



Consejo de la
Unión Europea

Bruselas, 13 de septiembre de 2017
(OR. en)

12131/17

FDI 13
WTO 186

NOTA DE TRANSMISIÓN

De: secretario general de la Comisión Europea,
firmado por D. Jordi AYET PUIGARNAU, director

Fecha de recepción: 13 de septiembre de 2017

A: D. Jeppe TRANHOLM-MIKKELSEN, secretario general del Consejo de la
Unión Europea

N.º doc. Ción.: COM(2017) 493 final

Asunto: Recomendación de DECISIÓN DEL CONSEJO por la que se autoriza la
apertura de negociaciones sobre un Convenio relativo al establecimiento
de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de
inversiones

Adjunto se remite a las Delegaciones el documento – COM(2017) 493 final.

Adj.: COM(2017) 493 final

Bruselas, 13.9.2017
COM(2017) 493 final

Recomendación de

DECISIÓN DEL CONSEJO

por la que se autoriza la apertura de negociaciones sobre un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones

{SWD(2017) 302 final}

{SWD(2017) 303 final}

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. CONTEXTO DE LA PROPUESTA

- **Razones y objetivos de la propuesta**

En los últimos años, la inclusión de la solución de diferencias entre inversores y Estados (ISDS) en los acuerdos de comercio e inversión ha ido estando cada vez más sometida a mayor control público y cuestionamiento. Diversos problemas se han considerado resultantes de la ISDS, que se basa en los principios del arbitraje. Entre ellos cabe señalar su falta, total o en parte, de legitimidad, coherencia y transparencia, así como la ausencia de posibilidad de control.

Para hacer frente a estas limitaciones, el enfoque de la Unión desde 2015 consiste en institucionalizar el sistema para la solución de diferencias en materia de inversiones en los acuerdos comerciales y de inversión de la UE, mediante el Sistema de Tribunales de Inversiones (STI). No obstante, dado su carácter bilateral, el STI no puede abordar plenamente todos los problemas mencionados. Además, incluir el STI en los acuerdos de la Unión conlleva costes, en términos de complejidad administrativa y de repercusiones presupuestarias.

Con la iniciativa de un tribunal multilateral de inversiones se aspira a crear un marco de solución de diferencias internacionales en materia de inversiones¹ que sea permanente, independiente y legítimo; previsible por su jurisprudencia reiterada; que permita apelar las decisiones; eficaz en función de los costos; dotado de procedimientos transparentes y eficaces, y que posibilite la intervención de terceros (por ejemplo, organizaciones medioambientales o laborales interesadas). Debe garantizarse la independencia del tribunal mediante estrictos requisitos de ética y de imparcialidad, nombramientos no prorrogables, dedicación a tiempo completo de los árbitros y mecanismos independientes para su nombramiento.

La presente iniciativa abordará únicamente cuestiones de procedimiento. Asuntos como la legislación aplicable o las normas de interpretación, incluida la necesidad de garantizar la coherencia con otras obligaciones internacionales (por ejemplo, las derivadas de las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo y de las Naciones Unidas) se abordarán en los acuerdos de inversión subyacentes que deberá aplicar el tribunal multilateral de inversiones.

Esta iniciativa tiene por objeto adaptar la política de la Unión sobre solución de diferencias en materia de inversiones al enfoque de la Unión en otros ámbitos de la gobernanza internacional y de solución de diferencias internacionales, favoreciendo soluciones multilaterales. No forma parte del programa de adecuación y eficacia de la reglamentación (REFIT) de la Comisión.

- **Coherencia con las disposiciones existentes en la misma política sectorial**

El documento de reflexión de la Comisión, de mayo de 2015, «La inversión en la ATCI y más allá: la senda de la reforma. Mejora del derecho a legislar y evolución desde el actual arbitraje

¹ Quedan fuera del ámbito de aplicación de la presente iniciativa los litigios derivados de la aplicación de tratados bilaterales de inversión celebrados entre los Estados miembros (TBI intra-UE) y los conflictos entre un inversor de un Estado miembro y un Estado miembro en el marco del Tratado sobre la Carta de la Energía. La Comisión considera este tipo de tratados contrarios al Derecho de la Unión.

ad hoc hacia un tribunal de inversiones»² establece un enfoque en dos fases para la reforma del tradicional sistema ISDS. La primera fase consistía en incluir un sistema jurisdiccional institucionalizado (el STI) para la solución de diferencias en materia de inversiones en los futuros acuerdos comerciales y de inversión de la Unión. En la segunda fase, la Unión trabajaría para establecer un tribunal multilateral de inversiones. Este tribunal multilateral sustituiría a todos los STI bilaterales incluidos en los acuerdos de comercio e inversión de la Unión y permitiría a la Unión, sus Estados miembros y los países socios sustituir las disposiciones ISDS de los acuerdos de inversión vigentes por el acceso al tribunal multilateral de inversiones.

