

# Acuerdos comerciales y de inversión y ODS. Especial referencia a la política comercial común de la Unión Europea<sup>1</sup>

**Jorge Urbaneja Cillán**

Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universidad de Alicante

El régimen jurídico internacional de las inversiones extranjeras está formado, principalmente, por una amplia red de Tratados Bilaterales de Inversión, como normas de naturaleza convencional, cuyo objetivo principal es atraer inversiones extranjeras, ofreciendo condiciones de seguridad a las compañías extranjeras que realizan inversiones en el Estado receptor. Uno de los elementos esenciales de los Tratados Bilaterales de Inversión es el establecimiento de mecanismos de solución de controversias entre los inversores y el Estado receptor de la inversión. En la actualidad, se está llevando a cabo un proceso de reforma de los Tratados Bilaterales de Inversión, con el objetivo de hacer compatible el Derecho Internacional de las Inversiones con otros objetivos de la Comunidad Internacional, como son la protección internacional de los Derechos Humanos y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Entre otros, especial relevancia ha adquirido el caso *Philip Morris Vs. Uruguay*, ya que el Tribunal Arbitral ha adoptado su decisión priorizando los derechos humanos a la vida y a la salud. De esta forma, los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado, progresivamente, pueden llegar a ser un nuevo marco para la rendición de cuentas de las obligaciones empresariales en materia de Derechos Humanos.

---

1 Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de investigación coordinado, concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, “La Unión Europea ante los Estados fracasados de su vecindario: retos y respuestas desde el Derecho Internacional (II)”, con referencia DER2015-63498-C2-2-P y del Proyecto de la Universidad de Alicante, “La formación de la Política de la Unión Europea sobre promoción y protección de inversiones: análisis jurídico desde la perspectiva de los intereses de España”.

## I. Introducción

El Derecho internacional que regula las inversiones extranjeras está formado mayoritariamente por los conocidos como *Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs)*. Estos tratados se configuran como normas de naturaleza convencional, de carácter mayoritariamente bilateral<sup>2</sup>, que tienen como principal objetivo atraer inversiones extranjeras directas. Los TBIs son tratados internacionales celebrados entre Estados, destinados a otorgar “protección a los nacionales de una parte contratante cuando invierten en el territorio de la otra parte contratante”<sup>3</sup>. De este modo, el Derecho Internacional de las inversiones ha experimentado un sobresaliente desarrollo, tanto por el crecimiento en el número de acuerdos de inversión celebrados, como por el incremento de controversias entre inversores y Estados. Así, en la actualidad, el número total de acuerdos de inversión celebrados asciende a 3.318 (siendo 2.933 TBIs y 385 tratados con disposiciones sobre inversión), de los cuales 2.658 se encuentran en vigor<sup>4</sup>. Especialmente significativo resulta el desarrollo de este sector del ordenamiento internacional en los últimos dos decenios, ya que el primer caso de solución de controversias entre inversor y Estado se presentó hace apenas treinta años y, hasta el año 2000, solo se habían iniciado cincuenta procedimientos al amparo de las disposiciones previstas en los acuerdos de inversión<sup>5</sup>. Así, durante 2017, se iniciaron 65 nuevos procedimientos basados en los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado, siendo el total de casos conocidos de 855<sup>6</sup>.

2 Como se expondrá seguidamente, atendiendo al contenido material de estos tratados y a las obligaciones en ellos contenidos, también suelen denominarse como *Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI)*s.

3 HINOJOSA MARTÍNEZ. L.M., “Capítulo XIII: La regulación de los movimientos internacionales de capital y de las inversiones extranjeras” en HINOJOSA MARTÍNEZ. L.M. y ROLDÁN BARBERO, J. (Coords.), *Derecho Internacional Económico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 309. A pesar de su objetivo principal y de su denominación, debe tenerse presente que suelen ser tratados con un ámbito de aplicación material más amplio. Igualmente, en numerosos casos, cada tratado contiene su propia definición de qué debe entenderse por inversión extranjera directa a efectos de la aplicación de los mecanismos en él previstos. A pesar de ello, puede entenderse la inversión extranjera directa como aquellos derechos o activos situados en el territorio de un Estado, que están controlados directamente por inversores de otro Estado. SACERDOTI, G., “Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, vol. 269, pp. 251-260, pp. 265-275.

4 UNCTAD, *Investment Policy Hub - International Investment Agreements (IIAs)*. (Disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>). Los enlaces web referenciados en el presente trabajo han sido consultados por última vez con fecha 28 de febrero de 2019. En el caso del Estado español, se encuentran en vigor un total de 72 APPRI. Puede consultarse la lista de APPRI en vigor firmados por España en <http://www.comercio.es/es-ES/inversiones-exteiores/acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-reciproca-inversiones-appri/170504-APPRI-EN-VIGOR.pdf>.

5 *Costos y beneficios de los Tratados de Inversión. Consideraciones prácticas para los Estados*, Columbia Center on Sustainable Investment, marzo, 2018. (Disponible en <http://ccsi.columbia.edu/files/2018/04/1618-CCSI-IIA-investor-treaty-policy-briefing-ESP-04-mr.pdf>).

6 *World Investment Report 2018: Investment and New Industrial Policies*, Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), 2018, p. 21. (Disponible en [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf)). Igualmente, debe tenerse presente que 113 Estados, en algún momento, han sido objeto de reclamaciones ante los diversos mecanismos de solución de controversias Inversor-Estado.

Los datos expuestos demuestran la notable relevancia adquirida por el régimen jurídico internacional de las inversiones, siendo su exponente más significativo los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado a través de arbitrajes transnacionales (*epígrafe II*). Sin embargo, la celebración de acuerdos de inversión se encuentra, actualmente, en un punto de inflexión, como así lo demuestra que el número de acuerdos internacionales de inversión celebrados durante 2017 fue el más bajo desde 1983. Durante 2017, se celebraron dieciocho acuerdos de inversión, nueve TBIs y nueve tratados con disposiciones relativas a inversión. Asimismo, el número de rescisiones efectivas de tratados de inversión (22) superó, por primera vez, la firma de nuevos acuerdos de inversión (18); siendo Ecuador y La India los Estados más activos en este ámbito<sup>7</sup>.

De esta forma, diversos factores están impulsando una progresiva reformulación del régimen jurídico internacional de las inversiones extranjeras. En primer lugar, se está produciendo una apuesta por *acuerdos megarregionales*, con el impulso de Asia, África y la Unión Europea (UE), no sin ciertas dificultades, en el marco de la Política Comercial Común<sup>8</sup>. En segundo lugar, se está desarrollando una reformulación, sustantiva y procesal de los acuerdos de inversión, con el objetivo de adaptar estos acuerdos a otros sectores del Derecho Internacional, como son la protección de los *Derechos Humanos* y a los *Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)*. Así, desde 2010, más de 150 Estados han adoptado medidas para la celebración de una nueva generación de TBIs orientados al desarrollo sostenible. Desde el punto de vista procesal, se está produciendo una redefinición del arbitraje como medio de solución de controversias Inversor-Estado, planteándose la introducción de órganos de apelación contra las decisiones arbitrales y, sobre todo, la creación de un órgano judicial de carácter permanente (*epígrafe III*). En esta línea, de forma incipiente, han aparecido un número reducido de resoluciones arbitrales que han tomado en cuenta los Derechos Humanos, como *ratio decidendi* de las resoluciones de controversias Inversor-Estado; siendo uno de los casos de mayor relevancia *Philip Morris Vs. Uruguay*. Asimismo, la Unión Europea (UE), en el ámbito de la Política Comercial Común (PCC) está celebrando nuevos acuerdos comerciales en los que está empezando a incorporar los ODS (EPÍGRAFE iv). Por último,

7 *Ibid.* p. 20.

8 Sobre la base del artículo 207.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la Política Comercial Común es una competencia exclusiva de la UE y comprende: “las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales relativos a los intercambios de mercancías y de servicios, y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, las inversiones extranjeras directas, la uniformización de las medidas de liberalización, la política de exportación, así como las medidas de protección comercial, entre ellas las que deban adoptarse en caso de dumping y subvenciones”. No obstante, la Política Comercial Común de la UE también se ve sometida a las tensiones propias del proceso de integración europeo, lo que ha llevado a SEGURA SERRANO a afirmar que esta se desarrolla en una constante dialéctica de “renovación y crisis”. SEGURA SERRANO, A., “Renovación y crisis de la política comercial común de la Unión Europea: el Dictamen 2/15”, *Revista General del Derecho Europeo*, núm. 43, 2017, pp. 100-151.

a estas circunstancias, debe añadirse que, en un período de tiempo vertiginoso, se están produciendo cambios en las relaciones comerciales internacionales. En particular, estos cambios tienen su origen en un “proteccionismo sin precedentes” de Estados Unidos desde la llegada de la *Administración Trump*, que representa un elemento de incertidumbre en las relaciones comerciales internacionales y que, sin duda, influirá en los acuerdos comerciales y de inversión<sup>9</sup>.

