

La solución de diferencias inversionista-Estado, en el marco del Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión (TTIP) *The Investor-State Dispute Settlement in the Transatlantic Free Trade Agreement*

Florence Lézé*

RDP

RESUMEN

En el marco del Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión en negociación, las críticas al procedimiento de solución de diferencias entre inversionista-Estado giran alrededor de los aspectos siguientes: el fin del derecho social y medioambiental, los costos exorbitantes que representa para los Estados, el abandono de la soberanía del Estado a las empresas transnacionales. Además, no prevé ningún procedimiento de apelación. En este artículo, se presentan las justificaciones de la introducción de dicho mecanismo en los tratados bilaterales de la OMC; lo que prevé el Memorándum de Acuerdo sobre las Reglas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias; el mecanismo entre inversionistas y Estados previsto en las Directivas para la Negociación relativa al Acuerdo de Libre Intercambio Transatlántico, así como las críticas a dicho mecanismo.

PALABRAS CLAVE: Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión; solución de diferencias entre inversionista-Estado; costos del procedimiento de solución de diferencias entre inversionista-Estado para los Estados; consecuencias para los derechos sociales y medioambiental; consecuencias para la soberanía nacional.

* Investigadora en el Centro de Estudios Mexicanos de la UNAM-Francia.

FLORENCE LÉZÉ

ABSTRACT

In the frame of the *Transatlantic Free Trade Agreement* in negotiation, the critiques to the procedure of solution of differences between investor and State turn about the following aspects: the end of the social and environmental rights, the exorbitant costs that represents for the States, the abandon of the national sovereignty to the transnational companies. In addition, it does not foresee any procedure of appeal. This article presents the justifications of the introduction of the above mentioned mechanism in the bilateral agreements of the WTO; what foresees the *Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes (Dispute Settlement Understanding)*; the mechanism between investors and bee foreseen in the *Directives for the Negotiation relative to the Transatlantic Free Trade Agreement*.

KEYWORDS: *Transatlantic Trade and Investment Partnership; Investor-State Dispute Settlement*; the costs of *Investor-State Dispute Settlement* arbitration for States; Consequences for the Enjoyment of Social Rights and Environment; Consequences for the National Sovereignty.

Sumario

1. Introducción
2. Consideraciones sobre dicho mecanismo, en el marco de la OMC
 - A. Justificaciones de la introducción del mecanismo
 - B. El *Memorandum de Acuerdo sobre las Reglas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias*. Innovación, propósito y descripción
 - C. Las críticas al mecanismo de solución de diferencias entre inversionistas y Estados: el fin del derecho social y los costos exorbitantes para los Estados
 - D. La progresión reciente del número de quejas y tipos de casos
3. El mecanismo de solución de diferencias previsto en las *directivas para la negociación del TTIP*
 - A. La Unión Europea tiene competencia exclusiva para negociar acuerdos de inversión
 - B. Los argumentos de la Comisión Europea a favor del mecanismo inversionista-Estado
 - C. La posición del Senado francés

D. Los ámbitos de aplicación en el marco del TTIP: las inversiones; las normas del trabajo y el medioambiente; el conjunto del Acuerdo

4. Conclusiones
5. Bibliografía

1. Introducción

Uno de los mayores puntos de desacuerdo en lo que concierne a las Directivas para la negociación relativa al Acuerdo de Libre Intercambio Transatlántico, negociadas por la Comisión Europea, y aprobadas por el Consejo de la Unión Europea,¹ consiste en la introducción de un mecanismo de arbitraje entre inversionistas y Estados (Investor-State Dispute Settlement, ISDS).

En resumen, el futuro Acuerdo Transatlántico (TTIP) prevé la liberalización del comercio de los bienes y servicios, así como de las reglas sobre las cuestiones relativas al comercio, más allá de lo alcanzado hasta ahora en los acuerdos comerciales, en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC).² El Acuerdo deberá tratar tres elementos principales que son: 1) el acceso al mercado; 2) las cuestiones de reglamentación y las barreras no arancelarias, y 3) las reglas. Estos elementos, negociados en paralelo, formarán parte de un compromiso único para asegurar un resultado equilibrado entre la eliminación de los derechos y la eliminación de los obstáculos reglamentarios inútiles al comercio, una mejora de las reglas, con la finalidad de lograr un resultado sustancial en cada uno de estos elementos, así como la apertura efectiva de los mercados.³ Dentro de los objetivos del Acuerdo está la necesidad de incrementar el comercio y la inversión entre la Unión Eu-

¹ A pesar de su carácter de “documento restringido”, las directivas para la negociación relativa al Acuerdo de Libre Intercambio Transatlántico otorgadas a la Comisión Europea y aprobadas por el Consejo de la Unión Europea el 17 de junio de 2013, y adoptadas el 14 de junio por la sección de Comercio del Consejo de los Asuntos Extranjeros, están disponibles en el sitio <http://insidetrade.com>.

² Directivas para la negociación relativa al Acuerdo de Libre Intercambio Transatlántico, naturaleza y alcance del acuerdo, artículo 3o. (traducción de Florence Lézé).

³ Directivas, artículo 5o.

FLORENCE LÉZÉ

ropea y los Estados Unidos de América, a través del mercado transatlántico, generar nuevas oportunidades económicas para la creación de empleo y de crecimiento, gracias a un acceso más amplio a los mercados, además de una compatibilidad más amplia de la reglamentación y la definición de normas mundiales.⁴

De este modo, como las barreras arancelarias en vigor tanto de una parte como de la otra del Atlántico ya están bajas, con excepción de la agricultura y de la cultura, el Acuerdo se centrará en prioridad en las barreras no arancelarias, así como en las normas y los reglamentos, considerados trabas para las empresas europeas y estadounidenses. Permitirá hacer coincidir los estándares en ciertos ámbitos, como lo sanitario y lo agroalimenticio, aunado a los protocolos para someter a prueba los productos farmacéuticos o el material médico, por ejemplo.

Las partes deberán asegurar la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos con las disposiciones del Acuerdo, de tal manera que, en caso de no respetar dicho compromiso, si un inversionista considera que, primero, las orientaciones de políticas económicas de un gobierno perjudican a sus ganancias; segundo, están en contra de sus derechos de propiedad, en contra de la seguridad de sus inversiones; o que constituyen discriminaciones a favor de las economías locales, tendrán el derecho a demandar a dichos gobiernos, inclusive a colectividades territoriales,⁵ ante tribunales privados especialmente creados para arbitrar litigios entre inversionistas y Estados, con el fin de obtener una indemnización o sanciones comerciales, sin apelación posible. Los litigios entre los inversionistas y los Estados pueden deberse a decisiones tomadas o actos cumplidos por una administración pública o un organismo público que no ha firmado un acuerdo internacional de

⁴ Directivas. Objetivos, artículo 7o.

