
CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y CANADÁ (CETA)



Julio Gonzalez García

1. Planteamiento general del CETA

El CETA, Comprehensive Economic and Trade Agreement, el Acuerdo Global Económico y de Comercio entre la Unión Europea y Canadá constituye el Tratado de nueva generación más relevante de los que ha firmado en la actualidad la Unión Europea. Las negociaciones están concluidas desde el año 2014, se introdujo una modificación en 2015, y en la actualidad está en la fase última antes de la firma del mismo que se producirá en la cumbre europeo-canadiense de final de octubre de este año en Bruselas.



Como todos los Tratados de nueva generación, con el TTIP a la cabeza, el CETA está en el centro de tensiones políticas muy relevantes. Tensiones que afectan a cómo se ha negociado, a cuáles son las consecuencias para la democracia, al efecto sobre la ciudadanía, a los propios mecanismos de resolución de controversias. De hecho, para poner encima de la mesa un dato que refleja lo problemático de su negociación, 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. En definitiva, es un tratado polémico.

Hay una orientación general de que la contratación pública no sea un instrumento de políticas públicas

Es preciso tener muy presente que, cuando hablamos del impacto del CETA en la contratación no nos podemos limitar a examinar el Capítulo 19, donde se concretan las reglas específicas en esta materia. Hay aspectos generales del mismo que tienen transcendencia directa sobre la materia de contratación pública, como sería el mecanismo de resolución de controversias sobre inversiones y las consecuencias que tendrá sobre los conflictos generales sobre contratos.

Y existe, asimismo, una orientación general que recuerda el capítulo del TTIP referente a sanidad: no se deben establecer reglamentaciones en la contratación pública que pudieran considerarse un obstáculo para el comercio. Es especialmente significativo en numerosos aspectos del articulado, aunque es significativo en lo referente a las normas sobre el trato no discriminatorio a los operadores de la otra parte. Es precisamente en ese punto en el que se limita la introducción de criterios sociales y ambientales en la contratación. Un planteamiento que también se encuentra en la



jurisprudencia europea sobre elementos sociales, que, más allá de los avances de las últimas Directivas, sigue estando restringido.

No obstante, sí quiero reseñar un dato que refuerza la importancia del CETA y que obligará a que lo tengamos presente en nuestros documentos de trabajo a partir de ahora. El CETA trasciende el marco de relación entre Canadá y la Unión Europea. Sirve de vía para que todas las empresas estadounidenses con filiales en Canadá puedan entrar en la Unión Europea, esto es, constituye un mecanismo indirecto hasta la conclusión del TTIP, si es que se concluye. Pero, al mismo tiempo, la participación de Canadá en el TPP y en el NAFTA supone que todo el tráfico económico generado por estos tratados puede llegar a la Unión Europea a través de las cláusulas que incorpora.

En esta introducción es preciso tener muy presente también que este capítulo del

CETA está muy inspirado en el Acuerdo Plurilateral de Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, tal y como ha ocurrido con el otro gran acuerdo que se ha suscrito hasta ahora, el TPP. Y que, al igual que ocurre con este tratado, existen unos anexos que complementan, modulan, restringen la aplicabilidad de las cláusulas generales.

2. Un acuerdo más oneroso de aplicar para Canadá que para la Unión Europea

El capítulo del CETA relativo a la contratación pública resulta mucho más oneroso de aplicar para Canadá que para la Unión Europea.

A pesar de haber formado parte del NAFTA desde el año 1992, no podemos olvidar la importancia que tiene el “buy local” sobre todo en los sectores de la Administración local y regional; posiblemente como consecuencia de que se trata de un Estado con una gran dispersión de la población.

