

Xavier Fernández Pons

---

# SOLUCIÓN CONTROVERSIAS SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS



# ESQUEMA

---

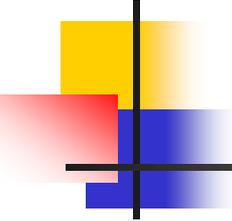
1. Recursos internos en el Estado receptor y protección diplomática
2. El arbitraje internacional inversor-Estado
3. El Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI-ICSID)
4. Referencia a la sentencia del TJUE de 6 de marzo de 2018 en el asunto Achmea



# 1. RECURSOS INTERNOS EN EL ESTADO RECEPTOR Y PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

---

- Vías tradicionales para resolver una disputa entre un inversor extranjero y el Estado receptor (*host State*):
  - El inversor extranjero reclama ante la administración y los tribunales internos del Estado receptor (jurisdicción contencioso-administrativa)
  - Acudir a la figura de la “protección diplomática”: solicitar al Estado de origen que reclame al Estado receptor, en beneficio del inversor
    - El inversor extranjero debe ser nacional del Estado reclamante
    - Requiere el previo agotamiento, por el inversor extranjero, de los recursos internos en el Estado receptor
    - Es un derecho del Estado de origen, que puede ejercer o no potestativamente
    - El Estado de origen tratará de negociar con el Estado receptor (resultado muchas veces incierto - *lump-sum agreements*) o utilizar otros medios para el arreglo pacífico de controversias interestatales



# 1. RECURSOS INTERNOS EN EL ESTADO RECEPTOR Y PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

---

- Alusión a casos “clásicos” de protección diplomática por inversiones extranjeras llevados por el Estado reclamante ante tribunales interestatales
  - Asunto Canevaro, Sentencia de la Corte o Tribunal Permanente de Arbitraje (CPA-TPA) de 3 de mayo de 1912, Italia contra Perú
  - Asunto Nottebohm, Sentencia CIJ-TIJ de 6 abril de 1955, Liechtenstein contra Guatemala
  - Asunto Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Sentencia CIJ-TIJ de 5 de febrero de 1970, Bélgica contra España
  - Asunto Elettronica Sicula – Società per Azioni (ELSI), Sentencia CIJ-TIJ de 20 de julio de 1989, Estados Unidos contra Italia



## 2. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL INVERSOR-ESTADO

---

- Desde la década de 1990, la vía más utilizada pasa por el arbitraje internacional, solicitado por el inversor extranjero frente al Estado receptor
  - Principales ventajas: inicio del caso por decisión del propio inversor extranjero, no se suele requerir el previo agotamiento de los recursos internos, es una jurisdicción “neutral” y concluye con un laudo jurídicamente obligatorio
- Distintas alternativas para el arbitraje internacional inversor-Estado, en función del consentimiento prestado:
  - Arbitraje *ad hoc*
  - Arbitraje según las reglas de la UNCITRAL-CNUDMI
  - Arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI)
  - Arbitraje ante el CIADI-ICSID, que es, con diferencia, la alternativa más habitual en los TBIs y la preferida por los inversores extranjeros



