra que estas estrategias no serían eliminadas, pues la propuesta de la Comisión únicamente excluye las reclamaciones paralelas ante tribunales arbitrales y tribunales locales si el *petitum* de ambas demandas es coincidente, es decir, si en ambas reclamaciones se solicita una indemnización, de manera que las reclamaciones paralelas presentadas por Vattenfall tendrían cabida en el marco del TTIP, porque la reclamación presentada ante el Tribunal arbitral persigue una indemnización, mientras que la demanda ante el Tribunal Constitucional Alemán tiene como fin la eliminación de la medida⁵⁸.

El procedimiento en sí se regirá con arreglo a uno de los reglamentos arbitrales previsto en la propuesta de la Comisión (el CIADI, el Mecanismo Complementario del CIADI, UNCITRAL (UNCTAD) o aquel que acuerden las partes), debiendo dictarse el laudo arbitral dentro del plazo máximo de 18 meses, en el caso del Tribunal de Primera Instancia⁵⁹, o de 6 meses⁶⁰, en el caso del Tribunal de Apelación, lo que supone una notable reducción

⁵⁵ Para un estudio en profundidad de este asunto, véanse BERNASCONI-OSTERWALDER, N.; DIETRICH BRAUCH, M., «The State of Play in Vattenfall v. Germany II: Leaving the German public in the dark». Estudio para el International Institute for Sustainable Development (IISD), 2014. Disponible en <<http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/state-of-play-vattenfall-vs-germany-ii-leaving-german-public-dark-en.pdf>> [Consultado el 5/10/2016]; BERNASCONI-OSTERWALDER, N., «Background paper on Vattenfall v. Germany arbitration». Estudio para el International Institute for Sustainable Development (IISD), 2009. Disponible en <https://www.iisd.org/pdf/2009/background_vattenfall_vs_germany.pdf> [Consultado el 5/10/2016]; BERNASCONI-OSTERWALDER, N.; HOFFMAN, R. T., «The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration? Background to the new dispute Vattenfall v. Germany (II)». Estudio disponible en <https://www.tni.org/files/download/vattenfall-icsid-case_oct2013.pdf> [Consultado el 5/10/2016]; BILLIET, J., «Vattenfall v. Germany (II) and the familiar irony of ISDS: investors before public interest?». Estudio disponible en <<https://www.linkedin.com/pulse/vattenfall-v-germany-ii-familiar-irony-isds-investors-johan-billiet>> [Consultado el 5/10/2016].

⁵⁶ Vatenfall AB and anothers v. Federal Republic of Germany, ICSID Caso núm. ARB/12/12.

⁵⁷ Kernkraftwerk Frömmel GmbH & Co oHG und Vatenfall Europe Nuclear Energy, 1 BvR 1456/12.

⁵⁸ KRAJEWSKI, M., *Modalities for investment protection and Investor–State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective*, ob. cit. 19.

⁵⁹ Apartado 6 del artículo 28 de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «Trade in services, investment and e-commerce» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP.

⁶⁰ Apartado 3 del artículo 29 de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre «Trade in services, investment and e-commerce» de la propuesta de la Comisión sobre el texto del TTIP.

respecto 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).

La propuesta de la Comisión de crear el ICS ha recibido duras críticas de quienes consideran que los principales cambios revisten un mero carácter formal que no afectan de manera sustancial al ISDS y que permiten que este mecanismo conserve tanto su finalidad primigenia como los inconvenientes derivados de esta institución, careciendo de importancia la denominación conferida, especialmente desde el momento en el que el mecanismo sitúa la disputa fuera de la jurisdicción ordinaria. Además, no evitaría las dificultades prácticas que encontrarían las partes del TTIP para alcanzar un acuerdo para designar a los jueces de la Corte, ni el riesgo de que las partes del Tratado designen a jueces que tengan un perfil pro-Estado, por lo que la Corte resultaría sesgada desde su misma composición⁶¹.