Es preciso tener presente, asimismo, un dato relevante: con la ratificación por parte de la federación canadiense no concluye el proceso de ratificación del Tratado en aquel país, sino que tendrán que ser ratificado por las autoridades provinciales. De hecho, en

relación con los acuerdos de la OMC relativos a la contratación pública las provincias no han sido especialmente diligentes a la hora de ratificarlos. En este sentido, conviene tener muy presente que la mayor resistencia administrativa a CETA en Canadá se está produciendo en las entidades locales y regionales precisamente por el impacto que tendrán las prohibiciones de delimitar zonas geográficas de adquisición de productos (la compra local) en relación con la agricultura para centros educativos

Lo cual resulta relevante si tenemos presente que, de acuerdo con la jurisprudencia del tribunal Supremo canadiense, debido a la no exigibilidad de los acuerdos internacionales antes de su ratificación por todos ellos, no se generan derechos para los particulares que se puedan ver afectados.

3. Aplicación provisional (y post mortem) del CETA para la Unión Europea

El CETA, como se ha señalado, está ultimando las fases anteriores para su ratificación y entrada en vigor. La Comisión europea ha aceptado el carácter mixto. Este dato va a tener un efecto inmediato sobre su forma de ratificación y, en segundo lugar, sobre la entrada en vigor, en aspectos que afectarán a la contratación pública.

Desde el primer punto de vista no es precisa la unanimidad de los Estados a la hora de su aprobación, sino que resulta 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.

El segundo aspecto es más importante: la Comisión desea que se aplique de forma provisional y en este sentido se ha pronunciado la propuesta que ha realizado al Consejo. 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.

El CETA va entrar en vigor de forma provisional, previsiblemente desde principio de 2017

Sí conviene tener presente un dato relevante, que hace ver la importancia política que tiene el CETA para la Unión Europea: este tipo de Tratados que se está desarrollando en los últimos tiempos tienen una función que traspasan los aspectos meramente comerciales. Precisamente por ello, por el amplio conjunto de materias que aborda, muy complejas en su mayoría, la Comisión europea solicitó en 2015 un Dictamen al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las competencias de la Unión y de los Estados en relación con otro de los Tratados de nueva generación que se

han venido negociando en los últimos años, el suscrito con Singapur. Su emisión está prevista para 2017. ¿Por qué no se hace un requerimiento equivalente en el caso del CETA?

Incluso, me atrevería a dar un paso más: debería ser un dictamen que fuera más allá de esta cuestión de las competencias de los Estados, de la Unión y de las compartidas. Si examinamos la decisión del Tribunal de Justicia sobre las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la proyectamos sobre los mecanismos de resolución de controversias, vemos que surge el mismo problema: el TJUE pierde el monopolio de la interpretación del Derecho europeo y, por ello, estos podrían ser considerados contrarios al Derecho europeo. En la misma línea, pierde el monopolio de la determinación de la responsabilidad de la Unión, que estará compartida con los *Tribunales* arbitrales.

Incluso el Tribunal de Justicia de la UE en su dictamen 1/09, de 8 de marzo de 2011 sobre el Tribunal Europeo de Patentes fue más dura: Asimismo, este Tribunal Especial “privaría a los órganos jurisdiccionales de los estados miembros de sus competencias para la interpretación y aplicación del Derecho de la UE, así como al Tribunal de Justicia de la suya para responder con carácter prejudicial a las cuestiones planteadas por esos órganos jurisdiccionales, y, como consecuencia, desvirtuaría las competencias que los Tratados confieren a las instituciones de la UE y a los estados miembros que son esenciales para la preservación de la naturaleza misma del Derecho de la UE”. No olvidemos que, como veremos con posterioridad, este mecanismo de resolución de controversias será el competente para decidir sobre la ejecución de los contratos públicos.

Un último dato general ha de ser señalado. El CETA tiene una vida después de la hipotética denuncia futura: siempre que entre en vigor de acuerdo con los procedimientos establecidos (esto es, siempre que se traspase la fase en la que entraremos ahora de la aplicación provisional), el capítulo referente a la protección jurídica de las inversiones tendrá una validez de veinte años ulteriores a la finalización del acuerdo, de conformidad con lo señalado en el artículo 30.9.