## II. El régimen jurídico internacional de promoción y protección de la inversión extranjera directa

### 1. La regulación material de la inversión extranjera directa.

Como se ha expuesto, el Derecho Internacional de las inversiones ha experimentado un sobresaliente desarrollo, teniendo como fundamento la celebración de una amplia red de TBIs, que, hasta la fecha, constituyen el núcleo esencial del régimen jurídico internacional de las inversiones. Estos instrumentos han contribuido decisivamente a la evolución de las relaciones económicas internacionales, ya que consolidan un marco de obligaciones que los Estados se comprometen a observar bajo una condición de reciprocidad<sup>10</sup>.

Así, aunque no es el objetivo de la presente contribución realizar un análisis del régimen de los TBIs, interesa destacar que, desde el punto de vista material, estos Tratados consagran un conjunto de obligaciones y principios, que tienen como objetivo dotar de seguridad a las inversiones extranjeras directas<sup>11</sup>. De este modo, los TBIs establecen un amplio conjunto de obligaciones de diversa naturaleza, referidas a la promoción y a la protección de las inversiones<sup>12</sup>. En relación

9 MANERO SALVADOR, A., *Los tratados de libre comercio de Estados Unidos y de la Unión Europea*, Bosch Editor, 2018, pp. 60 y ss. No obstante, la autora considera que debido al “acervo comercial” de Estados Unidos esta etapa debe ser considerada como una “anomalía histórica”.

10 Debe tenerse presente que el régimen jurídico internacional de la inversión extranjera directa incluye la suma de los diferentes acuerdos regionales, sub-regionales y bilaterales de inversión, así como a las decisiones emanadas de los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado. Por tanto, no existe un esquema organizacional o institucional de manera forma, siendo este uno de los elementos que aporta complejidad a la regulación internacional de la inversión extranjera directa. GUTIÉRREZ HACES, M.T. y QUINTERO SÁNCHEZ, A., “Hacia la construcción de un régimen internacional de protección a la inversión extranjera”, *Norteamérica*, vol. 11. Núm. 2, 2016, pp. 109-137.

11 Es necesario tener presente que, en numerosos casos, cada tratado contiene su propia definición de qué debe entenderse por inversión extranjera directa a efectos de la aplicación de los mecanismos en él previstos. En la mayoría de los casos, los TBIs se remiten al Derecho interno de los Estados contratantes para determinar las condiciones de entrada de la inversión extranjera directa, pudiendo salvaguardar intereses esenciales de su política económica o de desarrollo. HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., “Capítulo XIII: La regulación de los movimientos internacionales de capital y de las inversiones extranjeras”, *loc. cit.*, pp. 309-310.

12 PASCUAL VIVES, F.J., “Las obligaciones de promoción y protección de las inversiones extranjeras en la segunda generación de APPRI españoles”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXI, num. 2, 2009, pp. 411-440.



con la *promoción de las inversiones extranjeras*, los TBIs establecen obligaciones que, siguiendo el criterio de la doctrina mayoritaria, pueden calificarse como *obligaciones de comportamiento*<sup>13</sup>. Esto es, los Tratados de Inversión consagran un mandato de promoción genérico, que obliga a los Estados a toda una serie de actuaciones tendentes a facilitar la promoción de inversiones extranjeras. Sin embargo, la mayoría de los TBIs no concretan con precisión el contenido de estas obligaciones de promoción. Progresivamente, se han consolidado dentro de esta obligación de promoción determinadas cuestiones relativas a la transparencia e información sobre las oportunidades de inversión y los posibles cambios legislativos que afecten a las condiciones en que se desarrolla la inversión. En definitiva, la promoción de las inversiones extranjeras se desarrolla sobre los principios de soberanía estatal y reciprocidad y mediante el ejercicio de la obligación de protección<sup>14</sup>.

---

13 Acudiendo a categorías propias del Derecho Internacional de la responsabilidad, las obligaciones de comportamiento se pueden entender como aquellas en que el Estado obligado se compromete a ejecutar una determinada conducta a favor de otro Estado, pero si garantizar el resultado esperado. Por el contrario, las obligaciones de resultado suponen la garantía en la consecución del resultado esperado. LOZANO CONTRERAS, F., *La noción de debida diligencia en Derecho Internacional Público*, Ed. Atelier, Barcelona 2007, p. 185; DUPUY, P. M., “Reviewing the Difficulties of Codification: on Ago’s Classification of Obligations of Result in Relation to State Responsibility”, *European Journal of International Law*, vol. 10, núm. 2, 1999, pp. 371-385.

14 Esta circunstancia determina la dificultad de exigir responsabilidades por el incumplimiento de las obligaciones de promoción de las inversiones extranjeras. En concreto, la información suministrada destinada a promocionar y facilitar los flujos de inversión no puede constituirse en parámetro suficiente para exigir responsabilidad al Estado huésped de la inversión. PASCUAL VIVES, F.J., “Las obligaciones de promoción y protección de las inversiones extranjeras en la segunda generación de APPRI españoles”, *loc. cit.*, p. 416. Esto es, “el deber de informar que le correspondería al Estado receptor no puede descargar de responsabilidad al inversor extranjero en todo lo que atañe a la toma de decisiones relacionadas con su inversión, por lo que este último debe utilizar la información suministrada por aquel Estado con diligencia”.

La conformación de un conjunto de obligaciones internacionales de protección recíproca de las inversiones extranjeras es el principal objetivo de los Estados al celebrar TBIs, estableciendo un marco de seguridad jurídica para los inversores de los Estados contratantes. El *núcleo duro* del conjunto de las obligaciones jurídicas establecidas por los TBIs está constituido por las obligaciones de conceder un *trato justo y equitativo*, evitar la adopción de medidas discriminatorias y ofrecer plena protección y seguridad a las inversiones, así como por las cláusulas de *trato nacional y de nación más favorecida*. Asimismo, el régimen jurídico de protección de las inversiones extranjeras se completa con otros dos conjuntos de obligaciones: por un lado, la prohibición de expropiaciones injustificadas o discriminatorias y sin indemnización y, siempre con arreglo a los principios de trato nacional y de nación más favorecida; por otro lado, la obligación de garantizar la libre transferencia de las rentas relacionadas con la inversión<sup>15</sup>. Por constituir los elementos esenciales de los TBIs solo se analizarán con detalle las manifestaciones recientes de los estándares de *trato justo y equitativo y las cláusulas de trato nacional y nación más favorecida*.

Estos compromisos jurídicos sobre la protección de las inversiones extranjeras directas han precisado de un desarrollo y concreción posterior, a través de los diferentes TBIs y, sobre todo, a través de una abundante y prolija jurisprudencia arbitral, que viene resolviendo las controversias en materia de protección de inversiones<sup>16</sup>. Por estos motivos, presenta una inevitable complejidad establecer un concepto unívoco y preciso de las diferentes obligaciones, estatales y corporativas, en materia de Derecho Internacional de las inversiones.

*i. El trato justo y equitativo.* La obligación de comportamiento y que aparece con carácter absoluto en los TBIs es el *estándar de trato justo y equitativo*. Este estándar suele ir acompañado de otros compromisos tales como la obligación de cada Estado de otorgar plena protección y seguridad a las inversiones de nacionales del otro Estado y la prohibición de obstaculizar el funcionamiento, disfrute o liquidación de estas con medidas arbitrarias o discriminatorias. En definitiva, este estándar constituye, desde el punto de vista de la protección sustantiva de la inversión extranjera directa, el núcleo central de cualquier TBI. Sin embargo, no existe, una definición universal de qué debe entenderse por *trato justo y equitativo*, siendo la jurisprudencia arbitral muy variada en la determinación del contenido de esta obligación<sup>17</sup>. De esta forma, como señala el Tribunal Arbitral en el Caso

15 DOLZER, R. y SCHREUER, C., *Principles of International Investment Law*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 130 y ss.; PASCUAL VIVES, F.J., “Las obligaciones de promoción y protección de las inversiones extranjeras en la segunda generación de APPRI españoles”, *loc. cit.*, pp. 419 y ss.

16 SALACUSE, J. W., “The Treatification of International Investment Law”, *Law and Business Review of the Americas*, vol. 13, núm. 1, 2007, pp. 155-166.

17 PASTOR PALOMAR, A., “Protección de inversiones con conceptos indeterminados: el *trato justo y equitativo* en los APPRI celebrados por España”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVIII, núm., 1, 2006, pp. 271-287.

*Managment c. México*<sup>18</sup>, el estándar de trato justo y equitativo debe considerarse como una noción flexible y evolutiva. De un análisis de la práctica arbitral más reciente, en especial de los laudos que afectan a intereses españoles, se entiende que el estándar de trato justo y equitativo incluye: garantizar la transparencia<sup>19</sup>, evitar la arbitrariedad<sup>20</sup> y comportamientos que supongan una denegación de justicia<sup>21</sup>, y no frustrar las expectativas legítimas y razonables del inversor<sup>22</sup>.

En particular, recientemente, se han planteado importantes controversias entre esta última manifestación del estándar de trato justo y equitativo y su compatibilidad con “*el derecho a regular de los Estados*”. Especialmente, el Estado español

18 *Waste Management, Inc. C. Estados Unidos de México* (Caso CIADI N° ARB(AF)/00/3, Laudo de 30 de abril de 2004, pár. 99). En esta misma línea, el Tribunal Arbitral en el Caso *Mondev c. USA*, determinó que “a judgment of what is fair and equitable cannot be reached in the abstract; it must depend on the facts of the particular case” (pár. 118). *Mondev International Ltd. c. United States of America* (Caso CIADI N° ARB(AF)/99/2, Laudo de 11 de octubre de 2002).

