

## Capítulo 3

# Las 835 razones para no firmar acuerdos de comercio e inversión

Lavinia Steinfort

La decisión democrática de regular un servicio esencial privatizado o de volverlo a situar bajo control público podría desencadenar una demanda de arbitraje internacional si un país está sujeto a un tratado internacional de inversión. Esto es lo que le sucedió a la capital de Lituania, Vilnius, y a otros municipios después de que decidieran remunicipalizar la calefacción urbana y no renovar el contrato de la concesionaria. A consecuencia de ello, la multinacional francesa de la energía Veolia llevó ante los tribunales al Gobierno lituano.

En 2016, la multinacional recurrió al tratado bilateral de inversión (TBI) entre Francia y Lituania para iniciar un proceso de arbitraje internacional, presentando una demanda para la solución de controversias inversor-Estado (ISDS) por una supuesta “campaña de acoso” y la “expropiación” de sus inversiones.<sup>1</sup> La demanda ISDS llegó en parte como respuesta a la decisión de la ciudad de Vilnius de no prorrogar el contrato de 15 años con Vilniaus Energija, una filial de Veolia, cuyo contrato vencía en 2017. Además, según Veolia, la filial se vio obligada a cerrar una de sus centrales eléctricas cuando el Gobierno lituano anuló los subsidios para el uso de gas.<sup>2</sup> Por otro lado, tras años de investigación, el ente regulador de la energía de Lituania concluyó que Vilniaus Energija había estado manipulando el precio del combustible destinado a la calefacción, con lo que había incrementado de forma considerable el coste de la energía pagado por los hogares y conseguido unas ganancias extraordinarias ilícitas de 24,3 millones de euros entre 2012 y 2014.<sup>3</sup> A raíz de la creciente presión popular, el presunto fraude y la falta de transparencia financiera,<sup>4</sup> la ciudad de Vilnius se negó a renovar el contrato con Vilniaus Energija, tras lo que Veolia exigió una indemnización de 100 millones de euros en concepto de

daños.<sup>5</sup> La demanda ISDS podría haber obligado a Vilnius a olvidarse de su decisión y a mantener el contrato. Sin embargo, en 2017, las autoridades emprendieron las medidas necesarias para devolver a manos públicas el sistema de calefacción urbana.

En este capítulo, ponemos de relieve que las demandas ISDS no solo afectan al sector energético, sino también a los sectores del agua, el transporte y las telecomunicaciones. En general, el mecanismo ISDS hace que la remunicipalización acarree un coste excesivo, de forma que sitúa las ganancias de los inversores extranjeros por encima de las responsabilidades del Gobierno.

## La protección de las inversiones menoscaba el control público de servicios esenciales

Desde el año 2000, al menos 835 ciudades, regiones y provincias se han enfrentado al precio social y económico de las privatizaciones y las asociaciones público-privadas. Y su respuesta consistió en volver a situar los servicios privatizados bajo control público. La ola remunicipalizada coincide con la creciente resistencia popular contra los acuerdos de comercio e inversión y demuestra que las ciudades pueden emprender acciones concretas para recuperar un control democrático en el ámbito local. Cada uno de los 835 casos de remunicipalización ofrece un motivo más para que los países no ratifiquen el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre la Unión Europea y Canadá, o cualquier acuerdo parecido de comercio e inversión. En la medida en que estos acuerdos internacionales persiguen proteger los beneficios de los inversores privados extranjeros, limitan la capacidad de los Gobiernos para decidir cómo proporcionar, organizar y regular los servicios públicos.

Las alianzas entre ciudades y ciudadanía pueden contribuir a construir un régimen comercial totalmente distinto, que sea justo desde el punto de vista social y ambiental. Este régimen facilitaría que los servicios esenciales fueran de propiedad pública y que dependieran del control de las autoridades locales, la ciudadanía y el personal.



**Manifestación contra el TTIP y el CETA, y a favor de un comercio mundial justo, Berlín**  
Fotografía: Naturfreunde Deutschlands, Flickr

Este capítulo pone el acento en un riesgo añadido de las privatizaciones que, por lo general, se ha pasado por alto. Cuando un gobierno local, regional o nacional se da cuenta de que la privatización no está cumpliendo con las promesas de bajar los precios, realizar las inversiones necesarias o mejorar la eficiencia, puede que decida remunicipalizar el servicio de agua, energía, transporte o telecomunicaciones. Pero al hacerlo, corre el riesgo de ser demandado por inversores extranjeros, que se amparan en el mecanismo ISDS integrado en los tratados internacionales de inversión y por el que pueden exigir millones —o incluso miles de millones— de dólares. El ISDS, que forma parte de la mayoría de los 3400 acuerdos internacionales de inversión vigentes en todo el mundo, otorga unos privilegios desproporcionados a los inversores extranjeros a expensas de unos servicios públicos universales y de calidad.

En los últimos años ha surgido una nueva generación de acuerdos de comercio e inversión. Entre ellos, se encontrarían el CETA, que está en proceso de aprobación en los parlamentos nacionales de los países de la UE, y la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP), cuyas negociaciones, al parecer, están suspendidas por el momento. Estos acuerdos pueden restringir gravemente el espacio de maniobra para desplegar políticas públicas progresistas, como la remunicipalización. Son acuerdos de cumplimiento obligado que se negocian en secreto, y que promueven más liberalización y menos regulación. El ISDS constituye la piedra angular de estos acuerdos, tanto vigentes como previstos, e incluso la mera amenaza de que se recurrirá a él puede desincentivar que se desprivaticen los servicios públicos.

