



NEWSLETTER

ARBITRAJE INTERNACIONAL

OCTUBRE 2014

Avances nuevos en el arbitraje inversiones

JOSÉ EUGENIO SORIANO
Of Counsel

NOTICIA SOBRE EL REGLAMENTO (UE) N° 912/2014 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de julio de 2014 por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte. (Entrada en vigor el 17 de septiembre de 2014)

Donde hay responsabilidad, hay competencia. Y naturalmente donde hay competencia, hay responsabilidad.

La Unión Europea, tras el Tratado de Lisboa (1 de diciembre de 2009) asumió con carácter exclusivo la Política Comercial Común (Art. 3. e. TFUE), comprendiendo las Inversiones Extranjeras Directas (IED). Además puede ser parte en acuerdos internacionales que contengan disposiciones sobre inversión extranjera directa.

Se planteó, de un lado, así la subsistencia de los APPRIs, (vid Fernández Rozas. “La Ley” n° 18/ septiembre 2014) con una complejísima interpretación basada en lograr una posición igualitaria para todos los Estados Miembros

evitando así las inevitables preferencias ocasionadas por cada Estado unilateralmente al firmar por su cuenta un APPRI, muchos de los cuales planteaban problemas de compatibilidad con el derecho comunitario, en particular por vulneración de la libre transferencia de capitales. Ello dio lugar al Reglamento 1219/2012 del Parlamento y del Consejo por el cual se determinaba la paulatina supresión de los APPRIs suscritos por los Estados miembros con terceros países, aunque no afectaba directamente a los APPRIs intracomunitarios. Y se precisa que al asumir la UE la competencia exclusiva en materia de IED queda en monopolio para concluir tales tratados con terceros Estados sobre tales ámbitos propios de los antiguos APPRIs. Y una vez que la UE establezca un tratado con un tercer país, se suprimirán tales APPRIs que los Estados miembros tuvieran con tal país, para favorecer así la existencia de un único acuerdo sobre inversiones directas (IED), pero podrán mantenerse los APPRIs referidos a inversiones en cartera, con autorización previa de la Comisión. En todo ello juega el principio de cooperación leal (nivelar el campo de juego) previsto en el artículo 4.3 Tratado Unión Europea (TUE).

Nótese que para el futuro, los posibles Tratados de Libre Comercio u otros acuerdos en materia de IED suscritos por la UE con terceros países regularán las materias que previamente contenían los APPRIs, y muy especialmente incluyendo la fórmula de resolución de conflictos. Así se está negociando precisamente respecto de la futura Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión con Estados Unidos que mediante este próximo Tratado de Libre Comercio sustituirá a los APPRIs que los distintos Estados miembros tengan suscritos con Estados Unidos; y se prevé expresamente que incorporará un mecanismo de solución de diferencias entre los inversores y el Estado, solucionándose los conflictos y disputas mediante arbitraje. Se da pues carta de naturaleza a que lo normal en el orden de solución litigiosa de la UE y por extensión de los Estados miembros en relación con las inversiones directas sea precisamente el arbitraje.

Por otro lado se cuestiona la técnica y el pago de los arbitrajes comprendidos dentro de tales IED, que suelen ir acompañadas de cláusulas de sometimiento a arbitraje. Ya que si la UE firma un acuerdo IED tiene que ser la responsable lógicamente en caso de demanda de un inversor procedente de un Estado tercero que firmó con la UE el correspondiente trato entienda que la Unión ha incumplido las normas de ese acuerdo. E igualmente, se van a plantear problemas cuando quien firme ese trato, sea un Estado miembro, pero aplicando obligatoriamente una norma comunitaria, por ejemplo, transponiendo una Directiva si luego la denuncia del inversor procedente de un país tercero se fundamenta precisamente en el fallo que tal Directiva suponga en el contexto de la inversión. Porque desde luego, el resto de los Estados miembros no estarán dispuestos en modo alguno a asumir los cuantiosos gastos que pueda ocasionar el arbitraje al Estado

incumplidor, aunque sea por imposición de las normas comunitarias.

