

El ISDS zombi

Renombrado como ICS, el derecho de las multinacionales para demandar a los Estados se niega a morir





AUTORA: Pia Eberhardt (Corporate Europe Observatory)

REVISIÓN: Katharine Ainger y Luciana Ghiotto

TRADUCCIÓN: Beatriz Martínez

DISEÑO E ILUSTRACIONES: Brigitte Vos, www.vosviscom.nl

Publicado por Corporate Europe Observatory (CEO), Association Internationale de Techniciens, Experts et Chercheurs (AITEC), Attac Austria, Campact, ClientEarth, Ecologistas en Acción, Forum Umwelt & Entwicklung, Instytut Globalnej Odpowiedzialności (IGO), PowerShift, Seattle to Brussels Network (S2B), Traidcraft, Transnational Institute (TNI), Umanotera, Védegylet, Vrijschrift, War on Want, 11.11.11.

Marzo de 2016 (versión actualizada)

Índice

Resumen ejecutivo	5
Capítulo 1 Introducción	9
Capítulo 2 Cuando las grandes multinacionales demandan a los países: puntos básicos de la solución de controversias inversor-Estado (ISDS)	11
Capítulo 3 El ISDS con otro nombre: el ICS, la nueva propuesta de la UE para los derechos de los inversores en los acuerdos comerciales	19
Capítulo 4 TTIP, CETA, ISDS, ICS: varios nombres, pero la misma agenda corporativa	33
Capítulo 5 Conclusión: 7 motivos para oponerse a los derechos de las multinacionales y abolirlos	39
Anexo: La clave está en la letra pequeña del ISDS	40
Notas	45

Resumen ejecutivo

Pese a haber pasado inadvertido durante décadas, en los últimos dos años se ha suscitado una gran polémica alrededor de un elemento presente en los tratados comerciales internacionales, que ha mantenido a la ciudadanía, a la política y a los medios de comunicación en vilo. Nos referimos al denominado mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados, más conocido por sus siglas en inglés como ISDS.

El ISDS está incluido en miles de tratados internacionales. Este mecanismo permite a los inversores extranjeros demandar a los Gobiernos si consideran que los cambios introducidos por estos en las políticas públicas —incluso los concebidos para proteger el ambiente o la salud— afectan a los beneficios privados de las multinacionales. Estas demandas eluden las cortes nacionales y se dirimen en tribunales internacionales de arbitraje, es decir, ante tres abogados privados que tienen el poder de decidir qué es más importante, si los beneficios privados o el interés público. En todo el mundo, los tribunales que se basan en el mecanismo inversor-Estado han garantizado ganancias multimillonarias a las empresas transnacionales a costa del dinero de los contribuyentes, en muchos casos como compensación de alguna medida adoptada en pro del interés público.

Cuando la Comisión Europea propuso incluir este poderoso régimen jurídico en el tratado comercial que está negociando con los Estados Unidos, la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP), se generó una gran oleada de oposición: más de un 97% de las respuestas a una consulta pública que tuvo un récord de participación de 150.000 personas expresaron su rechazo a este mecanismo. También han surgido críticas desde el Parlamento Europeo y entre los propios Estados miembros de la UE. Con ello, el 'ISDS' se ha convertido, en palabras de la propia comisaria de Comercio de la UE, Cecilia Malmström, en "la sigla más tóxica de Europa".

En un intento de torcer esta enorme oposición hacia el ISDS, la Comisión Europea ha decidido cambiarle la etiqueta. En otoño de 2015, anunció una propuesta revisada que se aplicaría a todas las negociaciones sobre inversiones de la UE, presentes o futuras, incluidas las del TTIP. En lugar del 'viejo' sistema del ISDS, la Comisión promete un sistema 'nuevo' y supuestamente independiente, que se supone que protegerá el derecho a legislar de los Gobiernos: el Sistema de Tribunales sobre Inversiones (o ICS, por su sigla en inglés).

El análisis en este informe demuestra que el sistema ICS no acaba con el ISDS. Al contrario, permitiría a miles de multinacionales eludir los sistemas jurídicos nacionales y demandar a los Gobiernos en unos tribunales paralelos en caso de que las leyes o regulaciones limiten su capacidad para lucrarse. Este sistema allanaría el camino para que miles de millones del dinero de los contribuyentes vayan directamente a las grandes multinacionales. También atentaría contra la capacidad de decisión sobre políticas que protejan el medio ambiente y a las personas. Y ante todo, amenaza con encerrar para siempre a los Estados miembros de la UE entre las rejas de la injusticia del régimen del ISDS.

En resumen, la propuesta del 'nuevo' ICS resucita de entre los muertos al ISDS. Es el ISDS zombi.

Principales conclusiones:

1. **El número de casos entre inversores y Estados, así como la suma de dinero implicada, ha crecido de manera exponencial en las últimas dos décadas**, pasando de un total de tres casos conocidos en 1995 a casi 700 casos de demandas interpuestas contra Estados en enero de 2016, y alcanzando un récord absoluto de 70 nuevas demandas de inversión presentadas únicamente durante 2015. Las cantidades de dinero también han aumentado de manera preocupante; en uno de los casos, la indemnización que se le impuso a un país llegó a la impresionante cifra de 50.000 millones de dólares. Los mayores beneficiarios financieros han sido siempre grandes multinacionales y personas con un alto poder adquisitivo (millonarias o multimillonarias).
2. **En las últimas dos décadas hemos visto demandas multimillonarias contra los supuestos daños a las ganancias transnacionales provocados por medidas de interés público adoptadas por los Gobiernos.** Países de todos los continentes han sido demandados por adoptar legislación antitabaco, prohibiciones sobre el uso de sustancias químicas, políticas contra la discriminación, medidas de

estabilidad financiera o restricciones sobre proyectos de minería pesada, entre otras. Por ejemplo, el 60% de las demandas contra los Estados miembros de la UE han estado relacionadas con el medio ambiente. Según un abogado que ha dedicado parte de su trabajo a defender a países en estos casos, su base jurídica, es decir, los tratados internacionales de inversión, son “armas de destrucción legal”.

3. **El ‘nuevo’ modelo de ISDS de la UE (renombrado como ICS) es igual de peligroso para la democracia, para las leyes de interés público y para los presupuestos públicos que el ‘viejo’ modelo, el cual aún se mantiene, por ejemplo, en el tratado de libre comercio entre Singapur y la UE.** Con la excepción de algunas mejoras procesales —una mejora en el proceso de selección de árbitros, reglas éticas más severas y el establecimiento de un órgano de apelación— la versión renombrada contiene esencialmente los mismos privilegios para los inversores, por lo general con los mismos términos utilizados en el texto del tratado entre Singapur y la UE.
4. **La nueva propuesta de la UE aún permitiría que se interpongan demandas de inversores contra medidas no discriminatorias y legítimas para proteger la salud, el medio ambiente y otros intereses públicos,** ya que prevé los mismos amplios derechos para el inversor a los que han recurrido compañías como Philip Morris (al demandar a Uruguay por sus medidas de control del tabaco) y TransCanada (que ha anunciado que demandará a los Estados Unidos por 15.000 millones de dólares por rechazar el controvertido oleoducto Keystone XL).
5. **Con la propuesta de la UE, miles de millones del dinero de los contribuyentes se usarán para pagar a las grandes transnacionales en compensación por supuestos beneficios económicos perdidos, presentes o futuros, que hipotéticamente habrían podido ganar** (como en un caso contra Libia en el cual se le exigió al país el pago de 905 millones de dólares a una empresa que había invertido únicamente 5 millones de dólares). También se podría exigir que los países pagaran en compensación por nuevas propuestas de ley o regulaciones en pro del interés público. La propuesta de la UE que se formula a partir de la protección del derecho a legislar no garantiza en absoluto la protección de los Estados ante la amenaza de asumir los elevados costes que supone una demanda de estas.
6. **La propuesta de la UE incrementa el riesgo de que se interpongan demandas multimillonarias contra medidas de interés público, ya que podría afirmarse que otorga a los inversores aún más derechos que muchos acuerdos de inversiones existentes,** que han dado lugar a cientos de demandas inversor-Estado en todo el mundo:
 - a) Al proteger las “expectativas legítimas” de los inversores bajo la cláusula conocida como “trato justo y equitativo”, la UE se arriesga a tipificar una interpretación muy amplia de dicha cláusula, lo cual generaría el ‘derecho’ a un entorno regulador estable. Esto otorgaría a los inversores una herramienta poderosa para luchar contra cualquier cambio normativo, aunque este se haya adoptado a la luz de nuevas informaciones y por decisión democrática.
 - b) El tipo de peligrosa *cláusula general* propuesta por la UE podría elevar todos los contratos escritos de un Estado con respecto a una inversión al nivel del derecho internacional, multiplicando el riesgo de costosas demandas. La cláusula no forma parte del CETA entre la UE y Canadá, supuestamente porque Canadá la rechazó por ser demasiado peligrosa.
7. **Si el acuerdo comercial entre los Estados Unidos y la UE, el TTIP, incluyera los derechos propuestos para los inversores, se multiplicarían las obligaciones y los riesgos financieros para todos los Estados miembro de la UE, y estos superarían con creces los planteados por cualquier acuerdo ya firmado entre las dos regiones.** Con el TTIP, 19 países más de la UE podrían ser demandados directamente por inversores de los Estados Unidos (frente a los solo 9 actuales, en virtud de un tratado de inversiones vigente con los Estados Unidos); el TTIP abarcaría un 99% más de inversiones de origen estadounidense en la UE (en la actualidad, solo cubre el 1%); y más de 47.000 multinacionales estarían facultadas para interponer demandas (frente a unas 4.500 hoy en día). El TTIP podría alentar la interposición de casi 900 demandas de transnacionales estadounidenses contra Estados miembros de la UE (en comparación con las 9 demandas planteadas en el marco de los tratados existentes).
8. **Con la propuesta de la UE, las empresas transnacionales podrían incluso demandar a sus propios Gobiernos,** estructurando sus inversiones a través de una filial en el extranjero o pidiendo a un

accionista extranjero que inicie la demanda. En el contexto del TTIP, este peligro es particularmente evidente teniendo en cuenta que los valores de propiedad estadounidense en la UE ascienden a 3,5 billones de dólares en títulos financieros en la UE. No hay prácticamente ninguna empresa transnacional 'europea' que no cuente con un inversor 'estadounidense' que estaría en disposición de interponer una demanda contra la UE o sus Estados miembros amparándose en el TTIP.

9. **La propuesta de la UE sobre los derechos de los inversores es una vía segura para coaccionar a los responsables de la toma de decisiones, con lo que se podría restringir la formulación de legislación deseable.** Existen pruebas de que se han abandonado, aplazado o adaptado a los deseos de las multinacionales propuestas de protección ambiental o de salud debido a unas costosas demandas o a la amenaza de un litigio. Canadá y Nueva Zelanda, por ejemplo, han aplazado políticas antitabaco al ver que la gran industria tabaquera había interpuesto importantes demandas por casos similares en otros países.
10. **El proceso de solución de controversias propuesto por la UE no es judicialmente independiente, sino que tiene un sesgo inherente en favor de los inversores.** Como solo los inversores pueden iniciar una demanda, existe un incentivo para que los árbitros (ahora llamados 'jueces' en la propuesta de la UE) se pongan del lado de estos, ya que esto atraerá más casos, honorarios y prestigio en el futuro. Los restrictivos criterios de selección, la falta de períodos de reflexión y las lagunas en la propuesta del código ético para los árbitros también hace temer que los tribunales seguirán estando formados por los mismos abogados privados que han impulsado el auge del arbitraje de inversiones hasta ahora y que han potenciado su propio negocio, animando a los inversores a presentar demandas y haciendo uso de una interpretación amplia de las cláusulas que protegen las inversiones para promover más casos.
11. **Existen serias dudas sobre si los derechos de los inversores propuestos son compatibles con la legislación europea,** un motivo de creciente preocupación entre los jueces. La propuesta de la Comisión Europea deja de lado a los tribunales europeos y es fundamentalmente discriminatoria, ya que otorga derechos especiales solo a los inversores extranjeros. A través de este mecanismo, podrían cuestionar fallos judiciales y también acciones de los Gobiernos y leyes aprobadas por los parlamentos, desde los ámbitos más locales hasta el nivel europeo.
12. **En lugar de poner fin al ISDS, la agenda de la UE sobre la protección de inversiones amenaza con encerrar a los Estados miembros de la UE para siempre entre las rejas del ISDS.** A estos les resultará prácticamente imposible retirar los privilegios de los inversores una vez que estén consagrados en tratados comerciales como el TTIP o el CETA (ya que, para ello, deberían salir de la UE). El sistema de tribunales multilaterales sobre inversiones propuesto por la Comisión —que sería básicamente un tribunal supremo mundial de acceso exclusivo a las grandes empresas transnacionales— podría perpetuar un sistema que ya es profundamente injusto, por el que una parte, por lo general grandes empresas o personas ricas, consigue unos derechos excepcionalmente potentes, mientras que la otra parte, las personas de un país, solo recibe responsabilidades.

