



## RESPUESTA DEL GOBIERNO

### (184) PREGUNTA ESCRITA CONGRESO

184/24058

28/11/2017

61139

**AUTOR/A:** BUSTINDUY AMADOR, Pablo (GCUP-ECP-EM)

#### RESPUESTA:

En relación con la pregunta de referencia, cabe informar a Su Señoría que actualmente resulta prematuro ofrecer una cifra probable sobre la cuantía a la que podría ascender lo que eventualmente tendría que pagar el Reino de España, en el hipotético caso de que todos los procedimientos se resolvieran a favor del demandante. Los problemas que se plantean en cuanto a consistencia y coherencia del actual sistema dificultan enormemente dicho cálculo. Por ello, la Unión Europea y Canadá están copatrocinando en un foro de Naciones Unidas (en concreto UNCITRAL) un proceso de reforma del sistema de resolución de controversias inversor-Estado, que eventualmente podría conducir a la creación de un Tribunal Multilateral de Inversiones. La Recomendación de decisión del Consejo que se menciona en dicha pregunta obedece a la otorgación de un mandato negociador en relación con dicho proceso.

Cabe informar que las principales preocupaciones manifestadas en la consulta pública organizada por la Comisión Europea, pueden ser consultadas en el siguiente enlace:

<https://ec.europa.eu/eusurvey/publication/multilateralinvestmentcourt>

Por otra parte, la necesidad de la reforma del instrumento de arbitraje de diferencias Inversor-Estado (ISDS) ha sido reconocida en varios foros especializados en política de inversión (como la UNCTAD, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos -OCDE- y el Banco Mundial). Las preocupaciones generales expresadas dentro de la Unión Europea (UE) y en otras partes del mundo sobre la legitimidad e independencia del sistema ISDS no se abordarán de manera tan efectiva mediante reformas a nivel bilateral o regional como a través de una solución permanente encontrada a nivel multilateral.

Por todo ello, la Comisión Europea decidió poner en marcha los mecanismos previstos en la normativa de la UE para impulsar la consecución de un Tribunal Multilateral de Inversiones y, en particular, los mecanismos de participación de todos los agentes concernidos (stakeholders en la terminología anglosajona), que desearan manifestar su opinión al respecto.

En la Sesión plenaria del Grupo II Arbitraje y Conciliación de UNCITRAL de 10 de julio de 2017, con un papel de liderazgo de la Comisión Europea y de Canadá, la inmensa mayoría de los países que tomaron la palabra (de todas las áreas regionales del mundo y de niveles de desarrollo y ámbitos culturales muy diversos) mostraron enfoques muy similares a los de la Comisión Europea y Canadá y apoyaron abiertamente que se trabaje sobre la posible



reforma del ISDS, sin prejuzgar soluciones, enfatizando la conveniencia de un enfoque gradual y de un mandato amplio para el grupo de trabajo, coincidiendo también con la UE y Canadá en poner énfasis en la “inclusividad” y en que se contara también con el input de otras organizaciones internacionales con conocimientos en materia de ISDS. En esta sesión, sólo EE.UU. y, en un primer momento Japón, manifestaron su oposición al proceso de creación de un Tribunal Multilateral de Inversiones. Todas esas ideas fueron recogidas en un mandato (en este caso al Grupo III de UNCITRAL), en el que se incluyó también la idea (puesta inicialmente en circulación por España hace muchos meses) de que el proceso sea government-led.

Respecto a la reacción de los Estados miembros y el Consejo Europeo a la propuesta de la Comisión Europea y a la pregunta sobre medios o medidas legales alternativas que podría proponer el Gobierno para mejorar la situación actual, hay que decir que la propuesta de trabajar en UNCITRAL para reformar el mecanismo de resolución de controversias inversor-Estado (y eventualmente crear un Tribunal Multilateral de Inversiones) es el resultado de un largo trabajo conjunto de la Comisión Europea con los Estados Miembros, teniendo muy en cuenta las contribuciones aportadas por la sociedad civil, por lo que se puede decir que, en sentido estricto, la propuesta de la UE ha sido hecha suya por todos los Estados Miembros, incluida España.

Con relación a lo que ocurriría con los Sistemas de Tribunales de Inversión establecidos en los acuerdos de la UE en materia de comercio e inversión, cabe indicar que, una vez operativo, el tribunal multilateral de inversiones sustituiría a los Sistemas de Tribunales de Inversión bilaterales que se hayan incluido en los acuerdos a nivel de la UE y cualesquiera otros mecanismos de resolución de litigios incluidos en acuerdos de inversión de los Estados miembros de la UE o en los tratados de inversión entre terceros países. En concreto, los recientes acuerdos de la UE con Vietnam y Canadá incluyen disposiciones que prevén la transición desde el actual Sistema del Tribunal de Inversiones a un tribunal multilateral permanente de inversiones que les haga comprometerse a cooperar con la UE para crear un futuro tribunal multilateral de inversiones. La UE incluye referencias similares en todas sus negociaciones relacionadas con inversiones.

