



POSICIÓN

LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS ENTRE INVERSORES Y ESTADOS EN LAS NEGOCIACIONES COMERCIALES EN CURSO

*EUROPA EN EL MUNDO: PROMOVER LA
SOLIDARIDAD, LA LIBERTAD, LA JUSTICIA Y LA
IGUALDAD*

La UE en la escena mundial

Fecha:

04/03/2015



Grupo de la Alianza Progresista de
Socialistas & Demócratas
En el Parlamento Europeo

Parlamento Europeo
Rue Wiertz 60
B-1047 Bruxelles
T +32 2 284 2111
F +32 2 230 6664
www.socialistsanddemocrats.eu

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción	3
--------------------	---

INTRODUCCIÓN

El Grupo S&D se opone a la inclusión de mecanismos de solución de diferencias entre inversores y Estados en los acuerdos comerciales en los que existan otras alternativas que permitan garantizar la protección de las inversiones, ya sea a escala nacional o internacional. En los acuerdos con países que dispongan de ordenamientos jurídicos plenamente operativos y en los que no se hayan identificado riesgos de injerencia política en el poder judicial o de denegación de justicia, no es necesario aplicar dichos mecanismos.

El Grupo S&D defiende con firmeza el principio de que los inversores extranjeros y nacionales deben recibir un trato justo e igualitario que debe quedar respaldado por disposiciones materiales sobre protección de las inversiones en los acuerdos comerciales. Sin embargo, las disposiciones procedimentales sobre protección de las inversiones —como las relativas a la solución de diferencias entre inversores y Estados— siempre deben depender del contexto concreto y adaptarse a este para satisfacer al máximo las necesidades específicas de las partes intervinientes en un acuerdo. No se ajusta al Estado de Derecho que los inversores dispongan de un foro jurídico al margen de los sistemas judiciales de las partes de un acuerdo comercial si dichos sistemas funcionan correctamente. Las disposiciones en materia de protección de los inversores deben tener por objeto proteger a estos de la discriminación y de la expropiación sin indemnización, así como garantizarles un trato justo y equitativo con arreglo a unos parámetros limitados y bien definidos. Al mismo tiempo, nos aferramos a la idea de que estas disposiciones no deben socavar en modo alguno el derecho a legislar en aras del interés general que las partes del acuerdo consideren oportuno. Secundamos con firmeza la creación de un régimen multilateral de protección de las inversiones que encuentre el equilibrio entre estos dos principios.

El volumen de inversión extranjera directa (IED) ha aumentado considerablemente a escala mundial a lo largo de las últimas décadas y se ha convertido en un factor clave para el crecimiento económico y el empleo. Solo el flujo de inversiones bilaterales entre la Unión Europea y los Estados Unidos

asciende a un total de más de tres billones de euros, lo que supone un importe muy superior al volumen de IED actualmente sujeto a los nueve tratados

bilaterales de inversión celebrados entre Estados miembros y los Estados Unidos. Entre países con niveles similares de protección de las inversiones en la legislación nacional, no se ha demostrado que los acuerdos de inversión —con o sin mecanismos de solución de diferencias entre inversores y Estados— repercutan de modo alguno en el flujo de inversiones.

Recientemente, el mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados ha atraído mucho la atención de la opinión pública sobre la política comercial de la UE, suscitando preocupaciones generalizadas, en particular con respecto a su posible inclusión en los acuerdos comerciales con Canadá (AECG) y los Estados Unidos (ATCI). Este mecanismo no es nada nuevo ni un invento de la UE. Antes de que la UE adquiriera competencia exclusiva en materia de negociaciones de inversión con el Tratado de Lisboa, los Estados miembros ya habían celebrado más de mil doscientos tratados bilaterales de inversión con terceros países, gran parte de los cuales incorporaban mecanismos de solución de diferencias entre inversores y Estados. Sin embargo, la mayoría de estos tratados de inversión se negociaron con países en desarrollo. En el Grupo S&D celebramos la atención y control de la opinión pública que ha obtenido la cuestión de la protección de las inversiones en los acuerdos comerciales de la UE, ya que pone de manifiesto la necesidad de un amplio debate que no tuvo lugar cuando se celebraron los anteriores tratados bilaterales de inversión. Consideramos que se trata de una aportación crucial para reforzar la legitimidad democrática de la política comercial de la UE. En su informe de 2011 sobre la política en materia de inversiones, el Parlamento Europeo insistió en la necesidad de reformar el mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados habida cuenta de sus evidentes defectos materiales y procedimentales.

