

Perspectivas

Trump y el Brexit desafían el arbitraje internacional

EL PAPEL DE LOS ORGANISMOS SUPRANACIONALES La OMC, el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea y el ISDS, que arbitra conflictos entre Estados e inversores, pierden poder ante la ola proteccionista global.

Alan Beattie. Financial Times
 En las negociaciones con la UE, Theresa May tratará de escapar de la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), cuyas normativas, según las personas que apoyan el Brexit, violan la soberanía nacional. Por su parte, el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC se enfrenta a la Administración Trump, que ha amenazado con ignorar sus resoluciones.

Los gobiernos y los abogados se están percatando de que, al cuestionar la globalización, también se pone en tela de juicio la transparencia y la justicia de los organismos judiciales, que son esenciales para la economía mundial.

De hecho, el rencor entre Reino Unido y el TJUE es uno de los asuntos más problemáticos de las negociaciones del Brexit. Desde hace tiempo, el Tribunal ha sido objeto de las críticas de los políticos euroescépticos y de los periódicos británicos, al que culpan de la desaparición de la pesca en Reino Unido y de interferir en la política de inmigración.

Sin embargo, al deshacerse de las normativas del TJUE, Reino Unido se enfrentará al reto de mantener su soberanía nacional al mismo tiempo que se integra en la economía global. A menos que no alcance un acuerdo de libre comercio con la UE, Reino Unido se verá obligado a interpretar las leyes de la UE que están incorporadas en la legislación británica. Y, durante un periodo indefinido, el país tendrá que aceptar la jurisdicción del TJUE.

Incluso tras la transición, el asunto del control judicial no habrá concluido. Por lo general, los acuerdos comerciales contienen sistemas de resolución de conflictos, por los que un órgano jurisdiccional independiente gestiona las posibles violaciones del acuerdo.

En cierto modo, estos sistemas son menos invasivos que el TJUE. En la mayoría de los conflictos comerciales, son

particulares o empresas privadas los que presentan las demandas al TJUE, pero sólo los gobiernos pueden empezar un litigio. Los órganos jurisdiccionales de los acuerdos comerciales pueden autorizar a los gobiernos a imponer aranceles compensatorios u otras restricciones, pero, por lo general, no pueden establecer sanciones económicas.

Sin embargo, estos órganos pueden ser más distantes e impredecibles que el TJUE. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuenta con jueces a tiempo completo que interpretan las leyes y mantienen una estrecha relación con los tribunales de cada país. En cambio, los órganos jurisdiccionales son instituciones independientes compuestas por tres abogados en los que no existe el derecho a recurrir.

El Órgano de Solución de Diferencias de la OMC también tiene problemas de legitimidad. El órgano, que se estableció en 1994, recibió a finales de los 90 duras críticas de los defensores del desarro-

El presidente de Estados Unidos ha afirmado que ignorará las resoluciones de la OMC

El rencor existente entre Londres y el TJUE es uno de los asuntos más espinosos del Brexit

Al cuestionar la globalización también se pone en duda la transparencia de los organismos judiciales

llo sostenible por ciertos casos en los que se perjudicaba al medio ambiente. En los últimos años, su reputación ha mejorado y ha ganado cierto prestigio al lograr que China se integre en el sistema comercial mundial con restricciones que impiden que la legislación del país perturbe las relaciones comerciales.

Sin embargo, en los últimos meses, el Órgano de la OMC se ha ganado un poderoso enemigo de la Administración Trump. El nuevo representante de Comercio de EEUU, Robert Lighthizer, es un abogado sindicalista que, en ocasiones, ha representado al sector siderúrgico estadounidense y constantemente ha criticado a la OMC por evitar que EEUU rechace las importaciones subvencionadas.

La opinión de Lighthizer sobre la OMC concuerda con la ambición de Trump de relocalizar los puestos de trabajos de la industria manufacturera y su postura frente a las prácticas comerciales de China. Desde hace bastante tiempo, todas las Administracio-

EEUU da la espalda a la OMC

El presidente de Estados Unidos, Donald Trump, se ha convertido en uno de los enemigos más acérrimos de la OMC. Trump ha anunciado que ignorará las resoluciones del organismo que impliquen a su país. Ese rechazo abriría la puerta a que sus socios comerciales le impongan sanciones.

nes estadounidenses coinciden en criticar las extralimitaciones judiciales de la OMC, pero Trump ha amenazado con ir más allá y ha afirmado que ignorará sus dictámenes. En 2010, Lighthizer declaró ante el Congreso: "Las resoluciones de la OMC no son imperativos religiosos y ningún órgano de la OMC puede emplearlas como objeto de coacción".