El intento de la UE de expandir de manera masiva y consolidar el sistema de arbitraje de inversiones llega en un momento en el que cada vez más personas de todo el espectro político se oponen a la camisa de fuerza jurídica que impone, y en el que un creciente número de Gobiernos están intentando salir de él.

Este informe concluye con un llamado a la acción: rescindir todos los tratados existentes que permiten que las multinacionales demanden a los Gobiernos ante tribunales internacionales si las leyes y regulaciones limitan su capacidad de lucro; impedir que se aprueben más cartas de derechos especiales para las transnacionales en proyectos de tratados como el TTIP y el CETA; y desechar todo plan de crear un tribunal supremo mundial exclusivamente para las grandes empresas y los millonarios.



Capítulo 1

Introducción

“Si deseara convencer al público de que los acuerdos comerciales internacionales representan una forma de dejar que las empresas multinacionales se enriquezcan a costa de la gente de a pie, haría lo siguiente: otorgar a las multinacionales extranjeras un derecho especial para solicitar ante un ignoto tribunal de abogados corporativos muy bien pagados el pago de una indemnización cada vez que un Gobierno apruebe una ley para, por ejemplo, desincentivar el uso del tabaco, proteger el medio ambiente o evitar una catástrofe nuclear. Y aún así, eso es precisamente lo que han hecho durante los últimos 50 años miles de tratados de comercio e inversión, mediante un proceso que se conoce como ‘solución de controversias inversor-Estado’, o ISDS”.

Así es cómo, en otoño de 2014, la revista *The Economist* presentaba a sus lectores un elemento en su día desconocido de los tratados comerciales internacionales, “un privilegio especial del que han abusado muchas multinacionales”, en palabras de este semanario internacional.¹ Las disposiciones ISDS facultan a las multinacionales extranjeras para demandar a los países en los que invierten, utilizando unos tribunales internacionales especializados que pueden otorgar miles de millones de dólares en concepto de indemnización. Por ejemplo, la multinacional de la energía Vattenfall le está exigiendo a Alemania 4.700 millones de euros por las medidas tomadas en pos del abandono gradual de la energía nuclear. Y el promotor de un proyecto de oleoducto, TransCanada, acaba de anunciar que tiene la intención de demandar a los Estados Unidos por 15.000 millones de dólares por haber rechazado el controvertido oleoducto Keystone XL.

En el momento en que se publicó ese artículo, deben de haber cundido los nervios entre muchas personas en círculos empresariales y de negociación de tratados comerciales. El ISDS es la piedra de toque de muchas de las negociaciones comerciales de hoy día. Si una de las voces más influyentes a favor del libre comercio entre los medios de comunicación, *The Economist*, no lo defendía, el ISDS tenía un auténtico problema. En efecto, debido a la gran protesta ciudadana, las impenetrables cuatro letras ‘ISDS’ se han convertido, en palabras de la propia comisaria de Comercio de la UE, Cecilia Malmström, en “la sigla más tóxica de Europa”.²

Si alguna vez ha existido un mecanismo unilateral de solución de controversias que viole principios básicos, es este.

Joseph Stiglitz, profesor de Economía y ganador del premio Nobel de economía, sobre el ISDS³

Así que nadie se extrañó que dejara de referirse al ISDS cuando, un año más tarde, en otoño de 2015, Malmström presentó una propuesta revisada de las

negociaciones sobre inversiones de la UE vigentes y futuras, incluido el proyecto de acuerdo comercial entre la UE y los Estados Unidos, el TTIP. En lugar del ‘viejo’ sistema del ISDS, Malmström prometió un sistema ‘nuevo’ y supuestamente independiente que, aseguró, protegería el derecho de los gobiernos a legislar: el Sistema de Tribunales de Inversiones (o ICS, por su sigla en inglés).

Este sistema incluye una serie de tribunales que resolverían las controversias entre inversores y Estados en el marco de tratados comerciales como el TTIP y que, en última instancia, podrían ser sustituidos por una especie de tribunal supremo mundial para las grandes empresas aplicable a todos los tratados comerciales (un “tribunal multilateral sobre inversiones”), que Malmström ha propuesto desarrollar en el mediano plazo, de forma paralela a las numerosas negociaciones bilaterales de la UE.

Pero aparte de haber cambiado la sigla ‘tóxica’, ¿es este ‘nuevo’ ICS realmente tan distinto del detestado ‘viejo’ régimen del ISDS? ¿Protege las decisiones adoptadas en pro del ambiente, la salud y otros ámbitos de interés público de los ataques de los inversores? ¿Establece un sistema justo e independiente para solucionar las controversias?

El análisis de este informe revela que la retórica que afirma que los problemas del desprestigiado ISDS se han solucionado con el ICS propuesto no es más que un cuento de hadas. El último enfoque de la UE con respecto a los derechos de los inversores no acaba con el ISDS. Más bien al contrario: la propuesta aún permitiría a miles de multinacionales eludir los sistemas jurídicos nacionales y demandar a los Gobiernos en unos tribunales paralelos en caso de que las leyes o regulaciones limiten su capacidad para lucrarse. Este sistema podría seguir allanando el camino para que miles de millones del dinero de los contribuyentes vayan directamente a las grandes empresas

transnacionales. También seguiría atentando contra la capacidad de decisión sobre políticas que protejan a las personas y al planeta. Y ante todo, amenaza con encerrar a los Estados miembros de la UE para siempre entre las rejas de la injusticia del régimen del ISDS, ya que resultará prácticamente imposible salir de él por el hecho de estar integrado en grandes acuerdos comerciales, por no hablar ya de un tribunal multilateral sobre inversiones como el que está planteando la Comisión Europea.

Cuando la gente dice que el ISDS está muerto, no puedo evitar pensar en una película de zombis, porque yo veo al ISDS vagando por todas estas nuevas propuestas.

Profesor Gus Van Harten, Facultad de Derecho Osgoode Hall⁴

En resumen, la propuesta del 'nuevo' ICS resucita de entre los muertos al ISDS, que se había hecho políticamente insostenible. Es el ISDS zombi.

Es hora de que la ciudadanía, los medios y las personas encargadas de la formulación de políticas se den cuenta de que la UE no ha resuelto ninguno de los problemas de fondo que provocaron la gran protesta pública contra el ISDS. Su última propuesta para la protección de las inversiones es tan peligrosa para los contribuyentes, las políticas en el interés público y la democracia como el 'antiguo' sistema del ISDS, y podría resultar incluso más amenazador. Por lo tanto, no debería haber lugar para él en ninguno de los acuerdos internacionales de la UE. De hecho, se trata de la propuesta a la que se debería oponer todo el mundo.

Capítulo 2

Cuando las transnacionales demandan a los países: puntos básicos de la solución de controversias inversor-Estado (ISDS)

Después de la catástrofe nuclear de Fukushima, el Gobierno alemán decidió que abandonaría gradualmente la energía nuclear. Para desincentivar el uso del tabaco, Uruguay introdujo grandes advertencias sanitarias en las cajas de cigarrillos. ¿Qué tienen en común estas decisiones políticas? Las dos están siendo impugnadas jurídicamente por multinacionales que consideran que son perjudiciales para sus ganancias. Sin embargo, las multinacionales no están cuestionando las decisiones ante los tribunales de los respectivos países, sino que están demandando a los Gobiernos ante un tribunal internacional que es favorable a los negocios. En los últimos 20 años, estos pseudo-tribunales corporativos han otorgado a grandes empresas unas cuantiosas sumas en concepto de indemnización; sumas pagadas con los impuestos de los contribuyentes y, a menudo, por leyes adoptadas de forma democrática para proteger el medio ambiente, la salud pública o el bienestar social.

La base jurídica de estas controversias inversor-Estado se halla en más de 2.500 tratados internacionales de comercio e inversión en vigor entre Estados.⁵ Estos tratados otorgan amplios poderes a los inversores extranjeros, como el privilegio especial de poder presentar demandas directamente ante tribunales internacionales, sin tener que pasar antes por los tribunales locales. Los inversores extranjeros pueden exigir que se les indemnice por medidas tomadas por los Gobiernos de acogida que supuestamente hayan perjudicado a sus inversiones, ya sea de forma directa, por expropiación, por ejemplo, o de forma indirecta, por regulaciones de prácticamente cualquier tipo. Y pueden exigir una indemnización no sólo por el dinero que han invertido realmente, sino también por las ganancias previstas en el futuro.

Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), los árbitros ganan 3.000 dólares al día.⁶ En un sistema unilateral, donde solo los inversores pueden presentar demandas, esto crea un fuerte incentivo para ponerse de su lado, ya que los laudos que se resuelvan a favor de los inversores allanarán el camino para más casos y más ingresos en el futuro. Otros conflictos de interés están relacionados con los distintos papeles que pueden desempeñar los árbitros, por ejemplo, cuando actúan como árbitro un día y como abogado de una de las partes en otra controversia al día siguiente, dándoles otro incentivo para que fallen a favor de los inversores y, así, fomenten más demandas y empleos bien remunerados.⁷

La solución de controversias inversor-Estado pone los derechos de las compañías por encima de los derechos humanos. Sus repercusiones son devastadoras... debemos abolirla.

Alfred de Zayas, experto de la ONU sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo¹⁷

Las demandas inversor-Estado suelen ser dirimidas por un tribunal de tres abogados privados, los árbitros, que son elegidos por el inversor que presenta la demanda y el Estado. A diferencia de los jueces, estos árbitros con fines de lucro no tienen un salario fijo, sino que cobran por caso. En el tribunal que se usa más a menudo, el Centro Internacional de Arreglo de

CUADRO 1

Señales de alarma: algunas controversias inversor-Estado preocupantes

Grandes multinacionales contra la salud pública – Philip Morris contra Uruguay: Desde 2010, Philip Morris está demandando a Uruguay amparándose en el tratado bilateral de inversiones entre este país y Suiza. El gigante del tabaco cuestiona las grandes etiquetas de advertencia sanitaria obligatorias en las cajas de cigarrillos y otras medidas para el control del tabaco concebidas para reducir el uso de este, alegando que les impiden mostrar correctamente sus marcas comerciales, lo cual le genera notables pérdidas. Philip Morris le está exigiendo a Uruguay una indemnización de 25 millones de dólares.⁸

Grandes multinacionales contra las medidas para abordar el cambio climático – TransCanada contra los Estados Unidos: En enero de 2016, la promotora canadiense TransCanada anunció su intención de demandar a los Estados Unidos en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) porque el presidente Obama había rechazado el controvertido proyecto de oleoducto Keystone XL, que conectaría los yacimientos de arenas bituminosas en Canadá con refinerías en los Estados Unidos. El proyecto, que según grupos ambientalistas incrementaría las emisiones de CO2 hasta 110 millones de toneladas al año, se había topado con una férrea oposición ciudadana. TransCanada exige la astronómica cifra de 15.000 millones de dólares en concepto de daños.⁹

Grandes multinacionales contra la protección ambiental – Vattenfall contra Alemania I y II: En 2009, la multinacional sueca de la energía Vattenfall interpuso una demanda contra el Gobierno alemán, al que exigía 1.400 millones de euros en concepto de indemnización por las restricciones ambientales impuestas a una de sus centrales eléctricas de carbón. El caso, basado en el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE, un acuerdo internacional para la cooperación transfronteriza en el sector energético), se resolvió fuera de los tribunales, después de que Alemania aceptara relajar su normativa ambiental. En 2012, Vattenfall presentó una segunda demanda al amparo del TCE, por la que reclamaba 4.700 millones de euros por la pérdida de ganancias en dos de sus centrales de energía nuclear. El caso se planteó después de que el Gobierno alemán decidiera comenzar a abandonar la energía nuclear a raíz de la catástrofe de Fukushima.¹⁰