19 En el Caso *Maffezini c. España*, el Tribunal Arbitral señaló la falta de transparencia en la realización de operaciones financieras por parte de una empresa pública española era incompatible con el principio de trato justo y equitativo. *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, (Caso CIADI N° ARB/97/7, Laudo de 13 de septiembre de 2000, pár. 83). En términos similares, en el Caso *Metaclad c. México*, el Tribunal Arbitral señaló la obligación del Estado huésped de la inversión de asegurar un marco transparente y predecible para la planificación de los negocios e inversiones. *Metalclad Corporation c. Estados Unidos de México*, (Caso CIADI N° ARB(AF)/97/1, Laudo de 30 de agosto de 2000, pár. 99). En esta misma línea, en el Caso *Waste Management c. México*, el Tribunal Arbitral consideró que una falta total de transparencia e imparcialidad en un procedimiento administrativo supondría una violación del estándar de trato justo y equitativo. *Waste Management c. Estados Unidos de México*, (Caso CIADI N° ARB(AF)/00/3, Laudo de 30 de abril de 2004, pár. 98).

20 En el caso *CMS c. Argentina*, el Tribunal Arbitral señaló que cualquier medida del Estado huésped de la inversión que pueda suponer arbitrariedad o discriminación en sí misma, es contraria al trato justo y equitativo. *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, (Caso CIADI N° ARB/01/8, Laudo de 12 de mayo de 2005, pár. 290). De manera similar, en el Caso *Waste Management c. México*, el Tribunal Arbitral indicó que “el nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica”. Caso *Waste Management c. México*, loc. cit. pár. 98.

21 *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende C. República de Chile*, (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8 de mayo de 2008, párs 653-674). En el Caso *Loewen c. Estados Unidos*, el Tribunal Arbitral señaló que la falta de un debido proceso judicial generaría una violación del estándar de trato justo y equitativo. *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. United States of America*, (Caso CIADI N° ARB(AF)/98/3, Laudo de 26 de junio de 2003, pár. 132). Asimismo, en el Caso *Saluka c. República Checa* se señaló que “(...) it transpires from arbitral practice that, according to the “fair and equitable treatment” standard, the host State must never disregard the principles of procedural propriety and due process (...)”. *Saluka Investments Bv (The Netherlands) c. The Czech Republic*, (UNCITRAL, Laudo parcial, 17 de marzo de 2006, pár. 308).

22 En el Caso *Técnicas Medioambientales c. México*, el Tribunal Arbitral señaló que el principio de trato justo y equitativo implica que el Estado huésped de la inversión “se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que este pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no solo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes”. Igualmente, “el inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial”. *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos de México*, (Caso CIADI N° ARB (AF)/00/2, Laudo de 29 de mayo de 2003, pár. 154).

está haciendo frente a un elevado número de demandas por cambios en el régimen jurídico del sector de las energías renovables, que pueden suponer una vulneración del estándar de trato justo y equitativo reconocido en el Tratado sobre la Carta Europea de la Energía (TCE)<sup>23</sup>. La posible violación del estándar de trato de justo y equitativo ha sido el elemento central de discusión en esta serie de arbitrajes planteados contra España<sup>24</sup>. Particularmente, los demandantes alegan que el Estado español ha incumplido las obligaciones que se derivan de este estándar, en primer lugar, por las modificaciones del marco regulatorio de las energías renovables, generando inestabilidad jurídica y, por tanto, suponen vulneración de las expectativas legítimas de los inversores. Asimismo, estos consideran que han sido aplicadas con efecto retroactivo, afectando a derechos adquiridos con anterioridad.

De los pronunciamientos arbitrales emitidos hasta la fecha, de forma sucinta, puede concluirse que el Estado español ha obtenido pronunciamientos favorables cuando se ha enjuiciado la reforma del marco normativo efectuada en el año 2010<sup>25</sup>. Los Tribunales Arbitrales han considerado que estos cambios normativos se encuentran dentro de las facultades regulatorias del Estado español, no afectando a la expectativa legítima de los inversores y, por tanto, no implicando una vulneración del estándar de trato justo y equitativo<sup>26</sup>. Por el contrario, en aquellos procedimientos arbitrales en los que se ha enjuiciado la reforma del marco normativo de 2013<sup>27</sup>, los pronunciamientos han sido distintos, considerando que el Estado español ha

23 *Instrumento de ratificación del Tratado de la Carta de la Energía y del Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados*, hechos en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 (BOE núm. 65, de 17 de marzo de 1998).

24 LÓPEZ ESCUDERO, M., “Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Dir.), *España y la práctica del Derecho Internacional. LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional*, Escuela Diplomática, Madrid, 2014, pp. 223-265, pp. 261-265.

25 *Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial* (BOE núm. 283, de 23 de noviembre de 2010); *Real Decreto 1614/2010, de 7 de diciembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar, termoeléctrica y eólica* (BOE núm. 298, de 8 de diciembre de 2010); *Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico* (BOE núm. 312, de 24 de diciembre de 2010).

26 *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE núm. 062/2012, Laudo de 21 de enero de 2016, párrs. 483 y ss.). PASCUAL VIVES, F. J., “El régimen de promoción de las energías renovables español pasa su primer examen internacional: el caso *Charanne y construction investments c. España* (fondo)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, núm. 2, 2016, pp. 369-377.

En particular, el Tribunal arbitral entiende que “admitir la existencia de semejante expectativa sería, en efecto, equivalente a congelar el marco regulatorio aplicable” (pár. 503). Asimismo, “para ser violatorias de las expectativas legítimas del inversor, las medidas regulatorias no deben haber sido razonablemente previsibles en el momento de la inversión. (...) (E) el presente caso las Demandantes hubieran podido prever fácilmente la posibilidad de ajustes en el marco normativo como los que introdujeron las normas de 2010 (porque la) ley española (...) dejaba claramente abierta la posibilidad de que se modifique el sistema de retribución aplicable a la energía fotovoltaica” (pár. 505). En esta misma línea, *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c. Reino de España*, (caso CCE núm. V2013/153, Laudo de 12 de julio de 2016), párrs. 777 y ss.).

27 *Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico* (BOE núm. 167, de 13 de julio de 2013).



vulnerado el estándar de trato justo y equitativo, al establecer una reforma regulatoria que implica un cambio sustancial en las condiciones en las que se realizaron las inversiones<sup>28</sup>. De esta forma, sin negar la potestad estatal de modificar el régimen jurídico de las energías renovables para adaptarlo a las nuevas circunstancias y necesidades, los Tribunales arbitrales entienden que estos cambios deben hacerse en unas condiciones estables y transparentes para los inversores, que no se han respetado<sup>29</sup>. En definitiva, las decisiones arbitrales entienden que “la confianza legítima es un límite al riesgo regulatorio”<sup>30</sup>. No obstante, es necesario tener presente que, en estos momentos, la ejecución del Laudo en el caso *Novenergia c. España*, ha sido suspendida por los órganos jurisdiccionales del Estado de Suecia, en aplicación de la jurisprudencia del TJUE en el *Asunto Achmea*, según el cual los arbitrajes intracomunitarios se consideran contrarios al Derecho de la Unión. En concreto, el TJUE establece que estos arbitrajes entre Estados de la UE resultan contrarios a la condición de intérprete supremo del Derecho de la UE, atribuida por los Tratados al Tribunal de Justicia<sup>31</sup>.

*ii) Las cláusulas de trato nacional y de nación más favorecida.* Además de la obligación de trato justo y equitativo, los TBIs también incluyen los estándares de trato nacional y de nación más favorecida. A través de la aplicación de estas cláusulas, se otorga a las inversiones y/o a los inversores extranjeros, según se convenga, bien un trato similar al que reciben los nacionales del Estado huésped de la inversión, bien el trato más favorable que este concede a los inversores o inversiones de terceros Estados<sup>32</sup>. Por un lado, mediante la asunción de la *cláusula de trato nacional*, el Estado receptor de la inversión se compromete a suministrar a los inversores de la otra parte contratante, como mínimo, el mismo trato que a los inversores nacionales. Por otro lado, mediante la aplicación de la *cláusula*

28 *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. c. España*, (Caso CIADI, N° ARB/13/36, Laudo de 4 de mayo de 2017); *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energía Termosolar B.V. c. España* (Caso CIADI, N° ARB/13/31, Laudo de 15 de junio de 2018); *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. España*, (Caso CIADI, N° ARB/14/1, Laudo de 16 de mayo de 2018); *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR c. España*, (caso CCE núm. 2015/063, Laudo de 15 de febrero de 2018); *Foresight Luxembourg Solar 1 S. À.R.L., et al. C. España*, (caso CCE núm. 2015/150, Laudo de 14 de noviembre de 2018); *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. España* (Caso CIADI, N° ARB/13/30, Laudo pendiente de publicación).

29 FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 66-676.

30 ALONSO MÁ, M.J., “El régimen de apoyo económico a las energías renovables en España a la luz de Tratado Carta de la Energía: El *Caso Eiser contra España*”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 69, 2017, pp. 8-25. Como destaca la autora, resulta especialmente destacable que este es el criterio contrario al mantenido por la jurisprudencia española.

