

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La protección de los inversores y la resolución de controversias entre inversores y Estados en los acuerdos de la UE con terceros países en materia de comercio e inversión»

(2015/C 332/06)

Ponente: Sandy BOYLE

En el pleno del 10 de julio de 2014, de conformidad con el artículo 29, apartado 2, de su Reglamento interno, el Comité Económico y Social Europeo decidió elaborar un dictamen de iniciativa sobre el tema:

La protección de los inversores y la resolución de controversias entre inversores y Estados en los acuerdos de la UE con terceros países en materia de comercio e inversión.

La Sección Especializada de Relaciones Exteriores, encargada de preparar los trabajos en este asunto, aprobó su dictamen el 28 de abril de 2015.

En su 508º pleno de los días 27 y 28 de mayo de 2015 (sesión del 27 de mayo de 2015), el Comité Económico y Social Europeo aprobó por 199 votos a favor, 55 en contra y 30 abstenciones el presente dictamen.

Glosario de abreviaturas utilizadas en el presente dictamen

AECG: Acuerdo Económico y Comercial Global (Canadá)

All: Acuerdo Internacional de Inversión

ALC: Acuerdo de Libre Comercio

ATCI: Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión

CDF: Carta de los Derechos Fundamentales

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

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

EM: Estado miembro de la UE

IED: inversión extranjera directa

INTA: Comisión de Comercio Internacional del Parlamento Europeo

LSE: London School of Economics

OCDE: Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos

OSC: organización de la sociedad civil

PE: Parlamento Europeo

PI: protección de los inversores

PSD de la OMC: procedimiento de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio

RCIE: resolución de controversias entre inversores y Estados

SC: sociedad civil

TBC: Transatlantic Business Council

TBI: Tratado Bilateral de Inversión

TCE: Tratado sobre la Carta de la Energía

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJ: Tribunal de Justicia

TLCAN: Tratado de Libre Comercio de América del Norte

TUE: Tratado de la Unión Europea

UE: Unión Europea

UNCTAD: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

1. Conclusiones y recomendaciones

Conclusiones

1.1. La IED es un componente importante del crecimiento económico; los inversores extranjeros deben gozar de protección global frente a la expropiación directa, no sufrir discriminación y disfrutar de derechos equivalentes a los de los inversores nacionales.

1.2. El derecho de un Estado a legislar en aras del interés público es fundamental y no debe ser menoscabado por ningún AII. Por ello es necesaria una cláusula que, de forma horizontal, proclame este derecho.

1.3. La RCIE no debe situar el estatus del capital transnacional al mismo nivel que el de un Estado soberano ni permitir que los inversores extranjeros cuestionen el derecho de los Estados a legislar y a decidir sobre sus asuntos.

1.4. Con el tiempo ha ido surgiendo un cierto número de abusos en el uso de la RCIE, que es preciso tratar ahora. Entre las deficiencias sistémicas de la RCIE están la opacidad, la falta de unas normas de arbitraje claras, la ausencia de un derecho de recurso, la discriminación contra los inversores nacionales, que no pueden utilizar el sistema, el temor de que se protejan inversiones meramente especulativas, que, entre otras cosas, no crean empleo, y el temor de que el sistema quede bajo el dominio de unos bufetes especializados. El objetivo ahora es proponer un mecanismo de resolución de controversias alternativo que reconcilie las legítimas demandas de los inversores y los temores expresados por la sociedad civil a raíz de esa percepción negativa de la RCIE.

La consulta de la Comisión Europea sobre la RCIE en la ATCI puso al descubierto la división que existe entre la posición del colectivo empresarial en sentido amplio y la gran mayoría de respuestas del resto de la sociedad civil.

1.5. Despiertan gran recelo los poderes conferidos a un grupo de tres juristas privados a la hora de arbitrar y tomar decisiones vinculantes en áreas de interés público fundamental. Aunque la CNUDMI ha adoptado recientemente nuevas normas en materia de transparencia, sigue preocupando que buena parte del sistema actual adolezca de falta de transparencia y carezca de un derecho de recurso.

1.6. Hace tiempo que se abandonó el concepto inicial que dio origen a la RCIE. Se ha convertido en un negocio rentable para un número reducido de bufetes de abogados especializados en inversión que dominan el sector.

1.7. Algunos de estos bufetes presentan ahora la RCIE como un instrumento de limitación de riesgos previo a la realización de inversiones. En algunos casos de especial notoriedad se ha convertido en un instrumento de presión que consigue que el temor al litigio en sí provoque una paralización reglamentaria que disuade al legislador de adoptar políticas de interés público legítimo. Otra queja que suele alegarse es que sirve para atraer inversiones especulativas, fondos de alto riesgo, etc.

1.8. A raíz de una serie de interpretaciones laxas de lo que constituye expropiación, hay una preocupación creciente por el hecho de que sea el contribuyente el que tenga que pagar compensaciones porque las políticas de interés público han limitado los beneficios de las empresas.

1.9. El AECG, firmado a finales de 2014, contiene, junto al capítulo independiente dedicado a la inversión añadido al ALC UE-Singapur, los primeros capítulos sobre inversión negociados por la UE en el marco de un acuerdo desde que la UE asumió competencias en materia de inversión en virtud del Tratado de Lisboa en 2009. Aunque estos capítulos se proponen aportar mejoras al sistema de RCIE actual, así como establecer lo que la Comisión Europea defiende como un modelo avanzado de RCIE para la UE, no son suficientes para disipar un temor generalizado. Los modelos para Singapur y el AECG no son idénticos, y, en opinión de muchos, el sistema de RCIE sigue siendo un proceso poco equitativo y sumamente costoso que restringe la democracia, no admite el derecho de recurso y pone en peligro el derecho de los gobiernos a legislar, ya que reconoce a la inversión extranjera derechos que no están previstos en las constituciones nacionales y que no gozan los inversores del propio país. El CESE observa con preocupación que la base actual para las negociaciones sobre una zona de libre comercio entre la UE y Japón es el texto del AECG sobre la RCIE.

1.10. La inversión de funciones entre asesores y mediadores crea un claro conflicto de intereses al que el AECG no ha encontrado solución. Este hecho reafirma la opinión de que la RCIE no es un método equitativo, independiente e imparcial para la resolución de controversias en el campo de la inversión.

1.11. El CESE acoge favorablemente la consulta pública llevada a cabo sobre la inclusión de un mecanismo RCIE en el ATCI. A diferencia del AECG, la consulta ha servido para mejorar la transparencia de las negociaciones sobre el ATCI y ha sentado un precedente importante; el Comité aboga por que este ejemplo se siga en todas las futuras negociaciones comerciales. La respuesta de la Comisión ha sido determinar cuatro ámbitos específicos en los que se impone una reflexión más detallada, y aunque el CESE no la considera como una lista exhaustiva, ha formulado sus observaciones sobre estos temas en las secciones 7 a 10 del presente dictamen.

1.12. Asimismo, el Comité acoge favorablemente el objetivo de eliminar las «reclamaciones carentes de fundamento» de cualquier mecanismo de protección de los inversores. Es necesario que las partes de cualquier AII estén protegidas por un filtro político de carácter general que, con el acuerdo de las partes, bloquee una reclamación por razones justificadas y no pueda pasar a arbitraje.

1.13. Debe convencerse a los inversores para que consideren la resolución de controversias reconocida en los tratados como un último recurso y para que opten por métodos alternativos, como la conciliación y la mediación. Los seguros privados y la protección contractual son medios apropiados para reducir al mínimo los riesgos de los inversores extranjeros.

1.14. La necesidad de protección de la IED varía según los países. En países que disponen de un sistema jurídico desarrollado, democrático y sin corrupción, los conflictos de inversión deben gestionarse a través de la mediación, el recurso a los tribunales nacionales y la negociación entre Estados. Estos componentes se dan en la UE, los Estados Unidos y Canadá; el alto nivel de flujos de inversión transatlánticos demuestran de forma concluyente que el hecho de que no esté vigente un mecanismo de RCIE no impide la inversión. El CESE concluye, por lo tanto, que la ATCI o el AECG no necesitan tal mecanismo y se opone a su inclusión.

1.15. La RCIE puede poner en peligro tanto la ATCI como el AECG. La Comisión Europea debe evaluar si insistir en este objetivo políticamente delicado y públicamente impopular es una vía de actuación adecuada y sensata.

1.16. Los países en vías de desarrollo están enviando un mensaje claro, y es el de que la RCIE es un mecanismo inaceptable al que se opondrá firmemente un número cada vez mayor de actores importantes de todo el mundo. A no ser que se dé con un sistema alternativo, la PI será más difícil incorporar en los acuerdos que se celebren en el futuro, en particular con países donde sería especialmente necesaria.

