



Nota legal sobre la protección de inversiones y los mecanismos de resolución de controversias entre inversores y estados del TTIP y CETA

Octubre 2016

Como miembros de la comunidad legal europea solicitamos no incluir la protección de inversiones y los mecanismos de resolución de controversias entre inversores y Estados (ISDS por su sigla en inglés) en la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (TTIP por su sigla en inglés), entre la Unión Europea y los EE.UU., o en el tratado de libre comercio (CETA por su sigla en inglés), entre la Unión Europea y Canadá.

La protección de inversiones y los ISDS crean privilegios para inversores extranjeros basados en normas sustantivas poco claras

La protección de inversiones y los ISDS confieren a los inversores extranjeros privilegios sustantivos y procesales respecto a todos los demás actores en una sociedad.

Las normas sustantivas de protección de inversiones como *el tratamiento justo y equitativo* y *la protección contra expropiaciones indirectas sin indemnización* fueron interpretados en su sentido más amplio, en parte debido a la redacción imprecisa en los acuerdos. Algunas normas están siendo fuertemente discutidas porque pueden cubrir situaciones en las que los inversores extranjeros podrían conseguir una indemnización derivada de reglamentos legítimos de bienestar público. Las disposiciones de los ISDS permiten a los inversores exigir un panel arbitral compuesto por tres árbitros para invocar esos derechos sustantivos y examinar cualquier decisión política, administrativa o judicial que pueda afectar sus negocios. Los inversores, por lo tanto, pueden responsabilizar a los estados por sus pérdidas de beneficios incluso aunque las medidas del gobierno no sean discriminatorias, legales según el punto de vista nacional y concebidas, por ejemplo, para proteger el medio ambiente, la sanidad pública o los derechos laborales, o para volver a nacionalizar los ferrocarriles, el suministro de agua o energía o los sistemas de sanidad.

A los inversores extranjeros se les concederían esos privilegios sin tener que someterse, en contrapartida, a ninguna responsabilidad vinculante y accionable que pudiera ser invocada por el estado o aquellos que se vieran afectados por la inversión.

La protección de inversiones y los ISDS amenazan la reglamentación para el interés público, el cambio democrático y los presupuestos gubernamentales.

La protección de inversiones significa un sutil traslado del poder a favor de actores comerciales individuales y ya muy influyentes, a la vez que debilita la atención al interés público y limita el cambio democrático. Ante la gran dimensión de acciones y flujos de inversión transatlánticos, la introducción de la protección de las inversiones extranjeras en el TTIP y en el CETA llevará potencialmente a un gran número de litigios entre inversores y estados y, posteriormente, a elevadas tasas legales y a perjuicios por valor de miles de millones, que deberán pagarse del presupuesto público. Esto, a su vez, podría causar un *"enfriamiento reglamentario"*, porque los gobiernos podrían empezar a abdicar de medidas a favor del interés público debido a la amenaza del arbitraje de inversiones y los

abultados perjuicios que eso supone. En los acuerdos existentes, los inversores usaban este apalancamiento para interferir eficazmente en los cambios políticos democráticos. Este problema no debería ser subestimado porque los países pobres, igual que los ricos, ya demostraron ser vulnerables a semejantes presiones.

Los ISDS son sesgados sistémicamente y carecen de reglas de salvaguardia legal

El sistema actual de los ISDS carece de las salvaguardias legales que aseguran independencia e imparcialidad, dos pilares cruciales de la ley: a los árbitros se les paga por caso y solo los inversores pueden presentar una solicitud. Esto crea un incentivo sistémico para interpretar la ley a favor del inversor. Este sesgo sistémico es particularmente preocupante porque los árbitros gozan de una discreción bastante más amplia que los jueces nacionales en cada fase del proceso de resolución del litigio, desde la admisión de la reclamación y otros aspectos procesales a la aplicación de normas sustantivas, redactadas de forma imprecisa, y el cálculo de la indemnización adecuada.

