

Bruselas, 13.1.2015  
SWD(2015) 3 draft

## DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN

### Informe

**Consulta pública en línea sobre la protección de las inversiones y la solución de diferencias entre inversores y Estados en el Acuerdo de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI)**

### *Informe*

**Consulta pública en línea sobre la protección de las inversiones y la solución de diferencias entre inversores y Estados en el Acuerdo de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI)**

13 de enero de 2015

### Resumen

Las directrices de negociación<sup>1</sup> de la ATCI contemplan la inclusión de la protección de las inversiones y de la solución de diferencias entre inversores y Estados (*investor-to-state dispute settlement*, ISDS), si se cumplen varias condiciones. La protección de las inversiones y la ISDS en el marco de la ATCI han sido objeto de un encendido debate público en la UE. Por consiguiente, la Comisión llevó a cabo una consulta pública entre

---

<sup>1</sup> <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/es/pdf>

el 27 de marzo y el 13 de julio de 2014, a fin de seguir desarrollando el planteamiento de la UE sobre estas cuestiones importantes para los europeos. La consulta exponía un posible planteamiento de la UE (en lo sucesivo, «el planteamiento de la UE propuesto» o «el planteamiento propuesto»), y pedía opiniones sobre si este planteamiento de la UE propuesto, que difiere sustancialmente del de otros acuerdos que contienen cláusulas tradicionales de protección de las inversiones y de ISDS, permitiría alcanzar el adecuado equilibrio entre la protección de los inversores y la salvaguardia del derecho de la UE y de los Estados miembros a regular en interés público. Cabe recordar que el planteamiento de la UE propuesto en materia de protección de las inversiones y de ISDS se ha elaborado también a la luz de la experiencia adquirida sobre el arbitraje en los numerosos acuerdos existentes, que a veces ha sido objeto de controversia. La UE, en el ejercicio de la competencia prevista en el Tratado de Lisboa, tiene la oportunidad de establecer un régimen reformado en toda la UE, que reemplazará gradualmente a los tratados vigentes de los Estados miembros.

Se incluía un texto de referencia basado en el proyecto de Acuerdo entre la UE y Canadá (CETA) para facilitar la participación en la consulta e ilustrar elementos del planteamiento innovador propuesto por la UE<sup>2</sup>.

La consulta estaba estructurada en torno a doce cuestiones clave que abarcaban tanto cuestiones sustantivas sobre protección de las inversiones como cuestiones sobre la ISDS. También incluía una pregunta general abierta, que permitía a los participantes en la consulta formular consideraciones generales.

En el presente informe, los servicios de la Comisión resumen de los resultados de la consulta.

La Comisión ha recibido casi 150 000 respuestas. Todas las respuestas han sido tenidas en cuenta en igualdad de condiciones. La gran mayoría, alrededor de 145 000 respuestas (un 97 %), se han presentado de forma colectiva a través de diversas plataformas en línea con respuestas preestablecidas a las que se adherían los participantes en la consulta. La Comisión ha recibido también respuestas individuales de más de 3 000 ciudadanos y de unas 450 organizaciones que representan un amplio espectro de la sociedad civil de la UE (organizaciones empresariales, sindicatos, asociaciones de consumidores, bufetes de abogados, personal académico, etc.).

En términos generales, las respuestas contienen tres tipos de observaciones.

Aunque el alcance de la consulta se limita a la propuesta de estrategia de la UE en materia de protección de las inversiones y la ISDS en la ATCI, una primera categoría de observaciones muestra oposición o preocupación por la ATCI en general. Dichos puntos de vista también surgieron en la anterior consulta de la Comisión sobre la ATCI.

---

<sup>2</sup> [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc\\_152280.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152280.pdf)

Aunque se toma nota de estas opiniones, en adelante la evaluación de esta consulta tiene que centrarse en las afirmaciones expuestas en relación con los aspectos concretos presentados para las cuestiones planteadas.

Una segunda categoría pone de manifiesto preocupaciones u oposición por lo que respecta a la protección de las inversiones y la ISDS en la ATCI. Se recuerda que la presente consulta tiene lugar en unas circunstancias específicas en las que los Estados miembros han decidido encargar por unanimidad a la Comisión que negocie la protección de las inversiones y la ISDS en la ATCI, a condición de que el resultado final responda a los intereses de la UE. Las directrices de negociación incluyen, por lo tanto, un elemento de condicionalidad y dejan claro que la decisión sobre la conveniencia o no de incluir la ISDS se tomará durante la fase final de las negociaciones. Esta segunda categoría de respuestas aborda una cuestión más amplia que la que fue objeto de la consulta. En consecuencia, esta cuestión debe responderse en sentido amplio, en vista de los esfuerzos en curso de la UE para reformar sustancialmente el sistema de protección de las inversiones y el mecanismo de ISDS y una evaluación de dichos esfuerzos.

Una tercera categoría contiene puntos de vista específicos en relación con los diferentes aspectos expresados en cada pregunta, a menudo acompañados de propuestas concretas para el futuro. El panorama que se perfila de estas respuestas ofrece una mayor gama de puntos de vista. No hay unanimidad entre las distintas categorías de participantes ni, en ocasiones, incluso dentro de una misma categoría. Por ejemplo, algunos participantes consideran que el planteamiento de la UE propuesto es insuficiente para abordar determinados problemas relacionados con el derecho a regular, mientras que otros advierten del riesgo de reducir demasiado la protección otorgada a los inversores. Las opiniones están divididas con respecto a casi todas las preguntas.

Sobre esta base, sin perjuicio de otras cuestiones, existen cuatro ámbitos en particular en los que deben explorarse nuevas mejoras:

- la protección del derecho a legislar;
- el establecimiento y funcionamiento de los tribunales arbitrales;
- la relación entre los sistemas judiciales nacionales y la ISDS; y
- la revisión de los laudos de ISDS por un mecanismo de apelación.

Por tanto, en el primer trimestre de 2015, los servicios de la Comisión tienen intención de seguir consultando a las partes interesadas de la UE, los Estados miembros de la UE y el Parlamento Europeo sobre las citadas cuestiones, como parte de un debate más amplio sobre la protección de las inversiones y la ISDS en la ATCI a fin de que la Comisión pueda elaborar propuestas concretas para las negociaciones de la ATCI. Es importante recordar que actualmente no se está negociando esta cuestión. El desarrollo de un nuevo planteamiento en materia de protección de las inversiones y la ISDS que responda plenamente a los intereses de la UE y sea totalmente conforme con el

compromiso asumido frente al Parlamento Europeo es un objetivo clave de las negociaciones de la ATCI.

## ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO	5
2.	RESUMEN DEL NÚMERO Y LA TIPOLOGÍA DE LOS PARTICIPANTES	6
2.1.	Resumen del total de respuestas	6
2.2.	Respuestas colectivas y dificultades técnicas	7
2.3.	Tipología de los participantes	8
3.	RESUMEN DE LOS PRINCIPALES RESULTADOS DE LA CONSULTA	11
3.1.	Consideraciones generales	11
3.2.	Consideraciones específicas	13
4.	ÁMBITOS DE FUTUROS TRABAJOS	24

[ANEXO I. METODOLOGÍA Y PRESENTACIÓN DE LAS CONCLUSIONES](#)  
(SOLO EN INGLÉS)

[ANEXO II. PRESENTACIÓN DE LAS RESPUESTAS DE CIUDADANOS INDIVIDUALES](#)  
(SOLO EN INGLÉS)

[ANEXO III. PRESENTACIÓN DE LAS RESPUESTAS A CADA UNA DE LAS PREGUNTAS](#)  
(SOLO EN INGLÉS)

## Lista de abreviaturas

ACEA	<i>Association des constructeurs européens d'automobiles</i> (la asociación de fabricantes europeos de automóviles)
ADPIC	Aspectos de los derechos de propiedad intelectual e industrial relacionados con el comercio
AGCS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (General Agreement on Trade in Services)
ALC	Acuerdo de libre comercio
ATCI	Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión
BEUC	<i>Bureau européen des unions de consommateurs</i> (Oficina Europea de Uniones de Consumidores)
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEEP	Centro Europeo de Empresas Públicas y de Empresas de Interés Económico General
CEFIC	<i>Conseil Européen des Fédérations de l'Industrie Chimique</i> , Consejo Europeo de Federaciones de la industria química (la asociación europea de la industria química)
CES	Confederación Europea de Sindicatos
CETA	Acuerdo Económico y Comercial Global entre la EU y Canadá
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CNCD	Centro nacional de cooperación para el desarrollo
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
DPI	Derechos de propiedad intelectual
DTC	Diálogo Transatlántico de los Consumidores
EBTTB	Erosión de la base tributaria y traslado de beneficios
ECT	Tratado sobre la Carta de la Energía
EE.UU.	Estados Unidos de América
EFILA	Federación europea del Derecho de las inversiones y el arbitraje