1.17. La interacción entre las decisiones en materia de RCIE y el ordenamiento jurídico de la UE es un tema sumamente controvertido, tanto desde el punto de vista de los Tratados de la UE como del Derecho constitucional. Los tribunales de arbitraje privado tienen la capacidad de dictar sentencias que no se atienen al Derecho de la UE o que infringen la CDF. Por este motivo, el CESE considera que es absolutamente esencial que el TJ compruebe, en el marco de un procedimiento oficial que desemboque en un dictamen, que la RCIE se ajusta al Derecho de la UE, antes de que las instituciones competentes tomen una decisión y antes de la entrada en vigor provisional de un AII negociado por la Comisión Europea.

Recomendaciones

1.18. Si se pretende encontrar una solución global para resolver los desacuerdos en el ámbito de la inversión, no puede basarse en una modesta renovación de la RCIE actual, que cuenta con un apoyo público muy escaso.

1.19. El momento presente, en el que los Estados del G7 celebran negociaciones de alto nivel sobre acuerdos globales de comercio e inversión, constituye una oportunidad única para conformar un sistema fiable que aúne los intereses legítimos de los inversores con los derechos de los Estados.

1.20. Si el camino a seguir va a ser una autoridad central, esta no puede estar formada por juristas privados, y debe ser más accesible para las pymes y disponer de derecho de recurso.

1.21. El CESE insta firmemente a la Comisión Europea a evaluar las propuestas de la UNCTAD para la reforma de la RCIE y concluye que el establecimiento de un Tribunal Internacional de Inversión es la mejor solución para garantizar un sistema democrático, justo, transparente y equitativo.

2. Introducción

2.1. Al adoptar su Dictamen REX/390⁽¹⁾ por mayoría abrumadora, el CESE decidió elaborar un dictamen de iniciativa sobre la RCIE. Aunque esta recomendación era específica para la ATCI, posteriormente se acordó ampliar el ámbito de aplicación, abarcando la PI y la RCIE incluidas en los acuerdos de comercio e inversión celebrados con terceros países.

2.2. Si bien este dictamen examina las implicaciones de la RCIE desde una perspectiva general, es inevitable que gran parte del material empleado y de las referencias realizadas guarde relación con la ATCI. A lo largo de las negociaciones de la ATCI, la RCIE ha sido una cuestión crucial para las partes implicadas, tanto de la UE como de los Estados Unidos.

2.3. La Comisión Europea realizó una consulta pública por internet a lo largo de quince semanas (entre marzo y julio de 2014) sobre la RCIE en el marco de la ATCI. El CESE consideró que era más prudente esperar la publicación de los resultados de esta consulta y celebrar una audiencia pública antes de concluir su dictamen. Los resultados se publicaron a mediados de enero de 2015, y a ello siguió la audiencia de 3 de febrero de 2015. Ambos elementos fueron de gran ayuda para la elaboración de este dictamen.

3. Contexto

3.1. El sistema

3.1.1. La RCIE es un instrumento de Derecho internacional público que otorga a los inversores extranjeros el derecho de iniciar procedimientos de resolución de controversias en contra de un gobierno extranjero en el marco de un AII. Los Tratados están diseñados para imponer a las partes determinadas obligaciones básicas en materia de inversión exterior; estas obligaciones garantizarían que los gobiernos respeten principios fundamentales, como, por ejemplo:

- la obligación de no discriminar por motivos de nacionalidad y de garantizar un trato justo y equitativo,
- la prohibición de expropiaciones directas o indirectas sin una compensación puntual, adecuada y protectora, y
- la protección de la posibilidad de transferir capitales.

3.1.2. En el caso de supuesto incumplimiento de estas obligaciones por parte de un Estado, los inversores extranjeros cubiertos por un AII pueden presentar un recurso de arbitraje internacional mediante el mecanismo de RCIE. Los denunciantes deben demostrar que las medidas consideradas les causan un perjuicio grave. Si se confirma la reclamación, el país de acogida debe compensar el perjuicio causado. Al contrario que en el PSD de la OMC, si se falla en contra de un Estado, este no está obligado a modificar su legislación.

3.1.3. La RCIE se basa en gran medida en la idea de que constituye un espacio neutral despolitizado para solucionar conflictos entre inversores extranjeros y Estados de acogida. Permite a las empresas demandar a los Estados ante tribunales internacionales. Este recurso solamente está al alcance de corporaciones extranjeras o de empresas transnacionales que posean una filial transfronteriza. Los ciudadanos, las colectividades y los empresarios y los gobiernos nacionales afectados no pueden acogerse al mismo mecanismo.

3.1.4. Los mediadores no son jueces titulares con una función pública, como en el caso de los sistemas judiciales nacionales. Los tribunales están formados principalmente por tres juristas privados que se reúnen a puerta cerrada y se nombran de modo *ad hoc*. Su decisión es definitiva y no está sujeta a ningún procedimiento formal de recurso.

⁽¹⁾ Dictamen del CESE sobre «Las relaciones comerciales transatlánticas y el punto de vista del CESE sobre el refuerzo de la cooperación y un posible acuerdo de libre comercio UE-EE.UU.» (DO C 424 de 26.11.2014, p. 9).

3.1.5. Si las dos partes del litigio así lo desean, los procedimientos de RCIE pueden llevarse a cabo de forma totalmente confidencial, incluso si el conflicto conlleva cuestiones de interés público. Aunque el TBI tipo de los Estados Unidos facilita una mayor transparencia, muchos acuerdos en vigor todavía incluyen cláusulas de confidencialidad. Las normas de transparencia de la CNUDMI, si se aplican de forma universal, mejorarán sustancialmente esta situación.

3.2. Datos y estadísticas

3.2.1. Un 93 % de los TBI contienen disposiciones en materia de RCIE ⁽²⁾. Tales disposiciones se recogen también en determinados acuerdos comerciales internacionales, como el TCLAN, y en acuerdos internacionales de inversión como el TCE. En 2014, el TCE superó al TCLAN como tratado al que se recurrió con más frecuencia ⁽³⁾.

3.2.2. Los EM han celebrado más de 1 400 TBI desde la década de los cincuenta, lo cual representa aproximadamente la mitad del total ⁽⁴⁾. Todos ellos contienen disposiciones muy similares en materia de PI y RCIE. Se ha señalado que los inversores de la UE son los principales usuarios de la RCIE a nivel mundial (la mitad del total).

3.2.3. Actualmente, la UE está negociando la ATCI con los Estados Unidos y un ALC global con Japón, y recientemente ha celebrado conversaciones con Canadá. Estos acuerdos, más que cualquier otro asunto, han generado un amplio debate público sobre la necesidad de que en los capítulos dedicados a la inversión se incluya un mecanismo de RCIE.

3.2.4. Solo nueve EM de la UE tienen TBI con los Estados Unidos (Bulgaria, Chequia, Croacia, Eslovaquia, Estonia, Letonia, Lituania, Polonia y Rumanía), siete EM lo tienen con Canadá y ninguno con Japón. Todos los TBI son previos a la adhesión a la UE.

3.2.5. El volumen de IED en manos de inversores estadounidenses en estos nueve EM representa el 1 % de la IED total de este país en la UE. En cuanto a la exportación a los Estados Unidos de IED de estos EM, la cifra únicamente representa el 0,1 % del total ⁽⁵⁾.

3.3. Número de casos

3.3.1. Los casos de RCIE han proliferado de forma extraordinaria entre 2002 y 2014 (58 en 2013 y 42 en 2014) ⁽⁶⁾, y el número de arbitrajes fundamentados en tratados alcanzó los 610 a finales de 2014. Sin embargo, puesto que la mayoría de los foros de arbitraje no mantiene un registro público de reclamaciones, se estima que el número total de casos puede ser superior.

3.3.2. De los 356 fallos conocidos, un 25 % se resolvió a favor del inversor y un 37 % a favor del Estado. Los detalles concretos se han mantenido confidenciales en un 28 % de los casos.

3.4. Duración y coste

3.4.1. El coste medio de un procedimiento de arbitraje es de 4 000 000 USD para cada parte, cifra de la que aproximadamente un 82 % corresponde a los honorarios de los letrados ⁽⁷⁾. Algunos de los litigios pueden durar varios años.

3.4.2. La cuantía de los costes ha hecho que se extienda la financiación de litigios por terceras partes. La reducción del riesgo financiero para las empresas ha provocado un incremento del número de casos carentes de fundamento en los que los Estados, sin embargo, tienen que seguir corriendo con todos los costes jurídicos. El CESE se opone firmemente a la inversión especulativa de los fondos de alto riesgo en determinados asuntos de la RCIE a cambio de un porcentaje de la compensación obtenida, tal como se ha señalado ⁽⁸⁾.

⁽²⁾ OCDE, *ISDS a scoping paper for the investment policy community*, 2012.

⁽³⁾ UNCTAD, *Recent Trends in IIAs and ISDS*, n° 1, febrero de 2015, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf

⁽⁴⁾ Comunicación adjunta a la consulta pública sobre RCIE en la ATCI.

⁽⁵⁾ UNCTAD, nota informativa sobre la RCIE en los Estados Unidos y la UE.

⁽⁶⁾ Véase la nota 3 a pie de página.