⁵ En la solución de diferencia inversionista-Estado, la parte soberana en conflicto puede ser un gobierno o un organismo público infranacional. Muchlinski, P. T., *Multinational Enterprises & the Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2007; Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2004, citados en CNUCED, 2010. El artículo 4o. de las Directivas estipula que “las obligaciones del Acuerdo comprometerán todos los niveles de gobierno”. De este modo, en Francia, el Acuerdo se aplicará a las regiones, los departamentos, las comunas; en Bélgica, se aplicará a las comunidades, las regiones, las provincias, las comunas.

inversión; sin embargo, deben respetarse las disposiciones. El conflicto está generalmente relacionado con cuestiones de políticas públicas, lo que cuestiona la aptitud del Estado a reglamentar el interés público.

En el marco de este artículo, hablaremos de las justificaciones de la introducción de dicho mecanismo en los tratados bilaterales de la OMC; lo que prevé el Memorándum de Acuerdo sobre las Reglas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias; las críticas a dicho mecanismo y, finalmente, abordamos el mecanismo entre inversionistas y Estados previsto en las Directivas para la negociación relativa al Acuerdo Transatlántico de sobre Comercio e Inversión (TTIP).

2. Consideraciones sobre dicho mecanismo, en el marco de la OMC

A. Justificaciones de la introducción del mecanismo

El mecanismo de solución de diferencias en los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) está considerado el pilar del sistema comercial multilateral. La idea que lo sostiene reside en que un sistema de resolución de diferencias obligatorio garantiza el respeto y la ejecución de las reglas comerciales, así como la estabilidad de la economía mundial, en el interés de las empresas, de los trabajadores y los consumidores. Dicho mecanismo establecido durante las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Uruguay en 1994 permite, según la Organización, solucionar las diferencias sin tardar, de manera estructurada, y prevenir los perjuicios de los conflictos comerciales internacionales no resueltos. Asimismo, minimiza los desequilibrios entre los actores más fuertes y los más débiles, ya que las controversias se solucionan con base en reglas estrictas, y no en la ley del más fuerte. En efecto, los Estados más débiles económica y políticamente hablando tienen interés en obtener un mecanismo jurisdiccional con fuerza obligatoria para estar asegurados de que las decisiones tendrán fuerza ejecutoria en los Estados parte. Al contrario, a una gran potencia le convie-

FLORENCE LÉZÉ

ne más un procedimiento de solución de diferencias que deje margen a la negociación en la cual podrá imponer sus soluciones a la otra parte.

Dicho mecanismo de solución de diferencias ya estaba previsto en los artículos XXII y XXIII del GATT de 1947. Sin embargo, no contemplaba ningún calendario establecido. Por lo tanto, era fácil bloquear las decisiones y muchos casos permanecían sin ser resueltos. Las decisiones sólo podían ser adoptadas por consenso, de tal manera que una sola oposición bastaba para bloquearlas. El sistema fue fortalecido y agilizado durante la Reunión de los Secretarios (Montreal, 1988), donde fueron establecidas nuevas normas “con mayor automaticidad de las decisiones sobre el establecimiento, el mandato y la composición de los grupos especiales, y ya no supeditadas al consentimiento de las partes en conflicto”.⁶

El mecanismo de solución de diferencias, presente en los tratados de la OMC, se aplica al comercio de mercancías, de servicios, a la propiedad intelectual derivada del acuerdo sobre ADPIC,⁷ así como a las diferencias relativas al *Acuerdo Multilateral sobre Contratación Pública*. Eso permite a los miembros de la OMC basar sus demandas en cualquiera de estos acuerdos, así como el Memorándum de Acuerdo sobre las reglas y procedimientos por los que se rige la Solución de diferencias (Anexo 2 del Acuerdo, 1995).⁸

Si un miembro de la OMC juzga una medida de política comercial de otro miembro incompatible con las obligaciones enunciadas por el Acuerdo sobre la OMC, puede valerse de los procedimientos y disposiciones del sistema de resolución de diferencias.

Detallamos un poco dicho Memorándum:

⁶ http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/ursum_s.htm#Understanding.

⁷ Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

⁸ El Acuerdo contiene 16 artículos que establecen el marco institucional de la OMC como organización internacional. Los anexos del Acuerdo sobre la OMC contienen los acuerdos multilaterales específicos concluidos durante el ciclo de negociaciones. El Memorándum enuncia los procedimientos y las reglas que determinan el sistema de resolución de diferencias vigente, resultado de la evolución de las reglas, de los procedimientos y de las prácticas elaboradas por el GATT de 1947.

B. El Memorándum de Acuerdo sobre las Reglas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias. *Innovación, propósito y descripción*

El Memorándum de Acuerdo sobre las Reglas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias enuncia procedimientos más detallados en sus diversas etapas, así como plazos específicos. Fija unas fechas límites con la finalidad de asegurar un arreglo rápido de las diferencias. Dicho sistema constituye un marco integrado que se aplica a todos los acuerdos, con algunas variaciones.⁹

Con el Memorándum, la innovación consiste en suprimir el derecho de la parte cuya medida está cuestionada, de bloquear el establecimiento de un grupo especial o de bloquear la adopción de un informe: el Órgano de Resolución de las Diferencias (ORD) establece automáticamente los grupos especiales y adopta sus informes, así como los informes del Órgano de Apelación, aunque haya o no consenso. A diferencia del GATT de 1947, esta regla se aplica no sólo al establecimiento de los grupos especiales y a la adopción de sus informes, así como de los del Órgano de Apelación, sino también a la autorización de contra-medidas en contra de una parte que no aplica una decisión tomada.¹⁰ Otra novedad consiste en el examen de apelación de los informes de los grupos especiales y la vigilancia formal de la aplicación de dichos informes, una vez adoptados.

Asimismo, se establece un proceso más rápido y estructurado, basado en reglas que permiten dirimir las diferencias relativas al establecimiento de las disposiciones del Acuerdo sobre la OMC, cuyas etapas son claramente definidas: detalla las reglas del procedimiento, así como el calendario que debe ser respetado. Si un miembro de la OMC pretende que dicho Acuerdo no fue respetado, el sistema de solución de diferencias permite resolver rápidamente el problema. Por ejemplo, el artículo 1.2 del Memorándum estipula el plazo de “diez días contados a partir de la presentación de una solicitud por uno u otro miembro”. El Apéndice 3.12 presenta el calendario para los trabajos del grupo especial.

⁹ http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_fc2s2p1_f.htm#fnt1.

¹⁰ http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_fc2s2p1_f.htm#fnt2.