EM	Estados miembros
ETUCE	Comité sindical europeo de la educación
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio ( <i>General Agreement on Tariffs and Trade</i> )
IBA	Colegio de abogados internacional (International Bar Association)
IED	Inversión extranjera directa
IIED	Instituto Internacional para el Medio Ambiente y el Desarrollo (International Institute for Environment and Development)
IISD	Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible ( <i>International Institute for Sustainable Development</i> )
ISDS	Solución de diferencias entre inversores y Estados ( <i>Investor-to-state Dispute Settlement</i> )
NHS	Servicio Nacional de Salud
NMF	Nación más favorecida
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de Naciones Unidas
Pymes	Pequeñas y Medianas Empresas
SG	Secretario General
TIB	Tratado de inversión bilateral
TJE	Trato justo y equitativo
TN	Trato nacional
UE	Unión Europea
UK	Reino Unido

## 1. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO

En junio de 2013, el Consejo autorizó por unanimidad a la Comisión Europea a negociar el Acuerdo de Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI). Las directrices de negociación indican que la ATCI debe incluir la protección de las inversiones y la solución de diferencias entre inversores y Estados (*investor-to-state dispute settlement*, ISDS), a condición de que el resultado final responda a los intereses de la UE.

Dado el gran interés del público en la cuestión de la protección de las inversiones y la solución de diferencias entre inversores y Estados (ISDS), la Comisión puso en marcha una consulta pública sobre un posible planteamiento (en lo sucesivo: «el planteamiento de la UE propuesto» o «el planteamiento propuesto») y solicitó información sobre una serie de elementos innovadores (en comparación con las prácticas existentes de los Estados miembros de la UE) incluidos en dicho planteamiento propuesto, que podrían servir de base en las negociaciones de la ATCI.

La consulta pública se inició el 27 de marzo de 2014 y concluyó el 13 de julio de 2014<sup>3</sup>.

La consulta estaba abierta a todas las partes interesadas y todos los ciudadanos de la UE. Estaba disponible en todas las lenguas de la UE. La Comisión solicitó aportaciones estructuradas en torno a doce cuestiones clave, a saber:

1. Campo de aplicación de las disposiciones sustantivas sobre protección de las inversiones
2. Trato no discriminatorio a los inversores
3. Trato justo y equitativo
4. Expropiación
5. Garantía del derecho a regular y protección de las inversiones
6. Transparencia en la ISDS, recursos múltiples y relación con los tribunales nacionales
7. Ética de los árbitros
8. Conducta y cualificaciones
9. Reducir el riesgo de recursos insustanciales e infundados
10. Permitir que sigan adelante los recursos (filtrado)
11. Orientaciones de las Partes sobre la interpretación del Acuerdo
12. Mecanismo de apelación y coherencia de las resoluciones

---

<sup>3</sup> Para el conjunto de los documentos de la consulta, véase:  
[http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul\\_id=179](http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=179)



Además, una última pregunta abierta permitía a los participantes presentar opiniones generales sobre la protección de las inversiones y la ISDS en la ATCI.

Para cada cuestión, la consulta proporcionaba una explicación introductoria, una descripción del planteamiento de la mayoría de acuerdos de inversión, una descripción de los objetivos de la UE para la ATCI y una serie de textos de referencia para ilustrar la manera en que dicha cuestión podía abordarse en lenguaje jurídico.

En el presente informe se presentan las respuestas a la consulta recibidas por los servicios de la Comisión. Estos puntos de vista no deben necesariamente considerarse los puntos de vista de la Comisión Europea y sus servicios. El informe proporciona una visión general del número y la tipología de los participantes y un resumen general de las respuestas, y establece los ámbitos en los que los servicios de la Comisión desean consultar de nuevo a las partes interesadas, los Estados miembros de la UE y el Parlamento Europeo, para que la Comisión pueda definir la posición de la UE en las negociaciones sobre la protección de las inversiones y la ISDS en la ATCI.

En un anexo se exponen la metodología seguida para el análisis de las respuestas y la presentación de los resultados. Un segundo anexo presenta detalladamente, para cada una de las preguntas que se plantean en la consulta, los puntos de vista de las distintas categorías de participantes. Asimismo, ofrece un resumen de las respuestas de los ciudadanos individuales.

## **2. RESUMEN DEL NÚMERO Y LA TIPOLOGÍA DE LOS PARTICIPANTES**

### **2.1. Resumen del total de respuestas**

La consulta ha movilizó a la sociedad civil de la UE a unos niveles sin precedentes en las consultas públicas organizadas por la Comisión. La Comisión ha recibido casi 150 000 respuestas.

Han respondido a la consulta participantes de los 28 Estados miembros de la UE. El mayor número de respuestas proceden del Reino Unido, seguidas de las respuestas de Austria, Alemania, Francia, Bélgica, Países Bajos y España, que conjuntamente representan el 97 % de las respuestas<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Una descripción estadística detallada se publicó poco después de la conclusión de la consulta, véase: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc\\_152693.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc_152693.pdf)

**Cuadro 1: Distribución de respuestas - por Estado miembro**

Estado miembro	Número de respuestas	% del total
Reino Unido	52 008	34,8 %
Austria	33 753	22,6 %
Alemania	32 513	21,8 %
Francia	9 791	6,5 %
Bélgica	9 397	6,3 %
Países Bajos	4 906	3,3 %
España	2 537	1,7 %
<b>Total</b>	<b>144 905</b>	<b>97,0 %</b>
Otros Estados miembros	4 494	3,0 %
<b>Total</b>	<b>149 399</b>	<b>100,0 %</b>

## 2.2. Respuestas colectivas y dificultades técnicas

Se ha podido comprobar que un número muy elevado de respuestas (en torno a **145 000**) se presentaron conjuntamente a través de diversas organizaciones no gubernamentales (ONG). Estas organizaciones facilitaban respuestas preestablecidas a las que se adherían los participantes. Dichas ONG ofrecían programas y plataformas en línea, a menudo con respuestas preparadas, que permitían cargar las respuestas directamente en la base de datos de la consulta pública, de modo que se podían presentar un número muy significativo de respuestas en un plazo de tiempo breve. Cabe observar que, aunque la gran mayoría de estas respuestas han sido introducidas por ciudadanos individuales, algunas de ellas han sido introducidas por diversas organizaciones (véase el cuadro 2). Todas las contribuciones se han tenido en cuenta como válidas.

Las respuestas colectivas pueden agruparse como sigue:

- Unas **70 000** respuestas con siete lotes diferentes, presentadas a través de ocho ONG diferentes. Cada lote contenía respuestas **idénticas** o muy similares a las 13 preguntas.
- Unas **50 000** respuestas presentadas a través de una ONG siguen una línea diferente. Las preguntas 1 a 12 se responden con una declaración general, a saber: «Sin comentarios, no creo que la ISDS deba formar parte de la ATCI», mientras que se dan diferentes respuestas a la última pregunta (nº 13 - evaluación general).
- Por último, unas **25 000** respuestas presentan características similares, a saber, no responden a las preguntas 1 a 12, sino únicamente a la pregunta 13. Las respuestas a la pregunta 13 son diferentes, pero la mayoría de ellas expresan puntos de vista similares. No ha sido posible identificar la fuente de estas respuestas. Sin embargo, habida cuenta de las semejanzas con las demás respuestas colectivas, también se consideran respuestas colectivas a efectos del presente informe.

Debido al gran número de respuestas cargadas simultáneamente en la base de datos, el sitio web de la consulta pública no estuvo disponible durante dos horas el 3 de julio de

2014. Para remediar los inconvenientes causados por este incidente técnico, los servicios de la Comisión decidieron prorrogar la duración de la consulta una semana. Durante esta semana, muchos participantes reenviaron sus respuestas. No obstante, dado que algunas de estas respuestas ya se habían registrado la primera vez que se presentaron, al término de la consulta había más de **6 000 duplicados exactos** (es decir, el mismo texto enviado dos veces por el mismo participante). Se decidió eliminar los duplicados del total de las respuestas a los efectos del análisis subsiguiente y de las estadísticas oficiales.