Igualmente ha sido criticado por la desnaturalización que ha sufrido la institución arbitral, lo que ha provocado la pérdida de las ventajas que la misma presentaba para los inversores y ello no solo por vetar la elección de los miembros del tribunal arbitral por las partes, rasgo esencial del arbitraje, sino también por el proceso de «judicialización» al que se ha sometido a esta institución, 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 ISDS⁶², eventualidad que podría desincentivar la inversión extranjera⁶³. Dicha desnaturalización y judicialización plantean la incógnita de si las resoluciones emitidas por esta Corte permanente tendrían o no la consideración de resolución arbitral a los efectos previstos para la ejecución de laudos en la Convención de Nueva York⁶⁴.

En cualquier caso, como hemos tenido ocasión de comentar anteriormente, la propuesta de la Comisión no es definitiva y resta por ver si finalmente se impondrá la visión de la Comisión en las negociaciones que se están llevando a cabo. Por el momento, la postura de las autoridades negociadoras de EEUU no es favorable a su adopción, pues se decantan por el sistema convencional de resolución de controversias ISDS, tal y como demuestra la inclusión de este sistema de resolución de controversias en sus modelos de acuerdo bilateral

⁶¹ BEDOYA, F.; RAMÍREZ PÉREZ-LLORCA, J.L., «Un sistema de Corte permanente como alternativa al arbitraje de inversión: ventajas y desventajas», ob. cit., p. 53.

⁶² Díez-Hochleitner Rodríguez apunta que una de las ventajas del arbitraje es que constituye una alternativa a los tribunales nacionales, de manera que 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, véase Díez-Hochleitner Rodríguez, J., «El futuro del arbitraje de inversiones con la Unión Europea como nuevo actor», *Revista del Club español del Arbitraje*, núm. 25, 2016, p. 13.

⁶³ Díez-Hochleitner Rodríguez, J., «El incierto futuro del arbitraje en materia de inversiones (A propósito de las negociaciones del TTIP)», *La Ley Mercantil*, núm. 19, 1 noviembre de 2015, p. 7.

⁶⁴ Bedoya y Ramírez Pérez-Llorca se plantean esta hipótesis en relación a los problemas que podrían surgir a la hora de ejecutar las resoluciones emitidas por esta Corte permanente en terceros Estados distintos a EEUU y los Estados miembros de la UE, pues una característica esencial del arbitraje es su naturaleza convencional en origen, por lo que podría objetarse que no estamos ante un verdadero arbitraje, véase BEDOYA, F.; RAMÍREZ PÉREZ-LLORCA, J.L., «Un sistema de Corte permanente como alternativa al arbitraje de inversión: ventajas y desventajas», ob. cit., pp. 54-55.

de inversiones. A ello se une la postura también reticente de los importantes *lobbys* empresariales que prefieren la formulación inicial del texto del TTIP en este aspecto, apostando por un sistema de resolución de controversias basado en el arbitraje de diferencias Estado-inversor, por lo que la redacción final del texto dependerá de la fase de negociación.

Estas tensiones se producen en un momento de presiones políticas para finalizar la negociación del TTIP a la mayor brevedad, lo que no ayuda a la pausada reflexión que debe acompañar al diseño del nuevo mecanismo de resolución de controversias basado en la instauración de una Corte permanente por la Comisión. En esta tesitura, Kleinheisterkamp y Poulsen consideran que la solución idónea pasa por excluir el capítulo sobre inversiones de las negociaciones del TTIP al objeto de permitir una pausa para realizar la debida reflexión, sin embargo, son conscientes de que es bastante probable que los gobiernos europeos no acepten una moratoria en la aplicación del capítulo de inversiones, por ello proponen eliminar el método de resolución de controversias del capítulo sobre inversiones del TTIP a imagen y semejanza de lo acontecido en el AUSFTA (*Australia-United States Free Trade Agreement*⁶⁵), lo que permitiría avanzar en las negociaciones del TTIP y centrar el punto de mira en cuestiones sustantivas de mayor calado⁶⁶.