La última propuesta de la Comisión Europea no soluciona estos defectos fundamentales

La propuesta de la Comisión relativa a un capítulo de inversiones en el TTIP (de noviembre 2015) y en la redacción del CETA contribuye muy poco para abordar estos defectos fundamentales del derecho de inversiones internacionales. En el fondo atribuirían a los inversores los mismos privilegios sustantivos y concederían una amplia discreción en cuanto a la determinación de la proporcionalidad de las medidas gubernamentales en ese mismo contexto. Por otro lado, no logran abordar las normas sustantivas imprecisas de manera efectiva. A pesar de que las nuevas propuestas sobre normas sustantivas intentan abordar los problemas existentes del panel de interpretación, dejan vacíos legales alarmantes. Y, lo más importante, no lograron limitar la protección sustantiva únicamente a la no discriminación. Los acuerdos siguen conteniendo principios como el FET (trato justo y equitativo) y la protección contra la expropiación indirecta, que otorgan privilegios sustantivos a los inversores extranjeros. Ofrecen protección únicamente no discriminatoria a los inversores extranjeros hubiera sido la mejor opción para ajustar la protección de las inversiones extranjeras de forma clara y transparente al nivel de la protección nacional. Al mismo tiempo hubiera sido un camino viable para proteger la flexibilidad reglamentaria de los estados, que es esencial para una sociedad democrática.

En cambio, estos intentos de proteger el derecho de los estados de reglamentar en beneficio del interés público están destinados al fracaso. Las disposiciones relevantes son directrices meramente interpretativas e incluyen diversas cualificaciones y restricciones para el espacio político público.

Por otro lado, el "Sistema de Tribunales de Inversiones" (ICS por su sigla en inglés) aportaría algunas ventajas institucionales en comparación con los ISDS, incluyendo un mecanismo de apelación y requisitos de transparencia. Los inversores además dejarían de poder seleccionar árbitros favorables a su caso. En su lugar se establecería un sistema de tribunal, compuesto por 15 jueces, que efectuaría su servicio, con base rotativa, en grupos de tres.

No obstante, el Sistema de Tribunales de Inversiones aún carece de importantes salvaguardias institucionales conforme con el Estado de derecho. La imparcialidad y la independencia de los jueces seleccionados no están totalmente garantizadas. Eso no significa que los jueces estarían forzosamente sesgado hacia los inversores o comprometidos a decidir casos según su interés personal. Sin embargo, los sistemas legales nacionales e internacionales fueron dotados de arreglos prudentes para eliminar la parcialidad y los conflictos de intereses, incluso cuando solo son aparentes, en especial al garantizar a los jueces una posición fija y permanente de jornada completa y una retribución fija adecuada. Estos arreglos parecen ser aún más importantes en un sistema unilateral, solamente destinado a proteger las inversiones contra los estados. El borrador de la Comisión hace caso omiso de estas preocupaciones: Los jueces no son empleados a tiempo completo y además con un honorario mensual (2000 EUR), han de ser pagados por caso. También podrían surgir conflictos de interés, porque no se les prohíbe trabajar, simultáneamente como árbitros en el sistema ISDS actual o como abogados en corporaciones (fuera del estrecho ámbito de litigios de

inversiones). El borrador de la Comisión simplemente desvía estas dudas en relación a la imparcialidad y la independencia judicial, estableciendo esos principios formalmente en un anexo a la propuesta. Al mismo tiempo, anima a los inversores a esquivar procesos legales bien establecidos en los tribunales nacionales, ya que estos les obstruirían, en parte, el acceso a la opción ISDS, potencialmente más prometedora. Esto es totalmente opuesto al concepto tradicional y prudente del derecho internacional, que exige a los individuos explotar primero las vías locales antes de dirigirse a los tribunales internacionales.

Fuerte conflicto con los principios constitucionales y de las leyes europeas

Los apartados acerca de las inversiones en el TTIP y CETA contempladas se encuentran además en un fuerte conflicto con el derecho y los principios democráticos consagrados en las constituciones nacionales y las leyes europeas. Asimismo, son capaces de afectar la autonomía del orden legal de la Unión Europea, una vez que las resoluciones vinculantes y ejecutorias de los tribunales de inversiones en cuanto a la responsabilidad de un estado amenazan la aplicación efectiva y uniforme de las leyes de la UE. En particular, pueden neutralizar cualquier disposición nacional o de la UE que imponga cargas financieras a individuos o corporaciones (incluyendo tasas, impuestos, penalizaciones, multas y responsabilidad medioambiental).

