

Propuesta de Resolución de La Asociación Libre de Abogadas y Abogados (ALA)

Observaciones sobre la solución de diferencias en materia de inversiones y el Sistema de Tribunales de Inversiones en el marco de las negociaciones de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP) y el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre la UE y Canadá

1. Contexto internacional y nacional

En otoño de 2015, la Comisaria Europea de Comercio, Cecilia Malmström, presentó una propuesta sobre protección de las inversiones, solución de diferencias en materia de inversiones y el Sistema de Tribunales de Inversiones en el marco de las negociaciones de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP)¹, con el fin de garantizar amplios derechos a los inversores extranjeros en todos los futuros acuerdos comerciales de la Unión Europea (UE).

La propuesta llegó en un contexto de creciente preocupación por la inclusión del mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS por sus siglas en inglés) en acuerdos comerciales comunitarios como la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP) entre la UE y los Estados Unidos, y el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre la UE y Canadá.

Cada vez son más instituciones y organismos públicos y privados que expresan sus preocupaciones por el denominado mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados. También han surgido críticas desde el Parlamento Europeo, parlamentos nacionales y regionales, entre los propios Estados miembros de la UE y asociaciones de jueces y fiscales.

Como respuesta a la proposición de la Comisión Europea de incluir este poderoso régimen legal en el tratado en negociación con los Estados Unidos, más de un 97% de respuestas a una consulta pública de la Comisión Europea realizado en 2014 y que tuvo un récord de participación de aproximadamente 150.000 personas, expresaron su rechazo a este mecanismo.

El mecanismo ISDS, que se aplica a muchos tratados internacionales de comercio e inversión vigentes, ha propiciado un auge de controvertidas demandas interpuestas por grandes empresas contra Estados que han adoptado medidas reguladoras para proteger la salud pública, el medioambiente o el interés público.

¹ EC (2015): *Transatlantic Trade and Investment Partnership. TRADE IN SERVICES, INVESTMENT AND E-COMMERCE CHAPTER II – INVESTMENT*. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf

Estos casos sobrepasan las cortes nacionales dado que se dirimen en tribunales internacionales de arbitraje, es decir ante tres abogados privados que tienen el poder de decidir si son más importantes los beneficios privados o el interés público. En todo el mundo, los tribunales entre inversores y Estados han facilitado ganancias multimillonarias a las grandes corporaciones a costa del dinero de los contribuyentes – en muchos casos como compensación de alguna medida en defensa del interés público llevada a cabo por los gobiernos.

El número de casos entre inversores y Estados, así como la suma de dinero implicado, ha crecido de manera exponencial en las últimas dos décadas; de un total de tres casos conocidos en 1995 a casi 700 casos de demandas interpuestas contra Estados en enero 2016, llegando a un récord absoluto de 70 nuevos litigios de inversión presentados únicamente durante el 2015. Las cuantías han aumentado de manera preocupante, con uno de los casos llegando a sumar la impresionante cifra de 50 mil millones de dólares.

La Asociación Libre de Abogadas y Abogados considera alarmante que España ha sido en 2015 el país más demandado ante tribunales privados de arbitraje y es ya el cuarto país del mundo con un mayor número de demandas de arbitraje en su contra, tiene pendientes de resolución 24 recursos (en marzo de 2016 llegó otra demanda más de una filial de Toyota y Tepco— ante el CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones).

Que la minera canadiense Edgewater, por citar un caso actual, amenace con demandar a España ante el CIADI —a través de una filial suya en Panamá y acogiéndose al tratado bilateral de inversiones entre España y Panamá— porque le sea denegada la licencia para explotar una mina de oro en Corcoesto (Galicia) certifica que las empresas transnacionales pueden disponer de un poder jurídico que les hace situarse por encima de los Estados, la ciudadanía y, en ocasiones, la justicia ordinaria.

La Comisión Europea ha asegurado que, con su nuevo enfoque para la protección de inversiones — descrito en su propuesta como Sistema de Tribunales de Inversiones (ICS por su sigla en inglés)—, “protegeremos el derecho de los gobiernos a legislar y garantizaremos que las diferencias en materia de inversión se resuelvan en plena conformidad con el Estado de Derecho”. Por otro lado, miembros de la Comisión han prometido que algunos de los casos más extremos que se han dado utilizando el mecanismo ISDS, no podrían ser posibles al amparo del nuevo sistema ‘reformado’.

La Asociación Libre de Abogadas y Abogados considera relevante que asociaciones como la Federación de Jueces Alemanes (Deutscher Richterbund, DRB) rechazan la creación de un Sistema de Tribunales de Inversiones en el marco del TTIP y CETA al no ver ni la base legal ni la necesidad para un tribunal de este tipo.