Los argumentos de Lighthizer contra la OMC no han hecho sino alimentar las dudas sobre la legitimidad de los tribunales internacionales. Los opositores de la OMC opinan que el Órgano de Solución de Diferencias ha establecido nuevas leyes para abolir de nuevo las leyes antidumping de EEUU.

Por el contrario, los defensores de la OMC declaran que el Órgano de Solución de Diferencias se ha visto obligado a dictar sus sentencias sobre la base de los principios generales porque los gobiernos que forman parte de la organización no han acordado una revisión de las leyes desde que finalizaron las negociaciones de la Ronda de Uruguay en 1994. Robert Howse, profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Nueva York, declara: "Al no

existir un acuerdo sobre las nuevas normas de negociación, la pelota se encuentra en el tejado de la OMC y su tarea es cubrir ese vacío".

Sólo cabe esperar a ver si la Administración Trump ignorará sistemáticamente las resoluciones de la OMC, lo que permitiría a sus socios comerciales tomar represalias en forma de sanciones, o, por el contrario, tratará de reducir la influencia de la organización. En todo caso, el Órgano de Solución de Diferencias sólo podría comprometerse con mejorar los procesos y esperar a que pase la tormenta.

El Órgano de Solución de Diferencias de la OMC no es el único que se ha puesto en tela de juicio. En la última década, el arbitraje de diferencias Estado-inversor (ISDS, en sus siglas en inglés), que permite a las compañías presentar demandas contra los gobiernos por recibir un trato injusto, ha recibido críticas.

El año pasado, el Parlamento de Wallonia, una región al sur de Bélgica que no llega a constituir ni un 1% de la población de la UE, frenó el Acuerdo integral de Economía y Comercio, un acuerdo de libre comercio entre la UE y Canadá que incluye una cláusula del ISDS.



La espinosa relación entre Londres y el TJUE
 Los británicos culpan al Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la desaparición de la pesca en Reino Unido y de interferir en decisiones políticas nacionales, por lo que se ha ganado, durante años, las críticas de los euroescépticos. En la imagen, la primera ministra, Theresa May.





Los defensores de organismos como la OMC afrontan el reto de convencer a los escépticos

La demanda de Phillip Morris contra Australia fue el caso más llamativo de conflicto Estado-inversor

jueces permanentes, parecido al TJUE.

Sin embargo, todo apunta a que esta iniciativa no tendrá una gran acogida entre los gobiernos. Los abogados opinan que será muy complicado encontrar a jueces especializados en el arbitraje de las inversiones, sobre todo porque los mercados emergentes apenas cuentan con experiencia en estos asuntos, por lo que se tendrían que establecer sistemas paralelos más complejos.

Y para instituciones como el TJUE o el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, que ya se comprometieron en su día con ser justas y transparentes, resultará muy complicado adoptar medidas que mejoren su legitimidad. Marietje Schaake, miembro del grupo liberal ALDE en el Parlamento Europeo, sostiene: "La clave es modernizar el sistema ISDS, convertir un tratado en una institución y crear una legislación internacional".

Sin embargo, en lo que respecta a tribunales como el TJUE, Schaake opina que son los gobiernos los que deben defender su legitimidad y culpa a algunos políticos británicos, como el ex primer ministro David Cameron, por utilizar al TJUE como cabeza de turco de sus problemas, algo que es inadmisibles en otros países miembros de la UE.

Quizás era del todo inevitable que los órganos judiciales internacionales no recibiesen críticas al influir en las políticas económicas. Puede que el TJUE, la OMC y el ISDS sean diferentes, pero todos se enfrentan al reto de mantener la legitimidad. Las críticas suponen un gran problema también para los gobiernos y tribunales que fundaron estas instituciones.

Los acuerdos que surjan del Brexit pondrán a prueba la capacidad de Reino Unido para crear instituciones que en poco tiempo impongan su legitimidad en una población escéptica. Por ahora, no se ha dictado sentencia.