FLORENCE LÉZÉ

Incluyendo la decisión de la primera instancia, el procedimiento completo no debe tardar más de un año, o más de 15 meses si hay apelación. El *Memorándum* impide que un país condenado pueda bloquear la decisión. Las decisiones están adoptadas automáticamente, salvo en el caso de consenso para rechazarlas. Sin embargo, durante la primera etapa como en etapas posteriores, siempre es posible recurrir a las consultas y a la mediación, dentro de un plazo de 30 días a partir de la fecha en que otro miembro solicite su celebración.

El propósito del procedimiento de solución de diferencias es asegurar la seguridad y la previsibilidad del sistema comercial multilateral. De esta manera, el artículo 3.2 del *Memorándum* del Acuerdo estipula que:

El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.

El Órgano de Solución de Diferencias (OSD) administra el sistema de resolución de diferencias instituido por el *Memorándum*, establece los grupos especiales, adopta los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación; supervisa la aplicación de las resoluciones y recomendaciones, así como autoriza la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados (artículo 2o.). Si una parte no tiene las condiciones para aplicar las recomendaciones en un plazo aceptable, el OSD busca una compensación mutuamente aceptable por las partes. Si no se resuelve de esta manera, y hasta que se apliquen las recomendaciones, el OSD puede autorizar a la parte demandante la suspensión de la aplicación de concesiones u obligaciones respecto a la otra parte (artículo 22.1). El procedimiento inicia cuando un miembro solicita a otro miembro la organización de consultas sobre

un tema; consultas que deberán iniciar dentro del plazo de 30 días a partir de su solicitud (artículo 4.3).

Si, después de 60 días a partir de la solicitud de la celebración de consultas, la diferencia no está resuelta, o si no se accede a la celebración de consultas, la parte demandante puede solicitar el establecimiento de un grupo especial y un Órgano Permanente de Apelación (artículo 6-21). Las partes pueden también convenir en recurrir a otros medios, como los buenos oficios, la conciliación, la mediación o el arbitraje (artículo 5o.). El grupo especial se establecerá a más tardar en la reunión del OSD siguiente a aquella en la que se hubiera presentado la petición, a menos que el Órgano adopte por consenso una decisión contraria a su establecimiento (artículo 6.1).

Se definen reglas específicas y plazos para la toma de decisiones relativas al mandato y la composición de los grupos especiales. Un mandato tipo será aplicado, a menos que las partes convengan establecer un mandato especial en un plazo de 20 días a partir del establecimiento del grupo especial. Si un acuerdo no interviene sobre la composición del grupo especial, el director general podrá decidir (artículo 7o.). El grupo especial está generalmente formado por tres personas competentes en la materia, con formación y experiencia (artículo 8.1) “en derecho mercantil internacional o política comercial internacional, o hayan ocupado un alto cargo en la esfera de la política comercial en un país miembro”. Estas personas provienen de países que no son parte en la diferencia (artículo 8.3). El Secretariado tendrá una lista de expertos que satisfacen a los criterios de selección (artículo 8. 4). Dichos grupos deben concluir sus trabajos dentro de un plazo de seis meses, o de tres en caso de urgencia (artículo 12.8). Sus informes podrán ser examinados a efectos de su adopción por el OSD cuando hubieran transcurrido 20 días desde su distribución a los miembros (artículo 16.1). Serán adoptados dentro de los 60 días después de su presentación, a menos que el OSD decidiera por consenso no adoptar el informe o que una de las partes notificara al OSD su intención de apelar (artículo 16.4).

El examen en apelación constituye también una nueva característica. El Órgano de Apelación está integrado por siete miembros, de los cuales tres actuarán en cada caso (artículo 17.1). La apelación

FLORENCE LÉZÉ

tendrá por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas que formula (artículo 17.6). El procedimiento de apelación no excederá 60 días a partir de la notificación formal de la decisión de apelar (artículo 17.5). El informe presentado en un plazo máximo de seis meses será adoptado por el OSD, y aceptado sin condiciones por las partes en el plazo de 30 días a partir de su comunicación a los miembros, salvo si el OSD se pronuncia por consenso en una decisión contra su adopción (artículo 17.5). Una vez adoptado el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, la parte interesada tendrá que notificar sus intenciones con respecto a la aplicación de las recomendaciones adoptadas (artículo 17.14). En caso de no cumplimiento inmediato, se dará un plazo razonable que se fijará por acuerdo de las partes y deberá ser aprobado por el OSD, dentro del plazo de 45 días a partir de la adopción del informe, o se determinará mediante arbitraje dentro de los noventa días siguientes a la adopción (artículo 21.3.b.). En todo caso, el OSD vigilará regularmente la aplicación de las recomendaciones (artículo 21.6). Dentro de un plazo determinado, las partes pueden entablar negociaciones para convenir una compensación (artículo 22.1). Si no hay acuerdo, una de las partes podrá pedir la autorización del OSD para suspender la aplicación de concesiones u otras obligaciones a la otra parte (artículo 22.2). El Órgano tendrá 30 días para conceder la autorización (artículo 22.6).

En caso de desacuerdo en cuanto al nivel de la suspensión propuesta, la cuestión podrá someterse a arbitraje (artículo 22.7). Las concesiones deberán ser suspendidas en el mismo sector al que afectará el asunto sometido al grupo especial (artículo 22. 3 a). De no ser viable o eficaz, la suspensión podrá efectuarse en un sector distinto, a título del mismo acuerdo (artículo 22. 3 b). A su vez, de no resultar ello viable o eficaz, podrá procederse a la suspensión de concesiones otorgadas en el marco de otro acuerdo (artículo 22.3. c).

El Memorándum contempla la situación especial de los países en desarrollo y los países menos desarrollados. De esta manera, durante las consultas, los miembros tendrán que “prestar especial atención a los problemas e intereses particulares de los países en desarrollo miembros” (artículo 4.10). Dichos países en desarrollo y menos de-

sarrollados podrán elegir un procedimiento acelerado, solicitar plazos más amplios (artículos 3.12; 12.10) o una ayuda jurídica. Asimismo, si un país en desarrollo miembro lo solicita, los grupos especiales podrán incluir “por lo menos un integrante que sea nacional de un país en desarrollo miembro” (artículo 8.10). En cuanto a la vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones, se prestará también especial atención a los problemas e intereses particulares de los países en desarrollo miembros “con respecto a las medidas que hayan sido objeto de solución de diferencias (artículo 21.2). Además, en los asuntos planteados por dichos países, “el OSD considerará qué otras disposiciones puede adoptar que sean adecuadas a las circunstancias” (artículo 21.7), y “si el caso ha sido promovido por un país en desarrollo miembro, el OSD, al considerar qué disposiciones adecuadas podrían adoptarse, tendrá en cuenta no sólo el comercio afectado por las medidas objeto de la reclamación sino también su repercusión en la economía de los países en desarrollo miembros de que se trate” (artículo 21.8). Finalmente, la Secretaría podrá

suministrar asesoramiento y asistencia jurídicos adicionales en relación con la solución de diferencias a los países en desarrollo miembros. A tal efecto, la Secretaría pondrá a disposición de cualquier país en desarrollo miembro que lo solicite un experto jurídico competente en los servicios de cooperación técnica de la OMC. Este experto ayudará al país en desarrollo miembro de modo que garantice la constante imparcialidad de la Secretaría (artículo 27.2).