Por este motivo, más de tres millones de europeos y europeas firmaron una petición para detener el TTIP y el CETA, y para rechazar los mecanismos ISDS. Más de 2300 ciudades, pueblos y regiones de toda Europa se han declarado zonas libres de TTIP y CETA. En 2015 y 2016, cientos de miles de personas se manifestaron en Alemania en contra de los tratados comerciales. En enero de 2017, una campaña impulsada en Austria tardó solo una semana en reunir medio millón de firmas contra el TTIP y el CETA. Cada vez son más las ciudades y las personas que se movilizan porque entienden que la protección de las inversiones va en contra de la democracia, el interés público y el desarrollo sostenible y local.

*Cuadro I*

**Argentina: cuando el país está en crisis, los inversores hacen huelga**

Argentina es, con diferencia, el país más demandado en el marco del ISDS, ya que ha sido objeto de un total de 59 casos. Después de más de una década durante la que se privatizaron la mayoría de los

servicios públicos, en 2001–2002 Argentina atravesó una profunda crisis económica. Algunas de las medidas que el Gobierno adoptó para hacer frente a la crisis entrañaron congelar las tarifas del agua para que fueran asequibles y, en algunos casos, desprivatizar el sector. La rescisión de los contratos y la desprivatización de los servicios de agua respondían a la falta de inversiones, las tarifas excesivas y la mala calidad del servicio.<sup>6</sup> Las medidas para controlar o desprivatizar el sector del agua dieron lugar a nueve casos ISDS contra Argentina entre 2001 y 2007.

Por poner un ejemplo, en 2005, después de una fuerte campaña ciudadana, la provincia de Santa Fe remunicipalizó los servicios de agua. La ciudadanía consideraba que la mala calidad del servicio, el continuo incremento de las tarifas y los cortes del servicio eran inaceptables. Antes de que Santa Fe decidiera remunicipalizar el servicio, la francesa Suez y la española Agbar, principales accionistas de la compañía privada Aguas Provinciales de Santa Fe, presentaron una demanda ISDS.<sup>7</sup>

Suez y Agbar exigían al Gobierno argentino 243,8 millones de dólares por denegar un incremento de las tarifas durante la crisis del peso, en 2001–2002, ya que ello redujo sus ganancias de la concesión de Santa Fe. Ambas compañías acusaban a Argentina de expropiación y de contravenir la denominada cláusula de trato justo y equitativo de los TBI firmados por el país con Francia y el Estado español. En 2015, un panel arbitral falló a favor de los inversores extranjeros. Sin embargo, como el panel no está obligado a revelar la suma del laudo, no sabemos cuánto tuvieron que pagar los contribuyentes argentinos a los inversores franceses y españoles.

## El auge de la protección de las inversiones

El ISDS es una disposición que persigue proteger las inversiones y que no tiene nada nuevo. El ISDS no solo está incorporado en el TTIP y el CETA, sino que también ocupa un lugar destacado en la mayoría de los 2600 acuerdos internacionales de inversión actualmente en vigor (de los 3400 existentes).<sup>8</sup> La mayoría de estos acuerdos son TBI. El ISDS entró en escena en el año 1959. Durante la última década, las compañías transnacionales lo han utilizado con frecuencia para demandar a los Gobiernos de países con bajos ingresos ante unos tribunales internacionales muy herméticos. Lo que no se conoce tanto es que el ISDS también está integrado en grandes acuerdos comerciales regionales como la Asociación Económica Integral Regional (RCEP, por su sigla en inglés), de la que forman parte 16 países del sur y el sudeste de Asia, y del Tratado sobre la Carta de la Energía, en que participan 56 países de todo el mundo. Además, la Comisión Europea está negociando tratados de protección de las inversiones con Myanmar, Vietnam, Filipinas y otra docena de países de ingresos medianos y bajos.<sup>9</sup> Según las estadísticas de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), actualmente existen 767 casos conocidos de ISDS, de los cuales ya han concluido 495.<sup>10</sup>

## Por qué el ISDS va en contra del interés público

Por lo general, las inversiones —sean extranjeras o no— están bien protegidas por los sistemas jurídicos nacionales. Cuando un gobierno local o nacional rescinde un contrato privado, no es extraño que se aplique el derecho mercantil interno, de manera que las autoridades deben desembolsar cierta cantidad en concepto de cancelación prematura o de indemnización a las compañías privadas encargadas del servicio. Entonces, ¿por qué los inversores extranjeros se merecen derechos extraordinarios, que se pueden hacer cumplir a través de tribunales internacionales que carecen de transparencia y que son parciales?

Los tribunales ISDS son una vía de sentido único, que están a disposición exclusiva del uso y abuso de los inversores extranjeros. A ellos no pueden acceder los gobiernos, las empresas con menos recursos, las organizaciones de la sociedad civil ni las personas corrientes. Como ya se ha comentado, la mayoría de los países que son demandados a través del ISDS ya disponen de sistemas jurídicos eficaces e imparciales, que bastarían para proteger las propiedades de los inversores extranjeros. El ISDS discrimina a los inversores nacionales, un hecho que iría mucho más allá del marco jurídico y constitucional de la Unión Europea.<sup>11</sup> El ISDS otorga unos privilegios de obligado cumplimiento a los inversores extranjeros *sin* exigirles a cambio unas obligaciones igual de exigentes, desde la creación de empleo a la protección de los derechos laborales, pasando por el cumplimiento de las normas ambientales y el acceso universal a los servicios públicos. En cambio, los Gobiernos que son parte de estos acuerdos, pese a sus derechos democráticos y sus responsabilidades en materia de regulación, deben respetar las condiciones sin que importen los costes sociales.