31 *Sentencia de 6 de marzo de 2018, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-284/16)*, ECLI:EU:C:2018:158, párrs. 58 y ss. *Vid.* IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, I., “Mecanismos de arreglo de diferencias entre inversores y estados (ISDS) y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea: ¿una ecuación (im)posible?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 59, 2018, pp. 219-262.

32 PASCUAL VIVES, F.J., “Las obligaciones de promoción y protección de las inversiones extranjeras en la segunda generación de APPRI españoles”, *loc. cit.* pp. 422-ss.

de la nación más favorecida, los inversores de los Estados partes en los Tratados de Inversión podrán llegar a beneficiarse de los términos más ventajosos que pudieran existir en otros Tratados de Inversión firmados por cualquiera de los dos Estados<sup>33</sup>. La cláusula de nación más favorecida puede tener un efecto “enormemente expansivo”<sup>34</sup>, debido al amplio número de TBIs, por lo que la práctica convencional y arbitral, especialmente en las fechas más recientes, viene otorgando un alcance restringido a esta cláusula<sup>35</sup>.

Asimismo, estas cláusulas se ven limitadas por importantes excepciones materiales, siendo especialmente habituales las que impiden extender los beneficios derivados de la participación del Estado huésped de la inversión en procedimientos de cooperación y/o integración económica y comercial. Igualmente, se suelen excluir de los efectos de estas cláusulas las cuestiones fiscales o tributarias, que, usualmente, quedan reguladas por otras normas convencionales específicas. Por último, estas cláusulas también cuentan con un límite de carácter temporal, ya que los TBIs no contemplan la extensión de sus disposiciones a las inversiones realizadas con anterioridad a la celebración del Tratado<sup>36</sup>.

La extensión de la cláusula de nación más favorecida a los sistemas de solución de controversias ha sido una cuestión especialmente controvertida. En el caso *Maffezini c. España*, el Tribunal Arbitral entendió que la cláusula de nación más favorecida afectaba también a los procedimientos de arreglo de controversias, permitiendo a una empresa argentina que se beneficiara de las disposiciones más favorables del APPRI entre España y Chile. De este modo, se permite al inversor recurrir directamente al arbitraje internacional, sin necesidad del agotamiento de los recursos internos<sup>37</sup>. Con posterioridad, esta extensión de la cláusula de nación más favorecida a los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado ha sido seguida por los Tribunales Arbitrales en el *Caso Siemens c. Argentina*<sup>38</sup> y en el *Caso Gas Natural c. Argentina*<sup>39</sup>. En particular, en este caso el Tribunal Arbitral

33 ILLESCAS, J., “Los Tratados de protección de inversiones y su utilidad para las inversiones españoles en Latinoamérica”, *Actualidad Jurídica Uriá & Menéndez*, num. 5, 2003, pp. 83-93. (Disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1056/documento/07Illescas.pdf?id=2016>).

34 HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., “Capítulo XIII: La regulación de los movimientos internacionales de capital y de las inversiones extranjeras”, *loc. cit.* p. 312.

35 PASCUAL VIVES, F.J., “Las obligaciones de promoción y protección de las inversiones extranjeras en la segunda generación de APPRI españoles”, *loc. cit.* pp. 422 y ss.

36 FREYER, D.H. y HERLIHY; “Most-Favored-Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How “Favored” is “Most-Favored”?”, *ICSID Review*, vol.20, 2005, pp. 63-81.

37 TEITELBAUM, R.; “Who’s Afraid of Maffezini? Recent Developments in the Interpretation of Most Favored Nation Clauses”, *Journal of International Arbitration*, vol.22, núm. 3, pp.225-238.

38 *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, (Caso CIADI N° ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción de 4 de agosto de 2004). En el párrafo 102, el Tribunal Arbitral afirma que “forma parte de la protección otorgada por el Tratado. El mismo forma parte del tratamiento de los inversores y de las inversiones así como de las ventajas concedidas por la cláusula MFN”.

39 *Gas Natural SDG, S.A. c. The Argentine Republic*, (Caso CIADI N° ARB/03/10, Decisión del Tribunal sobre preguntas preliminares de jurisdicción, 17 de junio de 2005).

adoptó un criterio interpretativo con carácter general, al establecer que “(...) la garantía de un arbitraje internacional independiente es un elemento importante –quizás el más importante– del sistema de protección de los inversores. A menos que resulte claro que los Estados Partes en un TBI o las partes en un determinado acuerdo sobre inversiones han acordado un método diferente para dar solución a eventuales controversias, deben entenderse aplicables a la solución de controversias las disposiciones de los TBIs sobre nación más favorecida”<sup>40</sup>.

Con posterioridad, la práctica convencional y arbitral más reciente acoge posturas más restringidas, en cuanto a la extensión de la cláusula de nación más favorecida a los mecanismos de solución de controversias de los TBIs<sup>41</sup>. Así, decisiones arbitrales han constatado que esta cláusula no puede desvirtuar el contenido literal de los propios Tratados y que, por este, motivo el primer parámetro interpretativo debe ser el propio tenor literal del Tratado y la intención de los contratantes<sup>42</sup>. Por ello, solo se puede acudir a la *Doctrina Maffezini*, si las disposiciones del TBI no son lo suficiente precisas o se puede deducir que esta sea la voluntad de las partes; esto es, la cláusula de nación más favorecida debe ser interpretada restrictivamente en su aplicación a los mecanismos de solución de controversias<sup>43</sup>.

**iii) Prohibición de expropiaciones injustificadas o discriminatorias.** Según el régimen previsto en la práctica totalidad de los TBIs, estos prohíben que el Estado huésped de la inversión realice expropiaciones improcedentes, injustificadas o arbitrarias contra las inversiones extranjeras, así como cualquier otra medida de efecto equivalente<sup>44</sup>. En sentido contrario, los TBIs permiten posibles medidas de expropiación o nacionalización por motivos de interés general, siempre que no sean discriminatorias, que respeten los procedimientos legales previstos y se pague una compensación proporcionada al inversor afectado por la

40 *Ibid.* pár. 102.

41 Entre otros, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. The Hashemite Kingdom of Jordan*, (Caso CIADI N° ARB/02/13, Decisión sobre Jurisdicción de 9 de noviembre de 2004, párrs. 114-119); *Plama Consortium Limited c. Republic of Bulgaria*, (Caso CIADI N° ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción de 8 de febrero de 2005, párrs. 218-22); *Renta 4 y otros c. Rusia* (Caso N.º V/024/2007, Laudo sobre objeciones a la competencia de 20, de marzo de 2009, párrs. 105-118.) En todos estos casos, los Tribunales Arbitrales consideran que no puede producirse una extensión de la cláusula de nación más favorecida a los procedimientos de solución de controversias si ello no se desprende de una interpretación literal del TBI o la se puede deducir que esta fue la voluntad de las partes.

42 FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “Atribución de competencia a través de la cláusula de la nación más favorecida: lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral internacional en materia de inversiones extranjeras”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 13, 2007, pp. 1-20.

43 *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 67º período de sesiones (A/70/10)*, 2015, pp. 18-21-*Informe final Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida*, pp. 161-209.

44 Para un análisis completo sobre los arbitrajes de inversión y la prohibición de expropiaciones injustificadas, IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Editorial Bosch, Barcelona, 2010.

medida expropiatoria<sup>45</sup>. Deben realizarse dos precisiones referentes a la prohibición de expropiaciones injustificadas o discriminatorias.

En primer lugar, la práctica convencional y arbitral viene acogiendo un concepto amplio de expropiación, que incluye tanto las expropiaciones directas como las expropiaciones indirectas. Las expropiaciones indirectas se entienden como aquellas actuaciones que, sin llegar a suponer una transferencia directa de la propiedad a favor del Estado, generan *de facto* un resultado similar a la expropiación directa. Esto es, los TBIs extienden el concepto de expropiación a aquellas situaciones en las que el inversionista conserva el título legal de la propiedad, pero ve limitados sus derechos de uso de la propiedad como consecuencia de una interferencia estatal<sup>46</sup>. En el Caso *Técnicas Medioambientales c. México*, el Tribunal Arbitral entendió que la expropiación no solo supone una apropiación de bienes y derechos por parte del Estado huésped de la inversión, sino que también existe cuando se produce un “despojo de su uso o del goce de sus beneficios, o interferencia en tal uso (...), aun cuando no se afecte a la titularidad legal o jurídica de los bienes en cuestión, y siempre que el despojo no sea efímero”<sup>47</sup>. En esta misma controversia, el Tribunal Arbitral llegó a otorgar carácter expropiatorio a la anulación arbitraria de licencias y permisos<sup>48</sup>.

En segundo lugar, desde fechas recientes, se están planteando algunos procedimientos arbitrales en los que los Estados receptores de la inversión pretenden justificar determinadas medidas, en principio expropiatorias, en la necesidad de proteger otros derechos e intereses mercedores de protección por el Estado. Especial relevancia adquieren aquellos casos en que los Estados invocan que las medidas adoptadas son necesarias para la protección de intereses reconocidos por el ordenamiento internacional, como la protección del medioambiente o el cumplimiento de los Derechos Humanos<sup>49</sup>. Precisamente, la compatibilidad del régimen jurídico de las inversiones con otros sectores del Derecho Internacional

45 HINOJOSA MARTÍNEZ. L.M., “Capítulo XIII: La regulación de los movimientos internacionales de capital y de las inversiones extranjeras”, *loc. cit.* p. 312.