2. Valoración general

La idea que parece servir de base a la propuesta de creación de un Sistema de Tribunales de Inversiones en el marco de las negociaciones de la Asociación

Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP) de que los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea no pueden ofrecer a los inversores extranjeros una tutela judicial efectiva carece de fundamentos fácticos. Si en este contexto las partes negociantes de un TTIP han detectado puntos débiles en Estados miembros de la UE concretos, éstos deberán ser puestos de manifiesto y definidos claramente ante el legislador nacional. En tal caso sería tarea del legislador y de los responsables de la administración de la justicia llevar a cabo la subsanación correspondiente en el sistema probado de la tutela judicial nacional y europea. Únicamente de esta forma puede garantizarse la tutela judicial efectiva a que tiene derecho todo justiciable en España y en la Unión Europea. La creación de tribunales extraordinarios para grupos individuales de justiciables es el camino erróneo.

La propuesta de la Comisión Europea incrementa el riesgo de asumir demandas millonarias contra medidas de interés público al otorgar de manera inmediata una garantía absoluta a las grandes corporaciones, que obtendrían más privilegios que con los acuerdos de inversiones existentes, los cuales ya ha llevado a cientos de demandas de inversores a Estados en el mundo:

a) Al proteger las “expectaciones legítimas” de los inversores bajo la cláusula llamada de “trato justo y equitativo”, la UE se arriesga a que ésta se someta a una amplia interpretación, generando con ello el “derecho a una legislación estable”. Esto supone una herramienta poderosa para luchar contra los cambios en las regulaciones, aunque las medidas hayan sido elegidas e implementadas de manera democrática.

b) La cláusula paraguas propuesta por la UE podría suscribir a todos los contratos de inversión de un estado al nivel de una Ley internacional, multiplicando el riesgo de demandas costosas.

Existe ya la evidencia de que propuestas de protección medioambiental o de salud han sido abandonadas, retrasadas o modificadas de alguna manera según el deseo de alguna multinacional, bien a través de demandas o por el riesgo de litigio.

El mecanismo de solución de controversias propuesto por la UE no es judicialmente independiente, más bien tiene un sesgo en favor de los inversores. Debido a que sólo los inversores pueden demandar, existe un incentivo para los árbitros (ahora llamados “jueces” en la propuesta de la Comisión Europea) para ponerse del lado de los inversores, ya que esto atraerá nuevos casos, lo que se traduce en nuevas tarifas y prestigio en el futuro. El criterio de selección restrictivo, la falta de periodos de enfriamiento y vacíos en la propuesta del código ético para los árbitros preocupa, ya que los tribunales seguirán teniendo al mismo personal que hasta ahora, es decir árbitros que se han beneficiado enormemente de este negocio al motivar a los inversores a llevar a cabo demandas y al hacer uso de una interpretación extensiva de las cláusulas que protegen las inversiones.

Además, existen dudas serias de que los derechos del inversor propuestos sean compatibles con la legislación europea, una de las razones que ha suscitado mayor preocupación entre los jueces en toda Europa. La propuesta de la Comisión Europea

deja de lado a las cortes europeas y es ante todo discriminatoria, ya que otorga derechos especiales a los inversores extranjeros. A través de estos mecanismos se podrán desafiar los fallos en las cortes o acciones de los gobiernos, así como las leyes que se quieran aprobar en los parlamentos, desde los ámbitos más locales hasta el nivel europeo.

3. Valoración individual

El Sistema de Tribunales de Inversiones (Investment Court System , ICS) planeado por la Comisión Europea, que estaría integrado en un sistema de mediación y consultación, sería competente para conocer de acciones por infracción de las cláusulas de protección de inversores del tratado (art.1, n°1). En este sentido "inversiones" abarcan según la definición del texto propuesto todo tipo de derechos, incluso acciones, participaciones empresariales, derechos de propiedad intelectual, bienes muebles y derechos de crédito (capítulo II, definición x2). La protección jurídica de la inversión va por tanto desde el Derecho civil, pasando por el Derecho administrativo general hasta el Derecho social y tributario. La propuesta de la Comisión Europea conllevaría a que el ICS recibiría una competencia judicial en estos campos para garantizar de forma global la protección del inversor. La idea es que el inversor acuda al ICS cuando considere haber sufrido una pérdida con motivo de la infracción de derechos de protección de inversores (art. 1, n°1).

Falta de competencia reguladora

La Asociación Libre de Abogadas y Abogados tiene serias dudas sobre la competencia de la Comisión Europea para instaurar un tribunal de inversiones. La creación del ICS obligaría a la Unión Europea y a los Estados miembros a someterse con la celebración del acuerdo a la jurisdicción del ICS y la aplicación de un ordenamiento procesal internacional determinado por el demandante (art. 6, n°5, 2, art. 7, n°1). Las resoluciones del ICS serían vinculantes (art. 30, n°1).