Las bases de resolución de las cargas financieras derivadas de los laudos o de los acuerdos transaccionales que pongan fin previo a un litigio arbitral son las siguientes: a) reconocimiento y demostración de la personalidad jurídica de la UE b) cooperación continua entre la UE y el Estado Miembro que ocasione un trato c) lealtad institucional entre los Estados Miembros y la Comisión d) flexibilidad jurídica continua para resolver y arreglar los asuntos sometidos a arbitraje.

Todo ello, partiendo de que la responsabilidad internacional por un trato que sea objeto de un procedimiento de resolución de litigios se determina en función del reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros. Por consiguiente, la Unión será en principio responsable de defender cualquier pretensión basada en un incumplimiento de normas incluidas en un acuerdo que sea exclusivamente competencia de la Unión, independientemente de si el trato en cuestión es dispensado por la propia Unión o por un Estado miembro.

Esto tiene importancia capital, ya que los Estados Miembros no son libres de aplicar o no el derecho comunitario. Si, en consecuencia, en ejecución del mismo, incurren en un trato o acuerdo con un inversor de un país tercero y resulta que se exige responsabilidad como consecuencia de la debida aplicación de la norma comunitaria, no podrá la UE evitar que sea ella misma quien defienda y asuma tal responsabilidad y eventual carga financiera derivada de la ejecución del laudo o de las transacciones para evitarlo). Todo ello para equiparar al inversor extranjero con el inversor comunitario. El inversor extranjero debe ser de igual calidad que el comunitario, pero no debe

tener un trato privilegiado ni superior ya que la base de protección y seguridad jurídica que se pretende conseguir por la UE ha de ser la misma para todos los Estados miembros.

Además de estas reglas materiales, también se ocupa especialmente este novísimo Reglamento de las procesales. En concreto, y dada la ya consolidada personalidad jurídica de la UE, se establece que será la UE la parte demandada en el arbitraje, cuando el litigio traiga causa de un incumplimiento de la misma de las reglas establecidas en el trato. Y en consecuencia, asumir las consecuentes responsabilidades financieras. E igualmente, cuando sea exclusivamente un Estado miembro el responsable, solamente a él mismo le corresponderá hacerse cargo de las responsabilidades financieras derivadas del procedimiento arbitral.

Con agudeza, prevé el Reglamento que un Estado miembro decida confiar su defensa a las instituciones comunitarias, siendo entonces la UE la que actuará procesalmente como demandada sin perjuicio de que la responsabilidad financiera por incumplimiento del Estado miembro recaiga exclusivamente sobre éste. Esta disociación es previsible en Estados que por distintas razones no tengan suficiente experiencia ni recursos técnicos de carácter jurídico y soliciten que la UE actúe como “caballero blanco” en defensa de dicho Estado incumplidor de un acuerdo de inversión directa en el mismo, pero a su vez no tenga la fuerza jurídica que desde luego sí puede poseer la UE. Aunque, insistimos, serán tales Estados incumplidores los únicos responsables financieros del resultado del laudo.

Y puede también ocurrir que la propia UE tenga interés en personarse en el asunto concreto aunque la cuestión sobre esa inversión directa afecte sólo a un Estado

miembro que se esté defendiendo por su cuenta. Son casos en que exista “interés comunitario” en el asunto porque el resultado del arbitraje con ese Estado miembro afectará indudablemente a la propia UE. Así, cuando la UE haya suscrito un trato prácticamente igual al que se está ventilando por ese Estado miembro, o cuando el trato en cuestión suscrito por el Estado resulte que es impuesto por el Derecho de la Unión Europea, o cuando ante la OMC la UE se encuentre discutiendo un asunto en todo punto semejante al que está litigando el Estado miembro, o sea necesario personarse en el asunto concreto porque hay que garantizar la unidad de argumentación ante la OMC en un asunto en que tenga interés la UE. Pero en todo caso, y como deber de lealtad, se impone que la UE tenga en cuenta siempre los intereses del Estado miembro que está en el litigio.

Y como todo ello debe enmarcarse dentro del conjunto de actuaciones de la UE, se establece que la Comisión informará al Parlamento y al Consejo. Y cuando actúe la UE como demandada, de forma que también estén en juego los intereses de un Estado miembro, le facilitará toda la documentación, consultas y participación en el litigio de que se trate. Y viceversa, cuando sea demandado un Estado miembro, éste deberá informar a la Comisión, consultarla y solicitar que opine sobre cualquier cuestión relevante en Derecho, incluido participar en la delegación durante el procedimiento.