## El alto precio de las remunicipalizaciones y de las medidas de interés general

Son cada vez más las personas que admiten que el ISDS funciona en detrimento de bienes públicos como unos servicios de agua de calidad. En el libro *Our Public Water Future: The global experience with remunicipalisation*, publicado en 2015, se demuestra cómo el ISDS ha socavado las remunicipalizaciones de agua, y en este capítulo se amplía esa idea a otros servicios públicos. ¿Qué dinámicas están en juego cuando los Gobiernos sujetos al ISDS reconocen las carencias del sector privado en los servicios de energía, transporte y telecomunicaciones, y deciden devolverlos al control público?

### *El ISDS frente a las remunicipalizaciones en el sector de la energía*

La demanda creciente de una transición energética justa, por la que la gente exige que la energía se produzca a escala local y esté sometida a un control democrático, es algo que están torpedeando los inversores extranjeros en el sector. En 2016, el Tratado sobre la Carta de la Energía se convirtió en el tratado al que más recurrieron, ya que lo utilizaron en al menos 101 casos ISDS conocidos. En 2012, el gigante sueco de la energía Vattenfall empleó la protección de las inversiones para demandar al Gobierno federal alemán por haber retomado el control del sector de la energía en Hamburgo. La compañía reclamaba daños de 4700 millones de euros por el cierre de dos centrales nucleares, una decisión concebida para promover la transición energética en Alemania (conocida como *Energiewende*). En Hamburgo, desprivatizar y remunicipalizar parte del sector eléctrico fue una respuesta a la creciente demanda popular de una transición energética democrática y socialmente justa. Después de la catástrofe nuclear de Fukushima, el Gobierno federal actuó con respecto a la oposición generalizada en todo el país a la energía nuclear y decidió eliminarla gradualmente de su matriz energética. La decisión fue el resultado de una movilización multitudinaria, que llevó a la calle a 120 000 personas. Juntas, formaron una cadena humana de 120 kilómetros, que conectó a las centrales nucleares de Brunsbüttel y Krümmel, pasando por Hamburgo. Después de esta movilización, la iniciativa ciudadana ‘Nuestro Hamburgo, nuestra red’ aprovechó que la concesión de Vattenfall iba a vencer y presionó con éxito para que se celebrara un referendo en 2013, con el objetivo de volver a adquirir la red eléctrica de la ciudad. El objetivo del referendo era alcanzar “un suministro de energía a partir de fuentes renovables y socialmente justo, respetuoso con el clima y controlado de forma democrática”.<sup>12</sup> Para 2016, todas las acciones de la red de distribución se habían vuelto a transferir al municipio. Solo en el primer año, esta operación de compra generó un beneficio para la ciudad de 34,5 millones de euros. Sin embargo, el caso de Hamburgo pone de manifiesto que los Gobiernos que han firmado acuerdos de comercio e inversión pueden no ser capaces de evitar unas costosas demandas de los inversores cuando



deciden volver a someter el sector de la energía al control público. El capítulo escrito por Sören Becker, en este mismo volumen, analiza con más detalle el caso de Hamburgo.

Después de dos décadas de privatizar casi todas las empresas estatales principales, Albania privatizó la compañía de distribución de electricidad en 2009. Siguiendo el consejo de la Corporación Financiera Internacional (CFI) del Banco Mundial, el Gobierno albanés vendió el 76 por ciento de sus participaciones en la empresa pública de energía OSHEE (Operatori i Shpërndarjes së Energjisë Elektrike) a la compañía checa ČEZ. Los ciudadanos pronto se vieron afectados por un incremento de las facturas, una calidad del servicio y un suministro de energía insuficientes, y por cortes eléctricos injustificados. Los problemas eléctricos también provocaron incendios que hirieron a personas y destruyeron viviendas; unos daños que la compañía privada nunca admitió.<sup>13</sup> Debido a otras dificultades económicas, ČEZ redujo las inversiones y empezó a centrarse en ámbitos con mayores tasas de recaudación, con el fin último de aumentar los ingresos a corto plazo, lo cual dio lugar a una serie de acusaciones y contraacusaciones entre el Gobierno de Albania y la compañía checa.<sup>14</sup> Finalmente, Albania suspendió la licencia de la compañía y renacionalizó el servicio energético. La renacionalización se tradujo en una disminución de las deudas y las pérdidas en la red. Sin embargo, en 2013, la compañía checa utilizó el Tratado sobre la Carta de la Energía para demandar al Gobierno albanés por una suma de 190 millones de euros. El caso se resolvió en 2014, y Albania fue condenada a pagar 100 millones de euros a ČEZ.<sup>15</sup>

### *El ISDS frente a las desprivatizaciones en el sector del transporte*

El transporte es otro sector de los servicios públicos en el que las medidas desprivatizadoras han desencadenado el arbitraje internacional. Al menos tres gobiernos latinoamericanos que decidieron desprivatizar parte de su sector de transporte se han enfrentado a una demanda ISDS. En 2011, el Gobierno boliviano decidió que recuperaría el control de sus tres mayores

aeropuertos. SABSA (Servicios de Aeropuertos Bolivianos), que pertenecía en parte a la compañía española Abertis-AENA, había obtenido unos beneficios significativos de los aeropuertos sin cumplir con su plan de inversión inicial.<sup>16</sup> Sin embargo, la multinacional española, amparándose en el TBI entre Bolivia y el Estado español, acusó a Bolivia de contravenir la cláusula de trato justo y equitativo, y exigió una indemnización de 90 millones de dólares. La demanda arbitral sigue en curso.

