

Julio González

CETA

9 Aspectos esenciales que se deben conocer

Finalmente, el CETA (Comprehensive Economic Trade Agreement) el Acuerdo entre la Unión Europea y Canadá va a ser sometido a votación en el Congreso de los Diputados. La nueva posición del PSOE (que no va a votar a favor del Tratado en el momento de su ratificación por España) ha abierto un debate sobre el alcance y efectos de este tipo de acuerdos que hasta ahora no se había tenido en nuestro país.

El CETA trasciende, en mi opinión, el marco de relación entre Canadá y la Unión Europea. Es un modelo de los nuevos acuerdos que impulsa la Unión Europea y que, además, tiene una gran transcendencia por la conexión con los EE.UU. a través del Tratado de Libre Comercio entre Canadá, México y EE.UU. Que el Acuerdo con Canadá sea mejor que los aspectos conocidos del TTIP no significa, en modo alguno, que proporcione una regulación suficiente ni que ésta resulte la más adecuada para una adecuada protección del interés general. Veamos algunos aspectos

1. ¿De qué discutimos sobre el CETA?

Esta cuestión es muy general pero introduce el debate en un punto donde hay riesgo de demagogia. Sólo desde una perspectiva reduccionista se puede decir que, cuando se discute sobre la regulación contenida en el CETA, el debate es sobre proteccionismo o globalización. De hecho, creo que si planteamos la cuestión de este modo se comete un gran error (interesado o no).

De entrada, la globalización es imparable porque la base técnica que ha conseguido relativizar tiempo y espacio la tenemos entre nosotros y porque ha generado un cambio de planteamientos socio económicos que no permitirían volver a tiempos proteccionistas. Ni siquiera en los EE.UU. de Trump. La cuarta revolución industrial, de hecho, la potenciará.

El debate es sobre las reglas que queremos que rijan la globalización. El CETA se inserta en unas modalidades de acuerdos comerciales, cuyos otros grandes exponentes son el TPP, el TTIP o el TiSA, que no sólo incluyen reglas sobre comercio sino que tienen una base constitucional que modifica de forma integral nuestro entendimiento de la regulación económica. Lo hace, además,

sobre una base que olvida las reglas esenciales del Estado social que está en el artículo 1.1 de nuestra Constitución.

De hecho, examinando el CETA se observará, por poner un ejemplo, que el valor que protege es el comercio, olvidando otros que son dignos de protección. ¿Cuál es, por ejemplo, el objetivo de la regulación fitosanitaria? Además de proteger la salud, se incorpora un correctivo: “garantizar que las medidas sanitarias y fitosanitarias («MSF») de las Partes no creen obstáculos injustificados al comercio”.

De hecho, en el propio parlamento europeo ya se han advertido de algunas consecuencias negativas del CETA. Recordemos que la comisión EMPL (Empleo y Asuntos Sociales) del Parlamento Europeo aprobó en diciembre pasado, con 27 votos favorables y 24 contrarios, su informe sobre el CETA en la que pide al Parlamento Europeo rechazar el acuerdo por la pérdida de unos 200.000; la pérdida de condiciones de trabajo especialmente para el menos cualificado y la ausencia total de políticas de impulso a la pequeña y mediana empresa.

2. ¿Qué es el CETA y cómo se ha negociado?

El CETA (Comprehensive and Economic Trade Agreement) es el acuerdo suscrito entre Canadá y la Unión Europea para articular sus relaciones comerciales. Las conversaciones para llegar al acuerdo se han realizado de forma poco transparente, incumpliendo los principios del Tratado de la Unión Europea. Resulta poco asumible que el mandato negociador sea de 2009 (las correspondientes conversaciones empezaron en Montreal el 10 de junio de 2009) y que hasta el 15 de diciembre de 2015 estos documentos no fueran **desclasificados y hechos públicos**. Esto es, más de un año después de que concluyeran las negociaciones, el 26 de septiembre de 2014 en Ottawa.

El Acuerdo tiene 1600 páginas que se dividen en 30 grandes artículos y otros tantos Anexos que matizan la propia redacción del Acuerdo. Los problemas políticos que se generaron con su ratificación —no sólo con la sociedad sino en algunos Estados, como Bélgica— obligaron a que se suscribiera un **Instrumento interpretativo conjunto** que, aparentemente, forma parte del texto del mismo aunque no dejan de existir dudas de su validez jurídica a la luz del hecho de que no se ha aprobado de acuerdo con los mismos procedimientos que el propio Tratado.