C. Las críticas al mecanismo de solución de diferencias entre inversionistas y Estados: el fin del derecho social y los costos exorbitantes para los Estados

La mayoría de los acuerdos internacionales de inversión en vigor prevén un procedimiento de solución de diferencias entre inversionista y Estado. Las críticas a dicho régimen (un Estado no puede demandar a una empresa) giran alrededor de dos aspectos importantes que son: el fin del derecho social y los costos exorbitantes que representa para los Estados.

FLORENCE LÉZÉ

Dicho mecanismo está juzgado como una manera de ejercer un mayor control por parte de las grandes empresas sobre las políticas públicas, comprometiendo a las instancias elegidas democráticamente a someterse a reglas privadas. Se considera entonces que el derecho a la competencia pasa por encima del derecho social. Por ejemplo, un Estado ya no podrá decidir políticas dirigidas a una región desfavorecida, sin dar el mismo tipo de ventajas al sector privado estadounidense y europeo.¹¹ Como lo señala un informe de la *Corporate Europe Observatory* y del *Transnational Institute*, la introducción de dicho mecanismo en el TTIP permitirá multar a Estados por millones de euros a favor de las grandes empresas que cuestionan sus políticas democráticas de protección del medio ambiente y de la salud pública. Dicho informe habla de una campaña por parte de grupos de presión de la industria y de gabinetes jurídicos, para conceder derechos sin precedentes a las empresas, permitiéndoles demandar a gobiernos por legislaciones o reglamentaciones que perjudican sus intereses. Se da el ejemplo de la empresa estadounidense de energía Chevron, que ha utilizado mecanismos similares para evitar pagar 18 millones de dólares en reparación de la contaminación que ocasionó en la Amazonia.¹² Las empresas podrán entonces contrarrestar políticas de salud, medioambientales o de regulación de las finanzas establecidas en los países, con el hecho de pedir indemnizaciones muy importantes.

Aun cuando un gobierno gana, deberá pagar los gastos del juicio, así como las comisiones, lo que alcanza un promedio de ocho millones de dólares por cada expediente. En 2010, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (CNUCED) señala que, durante los últimos años, los costos de arbitraje inversionista-

¹¹ Este fue el principal motivo del rechazo en 1998 del *Acuerdo Multilateral de Inversión* (AMI, OCDE), cuyo objetivo era instituir normas elevadas de tratamiento y de protección de los inversionistas extranjeros. La aplicación de dichas normas implicaba el establecimiento de un sistema eficaz de solución de diferencias cuyos procedimientos comportaban mecanismos obligatorios para los terceros, tanto de Estado a Estado como de inversionista a Estado, los cuales ya formaban parte de las convenciones bilaterales sobre inversión y de los acuerdos multilaterales de protección de la inversión como el TLCAN o el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE).

¹² <http://www.tni.org/briefing/transatlantic-corporate-bill-rights?context=70931>.

Estado aumentaron de manera muy importante, no sólo en cuanto a las indemnizaciones que los Estados deben pagar a los inversionistas extranjeros en caso de violación de una disposición convencional, sino también en cuanto al costo del procedimiento, muy elevado. Los gastos de justicia representan un promedio de 60% del gasto total del juicio. Además de los gastos de justicia, hay que añadir los honorarios de los árbitros, los impuestos administrativos de los centros de arbitraje y los gastos adicionales para la intervención de expertos y testigos. De este modo, fuera del gasto financiero que pueden imponer las sentencias a los Estados, pronunciados en su contra en las diferencias con los inversionistas, el costo del procedimiento mismo puede ser muy elevado. La CNUCED da ejemplos de gastos en justicia y de costos de arbitraje: en el asunto *Plama Consortium c. Bulgaria* (CIADI,¹³ asunto núm. ARB/03/24), los gastos de justicia para el demandante fueron de 4.6 millones de dólares, y para el defensor, de 13.2 millones. En el caso *Pey Casado vs. Chile* (CIADI, asunto núm. ARB/98/2), de 11 millones de dólares para el demandante y 4.3 millones para el defensor, el cual recibió la orden de pagar el 75% de los gastos de arbitraje y dos millones de dólares a título de los gastos del demandante.¹⁴

En 2012, dentro de las nueve decisiones de indemnización que fueron pronunciadas, está la indemnización más elevada hasta ahora fijada por un mecanismo arbitral de 1.770 mil millones de dólares, en el caso *Occidental vs. Ecuador*, por la anulación unilateral de un contrato petrolero por el gobierno de dicho país.¹⁵

Los principales mecanismos de resolución de diferencias en el TLCAN se encuentran en los capítulos 11, 19 y 20. Cuando se presenta un conflicto, dicho Acuerdo prevé que los Estados en cuestión traten de resolverlo por medio de la consulta, de los comités, de los grupos de trabajo u otros mecanismos de consulta. Si el conflicto no se resuelve de manera satisfactoria para las partes, por este medio, el TLCAN prevé

¹³ *Convención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones* (CIADI) es una institución del Banco Mundial con sede en Washington.

¹⁴ Citado en CNUCED, 2010, http://unctad.org/fr/docs/diaeia200911_fr.pdf.

¹⁵ CNUCED, IIA. Issues note. Recent developments in investor-State disputes settlement (ISDS). Updated for the Multilateral Dialogue on Investment, 28 y 29 de mayo de 2013, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_.pdf.

FLORENCE LÉZÉ

mecanismos formales, precisos y rápidos, de establecimiento de grupos especiales.

D. La progresión reciente del número de quejas y tipos de casos

Existen una decena de estos tribunales privados en el mundo, los cuales están compuestos de tres abogados y un árbitro-presidente, también abogado, los cuales deciden si el Estado demandado perjudicó o no a los intereses de la empresa demandante. A partir de su creación en 1995, la OMC ya ha condenado a los Estados Unidos por medidas proteccionistas por ser consideradas trabas al libre intercambio, y ha multado a la Unión Europea por su rechazo a importar organismos genéticamente modificados (OGM). Dicho tipo de arbitraje ya ha sido utilizado por la industria del tabaco, la energía y el agua; por ejemplo, en el caso *Vattenfal¹⁶ contra Alemania (2010)*, *Philip Morris contra Australia¹⁷* y en el caso *Veolia contra Egipto (2012)*. En el contexto del TLCAN, se reportan 20 casos de demandas en contra de México, de 1995 a 2011 y, en virtud de varios acuerdos comerciales firmados por los Estados Unidos, son millones de dólares pagados a empresas transnacionales por causa de interdicción de productos tóxicos, explotación del agua, el suelo y la madera.¹⁸

Según el Informe publicado en abril 2013 por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (CNUCED), el número de diferencias entre inversionistas y Estados sometidas al arbitraje internacional ha aumentado de manera considerable: con 62 nuevos litigios, se trata del número más elevado de acciones intentadas a título

¹⁶ La empresa energética sueca introdujo un recurso contra el gobierno alemán (pide 3.7 mil millones de euros), a título del Tratado sobre la Carta de la Energía, después de su decisión, en 2011, de acelerar la salida progresiva de lo nuclear.