La protección de las inversiones y los ISDS no son necesarios

Los EE.UU., Canadá y la UE disponen de sistemas legales eficaces y altamente desarrollados que garantizan una protección legal adecuada a inversores extranjeros. Además no existe evidencia conclusiva de que la inclusión de reglas de inversión tendrá o no un impacto positivo sobre el volumen de inversiones transatlánticas extranjeras directas. La protección de inversiones en el TTIP y el CETA por lo tanto es innecesaria.

Por esta razón solicitamos con insistencia que no se debilite o socave el derecho y los principios democráticos en los que se fundamentan nuestros Estados Miembros y la Unión Europea, proporcionando, en el TTIP y el CETA, a los inversores extranjeros un sistema legal y judicial paralelo, innecesario, sistémicamente sesgado y estructuralmente defectuoso.

Lista de signatarios

Prof. Anneli Albi, University of Kent
Prof. Diamond Ashiagbor, University of London
Prof. Dr. Antoine Bailleux, Université Saint-Louis – Bruxelles
Dr. Marija Bartl, Universiteit van Amsterdam
Prof. Antonio Pedro Baylos, Universidad de Castilla-La Mancha
Prof. JUDr. Josef Bejček, Masarykova univerzita
Prof. Dr. Ronald Beltzer, Universiteit van Amsterdam
Prof. Dr. Carl Fredrik Bergström, Uppsala Universitet
Prof. Dr. Jochen von Bernstorff, Universität Tübingen
Prof. Dr. Leonard Besselink, Universiteit van Amsterdam
Prof. Georgi Bliznashki, Sofia University
Prof. Nada Bodiroga-Vukobrat, Sveučilište u Rijeci
Prof. Dr. Ted de Boer, Universiteit van Amsterdam
Prof. Alan Bogg, University of Oxford
Dr. Jacco Bomhoff, London School of Economics and Political Science
Prof. Pierre Brunet, Sorbonne Law School, University Paris 1 Pantheon-Sorbonne
Prof. Dr. Hauke Brunkhorst, Europa-Universität Flensburg
Prof. Geneviève Burdeau, Sorbonne Law School, University Paris 1 Pantheon-Sorbonne