Grandes multinacionales contra la emancipación de la población africana – Piero Forsti y otros contra Sudáfrica: En 2007, un grupo de inversores de Italia y Luxemburgo demandó a Sudáfrica por su Ley de Empoderamiento Económico de la Población Negra, que persigue corregir algunas de las injusticias del régimen del apartheid. La ley exige, por ejemplo, que las compañías mineras traspasen una parte de sus acciones a manos de inversores locales. La controversia (que se amparaba en los tratados bilaterales de inversión firmados por Sudáfrica con Italia y Luxemburgo) se zanjó en 2010, después de que los inversores recibieran nuevas licencias que requerían un traspaso de acciones mucho menor.¹¹

Grandes multinacionales contra el ambiente y los valores comunitarios – Bilcon contra Canadá: En 2008, la cementera estadounidense Bilcon demandó a Canadá amparándose en el TLCAN porque el país no había aprobado un proyecto de cantera, después de una evaluación de impacto ambiental que había advertido sobre las posibles repercusiones sociales y ambientales. En 2015, Canadá perdió el caso. Dos de los árbitros que resolvieron la demanda consideraron que la evaluación del impacto había sido arbitraria, con lo que se habían frustrado las expectativas de Bilcon y, por lo tanto, contravenido las disposiciones del TLCAN. El tercer árbitro se mostró en total desacuerdo, afirmando que la resolución representaba “una injerencia significativa en la jurisdicción nacional” y advirtiendo que esta “creará conmoción en el funcionamiento de los grupos de evaluación ambiental”. Aún se debe decidir la indemnización que Canadá deberá pagar, pero esta podría ascender.¹²

Grandes multinacionales contra medidas para combatir la crisis financiera – Inversores contra Argentina: Cuando Argentina congeló las tarifas de los servicios públicos (energía, agua, etc.) y devaluó su moneda para responder a la crisis financiera que azotó al país en 2001-2002, se vio sorprendida por una marea de casi 30 demandas de inversores y se convirtió en el país más demandado del mundo a través del arbitraje de inversiones. Grandes compañías como Enron (Estados Unidos), Suez y Vivendi (Francia), Anglian Water (Reino Unido) y Aguas de Barcelona (Estado español) reclamaban paquetes de compensación multimillonarios por la pérdida de ingresos. Hasta la fecha, a Argentina se la ha condenado a pagar un total de 900 millones de dólares de indemnizaciones por medidas relacionadas con la crisis financiera, y aún está pendiente de que se resuelvan varios casos.¹³

Grandes multinacionales contra las comunidades y el ambiente – Gabriel Resources contra Rumanía: En 2015, la compañía minera canadiense Gabriel Resources interpuso una demanda contra Rumanía en virtud de dos de los tratados bilaterales de inversión firmados por el país. El caso está vinculado con el proyecto de mina de oro a cielo abierto de la compañía en el pueblo histórico de Rosia Montana. El proyecto se interrumpió cuando los tribunales rumanos anularon varios permisos y certificados necesarios para su ejecución, después de una fuerte resistencia de la comunidad contra los posibles impactos catastróficos de la mina, tanto sociales como ambientales. Según algunas noticias de prensa, Gabriel Resources podría exigir una indemnización de hasta 4.000 millones de dólares.¹⁴

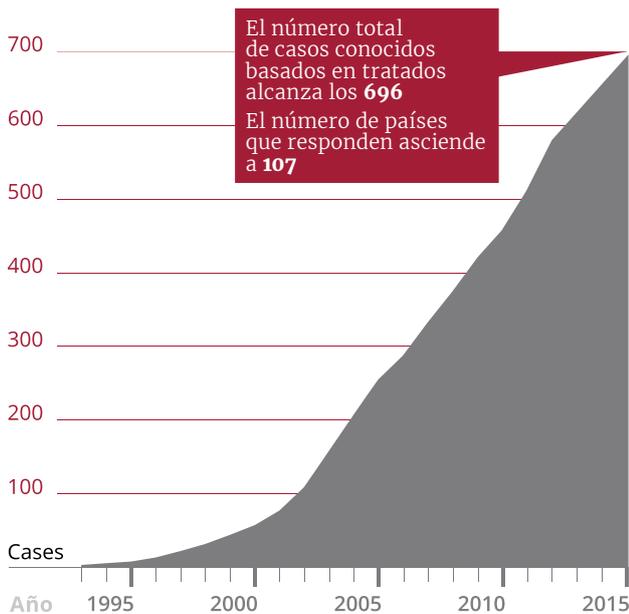
Grandes multinacionales contra las moratorias sobre el fracking – Lone Pine contra Canadá: En 2011, el Gobierno de la provincia canadiense de Quebec respondió a la preocupación pública por la contaminación del agua adoptando una moratoria sobre el uso de la fractura hidráulica (“fracking”) para la exploración de petróleo y gas. En 2012, la empresa de energía Lone Pine Resources, con sede en Calgary, presentó una demanda inversor-Estado en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) contra la moratoria. Lone Pine, que interpuso la demanda a través de una filial en el paraíso fiscal estadounidense de Delaware, está reclamando 109,8 millones de dólares, más intereses, por daños y perjuicios.¹⁵

Armas de destrucción legal

Desde finales de la década de 1990, el número de demandas de inversión contra Estados se ha disparado (véase la imagen 1), al igual que las sumas implicadas (véase el cuadro 2 en la página 14). Las últimas dos décadas también han visto varias demandas multimillonarias contra los supuestos perjuicios a las ganancias de las empresas provocados por la legislación y las medidas de los Gobiernos en pro del interés público. Países desarrollados y en desarrollo de todos los continentes han sido objeto de demandas por adoptar medidas de estabilidad financiera, prohibir productos químicos nocivos, restringir actividades mineras, leyes antitabaco y políticas antidiscriminatorias, evaluaciones de impacto ambiental y un largo etcétera (véase el cuadro 1 en la página 12). Según un abogado que ha defendido a muchos Gobiernos en estos casos, los tratados de inversión son “armas de destrucción legal”.¹⁶

Image 1: **Avalancha de demandas**

Número acumulado de casos



Fuente: UNCTAD¹⁸

A veces, la amenaza de una costosa demanda ha sido suficiente para interrumpir o aplazar las medidas de un Gobierno, haciendo que los responsables de políticas se den cuenta de que deberán pagar a las corporaciones a cambio de poder legislar. Canadá y Nueva Zelanda, por ejemplo, han aplazado políticas antitabaco al ver que la gran industria tabaquera había interpuesto importantes demandas por casos similares en otros países o había amenazado con ello.¹⁹ Cinco años después de que entraran en vigor los derechos de los inversores extranjeros en el marco del TLCAN, un exfuncionario del Gobierno canadiense le explicaba a un periodista: “En los últimos cinco años, he visto las cartas de las firmas de abogados de Nueva York

y Washington que llegaban al Gobierno canadiense sobre prácticamente cualquier nueva regulación y propuesta ambiental. Incluían temas como productos químicos para el lavado en seco, productos farmacéuticos, pesticidas y la ley de patentes. Apuntaron a casi todas las nuevas iniciativas y la mayoría de ellas nunca vio la luz del día”.²⁰

Es una herramienta de presión en el sentido de que puedes decir a los Estados: ‘Ok, si usted hace esto, le demandaremos y le exigiremos una indemnización’. Esto puede cambiar el comportamiento en ciertos casos.

Peter Kirby, bufete de abogados Fasken Martineau, sobre la solución de controversias inversor-Estado.²¹

A medida que ha ido creciendo el número de controversias inversor-Estado, el arbitraje de inversiones se ha convertido en una máquina de hacer dinero. Actualmente, hay varios bufetes de abogados y árbitros cuyo modelo de negocio depende de las demandas de empresas contra Estados. Por ese motivo, constantemente animan a sus clientes corporativos a que presenten demandas; por ejemplo, cuando un país adopta medidas para luchar contra una crisis económica.²² Mientras tanto, se ha encontrado que, en su calidad de árbitros, los abogados de inversiones interpretan los tratados de comercio e inversión de un modo que beneficia a los inversores, allanando el camino para que se presenten más demandas contra Estados en el futuro y exacerbando el riesgo de responsabilidad de los Gobiernos.²³ Es probable que ciertos fondos de inversión especuladores, que últimamente han empezado a ayudar a financiar los costos de las controversias inversor-Estado a cambio de un porcentaje de la indemnización o laudo final, impulsen aún más el auge de los casos de arbitraje.²⁴

El arbitraje de inversiones en aguas revueltas

El creciente número de demandas presentadas por grandes multinacionales ha desencadenado una tormenta global de resistencia a los tratados de inversión y al arbitraje. Grupos de interés público, sindicatos, pequeñas y medianas empresas, y personas del mundo académico han instado a los Gobiernos a oponerse al arbitraje inversor-Estado, señalando que no cumple con las normas básicas de independencia e imparcialidad judicial, a la vez que amenaza a la responsabilidad del Estado de actuar en pro del interés de su pueblo,

CUADRO 2

Cifras elocuentes del mundo de la solución de controversias inversor-Estado (ISDS)²⁵

- Los casos inversor-Estado se han multiplicado en las últimas dos décadas, pasando de un total de tres casos basados en tratados conocidos en 1995 a una cifra récord de más de **50** nuevas demandas presentadas anualmente en los últimos cinco años. El año 2015 fue testigo del máximo histórico de **70** nuevos casos ISDS.
- A 1 de enero de 2016, se contaban **696** controversias inversor-Estado en todo el mundo, interpuestas contra **107** países, pero como el sistema es muy opaco, la cifra real podría ser muy superior.
- El **72** por ciento de todos los casos conocidos que se habían presentado hasta fines de 2014 eran contra países en desarrollo y en transición.
- Pero las demandas contra las economías desarrolladas también van al alza. En 2015, por ejemplo, **Europa Occidental fue la región más demandada del mundo**.²⁶
- Los inversores se han impuesto en el **60 por ciento** de los casos inversor-Estado en los que se ha adoptado una decisión de mérito, mientras que los Estados solo han ‘ganado’ en un **40 por ciento** de ocasiones (aunque los Estados realmente no pueden ganar nada, ya que solo pueden ser objeto de un laudo en su contra).
- **Una cuarta parte** de los casos ISDS presentados terminan con un acuerdo, la mayoría de los cuales entrañan algún pago o cambio en las leyes y regulaciones para apaciguar a los inversores contrariados.
- Las cifras de los laudos pueden alcanzar los 10 dígitos. La mayor suma conocida de daños y perjuicios hasta la fecha, **50.000 millones de dólares**, se dictó contra Rusia, en favor de los antiguos propietarios mayoritarios de la compañía de gas y petróleo Yukos.
- Hasta la fecha, los principales beneficiarios financieros han sido grandes transnacionales y personas ricas: el **94,5 por ciento** de los laudos conocidos se han resuelto en favor de empresas con unos ingresos anuales de al menos **1.000 millones de dólares** o de personas con un patrimonio neto de más de **100 millones de dólares**.²⁷
- Los costos legales ascienden a un promedio de 4,5 millones de dólares para cada una de las partes por cada caso,²⁸ pero pueden ser muy superiores. En el caso contra Rusia, solo los abogados de Yukos facturaron **74 millones de dólares** y los tres árbitros del tribunal cobraron **7,4 millones de dólares**.²⁹ Como los costos legales no siempre se conceden a la parte ganadora, puede que a los Estados les toque pagar la factura incluso aunque no pierdan.

el desarrollo social y económico, y la sostenibilidad ambiental. Asimismo, se han planteado inquietudes sobre la flagrante falta de obligaciones de los inversores y el uso de términos imprecisos en las cláusulas de muchos tratados, lo cual incrementa el margen para que los tribunales privados establezcan interpretaciones amplias y favorables a los inversores de los derechos corporativos.³⁰

¿Por qué los inversores extranjeros tienen acceso al derecho internacional exigible para afirmar sus derechos, cuando no lo hace prácticamente nadie más?