46 ISAKOFF, P.D., “Defining the Scope of Indirect Expropriation for International Investments”, *Global Business Law Review*, 2012-2013, núm. 2, pp. 189-209.

47 *Starrett Housing Corp. c. Iran*, párr. 1117. *Vid.* HEISKANEN, V., “The Contribution of the Iran-United States Claims Tribunal to The Development of the Doctrine of Indirect Expropriation”. *International Law Forum*, vol 5, núm. 3, 2003, pp. 181 y ss.

47 *Técnicas Medioambientales c. México*, *loc. cit.* párrs. 114 y ss. En este mismo sentido, entre otros, *Waste Management c. México*, párr. 143; *Metalclad Corporation c. México*, párr. 103.

48 *Técnicas Medioambientales c. México*, *loc. cit.* párrs. 132 y ss. *Vid.* PÁEZ, M., “La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados”, *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 39, núm. 153, 2006, pp. 5-36.

49 Hasta la actualidad, ni la práctica convencional ni arbitral ha establecido una relación coherente entre las normas sobre promoción y protección de inversiones y las normas protectoras de los Derechos Humanos. HIRSCH, M., “Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths”, en DUPUY, P.M. *et al.*, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Ed. Oxford University Press, Nueva York, 2009, pp. 106-107.

representa uno de los mayores retos y elementos de transformación a los que está haciendo frente el Derecho Internacional de las inversiones<sup>50</sup>.

## 2. Los mecanismos de solución de controversias

Junto con la ordenación material del régimen de las inversiones extranjeras que se acaba de exponer, el otro elemento definitorio de los TBI, es el establecimiento de *cláusulas de solución de controversias entre inversores y Estado huésped* de la inversión, principalmente a través de arbitraje internacional. Es decir, esas cláusulas de protección sustantiva no supondrían una garantía jurídica suficiente para los inversores si no fuesen acompañadas de mecanismos de resolución de controversias obligatorios para el Estado huésped, distintos de los tribunales internos de este y accesibles directamente al propio inversor. Se trata de un procedimiento arbitral de naturaleza internacional y mixta, esto es, que otorga legitimación activa al inversor para solicitar un arbitraje de inversiones contra el Estado receptor a resultas de la violación del APPRI, e incluso de un incumplimiento contractual que alcanzara esa misma naturaleza en virtud de una *cláusula de cobertura (umbrella clause)*<sup>51</sup>.

Aunque son diversos los foros internacionales que han impulsado el arbitraje de inversiones, ha adquirido especial relevancia el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*<sup>52</sup>, como organismo especializado del Banco Mundial. El CIADI tiene por objeto ofrecer medios de conciliación y arbitraje para la solución de las controversias que, en materia de inversiones, pudieran surgir entre Estados partes y nacionales de otros Estados partes que hayan consentido la jurisdicción del CIADI, ya sea mediante una cláusula contractual, un compromiso arbitral o convencional o, incluso, a través de su legislación interna<sup>53</sup>. No obstante, debe tenerse presente que, a pesar de la aceptación generalizada del

50 Esta problemática es una de las características del Derecho Internacional actual, que tiene que enfrentarse al sobresaliente crecimiento de régimen sectoriales específicos, que regulan materias tan diversas: comercio internacional, inversiones internacionales, protección del medioambiente, reconocimiento y protección de los derechos humanos o la cooperación científico-técnica, entre otros. Este fenómeno, conocido como *sectorialización del Derecho Internacional*, genera un pluralismo normativo propio del Derecho Internacional actual no exento de riesgos, propios de la coexistencia de regímenes especializados que pretenden tener autonomía entre sí y frente al Derecho Internacional general. JIMÉNEZ PIERNAS, C., *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, 2011, Madrid, pp. 56-58.

51 PASCUAL VIVES, F.J., “El Arbitraje de inversión en los recientes APPRI españoles”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 18, 2008, pp. 1-30; SINCLAIR, A.C., “The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection”, *Arbitration International*, vol. 20, núm. 4, 2004, pp. 411-434.

52 *Instrumento de Ratificación del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965*, (BOE núm. 219, de 13 de septiembre de 1994).

53 VIVES CHILLIDA, J.A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998; SCHREUER, C.H., *The ICSID Convention: A Commentary*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2ª ed, 2010.

arbitraje de inversión, en la práctica convencional esta no es unánime. De este modo, varios Estados, en especial de América Latina, aceptan el arbitraje de inversión *ad hoc* o de carácter institucional, pero no en el ámbito del CIADI<sup>54</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, el sistema de solución de controversias inversor-Estado tiene dos principales consecuencias. En primer lugar, el inversor, ya sea una persona natural o jurídica, puede acudir directamente al mecanismo de solución de controversias previsto en el Tratado de Inversión, con la finalidad de solicitar el cumplimiento de obligaciones internacionales y la reparación de los daños y perjuicios causados por sus actuaciones u omisiones. Ciertamente, la posibilidad de que las personas, físicas o jurídicas, acudan a los tribunales internacionales representa un desarrollo sobresaliente en el desarrollo del Derecho Internacional y que solamente es comparable con el acceso directo a determinados tribunales regionales de protección de Derechos Humanos. En segundo lugar, la inclusión de estas cláusulas arbitrales en los TBIs supone que los Estados aceptan una cesión de sus facultades soberanas a favor de los tribunales arbitrales, ya que aceptan que el tribunal arbitral controle la legalidad de las actuaciones estatales y su adecuación a las obligaciones contenidas en las normas convencionales<sup>55</sup>.

Sin embargo, en la actualidad, los mecanismos de solución de controversias entre inversor y Estado sobre la base de arbitrajes internacionales atraviesan una crisis de legitimidad<sup>56</sup>. Esta situación, en parte, viene determinada porque la opinión pública percibe una desigualdad en el trato concedido a las partes implicadas en los arbitrajes de inversión; especialmente, en aquellos casos con un alto impacto social, como son aquellos que afectan a cuestiones de salud pública, medio ambiente o Derechos Humanos<sup>57</sup>. Entre los casos que han destacado por tener un mayor impacto social pueden mencionarse, entre otros, *TransCanada c. EEUU*<sup>58</sup>, en el que se enjuiciaba el impacto medioambiental del Oleoducto *Keystone XL*; *Vattenfall*

54 PASCUAL VIVES, F., “¿Hay alternativas al arbitraje de inversión?: Redefiniendo la solución de las controversias relativas a inversiones extranjeras”, en FACH GÓMEZ, K. (Ed.), *La política de la Unión Europea en materia de derecho de las inversiones internacionales*, Ed. Bosch, Barcelona, 2017, pp.175-200.

55 REQUENA CASANOVA, M., “La solución de controversias en los modelos de APPRI. Cláusulas tradicionales y nuevas tendencias”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 24, 2012, pp. 1-35.

56 DÍEZ-HOCHLEITNER, J., “El incierto futuro del arbitraje de inversiones (A propósito de las negociaciones del TTIP)”, *La Ley Mercantil*, núm. 19, 2015; FERNANDEZ MASIÁ, E., “Los mecanismos de solución de diferencias inversor-estado en una encrucijada: del arbitraje a la creación de un tribunal multilateral, ¿pasando por un sistema de Tribunales Internacionales de Inversiones?”, en FACH GÓMEZ, K. (Ed.), *La política de la Unión Europea en materia de derecho de las inversiones internacionales*, Ed. Bosch, Barcelona, 2017, pp. 155-174.

57 GALLEGOS-OSUNA, F., “Consideraciones sociales y medioambientales en los nuevos mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado propuestos por la Unión Europea”, en FACH GÓMEZ, K. (Ed.), *La política de la Unión Europea en materia de derecho de las inversiones internacionales*, Ed. Bosch, 2017, pp. 227-254.

58 *TransCanada Corporation and TransCanada PipeLines Limited c. United States of America*, (Caso CIADI Nº ARB/16/21).

*c. Alemania*<sup>59</sup>, referido al establecimiento de normas de protección medioambiental; *Suez Vivendi c. Argentina*<sup>60</sup>, *CMS c. Argentina*<sup>61</sup> y *Sempra c. Argentina*<sup>62</sup>, entre otros, en los que se abordó la conformación del derecho humano al agua; o *Bilcon c. Canadá*<sup>63</sup>, en el que el demandante cuestiona los estudios de impacto medioambiental; o *Philip Morris c. Uruguay*<sup>64</sup>, relacionado con el derecho de los Estados a establecer medidas legislativas en materia de salud pública.

### III. La progresiva incorporación de nuevos parámetros en los acuerdos comerciales y de inversión

Como se ha mencionado anteriormente, hasta la actualidad, los TBI's establecían un marco jurídico que aportara seguridad jurídica con la única finalidad de atraer inversiones extranjeras. Sin embargo, el poder actual de la sociedad civil, la creciente conciencia medioambiental o el desarrollo de abundantes disposiciones e iniciativas internacionales a favor de la promoción de los Derechos Humanos, son algunos de los datos que conducen a requerir que las inversiones internacionales adopten hoy en día un enfoque mucho más plural y dinámico<sup>65</sup>. De este modo, el Derecho Internacional de las inversiones debe alcanzar un equilibrio entre su objetivo originario y otros sectores del ordenamiento internacional, como es la protección de los Derechos Humanos, y con el impulso de un desarrollo sostenible.