En definitiva, la UE será responsable financieramente y asumirá los gastos cuando el incumplimiento de la inversión directa sea debido a una actuación comunitaria, bien directa a través de sus órganos, bien indirecta cuando lo haga el Estado miembro pero por obligación de cumplir con el Derecho comunitario.

Y el Estado miembro será responsable cuando haya infringido un tratado de inversión directa por parte de un tercero. Inclusive se estima que si incumplió aplicando el derecho comunitario y no solventó la incompatibilidad del acto previo que motivó que el Estado infringiera, tendría responsabilidad ya que ante una coyuntura semejante, tendría que haber cuestionado el propio derecho comunitario. Por supuesto, si llega a un acuerdo transaccional previo al laudo para evitar el procedimiento arbitral, también responde el Estado

Efectivamente, dentro de la flexibilidad exigible en todo lo que hace a los procedimientos arbitrales, tanto la UE como el Estado miembro, pueden interrumpir el procedimiento, acabándolo previamente mediante acuerdos transaccionales que dando, prometiendo o reteniendo lo que el contenido del litigio arbitral exija, acaben con un arbitraje.

En tales casos, si la UE entiende que el asunto interesa a la Unión y su derecho propio, y tiene interés comunitario, sin duda puede transaccionar haciéndose cargo financiero de todas las consecuencias de tal procedimiento.

Pero si a su vez afecta esa posible transacción a un Estado miembro, la UE solo debería llegar a acuerdos respetando al mismo tiempo el interés de dicho Estado quien no debe asumir carga financiera alguna como consecuencia de la transacción a la que haya llegado la Comisión, y desde luego, por aplicación del principio de cooperación leal, tendrá que haber consultas continuas entre la UE y el Estado miembro.

A su vez, en cuanto a transacciones posibles, si es un Estado miembro el afectado, desde luego

puede llegar al acuerdo que estime conveniente, pero asumiendo por entero la carga financiera correspondiente sin trasladarla en modo alguno a la UE. Se exige, asimismo, que además de soportar en tal caso en solitario la carga financiera derivada del arbitraje, el resultado al que llegue en la transacción el Estado miembro sea compatible con el derecho de la UE.

Interesa destacar la regla de “pronto pago” que asume la UE, al indicar que cuando se dicte un laudo en contra de la Unión, la indemnización determinada debe pagarse sin demora. Y la UE dispondrá las medidas presupuestarias y financieras apropiadas para pagar (salvo el caso en que un Estado miembro reconozca que le incumbe solamente a él el pago).

¿Quid iuris si el Estado miembro no reconoce su responsabilidad compartida con la UE en caso de un laudo desfavorable o si la Comisión determina que es el Estado miembro el responsable financiero de un laudo desfavorable? Pues por de pronto, la UE adelanta el pago y luego repite contra el Estado miembro repercutiéndole los costes financieros con sus intereses (sin perjuicio naturalmente de que el Estado pueda acudir a los Tribunales comunitarios si no está de acuerdo con esa decisión de la Comisión).

Tiene interés mostrar que la UE se ha tomado muy en serio la posibilidad de sometimiento a arbitraje en los casos de IED. Y para ello, preverá en sus Presupuestos las cantidades previsibles derivadas de tales procedimientos, asegurando así a los Estados terceros y sus inversores la plena disposición de la UE a garantizar el resultado de los laudos. Y se prevé también que la UE dispondrá instrumentos apropiados para asegurar asimismo que los Estados miembros cumplen también con sus compromisos de atender correctamente a la aplicación de los tratos sobre IED. Para ello, si es preciso, adelantará las cantidades correspondientes y luego las repetirá contra el Estado correspondiente. Y en todo ello, la Comisión tendrá atribuidas potestades de

ejecución, expresión que claramente nos indica que el tema va totalmente en serio y que los Estados a partir de ahora tienen a la vez un mecanismo de garantía y protección por parte

de la UE en orden a atender sus compromisos de inversión directa, como una obligación y una exigencia que no pueden eludir al ser la Comisión la garante de tales tratados.

PARA MAS INFORMACIÓN

JOSÉ EUGENIO SORIANO

Of Counsel

jes@lupicinio.com

+34 91 436 00 90