Simon Lester, del centro de estudios estadounidense de derechos Cato Institute.³³

Algunos defensores del libre mercado y del libre comercio, como el Cato Institute, un centro de

estudios de derechas de los Estados Unidos, también se han sumado al bloque de la oposición, criticando que “el enfoque del ISDS de otorgar... protecciones solo a los inversores extranjeros... equivale a manifestar en una constitución nacional que los únicos derechos que protegeremos serán los de los propietarios acaudalados”.³¹ En Alemania, la mayor asociación de jueces y fiscales (integrada por 15.000 miembros de un total de 25.000 jueces y fiscales en el país) ha expresado recientemente preocupaciones parecidas por la concesión de derechos exclusivos y el acceso a pseudo-tribunales a inversores extranjeros, instando a los legisladores a “reducir de forma significativa el recurso al arbitraje en el contexto de la protección de inversores internacionales”.³²

Algunos Gobiernos también han tomado conciencia de las injusticias del arbitraje de inversiones y están intentando salir del sistema. Sudáfrica, Indonesia, Bolivia, Ecuador y Venezuela han terminado varios

tratados bilaterales de inversión (TBI). Sudáfrica ha desarrollado un proyecto de ley sobre inversiones que elimina algunas de las cláusulas fundamentales y más peligrosas del derecho internacional de inversiones. Y el nuevo proyecto de modelo de tratado de inversión de la India sigue el mismo ejemplo.³⁴ Indonesia parece estar avanzando en una dirección parecida.³⁵ Y en

Europa, Italia se ha retirado del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) —un tratado multilateral creado después de la Guerra Fría para integrar el sector de la energía de la antigua Unión Soviética en los mercados occidentales—, especialmente tras ser objeto de varias demandas al amparo de este tratado en el sector de las energías renovables.³⁶

CUADRO 3

Acabando con el mito de que los tratados de inversión atraen realmente inversiones

Quienes defienden los tratados de protección de inversiones suelen afirmar que estos ayudan a atraer la inversión. En su hoja informativa sobre el tema, la Comisión Europea, por ejemplo, sostiene que “al otorgar a los inversores mutuos mayor certidumbre cuando invierten”, el capítulo sobre inversiones del proyecto de tratado comercial entre la UE y los Estados Unidos, el TTIP, creará “más oportunidades de inversión en la UE y los Estados Unidos”.⁴³ Grupos de presión empresarial, como la Cámara de Comercio Internacional (ICC), también suelen declarar que unas “normas potentes de protección de inversiones deberían ser una prioridad normativa de todos los Gobiernos para promover nuevas oleadas de IED [inversión extranjera directa], que fomenta la prosperidad”.⁴⁴

Pero el problema está en que no existe ninguna prueba clara de que los tratados de inversión atraigan a los inversores. Aunque algunos estudios econométricos concluyen que los tratados atraen efectivamente inversiones, otros consideran que estos no tienen ningún efecto, o incluso que pueden tener un impacto negativo.⁴⁵ Estudios cualitativos sugieren que los tratados no constituyen un factor determinante en la decisión de invertir en el extranjero.⁴⁶ En una respuesta a una pregunta parlamentaria, la comisaria de Comercio de la UE, Cecilia Malmström, también admitió que “la Comisión es consciente de que la mayor parte de los estudios no establecen un vínculo causal directo y exclusivo” entre los tratados y la inversión.⁴⁷

Los Gobiernos también han empezado a darse cuenta de que la promesa de la llegada de inversión extranjera no se ha materializado. Después de que Sudáfrica rescindiera algunos de sus tratados bilaterales de inversión (TBI) con Estados miembros de la UE de la década de 1990, un representante del Gobierno explicaba: “Sudáfrica no recibe flujos importantes de IED de muchos socios con los que tenemos TBI y, al mismo tiempo, sigue recibiendo inversiones de jurisdicciones con las que no tenemos TBI. En resumen, los TBI no han sido determinantes a la hora de atraer inversiones a Sudáfrica”.⁴⁸

Esta también ha sido la experiencia en muchos otros países: Brasil es el principal receptor de IED de América Latina⁴⁹ aunque nunca ha ratificado ningún tratado que prevea la solución de controversias inversor-Estado. En la misma línea, Hungría es uno de los dos Estados miembros de la UE de Europa Central y Oriental que no tiene un tratado de inversiones con los Estados Unidos pero, a pesar de ello, ha sido uno de los mayores receptores de IED estadounidense en la región durante la última década.⁵⁰ Por otro lado, los nueve miembros de la UE que tienen un tratado con los Estados Unidos solo cuentan con un 1 por ciento de todas las inversiones con origen estadounidense en la UE (véase el cuadro 4 en la página 20).

Quizá lo más importante sea que, actualmente, existe un consenso generalizado de que aunque puede que la IED contribuya a un desarrollo muy necesario, los beneficios no son automáticos.⁵² Se necesitan regulaciones para evitar los riesgos que la IED puede representar para el ambiente, las comunidades locales, la balanza de pagos, etcétera. Y, en general, los acuerdos de inversión “no están concebidos para abordar estas cuestiones, ya que su objetivo primordial es proteger la inversión extranjera”, en palabras de un funcionario del Gobierno sudafricano. Tal como explicó: “De hecho, [los acuerdos internacionales de inversión] están estructurados de una manera que impone fundamentalmente obligaciones jurídicas a los Gobiernos para que proporcionen una amplia protección de derechos a las inversiones de los países que son parte del acuerdo. Este desequilibrio a favor de los inversores puede limitar la capacidad de los Gobiernos para legislar en el interés público”.⁵³

Los TBI no son varitas mágicas que, agitándolas, después de un puf y una nube de humo, dejan tras de sí a un extranjero con los bolsillos llenos de dinero... Si los países en desarrollo desean atraer inversión extranjera, seguramente necesitan hacer algo más que firmar y ratificar TBI.

Jason Yacke, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin⁵¹

Nuestra perspectiva sobre los TBI ha cambiado... Parece muy favorable al inversor. Nuestro problema número uno es el ISDS.

Abdulkadir Jaelani, ministro de Asuntos Exteriores de Indonesia³⁷

¿Por qué los Estados firmaron tratados de inversión?

Esta pregunta plantea un panorama complejo. ¿Por qué los Estados firmaron unos tratados de inversión que limitan de forma significativa su soberanía? ¿Por qué otorgaron a abogados privados facultades excepcionales para revisar todas sus acciones, para conceder grandes indemnizaciones y restringir la regulación pública? La respuesta es compleja y entraña una mezcla de intereses, falsas expectativas y falta de conciencia. En primer lugar, puede decirse que a los países exportadores de capital les interesa incrementar la influencia y fuerza de 'sus' empresas en el extranjero. En segundo lugar, por encima de todo, los países en desarrollo esperaban que los tratados atraerían más inversión extranjera, aunque esa idea nunca se ha visto corroborada por ninguna prueba evidente y casi no se ha cumplido en la práctica (véase el cuadro 3). En tercer lugar, en muchos Gobiernos del mundo existía —y podría afirmarse que aún existe— una falta de conocimiento sobre los riesgos económicos y políticos de los tratados de inversión. De hecho, muchas veces los Gobiernos no los entendieron en absoluto, hasta que se convirtieron en blanco de una demanda.

Como la mayoría de los países en la década de 1990, firmamos muchos tratados sin saber a veces a qué nos estábamos comprometiendo.

Exnegociador chileno³⁸

El politólogo Lauge Poulsen ha escrito un relato fascinante sobre el desconocimiento en torno a las implicaciones de los tratados de inversión, viajando por todo el mundo para preguntar a representantes de diferentes Gobiernos por qué los firmaron. El atónito lector de su libro³⁹ descubrirá que, en el pasado, las negociaciones para un tratado de inversión muchas veces apenas duraban un par de horas. En ocasiones, ni siquiera participaban en ellas abogados ni representantes de los ministerios de Justicia. A veces, el principal escenario para la firma de un tratado era "durante las visitas de delegaciones de alto nivel, ofreciendo oportunidades para hacerse una foto".⁴⁰ Cuando Pakistán fue demandado por primera vez

en 2001, al amparo del tratado bilateral con Suiza de 1995, nadie del Gobierno pudo encontrar el texto y tuvieron que pedir una copia a Suiza. Poulsen llega a la conclusión de que "la mayor parte de los países en desarrollo... firmaron uno de los regímenes jurídicos internacionales más potentes que apuntalan la globalización económica sin siquiera darse cuenta en aquel momento".⁴¹ Solo comprendieron lo que habían firmado realmente muchos años después, cuando fueron blanco de una demanda.

He oído a varios representantes que han participado activamente en este proceso de formulación del tratado... decir que 'no teníamos ni idea de que esto tendría consecuencias tangibles en el mundo real'.

Christoph Schreuer, árbitro⁴²

El ISDS en la encrucijada

En un momento en que van al alza tanto el número de mega-demandas como los tipos de políticas atacadas, y que cada vez más Gobiernos están intentando cambiar el sistema de arbitraje de inversiones o salir de él, se cierne en el horizonte una amenaza aún mayor. Se trata de una serie de grandes tratados regionales que se negocian actualmente⁵⁴ y que involucran a cerca de 90 países. Estos amenazan con ampliar en gran medida el régimen ISDS, abocando a los Estados a un incremento sin precedentes de los límites de responsabilidad e indemnización.

Entre estos tratados cabe citar el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP por sus siglas en inglés), concluido en 2015 entre 12 países del Pacífico, incluidos los Estados Unidos y Japón; la Asociación Económica Integral Regional (RCEP) que están negociando 16 economías de Asia y el Pacífico; la Zona Tripartita de Libre Comercio (TFTA) que se está negociando entre 23 economías africanas; una serie de acuerdos bilaterales (entre los cuales tratados de inversión) entre los Estados Unidos y China, y la UE y China, y el proyecto de Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP) entre la UE y los Estados Unidos.

Según cálculos de un análisis reciente, mientras que los acuerdos de inversión existentes abarcan solo el 15-20 por ciento de los flujos globales de inversión, estos nuevos tratados ampliarían esta cobertura hasta aproximadamente un 80 por ciento, multiplicando así el riesgo de que los Gobiernos sean demandados por la adopción de políticas públicas.⁵⁵ Solo el

TTIP eclipsaría al resto de los tratados vigentes que incluyen la solución de controversias inversor-Estado. Por ejemplo, de una sola vez, podría multiplicar por once el número de grandes empresas con sede en los Estados Unidos facultadas para impugnar medidas en materia ambiental, de salud y otras salvaguardias en pro del interés público ante tribunales internacionales (véase el cuadro 4 en la página 20).

Mientras el sistema se halle en la situación en la que se encuentra ahora mismo, firmar cualquier tratado nuevo es un error muy grave. Tienes que evaluar las ventajas frente a los inconvenientes. Puede que alguien me pueda explicar en algún momento donde están todas esas ventajas, pero de momento yo no he visto ninguna.

George Kahale III, abogado que ha actuado como defensor de países en demandas ISDS⁵⁶



ISDS

Capítulo 3

El ISDS con otro nombre: el ICS, la nueva propuesta de la UE para los derechos de los inversores en los acuerdos comerciales

¿Qué tiene en común la solución de controversias inversor-Estado (ISDS) con una de las multinacionales petroleras más sucias del mundo (British Petroleum) y con una infame multinacional de seguridad (Blackwater)? Las tres han hecho un ejercicio de renovación de su marca para desprenderse de la imagen negativa que han dado en el pasado: en 2001, British Petroleum acortó su nombre y lo redujo a un simple BP, unas iniciales que ahora se supone que hacen referencia a su nuevo lema, “Beyond Petroleum” (más allá del petróleo), con el fin de potenciar su imagen verde. Blackwater, que se vio obligada a salir de Iraq después de un tiroteo en el que murieron civiles, ha cambiado su nombre varias veces para poder volver a hacer negocios en el país. Y ahora, a raíz de la gran preocupación pública en torno al ISDS, la Comisión Europea está usando una nueva sigla — ICS o Sistema de Tribunales de Inversiones— para renombrar y dar cobertura a una expansión masiva del mismo régimen que tanto rechazo ha generado.