4. Marco general de aplicación: el CETA es para todos los contratos y es un punto de partida

Los Tratados de Nueva generación tienen una perspectiva global de funcionamiento público para su adaptación a una perspectiva concreta de fomento del comercio internacional. No quiero entrar en la discusión de si es un Tratado meramente comercial o

El CETA se ha de aplicar en todos los contratos que liciten las Administraciones europeas

no, que parece que ya es está asumido que es un acuerdo mixto. Ahora cuando hago referencia a que se tratad de un acuerdo global quiero hacer referencia a otra idea: nos encontramos ante un tipo de acuerdo internacional en el cual se busca la generación de un espacio de libre comercio en el cual se impone a los Estados la articulación de reglas que sirvan para que los sujetos que estén en el ámbito de aplicación puedan participar en la vida económica de la otra parte como si fueran nacionales. El principio de igualdad de trato cumple esta función.

Las consecuencias que tiene esta regla, conocida por lo demás, es relevante. Las reglas sobre contratación pública supone que tienen un efecto de desplazamiento de la normas de cada una de las partes en los supuestos de contradicción. Y más aún, que la futura normativa europea (y canadiense) que se apruebe en materia de contratación pública se tendrá que producir en el marco de lo que se acuerde en los órganos de desarrollo del CETA en materia de contratos. Hay un órgano de cooperación regulatoria que afecta precisamente a la contratación pública y que tendrá una trascendencia importante en el futuro. Obviamente, cuando se están negociando paralelamente otros acuerdos internacionales parecidos, como el TTIP o el TISA (que afecta ni más ni menos que a la materia de servicios) lo suyo sería que hubiera formas de relación entre ambos o que se pudieran establecer normas de conflicto para los casos en los que existieran discrepancias.

Pero vayamos por partes.

Como señalaba hace un momento, el CETA es un acuerdo con una pretensión global en materia de contratos. Puedo decir, que con la misma metodología que las directivas europeas: siempre que se presuma un interés económico de las partes como consecuencia de su cuantía económica. De hecho, el artículo 19.2 señala que se aplica a cualquier medida de naturaleza contractual que suscriban las partes esté o no impulsada de forma electrónica. Hay, obviamente, contratos excluidos y entidades a las que no se aplica, pero la regla es que, en principio todo contrato que supere los mínimos económicos entra en su ámbito de aplicación. Sobre ello volveré más adelante.

Pero no es sólo un problema de las entidades a las que se aplicará ni de las cuantías. Es que el artículo 19.4 recoge de forma nítida que las partes acuerdan inmediata e incondicionalmente aplicarse a los contratos de bienes y servicios para que puedan participar los contratistas de la otra parte en las mismas condiciones que se aplican a los nacionales. Dicho de otro modo, el espacio europeo de los contratos incluye ahora también el espacio comprendido entre la isla de St John y Alaska, entre los grandes lagos y el Artico. En este sentido, el Comité de Contratación Pública, establecido en el artículo 19.19 del Tratado, tiene función de coordinar medidas en esta materia para facilitar el acceso de los contratistas a los contratos públicos generados en el territorio de la otra parte.

El CETA es un Acuerdo que tiene una pretensión global en materia de contratación pública. No es un punto de llegada, sino que constituye un punto de partida para el establecimiento de reglas comunes en materia de contratación pública

Pero decía antes que tenía una pretensión global también pro futuro. Los mecanismos de cooperación regulatoria, el propio Foro para la Cooperación Regulatoria que están recogidos en el artículo 21 cumplen la función de ir abrir cauces de diálogo para que se incremente la compatibilidad normativa. Los objetivos, amplios, que contempla el artículo 21 quieren conducir a una armonización en estas materias. En particular es relevante el deber de intercambio de información sobre las medidas legislativas que estén en

progreso en la otra parte con la finalidad, entre otras, de examinar las posibilidades de un alto grado de convergencia entre las partes sobre los objetivos de la regulación y cómo se define su ámbito. Incluso marca una serie de obligaciones de participación de los afectados por las regulaciones.

Este dato es relevante, en la medida en que nos ubica en un nuevo escenario. El CETA no es relevante por lo que contiene como punto de llegada sino lo es porque constituye un punto de partida para la armonización reguladora en todas las materias y, por ende, en relación con la contratación pública.