Hace más de una década, el Gobierno de Guatemala decidió retomar el control público de los servicios ferroviarios. En 1997, Guatemala había firmado una concesión de 50 años con la Compañía Desarrolladora Ferroviaria, una filial estadounidense de la Railroad Development Corporation (DRC), para que gestionara y renovara el ferrocarril. Dado que la compañía no cumplió con las obligaciones contractuales, en 2006 el Gobierno anunció sus intenciones de desprivatizar el sector ferroviario. Poco después, la DRC invocó el tratado de libre comercio entre Centroamérica, la República Dominicana y los Estados Unidos, que se acababa de firmar. El inversor extranjero presentó una demanda por un valor de 64 millones de dólares ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que forma parte del Grupo del Banco Mundial. La DRC acusó a Guatemala de violar la cláusula de trato justo y equitativo, y de expropiación, al afirmar que el decreto del Gobierno para desprivatizar el ferrocarril entorpecía sus posibilidades de obtener crédito. El tribunal decidió que el Gobierno de Guatemala debía pagar 14 millones de dólares a la corporación estadounidense.<sup>17</sup> Este caso demuestra que el mero hecho de anunciar que se prevé desprivatizar un servicio basta para ser objeto de demandas multimillonarias.

Argentina tenía varios motivos para desprivatizar sus dos aerolíneas nacionales en 2008. Entre 2001 y 2008, la multinacional española Grupo Marsans, propietaria de las dos aerolíneas, acumuló una deuda de cientos de millones de dólares. Otras de las razones estaban relacionadas con la mala gestión, la falta de inversiones y las sospechas de corrupción.<sup>18</sup> Marsans respondió a la medida desprivatizadora invocando el TBI entre

Argentina y el Estado español, y exigió 1500 millones de dólares en daños y perjuicios, a pesar de que, para entonces, la deuda de las compañías aéreas ascendía a 900 millones de dólares.<sup>19</sup> Como Marsans se declaró en quiebra, el Gobierno descubrió que el bufete de abogados Burford Capital había pagado los costes del litigio a cambio de recibir parte de la posible indemnización o acuerdo. Debido a la falta de transparencia del arbitraje internacional, no está claro en qué fase se encuentra el procedimiento en estos momentos. Lo que sí sabemos es que, después de la desprivatización, la situación económica de las aerolíneas mejoró, y que los ingresos aumentaron un 85 por ciento, hasta los 2000 millones de dólares, en comparación con 2008. Además, para 2013 la flota de aeronaves había aumentado de 26 a 63, y el tráfico de pasajeros había aumentado en un 57 por ciento, con un transporte total de 8,5 millones de personas. El capítulo de M>Lisa Colbert, en este mismo volumen, repasa con más detalle los beneficios de este caso de renacionalización.

### *El ISDS frente a las desprivatizaciones en el sector de las telecomunicaciones*

Las telecomunicaciones son otro sector de los servicios públicos que se ha visto menoscabado por el ISDS. Cuando un Gobierno decide desprivatizar sus servicios de telecomunicaciones, puede convertirse en el blanco de una demanda de arbitraje internacional. En 2007, Bolivia decidió retomar el control público de sus servicios de internet y de telefonía fija y móvil, con el fin último de lograr una cobertura universal. Después de un año de intentar adquirir el 50 por ciento de las acciones propiedad de European Telecom International (ETI), una filial holandesa de Telecom Italia, el Gobierno rescindió el contrato de la compañía. Según el Gobierno, la compañía privada no había proporcionado servicios de calidad y no había invertido los 610 millones de dólares comprometidos en un principio, mientras ganaba millones de dólares en beneficios. ETI respondió demandando a Bolivia ante el CIADI, exigiéndole más de 700 millones de dólares. La demanda se basó en el TBI entre los Países Bajos y Bolivia, lo que permitió a una sociedad pantalla como ETI —que carece de una presencia comercial destacable en los Países Bajos— exigir cientos de millo-

nes de dólares por presuntos daños. Ante esta situación, 15 organizaciones de la sociedad civil holandesa y 863 personas de 59 países pidieron al presidente del Banco Mundial y al Gobierno holandés que apoyaran a Bolivia e investigaran el uso indebido por parte de grandes empresas del TBI entre los Países Bajos y Bolivia, aunque no obtuvieron una respuesta satisfactoria. La renacionalización se tradujo en unas tarifas más asequibles y en un aumento significativo de la cobertura, y el número de usuarios de los servicios pasó de 1,7 a 4 millones. Aunque la desprivatización generó beneficios concretos para la población boliviana, el caso se resolvió a favor de la sociedad pantalla holandesa. Después de tres años de arbitraje, Bolivia fue condenada a pagar 100 millones de dólares a ETI.<sup>20</sup>

En 2009 y 2010, inversores canadienses, británicos y beliceños iniciaron tres casos ISDS<sup>21</sup> contra el Gobierno de Belice. Los casos estaban relacionados con la decisión del país de desprivatizar el proveedor de telecomunicaciones Belize Telemedia Limited.<sup>22</sup> Los inversores reclamaban un total de 518,9 millones de dólares.<sup>23</sup> Además, uno de los principales accionistas de una de las partes demandantes, British Caribbean Bank (BCB), era lord Michael Ashcroft, que ha sido acusado de usar el BCB para eludir sus obligaciones tributarias en los Estados Unidos.<sup>24</sup> En 2016, el Gobierno de Belice anunció que los árbitros habían resuelto que debía pagar a los inversores extranjeros una suma cercana a los 395 millones de dólares, que incluían los honorarios legales y 198 millones de dólares en pagos de intereses.<sup>25</sup> Tres meses después, Belice declaró que se encontraba en recesión y, a partir de entonces, el Fondo Monetario Internacional pidió que se incrementaran los impuestos. Es probable que esta medida afecte de forma especialmente severa a los hogares de renta media y baja, y que exacerbe la recesión.