#### 1. Los objetivos de desarrollo sostenible

Los *Objetivos de Desarrollo Sostenible* (ODS)<sup>66</sup> han previsto expresamente que para su consecución se precisen alianzas entre los gobiernos, el sector privado y

59 *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. Federal Republic of Germany* (Caso CIADI N° ARB/09/6, Laudo de 11 de marzo de 2011).

60 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. c. Argentine Republic*, (Caso CIADI N° ARB/03/19, Laudo de 9 de abril de 2015).

61 *CMS Gas Transmission Company c. The Republic of Argentina*, (Caso CIADI N° ARB/01/8, Laudo de 12 de mayo de 2005).

62 *Sempra Energy International c. The Argentine Republic*, (Caso CIADI N° ARB/02/16, Laudo de 28 de septiembre de 2007).

63 *Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada*, (Caso PCA 2009-04, Laudo de 10 de enero de 2019).

64 *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay* (Caso CIADI N° ARB/10/7, Laudo de 8 de julio de 2016).

65 FACH GOMEZ, K., "Construyendo un nuevo Derecho Internacional de las inversiones: las propuestas del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 18, 2009, pp. 1-36.

66 Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, 25 de septiembre de 2015 (A/RES/70/1). Esta Resolución contiene 17 Objetivos y 169 metas asociadas a ellos.

la sociedad civil. Expresamente, los ODS contemplan que “es necesario adoptar medidas urgentes para movilizar, reorientar y aprovechar billones de dólares de recursos privados para generar transformaciones a fin de alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible. Se necesitan inversiones a largo plazo, por ejemplo, la inversión extranjera directa, en sectores fundamentales, en particular en los países en desarrollo (...)”<sup>67</sup>. Igualmente, en la *Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo (Agenda de Acción de Addis Abeba)*<sup>68</sup> se pide reorientar el régimen nacional e internacional de inversiones hacia el desarrollo sostenible.

Ciertamente, la aparición y consolidación, en la Comunidad Internacional, del concepto de desarrollo sostenible ha sido uno de los elementos que ha determinado el cuestionamiento del régimen jurídico internacional de las inversiones, incluido el sistema de arbitraje<sup>69</sup>. Aunque resulta difícil precisar con nitidez qué debe entenderse por desarrollo sostenible, resulta indubitado que este es un concepto con una proyección creciente en el ordenamiento jurídico internacional. En este sentido, los ODS están contribuyendo decisivamente a conformar el desarrollo sostenible como un principio “constitucional” y a facilitar que se deriven derechos y obligaciones de este principio. Esto es, los ODS son, por ello, un paso más en el camino que conduce a la afirmación del desarrollo sostenible como principio no solo político sino, también, con efectos jurídicos<sup>70</sup>.

En efecto, uno de los ámbitos en que los ODS están proyectando su influencia es sobre los acuerdos comerciales y de inversión. Es decir, al amparo de esta nueva realidad se ha iniciado un proceso de reformas de los acuerdos de inversión. Aunque los efectos de este proceso de reforma son limitados e imprecisos, este se encuentra avanzado en las diferentes regiones.

Así, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés), aprobó la *Hoja de Ruta para la Reforma de los Acuerdos Internacionales de Inversión*<sup>71</sup>, que está guiando el proceso de reformas de los Tratados de Inversión. De este modo, la creciente inquietud con respecto al funcionamiento del régimen mundial de los TBI, sumada al imperativo actual del desarrollo sostenible, han desencadenado un movimiento hacia la reforma de la regulación internacional de la inversión para adaptarla mejor a los retos de la

67 ODS 17, *Fortalecer los medios de implementación y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible*.

68 Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, *Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo (Agenda de Acción de Addis Abeba)*, 27 de julio de 2015 (A/RES/69/313).

69 GALLEGO-OSUNA, F., “Consideraciones sociales y medioambientales en los nuevos mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado propuestos por la Unión Europea”, *loc. cit.*, p. 228.

70 DÍAZ BARRADO, C.M., “Los objetivos de desarrollo sostenible: un principio de naturaleza incierta y varias dimensiones fragmentadas”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 32, 2016, pp. 9-48.

71 UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, Naciones Unidas, pp. 120 y ss. (Disponible en [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf)).



Sociedad Internacional actual. Sobre la base de las actuaciones de la UNCTAD, el G-20 ha aprobado los *Principios Rectores para la Formulación de Políticas de Inversión a nivel Mundial*<sup>72</sup>. Como es conocido los acuerdos del G-20 carecen de fuerza jurídica vinculante, sin embargo, resulta especialmente destacable que, en este foro<sup>73</sup>, se haya llegado a un consenso sobre la necesidad de reforma del régimen internacional de inversiones<sup>74</sup>.

De este modo, el proceso de reforma de los TBI se está desarrollando sobre un proceso de reforma de los Acuerdos ya existentes<sup>75</sup>, en el que se están abordando los retos siguientes:

- *Salvaguardar el derecho a regular para el logro de los ODS.* Los TBIs pueden limitar la soberanía de las partes contratantes en la formulación de las políticas nacionales. Por consiguiente, la reforma de los TBIs debe velar porque esos límites no restrinjan indebidamente la formulación legítima de las políticas públicas ni el logro de los ODS. Por ejemplo, se plantea como una opción de la reforma, la reconfiguración de la cláusula de trato justo y equitativo, destinada a ampliar el margen de actuación de los Estados para articular políticas públicas a favor del desarrollo sostenible.
- *Promover y facilitar las inversiones.* La mayoría de los TBIs carecen de disposiciones de promoción eficaces y solo promueven la inversión de manera indirecta, a través de la protección que ofrecen. Se considera oportuno incluir instrumentos que faciliten las inversiones relacionadas con los ODS. Las consideraciones de desarrollo sostenible hacen que las políticas de inversión sean más complicadas y multifacéticas, por lo que adquiere especial relevancia las políticas de promoción de inversiones.
- *Garantizar una inversión responsable.* Algunas opciones son añadir cláusulas de mantenimiento del nivel de exigencia y establecer disposiciones sobre las responsabilidades de los inversores, como las cláusulas relativas al

72 Disponible en <https://www.mofa.go.jp/files/000185886.pdf>.

73 El G-20 es un foro de cooperación internacional, centrado esencialmente en aspectos económicos, en el que está integrado un grupo variado de economías desarrolladas, en desarrollo y en transición, que representan más de dos tercios de las salidas de Inversión Extranjera Directa a nivel mundial (incluida la UE).

74 En sintonía, con el proceso de reformas, estos Principios Rectores *Principios Rectores para la Formulación de Políticas de Inversión a nivel Mundial* identifican cuatro bloques fundamentales en el proceso de reformas: establecimiento, protección y trato, promoción y facilitación, y solución de controversias.

75 De acuerdo con la UNCTAD, plantea diez opciones para realizar el proceso de reformas del régimen jurídico internacional de las inversiones: 1) interpretar conjuntamente las disposiciones de los tratados; 2) modificar las disposiciones de los tratados; 3) reemplazar los tratados "anticuados"; 4) consolidar la red de Acuerdos Internacionales de Inversión; 5) gestionar las relaciones entre los tratados coexistentes; 6) hacer referencia a las normas mundiales; 7) actuar multilateralmente; 8) abandonar los viejos tratados no ratificados; 9) rescindir los viejos tratados existentes; y 10) retirarse de los tratados multilaterales. De todas estas opciones, la práctica internacional demuestra que los Estados están procediendo a revisar los Tratados Bilaterales de Inversión, incluyendo renovados componentes en el régimen jurídico de las inversiones.

cumplimiento de la legislación interna y a la responsabilidad social empresarial. Solo el 8% de las medidas adoptadas entre 2010 y 2014 tuvieron por objetivo específico la participación del sector privado en los sectores fundamentales del desarrollo sostenible (infraestructura, salud, educación, mitigación del cambio climático)<sup>76</sup>.

- *Reformar la solución de controversias sobre inversiones*, siendo esta la reforma que, quizás, haya adquirido una mayor relevancia. Esto es, desde el punto de vista del desarrollo sostenible, la elección de los mecanismos de resolución de controversias entre inversor y Estado no es neutral, ya que la protección del desarrollo sostenible varía en función las características de dichos mecanismos, de la transparencia en sus actuaciones, del grado de sostenibilidad de los acuerdos de comercio e inversión, así como de su aplicación práctica<sup>77</sup>.
- Sobre la base de los elementos descritos, se ha iniciado un complejo proceso de reforma de los TBIs. Desde 2012, más de 150 países han adoptado medidas para formular una nueva generación de Tratados Bilaterales orientados al desarrollo sostenible. Sin embargo, el proceso dista de estar consolidado y dependerá de la voluntad de los Estados la conformación definitiva de un sistema de inversiones internacionales orientado al desarrollo sostenible<sup>78</sup>.