El alcance de la oposición al ISDS, en su día un mecanismo poco conocido, se hizo evidente a principios de 2015, cuando la Comisión Europea publicó los resultados de una consulta pública sobre los derechos reservados a los inversores extranjeros en el tratado comercial que están negociando actualmente la UE y los Estados Unidos, el TTIP: más de un 97% del récord de 150.000 participantes habían rechazado la inclusión de este mecanismo. La protesta surgía de un sector amplio y diverso, que abarcaba desde empresas, gobiernos locales y regionales y representantes electos a personas del mundo académico, sindicatos y otros grupos de interés público.⁵⁷ Y aún más personas, más de 3,3 millones de europeos y europeas, han firmado una petición contra el TTIP y el acuerdo ya concluido entre la UE y Canadá, el CETA, “porque incluyen partes tan cuestionables como un mecanismo para solucionar las controversias entre inversores y Estados... que representan una amenaza a la democracia y al Estado de Derecho”.⁵⁸ El CETA, cuya ratificación empezará probablemente en 2016, podría establecer un peligroso precedente para el TTIP, ya que incluye muchos de sus elementos más polémicos, como los derechos de los inversores.

Es poco habitual que 3 millones de europeos se pongan de acuerdo y se pronuncien sobre la política de comercio e inversión con una sola voz. Y aún es menos habitual ver que casi 150.000 europeos rellenan una consulta de la Comisión

Europa y manifiestan su opinión sobre la protección de inversiones. Todas ellas se mostraron contrarias al ISDS.

Virginia López Calvo, campaña WeMove.EU⁵⁹

Las críticas también se han intensificado en los Estados miembros de la UE y en el Parlamento Europeo. Los parlamentos de los Países Bajos, Francia y Austria, por ejemplo, habían adoptado resoluciones que planteaban serias preocupaciones sobre el arbitraje de inversiones en el TTIP.⁶⁰ Los ministros de Economía y Comercio de Francia y Alemania habían manifestado que “el ISDS en su estado actual no puede ser el estándar para la solución de diferencias” y propusieron alternativas⁶¹ “para restablecer el equilibrio entre Estados y empresas”, en palabras del secretario de Estado de Comercio francés Matthias Fekl.⁶² Y en el verano de 2015, una votación sobre el TTIP en el Parlamento Europeo casi fracasó debido al atolladero político provocado por el ISDS. Las cuatro letras se habían convertido, en efecto, en una sigla tóxica.

El gran cambio de imagen

Cuando en otoño de 2015 la Comisión Europea presentó una propuesta revisada que se aplicaría a todas las negociaciones sobre inversiones de la UE, presentes o futuras (incluidas las del TTIP), se decantó por cambiarle la etiqueta. En lugar de “la fórmula tradicional de solución de diferencias”, que “adolece de una falta fundamental de confianza”, la comisaria de Comercio, Malmström, prometió “un nuevo sistema

CUADRO 4

¿Qué supondría el TTIP para la UE?⁸⁵

Si el TTIP incluyera los amplios derechos a los inversores que propone la UE, expandiría enormemente el sistema de arbitraje de inversiones. Los riesgos financieros y las contingencias de responsabilidad de los Estados miembros de la UE se multiplicarían y superarían con creces las previstas por cualquier otro tratado existente que hayan firmado.

- Hasta la fecha, solo **9** Estados miembros de la UE, todos de Europa Oriental, tienen un tratado bilateral de inversión con los Estados Unidos.⁸⁶ Estos tratados cubren apenas el **1 por ciento** de las inversiones estadounidenses en la UE. Los derechos a los inversores propuestos para el TTIP incrementarían ese porcentaje hasta el **100 por cien** de la inversión estadounidense en la UE, ya que abarcaría y ampliaría el ámbito de responsabilidad a los **28** Estados miembros.
- De las **51.495** filiales de empresas estadounidenses que actualmente operan en la UE, más de **47.000** obtendrían nuevas facultades para atacar las políticas europeas ante tribunales internacionales. Así pues, el TTIP **multiplicaría por once** el número de posibles inversores estadounidenses que podrían presentar una demanda.
- Amparándose en los tratados existentes (que abarcan solo el 1 por ciento de las inversiones de origen estadounidense en la UE), los inversores de los Estados Unidos han demandado a los Estados miembros de la UE al menos **9** veces. Si el número de casos se toma de forma proporcional a los flujos de inversión que cubre un tratado, se deduciría que el TTIP podría propiciar la interposición de **casi 900** demandas de inversores estadounidenses contra Estados miembros de la UE.

Imagen 2: **Derechos de los inversores en el TTIP: más riesgos jurídicos y financieros para la UE**

28 países de la UE podrían ser demandados directamente comparados con solo **9** hoy en día



Abarcaría el **100%** de las inversiones estadounidenses en la UE comparado con solo el **1%** hoy en día



51.495 podrían demandar directamente comparado con **4.500** hoy en día



Casi **900** demandas de inversores podrían llegar a países de la UE comparado con **9** demandas conocidas hoy en día



basado en los mismos elementos que hacen que los ciudadanos confíen en los tribunales nacionales e internacionales". El nuevo nombre en boga era el 'ICS', sigla en inglés que se correspondería con 'Sistema de Tribunales de Inversiones', con el que, supuestamente, "protegeremos el derecho de los gobiernos a legislar y garantizaremos que las diferencias en materia de inversión se resuelvan en plena conformidad con el Estado de Derecho", según afirmó Frans Timmermans, vicepresidente primero de la Comisión Europea.⁶³

Algunos sectores de los medios de comunicación ayudaron a impulsar la línea de la Comisión. Según el diario alemán Frankfurter Allgemeine Zeitung, la propuesta de la Comisión demostraba que se tomaba en serio la preocupación de la ciudadanía sobre los derechos de los inversores, ya que el nuevo sistema evitaría que se presentaran demandas contra medidas de protección del ambiente, la salud y los consumidores. "Por lo tanto, el abuso del sistema de protección de inversiones es objetivamente imposible", le aseguraba el diario a sus lectores, además de sugerir que los críticos ya debían callar.⁶⁴ El diario austriaco Der Standard también celebró la "propuesta de reforma" de la Comisión como "un éxito de las voces críticas", ya que "podría en efecto corregir muchos defectos del sistema de protección de inversiones existente".⁶⁵

Algunos europarlamentarios también cayeron en la trampa del cambio de nombre. Los Socialistas y Demócratas del Parlamento Europeo "han recibido... con agrado el nuevo instrumento" como "un cambio radical de rumbo en la política comercial de la Unión Europea, motivado por la fuerte presión de los ciudadanos y del Parlamento Europeo". Bernd Lange, eurodiputado alemán adscrito al S&D y presidente de la comisión de Comercio del Parlamento Europeo, alabó la propuesta en tanto que "el único camino a seguir... y el último paso hacia la eliminación del ISDS".⁶⁷ En una carta a Malmström, expresó su "apoyo al nuevo enfoque de la Comisión... para el TTIP y los demás acuerdos comerciales y de inversión que esperamos recibir en el Parlamento Europeo" y deseó a la comisaria de Comercio "todo lo mejor para convencer a nuestros socios comerciales de este nuevo enfoque". Apenas 20 meses antes, Lange había declarado en nombre del Grupo S&D: "No queremos que la Comisión mejore la resolución de litigios entre un inversor y un Estado en las negociaciones de la ATCI [el tratado TTIP]; le pedimos que retire la ISDS de la ATCI".⁶⁸

El Sistema de Tribunales de Inversiones de la UE... es un mero cambio de nombre de la solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS)... Este ejercicio

cosmético no resolverá ninguna de las preocupaciones fundamentales sobre la concesión de privilegios especiales a inversores extranjeros, el menoscabo de las leyes nacionales y la elusión de los tribunales internos.

Transport & Environment, ONG ambientalista⁶⁶

Algunos Gobiernos también se sumaron al timo del cambio de nombre de la Comisión. En un comunicado de prensa titulado "el fin de los tribunales privados", el Gobierno alemán celebraba la propuesta de la Comisión como "una piedra angular para un... sistema de protección de inversiones que no tiene nada que ver con el procedimiento de arbitraje del pasado".⁶⁹ El secretario de Estado de Comercio francés, Matthias Fekl, coincidió con este punto de vista. "El mecanismo de arbitraje de inversiones ha pasado a la historia", manifestó.⁷⁰ Para la ministra de Comercio de los Países Bajos, Lilianne Ploumen, el ISDS estaba "muerto y enterrado".⁷¹

El problema es que, cuando se analiza de cerca el ICS, parece que el ISDS se ha levantado de la tumba.

El ICS: el ISDS no está ni tan muerto ni tan enterrado

El problema con estas afirmaciones positivas acerca del ICS es que lo que la UE está proponiendo solo copia en muchos sentidos el antiguo procedimiento de arbitraje. Por ejemplo, las demandas inversor-Estado en el marco del TTIP seguirían operando según las reglas de arbitraje del ISDS.⁷² Y los llamados 'jueces' que resolverían los casos cobrarían en función de la tabla de honorarios más habitualmente usada en los procedimientos ISDS, unos lucrativos 3.000 dólares al día.⁷³ Es por este motivo por el que según Gus van Harten, experto en la legislación internacional de inversiones de la Facultad de Derecho Osgoode Hall de Canadá, "el ICS es fundamentalmente un ejercicio de cambio de nombre del ISDS", porque "el ISDS sigue vivo en las propuestas [recientes de la Comisión Europea]".⁷⁴ En su opinión: "Cuando la gente dice que el ISDS está muerto, no puedo evitar pensar en una película de zombis, porque yo veo al ISDS vagando por todas estas nuevas propuestas".⁷⁵

Apuntando a defectos en el procedimiento de nombramiento propuesto para los llamados 'jueces' y a las dudas sobre su independencia financiera, la mayor asociación de jueces y fiscales de Alemania también ha cuestionado el cambio de nombre de la UE, que ha

CUADRO 5

Análisis del caso Keystone XL: en el marco del ICS, ¿podrían las grandes multinacionales petroleras demandar a un Estado miembro de la UE por rechazar un proyecto de oleoducto?

Algunas autoridades de la UE y de los Estados miembros han afirmado que los ataques de los inversores contra decisiones tomadas para proteger la salud pública y el medio ambiente ya no se podrían producir con el régimen 'reformado' de derechos de los inversores de la UE, el llamado Sistema de Tribunales de Inversiones, o ICS.⁹⁴ Examinemos uno de esos casos —la demanda anunciada, al amparo del TLCAN, por la transnacional TransCanada por el hecho de que el presidente estadounidense Barack Obama denegara un permiso para el controvertido proyecto de oleoducto Keystone XL (véase el cuadro 1 en la página 12)—⁹⁵ y evaluemos si el promotor del proyecto podría presentar el mismo caso en el marco de la nueva propuesta de la Comisión Europea, que busca cambiar el nombre al ISDS.⁹⁶

TransCanada sostiene que los Estados Unidos han contravenido la norma **de trato justo y equitativo** del TLCAN por “retrasar la tramitación de la solicitud durante un plazo extraordinariamente largo” (utilizando excusas “arbitrarias y artificiosas”) y por “aplicar criterios nuevos y arbitrarios al decidir denegar la solicitud”.⁹⁸ Según la empresa transnacional, esa denegación no estaba “basada en los méritos de la solicitud de Keystone”, sino “motivada por consideraciones políticas”.⁹⁹ Mientras que “el propio Departamento de Estado concluyó en varias ocasiones que el oleoducto no plantearía ninguna preocupación significativa en materia de seguridad, salud pública y medio ambiente que no se pudiera mitigar”, deseaba apaciguar a aquellos con “la percepción equivocada” de que el oleoducto era nocivo para el ambiente con el fin de “hacer gala del liderazgo de los Estados Unidos en la lucha contra el cambio climático”.¹⁰⁰ ¿No suena como un argumento al que podría recurrir la gran industria petrolera en el marco de un tratado de inversiones de la UE que garantizara un “trato justo y equitativo”, incluidas medidas que constituyan una “arbitrariedad manifiesta” y una “contravención fundamental del debido proceso... en los trámites administrativos” (sección 2, artículo 3.2 de la propuesta de la UE)?

Si deseamos evitar que una gran parte de la Tierra se convierta no solo en inhóspita sino incluso en inhabitable en el transcurso de nuestra vida, vamos a tener que dejar algunos combustibles fósiles bajo tierra, en lugar de quemarlos y emitir más contaminación peligrosa.