Cuadro II

**Los principios del ISDS privilegian a las compañías privadas sin que importen sus contravenciones y el contexto**

El principio del ISDS que los inversores privados invocan con más frecuencia es el ‘trato justo y equitativo’. Es una cláusula de carácter general, ya que las compañías —y sus abogados— pueden argumentar fácilmente que las medidas gubernamentales no son justas o equitativas con respecto a las ganancias que dicen merecer. Esto es algo habitual, pues los árbitros tienden a aplicar una interpretación amplia de esta cláusula. El 75 por ciento de todos los casos ganados por inversores estadounidenses están vinculados con el incumplimiento del trato justo y equitativo.<sup>26</sup>

El caso ISDS presentado por Tallinna Vesi y su compañía matriz, United Utilities Tallinn, utilizó el TBI entre Estonia y los Países Bajos para demandar al Gobierno estonio por rechazar el aumento de las tarifas de agua y alcantarillado. En concreto, se acusa a Estonia de contravenir el trato justo y equitativo porque se considera injusto que la nueva ley del país limite los beneficios empresariales por encima de un nivel “razonable”. Las dos compañías reclaman una indemnización de 90 millones de euros por posibles daños, incluidos los beneficios futuros previstos hasta el final del contrato, en 2020. El caso, aún pendiente, demuestra que los árbitros no tienen en cuenta si las normativas —como asegurar que los servicios sean asequibles y accesibles para todo el mundo— son justas y equitativas para la sociedad. Los árbitros únicamente evalúan si los inversores extranjeros pierden beneficios (reales o potenciales).

Otro principio del ISDS que se usa de forma generalizada es la ‘expropiación’. Cuando las autoridades nacionales, regionales o municipales retornan al control público un servicio esencial que antes estaba privatizado, los inversores extranjeros y los árbitros con-

sideran que se ha producido una expropiación. No importa que el proveedor privado del servicio haya incumplido en varios puntos el contrato; en el marco del ISDS, desprivatizar un servicio público es casi imposible, a menos que el Gobierno pueda arriesgarse a pagar un laudo exorbitante y esté dispuesto a ello. El número de veces que se incrementen las tarifas, el deterioro de la eficiencia, la calidad inaceptable del servicio o la falta de inversiones por parte de la compañía privada no importan. Cuando un Gobierno se compromete con la protección de las inversiones internacionales, no puede evitar ser demandado por cientos de millones de dólares. Además, cualquier medida que afecte de forma negativa a los beneficios puede considerarse como una expropiación del inversor extranjero. Por ejemplo, los árbitros han interpretado a menudo que las medidas para proteger la salud, el medioambiente y el trabajo constituyen casos de expropiación.

Incluso cuando las medidas en pro del bienestar general supondrían una excepción y así constan en el anexo de un acuerdo de inversión —como sucede con el CETA—, el Gobierno aún debe demostrar que esa medida es “legítima” y no “manifiestamente excesiva”. Las represalias al amparo del ISDS contra el Gobierno argentino ponen de manifiesto que ni siquiera una crisis económica devastadora cuenta como una razón legítima para recuperar el control del sector del agua.

## La amenaza de una demanda basta para frenar las desprivatizaciones

Una vez que un Gobierno ha firmado un acuerdo de comercio e inversión que incluye un mecanismo ISDS, el mero compromiso con el ISDS puede ser suficiente para que el Gobierno evite adoptar ciertas medidas políticas, como la decisión de recuperar el control público de un servicio

privatizado. Este riesgo es lo que se conoce como ‘enfriamiento reglamentario’. Por lo tanto, el ISDS puede entorpecer y restringir el derecho de un Gobierno a legislar, incluso antes de que los inversores presenten una demanda.

Puede que no resulte sorprendente que grupos de presión como la Federación Europea para el Derecho y el Arbitraje en materia de Inversiones (EFILA) sostengan que no existen pruebas de ese riesgo de enfriamiento reglamentario. Sin embargo, incluso el renombrado abogado Tody Landau, especializado en procesos arbitrales, afirma que ese fenómeno es muy real: “En varias ocasiones, los Gobiernos me han pedido que les aconseje sobre las posibles implicaciones o consecuencias adversas de una determinada política en términos de casos inversor-Estado”.<sup>27</sup> En otras palabras, los Gobiernos se preguntan si ciertas políticas podrían desencadenar una demanda ISDS. Cuando las autoridades se dan cuenta de que el posible coste podría ser demasiado grande, puede que eviten desprivatizar servicios esenciales.