⁽⁷⁾ E (SN/EP/6777), 10.12.2013.

⁽⁸⁾ Servicio de Estudios del Parlamento Europeo «ISDS and prospects for reform», http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/545736/EPRS_BRI%282015%29545736_EN.pdf

4. Defensa de la RCIE

4.1. A excepción de Irlanda, todos los EM incluyen disposiciones RCIE en sus TBI. También hay 190 TBI intraeuropeos, que representan el 16 % de todos los casos de RCIE conocidos a nivel mundial.

4.2. El mandato de negociación de la Comisión Europea, adoptado en 2012 por los entonces veintisiete EM, incluye el objetivo de instaurar una RCIE. Lo que se pretende es «un mecanismo eficaz y vanguardista de solución de diferencias entre inversores y Estados».

4.3. La posición de la Comisión Europea ⁽⁹⁾ es la de que la RCIE:

— constituye un instrumento de gran utilidad para proteger la inversión y, por lo tanto, para promover y garantizar el crecimiento económico en la UE, y

— es una manera efectiva de hacer cumplir las obligaciones acordadas por nuestros inversores con sus interlocutores comerciales al firmar tratados de inversión.

4.4. Una mesa redonda empresarial organizada por el Grupo de Empresarios del CESE sobre la ATCI concluyó con una declaración conjunta ⁽¹⁰⁾ en la que se indicaba que «un acuerdo internacional como la ATCI debe crear las condiciones adecuadas para atraer un alto nivel de inversión en el mercado transatlántico. Esto supone conceder un acceso amplio y un trato no discriminatorio a los inversores de ambas partes, así como mejorar el marco actual de PI, incluida la RCIE, haciéndolo más accesible a las pymes y logrando un equilibrio adecuado entre los derechos de los inversores y el derecho de los Estados y las autoridades locales a reglamentar este ámbito en bien del interés público». También figuraba entre las conclusiones de la reunión conjunta organizada en junio de 2014 por los sectores de Consumidores y Medio Ambiente y Agricultores sobre el tema de las negociaciones transatlánticas la necesidad de velar por que las disposiciones de la ATCI relativas a la RCIE no restrinjan en modo alguno la capacidad de los Estados miembros de la UE para legislar en interés de su población.

4.5. Los colectivos empresariales de ambas partes del Atlántico apoyan firmemente la creación de un mecanismo de RCIE, pues lo consideran una salvaguardia fundamental para los inversores extranjeros; a su juicio,

— es un factor esencial de la protección de la inversión que aporta un mecanismo de resolución de controversias neutral y basado en hechos, dotado de normas que promueven su cumplimiento y evitan acciones abusivas, y

— ayuda a proteger el derecho de los Estados a legislar y el derecho de los inversores a contar con la protección del Derecho internacional.

4.6. Se ha señalado también que la RCIE es una herramienta de último recurso que únicamente se emplea en casos excepcionales cuando todas las opciones han fracasado, y que aproximadamente un 90 % de los TBI no han servido nunca para que los inversores los invoquen para incoar un litigio. Aunque el volumen total de IED supera los 25 billones USD, desde 1987 solo se han dado unos 500 casos. El arbitraje solo produce compensación económica: los mediadores no tienen la posibilidad de modificar la legislación o las medidas adoptadas por los Estados ⁽¹¹⁾.

4.7. El colectivo empresarial afirma también que un sistema de RCIE operativo y moderno también es de gran utilidad para las pymes, y que un 22 % de los casos incoados en todo el mundo lo fueron por pymes ⁽¹²⁾.

4.8. A pesar de que el colectivo empresarial ha instado a la negociación de un acuerdo de inversión de carácter liberal ⁽¹³⁾, se ha reconocido que es necesario tomar medidas para que la RCIE sea una herramienta efectiva, moderna, predecible y transparente. Se ha abogado por la fijación de definiciones claras para los conceptos más importantes, como «inversor/inversión», «trato justo y equitativo» y «expropiación indirecta» ⁽¹⁴⁾.

⁽⁹⁾ Comisión Europea, *Factsheet on ISDS*, apartado 2, 3 de octubre de 2013.

⁽¹⁰⁾ Mesa redonda empresarial del CESE, «Common Declaration on TTIP», 16 de diciembre de 2014.

⁽¹¹⁾ BusinessEurope, *ISDS — Overview of BusinessEurope position*, febrero de 2015.

⁽¹²⁾ *Idem* y documento sobre la posición de Eurochambres titulado «Views and priorities for the negotiations with the US for a TTIP», 6 de diciembre de 2013.

⁽¹³⁾ Transatlantic Business Council, *Comments of the TBC regarding the proposed TTIP*, 10 de mayo de 2013.

⁽¹⁴⁾ BusinessEurope, *TTIP — An indispensable tool to protect investors*, 2 de mayo de 2014. *ISDS — Overview of BusinessEurope position*, febrero de 2015.

4.9. Habida cuenta de la notoriedad alcanzada por las negociaciones de la ATCI, el AECG y el ALC entre la UE y Japón, se ha dicho que si no fuera posible alcanzar un acuerdo negociado, ello sería sumamente perjudicial para las perspectivas de negociación de una disposición de RCIE en el marco de los TBI que se celebren en el futuro, puesto que cada uno de estos acuerdos repercutirá en los que se negocien posteriormente.

5. Problemas planteados y oposición

5.1. Este apoyo a los mecanismos de RCIE no se reproduce en otros colectivos clave de la SC. Aun así, todos parecen estar de acuerdo en que los inversores tienen que estar protegidos frente a la expropiación directa, no deben ser objeto de discriminación y han de tener acceso a las mismas oportunidades que los inversores nacionales.

5.2. La mayor oposición a ambos lados del Atlántico ha sido la de los sindicatos, las ONG y las organizaciones de consumidores, medio ambiente y salud pública.

5.3. La preocupación principal es que el sistema de RCIE no es adecuado para su finalidad y eleva el capital transnacional a un estatus jurídico equivalente al de un Estado soberano. El Comité observa, no obstante, que cuando dos países desean fomentar sus relaciones económicas a través de un AII han de prometerse recíprocamente que van a garantizar un cierto nivel de tratamiento a los inversores y las inversiones procedentes del otro país.

5.4. Desde unos comienzos más modestos en que la RCIE estaba concebida para ayudar a los IED a conseguir compensación por expropiaciones directas de propiedad privada por parte de gobiernos nacionales de países en desarrollo con sistemas judiciales deficientes, ha crecido hasta convertirse en un mecanismo que:

- modifica radicalmente el equilibrio de poderes entre inversores, Estados y otras partes afectadas, y
- concede precedencia a los derechos de la empresa por encima del derecho de los gobiernos a legislar y del derecho soberano de las naciones a decidir sobre sus asuntos.

5.5. La expropiación se ha diversificado para incluir *medidas equivalentes a la expropiación*, la *expropiación indirecta* y la *expropiación reglamentaria*. Esto ha hecho que se admitan reclamaciones contra cualquier medida estatal que pueda afectar a los beneficios, a los futuros beneficios o a las expectativas razonables de beneficios, incluso si la política o la medida es de carácter general y no aplicable a una inversión específica.

5.6. Se ha calificado de «expropiaciones» a sentencias judiciales nacionales desfavorables como, por ejemplo, la demanda de 500 000 000 USD del gigante farmacéutico Eli Lilly estadounidense contra Canadá, alegando que las sentencias del Tribunal Federal sobre dos medicamentos patentados infringen los derechos de inversor de la empresa. Se trata del primer intento de una empresa farmacéutica titular de patentes de emplear los privilegios extraordinarios derivados de los acuerdos comerciales de los Estados Unidos como herramienta para ampliar la protección monopolística de tales patentes⁽¹⁵⁾.

5.7. Los bufetes especializados asesoran y capitalizan ahora en casos que poco tienen que ver con la expropiación de propiedad privada. Un número reducido de estos bufetes de inversión ha tomado por asalto el auge de los litigios y dominan el mercado.

5.8. ¿Es necesaria la RCIE en la ATCI?

5.8.1. En el caso de la ATCI, resulta poco convincente alegar que los sistemas jurídicos nacionales son motivo de preocupación. Tanto la UE como los Estados Unidos disponen de sistemas jurídicos desarrollados y sólidos. No hay motivos aparentes para que los derechos de los IED no estén adecuadamente protegidos mediante la incorporación de una simple norma de no discriminación y acceso igualitario a los tribunales nacionales. En los casos de Canadá y Japón cabe decir lo mismo. Si la aplicación del Derecho internacional a través de la negociación, la mediación o el recurso a los tribunales nacionales resulta difícil en estas democracias altamente desarrolladas, la cuestión debería resolverse en primer lugar mediante una negociación entre Estados.