- **Coherencia con otras políticas de la Unión**

La presente Recomendación está en consonancia con la Comunicación de la Comisión «Comercio para todos»³, de octubre de 2015, que establece que la Comisión, en paralelo con sus esfuerzos bilaterales, «cooperará con los socios para lograr un consenso para un tribunal multilateral de inversiones auténtico y permanente».

En efecto, la publicación, el 12 de noviembre de 2015, del texto propuesto por la UE en el marco de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI) sobre la protección de las inversiones y de solución de diferencias en materia de inversiones, la Comisión declaró que «la Comisión comenzará a trabajar con otros países para crear un tribunal internacional de inversiones permanente, [...] que conduciría a la plena sustitución del antiguo mecanismo ISDS por un sistema moderno, eficaz, transparente e imparcial de resolución internacional de litigios en materia de inversiones»⁴.

La Recomendación también es coherente con el documento de reflexión de la Comisión, de mayo de 2017, sobre el encauzamiento de la globalización⁵, que se refiere de forma explícita a esta iniciativa, al precisar que «es necesario que las diferencias [internacionales en materia de inversiones] dejen de ser resueltas por árbitros con arreglo a la denominada "solución de diferencias entre inversores y Estados". Por esta razón, la Comisión ha propuesto la creación de un tribunal multilateral de inversiones que constituiría un foro equitativo y transparente».

Además, en el momento de la adopción por el Consejo de la Decisión por la que se autoriza la firma del AECG, el Consejo afirmó que «el Consejo apoya a la Comisión Europea en su voluntad de trabajar con vistas al establecimiento de un tribunal multilateral de inversiones, que sustituirá al sistema bilateral establecido por el AEGC, una vez que se establezca, y de conformidad con el procedimiento previsto en el AECG»⁶.

2. BASE JURÍDICA, SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD

- **Base jurídica**

El artículo 218, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que la Comisión presentará recomendaciones al Consejo, que adoptará una decisión

² Disponible en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF.

³ Disponible en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf.

⁴ Véase http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6059_en.htm.

⁵ Disponible en https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/reflection-paper-globalisation_es.pdf.

⁶ Declaración n.º 36 de las consignadas en las actas del Consejo con motivo de la adopción por el Consejo de la Decisión por la que se autoriza la firma del AECG. Bruselas, 27 de octubre de 2016.

por la que se autorice la apertura de negociaciones y se designe al negociador de la Unión. De conformidad con el artículo 218, apartado 4, del TFUE, el Consejo podrá dictar directrices al negociador.

- **Subsidiariedad (en el caso de competencia no exclusiva)**

El artículo 5, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea (TUE) establece que el principio de subsidiariedad no se aplica en los ámbitos que son competencia exclusiva de la UE.

En lo que respecta a la protección de la inversión, la Unión tiene competencias que son en parte exclusivas y en parte compartidas.

El artículo 3 del TFUE establece que la Unión dispone de competencia exclusiva en materia de política comercial común. De conformidad con el artículo 207 del TFUE, las inversiones extranjeras directas (IED), incluida la posibilidad de negociar y celebrar acuerdos internacionales al respecto, forman parte de la política comercial común de la Unión.

En su Dictamen 2/15 relativo al Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y Singapur (ALC UE-Singapur), el Tribunal de Justicia confirmó que, sobre la base del artículo 207 del TFUE, la Unión dispone de competencia exclusiva sobre las normas sustantivas de protección normalmente incluidas en los acuerdos de inversión, en la medida en que tales normas se apliquen a las IED⁷. En el mismo dictamen, el Tribunal de Justicia aclaró que, en el caso de las inversiones no directas, la competencia con respecto a dichas normas sustantivas es compartida por la Unión y los Estados miembros.

En su Dictamen 2/15, el Tribunal de Justicia precisó también que la competencia por lo que se refiere a la ISDS (en relación con las IED y no directas) es compartida por la Unión y sus Estados miembros, en la medida en que los Estados miembros están llamados a actuar como demandados en determinados litigios.