Posiblemente, al CETA se le puede imputar lo mismo que se ha señalado por el **Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el Acuerdo de Libre Comercio con Singapur**, que tiene un contenido muy parecido a éste: que la Unión Europea se ha extralimitado en la negociación; de tal manera que “el

mero hecho de que un acto de la Unión, como un acuerdo celebrado por ésta, pueda tener ciertas repercusiones sobre el comercio con uno o varios Estados terceros no basta para concluir que dicho acto deba incluirse en la categoría de los acuerdos comprendidos en la política comercial común”. Justo esto es lo que está haciendo usualmente la Unión Europea: utilizar la política comercial para incluir regulación que afecta a otros aspectos, sociales, ambientales o económicos.

La negociación del CETA se ha hecho, como se señaló con anterioridad, con un grado de secretismo similar a la del TTIP. De hecho, durante mucho tiempo ni siquiera se tenía demasiado conocimiento público sobre estas negociaciones. Recientemente, el **Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha censurado la forma en que las instituciones europeas han limitado el debate público sobre estos tratados**: “Por tanto, nada justifica tampoco excluir del debate democrático los actos jurídicos que pretenden que se revoque una decisión por la que se autoriza la apertura de negociaciones para la celebración de un acuerdo internacional, igual que ocurre con los actos que tienen por objeto impedir la firma y la celebración de tal acuerdo, los cuales, en contra de la tesis defendida por la Comisión, producen innegablemente efectos jurídicos autónomos, al impedir, en su caso, una modificación anunciada del Derecho de la Unión”.

3. ¿Cómo se ha aprobado el CETA en la Unión Europea?

El debate que hubo hace un año sobre la forma de aprobación del CETA en la Unión Europea dejó dos importantes conclusiones: es un acuerdo mixto que se está aplicando provisionalmente.

Desde el primer punto de vista no es precisa la unanimidad, sino que es suficiente la mayoría cualificada, esto es *un mínimo del 55 % de los miembros del Consejo que incluya al menos a quince de ellos y represente a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65 % de la población de la Unión*. Hay que tener presente que no fue la opción inicial de la Comisión europea: para la comisaria Mallström este paso atrás de la Comisión se produce “por razones políticas” de los Estados, ya que: “From a strict legal standpoint, the Commission considers this agreement to fall under exclusive EU competence. However, the political situation in the Council is clear, and we understand the need for proposing it as a ‘mixed’ agreement, in order to allow for a speedy signature”.

El segundo aspecto es más importante: la comisión impulsó que se aplique de forma provisional, desde el momento en que se apruebe por las autoridades europeas competentes. Una posición que respalda Trudeau, Primer Ministro canadiense Esta aplicación provisional afectaría a las materias de

competencia exclusiva de la Unión Europea y que fuentes canadienses fijan en aproximadamente un 90% del Tratado.

Ya de entrada un porcentaje de tal magnitud deja como accesoria la participación de los Parlamentos nacionales. Algo que no resulta admisible especialmente teniendo en cuenta el impacto constitucional que tiene el CETA.

4. ¿Reconoce el CETA el derecho a regular de los Estados?

Sí. Este es un principio básico de Derecho internacional y por tanto no puede restringirlo. Pero de nuevo cuando se plantea esta pregunta se hace con una trampa. El problema no es el derecho a regular sino el derecho a cambiar la regulación sin indemnización hacia el inversor exterior por los supuestos daños que padezca por comparación a la situación anterior.

En efecto, el CETA recoge uno de los elementos más criticables del Derecho de inversiones que es la posibilidad de que se configure un derecho a la indemnización, incluso en los supuestos en los que la norma discutible sea conforme con nuestra Constitución, tal como ha ocurrido recientemente en relación con el laudo arbitral sobre las energías renovables. En este caso, el coste ha sido superior a 120 millones de euros.

De este modo, dos son los principios que regulan la protección de las inversiones y que constituirán el análisis del litigio: “trato justo y equitativo” y “protección integral”. La cuestión es, por tanto, cuándo aparece el derecho a la indemnización en el caso de que se proporcione un daño a las expectativas de beneficio de los inversores. Los elementos que podrían incorporarse a la indemnización también están contemplados de forma amplia en el artículo 8.

La regulación de las medidas carve-out (que son las que permiten excepcionar del régimen arbitral a los cambios legislativos) está rodeada de cautelas: se admitirá “la adopción o el mantenimiento de medidas razonables por motivos prudenciales”. De hecho la falta de concreción de la cláusula de la medida justa y equitativa transforma en totalmente discrecional para el órgano de resolución de conflictos la solución que se proporcione a una modificación del status del inversor

5. ¿Qué aspectos básicos tiene el “tribunal de inversiones?”