⁽¹⁵⁾ <https://www.citizen.org/eli-lilly-investor-state-factsheet>

5.8.2. Un informe de la LSE, en el que se analiza el modelo de TBI estadounidense de 2012, determinó que las áreas concretas en las que el TBI de los Estados Unidos va más allá del Derecho vigente en el Reino Unido son significativas y que, por tal motivo, y habida cuenta del nivel de inversión estadounidense en el Reino Unido, existe un riesgo importante de que el Reino Unido incurra en un alto coste político derivado del abandono o la modificación de preferencias políticas futuras debido a las objeciones de los inversores estadounidenses en el Reino Unido.

5.8.3. No resulta creíble afirmar que la falta de un mecanismo de RCIE constituye un impedimento para la entrada de inversiones. El volumen de esta varía mucho según el país de la UE de que se trate. Algunos de los Estados miembros de la UE en cuyos TBI con los Estados Unidos se incluyen procedimientos de RCIE se cuentan entre los países que reciben menos inversiones estadounidenses:

- los volúmenes actuales de IED entre los Estados Unidos y la UE superan los 2,5 billones USD (1,5 billones EUR) en ambos sentidos. Solo Bélgica cuenta ya con un nivel de IED estadounidense cuatro veces superior al de China.
- Brasil, el mayor receptor latinoamericano de IED, no tiene acuerdos de inversión que contengan RCIE.
- Australia ha demostrado que un país puede prescindir de la protección de la inversión en el acuerdo comercial con un país (los Estados Unidos) e incluirla en el acuerdo con otro país (Corea). No hay motivos por los que la UE no pueda actuar de manera similar.

5.8.4. No es lícito en modo alguno afirmar que la ausencia de un mecanismo de RCIE en la ATCI suponga que en futuros acuerdos bilaterales de comercio e inversión con países no pertenecientes a la OCDE, como China, no pueda incluirse dicho mecanismo. China ya ha construido una tupida red de más de 130 TBI (que incluye a veintiséis EM). El deseo de China de concluir un acuerdo es tan fuerte como el de la UE. Algo que sí es más difícil es decidir si a la UE le conviene permitir que las empresas públicas chinas, que son fundamentalmente un brazo del Gobierno chino, utilicen la RCIE para cuestionar políticas estatales. Esto permitiría que un país extranjero haga uso de lo que se supone que son actividades comerciales para darle parte en algo que debe resolverse mediante negociaciones y diplomacia.

5.8.5. Un documento detallado publicado en marzo de 2015 por el Centro de Estudios Políticos Europeos (CEPS), el Centro de Relaciones Transatlánticas (CTR) y la John Hopkins University llegó a la siguiente conclusión: «[...] incluir en la ATCI un capítulo sobre la protección de las inversiones surtido de una RCIE es algo que probablemente no aportaría beneficios económicos o políticos importantes a la UE. Nuestro propio análisis indica también que incluir tales disposiciones generaría costes económicos y políticos significativos para la UE. Aunque no haya que sobrevalorar la magnitud de tales costes, nuestra evaluación general es que muy probablemente superarían los beneficios potenciales para la UE. Por ello sugerimos que, a menos que la RCIE vaya acompañada de considerables concesiones por parte de los Estados Unidos a fin de compensar los costes que de ella se derivan, sería conveniente que la UE estudiara soluciones alternativas»⁽¹⁶⁾.

5.9. Escenario político actual

5.9.1. Sudáfrica, Bolivia, Ecuador, Venezuela e Indonesia han empezado a cancelar o a eliminar gradualmente los TBI vigentes. Al parecer, la India también está revisando sus tratados; y Australia, a raíz del caso Philip Morris, ha anunciado que no aceptará la introducción de cláusulas de RCIE en futuros acuerdos.

5.9.2. La Conferencia Nacional de Legisladores, que representa a los cincuenta órganos parlamentarios estatales de los Estados Unidos, ha anunciado⁽¹⁷⁾ que no apoyará ningún acuerdo comercial que prevea la resolución de conflictos entre inversores y Estados, puesto que interfiere con su función, como legisladores estatales, de aplicar y ejecutar unas normas justas y no discriminatorias que protejan la salud pública, la seguridad y el bienestar, que garanticen la salud y la seguridad de los trabajadores y protejan el medio ambiente.

⁽¹⁶⁾ «Transatlantic Investment Treaty Protection», documento publicado simultáneamente en las páginas web del CEPS (www.ceps.eu) y del CTR (<http://transatlantic.sais-jhu.edu>).

⁽¹⁷⁾ <http://www.citizen.org/documents/State-Legislators-letter-on-Investor-State-and-TPP.pdf>

5.9.3. La resistencia a la RCIE también está aumentado en Europa, puesto que Alemania, Austria, Grecia y Francia cuestionan los derechos de los inversores en la ATCI.

5.9.4. El PE ha lanzado diversas llamadas de atención a través de miembros de la Comisión INTA que han pedido que se elimine la RCIE de la ATCI.

5.9.5. El Comité de las Regiones advierte que un mecanismo de RCIE entre la UE y los Estados Unidos que eluda los tribunales ordinarios conllevaría un gran riesgo y que, por consiguiente, puede prescindirse de él ⁽¹⁸⁾.

5.9.6. Estas posturas son también las de una multitud de OSC europeas que se oponen a la RCIE en la ATCI. Uno de los argumentos clave es que si un inversor acude en primer lugar al sistema judicial nacional y obtiene una sentencia definitiva, todavía puede reclamar ante un tribunal de inversión. Este tribunal se convierte así en juez definitivo, lo que parece ser anatema para la democracia.

6. Consulta pública de la Comisión Europea sobre la protección de los inversores y la RCIE en la ATCI

6.1. El CESE acoge con satisfacción la decisión de la Comisión Europea de iniciar un proceso de consulta pública sobre RCIE en la ATCI. Excluyendo las respuestas presentadas por duplicado, se recibieron 143 053 respuestas, lo cual demuestra el interés que despierta este tema. El documento de trabajo de los servicios de la Comisión publicado en enero de 2015 ofrece un análisis detallado del contenido y del fondo de la respuesta pública ⁽¹⁹⁾.

6.2. La consulta partió de un texto de referencia basado en el AECG. Por desgracia, este proyecto de acuerdo, al igual que el de Singapur, no se sometieron a consulta pública. Sin embargo, el hecho de que estos acuerdos, cuya negociación había ya finalizado, se utilizaran como base para una consulta pública a pesar de que *la decisión estaba ya tomada*, hizo pensar que la consulta pública formaba parte de una *política de hechos consumados* destinada a dar un sello de aprobación a la nueva generación de acuerdos de inversión propuestos por la UE. Este temor se vio agravado por el hecho de que el documento de consulta se centraba en las modalidades y no preguntaba expresamente si debía incluirse o no el principio de RCIE en la ATCI. Sin embargo, la finalidad de la consulta consistía en recabar la opinión de las partes interesadas sobre la manera de mejorar la RCIE en la ATCI.

6.3. La consulta no aportó gran cosa a la plétora de información ya disponible derivada de los debates públicos en línea sobre RCIE. Sin embargo, fue un ejercicio sumamente útil para unificar las diferentes líneas de la argumentación y ofrecer a la sociedad civil la oportunidad de participar directamente.

6.4. Es una pena que determinados partidarios de la RCIE hagan caso omiso de un 97 % de las respuestas presentadas colectivamente a través de diversas plataformas en línea. Las respuestas colectivas son igualmente legítimas en la consulta pública. El CESE acoge con satisfacción que la Comisión Europea asegure que *«se han tenido en cuenta todas las respuestas en pie de igualdad»*.

6.5. El CESE señala que menos del 1 % de los encuestados afirmaron ser inversores en los Estados Unidos, pero no considera que este hecho deba ser motivo de preocupación. Tratándose de cuestiones como la democracia y el derecho soberano de los Estados para decidir sobre sus asuntos, la participación y la opinión de la SC son ingredientes esenciales y fundamentales.

6.6. La Comisión Europea ha identificado cuatro áreas en las que podrían efectuarse mejoras:

- protección del derecho a legislar,
- establecimiento y funcionamiento de los tribunales de arbitraje,
- relación entre los sistemas judiciales nacionales y la RCIE, y
- revisión de las decisiones de la RCIE mediante un mecanismo de apelación.

⁽¹⁸⁾ CDR — ATCI — ECOS -V- 063 02/15.

⁽¹⁹⁾ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf

Estos ámbitos se han detallado en el documento de reflexión «La inversión en la ATCI y más allá: la senda de la reforma», presentado por la comisaria Malmström al Parlamento Europeo y al Consejo en mayo de 2015.

6.7. El CESE expresa su sorpresa por el hecho de que, en la reunión del Diálogo de la Sociedad Civil del pasado 18 de mayo, se confirmase que el modelo de PI utilizado actualmente en las negociaciones sobre un ALC con Japón es el mismo que el acordado en el marco del AECG. Teniendo en cuenta que la comisaria europea, en su documento de reflexión «La inversión en la ATCI y más allá: la senda de la reforma» presentado al PE el pasado 6 de mayo, señalaba numerosas áreas en las que el texto del AECG podría mejorarse, el Comité expresa su preocupación por que este Acuerdo siga constituyendo una base para las negociaciones con un socio global tan importante como Japón.