La Unión es parte, junto con los Estados miembros, de acuerdos que contemplan procedimientos tradicionales de ISDS (como el Tratado sobre la Carta de la Energía, ECT) o de STI (como el AECG con Canadá) y puede ser llamada a actuar como demandada en los litigios de ellos derivados. Por otra parte, la Comisión está negociando varios ALC y otros acuerdos independientes en materia de inversiones, que conllevan un STI. Cabe prever que la Unión sea parte demandada, al menos, en algunos de los litigios derivados de dichos acuerdos.

La participación de la Unión en el Convenio previsto es, por lo tanto, necesaria para incluir en su ámbito de aplicación los litigios en virtud de los acuerdos citados, cuando la Unión sea parte demandada.

Los acuerdos existentes que contemplan ISDS o STI y de los cuales la Unión es parte (el ECT y el AECG) disponen que los Estados miembros sean parte demandada en algunos casos. Los acuerdos previstos que conllevan STI podrían también contemplar que los Estados miembros sean parte demandada en algunos litigios. Por otra parte, mediante el Reglamento

⁷ Dictamen del TJUE de 16 de mayo de 2017 (C-2/15, EU:C:2017:376) emitido con arreglo al artículo 218, apartado 11, del TFUE, acerca de la competencia de la Unión Europea para celebrar el Acuerdo de Libre Comercio con Singapur.

n.º 1219/2012⁸, la Unión facultó a los Estados miembros para mantener o celebrar casi 1 400 tratados bilaterales de inversión con ISDS tradicional. Por estas razones, el cambio al multilateralismo de la solución de diferencias de inversión prevista por la presente iniciativa ha de ser suscrito por los Estados miembros, además de por la Unión.

- **Proporcionalidad**

La presente Recomendación de Decisión del Consejo, por la que se autoriza la apertura de negociaciones sobre un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones, no excede de lo necesario para alcanzar los objetivos políticos perseguidos.

En consonancia con el principio de proporcionalidad, se han considerado todas las opciones de actuación razonables para evaluar la eficacia probable de esta intervención política, tal como se describe detalladamente en el informe de evaluación de impacto.

- **Elección del instrumento**

Una Recomendación de la Comisión con vistas a una Decisión del Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones está en consonancia con el artículo 218, apartado 3, del TFUE, que establece que la Comisión presentará recomendaciones al Consejo, que adoptará una decisión por la que se autorice la apertura de negociaciones.

3. RESULTADOS DE LAS EVALUACIONES *EX POST*, DE LAS CONSULTAS CON LAS PARTES INTERESADAS Y DE LAS EVALUACIONES DE IMPACTO

- **Evaluaciones *ex post* / control de calidad de la legislación existente**

La ISDS se lleva a cabo periódicamente en el marco de la ECT, en la que participan activamente la Unión y los Estados miembros como partes contratantes. Aunque la modernización de la protección de las inversiones, incluida la solución de diferencias, sigue siendo una prioridad para la Unión en la revisión de la ECT, el mejor marco para la reforma de la solución de diferencias en materia de inversiones es el cambio al multilateralismo que supone la presente iniciativa.

Dada su reciente introducción, todavía no se ha realizado ninguna evaluación del STI.

- **Consultas con las partes interesadas**

La Comisión debatió activamente con las partes interesadas y llevó a cabo una consulta global a lo largo de todo el proceso de evaluación de impacto.

Entre el 21 de diciembre de 2016 y el 15 de marzo de 2017, la Comisión llevó a cabo una consulta pública en línea, iniciada en el sitio web de la DG TRADE y difundida en «EU Survey» (la herramienta en línea de la Comisión para realizar consultas públicas). Se invitó a las partes interesadas a responder a preguntas sobre problemas y posibles opciones políticas, aspectos técnicos de estas opciones y repercusiones posibles. La consulta puso de manifiesto

⁸ Reglamento (UE) n.º 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países (DO L 351 de 20.12.2012, p. 40).

un amplio respaldo general a un planteamiento multilateral de la solución de diferencias en materia de inversiones tal como se describe en la presente iniciativa, aunque aún quedan cuestiones pendientes, en particular en sus aspectos técnicos.

Las respuestas a la consulta pública se publicaron en el sitio web de la consulta. El informe de síntesis sobre dicha consulta pública y sobre las demás actividades llevadas a cabo por la Comisión en el marco de la consulta de las partes interesadas se adjunta al informe de la evaluación de impacto.

- **Evaluación de impacto**

Se evaluó el impacto del cambio al multilateralismo, incluida la posible creación de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones. Se adjuntan a la presente Recomendación el informe de evaluación de impacto y su ficha resumen, así como el dictamen favorable del Comité de Control Reglamentario.