Llegados a este punto de nuestro estudio procede reflexionar sobre la cuestión de fondo subyacente a esta polémica que gira en torno a la discutida necesidad de incluir en el capítulo sobre inversiones del TTIP un mecanismo de resolución de controversias habida cuenta de la madurez y fiabilidad de los sistemas legales y judiciales europeos que ofrecen un alto grado de protección a las inversiones extranjeras en territorio europeo. De esta reflexión se hizo eco el Pleno Parlamento Europeo⁶⁷ que defendió la idea de no incluir el ISDS en todos los acuerdos que celebre la UE, sino únicamente en aquellos casos en los que sea «justificable». Esta propuesta ha tenido buena acogida, pues no en vano, como afirma Díez-Hochleitner, «esta solución puede tener sentido tratándose de acuerdos entre la UE y algunos terceros países que ofrecen estándares de protección de las inversiones extranjeras equivalentes a las que proporcionan la Unión y sus Estados miembros» como sucede en el caso de las negociaciones del TTIP con EEUU; no obstante, considera este autor, que si bien la exclusión del ISDS del TTIP podría estar justificada, lo cierto es que «podría dificultar que otros países con los que negocia la Unión acepten someterse a él»⁶⁸.

⁶⁵ Que entró en vigor el 1 de enero de 2005. Disponible en <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/australian-fta/final-text>> [Consultado el 5/10/2016].

⁶⁶ Sobre los motivos aducidos por estos autores para defender su propuesta véase KLEINHEISTERKAMP, J.; POULSEN, L., «Investment Protection in TTIP: three feasible proposals», GEG & BSG Policy Brief, 2014, p. 3.

⁶⁷ Parlamento Europeo, Reunión del Pleno, sesión de 23 de mayo de 2013 en el procedimiento legislativo 2012/0163(COD) en el que se aprobaba, en primer lectura, las enmiendas a la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de controversias entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea es parte COM(2012)0335.

⁶⁸ Díez HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J., «El incierto futuro del arbitraje en materia de inversiones (A propósito de las negociaciones del TTIP)», ob. cit., p. 3.

Sin embargo, debemos ser conscientes de que, a pesar de las feroces críticas que ha recibido el sistema de resolución de controversias previsto en la propuesta de la Comisión, debe ponerse de relieve que la eliminación del mismo del TTIP no supone la panacea para la protección de la autonomía legislativa de la UE y los Estados miembros, pues, merced a la red de APPRIS firmados por la UE o los Estados miembros existente en la actualidad, los inversores extranjeros podrían acudir a este mecanismo de resolución de controversias de manera indirecta, recurriendo para realizar la inversión en el Estado anfitrión a una filial nacional de un tercer Estado con el que el Estado anfitrión haya concluido un APPRI que prevea este método de resolución de controversias entre el inversor y el Estado anfitrión de la inversión, es decir, realizando la inversión de manera indirecta.

De hecho, aunque las negociaciones sobre el TTIP no llegaran a buen puerto y este Acuerdo nunca entrara en vigor, un gran número de empresas inversoras de EEUU (se estima que 4 de cada 5 inversores⁶⁹) podrían beneficiarse de una protección muy similar a la que prevé el TTIP, si bien de manera indirecta. Ello se debe a que el Acuerdo integral de Economía y Comercio o *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA), celebrado entre la UE y Canadá, ofrece la posibilidad de acudir al sistema de resolución de competencias en él previsto también a las inversiones indirectas, de manera que las empresas inversoras de EEUU que tuvieran una filial que desarrollara en Canadá «*substantial business activities*», podrían acogerse a dicho mecanismo.

Por ello, ante esta incontestable realidad y al objeto de eliminar o minorar los inevitables inconvenientes derivados de un sistema de resolución de controversias –como es el ISDS– del que, dado su alto grado de expansión, es casi imposible escapar, salvo que el Estado en cuestión proceda a la denuncia de todos los APPRIs firmados y en vigor⁷⁰, consideramos que la postura más acertada pasa, no tanto por eliminar este mecanismo, sino por corregir y mejorar su configuración introduciendo previsiones tanto sustantivas (como por ejemplo, una definición de inversor que prive de la condición de demandante a las sociedades pantalla o *mailbox claimants*, o definiciones detalladas que acoten los estándares de Trato Justo y Equitativo, Trato Nacional y expropiación indirecta que reduzcan la litigiosidad, la exclusión de las denominadas cláusulas paraguas y cláusulas de acceso automático a la protección de los mercados, así como la inclusión de excepciones relativas al interés público), como procedimentales para evitar abusos en su utilización y para asegurar su efectivo funcionamiento (como mayores exigencias de transparencia, conceder una mayor importancia al papel que desempeñan las terceras partes en el proceso o endurecer el código de conducta aplicable a los jueces adscritos a la Corte, entre otros)⁷¹.