## 2. Los derechos humanos

Los TBIs han venido representando uno de los marcos jurídicos de referencia en el que desenvuelven sus inversiones las empresas multinacionales, que se han consolidado como los actores económicos privados de mayor relevancia. Por este motivo, el Derecho Internacional ha tenido que afrontar, con importantes incertidumbres aún no resueltas, el régimen jurídico de las empresas transnacionales y el alcance de sus derechos y obligaciones. En este ámbito, adquiere una notable relevancia el desarrollo de instrumentos normativos internacionales que, con diferente naturaleza y alcance, están destinados a regular las posibles violaciones de Derechos Humanos ocasionadas por la actividad de estas empresas. Esto es, junto con su innegable contribución al desarrollo socio-económico, la actividad

---

76 *Guía para la implementación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos en las políticas de inversión*, London School of Economics and Political Science,- (Laboratory for Advanced Research on the Global Economy. (Disponible en [https://blogs.lse.ac.uk/investment-and-human-rights/files/2016/04/LSE\\_UNGPs\\_Guide\\_es.pdf](https://blogs.lse.ac.uk/investment-and-human-rights/files/2016/04/LSE_UNGPs_Guide_es.pdf)).

77 GALLEGO-OSUNA, F., “Consideraciones sociales y medioambientales en los nuevos mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado propuestos por la Unión Europea”, *loc. cit.*, p. 228.

78 *Conferencia de Alto Nivel de la UNCTAD sobre los AIIs: Avanzando en el Abordaje de los Acuerdos Internacionales de Inversión de la Generación Anterior*, Ginebra, 9-11 de octubre de 2017. (Los documentos de la Conferencia se encuentran disponibles en <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Pages/2017-edition-of-unctad-s-high-level-annual-iiia-conference-phase-2-of-iiia-reform>).

de las empresas transnacionales puede ocasionar (directa o indirectamente) un impacto negativo sobre el disfrute de los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos. Hasta la fecha, los TBIs centrados exclusivamente en captar inversiones extranjeras, no se han preocupado de los posibles impactos negativos de las actuaciones empresariales sobre los Derechos Humanos.

Así, se han sucedido iniciativas, en diversos foros internacionales, que tienen por finalidad confeccionar un marco regulatorio relativo a la actividad de las empresas transnacionales y sus impactos sobre los Derechos Humanos. En la actualidad, el marco de referencia en esta materia, actualmente, está constituido por los *Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos*, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el año 2011<sup>79</sup>. El Principio 9 de los *Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos*, dispone que los Estados deben “mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo, a través de tratados o contratos de inversión”.

Igualmente, en su Informe a la Asamblea General de las Naciones Unidas de octubre de 2017, el *Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los Derechos Humanos y las empresas* destacó que se pueda buscar una reparación efectiva por los abusos contra los Derechos Humanos relacionados con las empresas, en diversos entornos, entre ellos en relación con acuerdos comerciales o de inversión<sup>80</sup>. Así, el citado Grupo de Trabajo ha considerado que las cuestiones de Derechos Humanos se deben incorporar en diferentes fases de los nuevos Acuerdos Comerciales y de Inversión. En primer lugar, en la negociación se deben realizar evaluaciones de impacto de los posibles impactos negativos sobre los Derechos Humanos, prestando especial atención a los grupos vulnerables. En segundo lugar, en la regulación sustantiva de los Acuerdos Comerciales y de Inversión, junto a los derechos reconocidos a los inversores que facilitan la inversión extranjera, deben establecerse obligaciones de cumplimiento de los Derechos Humanos. Por último, el proceso de reformas también debe incluir cambios en el sistema de solución de controversias en materia de inversiones; permitiendo la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y facilitando la participación de los posibles perjudicados en los procedimientos de solución de controversias<sup>81</sup>.

79 *Informe del Representante Especial del Secretario General al Consejo de Derechos Humanos, para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie: *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, 21 de marzo de 2011 (A/HRC/17/31). Resolución 17/4, del Consejo de Derechos Humanos, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, 16 de junio de 2011 (A/HRC/RES/17/4).

80 *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, 18 de julio de 2017. (A/72/162), párr. 75.

81 *Ibid.* párr. 77 y 78.

De este modo, hasta la fecha, ha existido una interacción muy limitada entre el Derecho Internacional de las inversiones y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Especial protagonismo han adquirido numerosos procedimientos arbitrales iniciados contra Argentina por medidas adoptadas en la regulación de las concesiones de agua, que eran consideradas por los inversores como expropiaciones indirectas. En la mayoría de estos procedimientos, el Estado argentino alegaba, entre otras justificaciones, que las medidas fueron adoptadas por obligaciones vinculantes de Derecho Internacional, entre las que se encuentran la necesidad de garantizar el derecho humano al agua potable.<sup>82</sup> Asimismo, en el caso *Philip Morris c. Uruguay*, el Tribunal Arbitral interpretó extensivamente las facultades del Estado huésped de la inversión, permitiendo cambiar el régimen regulatorio del sector del tabaco. De este modo, las medidas adoptadas quedan justificadas por la necesidad del Estado de adoptar medidas regulatorias destinadas garantizar sus obligaciones internacionales y nacionales sobre la protección del derecho a la salud<sup>83</sup>.

#### IV. Los acuerdos comerciales y de inversión de la unión europea

La UE ocupa una posición central en el sistema de comercio internacional. A pesar de la grave crisis económico-financiera que ha afectado al proceso de integración europeo desde el año 2007 y las consecuentes dudas sobre elementos esenciales sobre los que se asienta el proceso de integración, la Unión Europea es la principal economía del mundo y genera más del 20/% del Producto Interior Bruto mundial. Algunos datos evidencian la posición central que ocupa la Unión Europea en el conjunto de los flujos de comercio y de inversiones internacionales. Las exportaciones ascienden a 2. 415. 000 millones € y sus importaciones a

82 Para un análisis detallado sobre los procedimientos resueltos y abiertos contra Argentina por los cambios en el régimen jurídico de las concesiones del agua y las referencias al derecho humanos al agua, entre otros, ECHAIDE, J., “Demandas en el CIADI y el derecho humano al agua: ¿tratado de inversiones Vs. Derechos Humanos”, *Revista de Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 31, pp. 81-114; RODRÍGUEZ BARRIGÓN, J.M., “Public-private partnerships and access to water and sanitation in Latin America”, en DURÁN Y LALAGUNA, P., MORÁN BLANCO, S., DÍAZ BARRADO, C.M. y FERNÁNDEZ LIESA, C.R. (Eds.), *Public-private partnerships and sustainable development goals: proposal for the implementation of the 2030 Agenda*, Ed. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, Madrid, 2019, pp. 149-170; VELÁZQUEZ PÉREZ, R.A., “Las inversiones extranjeras, el desarrollo sostenible y el derecho humanos al agua: un conflicto no resuelto”, *Revista de Derecho, Agua y Sostenibilidad*, núm. 0, 2016, pp. 1-26.

83 Un análisis específico de esta controversia fue abordado, en URBANEJA CILLÁN, J., “La progresiva incorporación de los Derechos Humanos y los Objetivos de Desarrollo Sostenible al Derecho Internacionales de las Inversiones. Especial referencia al caso *Philip Morris c. Uruguay*”, en DÍAZ BARRADO, C.M., RODRÍGUEZ BARRIGÓN, J.M. y PEREIRA COUTINHO, F. (Dirs.), *Las empresas transnacionales en el Derecho Internacional contemporáneo. Derechos Humanos y Objetivos de Desarrollo Sostenible*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 302 y ss.

2.188.000 millones €<sup>84</sup>. También se trata del bloque comercial más grande del mundo, con el 15 % del comercio mundial de bienes y el 22,5 % del comercio mundial de servicios.

Aunque con importantes dificultades<sup>85</sup> y problemas de delimitación competencia<sup>86</sup>, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la UE viene teniendo como objetivo revitalizar la Política Comercial Común. Así, al amparo del art. 207 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la PCC es una competencia exclusiva de la UE, lo que ha permitido impulsar las negociaciones de un amplio número de acuerdos comerciales y de inversión de gran envergadura.

De este modo, la PCC está integrada por un conjunto de normas y políticas de la UE en el ámbito del comercio internacional, impulsando la ordenación de las relaciones comerciales de la UE (y sus Estados miembros) con terceros Estados y Organizaciones Internacionales<sup>87</sup>. En estos términos, representa un elemento esencial la celebración de acuerdos comerciales con los socios comerciales de la UE. Así, abundante jurisprudencia del TJUE, ha mantenido que una norma convencional formará parte de la PCC siempre que cumpla dos requisitos esenciales: de un lado, que tenga como objetivo concreto el comercio internacional; por otro lado, que produzca efectos directos e inmediatos sobre este comercio. Así, la UE ha concluido Acuerdos comerciales con Canadá, Singapur y Japón, y se encuentra negociando acuerdos comerciales con socios comerciales preferentes, como: MERCOSUR, México, Australia, Nueva Zelanda y Estados Unidos, entre otros<sup>88</sup>.

En estos términos el comercio abierto y basado en normas es un instrumento adecuado para el impulso de las tres dimensiones que están presentes en el desarrollo sostenible: crecimiento económico, dimensión social y conservación medioambiental. Como ha manifestado la Comisión Europea, “*si queremos conseguir una Europa sostenible en un mundo sostenible, es importante utilizar nuestras*

84 Informe sobre las Inversiones en el Mundo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2015. (Disponible en [http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2015overview\\_es.pdf](http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2015overview_es.pdf)).