De hecho, la propia Unión Europea ha señalado en el propio texto del Acuerdo que se encuentra en condiciones de abrir negociaciones con Canadá para la extensión del ámbito material en materia de contratos de servicios, más allá de lo que está contemplado en la actualidad.

5. Contratos afectados por el CETA

La determinación de los contratos públicos que se ven afectados por el CETA resulta de la unión de tres requisitos, dejando a salvo las exclusiones que recoge el propio acuerdo internacional.

5.1 Entidades a las que se aplica

Al igual que ocurre con los restantes disposiciones comunitarias, tiene una pretensión de aplicación al conjunto de las Administraciones Públicas, así como a los prestadores de ciertos contratos de aplicación general.

la determinación de las entidades afectadas está recogida de forma minuciosa en el Anexo al Acuerdo. Conviene tener presente, no obstante, que el listado español posiblemente sea el más escueto de todos y está además desactualizado. Debe pensarse que suele incluirse todos los departamentos ministeriales, órganos equivalentes a las secretarías de estado y las agencias y demás entidades instrumentales y, en nuestro supuesto, contiene una lista de Ministerios que no es la que está en vigor ahora.

De igual manera, se aplica a entidades regionales, que en el caso europeo están situados por referencia a la normativa general europea de las entidades regionales del sector público. En el caso canadiense sí que están desarrollados. Conviene recordar también, que hay ciertas medidas de protección de la población aborigen en Canadá, no aplicable a Quebec, Ontario, Alberta, British Columbia y Saskatchewan.

Se aplica, además, a otras entidades, como las prestadoras de servicios públicos, en las condiciones que vienen recogidas en el acuerdo.

5.2. Contratos incluidos en su ámbito de aplicación

En general, se aplica a los contratos de suministros, obras y servicios o los mixtos, tal como ocurre con la normativa europea. No se figura la forma jurídica del contrato sino todo aquello que tenga como consecuencia la adquisición de bienes o servicios por parte de la Administración.

Ahora bien, partiendo de estas reglas generales, los “Anexos 19” son de consulta obligatoria para determinar exactamente a qué contratos se aplica y a cuáles no, o cómo está afectado el régimen jurídico del contrato. En efecto, en función de las necesidades de cada una de las partes se ha limitado la aplicación, por ejemplo, de las reglas de adquisición de productos locales para la adquisición de vehículos de transporte en Canadá, se ha excluido los contratos de agua para la Unión Europea o se ha limitado la aplicación de las reglas contractuales en relación con las concesiones europeas de obra pública.

5.3. Valor mínimo de los contratos

El valor de los contratos está diferenciado en función del tipo de entidad que resulte el poder adjudicador del contrato: para las entidades federales y los Estados europeos, el valor de los contratos de bienes y servicios 130.000 SDR, y contratos de obra 500000 SDR. Para las entidades subregionales, se suben las cantidades de los contratos de bienes y servicios a 200.000 SDR y para otras entidades diferentes de las anteriores, estos dos tipos de contratos suben a 355.000 SDR.

Como se puede apreciar, el valor de los contratos está señalado en la unidad monetaria de reserva que utiliza el Fondo Monetario Internacional, los derechos especiales de giro¹. Se trata de cantidades que son coherentes con el acuerdo WTO-GPA y con las prácticas administrativas internacionales.

La exposición de los valores que se acaban de indicar refleja el interés de los redactores del acuerdo de que éste fuera lo menos gravoso en materia de contratación para las entidades menores territorialmente. En el caso canadiense, además, constituyen las que realizan prácticas contractuales que no resultan conformes con el CETA, a través del buy local. Con ello, se les permite dejar fuera de la reglamentación un número superior de contratos públicos.

Precisamente porque el valor de los contratos constituye uno de los elementos básicos para entrar en el ámbito de aplicación de CETA, se recogen reglas sobre la prohibición de alterar el objeto del contrato para que caigan fuera de su ámbito de aplicación. De este modo, se incluyen prohibiciones de que se trocee el objeto del contrato, que se utilice un sistema particular de valoración para evitar que supere los umbrales y se obliga a que incluya el valor total estimado del contrato a lo largo de su duración, incluyendo todos los premios y formas de remuneración.