¹⁷ La empresa norteamericana Philip Morris demandó al gobierno australiano por su decisión de prohibir los nombres de las marcas sobre los paquetes de cigarros (medida sobre los “paquetes neutros”) por razones de salud pública.

¹⁸ Véase Publiccitizen, Table of Foreign Investor-State cases and claims under NAFTA and other U.S. “Trade” deals, agosto de 2013, <https://www.citizen.org/documents/investor-state-chart.pdf>; Publiccitizen, Renco Uses U.S.-Peru FTA to Evade Justice for La Oroya Pollution, <https://www.citizen.org/documents/renco-la-oroya-memo.pdf>.

de un acuerdo internacional de inversión (AII) en un año, lo que confirma la tendencia creciente de los inversionistas extranjeros a recurrir a los mecanismos de arbitraje para la solución de diferencias que les oponen a Estados. El 68% de los nuevos casos, los defensores son países en desarrollo o países en transición. También ha aumentado el número de quejas levantadas por inversionistas de países en desarrollo; sin embargo, el 63% de las quejas provienen de inversionistas de países desarrollados. Incluyendo las acciones iniciadas en 2012, el número total de diferencias sometidas al arbitraje a título de un AII, es de 518, mientras que el número de Estados defensores en al menos uno de estos asuntos, ha subido a 95.

En 2012, los inversionistas extranjeros intentaron acciones en contra de una amplia gama de medidas gubernamentales, como la modificación de los reglamentos internos (en relación con el gas, la energía nuclear, la comercialización del oro, etcétera); la revocación de las licencias y de los permisos en los sectores de la explotación minera, las telecomunicaciones y el turismo; alegando violaciones de contratos de inversión, irregularidades en los mercados públicos, retiro de subvenciones en el sector de la energía solar, así como expropiaciones directas.

3. El mecanismo de solución de diferencias previsto en las *directivas para la negociación relativa al TTIP*

A partir del final de los años sesenta, disposiciones de protección de los inversionistas han estado incluidas en los acuerdos bilaterales firmados por los Estados Miembros de la Unión Europea. El *Tratado de la Carta Europea de la Energía*, comprende disposiciones relativas a la protección de las inversiones y a la solución de diferencias entre inversionistas y Estados. La mayoría de los acuerdos prevén cuatro garantías para la protección de los inversionistas que son: la protección contra la discriminación (el “trato de la nación más favorecida” y el “trato nacional”); la protección contra la expropiación con otros fines que los objetivos de políticas públicas y sin compensación apropiada; la protección contra un trato injusto y inequitativo; y la protección de la posibilidad de transferencia de capitales.

FLORENCE LÉZÉ

A. *La Unión Europea tiene competencia exclusiva para negociar acuerdos de inversión*

La *Resolución del Parlamento Europeo del 6 de abril de 2011 sobre la futura política europea en materia de inversiones extranjeras*, enuncia que el *Tratado de Lisboa* confiere a la Unión Europea competencia para negociar acuerdos de inversión: “Considerando que en virtud del *Tratado de Lisboa* las inversiones extranjeras directas son competencia exclusiva de la UE, tal y como se establece en el artículo 3o., apartado 1, letra e), y en los artículos 206 y 207 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE)”. Por lo tanto, la Comisión Europea puede fijar nuevas disposiciones relativas a las inversiones y la solución de diferencias entre inversionistas y Estados. El punto 19 de la Resolución considera lo siguiente:

Los futuros acuerdos de inversión que celebre la Unión Europea deberían basarse en las mejores prácticas de las experiencias de los Estados miembros e incluir las normas siguientes:

—la no discriminación (trato nacional y nación más favorecida), con una formulación más clara de la definición señalando que los inversionistas extranjeros y nacionales deben desarrollar sus funciones en “condiciones similares”, permitiéndoles, además, un mayor grado de flexibilidad con respecto a las cláusulas de nación más favorecida para no entorpecer los procesos de integración regional en los países en desarrollo;

—un trato justo y equitativo, definido sobre la base del nivel de tratamiento establecido por el derecho internacional consuetudinario;

—la protección contra la expropiación directa e indirecta, desarrollando una definición que establezca un equilibrio claro y justo entre los objetivos públicos en materia de bienestar y los intereses privados, y permitiendo una compensación adecuada de conformidad con los daños provocados en caso de expropiación ilegítima.

Los puntos 31 a 35 de la Resolución proponen un mecanismo de resolución de litigios y responsabilidad de la Unión Europea:

Considera que deben introducirse modificaciones en el mecanismo existente de resolución de litigios a fin de garantizar una mayor transparencia, la posibilidad de que las partes puedan interponer recursos, la obligación de agotar los recursos judiciales existentes a nivel local si presentan garantías suficientes en relación con un proceso adecuado, la posibilidad de recurrir a la práctica denominada *amicus curiae*, y la obligación de seleccionar un solo lugar de arbitraje entre el Estado y los inversionistas;

32. Considera que, para garantizar una protección global de las inversiones, junto a los mecanismos de resolución de litigios entre Estados, deben existir, también, mecanismos entre los inversionistas y los Estados;

33. Es consciente de que la UE no puede recurrir a los mecanismos de resolución de litigios existentes del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) ni de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ya que la UE no es miembro de ninguna de estas dos organizaciones; solicita a la UE que incluya un capítulo sobre resolución de litigios en cada uno de los acuerdos de inversión nuevos que celebre la UE de conformidad con las reformas que se sugieren en la presente resolución; solicita a la Comisión y a los Estados miembros que asuman sus responsabilidades como partes importantes a nivel internacional en las labores encaminadas a introducir las reformas necesarias de las normas del CIADI y de la CNUMCI...