Barak Obama presidente estadounidense, explicando su ‘no’ al proyecto de oleoducto Keystone XL⁹⁷

TransCanada también sostiene que los Estados Unidos “**discriminaron de forma injustificada**” a Keystone porque “anteriormente ha aprobado oleoductos de otros inversores, incluidos de los Estados Unidos y México, sobre la base de factores que, si se aplicaran a la solicitud de Keystone, habrían dado lugar a la aprobación de esta”. Además, el promotor del oleoducto arguye que “los Estados Unidos también habían aprobado esas otras solicitudes en un período de tiempo significativamente menor”.¹⁰¹ Ambos argumentos podrían funcionar en el marco de la propuesta de la UE, que garantiza a “los inversores de la otra parte... un trato no menos favorable que el que otorgue, en situaciones similares, a sus propios inversores” (**trato nacional**, sección 1, artículo 2-3) y a los inversores de una tercera parte (**trato de nación más favorecida**, sección 1, artículo 2-4).

Según TransCanada, la evaluación y la denegación del oleoducto por parte de la administración estadounidense también fue “**de carácter expropiatorio**” porque “el Departamento de Estado retrasó su decisión durante siete años, con pleno conocimiento de que TransCanada seguía invirtiendo miles de millones de dólares en el oleoducto”, lo cual “privó sustancialmente” a la empresa transnacional del valor de su potencial inversión.¹⁰² Este mismo argumento se podría sostener en virtud de un futuro tratado de la UE que exigiera el pago de una indemnización por aquellas “medidas con un efecto equivalente a... una expropiación”, incluidas aquellas “con fines de interés general” (sección 2, artículo 5.1).

Pero en el **anexo I**, la propuesta de ICS de la UE puntualiza que “las medidas no discriminatorias... concebidas y aplicadas para proteger objetivos normativos legítimos... **no constituyen expropiaciones indirectas**”. ¿Descalificaría esa aclaración el argumento de expropiación de TransCanada? No necesariamente. En primer lugar, según la empresa, la gestión de su solicitud fue discriminatoria (véase arriba). En segundo, cuestiona que la decisión del Gobierno estadounidense estuviera motivada por un objetivo público legítimo, porque fue “directamente en contra de las conclusiones de los estudios de la propia Administración” que “el oleoducto no tendría un impacto significativo en el cambio climático”.¹⁰³ ¿Qué sucedería si un tribunal designado para dirimir esta demanda contra un Estado miembro de la UE coincidiera con este punto de vista?

La UE también desea proteger las “**expectativas legítimas**” de los inversores. También en este caso, TransCanada adopta una línea parecida, al señalar que “no se cumplió” su “expectativa razonable” de que los Estados Unidos tramitaran su solicitud “de forma justa y coherente con su actuación en el pasado”.¹⁰⁴ La compañía ofrece cinco causas por los que

“tenía todos los motivos para esperar que se concediera su solicitud... en un período de tiempo razonable”: en primer lugar, cumplía los mismos criterios que habían orientado la aprobación de oleoductos anteriores; segundo, el Gobierno de los Estados Unidos concluyó en repetidas ocasiones que el proyecto Keystone XL no tendría un impacto significativo sobre el cambio climático; tercero, las normas ejecutivas pertinentes sugerían una aprobación a menos que existieran preocupaciones ambientales, de salud y seguridad; cuarto, la compañía trabajó intensamente con la administración para abordar estas preocupaciones; y quinto, oleoductos parecidos se habían aprobado en el pasado en un plazo de unos dos años.¹⁰⁵ ¿Podría ser que un inversor considerara que estos argumentos podrían entenderse como “representaciones específicas” de un Estado, que han “creado una expectativa legítima... en la que se basó un inversor para decidir realizar o mantener” una inversión y que el Estado “frustró posteriormente”, como reza la propuesta de la UE (sección 2, artículo 3.4)?

La demanda de TransCanada no surge porque soldados estadounidenses se hayan presentado con armas en un oleoducto y reivindicado su titularidad; se trata de una decisión política razonable para proteger el clima del planeta. En opinión de la compañía, sin embargo, tomar una decisión que no les gusta constituye un robo.

Jim Shultz, The Democracy Center¹⁰⁶

¿Y qué hay de la **formulación sobre el derecho a legislar** propuesta por la UE? Afirma que los derechos de los inversores “no afectarán al derecho de las Partes a legislar en sus territorios a través de medidas necesarias para lograr unos objetivos normativos legítimos” (sección 2, artículo 2.1). ¿No impediría esta cláusula una demanda como la de Keystone? La verdad es que no. Aunque puede que el Gobierno estadounidense haya considerado que denegar el proyecto de Keystone XL era algo necesario para demostrar su liderazgo en la lucha contra el cambio climático, TransCanada cuestiona esa necesidad, señalando que la decisión iba “directamente en contra de las conclusiones de los estudios la propia Administración” de que el oleoducto no tendría un impacto significativo sobre el cambio climático.¹⁰⁷ ¿Qué ocurriría si coincidiera con este argumento un tribunal encargado de resolver una demanda parecida contra un Estado miembro de la UE?

TransCanada está exigiendo unos “**daños** de más de 15.000 millones de dólares a los Estados Unidos por quebrantar sus obligaciones en virtud del TLCAN”.¹⁰⁸ La inmensa mayoría de esa suma se basa en futuras ganancias perdidas que la empresa habría podido ganar hipotéticamente, ya que, hasta la fecha, solamente ha invertido 2.400 millones de dólares.¹⁰⁹ En el marco de la propuesta de la UE, también podrían prosperar demandas por la pérdida de **futuras ganancias previstas**.¹¹⁰ Las indemnizaciones exigidas podrían ser multimillonarias.

Por último, el caso de arbitraje de TransCanada al amparo del TLCAN se está desarrollando en paralelo a una demanda presentada ante un tribunal federal de los Estados Unidos en Texas sobre si la denegación del proyecto Keystone XL es constitucional.¹¹¹ Aunque parece que la UE está intentando evitar ese tipo de **demandas paralelas**, por las que un inversor cuestiona la constitucionalidad de una decisión y exige su anulación en los tribunales de un Estado miembro de la UE y, al mismo tiempo, persigue una indemnización en un tribunal internacional de arbitraje de inversiones (sección 2, subsección 5, artículo 14), algunos comentaristas señalan que puede que el intento de la UE no funcione en la práctica.¹¹² Así que, en una situación como la de TransCanada, aún sería posible presentar una demanda paralela.

Por otro lado, el arbitraje de TransCanada está teniendo lugar sin que a la empresa transnacional se le exija que primero acuda a los tribunales nacionales. La propuesta de la Comisión tampoco requiere que **se agoten los recursos internos**, que por lo general es una de las reglas básicas del derecho internacional.

No podemos saber cómo se decidiría en el futuro una posible demanda como la de TransCanada contra la UE o un Estado miembro de la UE (la multinacional solo tendría que ganar uno de sus argumentos para que un tribunal condene a los Estados Unidos a pagar una indemnización). Pero está bastante claro que los derechos de los inversores, tal como los propone la Comisión Europea, no evitarían que se interpusiera un caso de este tipo.

En este país tenemos un buen sistema jurídico y a quienes no les gusta la decisión del Gobierno estadounidense deberían ir a los tribunales.

Sander Levin, miembro demócrata del Congreso de los Estados Unidos¹¹³

Este es también el caso de otras demandas inversor-Estado extremas, como la presentada por Vattenfall por las restricciones ambientales sobre una planta térmica de carbón, la de Philip Morris por las medidas antitabaco en Uruguay, el caso de Lone Pine contra una moratoria sobre el fracking en Canadá y el caso que ha ganado recientemente Bilcon contra Canadá por el rechazo de una cantera (véase el cuadro 1 en la página 12).¹¹⁴ Todos los motivos invocados por estas empresas transnacionales se pueden encontrar en la propuesta de la UE.

transformado el ISDS en un ‘sistema de tribunales’. “Ni la propuesta de procedimiento para la designación de jueces del ICS ni su posición cumplen con los requisitos internacionales para la independencia de los tribunales”, escribieron los jueces en una declaración publicada en febrero de 2016. “En este contexto, el ICS no parece ser un tribunal internacional, sino más bien un tribunal permanente de arbitraje”.⁷⁶

ICS e ISDS: dos caras de la misma moneda

En efecto, con la excepción de ciertas mejoras de procedimiento —un proceso de selección mejorado de los árbitros (ahora etiquetados como ‘jueces’) y el establecimiento de una cámara de apelaciones— el ‘nuevo’ ICS es fundamentalmente igual al ‘viejo’ sistema ISDS que se encuentra en los tratados de inversión vigentes y en el actual texto del tratado entre la UE y Canadá, el CETA (véase la tabla 1 en la página 40). La propuesta de ICS prevé para los inversores los mismos amplios derechos que las multinacionales han utilizado para exigir miles de millones de euros en compensación por políticas ambientales y de salud pública. En consecuencia, implica los mismos riesgos para los contribuyentes, las políticas de interés público y la democracia que el ‘viejo’ sistema ISDS.

Aunque la propuesta de ICS mejora en efecto el proceso de selección de los árbitros, se trata esencialmente del mismo sistema.

Laurens Ankersmit, abogado de ClientEarth⁷⁷

Peligro #1: la propuesta de la UE permitiría que decenas de miles de empresas presentaran demandas

La última propuesta de la Comisión Europea para la protección de inversiones, que se aplicaría a todas sus negociaciones comerciales, tanto las que están en curso como las iniciadas en un futuro, permitiría a los inversores extranjeros que operan en la UE y a los inversores con sede en la UE que operan en el extranjero eludir los sistemas jurídicos nacionales e interponer demandas ante tribunales internacionales⁷⁸ en el caso de que consideren que las medidas del Estado contravienen los derechos ‘sustantivos’ y de gran calado que plantea la UE para los inversores.

La propuesta de la Comisión Europea ampliaría de forma exponencial el sistema extrajudicial de tribunales—solo abierto a

inversores extranjeros y no a ciudadanos del país— que prioriza de manera formal los derechos de las empresas por encima del derecho de los Gobiernos a legislar en nombre de la ciudadanía.

Diálogo Transatlántico de los Consumidores (TADC)⁸¹

Solamente en el contexto del TTIP, decenas de miles de empresas podrían ser potenciales demandantes. Según un estudio del grupo de consumidores estadounidense Public Citizen, un total de 80.000 compañías que operan a ambos lados del Atlántico podrían lanzar ataques inversor-Estado si la propuesta de la UE se incluyera en el TTIP.⁷⁹ Este peligro es aún más real teniendo en cuenta que las empresas de la UE y los Estados Unidos son los usuarios más agresivos del arbitraje de inversiones: representan al 75% de todas las controversias inversor-Estado conocidas a nivel mundial.⁸⁰ Por lo tanto, la propuesta de la UE expandiría de manera significativa el alcance del actual sistema ISDS (véase el cuadro 4 en la página 20).

Las empresas transnacionales podrían incluso demandar *a sus propios Gobiernos*, estructurando sus inversiones a través de una filial al otro lado del Atlántico.⁸² Como el alcance corporativo global se ha expandido, las grandes empresas y sus abogados están dedicándose muy activamente a esta práctica, llamada “estructuración empresarial para la protección de los inversores”. Según el bufete de abogados Freshfields, esta “se efectúa ahora en paralelo a la planificación fiscal cuando se realizan inversiones” y las inversiones existentes “se auditan para la optimización del riesgo”.⁸³ Muchas empresas transnacionales ni siquiera tendrían que participar en este ejercicio; bastaría con que pidieran a alguno de sus accionistas que interpusiera una demanda. Teniendo en cuenta los miles de millones de dólares en valores de la UE que se encuentran en propiedad estadounidense, prácticamente no existe empresa ‘europea’ que no pueda presentar una demanda a través de uno de sus inversores extranjeros.

Teniendo en cuenta los 3,5 billones de dólares en valores de propiedad estadounidense en la UE —en acciones, bonos y deuda pública combinados—, no existe prácticamente ninguna empresa ‘europea’ que no cuente con un inversor ‘estadounidense’ en disposición de presentar un caso.