⁶⁹ Según la organización Seattle to Brussels, véase <<http://www.s2bnetwork.org/isds-courting-foreign-investors/>> [Consultado el 5/10/2016].

⁷⁰ Y aún en esta hipótesis, los APPRIs denunciados «sobrevivirían» y podrían seguir siendo invocados por los inversores, gracias al período de remanencia que suele fijarse, tal y como sucede en el caso español, en 20 años.

⁷¹ BAETENS, F.; BUATTE, T.; TIETJE, C.; VALKANOU, T., «The impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership», ob. cit., p. 10.

V. REFLEXIONES SOBRE EL POSIBLE ENFRIAMIENTO NORMATIVO EN MATERIA TRIBUTARIA DERIVADO DEL TTIP

La principal conclusión que cabe extraer de todo lo expuesto en este trabajo es que el juego conjunto tanto de la cláusula de trato justo y equitativo, como de la cláusula de protección frente a la expropiación indirecta supone un importante límite al poder tributario de los Estados en la aprobación de nuevos regímenes fiscales más gravosos para el inversor o en la modificación o eliminación de regímenes preferenciales, es decir, limiten su autonomía legislativa. Ello se debe al temor a que una modificación normativa del régimen fiscal en cuestión pudiera ser considerada contraria a la cláusula de trato justo y equitativo o constitutiva de una expropiación indirecta y conducir a una cuantiosa reclamación ante un tribunal arbitral lo que supondría, en última instancia, una consumación del indeseado *regulatory chill effect*.

En consecuencia, cabe afirmar que las previsiones sobre protección de inversiones del TTIP limitan la soberanía fiscal de todos los Estados miembros al igual que lo hacen las cláusulas recogidas en cualquier APPRI en donde igualmente se recogen las cláusulas de trato justo y equitativo y la de protección frente a la inversión. No obstante, la intensidad con la que se llegarían a manifestar estas limitaciones derivadas del TTIP no es la misma que las limitaciones que se derivan de un APPRI, pues estos efectos se verían magnificados al reproducirse a escala europea afectando tanto al poder tributario de la UE, como al poder tributario de los 28 Estados miembros.

La firma de un Acuerdo de Inversiones constituye el ejercicio voluntario de una facultad incluida en el concepto de soberanía estatal, se derivan este acto una serie de obligaciones que traen consigo de manera inevitable restricciones al concepto tradicional de soberanía estatal, en el sentido de que, a partir de la firma del acuerdo, los derechos que conlleva la soberanía estatal deben ser ejercidos de una cierta forma, es decir, de manera conforme al nuevo acuerdo firmado, por lo que , prohíbe al Estado firmante dispensar a los inversores extranjeros un trato menos favorable, o lo que es lo mismo, prohíbe al Estado adoptar medidas legislativas discriminatorios. Sin embargo no es menos cierto que la firma de dicho acuerdo no le prohíbe en ningún momento adoptar medidas *bona fide*.

El problema radica en que el concepto de medidas legislativas *bona fide* es un concepto jurídico indeterminado objeto de interpretación por los tribunales arbitrales, generando un estado de incertidumbre (que se ha dado en denominar «*regulatory uncertainty*») debido a que la obligación de compensación ante un supuesto de expropiación (en el caso que nos ocupa, se trataría de una expropiación indirecta), así como el estándar de trato justo y equitativo, previstos en los Acuerdos de inversiones, han sido interpretados por los árbitros como una suerte de garantía que los inversores extranjeros ostentan frente a cambios legislativos desfavorables en el Estado anfitrión desplegando –vía interpretación arbitral– unos efectos

comparables a una cláusula de estabilización⁷², apartándose de la acotada y originaria razón de ser del concepto de expropiación indirecta y su defensa a través del ISDS que no es otra más que evitar la actuación arbitraria o discriminatorio hacia los inversores extranjeros por parte del legislador.