7. El derecho a legislar

7.1. El CESE manifiesta su preocupación por el hecho de que, en sus respuestas a la consulta pública, el European Service Forum abogue por que las excepciones y las limitaciones se reduzcan a un mínimo y que la Comisión Europea «utilice el mandato de negociación previsto en el Tratado de Lisboa para mejorar y reforzar la RCIE, y no para debilitarla». Estas peticiones incluyen «cláusulas plenas de nación más favorecida, de trato nacional, de trato justo y equitativo, así como una cláusula amplia de alcance general, la eliminación de excepciones en sectores concretos y de mecanismos de filtrado, y una compensación total por la apropiación directa e indirecta»⁽²⁰⁾.

7.2. La RCIE se utiliza cada vez más para eludir los sistemas judiciales nacionales y para, en vez de ello, demandar a los gobiernos en tribunales privados internacionales, pidiendo indemnización a cargo del contribuyente para compensar políticas de interés público que supuestamente limitan los beneficios. Esta situación se da en particular tratándose de políticas de protección sanitaria y medioambiental.

7.3. Algunos asuntos recientes de particular notoriedad han reforzado la oposición frente a la RCIE:

- Philip Morris/Australia, a propósito de las advertencias de carácter sanitario en los paquetes de cigarrillos, afirmando que erosionan el valor de sus inversiones en marcas registradas y otras formas de propiedad intelectual,
- valiéndose de determinadas disposiciones del TCE, Vattenfall reclama a Alemania más de 3 700 millones EUR como resultado de la decisión de eliminar gradualmente la energía nuclear,
- Lone Pine/Canadá: reclamación de 250 000 000 dólares canadienses por haber suspendido la provincia de Quebec la fracturación hidráulica por cuestiones medioambientales,
- Veolia/Egipto por su decisión de aumentar el salario mínimo debido a que ello mermará los beneficios de la empresa,
- se exigió a Libia el pago de 935 000 000 USD a una empresa de Kuwait en concepto de lucro cesante de oportunidades reales y seguras como consecuencia de la cancelación de un proyecto turístico⁽²¹⁾. El inversor únicamente había invertido 5 000 000 USD en el proyecto y las obras de construcción nunca llegaron a iniciarse,
- Micula denunció a Rumanía por una inversión realizada antes de que este país entrara en la UE y que le permitía acogerse a un incentivo estatal. Al adherirse Rumanía a la UE, suspendió su programa de incentivos para ajustarse a las normas sobre ayudas estatales. El Tribunal concedió una indemnización de 116 000 USD más intereses (total estimado de 250 000 USD) por incumplimiento de las obligaciones previstas en el TBI. En 2014, la Dirección General de Competencia envió una instrucción provisional a Rumanía ordenándole que no realizara el pago, puesto que se consideraría ayuda estatal ilegal. A pesar de ello, los mediadores han autorizado a Micula para que exija compensación ante los tribunales de los Estados Unidos, haciendo uso de una cláusula que remite al Convenio de Nueva York.

⁽²⁰⁾ Respuesta del European Service Forum en la consulta pública sobre RCIE, 20 de junio de 2014.

⁽²¹⁾ <http://www.iisd.org/itn/2014/01/19/awards-and-decisions-14/>

7.4. Los tratados de inversión prohíben las restricciones a la repatriación de fondos o beneficios. Los gobiernos no pueden imponer controles a la circulación de capitales para frenar ataques a su moneda o limitar la salida de capital durante una crisis (aunque el FMI considera que estos controles son una medida imprescindible). El Estado más afectado por casos de RCIE es Argentina, que ha tenido que pagar más de 500 000 000 USD tras su decisión de desvincular en 2002 el peso del dólar estadounidense.

7.5. El capítulo 11 del AECG (comercio transfronterizo de servicios) reconoce la posibilidad de establecer excepciones aplicables a los servicios públicos; sin embargo, el capítulo 10 (protección de la inversión) no recoge tal posibilidad. En principio, aunque no cabe duda de que debe protegerse a los inversores frente a actos arbitrarios de las autoridades estatales, la definición de *expropiación*, y especialmente de *expropiación indirecta*, suscita interrogantes con respecto a la capacidad de los Estados de, por motivos legítimos de interés público, devolver al ámbito público determinadas actividades que hasta el momento desarrollaban entidades comerciales. Según lo previsto en el capítulo 10, la expropiación incluye toda legislación que tenga por efecto la reducción del valor de las empresas privadas. La compensación debe reflejar la «*pérdida real*». Esto puede hacer que los Estados sean económicamente incapaces de devolver al ámbito público la prestación de servicios.

7.6. El AECG reconoce que la definición de expropiación indirecta es demasiado general, por lo que el anexo X.11, apartado 3, pretende clarificar esta cuestión y presentar objetivos de política pública que no constituirían expropiación indirecta, como la sanidad, la seguridad o el medio ambiente. Ahora bien, existe el peligro de que pueda interpretarse que esta es una disposición prescriptiva, con lo que otros objetivos políticos más generales, como podrían ser la política económica o presupuestaria o la renacionalización de servicios clave, podrían quedar expuestos a reclamaciones por expropiación indirecta en el contexto de la RCIE. Resulta fundamental aclarar esta cuestión.

7.7. Al anunciar su intención de evitar que los inversores abusen de la RCIE, la Comisión Europea afirma que piensa incluir en la ATCI disposiciones que impidan reclamaciones carentes de fundamento⁽²²⁾. El proyecto del AECG también prevé un procedimiento acelerado para rechazar reclamaciones frívolas y carentes de fundamento. Sin embargo, será sumamente complicado fijar una definición para el término «carente de fundamento» dentro de una terminología estrictamente jurídica, y desataría una intensa actividad entre los juristas especializados en inversión.

7.8. El proyecto del AECG también prevé una definición estricta de «trato justo y equitativo». Los adversarios de la RCIE la han considerado como demasiado general y la comunidad empresarial como no suficientemente flexible. Sigue brindando al tribunal una gran libertad de interpretación y carece de un mecanismo de revisión flexible.

7.9. La simple amenaza de una reclamación en el marco de la RCIE puede generar una paralización reglamentaria, disuadiendo a los gobiernos de promulgar una determinada reglamentación en bien del interés público por miedo a los litigios y a las sanciones derivadas. Por ejemplo, el Gobierno de Nueva Zelanda ha suspendido su ley sobre paquetes de tabaco genéricos a la espera del fallo de la decisión sobre el asunto Philip Morris/Australia.

7.10. Un documento informativo remitido por el bufete de abogados Freshfields Bruckhaus Deringer a sus clientes multinacionales indicaba que, en la actualidad, las empresas están menos atentas a la utilidad que los tratados de inversión pudieran tener como protección en caso de dificultad, que como instrumento anticipado de disminución de riesgos al planificar la inversión.

7.11. Si bien la Comisión Europea se ha comprometido a garantizar que en futuros acuerdos de comercio o inversión de la UE no se podrá obligar a un Estado a revocar una medida, no deja de ser cierto el impacto que puede tener la amenaza de una sanción colosal de miles de millones de dólares una vez se presenta una demanda.

7.12. El proyecto del AECG también prevé que los costes de mediación deben correr a cargo de la parte litigante perdedora. Esto significa que quienes presenten reclamaciones carentes de fundamento deberán correr con todos los gastos. Ahora bien, dada la magnitud de muchas de las reclamaciones más recientes, es poco probable que ello disuada a empresas multinacionales y bufetes de abogados especializados, a los que no falta liquidez, a la vista de las ganancias potenciales. Por otra parte, el coste medio de 4 000 000 USD para cada parte constituye un factor disuasorio para las pymes a la hora de presentar reclamaciones en virtud de disposiciones de RCIE.

⁽²²⁾ Comisión Europea, *Factsheet on ISDS*, apartado 8, 3 de octubre de 2013.

8. Establecimiento y funcionamiento de los tribunales de arbitraje

8.1. El sistema actualmente vigente se expone en el apartado 3. Se trata de una cuestión que ha despertado gran preocupación en la consulta.

Existe un acuerdo general sobre el hecho de que la RCIE no puede mantener su formato actual.

8.2. Mediadores de inversión

8.2.1. Los mediadores de cada causa son elegidos por las partes: cada una designa al suyo y deben ponerse de acuerdo sobre un tercero. Si no lo hacen, normalmente es un órgano de designación el que lo nombra, al contrario de lo que sucede con los jueces nacionales, que son asignados sin la participación de las partes. Normalmente proceden del CIADI y de la CNUDMI, y son miembros destacados de la jurisprudencia, incluidos juristas reconocidos, catedráticos y jueces retirados. Al contrario que en la práctica de la OMC, no suele suceder que se escoja como mediador, en causas que implican a otros Estados, a expertos en RCIE o a negociadores de tratados de inversión que proceden de los gobiernos.