¹ El valor de 1 SDR a mediados de septiembre de 2016 se corresponde con 1,2478€.

6. Principios sustantivos básicos

El capítulo del CETA relativo a la contratación pública se estructura sobre tres principios básicos que se concluyen con el sistema de responsabilidad de los poderes adjudicadores

6.1. Principio de “no discriminación”

Desde un punto de vista sustantivo, el principio básico que estructura todo el sistema es el de la no discriminación entre nacionales europeos y canadienses en los procedimientos de contratación. Principio de no discriminación que se configura tanto desde una visión general como desde la prohibición de reglas específicas que lo puedan vulnerar indirectamente:

La regla general impone que en todos los procedimientos de contratación afectados por el CETA se imponga inmediata e incondicionalmente de forma recíproca el mismo tratamiento que se proporcione a los operadores jurídicos del área que abre el procedimiento de contratación.

Este principio de no discriminación supone que se prohíbe cualquier tipo de discriminación por el lugar de establecimiento del contratista ni sobre la base de los productos que deban ofrecer a los poderes adjudicadores. En este sentido, está prohibido el establecimiento de normas de origen que puedan ocasionar perjuicios a los competidores de la otra parte: “A efectos de la contratación cubierta, las Partes no aplicarán normas de origen a los bienes o servicios importados procedentes de la otra Parte o suministrados por ella que sean diferentes de las normas de origen que la Parte aplica en el curso normal del comercio a las importaciones o suministros de los mismos bienes o servicios de la misma Parte” (artículo 19.4.5). Desde luego, visto desde la óptica del CETA, aquí es donde se pueden proporcionar barreras recíprocas de acceso a los respectivos mercados y lo que impediría a posibles contratistas a dar el paso para intentar concursar.

Sí conviene resaltar que en el propio Acuerdo se prevén ciertas medidas para desarrollo regional que permiten una derogación parcial de este principio, con la finalidad de proteger a productores aborígenes canadienses. Es importante notar, sin embargo, que estas medidas podrían tener un efecto negativo en relación con las medidas de favorecimiento a empresas de colectivos minoritarios.

Posiblemente el punto en el que se pueden establecer mayores conflictos estriba en el debate que siempre se puede articular entre las medidas de protección de intereses generales que están recogidas en el apartado 19.3 con el principio de no discriminación

6.2. Transparencia

Tan relevante es el principio de no discriminación como el principio de transparencia en la contratación pública. Un principio general que está desarrollado con cuidado a lo largo del articulado con la finalidad de proporcionar la posibilidad de que el contratista de la otra parte pueda concursar. No podemos dejar de mencionar aquí que el coste de la información para permitir esta participación (que no siempre resultará de interés para los contratistas) será asumido por los poderes públicos mediante los deberes que se les imponen, especialmente relevantes para autoridades infraestratales.

La transparencia opera en diversos niveles, que afectan a los diversos aspectos del proceso de contratación público, tanto legislativo como administrativo.

Desde el punto de vista del derecho aplicable, las partes contratantes están obligadas a hacer público en los lugares que recoge el Anexo de la norma toda la información relativa a las normas relevantes en materia de contratación pública, incluida la jurisprudencia de tribunales y otros órganos de resolución de controversias. Incluso, la transparencia se extiende a las políticas en materia de contratación que puedan llevar las autoridades administrativas. La transparencia se realizará a través de un punto único de acceso que deberá establecerse en el plazo de cinco años.

En segundo lugar, siguiendo la mecánica general de la normativa europea, hay que hacer una triple publicidad de los procedimientos de contratación, accesible de forma electrónica y gratuita:

- a) de la previsión de los contratos que se van a publicar en el siguiente año fiscal;
- b) publicación de los procedimientos de contratación y
- c) se incorpora la obligación de proporcionar una especie de resumen de la noticia de la publicación en inglés o francés para que sea accesible más allá de la babel europea.