Dado que la iniciativa de dicho tribunal multilateral se concentra en las normas de procedimiento (solución de diferencias) y no en las normas sustantivas (que van incluidas en los correspondientes acuerdos de inversión), no se espera que de ella se deriven repercusiones medioambientales ni sociales.

- **Adecuación regulatoria y simplificación**

El tribunal multilateral de inversiones permitirá aliviar la carga administrativa relacionada con la solución de diferencias en materia de inversiones, centralizando todos los litigios en un único conjunto de normas de procedimiento. Se garantizará el acceso de los inversores a un sistema legítimo, independiente y eficaz para la solución de diferencias internacionales en materia de inversiones con independencia de su tamaño o volumen de negocios. Las pymes pueden disfrutar de asistencia adicional, para tener en cuenta su menor volumen de negocios. Se espera que el procedimiento judicial sea más breve y, por tanto, menos gravoso para los inversores en comparación con el sistema tradicional no reformado. Además, la mejora de la previsibilidad y la coherencia en la interpretación de las disposiciones sustantivas en materia de inversiones contribuirán a que haya menos litigios.

- **Derechos fundamentales**

De conformidad con el artículo 21, apartado 1, del TUE, la Unión se basará en los principios de la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales en lo relativo a esta iniciativa, incluido en particular el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales.

La acción de la Unión en el ámbito multilateral no puede afectar al nivel de protección de los derechos fundamentales en la Unión. El tribunal multilateral de inversiones pretende ser una solución complementaria con arreglo al Derecho internacional para exigir el respeto de las obligaciones que los acuerdos internacionales imponen a los Estados. Se entiende, por lo tanto, sin perjuicio de los derechos existentes de los inversores extranjeros en virtud del Derecho de la Unión y de la legislación nacional de los Estados miembros, ni de las vías de recurso para hacer respetar tales derechos.

4. REPERCUSIONES PRESUPUESTARIAS

En este momento es imposible determinar la incidencia financiera exacta de esta iniciativa, pues los elementos clave del tribunal multilateral de inversiones aún tienen que ser negociados multilateralmente. Se considera que será menos costosa que la alternativa de mantener el STI en los acuerdos ya negociados o en vías de negociación y en el sistema existente. El informe de evaluación de impacto contiene varios cálculos efectuados partiendo de distintos supuestos.

5. OTROS ELEMENTOS

- **Planes de ejecución y modalidades de seguimiento, evaluación e información**

La Comisión procederá a un seguimiento regular una vez que el tribunal multilateral sea operativo. También auditará periódicamente las contribuciones financieras de la Unión a los gastos del tribunal. Cuando el tribunal multilateral de inversiones haya funcionado un tiempo suficiente como para disponer de datos significativos, se evaluará su funcionamiento. El informe de evaluación de impacto que se adjunta contiene más información sobre las actividades previstas de seguimiento y evaluación.

- **Aspectos procedimentales**

La Comisión se congratula de que los miembros del Consejo de la Unión Europea aborden cada vez más en sus Parlamentos las negociaciones sobre inversiones en una fase temprana, en consonancia con sus prácticas institucionales. Anima a los miembros del Consejo de la Unión Europea a que hagan lo mismo con la presente Recomendación de Decisión del Consejo, teniendo debidamente en cuenta la Decisión 2013/488/UE del Consejo, sobre las normas de seguridad para la protección de la información clasificada de la UE⁹.

La Comisión formula la presente Recomendación con su documento adjunto, y recomienda que se haga pública inmediatamente después de su adopción.

La Comisión recomienda que las directrices de negociación se hagan públicas inmediatamente después de su adopción.

⁹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32013D0488>

Recomendación de

DECISIÓN DEL CONSEJO

por la que se autoriza la apertura de negociaciones sobre un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones

EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y en particular su artículo 218, apartados 3 y 4,

Vista la Recomendación de la Comisión Europea,

Considerando que deben entablarse negociaciones con vistas a la celebración, entre la Unión Europea y sus Estados miembros y otros países interesados, de un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones,

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

Se autoriza a la Comisión a entablar negociaciones, en nombre de la Unión, sobre un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones.

Artículo 2

Las negociaciones se llevarán a cabo de acuerdo con las directrices de negociación que figuran en el anexo de la presente Decisión.

Artículo 3

La presente Decisión y su documento adjunto se publicarán inmediatamente después de su adopción.

Artículo 4

El destinatario de la presente Decisión es la Comisión.

Hecho en Bruselas, el

*Por el Consejo
El Presidente*