## 3. EL CIADI-ICSID

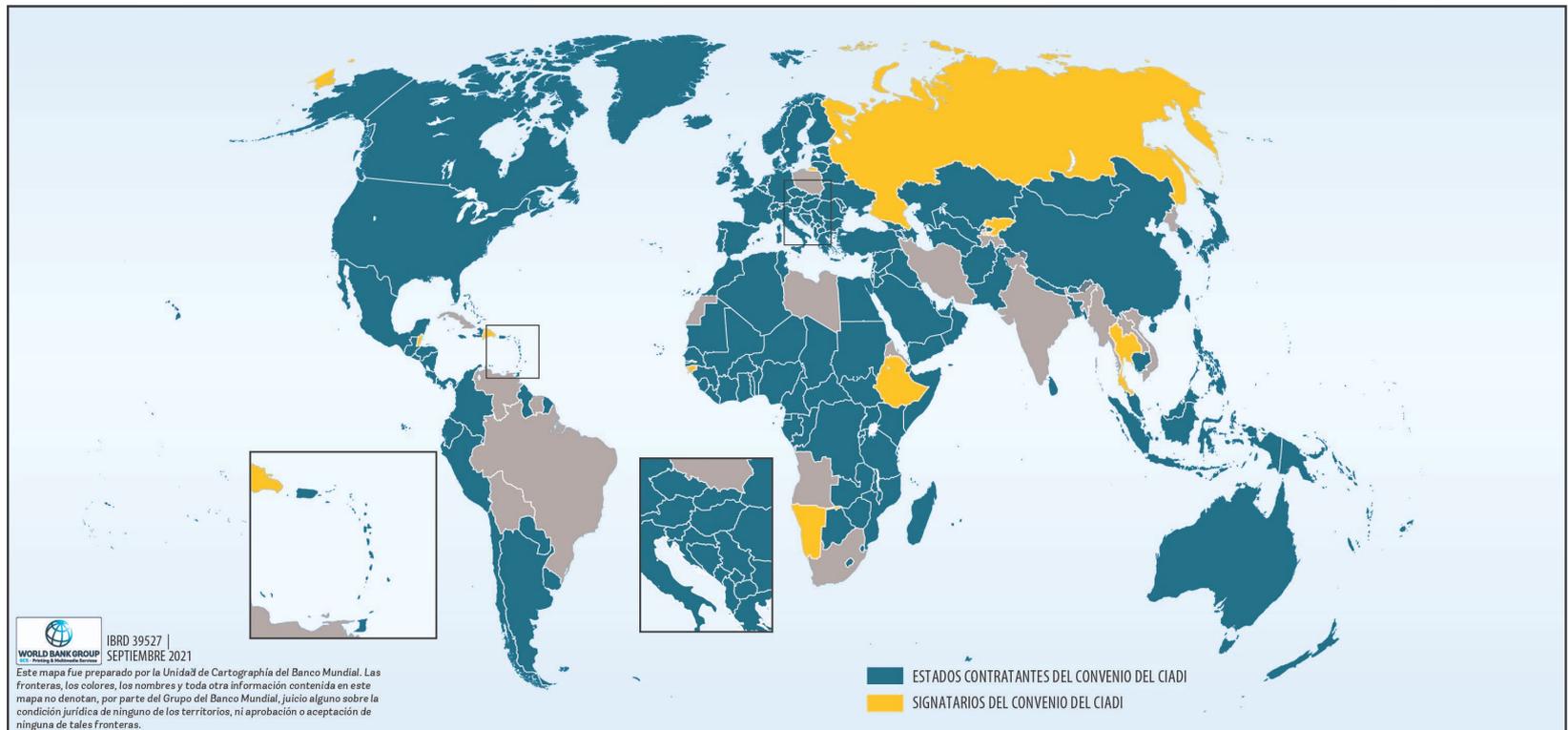
---

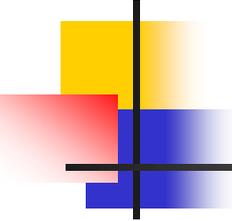
- El CIADI, con sede en Washington, fue creado bajo los auspicios del Banco Mundial, para facilitar la solución de diferencias de los inversores extranjeros con el Estado receptor, mediante conciliación (escaso uso) y arbitraje
  - <https://icsid.worldbank.org/sp/>
- Fue establecido y está regulado por el Convenio de Washington de 18-3-1965 y que entró en vigor el 14-10-1966, cuando fue ratificado por 20 Estados
  - <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/partA.htm>
- Actualmente, el Convenio del CIADI cuenta con 165 Estados firmantes y 158 Estados parte
  - España lo firmó el 21-3-1994 y lo ratificó el 18-8-1994
  - Ser Estado parte del CIADI ha sido tradicionalmente valorado de forma positiva en los rankings del *Doing Business* del Banco Mundial
  - Algunos destacados países no son parte del CIADI