Entre los organismos de arbitraje, existe la sensación de que el sistema entero está bajo presión

Muchos países emergentes, como India o Indonesia, han declinado firmar nuevos tratados

Los defensores del arbitraje creen que es preciso modernizar el sistema, haciéndolo más transparente

Casos expuestos al veredicto de la opinión pública

A menudo, un tribunal u otro órgano judicial pueden trabajar durante años sin atraer mucha atención. Entonces, aparece un caso notorio sobre un tema emotivo que centrará todas las miradas en la institución, a menudo generando cierta confusión. El caso 'Factortame' del sector pesquero entre Reino Unido y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que empezó en 1989 y se prolongó durante más de una década, se convirtió en una piedra de toque para los euroescépticos. En respuesta a una queja de una firma pesquera española, el TJUE dictó que las leyes de Reino Unido que protegían a los pescadores británicos de la competencia eran ilegales, y obligó a Londres a pagar una

compensación. Con respecto al cierre de disputas en la Organización Mundial de Comercio, la sentencia clave se produjo en 1998. El comité de arbitraje criticó una medida de EEUU que exigía que todo el pescado salvaje vendido en EEUU se pescase mediante redes con agujeros especiales para permitir escapar a las tortugas de mar. El comité de la OMC dictó que EEUU tenía derecho a aprobar la ley, pero que había discriminado entre distintos países a la hora de aplicarla. Estos pequeños detalles, no obstante, pasaron desapercibidos para los ecologistas que rodeaban el edificio vestidos de tortuga, que se centraron en el hecho de que EEUU había perdido una batalla y no entendieron que, en realidad,

había ganado la guerra. En el caso del arbitraje de diferencias estado-inversor, el caso fundamental fue la demanda presentada por la tabacalera Philip Morris contra Australia en 2011 por exigir un empaquetado genérico para los cigarrillos, en lugar de denunciar que esto ocasionaba daños a su propiedad intelectual. Para ello, empezó por trasladar su sede asiática de Australia a Hong Kong, subrayando así las quejas de los activistas de que el arbitraje de diferencias estado-inversor otorga más derechos a los inversores extranjeros que a los nacionales. El jurado rechazó finalmente la demanda en 2015, pero no antes de que la legitimidad de todo el sistema se viera dañada.

En la actualidad, existen cientos de tratados de inversión vigentes. El objetivo de estos tratados es ofrecer protección a los inversores extranjeros ante las injusticias de los gobiernos, ya sea por la confiscación arbitraria de activos o, simplemente, por legislaciones desleales.

En los últimos años, se han llevado ante los tribunales varios casos en los que se denunciaba que los gobiernos habían incumplido el princi-

pio que garantiza el trato justo y equitativo. Algunos expertos lo atribuyen a la inversión transfronteriza que ha propiciado la globalización. Sin embargo, los más escépticos argumentan que los abogados que ejercen en el área del derecho internacional alientan a las compañías a demandar a los gobiernos.

Tras varios casos judiciales de gran repercusión, los activistas europeos pusieron su objetivo en las cláusulas ISDS

de los tratados para frenar la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP, en sus siglas en inglés) con EEUU. Lo que ocurrió con el CETA entre Canadá y la UE sirvió en gran medida como ejemplo para evitar el TTIP.

Philippa Charles, responsable del arbitraje internacional en el bufete londinense Stewarts Law, sostiene: "Los que nos dedicamos al arbitraje, sabemos a ciencia cierta que el sistema ISDS está bajo

presión y que, por este motivo, su legitimidad está siendo muy cuestionada". Varios mercados emergentes, entre los que se incluyen India, Sudáfrica e Indonesia, se han negado a firmar nuevos tratados si no se renuevan o modifican los que están vigentes.

Los defensores del sistema de arbitraje son conscientes de que se necesita un cambio, sobre todo en lo que respecta a la transparencia. Se está tratando de fomentar que haya

más público en las sesiones en las que se aprueban nuevas normas, incluso se ofrecen compensaciones económicas.

Por su parte, la UE, a la que ha sorprendido la oleada de críticas que ha recibido el ISDS, ha establecido un nuevo sistema diseñado para recuperar la confianza en el arbitraje de las inversiones. En lugar de los órganos jurisdiccionales *ad hoc*, Bruselas propone un tribunal multilateral de inversión que cuente con