Además de las respuestas colectivas, la base de datos de la consulta también registró **3 144 respuestas individuales de ciudadanos de la UE y 445 respuestas individuales** de diversas organizaciones, tales como ONG, universidades, empresas, organizaciones sindicales, asociaciones de protección de los consumidores, asociaciones empresariales, etc. A efectos de la presentación de las conclusiones, se hace referencia a estos tipos de respuestas como «respuestas individuales de ciudadanos» y «respuestas individuales de organizaciones».

### 2.3. Tipología de los participantes

La distribución detallada de las respuestas por categoría de participante es la siguiente:

**Cuadro 2: Distribución de los participantes por categoría**

<b>Tipo de participante</b>	<b>Total de respuestas</b>
Ciudadanos	148 830
Organizaciones, de las cuales:	569
<i>Ámbito académico</i>	8
<i>Empresas</i>	60
<i>Empresas de consultoría</i>	15
<i>Organismos públicos y autoridades reguladoras</i>	11
<i>Bufetes de abogados</i>	7
<i>Organizaciones No Gubernamentales</i>	180
<i>Asociaciones profesionales que representan a empresas de la UE</i>	66
<i>Sindicatos u organizaciones que representan a sindicatos de la UE</i>	42
<i>Organizaciones no gubernamentales que representan a otras ONG</i>	22
<i>Laboratorios de ideas (think tanks)</i>	21
<i>Otras organizaciones</i>	137
Total de duplicados exactos (respuestas enviadas dos veces)	6 346
Total de respuestas colectivas (sin los duplicados)	139 464
Total de respuestas individuales	3 589

Durante el proceso de análisis se han identificado doce duplicados, aunque no afectan a los resultados presentados en el presente informe.

Solo un reducido número de participantes (menos del 1 % del total) indican haber realizado una inversión en Estados Unidos.

Las organizaciones que han respondido son muy diversas por naturaleza, finalidad y tamaño pero, consideradas en su conjunto, parecen representar a amplios sectores de la sociedad civil europea.

Cabe señalar que la clasificación de los diferentes tipos de organizaciones se determina exclusivamente por lo que los propios participantes declaran en el formulario en línea disponible a efectos de la consulta en el sitio web de la Comisión.

A título ilustrativo, cabe destacar los siguientes elementos en lo que atañe a la tipología de los participantes:

#### *Ámbito académico*

El ámbito académico incluye un grupo de 120 expertos académicos en Derecho comercial y de inversión, Derecho de la UE, Derecho internacional y derechos humanos, Derecho constitucional, Derecho privado, Economía política y otros ámbitos (que presentaron una respuesta conjunta); el Departamento de Derecho comparado, internacional y europeo - Sección de Derecho internacional y relaciones internacionales, de la Universidad de Viena y el Observatorio sobre la Protección Jurídica de Inversiones en el Exterior, Universidad Pontificia de Comillas (ICAI-ICADE), Madrid (España).

#### *Empresas*

Los servicios de la Comisión también han recibido respuestas de 60 empresas individuales, incluidas 27 microempresas (de menos de 10 empleados), 14 pymes y 19 grandes empresas. Estas últimas incluyen grandes multinacionales de la UE (por ejemplo, Total, Alstom, Veolia, GDF-Suez, Versalis, Daimler, Iberdrola, Repsol) y de terceros países (por ejemplo, Chevron, Japan Tobacco, Philip Morris), muchas de las cuales se han visto envueltas en los asuntos de ISDS de gran visibilidad.

#### *Consumidores*

Los intereses de los consumidores han estado representados, entre otros, por el *Bureau Européen des Unions de Consommateurs* (BEUC), el Diálogo Transatlántico de los Consumidores (DTC) y la Federación europea de usuarios de servicios financieros (Better Finance).

#### *Asociaciones empresariales*

Entre las asociaciones empresariales, cabe citar a BusinessEurope y al Consejo Empresarial Transatlántico, así como un número importante de cámaras de comercio de

varios Estados miembros (por ejemplo, Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, los Países Bajos, España, Suecia y Reino Unido). También se han recibido respuestas de muchas organizaciones de sectores o ámbitos específicos, como los servicios, los productos químicos, la alimentación, las bebidas alcohólicas, la venta al por menor, el petróleo y el gas, la automoción, las TIC, los metales no ferrosos y la edición. También han participado dos asociaciones que representan a servicios públicos: Aqua Publica Europea (la asociación europea de los operadores públicos de agua) y el Centro Europeo de Empresas Públicas y de Empresas de Interés Económico General (CEEP).

Entre las asociaciones comerciales a nivel europeo que han participado en la consulta cabe citar a ACEA (fabricantes de automóviles), DigitalEurope (tecnologías de la información), CEFIC (industria química), Eurométaux (metales no ferrosos) y el Foro europeo de servicios.

#### Organismos gubernamentales

Han respondido organismos gubernamentales regionales y parlamentos regionales o partidos políticos de una región alemana (Baviera) y una austríaca (Vorarlberg), un partido político del Parlamento alemán y otro de una región de Alemania, el Parlamento de Baviera y las ciudades de Múnich y Nantes.

#### Organizaciones no gubernamentales

Han participado en la consulta organizaciones no gubernamentales (ONG) de todos los principales sectores. Dos tercios de las mismas tenían menos de 500 miembros, mientras que otras eran paneuropeas. En particular, han participado las principales organizaciones medioambientales de la UE, como la Oficina Europea de Medio Ambiente, Greenpeace, Amigos de la Tierra Europa y la Federación Europea de Transporte y Medio Ambiente.

Entre las ONG nacionales, han participado en particular las alemanas Naturschutzbund, Greenpeace Alemania, la Federación de Organizaciones Alemanas de Consumidores (Verbraucherzentrale Bundesverband), las belgas CNCD 11.11.11, Ligue des Droits de l'Homme, Mouvement Ouvrier Chrétien, Wereldsolidariteit, las francesas Union Fédérale des Consommateurs, Attac y Amis de la Terre, las británicas War on Want y Trade Justice Movement, Amigos de la Tierra de Finlandia, el Consejo danés de los consumidores y Médicos sin Fronteras - campaña Access.

Entre las ONG de países no pertenecientes a la UE que han participado en la consulta, cabe citar la estadounidense Public Citizen y las canadienses Council of Canadians y Trade Justice Network.

Entre las contribuciones de laboratorios de ideas cabe citar las del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDS), el Instituto Internacional para el Medio Ambiente y el Desarrollo (IIED) y el Instituto de Mediación Internacional (que no respondió a las preguntas pero presentó un conjunto de directrices recomendadas para la mediación).

### Sindicatos

Entre los sindicatos, cabe citar la principal organización central de sindicatos europeos, la Confederación Europea de Sindicatos (CES). También han participado directamente en el proceso de consulta muchas organizaciones nacionales, por ejemplo de Austria, Bélgica, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Suecia y el Reino Unido.

También han respondido sindicatos que representan a sectores específicos, por ejemplo en las siguientes actividades: educación (Comité sindical europeo de la educación - ETUCE), edición (Federación Europea de Editores), servicios públicos (Federación Europea de Sindicatos de los servicios públicos), industria manufacturera y energía (IndustriAll), finanzas (por ejemplo, los sectores financieros nórdicos), transporte (Federación Europea de Trabajadores del Transporte) y servicios (UNI Europa).

La mayoría de ellos han presentado respuestas detalladas en cuanto al fondo. Parece existir un cierto grado de coordinación, que se refleja en un número significativo de respuestas similares o incluso idénticas.

### Otros encuestados

En otras categorías han respondido, en particular, los Colegios de Abogados de Inglaterra y País de Gales, la Secretaría de la Carta de la Energía (ECT), la EFILA (Federación europea para la legislación sobre inversiones y arbitraje), así como los principales tribunales internacionales de arbitraje: el Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

## **3. RESUMEN DE LOS PRINCIPALES RESULTADOS DE LA CONSULTA**

Las distintas partes interesadas que han participado en la consulta representan una amplia diversidad de intereses en la UE. Por consiguiente, no es sorprendente encontrar importantes divergencias de puntos de vista, no solo entre las distintas categorías de encuestados, sino también dentro de la misma categoría. Asimismo, es conveniente señalar que las respuestas más detalladas que contienen propuestas concretas sobre la manera de avanzar proceden fundamentalmente de diversas organizaciones individuales.

### **3.1. Consideraciones generales**

Las respuestas colectivas reflejan una oposición generalizada a la solución de diferencias entre inversores y Estados (ISDS) en la ATCI o con carácter general. También una mayoría de respuestas se oponen a la ATCI en general.