35. Pide a la Comisión que en el plazo más breve posible presente un reglamento sobre el reparto de responsabilidades a nivel nacional y de la UE, en particular en términos financieros, en caso de que la UE pierda un proceso en el contexto de un arbitraje internacional.¹⁹

B. Los argumentos de la Comisión Europea a favor del mecanismo inversionista-Estado

Según la Comisión Europea, los litigios comerciales entre la Unión Europea y los Estados Unidos conciernen a las hormonas de crecimiento,

¹⁹ Resolución del Parlamento Europeo, 6 de abril de 2011, sobre la futura política europea en materia de inversiones extranjeras (2010/2203(INI)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0141+0+DOC+XML+V0//ES>.

FLORENCE LÉZÉ

a desacuerdos en materia de Organismos Genéticamente Modificados (OGM), así como a las subvenciones de las grandes industrias aeronáuticas civiles; litigios que conciernen menos del 2% del volumen total de los intercambios bilaterales. En el TTIP, las partes se comprometen abordar los obstáculos al comercio y a las inversiones sobre el mercado transatlántico, de manera bilateral o mediante el mecanismo de solución de diferencias de la OMC.²⁰

En un documento explicativo en lo que concierne a las negociaciones del TTIP en curso, la Dirección General del Comercio de la Comisión Europea explica que el mecanismo de solución de diferencias entre inversionistas y Estados constituye una herramienta de primera categoría para proteger a los inversionistas. El hecho de que un país sea dotado de un sistema jurídico fuerte no garantiza que los inversionistas sean protegidos de la expropiación, la nacionalización o ver a sus inversiones reducidas por la adopción de leyes nacionales, por ejemplo, cuando un producto fabricado por un inversionista extranjero es prohibido de repente, sin indemnización. Si los inversionistas no pueden someter su caso a un tribunal local, no disponen de otra instancia ante la cual recurrir. Por lo tanto, incluir una disposición relativa a la solución de diferencias entre inversionistas y Estados en un acuerdo de inversión, ofrece una garantía a los inversionistas de poder recurrir a tal instancia. A pesar de que la Unión Europea y los Estados Unidos de América son economías desarrolladas, los inversionistas pueden tener problemas que sus jurisdicciones internas no siempre pueden solucionar de manera eficaz. Por eso, la Dirección General del Comercio de la Comisión Europea explica que la inserción en el TTIP de disposiciones que protegen a los inversionistas presenta un real valor agregado. Además, dicho Acuerdo que asociará las dos primeras economías del mundo, servirá de modelo para el futuro. Las medidas de protección a los inversionistas no impedirán que los gobiernos adopten leyes, tampoco les obligará a abrogar otras. Los Estados miembros de la Unión ya han concluido más de mil asociaciones de este tipo, y ocho Estados miem-

²⁰ Commission européenne, "L'Union européenne et les États-Unis: Des partenaires mondiaux, des responsabilités mondiales".

bros firmaron acuerdos en materia de inversión con los Estados Unidos de América.²¹

C. *La posición del Senado francés*

En el contexto de apertura de las negociaciones del TTIP, la Comisión de los Asuntos Europeos del Senado francés, en su informe 577 del 15 de mayo 2013, explica que, en materia de inversión, es preferible evitar la solución de diferencias entre los inversionistas y los Estados, por medio del arbitraje. La cuestión del recurso a dicho mecanismo previsto actualmente por el mandato, deberá ser revisado, en razón de los costos muy elevados que pueden representar para los Estados, como en sus implicaciones políticas: el recurso a un arbitraje privado para solucionar las diferencias entre un Estado y un inversionista tiene el riesgo de cuestionar la capacidad de los Estados para legislar.²²

D. *Los ámbitos de aplicación en el marco del TTIP: las inversiones; las normas del trabajo y el medioambiente; el conjunto del Acuerdo*

El artículo 22 de las Directivas de negociación del Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión trata de las inversiones. El objetivo enunciado para las negociaciones es de:

Negociar disposiciones con miras a liberalizar y proteger las inversiones, inclusive las zonas de competencia mixta, tales como las inversiones de portafolio, los aspectos relacionados con la propiedad y la expropiación, con base en los niveles más elevados de liberalización y las normas más elevadas de protección logradas hasta ahora por

²¹ *Pourquoi l'Union a-t-elle inclus le règlement des différends entre investisseurs et États dans le partenariat transatlantique?*, http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/questions-and-answers/index_fr.htm.

²² Informe del Senado francés núm. 577, sesión ordinaria de 2012-2013, registrado a la Presidencia del Senado el 15 de mayo de 2013, p. 10, <http://www.senat.fr/rap/112-577/112-5771.pdf>.

FLORENCE LÉZÉ

cada parte. Después de una consulta previa con los Estados Miembros y en conformidad con el Tratado de la UE, la inclusión de medidas de protección de las inversiones y del mecanismo de solución de diferencias inversionista-Estado dependerá de los intereses de la UE en cuanto a las cuestiones tratadas en el párrafo 23, así como del equilibrio del futuro acuerdo en su totalidad.

Las Directivas de negociación contienen varios párrafos relativos a un proceso de solución de diferencias entre inversionistas y Estados: dicho mecanismo está previsto para los inversionistas (artículo 23), en las normas en los ámbitos del trabajo y del medio ambiente (artículo 32), y es aplicable al conjunto del Acuerdo (artículo 45). Detallamos estos tres artículos:

El artículo 23 de las Directivas trata de la protección de la inversión y enuncia que las disposiciones respectivas del Acuerdo deberán tener los objetivos siguientes:

Establecer el más alto nivel posible de protección jurídica y de garantía para los inversionistas europeos en los Estados Unidos de América;

Asegurar la promoción de las normas europeas de protección que deberán incrementar lo atractivo de Europa como destino para la inversión extranjera;

Asegurar un nivel igual de acción para los inversionistas tanto en los Estados Unidos como en la UE;

Apoyarse en la experiencia adquirida y las mejores prácticas de los Estados miembros en lo que concierne a sus acuerdos bilaterales de inversión con países terceros;

Finalmente, no deberá perjudicar el derecho de la UE y de los Estados miembros a adoptar y establecer, conforme a sus competencias respectivas, las medidas necesarias para perseguir los objetivos legítimos de política pública, como la seguridad social y el medio ambiente, la estabilidad del sistema financiero, la salud pública y la seguridad, de manera no discriminatoria. El Acuerdo deberá respetar las políticas de la UE y de sus Estados miembros para promover y proteger la diversidad cultural.

Campo de aplicación: el capítulo del Acuerdo relativo a la protección de las inversiones deberá dirigirse a una amplia gama de inversionistas y a sus inversiones, incluyendo los derechos de propiedad intelectual, de manera independiente del hecho que la inversión sea realizada antes o después de la entrada en vigor del Acuerdo.