El enfriamiento reglamentario, que compromete políticas a favor del inversor, puede producirse antes de que los inversores inicien un litigio internacional, pero también mientras el caso se está dirimiendo. Como hemos visto, a raíz del caso ISDS presentado en 2009 por Vattenfall contra Alemania, el Gobierno modificó su política y eximió de sus obligaciones ambientales al gigante sueco de la energía.

El Gobierno de Bulgaria decidió no remunicipalizar sus servicios de agua debido a la amenaza del ISDS. Los habitantes de la capital, Sofía, y algunos funcionarios municipales se movilizaron para revertir la privatización del agua, y reunieron suficientes firmas para celebrar un referendo que perseguía evaluar el contrato de agua privatizado. El motivo: la compañía privada Sofiyska Voda, filial de Veolia, es conocida por su falta de transparencia, unos salarios de gestión exorbitantes y las pérdidas financieras. Además, la compañía cortó el servicio a 1000 hogares y pidió que se procesara a otros 5000 por no pagar las facturas. Sin embargo, el go-

bierno municipal no permitió que el referendo se celebrara porque temía que los inversores privados pudieran invocar una cláusula que se añadió en secreto al contrato, y que permitía a la compañía demandar a Bulgaria ante el Centro de Arbitraje Internacional de Viena.<sup>28</sup> Los casos anteriores revelan que la amenaza de una demanda ISDS puede bastar para impedir que se desprivatice un servicio público y vuelva a someterse al control municipal o nacional.

*Cuadro III*

**El falso abandono del ISDS**

Debido a las crecientes críticas del ISDS en muchos países europeos, la Comisión Europea decidió reformular el mecanismo y propuso un Sistema de Tribunales de Inversiones (ICS, por su sigla en inglés). Quienes tienen un interés en los acuerdos actuales de comercio e inversión presentan el ICS como un giro radical con respecto al ISDS. Sin embargo, a pesar de algunos cambios en el procedimiento, la estructura fundamental del ISDS, que privilegia a los inversores extranjeros, se mantiene intacta en la propuesta del ICS. En el marco del ICS, las grandes empresas seguirían siendo los únicos actores que pueden demandar a los Gobiernos; no se permite lo contrario. Las grandes empresas todavía podrían invocar la cláusula del trato justo y equitativo, al argumentar que las medidas adoptadas por el Gobierno supusieron una “arbitrariedad manifiesta”. El ICS incluso amplía el trato justo y equitativo porque introduce el concepto de “expectativas legítimas”, que abre las puertas a muchas más demandas por parte de los inversores.<sup>29</sup>

Puede que la nueva propuesta aluda al derecho a legislar de los Gobiernos, pero estos siguen asumiendo todas las responsabilidades. Los Gobiernos aún deben demostrar que las medidas que adopta-



ron eran “necesarias”, “no discriminatorias” y perseguían unos objetivos “legítimos”. Por último, aunque en la nueva propuesta a los árbitros se les llame “jueces”, no está prevista ninguna salvaguardia para evitar que los mismos representantes del sector empresarial formen parte de los paneles de arbitraje. Cabe señalar que un grupo de jueces europeos ha declarado que la propuesta del ICS no satisface las normas judiciales europeas e internacionales mínimas.<sup>30</sup>

#### *Cuadro IV*

### **La mayor amenaza del ISDS está por llegar**

En los últimos años, la Comisión Europea también anunció que crearía un tribunal internacional de inversiones permanente, que, con el tiempo, “llevará a que el ‘antiguo’ mecanismo ISDS sea sustituido por un sistema moderno, eficaz, transparente e imparcial para la resolución de diferencias en materia de inversión a escala internacional”.<sup>31</sup> Esta propuesta para instaurar un denominado ‘tribunal multilateral de inversión’ se reduce a un convenio sobre un mecanismo ISDS multilateral. Si dos países signatarios se encuentran en conflicto, se aplicaría el mecanismo multilateral. Aún hay muchos puntos poco claros en la propuesta de la Comisión. Sin embargo, lo que sí es evidente es que, según el proyecto de la Comisión, solo los inversores extranjeros seguirían teniendo derecho a demandar a los Gobiernos, y no al revés.<sup>32</sup> Aunque, en teoría, dotar al régimen de protección de las inversiones de un carácter multilateral debería mejorar la transparencia de las demandas inversor-Estado y reducir el riesgo de que se produjeran conflictos de interés, la propuesta no acaba con los problemas de base del sistema actual de protección de las inversiones. De hecho, esa dimensión multilateral del ISDS amenaza con blindar para siempre

unos derechos de protección de las inversiones controvertidos e innecesarios. Este mecanismo haría que el precio de la remunicipalización fuera inasequible.

## Conclusión

Nuestro estudio revela que la decisión de desprivatizar un servicio público ha desencadenado al menos 20 casos de arbitraje internacional (diez en el sector del agua, tres en la energía, tres en el transporte y cuatro en las telecomunicaciones). La historia de la protección de las inversiones muestra que varios países han sido demandados por millones y miles de millones de dólares cuando decidieron regular en pro del interés general unos servicios esenciales privatizados o retomar el control público de los servicios privatizados cuando las compañías privadas no habían dado los resultados prometidos.