En estas respuestas, el mecanismo de ISDS se percibe como una amenaza a la democracia y a las finanzas públicas o a las políticas públicas. También se considera innecesario entre la UE y EE.UU., en vista de la aparente resistencia de los respectivos sistemas judiciales. Dichos puntos de vista cuentan en gran medida con el apoyo de la mayoría de sindicatos, la gran mayoría de ONG, instituciones públicas y muchos de los

participantes en la categoría de «otras organizaciones», incluidas las organizaciones de consumidores. Muchas respuestas colectivas expresan una preocupación específica por que las empresas puedan demandar a los gobiernos solicitando grandes sumas de dinero, lo cual, en su opinión, crearía un efecto paralizante sobre el derecho a regular. Además, algunas respuestas de sindicatos expresan de forma genérica desconfianza con respecto a la independencia e imparcialidad de los árbitros o preocupación por que la ISDS pueda permitir a los inversores eludir los tribunales nacionales, las leyes o la reglamentación.

Por el contrario, la gran mayoría de asociaciones empresariales y la mayoría de grandes empresas apoyan firmemente la protección de las inversiones y la ISDS en la ATCI, aunque las pequeñas empresas son más críticas. Un número considerable de respuestas subrayan el papel positivo que pueden desempeñar las inversiones extranjeras directas para el crecimiento económico y el empleo. Señalan que las normas sobre protección de inversiones podrían fomentar las inversiones mediante el establecimiento de condiciones de competencia equitativas entre la UE y Estados Unidos. Algunas indican que los inversores de la UE no siempre reciben una protección adecuada en los tribunales de EE.UU. Existe, por lo tanto, un importante llamamiento a la prudencia para no reducir el nivel de protección al que están acostumbrados los inversores europeos.

Dada la diversidad de intereses representada por los participantes en la categoría «otras organizaciones», los puntos de vista expresados en esta amplia categoría están, por lo general, divididos. Los que se oponen a la protección de las inversiones y la ISDS esgrimen esencialmente los mismos argumentos anteriormente mencionados. Los que están a favor opinan que no existen pruebas de que el mecanismo de ISDS sea defectuoso. Consideran que no hay ningún problema en lo que respecta a la protección de las inversiones y la ISDS que justifique modificaciones importantes.

Por lo que se refiere al planteamiento propuesto para la protección de las inversiones, muchos de los sindicatos, las ONG, las organizaciones empresariales u otros tipos de encuestados reconocen los esfuerzos realizados por la UE para mejorar el sistema de protección de las inversiones. No obstante, un número significativo de sindicatos y un amplio grupo de ONG consideran que los cambios incluidos en el planteamiento propuesto no son suficientes para responder a sus preocupaciones en relación con la protección de las inversiones y la ISDS. Por otra parte, varios encuestados de diferentes categorías consideran que el planteamiento propuesto va demasiado lejos y expresan serias dudas por lo que se refiere a la reducción del nivel de protección de las inversiones.

Un número notable de asociaciones empresariales muestran de diversas maneras su apoyo a las mejoras propuestas en relación con la ISDS en la ATCI, o en términos generales indican que estarían a favor de una sistema de ISDS más integrador y coherente, caracterizado por la transparencia y la ética. Tal como está redactado en la actualidad, varias empresas consideran que el planteamiento propuesto para la ATCI reduce de forma significativa el nivel de protección que ofrecen los acuerdos de



inversión vigentes. Algunos de los participantes en la consulta que se autodefinen como ONG critican el planteamiento propuesto por reducir la protección de las inversiones y sostienen que la reducción de las normas de protección de las inversiones podría tener un impacto negativo en Europa y atraer menos inversiones que antes.

Muchas respuestas de diferentes categorías destacan la necesidad de salvaguardar el derecho a regular en interés público. Sin embargo, otras respuestas, principalmente de distintas empresas y asociaciones empresariales, consideran que no hay contradicción entre las normas internacionales sobre inversión y el derecho de los Estados a regular.

Un número importante de respuestas de distintas categorías consideran que el planteamiento propuesto está desequilibrado en favor de los inversores. Por tanto, estas respuestas proponen reforzar las obligaciones de los inversores, en particular en relación con los derechos humanos, las normas ambientales y sociales o, más en general, con la responsabilidad social de las empresas.

Por lo que se refiere al planteamiento propuesto sobre la ISDS, muchas respuestas apoyan el principio de una mayor transparencia. No obstante, consideran que la existencia de una cláusula para proteger la información confidencial en los procedimientos de ISDS podría ser objeto de abuso por parte de los inversores para ocultar información clave al público. La introducción de un código de conducta de los árbitros también se considera en general positiva, aunque muchos dudan que se pueda garantizar la independencia de los árbitros. También existe la opinión generalizada de que los tribunales nacionales son más adecuados que la ISDS y muchos opinan que para resolver diferencias entre Estados e inversores extranjeros deben utilizarse exclusivamente los órganos jurisdiccionales nacionales. Sin embargo, a pesar de algunas respuestas de apoyo, muchos encuestados consideran estas reformas insuficientes para responder a sus preocupaciones sobre la ISDS en general.

También les preocupa que el acceso al mecanismo de ISDS sea de hecho una prerrogativa principalmente para grandes empresas, porque sus costes y complejidad dificulten que puedan recurrir a él los pequeños inversores privados. Se considera deseable un mecanismo de solución de diferencias más adaptado a las pyme.

### **3.2. Consideraciones específicas**

#### *Pregunta 1. Campo de aplicación de las disposiciones sustantivas sobre protección de las inversiones*

En lo que se refiere al campo de aplicación de la protección de las inversiones, los puntos de vista son diversos.

La exclusión de las empresas ficticias mediante el requisito de operaciones comerciales sustantivas es acogido con satisfacción por muchos encuestados de diferentes categorías, pero este apoyo no es unánime. Por ejemplo, varios ciudadanos dudan de la eficacia del planteamiento propuesto en la práctica. Algunas respuestas de personal académico, bufetes de abogados, empresas o sindicatos reclaman una mayor claridad en la redacción y la definición de operaciones comerciales sustantivas. Por otra parte, una



minoría de asociaciones empresariales consideran que deben permitirse las soluciones de conveniencia y las empresas que consisten en una dirección postal, si se establecen de conformidad con la legislación aplicable. Algunas respuestas, por ejemplo de asociaciones empresariales, recomiendan incluir una cláusula de denegación de prestaciones en lugar de una referencia a operaciones comerciales sustantivas.

Con respecto a la definición de inversión, algunas respuestas la consideran demasiado restringida y otras demasiado amplia. Hay un llamamiento general de participantes de diferentes categorías en favor de una mayor claridad en algunos términos, en particular en lo que se refiere a las características de las inversiones. Un gran número de sindicatos indican que preferirían una definición restringida, por ejemplo limitada exclusivamente a la inversión extranjera directa. Muchas respuestas de diferentes categorías rechazan la idea de proteger las inversiones de cartera o especulativas.

Muchos piden exclusiones horizontales, por ejemplo de servicios públicos o en determinados sectores sensibles (por ejemplo, la salud, la educación, el medio ambiente o los mercados financieros), algo a lo que se opone firmemente un importante número de asociaciones empresariales, que desean que las excepciones y limitaciones se reduzcan al mínimo.

Varios participantes de empresas y asociaciones empresariales desean definiciones de carácter general, por ejemplo que abarquen todos los derechos de propiedad intelectual, las inversiones intangibles y una serie de contratos específicos. Algunos también piden ampliar la protección de las inversiones, incluida la ISDS, a la fase de establecimiento previo. Participantes de diferentes categorías (por ejemplo, profesores universitarios, asociaciones empresariales, sindicatos, etc.) sugieren en particular aclarar la referencia a la legislación aplicable.

#### *Pregunta 2. Trato no discriminatorio a los inversores*

Algunas respuestas consideran que la no discriminación es un trato ya previsto en la legislación nacional o de la UE y que, por tanto, no es necesario incluirla explícitamente en la ATCI. Algunos consideran que la discriminación podría estar justificada en determinados casos. En cambio, muchas asociaciones empresariales señalan que la no discriminación es un principio muy importante para la inversión, o incluso indispensable para garantizar una situación equitativa.

Sobre la cuestión de las excepciones generales, los puntos de vista también son divergentes. Algunas respuestas (por ejemplo, de sindicatos) consideran que han de ser más amplias, y por ejemplo deben aplicarse a todas las disposiciones de protección de las inversiones, mientras que otras (por ejemplo, de asociaciones empresariales) creen que deben reducirse al mínimo a fin de evitar un proteccionismo encubierto. Algunas respuestas ponen en duda que las excepciones destinadas principalmente a cuestiones comerciales sean eficaces para las inversiones.