8.2.2. Como señaló el Corporate Europe Observatory (CEO) ⁽²³⁾, muchos mediadores han actuado ya como asesores en otros casos: un 50 % tratándose de los inversores y 10 % de los Estados. Suele considerarse que este intercambio de funciones en el marco de un pequeño número de actores (quince letrados han actuado como mediadores en un 55 % de los casos) ⁽²⁴⁾ origina una solidaridad corporativa mutua que puede dar lugar a «compromisos viciados» ⁽²⁵⁾. El aumento de las impugnaciones del mediador propuesto por parte del oponente demuestra las dudas que plantea la imparcialidad de los candidatos ⁽²⁶⁾.

8.3. Está claro que, si bien es verdad que las disposiciones del AECG sobre la selección y la actuación de los mediadores y sobre el curso de los procedimientos aportan mejoras en determinadas áreas, siguen sin contar con un apoyo amplio de la SC. Existen serias objeciones en torno al establecimiento y funcionamiento de los tribunales de arbitraje:

- los proyectos estatales de reglamentar actividades en bien del interés público aún podrían ser objeto de una solicitud de compensación, que sería evaluada por un panel de tres juristas privados,
- las garantías en materia de conflictos de interés son débiles y hacen poco por atenuar el temor de que, en un sistema de RCIE, queden eliminadas. El artículo X.25 del AECG dispone que los mediadores deben seguir las Directrices de la International Bar Association sobre los Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional. Sin embargo, esto no soluciona el problema fundamental: el de la existencia de personas concretas que actúan como asesores y mediadores para la misma parte en diferentes causas, que es la cuestión clave del conflicto de interés,
- el proyecto del AECG establece que las normas de transparencia de la CNUDMI serán de aplicación para la difusión pública de información, y que las audiencias deberán ser públicas. Este fomento de la transparencia, inicialmente esperanzador, se ve gravemente contrapesado por el hecho de que el Tribunal dispone de amplias posibilidades de celebrar sesiones a puerta cerrada y de retener la difusión de documentos.

⁽²³⁾ El CEO es un grupo de participación activa sin ánimo de lucro que realiza estudios y publica informes sobre las actividades de los grupos de presión de las empresas a escala de la UE (<http://corporateeurope.org/>).

⁽²⁴⁾ EPRS, *ISDS State of Play and Prospects for Reform*, 21 de enero de 2014.

⁽²⁵⁾ OCDE, *Working Paper on International Investment* n.º 2012/3, pp. 44-45.

⁽²⁶⁾ UNCTAD, *Reform of ISDS — In search of a roadmap — Issues note* n.º 2, junio de 2013, p. 4.

9. Relación entre los sistemas judiciales nacionales y la RCIE

9.1. Las IED disfrutan en la actualidad de un derecho casi único por el que un individuo puede llevar a un Estado a arbitraje en virtud del Derecho internacional. La legislación de derechos humanos reconoce una serie de derechos específicos, pero se dispone también que, con el fin de evitar, entre otras cosas, que se eludan los sistemas judiciales nacionales, los individuos deben agotar las vías de recurso a nivel local antes de poder presentar una reclamación ante un tribunal internacional. El AECG no requiere que se agoten las vías de recurso locales; únicamente se exige que los inversores realicen una consulta.

9.2. Los EM han señalado los temores, desde el punto de vista del Derecho constitucional y de los tratados, que despierta la RCIE, tal y como viene recogida en el AECG y se prevé para la ATCI⁽²⁷⁾. Las mejoras propuestas hasta la fecha para la RCIE en los TBI no han disipado tales temores⁽²⁸⁾. En el ámbito de la política comercial (artículos 205 y 207 del TFUE), la UE está obligada por los principios fijados en el artículo 3 del TUE, en la CDF y en otras normas vigentes en la UE.

Sin embargo, en el caso de un acuerdo comercial, en el que las disputas en materia de inversión quedan dirimidas mediante procedimientos internacionales de arbitraje que no están limitados por tales obligaciones, es posible que se tomen decisiones no acordes con el Derecho de la UE (véase el punto 7.3, Micula/Rumanía).

9.3. Esta delegación de competencias a favor de tribunales de arbitraje privado no obligados por los principios de la UE puede no estar cubierta por el Tratado de Lisboa y dar lugar a una actuación *ultra vires*. El TJ ha hecho que el establecimiento de esta jurisdicción internacional esté condicionado a la ausencia de vulneración del principio de autonomía del sistema jurídico de la UE y a la asignación de competencias con arreglo a lo dispuesto en los Tratados⁽²⁹⁾.

9.4. Puesto que la RCIE recogida en la ATCI se enmarcará en un acuerdo de carácter mixto, es necesario un referendo de los 28 parlamentos de los EM antes de su entrada en vigor (provisional). Para lo relativo a la exclusión de los tribunales nacionales ha de tenerse en cuenta en principio de subsidiariedad.

9.5. Debe reconocerse que existen tensiones entre el Derecho de la UE y el Derecho internacional, especialmente en lo relativo al monopolio jurisdiccional del TJ (artículo 19 del TUE y artículo 263 y siguientes del TFUE). La resolución del TJ sobre la adhesión de la UE al CEDH⁽³⁰⁾ y el enfoque de la Comisión Europea defendiendo la supremacía del Derecho de la UE en el asunto Micula/Rumanía son pruebas en este sentido. El artículo 14.16 del proyecto del AECG niega un efecto directo de este acuerdo y requiere que sus disposiciones se incorporen en la legislación de la UE o de los EM para que los inversores puedan invocarlas. Esto complica aún más las relaciones entre el ordenamiento jurídico de la UE y las resoluciones en materia de RCIE dictaminadas por tribunales de arbitraje.

9.6. En lo relativo a la instauración de la primera disposición de RCIE en tratados de libre comercio de la UE con un impacto mundial para los EM y para muchos ciudadanos de la UE, el CESE considera que es absolutamente necesario que el TJ compruebe primero su conformidad con el Derecho de la UE. Este aspecto es especialmente importante en lo relativo a los valores fundamentales de la UE y a la CDF, pero también al monopolio del TJ en materia de interpretación jurídica y subsidiariedad. Es primordial, por lo tanto, que se emita un dictamen jurídico y se proceda con arreglo al mismo antes de que entren en vigor los acuerdos, incluso de forma provisional (artículo 218 del TFUE). Hay que recordar también que si el AECG entra en vigor, contiene una cláusula de supervivencia que hace que, en caso de derogación, sus disposiciones sigan siendo válidas durante veinte años para inversiones realizadas antes de tal derogación.

⁽²⁷⁾ Dictamen jurídico: Andreas Fischer-Lescano, «Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA)» (Disposiciones del Derecho europeo y constitucional para el Acuerdo Económico y Comercial Global (AEG) entre la UE y Canadá), Bremen, octubre de 2014; Markus Krajewski, «Modalities for investment protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective», Friedrich-Alexander-University, Erlangen-Nürnberg, FES, octubre de 2014; Siegfried Broß, «Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit» (Acuerdos de libre comercio: comentarios sobre la cuestión del arbitraje privado), informe sobre Mitbestimmungsförderung (fomento de la cogestión), n° 4, H. Böckler Stiftung, 2015.

⁽²⁸⁾ AECG, «Verkaufte Demokratie», Corporate Europe Observatory.

⁽²⁹⁾ TJ, Dictamen 1/91 de 14 de diciembre de 1991 — EEE 1; Dictamen 1/00 de 18 de abril de 2002 — ZECA; Dictamen 1/09 de 8 marzo de 2011 — Tribunal de Patentes.

⁽³⁰⁾ Dictamen del TJ 2/13, de 18 de diciembre de 2013.

9.7. Es absolutamente necesario que la Comisión Europea empiece a reflexionar sobre cómo proceder con los TBI vigentes, tanto intra-UE como entre los EM y terceros países vigentes, especialmente tratándose de países desarrollados como los Estados Unidos y Canadá, que contienen mecanismos de RCIE no reformados y que pueden usarse actualmente para recusar el derecho del Estado a reglamentar y establecer políticas estatales legítimas. La mayoría de estos acuerdos también contienen cláusulas de supervivencia, lo que complica aún más la derogación de los mismos.

10. Mecanismo de recurso

10.1. La consulta pública detectó un claro apoyo de la SC a la instauración de un mecanismo de recurso, lo que se confirmó en la audiencia pública del CESE.

10.2. El proyecto del AECG no recoge ningún sistema de recurso. Sin embargo, prevé la posibilidad de que se cree un sistema de este tipo. Prevé también la eventual celebración de consultas sobre sistemas y modos de recurso. Pero con este aplazamiento se minimiza la importancia de esta cuestión; debe encontrarse una solución urgentemente.

10.3. En principio, el fallo de un tribunal es definitivo y solo puede revisarse o anularse en circunstancias muy extremas⁽³¹⁾. Lamentablemente esto se queda muy atrás con respecto a lo habitual en los sistemas judiciales nacionales, y no sirve de respuesta a los temores expresados en la consulta.