85 SEGURRA SERRANO, A., “Renovación y crisis de la política comercial común de la Unión Europea: el Dictamen 2/15”, *Revista General del Derecho Europeo*, núm. 43, 2017, pp. 100-151.

86 En el Dictamen 2/15, el TJUE consideró que las previsiones contenidas en el Acuerdo Comercial y de Inversión entre la UE y Singapur iban más allá del ámbito material de la PCC. En concreto, el TJUE entiende que la protección de las inversiones extranjeras no directas y el mecanismo de solución de controversias inversor-Estado, contemplado en el Acuerdo, exceden las competencias de la PCC y determinan el carácter mixto del Acuerdo entre la UE y Singapur. *Dictamen del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 2/15*, 16 de mayo de 2017, ECLI:EU:C:2017:376.

87 Con carácter general, los acuerdos comerciales celebrados por la UE pueden agruparse en: *acuerdos de asociación económica*, que tienen como objetivo apoyar el desarrollo de socios comerciales de países de África, Caribe y el Pacífico; *acuerdos de libre comercio*, que tienen como finalidad establecer una apertura recíproca de los mercados con países desarrollados y economías emergentes mediante la concesión de un acceso preferente a los mercados; por último, *los acuerdos de asociación*, que refuerzan acuerdos políticos más amplios.

88 Puede consultarse el listado de acuerdos comerciales concluidos o con negociaciones oficiales abiertas en [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc\\_118238.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf).

*instituciones multilaterales y los acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales para dar forma a normas mundiales*<sup>89</sup>.

En el contexto de la transición hacia la sostenibilidad, la UE ha iniciado un proceso destinado a cooperación activamente con sus socios comerciales y negociar progresivamente nuevas normas que tengan en cuenta la Agenda 2030 de las Naciones Unidas. Todos los nuevos acuerdos comerciales de la UE incluyen un capítulo sobre el desarrollo sostenible que defiende y promueve las normas sociales y medioambientales. En concreto, la Comisión ha propuesto 15 puntos para mejorar la aplicación y la ejecución de los capítulos sobre comercio y desarrollo sostenible en los acuerdos comerciales de la UE. En esencia, estos aspectos se centran en: impulsar la cooperación con la Organización Mundial del Comercio, impulsar la participación de la sociedad civil, garantizar modelos de negocio empresarial responsables y respetuosos con los Derechos Humanos, incluir medidas contra el cambio climático, garantizar los derechos de carácter sociolaboral y mejorar la transparencia, comunicación y rendición de cuentas<sup>90</sup>.

Pueden destacarse como ejemplos significativos de esta nueva generación de acuerdos comerciales concluidos por la UE, los acuerdos comerciales con Canadá y con Japón. El *Acuerdo Económico y Comercial Global*, adoptado entre la Unión Europea y Canadá (CETA)<sup>91</sup>, representa el máximo exponente de los Acuerdos que están siendo impulsados por la Unión Europea en desarrollo de las previsiones contenidas en el art. 207 del TFUE. A pesar de que la celebración de este Acuerdo estuvo rodeada de importante polémica, el mismo incorpora mecanismos destinados a dotar de efectividad el principio de desarrollo sostenible. Como se ha señalado, al analizar el CETA, se trata “de un buen en acuerdo, en un mal momento”<sup>92</sup>.

En concreto, el Capítulo 22 del CETA se dedica al “Comercio y Desarrollo Sostenible”, el Capítulo 23 del CETA regula el “Comercio y el Trabajo” y el Capítulo 24 “Comercio y Medio Ambiente”; incluyendo, por tanto, las tres vertientes mencionadas del desarrollo sostenible. En estos Capítulos las partes se

89 COMISIÓN EUROPEA, *Documento de Reflexión, Hacia una Europa Sostenible en 2030*, COM v(2019) 22 final, Bruselas, 30 de enero de 2019, pp. 41 y ss.

90 Documento oficioso de los servicios de la Comisión, disponible en [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/february/tradoc\\_156618.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/february/tradoc_156618.pdf)

91 *Decisión (UE) 2017/37 del Consejo, de 28 de octubre de 2016, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra* (DOUE núm. 11 de 14 de enero de 2017).

92 RODRÍGUEZ-PIÑERO FERNÁNDEZ, I., “Un mal momento para un buen acuerdo”, *Diario El País*, 14 de diciembre de 2016. (Disponible en [https://elpais.com/elpais/2016/12/07/opinion/1481107468\\_739042.html](https://elpais.com/elpais/2016/12/07/opinion/1481107468_739042.html)). Como señala la autora, “necesitamos es una gobernanza económica global justa que permita repartir mejor las enormes ganancias de la apertura económica”, de tal forma que el objetivo de la política comercial de la UE no solo debe ser la celebración de acuerdos que permitan reducir las barreras comerciales, sino que tales acuerdos también garanticen y promuevan los estándares de protección de la UE regulando mejor el comercio.

comprometen a respetar los estándares de protección sociolaboral de acuerdo con la legislación internacional (de la Organización Internacional del Trabajo) y la legislación de cada parte; además, de manifestar su compromiso con las normas internacionales de protección del medioambiente.

En esta misma línea, el Acuerdo Comercial de la UE y Japón<sup>93</sup>, que ha entrado en vigor el 1 de febrero de 2019, incorpora en su articulado la necesaria articulación entre la liberalización del comercio y el desarrollo sostenible. En concreto, en el art. 16.1, entre los instrumentos internacionales que serán respetados por las partes en sus relaciones comerciales se menciona expresamente Agenda para el desarrollo después de 2015, “Transformar nuestro mundo: Agenda 2030 para el desarrollo sostenible”. Asimismo, en el art. 16.4 las partes se comprometen a trabajar juntas para emprender acciones destinadas a luchar contra el cambio climático y lograr el objetivo último de la Cumbre Naciones Unidas contra el Cambio Climático y la finalidad del Acuerdo de París de 12 de diciembre de 2015. De esta forma, el Acuerdo Comercial entre la UE y Japón es el primer acuerdo comercial que incorpora como obligaciones para las partes el desarrollo de los compromisos asumidos en el Acuerdo de París sobre el Cambio Climático.

De este modo, en el ámbito de la renovada Política Comercial Común, la UE viene impulsando un amplio conjunto de acuerdos comerciales y de inversión que incluyen los ODS, como un instrumento destinado a compatibilizar el impulso de las relaciones comerciales internacionales con el desarrollo sostenible.

## V. Reflexiones finales

Como ha quedado acreditado, el Derecho Internacional de las inversiones ha experimentado un sobresaliente crecimiento en las dos últimas décadas, fundamentalmente a través de la celebración de Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) y de una prolija práctica arbitral, como mecanismo específico de resolución de controversias. Sin embargo, en la actualidad, el Derecho Internacional de las inversiones se encuentra en un punto de inflexión, advirtiéndose cambios que condicionarán su desarrollo durante los próximos años.

Si bien, es cierto que la realidad a la que se enfrenta el régimen jurídico internacional de las inversiones no es diferente a una problemática creciente en el ordenamiento jurídico internacional actual, como es la sectorialización y, el consiguiente, riesgo de fragmentación del Derecho Internacional. En efecto, la proliferación de regímenes internacionales especializados plantea la necesidad de dotar de unidad y coherencia al conjunto del ordenamiento. A esta realidad

---

93 *Decisión (UE) 2018/1907 del Consejo, de 20 de diciembre de 2018, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y Japón relativo a una Asociación Económica* (DOUE núm. 330, de 27 de diciembre de 2018).

debe enfrentarse el Derecho Internacional de las inversiones, que debe articularse con otros sectores del ordenamiento internacional, como son la protección de los Derechos Humanos y el desarrollo sostenible. Entre otros supuestos, el caso *Philip Morris c. Uruguay* evidencian la necesidad de modular las normas sobre protección internacional de las inversiones con las normas sobre protección y reconocimiento de Derechos Humanos.

Así, el proceso de reformas debe desarrollarse por una doble vía. Desde un punto de vista material, se debe intensificar el proceso de reformas de los acuerdos comerciales y de inversión con la finalidad de incluir entre el Derecho aplicable normas de protección de Derechos Humanos y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. La incorporación de normas sobre protección de los Derechos Humanos a los Tratados de Inversión facilitaría la coherencia entre estos dos sectores del ordenamiento internacional. Por otro lado, la inclusión de los Objetivos de Desarrollo Sostenible a estos Tratados permitiría dotar mayor *juridicidad* a tales Objetivos. Desde el punto de vista procesal, se deben aprovechar las propuestas de reforma de los mecanismos de solución de controversias para introducir reformas coherentes con estos objetivos. En particular, las propuestas para la creación de un Tribunal Multilateral de Inversiones deben facilitar la participación de terceros con interés directo en la controversia, aumentar la transparencia y facilitar la inclusión de miembros con un perfil técnico.

En este sentido, la UE como actor global y como potencia comercial de primera magnitud está iniciando un complejo proceso destinada compatibilizar las normas sobre comercio internacional con el desarrollo sostenible. Así, aunque el proceso se encuentra solo en sus primeras fases, a través de la renovada Política Comercial Común, la UE ha concluido y está negociando acuerdos comerciales y de inversión que incorporan el principio de desarrollo sostenible e impulsan la implementación de la Agenda 2030. ■