La cláusula de nación más favorecida (NMF) suscita asimismo opiniones diferentes. Algunas respuestas (por ejemplo de ONG) consideran que la cláusula de NMF no es necesaria. Otros participantes (por ejemplo de las categorías «otras organizaciones» o «asociaciones empresariales») la consideran esencial. Algunas respuestas de ciudadanos y de organizaciones consideran que la intención de la UE de evitar la importación de mejores procedimientos de ISDS o de normas esenciales a través de la cláusula de NMF no está suficientemente clara, o que es insuficiente o excesiva, en la medida en que se corre el riesgo de que la obligación de trato de NMF pierda casi todo su sentido. Existe una gran demanda de mayor claridad.

### *Pregunta 3. Trato justo y equitativo*

La mayoría de respuestas colectivas, de sindicatos y de varias ONG expresan gran preocupación por las normas de trato justo y equitativo (TJE) a la luz de determinados asuntos de ISDS o por temor a que el planteamiento propuesto permita interpretaciones expansivas a los tribunales de arbitraje. Varias respuestas de empresas, ONG u otras organizaciones manifiestan su preocupación por que se reduzca el nivel de protección mediante la revisión de las normas de TJE, que se considera que ofrecen una protección esencial. El ámbito más importante de consenso parece ser el de garantizar que el TJE no pueda interpretarse como una promesa o un compromiso de que el marco jurídico del inversor permanezca sin cambios («cláusula de estabilidad»).

Existe un interés general en una mayor claridad, en especial en relación con determinados términos utilizados en la lista cerrada de tratos que definen esta norma. Sin embargo, las opiniones están divididas entre los participantes de categorías diferentes en cuanto a si el TJE debe definirse mediante una lista cerrada o abierta. Se expresan ciertas preocupaciones por ambas partes con respecto a la posibilidad de que las Partes revisen el contenido de la norma durante el período de vigencia de la ATCI (es decir, algunos temen que esto conlleve una ampliación del ámbito de aplicación de la norma, mientras que otros temen que, en la práctica, sea difícil que las Partes lleguen a un acuerdo a este respecto).

La cuestión de las expectativas legítimas también despierta gran interés: algunas respuestas consideran que no deben contemplarse y otras que el planteamiento propuesto no las abarca suficientemente. Varios participantes de varias categorías consideran que serían útiles o necesarias más clarificaciones.

Por último, los puntos de vista están también bastante divididos entre las distintas categorías de encuestados con respecto a la inclusión o no de una «cláusula general».

### *Pregunta 4. Expropiación*

La mayoría de las opiniones expresadas sobre esta cuestión están relacionadas con la expropiación indirecta. Algunos participantes señalan que no todas las medidas reguladoras adoptadas por los Estados miembros deben exigir el pago de una indemnización, mientras que otros países consideran que cualquier medida reguladora que tenga el mismo efecto que una expropiación debería tener carácter compensatorio.

Esto refleja en realidad la gran división de opiniones existente entre los especialistas y profesionales en este ámbito, a saber, la doctrina de la «facultad de ejecución» frente a la doctrina de los «efectos únicos».

Algunos de los participantes considera asimismo que ciertos términos están poco claros. Por ejemplo, la mayoría de los ciudadanos, así como algunos sindicatos, personal académico y laboratorios de ideas, consideran que la referencia a la proporcionalidad o la legitimidad de determinadas medidas públicas genera incertidumbre, ya que podría dar lugar a un margen de interpretación demasiado amplio.

Algunas respuestas, por ejemplo de sindicatos, consideran que debería limitarse significativamente el concepto de expropiación indirecta y, por ejemplo, debe especificarse que no abarca el lucro cesante. Otros participantes, sobre todo de empresas, consideran que el planteamiento propuesto reduciría la protección de los inversores frente al mayor riesgo al que se enfrentan en el extranjero, en particular con respecto a los tratados de inversión bilaterales, ya que permite a los Estados no indemnizar por medidas adoptadas en determinados sectores (por ejemplo, el de la salud). Esto podría dañar las inversiones en estos sectores, en comparación con las inversiones en otros sectores.

#### *Pregunta 5 Garantía del derecho a regular y protección de las inversiones*

La gran mayoría de participantes en la consulta de prácticamente todas las categorías está de acuerdo con el objetivo general de buscar un equilibrio adecuado entre la protección de las inversiones y la confirmación del derecho a regular en interés público. Sin embargo, no tantos participantes tienen una opinión favorable sobre el planteamiento propuesto. Más bien, se registra una gran divergencia de puntos de vista. Por ejemplo, algunos consideran que el planteamiento propuesto no es suficiente, otros lo consideran demasiado amplio y otros consideran que no existe conflicto entre el derecho a regular y la protección de las inversiones.

Algunos participantes (por ejemplo, personal académico y laboratorios de ideas) consideran que el planteamiento propuesto es demasiado endeble, ya que la referencia al derecho de regular se incluye en el preámbulo y podría no ser vinculante. En cambio, otros participantes, por ejemplo los sindicatos, lo consideran demasiado limitado, ya que, entre otras cosas, las referencias no se aplican a las normas de protección de las inversiones. Otros participantes, por ejemplo del ámbito empresarial, rechazan determinadas excepciones o limitaciones (por ejemplo, sobre subvenciones o contratación pública) aplicables a la protección de las inversiones, o en general recomiendan prudencia frente al uso de tales limitaciones.

#### *Pregunta 6 Transparencia en la ISDS*

La transparencia en los procedimientos de ISDS y el acceso a audiencias es un objetivo ampliamente compartido. Sin embargo, existen dos tipos de preocupaciones. Un grupo de preocupaciones, la mayor parte de ellas expresadas por ONG y sindicatos, es que algunas excepciones a las disposiciones de transparencia para proteger la información

comercial confidencial podrían interpretarse de forma demasiado amplia y podrían menoscabar la efectividad de la transparencia. También existe preocupación por que los tribunales tengan un margen de apreciación excesivamente amplio para decidir en qué circunstancias las audiencias públicas pueden estar cerradas al público. Otro grupo de preocupaciones para las organizaciones empresariales y las empresas es que las disposiciones del planteamiento propuesto en materia de transparencia van más allá de lo dispuesto en la mayoría de ordenamientos jurídicos nacionales, y que ello podría entrañar el riesgo de que se divulgue información realmente confidencial y secretos comerciales. También existe preocupación por que el acceso del público a las audiencias pueda politizar los asuntos presentados por las empresas, con el riesgo de que ello afecte a la imparcialidad del procedimiento.

*Pregunta 7 Recursos múltiples y relación con los tribunales nacionales*

Por lo que se refiere a la relación con los tribunales nacionales, muchos de los participantes hacen declaraciones generales, en lugar de presentar observaciones sobre el planteamiento propuesto. Por ejemplo, muchas ONG, incluidas ONG que representan a otras ONG, consideran que para conocer de conflictos entre Estados e inversores extranjeros solo deben utilizarse los tribunales nacionales. Sin embargo, una serie de participantes con una posición más moderada no excluyen la ISDS en algunos asuntos o presentan observaciones más específicas en caso de que se introduzca la ISDS. Estos participantes consideran que, por regla general, los tribunales nacionales deben tener prioridad, puesto que están en mejor situación para conocer de los litigios entre los inversores y el Estado. Por lo tanto, secundan la idea de fomentar los procedimientos nacionales, aunque muchos consideran que el planteamiento propuesto no apoya suficientemente las vías de recurso nacionales. Sostienen que el proyecto de disposiciones no obliga ni incentiva a los inversores a recurrir a los tribunales nacionales. En cambio, sostienen que dichas disposiciones solo obligan a los inversores a elegir entre los tribunales nacionales o internacionales de arbitraje para evitar procedimientos paralelos. Por tanto, varios de estos participantes abogan directamente por la introducción del requisito de agotamiento de las vías de recurso nacionales antes de que pueda recurrirse a la ISDS, que se convertiría en una solución de último recurso.