11. Cómo reformar el sistema de RCIE

11.1. La UNCTAD ha determinado cinco opciones para reformar la RCIE:

- adaptar los sistemas actuales mediante acuerdos interinstitucionales,
- limitar el acceso de los inversores a la RCIE,
- promover la resolución estatal alternativa,
- introducir un mecanismo de recurso, y
- crear un Tribunal Internacional de Inversiones permanente.

11.2. El CESE considera que estas opciones merecen un análisis en profundidad. La Comisión Europea ha trabajado sobre las primeras cuatro opciones al intentar determinar un nuevo enfoque para la protección de la inversión y la RCIE en los proyectos del AECG y del Acuerdo entre la UE y Singapur. Sin embargo, el ejercicio de consulta ha demostrado que siguen existiendo serias objeciones. El Comité considera que la idea de crear un Tribunal Internacional de Inversiones sería la mejor solución, ya que desempeñaría un gran papel para garantizar la legitimidad y la transparencia del sistema y para obtener una interpretación más coherente y a unas decisiones más exactas. En este sentido, el CESE considera acertada la afirmación del comisario de Comercio ante la Comisión INTA el 18 de marzo de 2015, quien señaló que «un tribunal multilateral conllevaría una utilización de recursos más eficiente y tendría más legitimidad».

11.3. Sin embargo, el CESE no considera que proseguir en paralelo la posibilidad de negociar la inclusión de una RCIE en la ATCI y, como opción a medio plazo, la de crear un Tribunal Internacional de Inversiones, sea un camino viable. Si se llega a un acuerdo en el marco de la ATCI, casi con toda seguridad se convertiría en la panacea y quedaría inevitablemente descartada toda posibilidad de promover el Tribunal Internacional. La situación se complica por el hecho de que entre la ATCI y el AECG no hay vasos comunicantes. Hay que recordar que las negociaciones del AECG han concluido ya, y que nada garantiza que el Gobierno canadiense vaya a aceptar la introducción de cambios por los acuerdos a que se hubiera llegado en la ATCI.

⁽³¹⁾ Convención del CIADI, artículo 52.

11.4. Si se opta por la estrategia actual, la Comisión Europea corre el riesgo de que su primera incursión en la negociación de mecanismos de protección de la inversión dé como resultado tres sistemas diferentes, uno para Estados Unidos, otro para Canadá y otro para Singapur. Por el contrario, si la Comisión opta por la instauración de un sistema uniforme, ello solo sería posible tras arduas negociaciones. El CESE cree que a partir de ahí sería prácticamente imposible obtener el apoyo necesario para volver a dirigir los esfuerzos hacia la creación de un tribunal internacional.

11.5. Por todo ello, el CESE llega a la conclusión de que este momento, en el que grandes potencias como los Estados Unidos, Canadá y Japón se encuentran inmersas en negociaciones concurrentes de comercio e inversión, constituye la oportunidad ideal para apoyar un tribunal internacional de inversiones. El Comité considera también que el momento ofrece unas perspectivas óptimas para convencer a los países en vías de desarrollo, en los que la necesidad de PI es quizá mayor, que deben participar en un nuevo sistema global.

Bruselas, 27 de mayo de 2015.

El Presidente
del Comité Económico y Social Europeo
Henri MALOSSE

ANEXO

al Dictamen del Comité Económico y Social Europeo

La siguiente enmienda a la totalidad, que obtuvo al menos la cuarta parte de los votos emitidos, fue rechazada en el transcurso del debate:

Sustitúyase el texto completo del Dictamen por el texto siguiente:**1. Conclusiones y recomendaciones**

1.1. La inversión extranjera directa (IED) contribuye de manera significativa al crecimiento económico y al empleo. Las empresas que invierten en otro país están ya por definición corriendo un riesgo específico; pero los contratistas extranjeros deben estar protegidos contra un trato desproporcionado o abusivo por parte del Estado de acogida en el que invierten, por ejemplo contra la expropiación directa, la discriminación por motivos de nacionalidad o el trato no equitativo en comparación con los inversores nacionales. Es importante contar con un mecanismo de resolución de controversias neutral. Las inversiones se hacen con frecuencia a muy largo plazo y las circunstancias políticas de los Estados de acogida pueden modificarse.

1.1.1. Un acuerdo internacional de inversión (AII) entre dos Estados (o regiones) se halla en la órbita del Derecho internacional. Para ser efectivo, requiere un mecanismo de resolución de controversias internacional, equilibrado y eficaz.

1.1.2. Con todo, en la mayoría de AII existe un mecanismo de resolución de este tipo que pone frente a frente a las empresas y al Estado de acogida a través del procedimiento de RCIE (resolución de controversias entre inversores y Estados) ⁽¹⁾. La RCIE tiene carácter retroactivo. A diferencia del procedimiento de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC), cuando se falla en contra de un Estado solo se exige el pago de una compensación, y no es necesario derogar la legislación pertinente. La inversión no es una competencia de la OMC en sí misma, ya que fue descartada en el Programa de la Ronda de Doha en 2003.

1.2. La UE es el principal proveedor y el principal receptor de inversión internacional. La inversión constituye un interés primordial de las empresas de la UE, incluidas las pymes. Por consiguiente, el Comité acoge favorablemente la posición de la Comisión ⁽²⁾, cuando afirma que la RCIE:

constituye un instrumento de gran utilidad para proteger

— la inversión y, por lo tanto, para promover y garantizar el crecimiento económico en la UE, y

— es una manera efectiva de hacer cumplir las obligaciones acordadas por nuestros inversores con sus interlocutores comerciales al firmar tratados de inversión.

1.2.1. Una mesa redonda empresarial organizada por el Grupo de Empresarios del CESE sobre la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI) concluyó que ⁽³⁾ «un acuerdo internacional como la ATCI debe crear las condiciones adecuadas para atraer un alto nivel de inversión en el mercado transatlántico. Esto supone conceder un acceso amplio y un trato no discriminatorio a los inversores de ambas partes, así como mejorar el marco actual de PI, incluida la RCIE, haciéndolo más accesible a las pymes y logrando un equilibrio adecuado entre los derechos de los inversores y el derecho de los Estados y las autoridades locales a reglamentar este ámbito en bien del interés público».

⁽¹⁾ En aproximadamente un 93 % de los más de 3 250 AII firmados hasta la fecha existen disposiciones de RCIE, aunque el procedimiento solo se ha utilizado en menos de 100 ocasiones, es decir, en un porcentaje inferior al 3 %.

⁽²⁾ Comisión Europea, *Factsheet on ISDS*, apartado 2, 3 de octubre de 2013.

⁽³⁾ Mesa redonda empresarial del CESE «Common Declaration on TTIP», 16 de diciembre de 2014.

1.3. En el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá (AECG), pendiente de ratificación, figura un extenso capítulo sobre protección de las inversiones que incluye disposiciones de RCIE. Este, junto al capítulo dedicado a la inversión incluido en el Acuerdo de Libre Comercio (ALC) UE-Singapur ⁽¹⁾, es el primer acuerdo de inversión negociado por la UE desde que asumió competencias en materia de inversión en virtud del Tratado de Lisboa en 2009. Se ha recorrido un largo camino para abordar las cuestiones pendientes, pero, no obstante, la RCIE debe seguir evolucionando.

1.4. Aparte del principio de «nación más favorecida» (NMF) y la cobertura que la Comisión incluye habitualmente para hacer frente a las compensaciones en caso de guerra, revolución, etc., el Comité pide que la protección de los inversores en el marco de un AII —que, por consiguiente, puede incluir el recurso a la RCIE— esté claramente restringida y abarque únicamente los cuatro tipos de protección sustantiva, a saber:

- no discriminación por motivos de la nacionalidad de un inversor,
- pautas mínimas en materia de trato, lo que generalmente suele calificarse de «justo y equitativo»,
- compensación rápida, adecuada y efectiva en caso de expropiación (que debe ser no discriminatoria y seguir los procedimientos adecuados), y
- posibilidad de transferir los fondos relativos a la inversión.

1.5. Con el tiempo ha ido surgiendo un cierto número de abusos, tanto reales como supuestos, en el uso de la RCIE, que es preciso tratar ahora. La RCIE debe actualizarse. El Comité acoge con satisfacción que en enero de 2015 la Comisión determinara cuatro ámbitos de estudio en los que se impone una reflexión más detallada sobre la protección de las inversiones y la RCIE, a raíz de su consulta pública sobre protección de las inversiones y RCIE en la ATCI, tras la inclusión de estas cuestiones en el mandato de negociación otorgado por unanimidad por los Estados miembros.

1.5.1. Se trata de los siguientes:

- la protección del derecho de los Estados a legislar,
- el establecimiento y funcionamiento de los tribunales de arbitraje,
- la revisión de las decisiones de la RCIE mediante un mecanismo de apelación,
- la relación entre la RCIE y los sistemas judiciales nacionales.