En el fondo, la cuestión clave que subyace en nuestro estudio es si, ante la ausencia de una cláusula de estabilización⁷³ en el TTIP, la aprobación de nuevas normas que regulan *ex novo* una materia o el cambio en la normativa existente vulnera el derecho de los inversores a un marco normativo estable y puede ser considerado expropiación indirecta, dado el amplio margen de interpretación del que gozan los tribunales arbitrales en relación con el concepto de expropiación indirecta.

Al objeto de limitar dicho amplio margen de interpretación, la Comisión Europea en el texto del borrador del Capítulo sobre inversiones presentado en el marco de las negociaciones del TTIP ha mejorado la redacción de los estándares de protección tanto del trato justo y equitativo (incluyendo un listado cerrado de todos aquellos comportamientos estatales que constituyen una violación a este estándar de trato), como el concepto de expropiación indirecta, el cual ha sido clarificado mediante la inclusión del Anexo I a la Sección 2 del citado capítulo sobre inversiones.

⁷² Si bien las cláusulas de estabilización son más propias de los contratos de concesión, en ocasiones son incluidas en los Acuerdos sobre la base de que las normas de alcance general carecen de estabilidad y su modificación puede conllevar efectos negativos sobre el inversor extranjero. Por este motivo, el objetivo de la cláusula de estabilización es garantizar que el marco normativo sea alterado de manera tal que se menoscabe la viabilidad económica de la inversión, o lo que es lo mismo, garantizar que las condiciones originales para la inversión están garantizadas y a salvo de posteriores modificaciones legislativas.

Por ello, mediante una cláusula de este tipo, el Estado contratante se compromete a no aplicar al inversor extranjero una nueva legislación de le afecte de manera desfavorable, de manera que le seguirá siendo de aplicación la legislación vigente en el momento de la suscripción del Acuerdo.

Las cláusulas de estabilización pueden poseer carácter general (cláusula de estabilización general), dentro de la cual puede tener cabida la materia tributaria, o bien pueden referirse específicamente al ámbito tributario (cláusula de estabilización fiscal): las cuales conceden un trato privilegiado para los inversores extranjeros en perjuicio de los inversores nacionales.

⁷³ Las cláusulas de estabilización son más propias de los contratos de concesión, aunque en ocasiones son incluidas en los Acuerdos sobre la base de que las normas de alcance general carecen de estabilidad y su modificación puede conllevar efectos negativos sobre el inversor extranjero. Por este motivo, el objetivo de la cláusula de estabilización es garantizar que el marco normativo sea alterado de manera tal que se menoscabe la viabilidad económica de la inversión, o lo que es lo mismo, garantizar que las condiciones originales para la inversión están garantizadas y a salvo de posteriores modificaciones legislativas.

Por ello, mediante una cláusula de este tipo, el Estado contratante se compromete a no aplicar al inversor extranjero una nueva legislación de le afecte de manera desfavorable, de manera que le seguirá siendo de aplicación la legislación vigente en el momento de la suscripción del Acuerdo.

Las cláusulas de estabilización pueden poseer carácter general (cláusula de estabilización general), dentro de la cual puede tener cabida la materia tributaria, o bien pueden referirse específicamente al ámbito tributario (cláusula de estabilización fiscal): las cuales conceden un trato privilegiado para los inversores extranjeros en perjuicio de los inversores nacionales.

Resulta palmario que la existencia de un supuesto de expropiación indirecta debe ser objeto de análisis e interpretación caso por caso por el tribunal arbitral, aunque en esta tesitura surge una tensión entre la libertad de interpretación de los tribunales arbitrales (que debe ser salvaguardada para que la esencia del ISDS quede intacta), por un lado, y la necesidad de clarificar la diferencia entre expropiación indirecta (compensable) y la regulación del interés público (no compensable), en aras de una mayor seguridad jurídica por otro lado, lo que conlleva una inevitable limitación de las facultades de interpretación de los tribunales arbitrales.