Llámesese como se llame, tenga jueces en lugar de árbitros, no deja de plantear el problema esencial de que se trata de un procedimiento especial que marca la desigualdad entre los operadores jurídicos, como veremos con posterioridad. Y que, además, privatiza la justicia ya que se considera que los

inversores privados no pueden recurrir ante la justicia ordinaria, a pesar de que se supone que los estándares tanto en Canadá como en la Unión Europea son buenos.

A ello se añaden los siguientes elementos que se deducen del régimen recogido en el artículo 8 de CETA:

a) Por un lado, el del *órgano colegiado para la resolución de la controversia*, al que ahora de forma más púdica se denomina Tribunal, posiblemente para eludir la presión popular en contra de los arbitrajes de inversiones. Este órgano colegiado está compuesto por 15 miembros (5 europeos, 5 canadienses y 5 de terceros Estados), especialistas no en Derecho administrativo económico sino en Derecho internacional Público y en regulación de arbitrajes internacionales. No es sino la manifestación más clara de que el Derecho aplicable no va a versar sobre la legitimidad de la medida estatal sino sobre otros aspectos, tal como veremos con posterioridad. Este mecanismo estará abierto sólo a inversores exteriores, con lo que se produce una discriminación en el sentido de que “el nacional es de peor derecho” que el de la otra parte contratante.

b) En segundo lugar, la asimetría en los problemas que se pueden plantear. *No se plantea siquiera la posibilidad de que el inversor privado haya incumplido los acuerdos alcanzados con el Estado*. Por el contrario, hay una presunción de que será el Estado el que se aparte de las reglas del acuerdo con el inversor internacional, a través de una medida que suponga un daño para el particular. Hay antecedentes (incluso algunos en España) de que cuando plantea el Estado un reintegro de subvenciones por el incumplimiento de sus cláusulas, llevar el litigio a un conflicto de inversiones suele resultar satisfactorio para el empresario. De hecho, las propias peticiones de información a los inversores encuentran limitaciones en cuando a los objetivos que pueden perseguir.

De hecho, la necesidad de proporcionar un sistema jurídico diferente para la protección jurídica del inversor internacional no hace sino que surjan las dudas sobre la calidad de nuestro sistema jurídico: a) ¿Nuestro sistema jurisdiccional no proporciona un proceso con todas las garantías como exige el artículo 24 de la Constitución? ¿Es incapaz de proporcionar una solución justa a un ciudadano extranjero? b) En el caso europeo ¿este sistema dual es compatible con el monopolio en la interpretación del Derecho europeo que tiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea? c) ¿No proporciona un tratamiento anticompetitivo entre empresas del mismo ámbito, que tendrán justicias diferentes y derecho distinto para el tratamiento de sus problemas con la Administración? d) El tratamiento igual en el acceso al mercado ¿lo transformamos en un tratamiento desigual a la hora del control judicial y

hacemos al nacional de peor derecho que al extranjero? e) ¿No sirve en ningún caso para el control de las inversiones por parte de los inversores internacionales?

6. ¿Tienen los inversores españoles los mismos derechos judiciales que los canadienses?

No. De hecho, la regulación de la resolución de conflictos sobre inversiones va a abrir una brecha importante en cuanto a las empresas que compiten en el mismo sector.

Los empresarios nacionales que quieran impugnar una decisión del Estado tienen que acudir a la jurisdicción contencioso administrativa. Los extranjeros pueden hacerlo a los Tribunales arbitrales. El procedimiento es distinto, más lento en el judicial y más propenso a los empresarios el arbitral.

A los empresarios nacionales se les aplicará la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público para decidir si un cambio hecho por el Estado genera derecho a indemnización, lo que exige que la norma sea inconstitucional. A los canadienses, se les aplica el baremo del *trato justo y equilibrado*, que no exige que la norma nacional sea contraria a la Constitución, sino sólo la producción de un daño que no se debería haber producido, incluso sobre sus expectativas de negocio.

7. ¿Qué efecto tiene el CETA sobre nuestra democracia?

El CETA, al igual que el TTIP o el TiSA, va a hacer nuestra democracia más débil y va a restringir la capacidad de regulación por parte del Estado. Esencialmente porque los numerosos procedimientos de *cooperación regulatoria* que incorpora harán que las decisiones esenciales sobre la legislación procederán de estos comités, opacos en su mayoría, y con acceso sencillo para los lobbies. De nuevo, las asociaciones ambientales y sociales tendrán una mayor dificultad derivada de su menor peso económico y su menor capacidad de presión.