Y, en tercer lugar, se obliga a que se señale las razones de las decisiones tomadas en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

6.3. Imparcialidad

El tercer principio que rige la adjudicación de los contratos es el relativo a la imparcialidad de las Administraciones públicas y de sus agentes a la hora de la formulación y la tramitación de los contratos públicos.

Las reglas de imparcialidad se articulan con los siguientes principios:

- En primer lugar, tramitando los procedimientos de forma que resulte conforme con los principios que están recogidos en el Acuerdo, usándose procedimientos de selección de contratistas que sean abiertos, selectivos o limitados.

- En segundo lugar, mediante el establecimiento de reglas que eviten los conflictos de intereses entre la Administración y el contratista
- Y, en tercer lugar, previniendo prácticas corruptas.

7. Marco de resolución de controversias sobre la adjudicación del contrato (artículo 19.17)

Dentro de las reglas concretas que recoge el CETA sobre contratación pública es preciso tener en cuenta la preocupación por un control adecuado la actividad pública en el cumplimiento de las previsiones de este capítulo referente a la contratación pública. el artículo 19.17 contiene los aspectos básicos de esta reglamentación mediante la articulación de un procedimiento de recurso y la exigencia de una autoridad imparcial que vigile el cumplimiento de las cláusulas del capítulo 19.

Es importante tener presente que el ámbito de aplicación del mecanismo de resolución de controversias específico para del Artículo 19 se refiere únicamente al incumplimiento de las medidas recogidas en él. Por ello es por lo que contemplo dos ámbitos de la revisión: uno de la adjudicación y otro del ámbito de respeto a las inversiones, que tendrá lugar a través de los mecanismos generales. Aquí corresponde que se examine el régimen nacional de revisión de los procedimientos.

7.1. Mediación

El procedimiento de revisión de una decisión está estructurado en dos fases, en donde se pretende que sea rápido y no litigioso.

Por un lado, se pretende reducir la litigiosidad mediante el recurso a la mediación como forma primordial de dilucidar el conflicto. El artículo 19.2 señala que los estados impulsarán que las entidades adjudicadoras y los contratistas resuelvan sus controversias a través de consultas. Tal forma de proceder nos lleva a que hay un mecanismo de mediación entre las dos partes en el que teóricamente hay que buscar un mediador que les ayude a llegar a una solución, que es autocompuesta entre las partes.

Este procedimiento de mediación tiene para la entidad adjudicadora del contrato unas exigencias que están marcadas en dicho apartado: que su tramitación no suponga impedimento para la participación en procedimientos futuros o su derecho buscar medidas correctivas que se desarrollen en las autoridades de resolución de conflictos. En este sentido, ha de proporcionarse un plazo de diez días a los contratistas que quieran plantear su reclamación para prepararla

En segundo lugar, una vez que se vea que la mediación no ha dado resultado se entra en el procedimiento contencioso propiamente dicho, que se substanciará esencialmente a través de las reglas que se examinarán en los siguientes epígrafes

7.2. Órgano de revisión

El primer dato que hemos de retener es el de la obligatoriedad de la existencia de un órgano de resolución de controversias que sea un órgano “administrativo judicial independiente de las autoridades adjudicadoras”, al cual se encomienda la función de admitir y recibir las demandas planteadas por un contratistas en el marco de un procedimiento de adjudicación del contrato.

El segundo dato está constituido por la posibilidad de que cada parte establezca mecanismos intermedios entre el procedimiento de

7.3 Marco de la revisión

El artículo 19 exige que los procedimientos de revisión ha de cumplir con una serie de principios:

1. El procedimiento será escrito y la entidad adjudicadora deberá aportar todos los documentos del procedimiento de adjudicación
2. Todos los participantes en el procedimiento de adjudicación tienen derecho a ser oídos antes de que se dicte la resolución del caso. Principio que se extiende a que la audiencia será con derecho de representación y asistencia legal.
3. Tienen derecho a que el procedimiento sea público y a la presentación de testigos.
4. Las resoluciones se adoptarán en un tiempo razonable, por escrito y deberán ser motivadas.
5. Ha de preverse la posibilidad de medidas cautelares urgentes que permitan al demandante la participación en el concurso. Las medidas cautelares que pueden suponer la suspensión del concurso, se harán después de la ponderación de los intereses afectados.
6. Se articularán mecanismos para sufragar los hipotéticos daños que se produzcan a los contratistas.