En el marco del ISDS, a los inversores extranjeros se les adjudican a menudo cientos de millones de dólares, independientemente de su mala conducta, de que hayan contravenido el contrato o de los daños que hayan provocado. Además, los países se encuentran indefensos frente a una demanda ISDS, ya que carecen de la posibilidad de recurrir el veredicto. La protección de las inversiones socava gravemente las posibilidades de desprivatizar y remunicipalizar servicios esenciales, ya que puede poner en peligro los planes para reclamar el control público. Cuando los Gobiernos, pese a todo, deciden seguir adelante, pueden encontrarse con la obligación de pagar un laudo ISDS que repercute en la ciudadanía en la medida en que se cubre con los presupuestos públicos, lo que puede reducir la asequibilidad de los servicios y retrasar unas inversiones muy necesarias. El ISDS añade a las remunicipalizaciones un precio enorme e injusto y, en última instancia, sitúa el interés del sector privado por encima de las responsabilidades del Gobierno.

El régimen de protección de las inversiones, que no deja de expandirse, limitará aún más el margen de maniobra de responsables de políticas y de representantes elegidos. En otras palabras, los acuerdos de comercio e inversión, vigentes y futuros, que engloban un mecanismo ISDS pueden obstaculizar —y lo harán— las propuestas que persigan proteger la calidad y la accesibilidad de los servicios públicos.

Afortunadamente, la oposición al ISDS y el número de desprivatizaciones y remunicipalizaciones han ido creciendo con los años. Las privatizaciones han resultado ser injustas, costosas e ineficientes. Devolver a manos públicas los servicios esenciales ha puesto de manifiesto, una y otra vez, que facilita un aumento de los ingresos públicos (Hamburgo, Alemania), una disminución de las deudas y las pérdidas de red (Albania), y un aumento en la cobertura y unas tarifas más asequibles (Bolivia). Sin olvidar que la ciudadanía se habría beneficiado más de estas desprivatizaciones si no hubiera sido por el ISDS.



*Lavinia Steinfors trabaja en el Transnational Institute (TNI), donde se dedica a los ámbitos de las remunicipalizaciones en los servicios públicos, la democracia energética y el comercio y la inversión.*

*Desearíamos dar las gracias a Cecilia Olivet por sus aportaciones a este capítulo.*

## Notas

- 1 Newsman, J. (2016) Veolia tells ICSID Lithuania owes \$109M for ‘harassment’. *Law 360*, 27 de enero. <https://www.law360.com/articles/751339/veolia-tells-icsid-lithuania-owes-109m-for-harassment> (consultado el 25 de abril de 2017).
- 2 Williams, D. (2016) Veolia takes Lithuania to court over regulatory changes. *Decentralized Energy*, 28 de enero. <http://www.decentralized-energy.com/articles/2016/01/veolia-takes-lithuania-to-court-over-subsidy-scrappage-to-chp.html> (consultado el 25 de abril de 2017).
- 3 Verslo žinios (2016) „Vilniaus energija“ nepagrįstai į šilumos kainas įtraukė 24,3 mln. Eur. 22 de septiembre. <http://www.vz.lt/sektoariai/energetika/2016/09/22/vilniaus-energija-nepagrįstai-į-silumos-kainas-įtraukė-243-mln-eur> (consultado el 23 de mayo de 2017).
- 4 Savickas, E. (2017) Jie daug metų išrašinėjo sąskaitas vilniečiams: tai greitai nepasimirš. *Delfi Verslas*, 2 de enero. <http://www.delfi.lt/verslas/energetika/jie-daug-metu-israsinejo-saskaitas-vilnieciams-tai-greitai-nepasimirs.d?id=73316836> (consultado el 19 de mayo de 2017).
- 5 Salazar, R. (2016) The Flint water crisis will happen again. *The Huffington Post*, 10 de agosto. [http://www.huffingtonpost.com/rafael-salazar/the-flint-water-crisis-wi\\_b\\_11390450.html](http://www.huffingtonpost.com/rafael-salazar/the-flint-water-crisis-wi_b_11390450.html) (consultado el 25 de abril de 2017).
- 6 Kishimoto, S. (2015) Trade agreements and investor protection: A global threat to public water. En S. Kishimoto, E. Lobina y O. Petitjean (eds.), *Our Public Water Future: The global experience with remunicipalisation* (p. 99). Amsterdam: Transnational Institute et al. <https://www.tni.org/files/download/ourpublicwaterfuture-1.pdf> (consultado el 25 de abril de 2017).
- 7 Véase el caso en detalle en Remunicipalisation Tracker: [http://www.remunicipalisation.org/#case\\_Santa%20Fe%20Province](http://www.remunicipalisation.org/#case_Santa%20Fe%20Province)
- 8 UNCTAD (sin fecha) Número de tratados bilaterales de inversión actualmente en vigor. Investment Policy Hub, base de datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (consultado el 25 de abril de 2017).
- 9 Comisión Europea (2017) Overview of FTA and other trade negotiations. Abril. [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc\\_118238.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf) (consultado el 25 de abril de 2017).
- 10 UNCTAD (sin fecha) Número de tratados bilaterales de inversión actualmente en vigor. Investment Policy Hub, base de datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS> (consultado el 25 de abril de 2017).
- 11 *ClientEarth* (2015) Legality of investor-state dispute settlement (ISDS) under EU law, p. 6. <http://documents.clientearth.org/wp-content/uploads/library/2015-10-15-legality-of-isds-under-eu-law-ce-en.pdf>
- 12 *World Future Council* (2016) Energy Remunicipalisation: How Hamburg is buying back energy grids. 19 de octubre. <https://www.worldfuturecouncil.org/energy-remunicipalisation-hamburg-buys-back-energy-grids/> (consultado el 25 de abril de 2017).
- 13 *Independent Balkan News Agency* (2014) CEZ nationalized again, Albania pays to the Czech Republic 95 million Euros. 24 de junio. <http://www.balkaneu.com/cez-nationalized-again-albania-pays-czech-republic-95-million-euros/> (consultado el 25 de abril de 2017).
- 14 Popp, A. et al. (2015) Energy Law in Albania. In *European Energy Handbook: A survey of current issues in the European energy sector*. Londres: Herbert Smith Freehills. <https://www.pwc.com/cy/en/legal/assets/european-energy-handbook-2015-web-cyprus.pdf> (consultado el 25 de abril de 2017).
- 15 ČEZ v. The Republic of Albania (2013) Investment Policy Hub, base de datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/522> (consultado el 25 de abril de 2017).
- 16 Colitt, R. y Laya, P. (2013) Bolivia nationalizes Spain’s Abertis Airport operations. *Bloomberg*, 18 de febrero. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2013-02-18/bolivia-nationalizes-spain-s-abertis-airport-operations-1-> (consultado el 25 de abril de 2017).