Harm Schepel, profesor de la Facultad de Derecho de Kent⁸⁴

Peligro #2: la propuesta de la UE permitiría que se interpusieran demandas contra medidas de interés público

La propuesta de la UE prevé para los inversores los mismos derechos de amplio alcance, llamados ‘sustantivos’, que los tratados existentes, que han sido la base jurídica de los ataques de los inversores contra políticas gubernamentales no discriminatorias y perfectamente legítimas para proteger la salud, el ambiente, la estabilidad económica y otros intereses públicos (véase el anexo en la página 36). Por ejemplo:

- La UE propone que los inversores se vean protegidos contra la **expropiación directa e indirecta** (sección 2, artículo 5). Desde un punto de vista favorable a los inversores, casi cualquier ley o regulación puede considerarse una ‘expropiación’ indirecta cuando tiene el efecto de reducir los beneficios. Por ejemplo, en una demanda presentada sobre la base del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), los árbitros resolvieron que México había expropiado al inversor estadounidense, Metalclad, y condenó al país a pagar una indemnización de 16,2 millones de dólares porque la denegación de un permiso para una planta de eliminación de residuos tóxicos y una ley que transformaba la zona en una reserva natural habían interferido de forma significativa en la propiedad de la compañía. Los árbitros señalaron explícitamente que el impacto de las decisiones era suficiente para determinar la existencia de expropiación y que los objetivos de las autoridades mexicanas no eran relevantes.⁸⁷ Es importante comparar esta amplia interpretación del término ‘expropiación indirecta’ con el hecho de que, en la mayoría de jurisdicciones del mundo, solo las expropiaciones *directas* —que el Gobierno se apropie de tus tierras o fábricas, por ejemplo— generan derecho a una indemnización.
- La UE propone que los inversores sean tratados de forma **justa y equitativa** (sección 2, artículo 3). Esta cláusula comodín ha resultado ser muy peligrosa para los contribuyentes y los legisladores, ya que los árbitros la han interpretado de una manera que es casi imposible que los Estados cumplan y los obliga, *de facto*, a pagar una indemnización cuando cambian la ley. Por ejemplo, en otro caso presentado en el marco del TLCAN contra México, donde las autoridades ambientales se habían negado a volver a conceder una licencia a un vertedero de residuos peligrosos, los árbitros resolvieron que México había contravenido la norma de trato justo y equitativo porque diferentes agencias del Gobierno no siempre habían actuado de manera “desprovista de ambigüedades y transparente” y habían afectado a “las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión”.⁸⁸

En realidad opino, desde la perspectiva del abogado ávido y codicioso, que es una muy buena obligación con la que trabajar.

Jonathan Kallmer del bufete de abogados Crowell Moring, sobre la formulación de ‘trato justo y equitativo’ de la UE⁸⁹

En comparación con muchos de los tratados de inversión existentes, que ya han dado lugar a centenares de demandas inversor-Estado en todo el mundo, podría decirse que la propuesta de la UE para la protección de las inversiones en todas sus negociaciones en curso y futuras ampliarían aún más los derechos de los inversores extranjeros, incrementando el riesgo de que se presenten costosas demandas contra políticas deseables. Por ejemplo:

- En el pasado, ciertos tribunales de inversiones han interpretado que el trato justo y equitativo exige que los Gobiernos paguen a los inversores por cambios normativos que no se ajustan a las ‘expectativas’ de estos últimos. Al incluir la protección de las **expectativas legítimas** de los inversores de manera explícita en la cláusula (sección 2, artículo 3.4), la UE corre el riesgo de tipificar esta interpretación extremadamente amplia de la norma como un ‘derecho’ a un entorno regulador estable. Esto otorgaría a los inversores un arma poderosa para luchar contra cualquier cambio normativo, incluso aunque este se adopte a la luz de nuevas evidencias u opciones democráticas. La protección explícita de las expectativas legítimas de los inversores no suele formar parte de los tratados existentes.
- La UE también propone una variante de la peligrosa **cláusula general** (también conocida como **cláusula paraguas, umbrella clause**; sección 2, artículo 7). Esta elevaría todos los contratos privados de un Estado y de sus organismos con respecto a una inversión al nivel del derecho internacional, multiplicando el riesgo de costosas demandas. Imaginemos, por ejemplo, un contrato entre un municipio y un inversor extranjero que opera su sistema de agua. Si el inversor considerara que el municipio ha violado alguno de los derechos que le concedió en el contrato, la cláusula general permitiría a los inversores demandar al Estado ante un tribunal internacional de inversiones, incluso aunque el contrato estipulara que todos los problemas entre el inversor y el municipio deben ser resueltos por ambas partes en los tribunales del país. La cláusula general no aparece en el CETA, probablemente porque fue rechazada por Canadá, cuyos otros tratados de inversiones no prevén una cláusula de este tipo.

Esto no cambia nada, ya que las normas en que se basan los fallos dictados siguen siendo las mismas .

Nigel Blackaby abogado de arbitraje del bufete Freshfields, sobre la propuesta de ICS de la UE⁹⁰

Si bien los partidarios del sistema de protección de inversiones suelen pretender que este solamente protege contra la discriminación, los derechos arriba mencionados ponen de relieve que las propuestas de la UE van mucho más allá. Con estos derechos corporativos extremos, todavía podrían prosperar muchas de las demandas más notorias, pasadas y en curso, contra medidas que persiguen proteger a las personas y al planeta (véase, por ejemplo, el cuadro 5 en la página 22). Después de haber votado a favor de medidas como la prohibición de productos químicos peligrosos, leyes laborales o medidas para limitar la contaminación, los ciudadanos podrían encontrarse ante la obligación de tener que pagar indemnizaciones millonarias a los inversores. Y la lista de posibles responsabilidades es casi infinita.

Los inversores incluso podrían demandar a los Estados por adoptar medidas en consonancia con su Constitución y leyes, como en el caso de la tabacalera Philip Morris, que mantiene su demanda inversor-Estado contra Uruguay a pesar de que el máximo tribunal del país ha determinado que su política antitabaco es totalmente lícita.⁹¹ Esta situación se da porque, como explica el grupo ClientEarth, especializado en derecho ambiental, los derechos de los inversores como los propuestos por la UE “están creados explícitamente para conceder... a los inversores extranjeros un recurso adicional y derechos individuales adicionales frente al Estado, independientemente de la legalidad de la medida en el marco del derecho interno”.⁹² Dicho de otro modo: los derechos de los inversores proporcionan a las multinacionales que se sienten agraviadas una vía alternativa para eludir los tribunales nacionales y perseguir resultados más ventajosos de pseudo-tribunales corporativos paralelos que se inclinan a su favor.

Me parece que hemos otorgado a los inversores extranjeros una oportunidad para impugnar prácticamente cualquier acción del Gobierno que no les guste.

Simon Lester, del centro de estudios estadounidense de derechas Cato Institute⁹³

Peligro #3: la propuesta de la UE allana el camino para que miles de millones del dinero de los contribuyentes se paguen a grandes empresas transnacionales

Una vez que un tribunal de inversiones considere que un Estado ha violado los súper-derechos de los inversores —y basta con que entienda que se ha quebrantado solo uno de ellos— según la propuesta de la UE, podría ordenar que se paguen grandes cantidades de dinero público en concepto de indemnización.¹¹⁵ Como el texto no incluye ningún punto que ponga límites a la suma que puede exigir una compañía, las demandas multimillonarias que ya están en curso en todo el mundo seguirán teniendo vía libre. Estas indemnizaciones pueden causar estragos en el fisco y pueden hacerse efectivas mediante el embargo de bienes del Estado en muchos países de todo el mundo.

Uno de los laudos conocidos más altos dictados hasta la fecha, 1.061 millones de dólares más intereses, recayó sobre Ecuador.¹¹⁶ Esta cantidad representa un 1 por ciento del PIB del país. En 2003, la República Checa tuvo que pagar a una empresa de medios de comunicación 354 millones de dólares, equivalente, según ciertas noticias, al presupuesto nacional de salud del país en aquel momento.¹¹⁷ Por no mencionar el mayor laudo por daños hasta la fecha, 50.000 millones de dólares, que se dictó contra Rusia en favor de los antiguos propietarios mayoritarios de la compañía de gas y petróleo Yukos. Hasta la fecha, la mayor parte de este dinero público ha acabado en los bolsillos de empresas transnacionales y personas extremadamente ricas (véase el cuadro 2 en la página 14).

Muchas veces, los tribunales ordenan que se pague una indemnización por las ganancias previstas en el futuro, como sucedió en un caso contra Libia, a la que se la condenó a desembolsar 900 millones de dólares por “beneficios perdidos” de “la pérdida de oportunidades reales y ciertas” de un proyecto turístico, aunque el inversor había invertido solamente 5 millones de dólares y la construcción nunca empezó.¹¹⁸

Incluso en un caso en que los árbitros resuelvan que se ha producido una violación por parte del Estado, el Estado es soberano y no tiene que modificar una ley o reglamentación. Aunque, por supuesto, puede que deba pagar una indemnización.

Stuart Eizenstat, del bufete de abogados Covington & Burling y exembajador de los Estados Unidos ante la UE¹²⁰

No hay nada en la propuesta de la UE que pudiera evitar estos posibles costes astronómicos. Y nada impediría a los tribunales ordenar que se pague una indemnización por la adopción de nuevas leyes y regulaciones en el interés público. Al contrario: si bien el texto de la UE sobre el derecho a legislar de los Estados señala que no se puede condenar a los países a abonar una indemnización a los inversores por el retiro de subsidios (sección 2, artículo 2.4), no descarta tales indemnizaciones en el caso de “medidas necesarias para lograr unos objetivos normativo legítimos” ni de “cambio(s) en el marco jurídico y normativo” (sección 2, artículos 2.1 y 2.2).¹¹⁹

En otras palabras, la UE, sus Estados miembros y sus socios comerciales gozarán de libertad para regular como deseen, pero en algún momento del proceso cualquier ley o regulación les podría costar, potencialmente, miles de millones de dinero de los contribuyentes. Esto “pone un alto precio” a las decisiones políticas en materia de inversión, en palabras del experto en derecho de inversiones Gus van Harten, y hace que sea potencialmente muy costoso que los políticos cambien el rumbo normativo si las cosas van mal o si el electorado desea un cambio.¹²¹

En una democracia parlamentaria, ¿no deberían los votantes ser capaces de cambiar el Gobierno, y el Gobierno de cambiar las políticas, sin hacer frente a unas obligaciones tremendamente costosas con las que se comprometió el Gobierno anterior?

Profesor Gus Van Harten, Facultad de Derecho Osgoode Hall¹²²

Peligro #4: la propuesta de la UE podría restringir la formulación de legislación deseable

Con la nueva propuesta de la UE, los tribunales de inversión no podrían ordenar a los Gobiernos que derogaran una ley o la reformularan (sección 3, artículo 28.1). Sin embargo, al avalar que las multinacionales exijan unas sumas astronómicas en concepto de indemnización por una decisión pública, no es difícil imaginar que los inversores hagan que los políticos sean reacios a promulgar salvaguardias deseables en

CUADRO 6:

Hay alternativas al ISDS

Los Gobiernos disponen de varias alternativas a la concesión de derechos excesivos a las grandes empresas; para empezar, no concederlos. Ni el tratado de libre comercio entre los Estados Unidos y Australia (en vigor desde 2005), ni el acuerdo entre Japón y Australia (en vigor desde 2015), por ejemplo, prevén el arbitraje inversor-Estado. En caso de que surja un problema, los inversores extranjeros deben acudir a los tribunales nacionales, como cualquier otra persona.

Los países con acuerdos de inversión que han demostrado ser peligrosos pueden seguir el ejemplo de Sudáfrica, Indonesia, Bolivia, Ecuador y Venezuela, y terminarlos. Esta es también una opción para los numerosos tratados bilaterales de inversión (TBI) que los Estados miembros de la UE han firmado entre sí (los llamados TBI intracomunitarios). Estos últimos representan un número creciente de demandas a las que se están enfrentando los Estados miembros de la UE: 99 en total, es decir, en torno al 16 por ciento de todas las controversias conocidas a nivel mundial a finales de 2014.¹⁴⁵ La terminación de un tratado también es una posibilidad en el caso de los tratados bilaterales de inversión (TBI) firmados por miembros de la UE de Europa Oriental con Canadá y los Estados Unidos.