# 3. EL CIADI-ICSID

<https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>

Current ICSID Member States and Signatories to the ICSID Convention





## 3. EL CIADI-ICSID

---

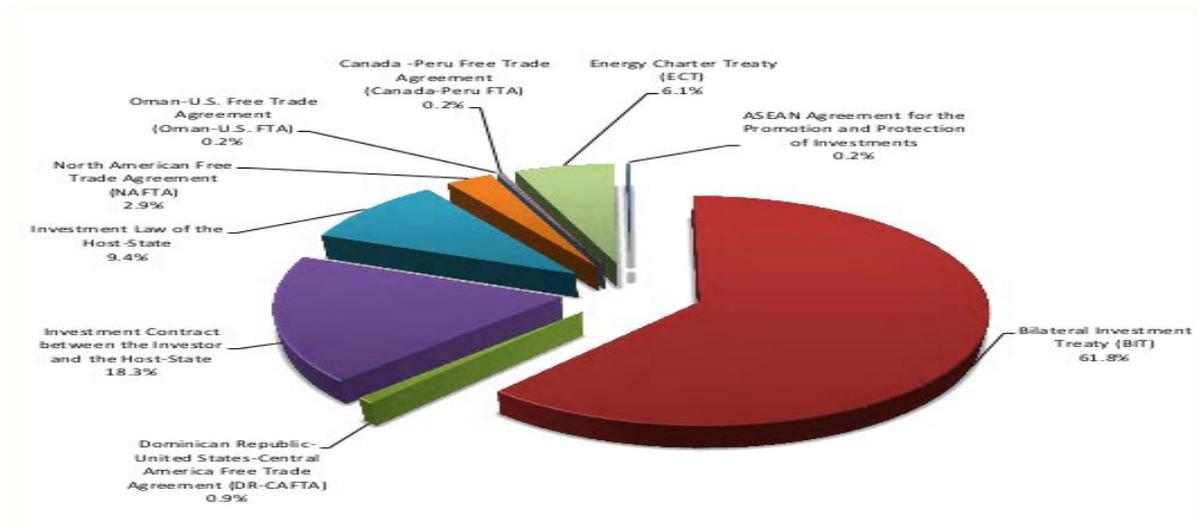
- Un inversor extranjero sólo puede reclamar al Estado receptor ante el CIADI si dicho Estado lo ha consentido:
  - No basta con que el Estado receptor sea miembro del CIADI, es necesario que preste un consentimiento adicional
  - Dicho consentimiento del Estado receptor puede plasmarse, por ejemplo, en:
    - Un TBI celebrado con el Estado de origen del inversor extranjero, que es lo más frecuente
    - Otro tipo de tratado internacional (por ejemplo, un TLC o el Tratado sobre la Carta de la Energía) con previsiones sobre inversiones
    - Un contrato celebrado entre el Estado receptor y el inversor extranjero
    - Una previsión de la propia legislación interna del Estado receptor

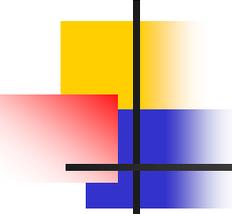
# 3. EL CIADI-ICSID



## 4. Basis of Consent Invoked to Establish ICSID Jurisdiction in Registered ICSID Cases

Chart 5: Basis of Consent Invoked to Establish ICSID Jurisdiction in Cases Registered under the ICSID Convention and Additional Facility Rules:

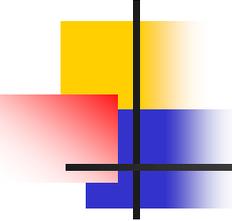




## 3. EL CIADI-ICSID

---

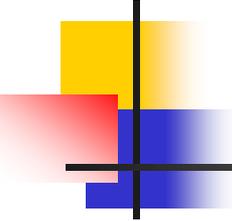
- Se crea un tribunal arbitral distinto para cada caso, generalmente formado por tres árbitros:
  - Un árbitro designado por el inversor extranjero
  - Un árbitro designado por el Estado receptor
  - Un tercer árbitro designado de mutuo acuerdo o por decisión del Director del CIADI-ICSID (que es el Presidente del Banco Mundial)
- Tras un típico procedimiento jurisdiccional, los árbitros del CIADI dictan un “laudo”, de carácter jurídicamente obligatorio
- El laudo se hará ejecutar “como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente” en los Estados parte (art. 54 del Convenio de Washington)
- En ocasiones, se alcanzan soluciones de mutuo acuerdo al inicio o en fases más avanzadas del procedimiento



## 3. EL CIADI-ICSID

---

- Referencia al procedimiento iniciado en el CIADI con respecto a la expropiación en abril de 2012 de la mayoría de acciones de Repsol en YPF, en base al TBI hispano-argentino celebrado en 1991 y todavía en vigor
  - Repsol contaba con el 57 % de las acciones de YPF
  - El Gobierno Argentino expropió el 51 % de las acciones, todas exclusivamente de Repsol, que sólo conservó un 6 % de las acciones. El resto de accionistas, como el Grupo Petersen (de la familia Eskenazi) con un 26 %, no se vieron afectados
  - En 2013 se alcanzó una solución de mutuo acuerdo entre Argentina y Repsol