El procedimiento de revisión constituye una de las medidas sobre las cuales se producirá una revisión obligatoria del contenido del acuerdo en el plazo de diez años desde el momento en que se produzca la entrada en vigor del acuerdo.

8. Marco de resolución de controversias sobre la ejecución del contrato

Los mecanismos de resolución de controversias para la adjudicación del contrato se han de complementar con los relativos a la ejecución del mismo. Aquí la consideración del contrato como inversión hace que debamos acudir al procedimiento de resolución de conflictos sobre inversiones, que aunque se haya querido disfrazar de “Tribunal” tiene un aroma a los arbitrajes de inversiones bastante intenso.

Con carácter general, hay un factor que provoca desconcierto, que es el propio recurso a mecanismos externos a la propia justicia nacional, cuando estamos hablando de sistemas suficientemente imparciales como son los canadienses y europeos. A ello se añade el hecho, nada desdeñable de que el Tribunal supone que se introduce una **discriminación favorable a los inversores extranjeros** en cuanto a las reclamaciones derivadas de su inversión, que pone en una situación de agravio comparativo a los nacionales que realicen una inversión: no va a conocer de su reclamación el Tribunal que en condiciones normales debiera hacerlo sino uno especial, con reglas procesales y sustantivas distintas a las que les corresponderían en el interior del Estado. No hay ninguna razón que justifique la creación de este órgano diferente.

Las discrepancias sobre la ejecución de los contratos se ha de someter al arbitraje de inversiones

La primera nota que caracteriza a esos mecanismos de resolución de controversias es su asimetría: no hay menciones a la responsabilidad de los inversores en el cumplimiento de las obligaciones con el Estado. Más aún, el sistema de arbitraje de inversiones es sólo en una dirección, esto es, el Estado no podrá demandar en un Tribunal de esta naturaleza a los empresarios que hayan incumplido sus obligaciones.

La segunda nota afecta al órgano que resolverá las discrepancias: El primer punto que merece tener presente es que dejarán de ser “árbitros” para pasar a ser jueces, con ciertos requisitos de solvencia jurídica y de calidad profesional, vinculado a lo que existe en determinados Tribunales internacionales. A pesar de que constituye un indudable avance, no se acaba de entender la exigencia de una cualificación profesional en “Derecho internacional” a pesar de que los litigios sobre inversiones afectan especialmente a materias de Derecho administrativo, constitucional, mercantil, laboral o civil. Ni que decir tiene que la calificación para la contratación pública debiera venir por el campo del Derecho administrativo

Será un Tribunal que tenga 15 miembros.

El Tribunal supone que se introduce una discriminación favorable a los inversores extranjeros en cuanto a las reclamaciones derivadas de su inversión, que pone en una situación de agravio comparativo a los nacionales que realicen una inversión: no va a conocer de su reclamación el Tribunal que en condiciones normales debiera hacerlo sino uno especial, con reglas procesales y sustantivas distintas a las que les corresponderían en el interior del Estado. No hay ninguna razón que justifique la creación de este órgano diferente.

La remisión a las normas de transparencia de UNICITRAL, no garantiza una publicidad suficiente del proceso. En particular, no está garantizada ni la motivación de la resolución ni la publicación de la resolución. Tampoco lo está, en este sentido, la publicidad de la resolución del procedimiento de mediación.

El derecho que se va a aplicar es el “trato justo y equitativo”. Conviene recordar que el derecho aplicable, de origen estadounidense, es el que provocó que en una reclamación que se planteó contra Egipto (por la elevación del salario mínimo por hora de trabajo), o incluso de planeamiento urbanístico, se consideraran “expropiaciones regulatorias” y por tanto dieron pie a la indemnización del Estado al inversor.

* * * * *