- 17 *Global Arbitration Review* (2013) Rail investor moves to confirm ICSID award. 19 de junio. <http://globalarbitrationreview.com/article/1032422/rail-investor-moves-to-confirm-icsid-award> (consultado el 25 de abril de 2017).
- 18 Sala de, P. (2014) Aerolíneas Argentinas: A flying brick up high in the sky (Part II). *Gurufocus*, 19 de septiembre. <http://www.gurufocus.com/news/279582/aerolineas-argentinas-a-flying-brick-up-high-in-the-sky-part-ii> (consultado el 25 de abril de 2017).
- 19 *Global Arbitration Review* (2013) Argentina claim gets lift off; but causes another split on MFN. 3 de enero. <http://globalarbitrationreview.com/article/1031840/argentina-claim-gets-lift-off-but-causes-another-split-on-mfn> (consultado el 25 de abril de 2017).
- 20 Perry, S. (2010) Telecom Italia wins payout from Bolivia. *Global Arbitration Review*, 12 de noviembre. <http://globalarbitrationreview.com/article/1029756/telecom-italia-wins-payout-from-bolivia> (consultado el 25 de abril de 2017).
- 21 British Caribbean Bank Ltd., *Dunkveld I and II v. The Government of Belize* (2009-2010) Investment Policy Hub, base de datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/20?partyRole=2> (consultado el 25 de abril de 2017).
- 22 Debevoise & Plimpton LLP (2015) Debevoise advises investors as long-running litigation over nationalized Belize telecoms and electricity companies is settled. 3 de diciembre. <http://www.debevoise.com/insights/news/2015/12/debevoise-advises-investors-as-long> (consultado el 25 de abril de 2017).
- 23 La cantidad de 518,9 millones de dólares es una suma de los tres casos. *Dunkveld I* exigía al Gobierno de Belice 298,7 millones de dólares, *Dunkveld II*, 175 millones de dólares, y *British Caribbean Bank Ltd.*, 45,2 millones de dólares.
- 24 *Tax Justice Network* (2015) Belize and the curious tale of the British lord. 5 de octubre. <http://www.taxjustice.net/2015/10/05/belize-and-the-curious-tale-of-the-british-lord/> (consultado el 25 de abril de 2017).
- 25 *The San Pedro Sun* (2016) GOB to pay \$388 Million – final settlement to Ashcroft group for Telemedia shares. 30 de junio. <http://www.sanpedrosun.com/government/2016/06/30/gob-to-pay-388-million-final-settlement-to-ashcroft-group-for-telemedia-shares/> (consultado el 25 de abril de 2017).
- 26 Wallach, L. (2012) “Fair and Equitable Treatment” and investors’ reasonable expectations. *Public Citizen*, 5 de septiembre. <https://www.citizen.org/documents/MST-Memo.pdf> (consultado el 25 de abril de 2017).
- 27 Schneiderman, R. et al. (2015) Reply to EFILA. *Investment State Dispute Settlement, comments and observations: Gus van Harten*. 6 de julio. <https://gusvanharten.wordpress.com/2015/07/> (consultado el 25 de abril de 2017).
- 28 Para más detalles sobre este caso, véase Remunicipalisation Tracker: [http://remunicipalisation.org/#case\\_Sofia](http://remunicipalisation.org/#case_Sofia)
- 29 Cingotti, N., Ebenhardt, P., Grotenveldt, N., Olivet, C. y Sinclair, S. (2016) El Sistema de Tribunales de Inversiones puesto a prueba. *Ámsterdam: Transnational Institute et al.* <https://www.tni.org/es/publicacion/el-sistema-de-tribunales-de-inversiones-puesto-a-prueba> (consultado el 25 de abril de 2017).
- 30 *European Association of Judges* (2015) Statement on the proposal from the European Commission on the new investment court system. 9 de noviembre. <http://www.iaj-uim.org/iuw/wp-content/uploads/2015/11/EAJ-report-TIPP-Court-october.pdf> (consultado el 25 de abril de 2017).
- 31 Comisión Europea (2015) Press release: EU finalises proposal for investment protection and Court System for TTIP. 12 de noviembre. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-6059\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6059_en.htm) (consultado el 25 de abril de 2017).
- 32 *Seattle2Brussels* (2017) Posición de la red S2B sobre la propuesta de la Comisión Europea relativa a un mecanismo multilateral para la solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS). 19 de febrero. <http://www.s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2017/02/El-ISDS-en-una-peligrosa-enrucijada.pdf> (consultado el 25 de abril de 2017).