Con el ICS no sólo quedaría limitada la facultad reguladora de la Unión Europea y de los Estados miembros sino que además se modificaría el sistema judicial establecido dentro de los Estados miembros y de la Unión Europea.

La Asociación Libre de Abogadas y Abogados considera que no existe base jurídica para una modificación semejante. Tal y como dejó sentado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su dictamen 1/09 de 8 de marzo de 2011 sobre la creación de un tribunal europeo de patentes, la Unión dispone de un "conjunto completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a garantizar el control de la legalidad de los actos de las instituciones" (n° marg. 70).

El ICS sería - de forma análoga al tribunal de patentes planeado y que fue objeto en aquel momento de dictamen - un tribunal "fuera del marco institucional y jurisdiccional de la Unión" (n° marg. 71). Igual que el tribunal de patentes, sería "una institución dotada de personalidad jurídica propia en virtud del Derecho internacional público".

Por tanto, una resolución del ICS que infringiera el Derecho de la Unión "no podría ser objeto de un procedimiento por incumplimiento de los Tratados" ni podría "generar responsabilidad jurídico-patrimonial alguna imputable a uno o a varios Estados miembros" (nº marg. 88).

Así pues, el ICS "privaría a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de sus competencias para la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión, así como al Tribunal de Justicia de la suya para responder con carácter prejudicial a las cuestiones planteadas por esos órganos jurisdiccionales, y, como consecuencia, desvirtuaría las competencias que los Tratados confieren a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros que son esenciales para la preservación de la naturaleza misma del Derecho de la Unión" (nº marg. 89).

La Asociación Libre de Abogadas y Abogados no ve la necesidad de crear un tribunal extraordinario para inversores. Los Estados miembros son Estados de Derecho, que posibilitan y garantizan a todos los justiciables el acceso al Derecho a través de la jurisdicción estatal. Es tarea de los Estados miembros garantizar el acceso al Derecho para todas y todos, asegurando a través del equipamiento correspondiente de los tribunales que el acceso también sea posible para inversores extranjeros. Por ello la creación de un ICS es el camino erróneo para garantizar seguridad jurídica.

La Asociación Libre de Abogadas y Abogados apela además al legislador español y al legislador europeo para que limite en gran medida el recurso al procedimiento arbitral en el marco de la protección internacional de inversores.

Independencia de los jueces

Ni el procedimiento previsto para el nombramiento de jueces del ICS ni su posición cumplen con las exigencias internacionales de independencia de los tribunales. A la vista de lo expuesto, el ICS no parece ser un tribunal internacional sino más bien un tribunal arbitral permanente.

La Carta Magna de los Jueces del CCJE de 17 de Noviembre de 2010 (CCJE (2010/3) exige la independencia de los jueces asegurada legalmente tanto en sentido profesional como en sentido económico (punto 3). Las decisiones relativas a la selección, el nombramiento y la carrera profesional deben basarse en criterios objetivos y han de ser adoptadas por el órgano encargado de garantizar la independencia (punto 5). Ninguno de estos dos criterios se cumple en el caso del ICS.

En las resoluciones que tendría que emitir el ICS no sólo jugarían un papel importante cuestiones del Derecho civil, sino también del Derecho administrativo, laboral, social y tributario. Una selección de los jueces del ICS de entre el grupo de expertos del Derecho administrativo internacional y del Derecho internacional de inversiones con experiencia en la solución de conflictos mercantiles internacionales (art. 9, nº 4) reduce considerablemente el círculo de candidatos, dejando fuera la indispensable pericia en la correspondiente materia de Derecho nacional específico. La judicatura quedará reducida al grupo de personas que hasta ahora ha venido ocupando en gran medida la jurisdicción

arbitral internacional. Esta impresión queda reforzada por el hecho de que el procedimiento de selección aún no está descrito en detalle. Dependerá sin embargo de la independencia del comité de selección y de su distanciamiento de la jurisdicción internacional de arbitraje en qué medida quede garantizada una selección de entre los mejores juristas nacionales con conocimientos específicos en la materia jurídica correspondiente. Esto no está asegurado, al menos hasta el momento.

También la duración del cargo de seis años con la posibilidad de prórroga por un periodo más, un salario base ("retainer fee") de aproximadamente 2.000 € mensuales para jueces de primera instancia y de 7.000 € para los del tribunal de apelación así como dietas en caso de actividad efectiva (art. 9, n° 12 y art. 10, n° 12) despiertan dudas sobre el cumplimiento de los requisitos necesarios para garantizar la independencia de los jueces de un tribunal internacional tanto desde el punto de vista profesional como desde el punto de vista económico.