Por el contrario, casi todas las grandes empresas y asociaciones empresariales, aunque comprenden el objetivo de fomentar los procedimientos nacionales, consideran que los inversores deberían tener libertad para elegir entre la vía jurídica nacional o internacional y que la ISDS no debería necesariamente ser el último recurso. Consideran que algunas cuestiones pueden abordarse mejor en los tribunales nacionales, pero que podrían existir otras para las que sea necesario el arbitraje internacional. Algunos ofrecen el ejemplo de la discriminación en favor de las empresas locales, que no está prohibida en la legislación estadounidense. Otros mencionan el hecho de que podría impedirse a los órganos jurisdiccionales aplicar directamente las obligaciones derivadas de un tratado internacional. Otros consideran que los tribunales nacionales podrían conceder inmunidad a los Estados de acogida, sobre todo en caso de actos públicos. También reconocen que ciertos recursos no pueden abordarse mediante el arbitraje

internacional, como la investigación de la constitucionalidad de una medida. En general, todas las grandes empresas y asociaciones empresariales se oponen al requisito obligatorio de agotar las vías de recurso nacionales, que únicamente crearía retrasos innecesarios. Las empresas y asociaciones empresariales también están en general en contra de una solución tipo «encrucijada».

La mayoría de participantes de ONG y otras organizaciones que no adoptan en principio una posición contraria a la ISDS como tal apoyan el planteamiento propuesto para impedir los procedimientos paralelos y las indemnizaciones por partida doble. Algunos consideran, no obstante, que las disposiciones propuestas son insuficientes para garantizar que no existan procedimientos paralelos o soluciones de conveniencia. Por otra parte, algunas empresas y asociaciones empresariales no están de acuerdo con la propuesta de que las filiales del inversor demandante no puedan seguir un procedimiento de ISDS por sí mismas. Consideran que, si existe riesgo de acumulación de indemnizaciones, los tribunales posteriores tendrán en cuenta en su decisión el resultado de los procedimientos anteriores de arbitraje, si así lo exigen las circunstancias.

Por último, alrededor de la mitad de los encuestados que presentan observaciones específicas sobre la mediación (de todas las categorías) apoyan el planteamiento propuesto para fomentar la mediación. También están de acuerdo con la propuesta de que durante los procedimientos nacionales y de ISDS debería poder recurrirse a la mediación. Sin embargo, algunos participantes consideran que la propuesta no fomenta la mediación y unos cuantos sugieren que debería ser obligatoria una mediación previa antes de recurrir a un panel arbitral.

#### *Pregunta 8 Ética, conducta y cualificaciones de los árbitros*

Por lo que respecta a la ética y la conducta de los árbitros, muchos participantes opinan que son cruciales las normas en materia de independencia y procedimientos sólidos de selección de los árbitros. Muchas respuestas acogen con satisfacción el intento de la UE de abordar esta cuestión. No obstante, varios participantes dudan de que el planteamiento propuesto por la UE ofrezca garantías suficientes, o argumentan que este aún no se ha probado en la práctica. Varios participantes (ONG y universidades) opinan que las características intrínsecas de la ISDS hacen que sea imposible regular la conducta de los árbitros. Otros participantes (sobre todo empresas, algunos bufetes de abogados y personal académico) sostienen que no debe exagerarse la cuestión de los conflictos de los árbitros y que las normas existentes (como las directrices del IBA, las normas del CIADI, etc.) abordan de manera suficiente el problema.

Algunas respuestas consideran que las competencias que se exigen a los árbitros son demasiado restrictivas, otras respuestas (sobre todo de ONG) consideran que los árbitros deben tener también experiencia en los ámbitos social o medioambiental, y otras contribuciones (de empresas y bufetes de abogados) hacen hincapié en que los árbitros deberían tener conocimientos especiales (técnicos) pertinentes para el litigio.

Muchos participantes acogen favorablemente la propuesta de la UE de crear un código de conducta y normas para impugnar a los árbitros de ISDS, aunque muchos de ellos (ONG, personal académico, laboratorios de ideas y organismos gubernamentales) temen que no sean vinculantes en la práctica (véanse las aclaraciones que figuran en el anexo III, punto 7).

En lo que respecta a la expulsión de los árbitros, algunos participantes (laboratorios de ideas, organismos gubernamentales y personal académico) argumentan que el procedimiento debe ampliarse para abarcar también la falta de cualificaciones (y no solo la falta de independencia, como en el planteamiento propuesto). Algunos participantes acogen favorablemente la idea de confiar expresamente al Secretario General del CIADI la decisión de impugnar árbitros, mientras que otros (ONG) desconfían del Secretario General del CIADI por ser demasiado favorable a EE.UU (véanse las aclaraciones que figuran en el anexo III, punto 7).

Por último, muchos participantes consideran que el registro es un paso en la dirección adecuada. Sin embargo, el planteamiento propuesto por la UE es a menudo objeto de críticas por constituir solo una solución alternativa (ya que solo se utiliza cuando las partes en la controversia no designan árbitros o no llegan a un acuerdo sobre el Presidente)

Otras contribuciones (de grandes empresas, bufetes de abogados y entidades de arbitraje como la Cámara de Comercio Internacional) se oponen a la creación de registros que limiten a las partes en la controversia la libertad de elección. Los registros también son objeto de críticas por su parcialidad a favor de los Estados (ya que los inversores no pueden participar en la creación de las listas), por politizar los nombramientos de árbitros y por impedir la designación de árbitros con conocimientos específicos pertinentes para los litigios.

#### *Pregunta 9 Reducir el riesgo de recursos insustanciales e infundados*

Los comentarios con respecto a recursos insustanciales e infundados se centran en el mecanismo para recursos insustanciales, en particular en lo que respecta a su ámbito de aplicación, sus aspectos de procedimiento y el papel de los árbitros que tratan tales recursos.

Sobre el mecanismo para recursos insustanciales, un reducido número de asociaciones empresariales, otras organizaciones y empresas de consultoría señalan que los recursos insustanciales e infundados no han presentado problemas en el pasado y, por tanto, no es necesario abordar esta cuestión en la actualidad. En la misma línea, algunos sindicatos y asociaciones empresariales consideran que las normas de arbitraje del CIADI ya contienen un mecanismo de este tipo, y que crear uno nuevo no aportaría ningún valor añadido.

En relación con el ámbito de aplicación del principio, un pequeño grupo de participantes, sobre todo sindicatos y ONG, consideran que el ámbito de aplicación de



los recursos insustanciales e infundados, tal y como se define en el texto, será insuficiente para evitar la utilización abusiva del sistema por parte de los inversores. Lamentan que no se excluyan los recursos que puedan causar un daño público grave. Pese a que algunos participantes de diversas categorías piden una mejor definición de los recursos insustanciales e infundados, no se han presentado propuestas concretas de redacción.

Los participantes también comentan pormenorizadamente sobre el procedimiento propuesto para tratar los recursos insustanciales e infundados. En este contexto, los comités nacionales de la Cámara de Comercio Internacional expresan su temor a que el efecto combinado de los dos artículos conlleve retrasos de procedimiento innecesarios. Para neutralizar el riesgo de que un Estado presente sistemáticamente objeciones con el fin de retrasar el procedimiento, algunas ONG, asociaciones empresariales y bufetes de abogados sugieren que el procedimiento debería abordar también las «objeciones insustanciales».

Al analizar el principio de «quien pierde, paga», la mayoría de participantes se oponen a su aplicación estricta. El ámbito de aplicación y el efecto del principio han sido objeto de comentarios.

En relación con su ámbito de aplicación, algunas respuestas, esencialmente de asociaciones empresariales, ONG y otras categorías, sugieren la aplicación del principio en la fase en que el tribunal dicta su laudo sobre la existencia de un recurso insustancial o infundado. Para disuadir los recursos insustanciales, algunos organismos gubernamentales y ONG también sugieren que se permita al Tribunal imponer costas punitivas, adicionales a las costas de arbitraje, a la parte que presente un recurso insustancial. Un pequeño número de ONG y sindicatos también sugieren una definición más precisa del concepto de «circunstancias excepcionales», ya que consideran que esta disposición podría acarrear largos debates. Por último, algunas asociaciones empresariales, empresas y otros participantes sostienen que los árbitros deben tener facultad de apreciación para pronunciarse sobre las costas en función de su propia evaluación.

En cuanto a los efectos del principio, varias contribuciones de asociaciones empresariales, ONG, empresas y otros grupos afirman que la aplicación indiscriminada del principio de «quien pierde paga» podría disuadir a las pyme de utilizar los mecanismos de ISDS: el riesgo de pagar costas en caso de ser desestimado su recurso les disuadiría de utilizar la ISDS. Un par de asociaciones empresariales argumentan que otro efecto de este principio es que su aplicación podría constituir un elemento disuasorio para encontrar una resolución alternativa de las diferencias. En cambio, varias ONG consideran que algunos Estados podrían estar dispuestos a pactar para evitar pagar unas costas elevadas.