1.5.2. El Comité considera esencial otorgar la debida protección al **derecho de los Estados a legislar** y que se disipe cualquier ambigüedad al respecto. Como se afirmaba en el Dictamen del CESE sobre la ATCI ⁽²⁾, «se considera esencial que toda disposición sobre un mecanismo RCIE que se incluya en la ATCI no dificulte la capacidad de los Estados miembros de la UE de adoptar regulaciones en defensa del interés público». Los AII anteriores se elaboraron teniendo en cuenta primordialmente la necesidad de proteger las inversiones. Tanto en el AECG como en el ALC con Singapur se han fijado de manera más estricta las definiciones clave para evitar interpretaciones injustificadas y en el preámbulo de cada acuerdo se hace referencia específicamente al derecho a legislar. El CESE considera que esto debería incluirse ahora en el cuerpo del texto pertinente, como artículo específico en este tipo de acuerdos.

1.5.3. Es fundamental que **los árbitros de los tribunales de RCIE** sean totalmente imparciales y no puedan provocar conflictos de intereses. El Comité insta a que todos los árbitros sean elegidos de una lista previamente compilada por las Partes del acuerdo de que se trate y a que se definan claramente sus cualificaciones, en particular su capacidad para ejercer una función judicial y un conocimiento especializado contrastado en los ámbitos pertinentes del Derecho internacional.

⁽¹⁾ Pendiente asimismo de ratificación, es objeto de un recurso jurídico ante el Tribunal de Justicia para determinar si se trata de un acuerdo «mixto» que, por lo tanto, requeriría la aprobación de los parlamentos de todos los Estados miembros.

⁽²⁾ Dictamen del CESE sobre «Las relaciones comerciales transatlánticas y el punto de vista del CESE sobre el refuerzo de la cooperación y un posible acuerdo de libre comercio UE-EE. UU.» (DO C 424 de 26.11.2014, p. 9).

1.5.4. También es imprescindible que haya un mecanismo de apelación, pues un proceso judicial sin derecho de apelación es verdaderamente algo muy extraño, pese a que este es ya el caso en los AII vigentes. El CESE observa que en las directrices de negociación de la ATCI originales se hacía referencia a un mecanismo de apelación. El diseño de un mecanismo de estas características revestirá suma importancia y deberá fijar los métodos de designación de los miembros, sus cualificaciones y remuneraciones, junto con cualquier plazo que deba aplicarse. Debería cubrir los errores de derecho y los errores de hecho. Habría que sopesar desde el principio la posibilidad de que un mecanismo bilateral pudiera convertirse en multilateral, inspirándose quizá en el Órgano de Apelación de la OMC. Cualquier mecanismo de estas características entrañará costes adicionales que, no obstante, deberían tenerse en cuenta.

1.5.5. Más difícil de resolver será la relación **entre la RCIE y los sistemas judiciales nacionales**. Los AII son acuerdos internacionales y los tribunales nacionales no tienen necesariamente competencias para interpretar cuestiones de Derecho internacional. Es obvio que incluso el mejor sistema puede fallar, pero de cualquier modo deberían prohibirse las demandas dobles. Los potenciales litigantes deberían hacer una elección definitiva al inicio del procedimiento o perder el derecho a acudir a los tribunales nacionales tan pronto como recurran a la RCIE.

1.6. Un **tribunal internacional** multilateral es la respuesta a largo plazo. Esto es algo que deberá ir tomando forma en paralelo con el desarrollo de la RCIE en la ATCI y en otros acuerdos. Es imprescindible que se mantenga alguna forma de protección de los inversores internacionales mientras se negocia e instaura un organismo internacional de esta naturaleza.

1.6.1. Es importante garantizar una masa crítica para la creación de un tribunal internacional como objetivo a largo plazo de la resolución de controversias de inversión. Es probable que este mecanismo de apelación internacional goce de una amplia aceptación siempre y cuando se constituya por consenso, para lo cual habrá que abordar los posibles problemas conexos que afrontan todas las nuevas instituciones internacionales, incluida la Corte Penal Internacional.

1.6.2. El CESE advierte, no obstante, contra la propuesta de que, dado que todos los miembros del G7 participan en la actualidad en negociaciones de AII, estos deberían empezar a constituir por su cuenta un tribunal internacional. La masa crítica solo podrá lograrse si desde el principio participa un grupo mucho más amplio de países y se deja la puerta abierta a que otros puedan incorporarse cómo y cuándo les interese.

1.6.3. Mientras tanto, el CESE recomienda a la UE y a los Estados Unidos que se comprometan a incluir un mecanismo bilateral de resolución de controversias de inversión en la ATCI.

2. Contexto

2.1. El Comité observa que cuando dos países desean fomentar sus relaciones económicas a través de un acuerdo internacional de inversión, han de prometerse recíprocamente que van a garantizar un cierto nivel de tratamiento a los inversores y las inversiones procedentes del otro país. Estas promesas, suscritas voluntariamente, tienen que someterse a continuación a todo el proceso de ratificación nacional. En ningún modo otorgan precedencia a los intereses de las empresas sobre el derecho de los gobiernos a legislar. En aras del Estado de Derecho, los gobiernos están obligados, sin embargo, a atenerse a cumplir las garantías que hubieran asumido.

2.2. El Comité es consciente de que, por mucho que los Estados que negocian incluyan disposiciones destinadas a proteger sus empresas contra las prácticas discriminatorias de sus interlocutores comerciales, es poco realista pensar que cada caso de empresa perjudicada va automáticamente a tratarse de Estado a Estado, elevando así el asunto a un nivel político o diplomático.

2.2.1. Si las empresas tuvieran que confiar en la UE para tratar los litigios de Estado a Estado, son muy pocos los que podrían tramitarse, y sería menos probable que las empresas más pequeñas hicieran oír su voz. Es improbable que se presentaran muchos casos entre dos ordenamientos jurídicos democrática maduros, pero si el procedimiento de resolución de controversias de Estado a Estado se convirtiera en norma, el número de casos posibles aumentaría indefectiblemente, lo que tendría repercusiones importantes en los recursos de los Estados.

2.2.2. Como la comisaria Malmström ha señalado ⁽¹⁾ en relación con las negociaciones de la ATCI, en los tribunales de los Estados Unidos no puede invocarse el Derecho internacional y no hay legislación estadounidense que prohíba la discriminación contra los inversores extranjeros. En otros países, los tribunales nacionales pueden ser menos fiables.

⁽¹⁾ Parlamento Europeo, 6 de mayo.

2.2.3. La inversión no es lo mismo que el comercio. En un litigio comercial, está claro que la responsabilidad de tomar la iniciativa recae sobre el Estado. Lo normal es que este tipo de controversias afecten a un ramo de la producción, por ejemplo los plátanos, los paneles solares o los textiles: el dumping es una cuestión clave en el procedimiento de solución de diferencias (PSD) de la Organización Mundial del Comercio.

3. La evolución de la RCIE

3.1. Aunque la cantidad global de casos de RCIE sigue siendo reducida⁽¹⁾, su utilización se ha incrementado sustancialmente desde 2002. Ello va en proporción del aumento global de la IED, que en 2013 había superado en todo el mundo los 25 billones USD. Los inversores europeos presentaron alrededor del 50 % de la totalidad de las reclamaciones efectuadas desde 2002. Un número considerable fueron iniciadas por empresas de menor tamaño o por empresas especializadas⁽²⁾. Es importante que cualquier reforma del procedimiento de RCIE lo haga más accesible para las pymes.

3.1.1. De los 356 fallos conocidos, un 25 % se resolvió a favor del inversor y un 37 % a favor del Estado. El resto de los casos fueron objeto de un acuerdo⁽³⁾.

3.2. Debido a algunas cuestiones —percibidas y reales— que plantean los resultados de una serie de casos de RCIE en todo el mundo, incluidos algunos que todavía están en curso, una parte cada vez más prominente de la opinión pública de la UE, encabezada por sindicatos, ONG y otras organizaciones, se muestra preocupada por su utilización, y aumenta la oposición a la inclusión de un capítulo sobre inversión y RCIE en la ATCI.

3.3. Si no se reforma la RCIE ni se incluye un capítulo sobre inversión en la ATCI, el Comité señala que los acuerdos previos, como los recogidos en los 1 400 tratados bilaterales de inversión (TBI) negociados individualmente por los Estados miembros (con la excepción de Irlanda) y, en particular, los alcanzados previamente por nueve Estados miembros con los Estados Unidos, siguen siendo válidos y, obviamente, lo seguirán siendo.

Resultado de la votación

Votos a favor:	94
Votos en contra:	191
Abstenciones:	25

⁽¹⁾ 610 casos a finales de 2014.

⁽²⁾ La Cámara de Comercio de Estocolmo informa de que, de los 100 casos concluidos entre 2006 y 2011, aproximadamente el 22 % fueron emprendidos por pymes. La Federación de Industrias Alemanas (BDI) también señala que en el 30 % de los casos iniciados por empresas alemanas se trató de pymes.

⁽³⁾ Comisión Europea, *Factsheet on ISDS*, 3 de octubre de 2013.