En los últimos años hemos observado un aumento constante de los procedimientos de solución de diferencias entre inversores y Estados, la mayoría de ellos incoados por empresas de la UE y de los que aproximadamente una tercera parte se sabe que han sido resueltos a favor del inversor. Algunos de estos procedimientos se

han basado en la redacción general e imprecisa de los anteriores tratados de inversión, lo que otorga a los árbitros un amplio margen de apreciación para atacar objetivos legítimos de orden público (por ejemplo, Vattenfall contra Alemania en relación con la renuncia del segundo a utilizar energía nuclear, Veolia contra Egipto sobre modificaciones en el Derecho laboral, Philip Morris contra el empaquetado genérico en Australia, o Lone Pine Resources Inc. contra Canadá por una moratoria a la explotación de gas de esquisto; cabe señalar que, si bien estos asuntos siguen pendientes de resolución, ya se han percibido efectos de «enfriamiento normativo», por ejemplo en Nueva Zelanda a raíz del asunto de Philip Morris contra Australia).

El Grupo S&D ya ha manifestado en numerosas ocasiones serias reservas con respecto al mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados. Concretamente en el caso de la ATCI, hemos dejado claro que no consideramos necesaria su inclusión y hemos pedido que se excluya al comienzo de las negociaciones del capítulo relativo a las inversiones.

En general, el Estado de Derecho se encuentra suficientemente garantizado entre los Estados Unidos y la UE, lo que pone en entredicho la necesidad de establecer un mecanismo de arbitraje paralelo a los órganos jurisdiccionales nacionales.

Es obvio que las preocupaciones justificadas acerca de que dicho mecanismo pueda utilizarse de forma indebida pesan más que los posibles casos de discriminación de los inversores europeos. Consideramos que un sistema de solución de diferencias entre Estados y el recurso a los órganos jurisdiccionales nacionales constituyen las herramientas más adecuadas para brindar a los inversores la oportunidad de solicitar y lograr la reparación de agravios en condiciones equitativas. El propio Consejo ha dejado claro en su mandato para la Comisión que

el mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados es deseable, pero no obligatorio, y que su inclusión depende del equilibrio general en el acuerdo.

Cabe señalar que el mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados contenido en anteriores acuerdos no es necesariamente equivalente a lo que está negociando ahora la Comisión. El proyecto de AECG, que aún no ha sido ratificado y que está siendo objeto de modificaciones en el proceso de verificación

jurídica, presenta algunas mejoras, en particular con respecto a los siguientes aspectos:

1. el aumento de la transparencia en cuanto a la disponibilidad de documentos y el carácter público de las vistas y laudos arbitrales,
2. la introducción de un código de conducta para los árbitros que son controlados a través del Comité de Comercio del AECG,
3. definiciones jurídicas más claras y precisas de «inversión» y «expropiación indirecta»,
4. la necesidad de actividades económicas sustanciales en el territorio de un Estado de acogida que impidan el uso de sociedades ficticias para beneficiarse de las disposiciones de solución de diferencias entre inversores y Estados previstas en tratados que normalmente no serían aplicables,
5. la mención en el preámbulo del acuerdo del derecho a legislar en aras del interés general,
6. la exclusión del lucro cesante como motivo para interponer un recurso,
7. la posibilidad de que las partes del acuerdo expongan definiciones interpretativas vinculantes de las disposiciones contenidas en el capítulo relativo a las inversiones para evitar consecuencias no deseadas en fases posteriores,
8. la introducción de filtros entre Estados para evitar que se interpongan recursos en materia financiera y fiscal.

La situación del AECG es distinta a la de la ATCI, pues las negociaciones del primero ya han finalizado. Sin embargo, hacemos hincapié en que estas reformas son claramente insuficientes para colmar las lagunas. Esto queda asimismo corroborado por el hecho de que la consulta pública en línea sobre el mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados en la ATCI que la Comisión celebró del 27 de marzo al 13 de julio de 2014 y en que la que se tomó como referencia el texto del AECG recibió un número sin precedentes de respuestas, con casi ciento cincuenta mil precedentes de los veintiocho Estados miembros de la UE. El 97 % de estas respuestas reveló una oposición generalizada a dicho mecanismo

en su formulación actual, lo que pone de manifiesto la gran preocupación que esta cuestión suscita en la opinión pública. La consulta puso principalmente de relieve el temor extendido de que a) el mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados en su formulación actual limite el espacio político público, generando un riesgo de «enfriamiento normativo», y de que b) dicho mecanismo discrimine a los inversores nacionales.

Nos tomamos muy en serio estos temores de la opinión pública y consideramos que esta consulta debe marcar un antes y un después. Lucharemos por que las preocupaciones generalizadas de los ciudadanos se aborden en estas negociaciones comerciales.