Prof. Başak Çalı, Hertie School of Governance
Prof. David Capitant, Sorbonne Law School, University Paris 1 Pantheon-Sorbonne
Prof. Valeriu Ciuca, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași
Prof. Nicola Countouris, University College London
Prof. Vesna Crnić-Grotić, Sveučilište u Rijeci
Prof. Simon F. Deakin, University of Cambridge
Prof. Joaquim Joan Forner Delaygua, Universidad de Barcelona
Prof. Laurence Dubin, Université de Vincennes à Saint-Denis
Prof. Dr. Hugues Dumont, Université Saint-Louis – Bruxelles
Prof. Keith Ewing, King’s College London
Prof. Julio Faundez, University of Warwick
Prof. Dr. em. Axel Flessner, Humboldt-Universität zu Berlin
Prof. Dr. Andreas Fisahn, Universität Bielefeld
Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano, Universität Bremen
Prof. Ognyan Gerdzhikov, Sofia University
Prof. Lazar Gruev, Sofia University
Prof. Adoración Guamán, University of Valencia
Prof. em. Carol Harlow, London School of Economics
Prof. John Harrington, Cardiff University
Prof. James Harrison, University of Warwick
Honorary Professor John Hendy QC, University College London
Prof. Alan Hervé, l'Université Bretagne Loire
Prof. Dr. Martijn W. Hesselink, Universiteit van Amsterdam
Prof. David Hiez, Université de Luxembourg
Prof. Dr. Dr. h.c. Christian Joerges, Hertie School of Governance Berlin
Prof. Gábor Kardos, Eötvös Loránd Tudományegyetem
Prof. Dr. Bernhard Kempen, Universität zu Köln
Prof. Plamen Kirov, Sofia University
Prof. Csilla Kollonay-Lehoczky, Central European University
Prof. Dr. Martti Koskeniemi, Helsingin yliopisto
Prof. Dr. Markus Krajewski, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg
Prof. Nico Krisch, Graduate Institute of International and Development Studies, Geneva
Prof. Evelyne Lagrange, Sorbonne Law School, University Paris 1 Pantheon-Sorbonne
Prof. Dr. Ján Lazar, Universitas Tyrnaviensis, Trnava
Prof. Dr. Marco Loos, Universiteit van Amsterdam
Prof. Laura Lorello, Università degli Studi di Palermo
Prof. Dr. Verena Madner, Vienna University of Economics and Business
Prof. Ugo Mattei, Università di Torino
Prof. Maria Rosaria Marella, Università degli Studi di Perugia
Prof. Giovanni Marini, Università degli Studi di Perugia
Prof. Arjen Meij, Honorary Professor University of Luxembourg
Prof. Joana Mendes, University of Luxembourg
Prof. Agustín José Menéndez, Universidad de León
Prof. Carlos Manuel Almeida Blanco Morais, Universidade de Lisboa
Prof. Raymond Murphy, National University of Ireland Galway
Prof. Monica Navarro-Michel, Universidad de Barcelona
Prof. Danny Nicol, University of Westminster
Prof. Dr. François Ost, Université Saint-Louis – Bruxelles
Prof. Dr. Viorel Pasca, Universitatea de Vest din Timisoara
Prof. JUDr. Václav Pavlíček, The Charles University in Prague
Prof. Sasho Penov, Sofia University
Prof. Jeremy Perelman, Sciences Po – Paris
Prof. Amanda Perry-Kessaris, University of Kent

Prof. em. Sol Picciotto, Lancaster University
Prof. Iain Ramsay, University of Kent
Prof. Dr. Silke Ruth Laskowski, Universität Kassel
Prof. Anne Saab, Graduate Institute of International and Development Studies, Geneva
Prof. Joel Samuelsson, Uppsala Universitet
Prof. Cesare Salvi, Università degli Studi di Perugia
Prof. Dr. Giovanni Sartor, Università di Bologna
Assoc. Prof. Andrej Savin, Copenhagen Business School
Prof. Dr. Harm Schepel, University of Kent
Prof. Robert Schütze, Durham University
Prof. Dr. Danielius Serapinas, Mykolas Romeris University
Prof. Stijn Smismans, Cardiff University
Prof. Constantin Stamatidis, Aristotle University of Thessaloniki
Prof. Petros Stangos, Aristotle University of Thessaloniki
Prof. Georgi Stefanov, Sofia University
Prof. Arkadiusz Sobczyk, Uniwersytet Jagielloński
Prof. Jean-Marc Sorel, Sorbonne Law School, University Paris 1 Pantheon-Sorbonne
Prof. Krasimira Sredkova, Sofia University
Assoc. Prof. Celine Tan, University of Warwick
Assoc. Prof. Jan Trzaskowski, Copenhagen Business School
Prof. William Twining, University College London
Prof. Dr. Christoph Urtz, Universität Salzburg
Prof. Dr. Wouter Vandenhoele, Universiteit Antwerpen
Prof. Dr. Javier A. González Vega, Universidad de Oviedo
Prof. Dr. Ingo Venzke, Universiteit van Amsterdam
Prof. Simone Vezzani, Università degli Studi di Perugia
Prof. Horatia Muir Watt, Sciences Po – Paris
Prof. Lotta Vahlne Westerhäll, Göteborgs universitet
Prof. Ralph Wilde, University College London
Dr. Marco Aparicio Wilhelmi, Universitat de Girona
Prof. Toni Williams, University of Kent
Prof. Siobhán Wills, Ulster University
Prof. Mikhail Xifaras, Sciences Po – Paris