Normas de tratamiento: las negociaciones deberán incluir particularmente, pero no de manera exclusiva, las normas de tratamiento y las reglas siguientes:

- a) Trato justo y equitativo, inclusive la prohibición de medidas irrazonables, arbitrarias o discriminatorias.
- b) Trato nacional.
- c) Trato de la nación más favorecida.
- d) Protección contra la expropiación directa e indirecta, inclusive el derecho a una indemnización rápida, adecuada y eficaz.
- e) Protección y seguridad entera de los inversionistas y de las inversiones.
- f) Otras disposiciones de protección eficaz, como una "cláusula general".
- g) Libre transferencia de los fondos de capital y de los pagos por los inversionistas.
- h) Reglas relativas a la subrogación.

La aplicación: el Acuerdo deberá incluir un mecanismo de solución de diferencias inversionista-Estado, eficaz y moderno, que garantice la transparencia, la independencia de los árbitros y lo que está previsto por el Acuerdo, inclusive a través la posibilidad para las partes de aplicar una interpretación obligatoria del Acuerdo. La solución de diferencias de Estado a Estado debería ser incluido, pero no deberá impedir el derecho de los inversionistas a deber recurrir a mecanismos de solución de diferencias inversionista-Estado. Deberá proporcionar a los inversionistas una gama de arbitrajes tan amplia que aquellos actualmente disponibles en virtud de los acuerdos bilaterales de inversión de los Estados miembros. El mecanismo de solución de diferencias deberá incluir protecciones contra quejas claramente injustificadas o frívolas.

FLORENCE LÉZÉ

En el marco del Acuerdo, se deberá contemplar la posibilidad de crear un mecanismo de apelación aplicable al mecanismo de solución de las diferencias inversionista-Estado, así como una relación apropiada entre el mecanismo de solución de las diferencias inversionista-Estado y las vías internas de recurso.

Relación con las demás partes del Acuerdo: las disposiciones de protección de las inversiones no deberán estar en relación con los compromisos de acceso al mercado de la inversión tomados en otras partes del Acuerdo. El mecanismo de solución de diferencias inversionista-Estado no se aplicará a las disposiciones de acceso al mercado. Dichos compromisos de acceso al mercado pueden incluir, si es necesario, reglas que prohíben las exigencias de rendimiento. Todas las autoridades y entidades infranacionales (como los estados o los municipios) deberán conformarse de manera eficaz a las disposiciones del capítulo de protección de las inversiones del presente Acuerdo.

En el capítulo relativo al comercio y el medioambiente, el artículo 32 propone la aplicación del mecanismo a las normas del trabajo y el medioambiente:

El Acuerdo comprenderá mecanismos para sostener la promoción del trabajo decente a través la aplicación nacional eficaz de las normas fundamentales del trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), tal como están definidas en la Declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y los derechos fundamentales al trabajo, los Acuerdos multilaterales pertinentes sobre el medioambiente, así como la mejora de la cooperación sobre los aspectos del desarrollo sustentable relacionados con el comercio. La importancia del establecimiento y la aplicación de la legislación nacional sobre el trabajo y el medioambiente deberán también ser subrayadas. También convendría prever disposiciones en apoyo a las normas internacionalmente reconocidas en materia de responsabilidad social de las empresas, así como disposiciones a favor de la conservación, la gestión sustentable y la promoción del comercio legal y sustentable de los recursos naturales, tales como la madera, la fauna o la pesca. El Acuerdo preverá el seguimiento del establecimiento de dichas disposiciones por medio de un mecanismo de participación de la sociedad civil, así como un mecanismo relativo a la solución de las diferencias.

En el capítulo intitulado “Marco institucional y disposiciones finales”, el artículo 45. Solución de diferencias, se menciona que las disposiciones se aplicarán a todas las autoridades públicas. Dicho artículo prevé un mecanismo idéntico para todos los demás aspectos del acuerdo:

El acuerdo incluirá un mecanismo de solución de diferencias apropiado, lo que permitirá que las Partes respeten las reglas convenidas. El acuerdo deberá incluir disposiciones para el recurso de solución de problemas tal como un mecanismo de mediación flexible.²³

4. Conclusiones

Durante los últimos años, el arbitraje relativo a las inversiones se ha desarrollado en los numerosos tratados bilaterales en materia de inversión en vigor en el mundo, en los acuerdos de libre intercambio y otros tratados regionales y multilaterales en dicha materia, como la Carta Europea de la Energía.

En el marco multilateral, la solución satisfactoria mutuamente se busca por un grupo especial compuesto por personas independientes de las partes en litigio. El Órgano de Resolución de las Diferencias (ORD), que es la institución encargada de la administración de las reglas y los procedimientos para la resolución de las diferencias, resuelve el caso. El sistema de la OMC insta un procedimiento de apelación. El informe del Órgano de Apelación tiene fuerza obligatoria (artículo 17.14 del Memorándum). Finalmente, las posibles sanciones previstas en el sistema de la OMC constituyen reales sanciones, ya que la parte demandante podrá contar sobre la autorización automática del ORD (salvo en caso de consenso contrario) para poder recurrir a ello (artículo 22.6 del Memorándum).

El Tratado de Lisboa confiere a la Unión Europea una competencia en materia de negociación de los acuerdos de inversión, lo que permite fijar un nuevo marco para las disposiciones relativas a la protección de las inversiones y la solución de diferencias entre inversionistas y Estados. El Parlamento Europeo, a través de su Resolución del 6 de abril

²³ Traducción de las Directivas, del inglés al español, por Florence Lézé.

FLORENCE LÉZÉ

2011 relativa a la futura política europea en materia de inversiones internacionales, menciona que los futuros acuerdos de inversión deberán incluir las normas de la “no discriminación” (trato nacional y nación más favorecida), que imponen condiciones similares para los inversionistas extranjeros como nacionales; el “trato justo y equitativo”; la protección contra la expropiación directa e indirecta, que permite una compensación en caso de expropiación ilegítima. Se considera que junto a los mecanismos de resolución de conflictos entre Estados, los futuros acuerdos deberán incluir mecanismos entre inversionistas y Estados.

En consecuencia, las Directivas para la negociación relativa al Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión, otorgadas a la Comisión Europea el 17 de junio 2013, y aprobadas por el Consejo de la Unión Europea incluyeron el mecanismo de solución de diferencias entre inversionistas y Estados. Con el argumento de que dicho mecanismo constituye una herramienta importante para proteger los inversionistas, ya que el hecho de que un país sea dotado de un sistema jurídico fuerte no garantiza que los inversionistas sean protegidos contra las expropiaciones en caso de nacionalización, por ejemplo, o bien ver sus inversiones amenazadas por la adopción de leyes nacionales. Por lo tanto, la inserción en un acuerdo de inversión de una disposición relativa a la solución de las diferencias entre inversionistas y Estados garantiza a los inversionistas un recurso ante un tribunal, cuando las jurisdicciones internas no pueden solucionar el conflicto de manera eficaz. La idea es que el TTIP sirva de modelo para futuros acuerdos en el mundo.