*Pregunta 10 Permitir que sigan adelante los recursos (filtrado)*

Muchos participantes, en particular de asociaciones empresariales, temen que la utilización de filtros en los procedimientos de solución de diferencias conlleve una gran politización de las diferencias, y recomiendan que se evite. Algunos consideran que un mecanismo de filtrado no conllevaría un sistema más justo y equitativo de arbitraje, y otros temen que un mecanismo de filtrado como el propuesto limite o impida el acceso de los inversores a la obtención de una decisión neutral e independiente sobre sus asuntos/recursos.

Por el contrario, muchos consultados, en particular ciudadanos y sindicatos, consideran que el filtro carecería de eficacia para detener los recursos de ISDS, dado su carácter consensual.

Al mismo tiempo, varias respuestas acogen con satisfacción la introducción de filtros. Por ejemplo, algunos participantes consideran que los filtros están justificados en épocas de crisis financiera mundial y otros están a favor de ellos porque los ven como una forma de evitar el riesgo de interpretaciones abusivas por parte de los tribunales arbitrales.

#### *Pregunta 11 Orientaciones de las Partes sobre la interpretación del Acuerdo*

La gran mayoría de participantes que contestan a la pregunta no están satisfechos con el planteamiento propuesto para que las Partes controlen la interpretación del Acuerdo (mediante interpretaciones vinculantes y un derecho de intervención para la Parte no litigante), pero están claramente divididos en cuanto a los motivos de crítica.

Algunos participantes (principalmente ONG y sindicatos) consideran que las propuestas no ofrecen a las Partes un control suficiente de los procedimientos de arbitraje, mientras que otros (principalmente asociaciones empresariales y empresas) sostienen que las Partes no deben interferir con los tribunales de arbitraje, que deberían seguir teniendo libertad para decidir también sobre cuestiones de interpretación. Esto refleja la posición más fundamental por lo que se refiere a la ISDS: los que se oponen a la ISDS desean un mayor control de las Partes durante el proceso arbitral y consideran que las propuestas son insuficientes, mientras que los que aceptan los tribunales arbitrales son reacios a aceptar el control por las Partes y mecanismos que limiten la facultad de apreciación de los tribunales.

Los participantes que consideran que los mecanismos de interpretación propuestos son insuficientes formulan las alegaciones que se describen a continuación. En primer lugar, las interpretaciones vinculantes requieren el acuerdo de ambas Partes. En particular las ONG consideran que la parte no litigante no debería tener derecho de veto. En segundo lugar, algunos participantes (principalmente ONG y sindicatos) sostienen que los tribunales podrían no sentirse realmente vinculados por interpretaciones «vinculantes» y que no existen mecanismos de ejecución.



Los participantes que consideran que los mecanismos de interpretación propuestos van demasiado lejos (asociaciones de empresas y empresas) manifiestan su preocupación por que las propuestas ofrezcan facultades excesivas a las Partes. Sostienen que los dictámenes deberían ser solo recomendaciones, y que no deberían ser vinculantes para el tribunal arbitral. Las principales razones mencionadas contra las interpretaciones vinculantes incluyen el riesgo de politización de las diferencias pendientes, el riesgo de limitar la discrecionalidad de los árbitros y preocupación por que se establezca un sistema demasiado rígido. Las preocupaciones sobre las interpretaciones vinculantes se expresan con más firmeza en cuanto a su posible aplicación a los asuntos pendientes. En particular, las empresas, las asociaciones empresariales, los bufetes de abogados y las cámaras de comercio advierten contra dicha aplicación, alegando que afectaría a las garantías procesales y pondría en peligro la seguridad jurídica de los inversores.

Por último, varias respuestas expresan también dudas sobre el derecho de intervención de la Parte no litigante. Consideran que debe ejercerse con cuidado y de buena fe, y acompañado de garantías que garanticen que cualquier alegación no perturbe o suponga una carga indebida para el procedimiento arbitral ni conlleve un perjuicio injusto para cualquiera de las Partes.

#### *Pregunta 12 Mecanismo de apelación y coherencia de las resoluciones*

No hay total oposición ni total apoyo al mecanismo de apelación propuesto.

Muchos participantes de todas las categorías están, en principio, a favor de un mecanismo de apelación o incluso lo consideran indispensable. Este punto de vista lo expresan, en particular, muchas ONG y varias asociaciones empresariales, empresas, sindicatos, ONG que representan a otras ONG y organismos gubernamentales. Aunque reconocen las ventajas que ofrece la posibilidad de apelar, mencionan al mismo tiempo varias preocupaciones. Por lo tanto, no existe una posición clara a favor o en contra de un mecanismo de apelación; dependería de la forma concreta del mecanismo y de si se abordan o no las preocupaciones.

Se menciona que la principal ventaja del mecanismo de apelación es que contribuye a una mayor coherencia y, por ende, también a la seguridad jurídica. El inconveniente mencionado más a menudo es que un mecanismo de apelación provoca costes y retrasa el procedimiento. Algunos participantes proponen introducir plazos vinculantes para limitar los retrasos.

Al analizar la utilidad del mecanismo de apelación, varias respuestas (de ONG y empresas) dudan que el planteamiento propuesto permita alcanzar los objetivos. Las CCI y algunas asociaciones empresariales alegan a este respecto que un mecanismo de apelación correría el riesgo de poner en peligro la finalidad del arbitraje, lo que

socavaría la base fundamental del arbitraje internacional. Por esta razón, están en principio en contra de un mecanismo de apelación. Algunas respuestas (en su mayoría de varios capítulos nacionales de la CCI) consideran que no es necesario un mecanismo de apelación, porque existen suficientes mecanismos que pueden utilizarse: los mecanismos de control disponibles con arreglo al Convenio del CIADI y del Convenio de Nueva York han demostrado ser eficaces y aportar un equilibrio adecuado entre finalidad y equidad procesal. Por último, un número significativo de respuestas de diversas categorías (por ejemplo, de asociaciones empresariales, ONG, laboratorios de ideas y organismos públicos) mencionan que los servicios de la Comisión han de proporcionar más información sobre la estructura y el funcionamiento de un mecanismo de apelación o alegan que no pueden juzgar la propuesta sin información detallada.

La mayoría de respuestas están, en principio, a favor de un mecanismo de apelación. No obstante, adoptan una posición más bien negativa sobre la propuesta porque prefieren un mecanismo de apelación diferente al incluido en la documentación de la consulta:

- Muchas asociaciones empresariales y empresas, así como algunas ONG, otras organizaciones y capítulos nacionales de la CCI consideran que, si se necesita un mecanismo, debería desarrollarse a escala multilateral, por ejemplo en estrecha cooperación con la CNUDMI, el CIADI y la CCI.
- Por último, un pequeño número de ONG sugieren que, si se desea un mecanismo de apelación, debería adoptar la forma de un tribunal internacional.
- Una importante preocupación expresada por un número significativo de participantes es que, con la multiplicación de tratados bilaterales de inversión, se corre el riesgo de una gran fragmentación de la ISDS. Cada tratado bilateral de inversión puede tener su propio mecanismo de ISDS, y los tribunales pueden llegar a interpretaciones diferentes de las mismas disposiciones incluidas en distintos tratados. Estos participantes, por tanto, proponen el establecimiento de lo que llaman un «mecanismo de apelación general», que se aplicaría a todos los tratados de inversión.

Algunas respuestas piden también garantías adicionales. Alegan que el mecanismo de apelación está condicionado a la independencia de los árbitros y proponen, por ejemplo, que adopte la forma de un órgano permanente con miembros permanentes.

Por lo que se refiere al ámbito de la apelación, la mayoría de respuestas que presentan observaciones sobre esta cuestión consideran que no debería abarcar una revisión completa (de hecho y de Derecho), sino solo los fundamentos de Derecho (ya sea exclusivamente o además de los aspectos procedimentales). Este punto de vista lo adoptan varias ONG, así como ONG que representan a otras ONG y un número reducido de empresas y asociaciones de empresas.

### *Pregunta 13 Evaluación general*

Las respuestas generales recogidas en el marco de esta pregunta abierta ya han sido expuestas en términos generales al principio de la presente sección. Los anexos contienen información más detallada.

#### **4. ÁMBITOS DE FUTUROS TRABAJOS**

En el presente informe se presentan los resultados de la consulta pública sobre el planteamiento de la UE propuesto para las negociaciones sobre la protección de las inversiones y la ISDS en la ATCI. Como se indica en el anuncio de consulta, la cuestión clave en esta consulta es si el planteamiento propuesto para la ATCI presentado en los textos de referencia consigue alcanzar el adecuado equilibrio entre protección de los inversores y salvaguardia del derecho y la capacidad de la UE para regular en interés público.