Ante esta tensión, en apariencia, irresoluble, resulta positiva la introducción en el texto de la propuesta de la Comisión, mediante la inclusión de dicho Anexo I, de una serie de criterios que vienen a clarificar que el hecho de que una determinada medida normativa tenga un negativo impacto económico en la inversión extranjera no habilita, de manera automática, al inversor extranjero a presentar una reclamación por expropiación indirecta ante un tribunal arbitral, adoptando un enfoque más parecido al denominado de «predictibilidad aumentada» seguida tanto por Canadá⁷⁴ como por EEUU⁷⁵ en sus modelos de Convenio de inversiones desde el año 2004 que no tanto al modelo de «alta protección» utilizado en la mayoría de los BITs, incluidos los de España⁷⁶.

Si bien son loables los intentos de la Comisión Europea por aclarar el concepto de expropiación indirecta, los términos utilizados por la Comisión en este Anexo son bastante vagos, pues términos como «privación sustancial» («*substantial deprivation*»), «manifiestamente excesivo» («*manifestly excessive*») «impacto negativo» («*adverse effect*»), «duración de la medida» («*duration of the measure*»), «naturaleza de la medida» («*character of the measure*»), dejan un amplio margen interpretativo sin asegurar un aceptable grado de certidumbre y seguridad jurídica, pues si estos términos fueran interpretados de manera amplia, se favorecería la posición del Estado anfitrión, mientras que si fueran interpretados de manera más restrictiva reforzarían los derechos del inversor.

Aunque, *a priori*, sería deseable una definición más precisa del concepto de expropiación indirecta al objeto de aumentar el grado de seguridad jurídica, no es menos cierto

⁷⁴ Canadian 2004 Model BIT, disponible en <<http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>> [Consultado el 5/10/2016].

⁷⁵ Tanto en el anterior modelo de 2004 (2004 *U.S. Model Bilateral Investment Treaty*), disponible en <https://ustr.gov/archive/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/Section_Index.html> [Consultado el 5/10/2016], como en el actual modelo de 2012 (2012 *U.S. Model Bilateral Investment Treaty*), disponible en <<https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>> [Consultado el 5/10/2016].

⁷⁶ Tal y como se recoge en la opinión sobre el TTIP del Gobierno de España recogido en el documento «Acuerdo de Asociación Transatlántica sobre comercio e inversión (TTIP). Capítulo de inversiones en el Acuerdo de la Unión Europea con Canadá (CETA) y la consulta de la Comisión en TTIP», elaborado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Secretaría de Estado de Comercio, Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones, disponible en

<<http://www.comercio.gob.es/es-ES/comercio-exterior/politica-comercial/relaciones-bilaterales-union-europea/america/PDF/TTIP/150220%20DG%20ISDS%20en%20CETA-TTIP.pdf>> [Consultado el 5/10/2016].

que una pormenorizada definición tampoco resulta deseable, pues conduciría a un encostramiento del concepto incompatible con el análisis del caso individual que este concepto requiere, por lo que nos situamos ante un problema de difícil solución.

En esta tesitura y ante la incapacidad (si no imposibilidad) de elaborar una definición de expropiación indirecta que satisfaga tanto los intereses de los Estados, como de los inversores y aporte la debida certidumbre jurídica, la Comisión pretende atajar la eventual aparición del enfriamiento normativo con una salvaguarda del derecho a regular de los Estados. Dicha salvaguarda se recoge en el artículo 2 de la Sección II del Capítulo II del Título sobre «*Trade in services, investment and e-commerce*» de su propuesta sobre el texto del TTIP, reiterada en el apartado 23 del preámbulo del Acuerdo⁷⁷, si bien con limitado valor práctico debido a la ausencia de carácter vinculante del preámbulo que únicamente puede ser considerado por el árbitro como un criterio más, junto a otros elementos en su labor hermenéutica. En virtud de la cual se lleva a cabo una reserva expresa de las facultades legislativas de los Estados en políticas públicas tales como salud pública, seguridad, medio ambiente o moral pública, de manera que un cambio en la legislación en estas materias no sea alegado por un inversor como causa de un perjuicio sufrido en el marco de una reclamación ante un tribunal arbitral.