Ahora bien, ¿qué es la *cooperación regulatoria*? La OCDE la ha definido como “cualquier tipo de acuerdo formal o informal entre países para promover cualquier forma de cooperación en el diseño, vigilancia, implementación o gestión a posteriori de la regulación, con el objeto de impulsar la convergencia y la consistencia de las normas jurídicas más allá de las fronteras”.

De hecho, cuando se analiza el CETA, o el TTIP, no nos podemos quedar en su contenido actual. No es un punto de llegada sino un punto de partida para modificar sustancialmente la forma en la que se regulan las actividades

económicas, tanto en el fondo como en la forma. La cooperación regulatoria supone aplicar un embudo sustancial a la democracia: no es que nuestro Parlamento haya cedido competencias en el Parlamento europeo o en las demás instituciones europeas; sino que uno y otro se auto-restringen en el Consejo de la Cooperación Regulatoria, cuya legitimidad democrática es nula; funciona sin transparencia y no permite un debate público sobre los principios de la normativa.

8. ¿Cómo configura el CETA la Cooperación regulatoria?

El segundo elemento al que quiero hacer referencia en relación con la cooperación regulatoria es el modo de estructurarla recogida en el artículo 21 del CETA.

La estructura de la cooperación regulatoria parece ser una respuesta a las críticas que se llevan haciendo desde hace tiempo. De hecho, el capítulo relativo a la cooperación regulatoria (el 21) no es el más relevante, sino que se complementa con otros aspectos mucho más relevantes en donde se concentra el poder regulatorio que sale de este Tratado.

Desde esta perspectiva, conviene destacar:

a) La creación de un *Foro de la Cooperación Regulatoria*. No obstante, tal como se ha señalado, los mecanismos de cooperación reforzada no se limitan a este Foro, que, en mi opinión, ni siquiera es el más relevante. En efecto, el CETA está plagado de mecanismos y Comités de cooperación normativa, lo que facilita sustancialmente la labor de cooperación normativa, dentro de los cuales se encuentra el Foro de Cooperación Regulatoria. Los demás se refieren a materias tales como Comité de Comercio de Bienes; Comité de Inversiones y Servicios; Comité para las Medidas sanitarias; Comité de Contratación Pública. *Esta labor de coordinación de los comités de cooperación se encomienda al CETA Joint Committee, cuyas decisiones son obligatorias para las partes.*

b) *El mandato de cooperación y de armonización* de criterios y contenidos en relación con cada uno de los aspectos de la regulación. Con ello, lo que a la larga se está haciendo es incorporar un filtro para evitar que la regulación posterior —ya sea en Europa de las autoridades comunitarias, especialmente el Parlamento, o de los Estados miembros— pueda introducir reformulaciones que alteren las reglas previamente aprobadas en el Foro. En esta línea se juega con el *hard law* y *soft law* como mecanismos para regular, dependiendo de qué política legislativa sea la más adecuada.

c) El llamamiento a la *participación de entidades privadas*, tanto en el Foro

para la Cooperación Regulatoria como en el CETA Joint Committe. Una participación en el desarrollo de los procedimientos de regulación que está planteada de forma genérica, de tal manera que se proporciona el mismo respaldo a ONG y a empresas y asociaciones de empresarios. La práctica muestra que es ilusoria esta igualdad en la medida en que los fabricantes afectados por las regulaciones tienen unos recursos y una formas de participación muy superiores a los de la sociedad civil.

9. ¿Está prevista alguna medida en relación con el Brexit?

Las circunstancias políticas de la Unión Europea han cambiado desde que se concluyeron las negociaciones. Hoy resulta pertinente preguntarse cómo se va a aplicar un Tratado cuando uno de los Estados ha manifestado su voluntad de salir de la Unión Europea. El Brexit tiene un impacto muy relevante en el CETA fruto, entre otras, de las cláusulas pesqueras que incorpora. ¿Realmente va a resultar indiferente que esté o no el Reino Unido en la Unión Europea para examinar la bondad de las cláusulas que incorpora el CETA?

Como ha señalado el economista francés **Thomas Piketty**, se puede decir que el CETA es un tratado que responde a otra época, a una filosofía ultra-globalizadora que no es compatible con las necesidades actuales ni de justicia, ni de protección de consumidores, ni de protección del medio ambiente. Y que, por ello, no puede ser aceptado.

[Fuente: ***Global Politics and Law***]

23/6/2017