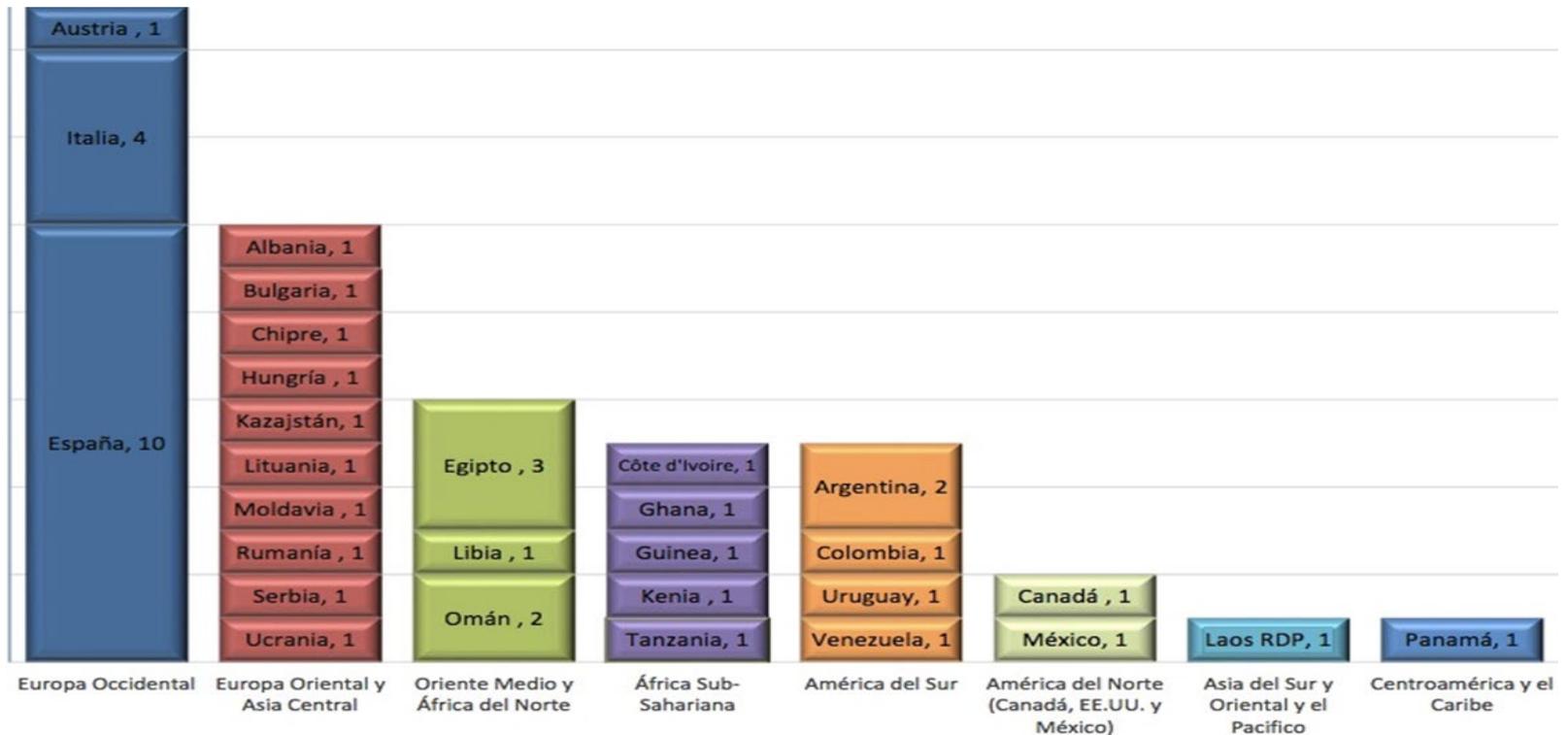
## 3. EL CIADI-ICSID

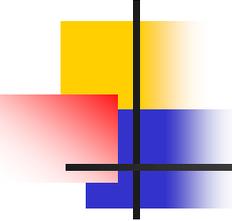
---

- Críticas de algunos países y doctrinales sobre el funcionamiento e interpretaciones del CIADI
  - Waibel, Kaushal, Ortino o Fernández Masiá (lectura complementaria en Campus Virtual o Plataforma Moodle) critican, por ejemplo, la variabilidad de los arbitrajes del CIADI al interpretar nociones como “trato justo y equitativo” o “expropiaciones indirectas”
  - Y que los laudos puedan limitar excesivamente el “policy space” para la implementación de medidas de desarrollo, sociales y ambientales
- España:
  - Cuyas empresas transnacionales se han servido frecuentemente del CIADI para reclamar contra Estados receptores (principalmente latinoamericanos)
  - Se ha convertido, en los últimos años, en uno de los países con más demandas presentadas ante el CIADI y otros tribunales arbitrales, a raíz de los recortes aplicados al sector de las energías renovables (principalmente solar y eólica)