En su informe sobre la consulta pública, la Comisión identificó, en particular, los siguientes cuatro ámbitos como objetivos de mejora: la protección del derecho a legislar; el establecimiento y funcionamiento de los tribunales arbitrales; la relación entre los sistemas judiciales nacionales y la solución de diferencias entre inversores y Estados; y la revisión de la corrección jurídica de las resoluciones de la solución de diferencias entre inversores y Estados mediante un mecanismo de apelación. Así pues, la Comisión ha reconocido, al menos, que el actual régimen de solución de diferencias entre inversores y Estados presenta graves deficiencias, si bien es cierto que el Parlamento y el Grupo S&D ya identificamos, en gran parte, estos ámbitos en cuestión en el informe de 2011 sobre las inversiones.

Consideramos que el debate actual nos brinda la oportunidad de elaborar una política en materia de inversiones que promueva inversiones productivas, sostenibles y creadoras de empleo, respete el medio ambiente, fomente unas condiciones de trabajo de calidad y suponga una aportación positiva al crecimiento económico y desarrollo sostenible a escala mundial, en particular teniendo en cuenta los efectos extraterritoriales de gran alcance que tendría la celebración satisfactoria de un acuerdo de ATCI. En un momento de alza de las inversiones entrantes en comparación con cuando se celebraron los primeros tratados bilaterales de inversión, cobra cada vez más importancia la consideración de los efectos nacionales de las normas sobre protección de las inversiones y, dadas las

aparentes deficiencias del actual régimen de solución de diferencias entre inversores y Estados, es vital llevar a cabo un examen exhaustivo de las posibilidades de reforma.

Por tanto, nos posicionamos en contra de incluir en la ATCI un mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados apresurado y poco sólido desde un punto de vista metodológico con el fin de evitar consecuencias no deseadas. Cabe señalar asimismo que existen otros recursos disponibles para proteger las inversiones tanto en el sector público como en el privado, como los créditos a la exportación y los seguros de riesgo político.

En cuanto al AECG, acogemos con satisfacción que algunos Gobiernos de la UE, encabezados por partidos hermanos del Grupo S&D, sigan esforzándose por continuar mejorando las disposiciones sobre protección de las inversiones, con respecto a lo que ya se ha logrado en la reforma del mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados. Respalamos este proceso y nos reservamos nuestro dictamen definitivo sobre el AECG para cuando se remita todo el paquete al Parlamento Europeo para su aprobación.

En los acuerdos comerciales en los que podría ser necesaria la solución de diferencias, destacamos en especial los siguientes elementos como posibles objetivos de mejora:

1. una cláusula que garantice el cumplimiento de la prohibición de procedimientos paralelos,
2. un filtro político general que permita a las partes del acuerdo impedir que una demanda se tramite mediante un procedimiento arbitral de solución de diferencias entre inversores y Estados,
3. una trayectoria clara y garantizada hacia la creación de un mecanismo de apelación,
4. la participación plena y garantizada de la opinión pública en el arbitraje,
5. un tribunal arbitral permanente con jueces independientes, sin conflictos de intereses y con un código ético de obligatorio cumplimiento,
6. una cláusula clara y precisa que disponga horizontalmente el derecho a

legislar en aras del interés general,

7. una garantía de que no hay nada que impida a un servicio previamente subcontratado regresar al sector público,
8. una afirmación clara de que los actos no discriminatorios destinados a proteger objetivos políticos legítimos, como los relacionados con los ámbitos social, medioambiental, de seguridad, de estabilidad del sistema financiero, y de salud y seguridad públicas, no constituyen una expropiación indirecta,
9. una cláusula de «no más derechos» que deje claro que los inversores extranjeros no deben tener más derechos que los nacionales,
10. la exclusión de la legislación social y laboral de los ámbitos sujetos al procedimiento arbitral de solución de diferencias entre inversores y Estados,
11. un deber de agotar todas las vías jurídicas nacionales antes de recurrir al procedimiento arbitral de solución de diferencias entre inversores y Estados,
12. la introducción de una cláusula de revisión que permita a las partes reconsiderar sus acuerdos para asegurarse de que reflejan la evolución de las mejores prácticas internacionales en materia de protección de las inversiones, lo que plasmaría asimismo el carácter de «acuerdo vivo» en la ATCI,
13. un filtro entre Estados ampliado para los ámbitos políticos delicados, como la protección del consumidor, la salud pública y el medio ambiente.

Rechazamos asimismo todo argumento que defienda que el mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados debe aceptarse directamente en el marco de la ATCI como precedente para futuras negociaciones con otros terceros países. Juzgamos todas las negociaciones comerciales bilaterales por sus propios méritos.

Nos interesa alcanzar una buena ATCI que se convierta en un acuerdo de referencia en la materia y no queremos que esta oportunidad se vea comprometida por la inclusión de disposiciones sobre solución de diferencias entre inversores y Estados que no son admisibles para el Grupo S&D, mayoría en el Parlamento Europeo, ni para el público en general.