En cuanto a los tratados bilaterales de inversión (los intra-EU BITS) y las inversiones de inversores europeos en países de la UE cubiertos por la Carta Europea de la Energía, la posición de la Comisión Europea es que queden excluidos de la jurisdicción del Tribunal Multilateral de Inversiones.

En relación con los vínculos existentes entre el tribunal multilateral de inversiones y las jurisdicciones nacionales, ambos procedimientos son vías alternativas. O se elige una o se elige otra. Lo que hay que evitar (y es una de las razones de querer reformar el actual sistema) es que inversores domésticos utilicen el sistema ISDS, sirviéndose de instrumentos societarios ad hoc, domiciliados en el extranjero, constituidos con la única finalidad de litigar con el propio Estado haciendo uso de un mecanismo previsto para inversores extranjeros.



Respecto a los cambios que prevé el Gobierno sobre el acceso a los mecanismos de resolución de litigios, los procedimientos y la ejecución de decisiones, cabe informar que en este momento no se puede prejuizar el resultado de una negociación multilateral tan compleja y previsiblemente larga, como la que se puso en marcha en UNCITRAL la última semana de noviembre. No obstante se espera que el resultado sea un sistema más coherente, transparente, inclusivo, eficiente y, en definitiva, más justo que el actual. También previsiblemente será un sistema en el que las pequeñas y medianas empresas tengan más fácil el acceso al mismo.

Cabe señalar que la OCDE, la UNCTAD, la propia UNCITRAL y la UE han manifestado a través de numerosos documentos los problemas del actual sistema ISDS, pero al mismo tiempo no han cuestionado la utilidad y conveniencia de su existencia. De hecho, el actual régimen internacional de inversiones se compone de casi 3.000 tratados de inversión actualmente en vigor, que son instrumentos jurídicos de Derecho Internacional Público y que crean una relación de Derecho Público entre los inversores y los Estados que reciben la inversión. Esos Acuerdos Internacionales de Inversión son concluidos por sujetos de Derecho Internacional Público, actuando en ejercicio de su soberanía y proporcionan ciertos estándares de protección a los inversores que, en caso de ser violados por una norma de un Estado, puede implicar una reparación a través de una compensación económica al inversor.

La Comisión Europea y sus Estados miembros, junto con Canadá, son desde hace algún tiempo quienes están recordando en el escenario internacional que la solución dada a cuestiones similares de Derecho Público, en el ámbito internacional, es a través de un mecanismo judicial de resolución de disputas y ponen como ejemplos la Corte Europea de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ambos tribunales se configuran como tribunales permanentes, con jueces a tiempo completo, designados por los Estados de sus respectivas Convenciones y permiten reclamaciones (*mutatis mutandis*) “similares” a las de los Acuerdos Internacionales de Inversión. Es decir, particulares pueden plantear reclamaciones ante acciones de los Estados.

Cabe señalar que el ISDS actual, a pesar de los rasgos claros de naturaleza pública que constan en su “ADN” (y que han sido señalados antes) utiliza sistemas inspirados en el arbitraje comercial. La política actual de la UE de incluir, en cada Acuerdo de Libre Comercio de la UE o un acuerdo de inversión autónomo, un sistema reformado y transparente constituye ya un avance muy importante para proporcionar una forma alternativa de resolución de conflictos en comparación con el sistema ad hoc ISDS que ha estado vigente durante los últimos 50 años.

En relación con la posibilidad de incluir demandas reconventionales, en esta primera ronda negociadora, en la que se buscaba hacer un ejercicio amplio de análisis de los principales problemas del actual ISDS, simplemente se tomó nota del interés de numerosas delegaciones en incluir este tipo de demandas, al mismo tiempo que se constató la dificultad práctica de dar forma concreta a su inclusión en el nuevo ISDS.

Finalmente cabe indicar que UNCITRAL forma parte del esquema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y ello le dota de un componente de inclusividad que el Gobierno valora como muy positivo para que se desarrolle en su seno la negociación del



proceso de reforma del ISDS. Adicionalmente, dentro de la ONU, UNCITRAL ha adquirido un bien ganando prestigio en cuanto a una alta cualificación técnica en sus trabajos y, en particular en aquellas materias que han tenido que ver con el sistema ISDS.

Madrid, 13 de febrero de 2018