### 3. EL CIADI-ICSID

- Estados demandados ante el CIADI en el año 2016:

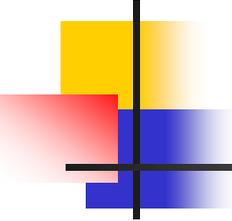




## 3. EL CIADI-ICSID

---

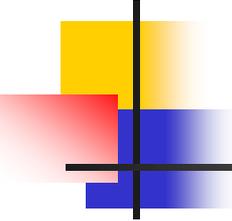
- Diversos inversores extranjeros en el sector de las energías renovables han considerado que estos recortes son contrarios a los compromisos internacionales asumidos por España en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994, *BOE* de 17 de mayo de 1995, y que cuenta actualmente con 48 Estados parte
- Alegan que el Estado español, con los imprevistos recortes a las primas que se venían otorgando al sector, habría violado simultáneamente, por lo menos, dos preceptos del Tratado sobre la Carta de la Energía:
  - El apartado 1 del art. 10, relativo a la “Promoción, protección y trato de las inversiones”, que incluye el “compromiso de conceder en todo momento a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo”
  - El apartado 1 del art. 13, titulado “Expropiación”, que regula la nacionalización, la expropiación y las “medidas de efecto equivalente” a las mismas



## 3. EL CIADI-ICSID

---

- La primera de las demandas de inversores extranjeros en energías renovables contra España ante el CIADI fue presentada por unos inversores luxemburgueses el 22 de noviembre de 2013 (ARB/13/30) y entre las posteriores figuran: la presentada por la empresa Eurus Energy, de inversores japoneses y neerlandeses, el 4 de marzo de 2016 (ARB/16/4); o la presentada por Beheer B. V. y otros, de inversores neerlandeses, el 12 de agosto de 2016 (ARB/16/27)
- Enlace al buscador de casos planteados ante el CIADI:
  - <https://icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases>
- En la página web del CIADI se precisa que, en estos casos contra España:
  - Los demandantes han confiado su representación a diversos bufetes de abogados (como Allen & Overy, Clifford Chance, Freshfields Bruckhaus Deringer, King & Spalding, Gómez-Acebo y Pombo o Cuatrecasas)
  - Y que España se está defendiendo, principalmente, con los servicios jurídicos de la Abogacía General del Estado



## 3. EL CIADI-ICSID

---

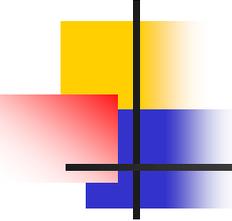
- Muchos de estos casos planteados ante el CIADI y otros tribunales arbitrales siguen pendientes de resolución
  - Se iniciaron más de 40 litigios abiertos tras el recorte a las renovables y unos 8.200 millones de euros en juego
- Ya se han emitido varios laudos contrarios al Estado español:

Carmen Monforte: "España pierde su undécimo arbitraje por el recorte de las renovables", *Cinco Días*, 11 de septiembre de 2019

[https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/09/10/companias/1568133422\\_233643.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/09/10/companias/1568133422_233643.html)

Por ejemplo:

  - En mayo de 2017, el CIADI dictó un laudo condenatorio obligando a España a pagar 128 millones de euros a Eiser, inversor luxemburgués con plantas fotovoltaicas en Castilla-La Mancha y Extremadura
  - Otros laudos condenatorios, en euros: SolEs Badajoz (41 millones); Nextera (290 millones); Antin (101 millones); Masdar (64,5 millones); Novenergia (53,3 millones); 9REN (41,7 millones), Greentech (39 millones); Demeter y Cube (33 millones); etc... En total, las condenas suman, actualmente, unos 800 millones de euros



## 4. REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TJUE EN EL ASUNTO ACHMEA

---

- Sentencia del TJUE de 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, EU:C:2018:158: declara la incompatibilidad con el Derecho de la UE del arbitraje inversor-Estado previsto en TBIs existentes entre Estados miembros de la UE (“intra-UE”)
  - Contexto
  - Hechos y cuestiones prejudiciales planteadas
  - Conclusiones del Abogado General (Melchior Wathelet)
  - Sentencia
  - Implicaciones
- Lectura complementaria sobre el asunto Achmea: Xavier Fernández Pons, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 46, octubre 2018, pp. 316-364.