En nuestra opinión, la inclusión de cláusulas que recogen el derecho a regular de los Estados refuerza los poderes de policía de los Estados es positiva, pues permite alcanzar un equilibrio entre los derechos del inversor y los deberes del Estado anfitrión, no obstante, para asegurar la efectividad de dichas, la formulación de estas debe evitar la utilización de conceptos vagos o ambiguos.

En último término consideramos necesario reflexionar sobre una realidad que nos permite poner en perspectiva y restar gravedad al fenómeno del «*regulatory chill*» o enfriamiento normativo y que viene constituido por el hecho de que la mayoría de las reclamaciones presentadas ante tribunales arbitrales alegando la existencia de una expropiación indirecta vienen motivadas, principalmente, no tanto por la adopción de medidas legislativas por parte del Estado anfitrión, sino por concretas actuaciones administrativas. Un análisis de los laudos habidos en el marco del CIADI revela que de las 264 disputas habidas hasta septiembre de 2013, tan solo 163 de ellas estuvieron relacionadas con el comportamiento arbitrario del Estado anfitrión y se recondujeron a través de la figura de la expropiación indirecta y de estos 163, tan solo 14 de ellas estuvieron relacionadas con expropiaciones indirectas consecuencia de la adopción de medidas legislativas, muchas de las cuales, ade-

⁷⁷ «As regards investment protection, the objective of the respective provisions of the Agreement should:

- (...)

- be without prejudice to the right of the EU and the Member States to adopt an enforce, in accordance with their respective competences, Measures necessary to pursue legitimate public policy objectives such as social, environmental, security, stability of the financial system, public health and safety in a non-discriminatory manner. The Agreement should respect the policies of the EU and its Member States for the promotion and protection of cultural diversity».

más, fueron iniciadas por los inversores contra el mismo Estado que se enfrentó a varias reclamaciones en el mismo año⁷⁸.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BAETENS, F.; BUATTE, T.; TIETJE, C.; VALKANOU, T., «The impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership». Estudio para el Ministerio de Asuntos Exteriores de Países Bajos, 2014.
- BEDOYA, F.; RAMÍREZ PÉREZ-LLORCA, J.L., «Un sistema de Corte permanente como alternativa al arbitraje de inversión: ventajas y desventajas», *Revista del Club Español de Arbitraje*, núm. 26, 2016, pp. 39-56.
- BERNASCONI-OSTERWALDER, N., «Background paper on Vattenfall v. Germany arbitration», *International Institute for Sustainable Development (IISD)*, 2009. Estudio disponible en <https://www.iisd.org/pdf/2009/background_vattenfall_vs_germany.pdf> [Consultado el 5/10/2016].
- BERNASCONI-OSTERWALDER, N.; DIETRICH BRAUCH, M., «The State of Play in Vattenfall v. Germany II: Leaving the German public in the dark», *International Institute for Sustainable Development (IISD)*, 2014. Disponible en <<http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/state-of-play-vattenfall-vs-germany-II-leaving-german-public-dark-en.pdf>> [Consultado el 5/10/2016].
- BERNASCONI-OSTERWALDER, N.; HOFFMAN, R. T., «The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration? Background to the new dispute Vattenfall v. Germany (II)». Estudio disponible en <https://www.tni.org/files/download/vattenfall-icsid-case_oct2013.pdf> [Consultado el 5/10/2016].
- BILLIET, J., «Vattenfall v. Germany (II) and the familiar irony of ISDS: investors before public interest?». Estudio disponible en <<https://www.linkedin.com/pulse/vattenfall-v-germany-ii-familiar-irony-isds-investors-johan-billiet>> [Consultado el 5/10/2016].
- BROWN, J.G., «International Investment Agreements: Regulatory Chill in the face of litigious heat?», *Western Journal of Legal Studies*, 2013, vol. 3, núm. 1, art. 3.
- CADDE, J.; JENSEN N.M., «Which host country government actors are most involved in disputes with foreign investors?», *Columbia FDI Perspectives*, núm. 120,

⁷⁸ CADDE, J.; JENSEN N.M., «Which host country government actors are most involved in disputes with foreign investors?», *Columbia FDI Perspectives*, núm. 120, 2014. Disponible en <<http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-120-Caddel-and-Jensen-FINAL-WEBSITE-version.pdf>> [Consultado el 5/10/2016].