Las críticas al mecanismo de solución de diferencias entre inversionistas y Estados, tanto a nivel de la OMC como en el marco de la negociación del TTIP, son numerosas. Por una parte, denuncian el fin del derecho social en provecho del derecho a la competencia, como permitir a las grandes empresas ejercer un control sobre las políticas públicas, ya que los Estados están obligados a dar las mismas ventajas al sector privado si quieren evitar ser multados a favor de dichas empresas. En 2012, se registró la indemnización más elevada hasta ahora de casi 1.8 miles de millones de dólares, en el caso *Occidental vs. Ecuador*, por haber cancelado un contrato petrolero. En el contexto del TLCAN, de 1995 al 2011, México ha sido condenado a pagar millones de dóla-

res a empresas transnacionales en casos de interdicción de productos tóxicos, de explotación del agua, el suelo y la madera. De manera reciente, el número de diferencias entre inversionistas y Estados sometidas al arbitraje internacional ha ido aumentando.

Por lo tanto, se indica que dicho procedimiento permite a las empresas contrarrestar políticas estatales. Además, cuando el Memorandum integra un procedimiento de apelación, las Directivas no establecen ninguna instancia de apelación, al igual de lo previsto en el TLCAN.²⁴ Se acusa a dicho mecanismo de arbitraje privado de retirar a las instituciones oficiales estatales la competencia de definir normas a favor del sector privado.

El artículo 23 de las Directivas asegura que no cuestionará las políticas públicas. Sin embargo, la introducción del “trato nacional” y del “trato de la nación más favorecida”, impide toda política a favor de una empresa local, dada la obligación de los gobiernos de conceder la misma ayuda a los inversionistas extranjeros. Vimos que dicho mecanismo previsto para las inversiones se aplica también a las normas laborales y medioambientales (artículo 32 relativo al comercio y el desarrollo sustentable), así como al Acuerdo en su conjunto (artículo 45 sobre marco institucional y disposiciones finales).

El 16 de septiembre 2015, la Unión Europea propuso su versión de la Corte para las Inversiones, llamada Investment Court System (ICS),²⁵ cuyas decisiones serían obligatorias (artículo 30.1). En febrero de 2016, la Asociación Alemana de los Magistrados (DRB) rechazó dicha propuesta de la Comisión Europea de establecer una Corte para las Inversionistas, invocando la razón de que no existe ninguna base legal para crear dicho tribunal privado. Además, el dictamen 1/09 del 8 de marzo 2011, pfo. 70, de la Corte Europea estableciendo una Corte Europea de Patentes, dota la Unión de un sistema completo de vías de recursos y procedimientos destinados a asegurar la legalidad de los actos de las instituciones. Por lo tanto, la Asociación de magistrados alemanes estima que los ICS constituirán un tribunal fuera del marco ins-

²⁴ Véase el TLCAN, sección B: Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte, artículo 1115 a 1124.

²⁵ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_en.htm.

FLORENCE LÉZÉ

titucional con su propia personalidad jurídica. Los Estados miembros de la Unión son Estados de derecho que garantizan el acceso a la justicia, por lo tanto, pueden garantizar el acceso a la justicia de los inversionistas. No es necesario crear una jurisdicción afuera que sólo permitiría a los inversionistas escapar al derecho de los Estados. La Asociación pide a los legisladores de Alemania y de Europa de restringir de manera significativa el recurso al arbitraje en el marco de la protección de los inversionistas extranjeros. La independencia de los jueces está en juego. Ni el procedimiento propuesto para el nombramiento de los jueces del ICS, ni su estatuto satisfacen las exigencias internacionales para garantizar la independencia de los tribunales, dice. De esta manera, el ICS no aparece como una Corte internacional, sino más bien como un tribunal de arbitraje. Las decisiones tomadas por el ICS relevan al derecho civil, al derecho administrativo, al derecho del trabajo, al derecho social y al derecho fiscal.²⁶

5. Bibliografía

CANAL-FORGUES, Eric, *Le règlement des différends à l'OMC*, París, Bruylant, 2003.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL COMERCIO Y EL DESARROLLO (CNUCED), *Différends entre investisseurs et États: Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage. Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement*, 2010, http://unctad.org/fr/docs/diaeia200911_fr.pdf.

COMISIÓN EUROPEA, "L'Union européenne et les États-Unis : Des partenaires mondiaux, des responsabilités mondiales", *Pourquoi l'Union a-t-elle inclus le règlement des différends entre investisseurs et États dans le partenariat transatlantique?*, http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/questions-and-answers/index_fr.htm.

———, *Fiche d'information. Protection des investissements et règlement des différends entre investisseurs et États dans les accords*

²⁶ *Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP – Vorschlag der Europäischen Kommission vom 16.09.2015 und 12.11.2015, Nr. 04/16, Februar 2016*, <http://www.drj.de/cms/index.php?id=952>. Versión en inglés: <http://bilaterals.org/?opinion-on-the-establishment-of-an&lang=en>.

- de l'UE, novembre de 2013, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc_152016.pdf.
- Directives Pour la Négociation du Partenariat Transatlantique sur le Commerce et l'Investissement entre l'Union Européenne et les Etats-Unis d'Amerique*, Document du 17 juin 2013 du Conseil de l'UE, adoptada el 14 de junio de 2013, <http://insidetrade.com>.
- JENNAR, Raoul Marc, <http://www.jennar.fr/>.
- MUCLINSKI, P. T., *Multinational Enterprises & the Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2007.
- OMC, "Module de Formation au Système de Règlement des Différends: Chapitre 2, Historique du système de règlement des différends de l'OMC", http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c2s2p1_f.htm.
- , Memorándum de Acuerdo sobre las Reglas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias.
- PublicCitizen, "Table of Foreign Investor-State cases and claims under NAFTA and other U.S. 'Trade' deals", agosto de 2013, <https://www.citizen.org/documents/investor-state-chart.pdf>.
- , "Renco Uses U.S.-Peru FTA to Evade Justice for La Oroya Pollution", <https://www.citizen.org/documents/renco-la-oroya-memo.pdf>.
- SENADO FRANCÉS, Informe núm. 577, sesión ordinaria de 2012-2013, registrado a la Presidencia del Senado el 15 de mayo de 2013.
- SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2004.
- UNCTAD, "Recent developments in international investment agreements (2007–June 2008)", *IIA Monitor*, núm. 2, 2008, http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20081_en.pdf.
- , "Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement", *IIA Monitor*, núm. 4, 2006, http://www.unctad.org/sections/dite_pcbp/docs/webiteia200611_en.pdf.
- , "Recent Developments in International Investment Agreements", *IIA Monitor*, núm. 2, 2005, http://www.unctad.org/en/docs/webiteit20051_en.pdf.