En términos generales, en las respuestas se identifican tres principales categorías de posturas:

- i) respuestas que se oponen a la ATCI en general;
- ii) respuestas que muestran preocupación sobre la protección de las inversiones o la ISDS en la ATCI o en general; y
- iii) respuestas con opiniones específicas sobre las cuestiones identificadas en la consulta.

##### *Respuestas que se oponen a la ATCI en general*

La primera categoría hace referencia a respuestas que se oponen a la ATCI en general. A partir de su anterior consulta sobre la ATCI y el debate público en este ámbito, la Comisión es consciente de las distintas opiniones de las partes interesadas sobre la ATCI en general. No obstante, el ámbito expreso de la presente consulta se limita al planteamiento propuesto sobre la protección de las inversiones y la ISDS en la ATCI. Aunque se toma nota de estas opiniones, en adelante la evaluación de esta consulta tiene que centrarse en las afirmaciones presentadas en relación con los aspectos concretos expuestos para las cuestiones planteadas.

##### *Respuestas que se oponen a la ISDS en la ATCI o en general*

La segunda categoría de respuestas muestran preocupación sobre la protección de las inversiones o la ISDS en la ATCI o en general. Se recuerda que la presente consulta tiene lugar en unas circunstancias específicas en las que el Consejo ha decidido encargar por unanimidad a la Comisión que negocie elevados estándares de protección de las inversiones y la ISDS en la ATCI, a condición de que el resultado final responda a los intereses de la UE. Las directrices de negociación, por lo tanto, incluyen un elemento de condicionalidad y dejan claro que la decisión sobre la conveniencia o no de incluir la ISDS se tomará durante la fase final de las negociaciones.

Por tanto, esta segunda categoría de respuestas aborda una cuestión más amplia que la que ha sido objeto de consulta. En consecuencia, esta cuestión debe responderse en sentido amplio, en vista de los esfuerzos en curso de la UE para reformar sustancialmente el sistema de protección de las inversiones y el mecanismo de ISDS, y de una evaluación de dichos esfuerzos. .

Cabe señalar que una serie de preocupaciones se basan en asuntos de ISDS que todavía no se han resuelto. No se conocen los resultados y las consecuencias de estos asuntos. Por tanto, cualquier conclusión sobre esa base parece prematura. Sin embargo, los servicios de la Comisión están de acuerdo en que los riesgos para el derecho a regular inherente a estos asuntos debe ser objeto de debate.

En segundo lugar, en muchos casos estas preocupaciones se basan en la ISDS en el marco de los acuerdos de inversión vigentes o en el planteamiento adoptado en dichos acuerdos. Cabe recordar que la propuesta de estrategia de la UE en materia de protección de las inversiones y de ISDS se ha elaborado también a la luz de la experiencia adquirida sobre los resultados del arbitraje en los numerosos acuerdos existentes, que a veces han sido objeto de controversia. La UE, en el ejercicio de la competencia prevista en el Tratado de Lisboa, tiene la oportunidad de establecer un régimen reformado en toda la UE que sustituya gradualmente a los tratados existentes de los Estados miembros<sup>5</sup>. Dado que el planteamiento propuesto contrasta muy significativamente con el texto de los acuerdos mundiales en vigor, es difícil extraer conclusiones definitivas sobre los méritos del planteamiento de la UE propuesto a partir de textos antiguos. En particular, el planteamiento propuesto contendría normas para garantizar la transparencia de los procesos de ISDS. En los acuerdos de la UE, por tanto, no sería posible que los tribunales de ISDS fueran secretos o que las partes interesadas no pudieran intervenir y presentar sus puntos de vista. El planteamiento propuesto contribuye en gran medida a mitigar las preocupaciones en relación con la conducta y la ética de los árbitros, en particular mediante la introducción de un código de conducta y de una lista predefinida de la que las partes en la ISDS elegirían a los árbitros. Esto evitará conflictos de intereses por adelantado. En tercer lugar, por lo que se refiere a la preocupación por los posibles riesgos sobre el derecho a legislar en interés público, debe señalarse que la ISDS es estrictamente un mecanismo de ejecución de las disposiciones de protección de las inversiones. La ISDS no es un sistema que permita a los inversores revisar o modificar la legislación. Para presentar un recurso, los inversores deben poder demostrar la infracción de una norma de protección de las inversiones y el consiguiente perjuicio económico para la inversión del inversor extranjero. Por otra parte, el planteamiento de la UE propuesto pretende abordar las preocupaciones sobre la necesidad de evitar riesgos para la legislación o la regulación en interés público mediante la aclaración de las normas de protección de las inversiones, lo que evitaría

---

<sup>5</sup> En este contexto, podría hacerse referencia asimismo a la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en particular a su artículo 47.

interpretaciones innecesarias. Por ejemplo, con la reforma de las disposiciones sobre expropiación o la definición más precisa de «trato justo y equitativo», un inversor ya no podría presentar un recurso contra un acto legislativo en interés público que solo afecte a sus beneficios.

No obstante, el equilibrio que se ha de lograr entre la protección de las inversiones y el derecho a regular está en el centro mismo de la consulta, y se reconoce que será uno de los ámbitos en los que más se seguirá trabajando.

Por lo que respecta a la conducta de los inversores, el planteamiento propuesto solo protege las inversiones realizadas conforme a la legislación aplicable en el Estado miembro de acogida. Esto significa que los inversores han de cumplir todas las obligaciones aplicables en el país de acogida, por ejemplo en materia de derechos fundamentales o de normas laborales o medioambientales. El Estado de acogida sigue teniendo competencia para definir las obligaciones específicas aplicables a los inversores en su territorio. Además, una de las principales novedades del planteamiento propuesto es que las disposiciones sobre protección de las inversiones y las disposiciones sobre desarrollo sostenible se apoyan mutuamente en el mismo acuerdo. Entre estas últimas figuran, entre otras cosas, referencias específicas a los convenios laborales o medioambientales internacionales o la prohibición de reducir los niveles de protección laboral y medioambiental para atraer inversiones. También incluyen referencias a los regímenes internacionales de responsabilidad social de las empresas en vigor, que se aplican directamente al comportamiento de los inversores.

#### *Respuestas con opiniones específicas sobre las cuestiones identificadas en la consulta*

La tercera categoría contiene respuestas con opiniones específicas sobre las cuestiones identificadas en la consulta. Presentan un gran nivel de detalle y muy a menudo incluyen recomendaciones específicas para el planteamiento de la UE propuesto. Muchas respuestas reconocen que el planteamiento propuesto es un avance respecto de los modelos existentes.

El panorama que se perfila de estas respuestas ofrece una gama más completa y detallada de respuestas y es, por tanto, un logro importante de esta consulta. Existen claras divisiones entre las posiciones adoptadas por determinadas categorías de participantes, pero también ámbitos de consenso reales o posibles, en particular en lo que se refiere a nuevas mejoras.

Este análisis confirma que el punto de partida de la reflexión sobre la posición de la UE en la ATCI es el planteamiento propuesto en el texto de referencia. Sin embargo, la consulta también muestra que es preciso seguir trabajando en la ATCI. Esta negociación puede presentar características específicas que exijan un mayor desarrollo de la posición de la UE. Por ejemplo, las relaciones de inversión entre la UE y EE.UU. son, con mucho, las mayores y más profundas del mundo. Es preciso tener en cuenta esta circunstancia, así como que la ATCI tiene implicaciones más amplias que otros acuerdos negociados por la UE.

Sobre esta base, sin perjuicio de otras cuestiones, existen cuatro ámbitos en particular en los que deben explorarse nuevas mejoras:

- la protección del derecho a legislar;
- el establecimiento y funcionamiento de los tribunales arbitrales;
- la relación entre los sistemas judiciales nacionales y la ISDS; y
- la revisión de los laudos de ISDS mediante un mecanismo de apelación.

Por tanto, en el primer trimestre de 2015, los servicios de la Comisión tienen intención de seguir consultando a las partes interesadas de la UE, los Estados miembros de la UE y el Parlamento Europeo sobre los ámbitos mencionados, como parte de un debate más amplio sobre la protección de las inversiones y la ISDS en la ATCI a fin de que la Comisión pueda elaborar propuestas concretas para las negociaciones de la ATCI. Es importante recordar que actualmente no se está negociando esta cuestión. El desarrollo de un nuevo planteamiento en materia de protección de las inversiones y la ISDS que responda plenamente a los intereses de la UE y que sea totalmente conforme con el compromiso asumido frente al Parlamento Europeo es un objetivo clave de las negociaciones de la ATCI.

\*\*\*