2014. Disponible en <<http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-120-Caddel-and-Jensen-FINAL-WEBSITE-version.pdf>> [Consultado el 5/10/2016].
- CHANG-FA LO, «A comparison of BIT and the Investment Chapter of Free Trade Agreement from policy perspective», *Asian Journal of WTO & International Health Law (AJWH)*, vol. 3, 2008, pp. 147-170.
- RANJAN, P.; ANAND, P., «Determination of indirect expropriation and doctrine of pólíce power in international investment las: a critical appraisal», en CHOU-KROUNE, L. (ed.), *Judging the State in International Trade and Investment Law*, Berlín (Springer), 2016, pp. 127-151.
- CÔTÉ, C., «Is it chilly out there? International Investment Agreements and Government Regulatory Autonomy», *AIB insights*, vol. 16, núm. 1, 2016, pp. 14-16.
- DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J., «El arbitraje internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRIS», *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, núm. 11, 2005, pp. 49-65.
- DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J., «El incierto futuro del arbitraje en materia de inversiones (A propósito de las negociaciones del TTIP)», *La Ley Mercantil*, núm. 19, 2015, p. 7.
- DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J., «El futuro del arbitraje de inversiones con la Unión Europea como nuevo actor», *Revista del Club español del Arbitraje*, núm. 25, 2016, p. 13.
- EBERHARDT, P., «La protección de las inversiones en una encrucijada. La TTIP y el futuro del derecho global de las inversiones». Estudio para Friedrich Ebert Stiftung, 2014. Disponible en <<http://www.fes.de/cgi-bin/gbv.cgi?id=11011&ty=pdf>> [Consultado el 5/10/2016].
- FONTANELLI, F.; BIANCO, G., «Converging Towards NAFTA: an analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States», *Stanford Journal of International Law*, 50, 2014, pp. 211-246.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, F., «Medidas equivalentes a expropiación en arbitraje de inversión», *Revista Internacional de Arbitraje*, núm. 4, 2006, pp. 21-53.
- KLEINHEISTERKAMP, J.; POULSEN, L., «Investment Protection in TTIP: three feasible proposals», *GEG & BSG Policy Brief*, 2014.
- KRAJEWSKI, M., *Modalities for investment protection and Investor –State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective*, Bruselas (Friedrich Ebert Stiftung). Disponible en <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/bruessel/11044.pdf>> [Consultado el 5/10/2016].

- KRIEBAUM, U., «Regulatory takings: balancing the interests of the investor and the State», *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, núm. 5, 2007, pp. 717-744.
- MOSTAFA, B., «The sole effects doctrine, Policy powers and Indirect Expropriation under International Law», *Australian International Law Journal*, vol. 15, 2008, pp. 267-296.
- ORTINO, F., «Defining indirect expropriation: the TTIP approach and the (elusive) search for ‘greater certainty’», *Legal Studies Research Paper Series (King’s College London Dickson Poon School of Law)*, Paper núm. 2016-17.
- REQUENA CASANOVA, M., «La solución de controversias en los Modelos de APPRI: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2012, núm. 24, pp. 1-35.
- ROJAS YEROVI, F.A., *La figura de la medida tributaria expropiatoria en el marco de los Tratados bilaterales de protección y promoción de inversiones*, Quito (Universidad Andina Simón Bolívar), 2013.
- TIENHAARA, K., «Regulatory chill and the threat of arbitration: a view from political science», en BROWN, C.; MILES, K. (eds.), *Evolution in investment treaty law and arbitration*, Cambridge (Cambridge University Press), 2011, pp. 606-628.
- UNCTAD-CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, *Expropriation: a sequel*, Nueva York-Ginebra (Naciones Unidas), 2012.
- VICENTE BLANCO, D.J., «La protección de las inversiones extranjeras y la codificación internacional del arbitraje», *Anales de Estudios Económicos y Empresariales*, núm. 7, 1992, pp. 353-389.