Los países también pueden seguir el ejemplo de Sudáfrica y poner al día sus leyes nacionales en materia de inversión si desean aclarar o modificar las protecciones reservadas a los inversores extranjeros (véase la página 15).

Los inversores que actúen en el extranjero pueden asegurar su inversión frente a riesgos políticos mediante la adquisición de un seguro privado. También pueden firmar un contrato de inversión con el Estado anfitrión.

Por último, el hecho de que las grandes empresas transnacionales sigan cometiendo violaciones graves de los derechos humanos en todo el mundo pone de relieve la necesidad más general de romper con un sistema que ha consagrado cada vez más derechos y privilegios para las empresas globales sin que estos vayan acompañados de las responsabilidades correspondientes. Iniciativas como el Movimiento Global por un Tratado Vinculante tienen por objeto establecer un instrumento internacional vinculante para abordar en el marco de la ONU los abusos de derechos humanos por parte de grandes empresas transnacionales.¹⁴⁶ Por desgracia, la UE y sus Estados miembros están socavando este proceso a favor de un tratado vinculante en la ONU, alineándose con los intereses de las multinacionales en lugar de con los derechos humanos.¹⁴⁷

pro de la salud pública, el bienestar social, la privacidad y el medio ambiente si las grandes multinacionales son contrarias a estas.

Cuando ser demandado sale tan caro, cualquier Gobierno trataría de minimizar el riesgo jurídico. Un abogado y árbitro especializado en inversiones lo explica así: "Ningún Estado quiere que lo lleven a un proceso internacional en virtud de un tratado. Tiene un impacto en las relaciones diplomáticas, puede tener un impacto sobre la credibilidad crediticia del Estado y puede tener un impacto directo de disuasión de futuras inversiones extranjeras. Como profesional, puedo decirle que hay Estados que ahora buscan el asesoramiento de un abogado antes de promulgar políticas concretas con el fin de saber si existe o no un riesgo de demanda inversor-Estado".¹²³ Y en caso afirmativo, puede que se lo piensen dos veces

No es difícil imaginar que, en ciertos casos, la mera amenaza de una indemnización significativa que se debería pagar a un inversor extranjero induzca al Estado anfitrión a replantearse las medidas que tenía previstas.

Abogados del bufete Linklaters¹²⁴

En efecto, existen ya pruebas de que se han abandonado, aplazado o adaptado a los deseos de las grandes empresas transnacionales proyectos de ley y leyes de protección ambiental y de salud debido a costosas demandas o por la amenaza de un litigio. Entre los ejemplos de esta 'disuasión reguladora' está la reducción de los controles ambientales para instalar una planta de energía térmica a carbón cuando Alemania llegó a un acuerdo para poner fin a una controversia con la compañía energética sueca Vattenfall (véase el cuadro 1 en la página 12) y el aplazamiento de la aplicación de normas antitabaco en Canadá y Nueva Zelanda, después de que la gran industria tabaquera hubiera interpuesto demandas contra otros países o amenazado con ello.¹²⁵

Al plantearse si presentar una demanda... los inversores deberían tener en cuenta que en torno al 30 o 40 por ciento de las controversias relativas a inversiones se resuelven, por lo general, antes de que se emita un laudo final. Interponer una demanda puede generar la presión

necesaria para ayudar al inversor a lograr un resultado satisfactorio.

'Consejos prácticos' del bufete de abogados Dentons a los inversores extranjeros¹²⁶

En general, se considera que la amenaza de presentar una costosa demanda contra un Gobierno se ha vuelto más importante y se produce con más frecuencia que las demandas reales. Entre bambalinas, las multinacionales reconocen abiertamente que, para ellas, "el ISDS es importante, ya que tiene un efecto disuasorio" sobre las decisiones que no les gustan, según manifestaron representantes del gigante del petróleo estadounidense Chevron en una reunión con negociadores europeos en la primavera de 2014.¹²⁷ Por otro lado, los bufetes de abogados especializados en arbitraje animan constantemente a sus clientes multinacionales a utilizar el arma del ISDS para asustar a los Gobiernos y presionarlos para que cedan.

Estas protecciones se pueden utilizar como una base para evitar una conducta ilícita por parte del Estado. Como tales, podrían representar una herramienta extremadamente importante para los inversores extranjeros y las asociaciones de la industria a la hora de luchar contra cambios legislativos.

Bufete de abogados Steptoe & Johnson, sobre la protección de los inversores extranjeros¹²⁸

Por todo ello, investigadores como David Schneiderman, de la Universidad de Toronto, Canadá, han descrito acertadamente el carácter antidemocrático de los tratados internacionales de inversión como "una incipiente forma de supraconstitución... concebida para aislar a la política económica de la política mayoritaria".¹²⁹ Hay también quien se ha referido al régimen internacional de inversiones como un sobredimensionado "programa público de seguro para los inversores extranjeros contra los riesgos que emanan de la democracia, la política y la toma de decisiones judiciales en países de todo el mundo".¹³⁰

Peligro #5: la propuesta de la UE permitiría ataques paralelos de los inversores contra decisiones de tribunales

La propuesta de la UE permitiría a las empresa transnacionales extranjeras impugnar todo lo que pueden hacer las naciones soberanas: las leyes aprobadas

por el Parlamento, las medidas de los Gobiernos y las resoluciones judiciales que supuestamente perjudican a sus inversiones, desde el nivel local hasta el federal, e incluso europeo.¹³¹

Los fallos de tribunales nacionales ya se están cuestionando ante tribunales de arbitraje: el gigante del petróleo estadounidense Chevron está utilizando actualmente una demanda inversor-Estado para evitar pagar 9.500 millones de dólares a grupos indígenas con el fin de limpiar la extensa contaminación relacionada con la explotación de petróleo en la selva amazónica, según lo dictado por la justicia ecuatoriana. Hasta el momento, el tribunal de tres personas que está dirimiendo el caso se ha puesto del lado de Chevron, ordenando a Ecuador que bloquee la ejecución de la sentencia. Pero como esa medida violaría la separación de poderes consagrada en la Constitución de Ecuador, el Gobierno no ha acatado la orden del tribunal. Ahora, Chevron arguye que esta decisión contraviene su derecho a un trato justo y equitativo en el marco del tratado de inversión entre los Estados Unidos y Ecuador, y exige una compensación. Ante este flagrante mal uso del arbitraje de inversiones para evadir la justicia, puede que sean los propios ecuatorianos quienes terminen pagando por el envenenamiento de su ecosistema, en lugar del contaminador que lo provocó.¹³²

Quando me despierto por la noche y pienso en el arbitraje, nunca deja de sorprenderme que Estados soberanos hayan aceptado el arbitraje de inversiones... A tres particulares se les concede el poder de revisar, sin ningún tipo de restricción o procedimiento de apelación, todas las acciones del Gobierno, todas las decisiones de los tribunales y todas las leyes y reglamentos que emanan del Parlamento... Los políticos nunca han concedido tal autoridad a un tribunal nacional, y ningún Estado ha otorgado a un tribunal internacional tanto poder.

Juan Fernández-Armesto, arbitro de España¹³³

En otro caso inversor-Estado que sigue en curso, la compañía farmacéutica Eli Lilly está desafiando las decisiones del Tribunal Federal de Canadá de invalidar las patentes de la compañía sobre dos fármacos (Strattera, para tratar el trastorno de déficit de atención e hiperactividad, y Zyprexa, para tratar la esquizofrenia). Los tribunales canadienses así lo resolvieron tras concluir

que Eli Lilly no había presentado pruebas suficientes para demostrar que los fármacos garantizaran los beneficios prometidos en el largo plazo. Strattera, por ejemplo, solo se había probado en un breve estudio de tres semanas en que participaron 21 pacientes. Eli Lilly está exigiendo una indemnización de 500 millones de dólares canadienses.¹³⁴

En pocas palabras: la propuesta de la UE establecería un pseudo-tribunal supremo que estaría por encima de todos los tribunales de los Estados miembros de la UE y del Tribunal Europeo de Justicia. Pero este pseudo-tribunal sería de acceso exclusivo a los inversores extranjeros y su única finalidad sería la de proteger sus inversiones y expectativas de ganancias.

Esta marginación de los tribunales también ha generado preocupación entre los jueces. En febrero de 2016, la mayor asociación de jueces y fiscales de Alemania rechazó con firmeza la propuesta de la Comisión Europea, arguyendo que el sistema de tribunales de inversiones sugerido privaría a los tribunales de los Estados miembros de la UE y al Tribunal Europeo de Justicia de facultades esenciales para preservar la legislación de la UE. Los jueces también negaron que existiera alguna base jurídica para que la Comisión introdujera un cambio tan fundamental en el sistema judicial existente.¹³⁵

Peligro #6: el proceso de solución de controversias propuesto por la UE está sesgado en favor de los inversores y los intereses comerciales

El proceso de solución de controversias propuesto por la UE no garantiza la independencia judicial y lleva incorporado un sesgo a favor de los inversores. Los casos los resolvería un tribunal de tres árbitros con fines de lucro (ahora etiquetados como 'jueces' por la UE) y con intereses particulares. A diferencia de los jueces convencionales, no tendrían un sueldo fijo, sino que cobrarían por cada caso (unos lucrativos 3.000 dólares diarios, además de unos honorarios fijos de 2.000 euros al mes).¹³⁶ De forma que ganarían más dinero cuantas más demandas presentaran los inversores extranjeros.

Por supuesto, esto no consigue del todo crear un tribunal de inversiones permanente, con jueces permanentes que no tengan la tentación de pensar en futuras oportunidades de negocio.

Cecilia Malmström, comisaria europea de Comercio¹³⁷

En un sistema unilateral en el que solo pueden demandar los inversores, esto crea un fuerte incentivo sistémico para ponerse de su lado; y es que, mientras el sistema satisfaga a los inversores, a los árbitros les llegarán más demandas y más dinero. Un estudio empírico de 140 casos presentados en el marco de tratados de inversión hasta mayo de 2010 revela que, en efecto, los árbitros han extendido enormemente los derechos de los inversores extranjeros mediante interpretaciones amplias de la ley.¹³⁸

El sesgo a favor de los inversores tampoco desaparecería si la UE y sus socios comerciales introdujeran finalmente un salario regular para los árbitros. Incluso sin un incentivo financiero, los adjudicadores tendrían un fuerte incentivo para favorecer a aquellos que tienen la facultad de presentar demandas, ya que, en un sistema jurídico unilateral, las decisiones favorables a los demandantes les garantizan una entrada constante de casos, poder y autoridad. Por lo tanto, el problema radica en la unilateralidad de los derechos de los inversores: una parte, por lo general grandes empresas transnacionales o personas ricas, obtiene derechos excepcionalmente potentes y exigibles, mientras que la otra, la población de un país, solo obtiene responsabilidades. Con la propuesta de la UE, esta última ni siquiera tendría derecho a ser persona jurídica para poder participar en igualdad de condiciones en los procesos si estos les afectaran directamente, por ejemplo, en calidad de comunidad local que vive en unas tierras reclamadas por un inversor.¹³⁹

Los capítulos del ISDS son anómalos en la medida en que proporcionan protección a los inversores pero no a los Estados ni a la población. Permiten a los inversores demandar a los Estados, pero no viceversa.

Carta abierta de diez expertos y relatores especiales independientes de la ONU¹⁴⁰

Hay otros fallos que hacen que la propuesta de la UE sea propensa al sesgo. Por ejemplo, no se establecen períodos mínimos de incompatibilidad de funciones para los 15 árbitros previamente acordados que resolverían las futuras demandas inversor-Estado. Estos podrían pasar directamente de abogado a juez, y vuelta a empezar. En otras palabras, los mismos abogados particulares que hasta ahora han impulsado el auge del arbitraje de inversiones y han hecho aumentar su propio negocio —animando a los inversores a demandar e interpretando el derecho de inversiones de forma amplia para alentar más demandas—¹⁴¹ podrían

atravesar la puerta giratoria y convertirse en los nuevos ‘superárbitros’ de la UE, posiblemente resolviendo casos con los intereses de antiguos clientes y de la industria del arbitraje en mente. Tras su mandato como superárbitros, podrían nuevamente ejercer en un bufete privado, y volver a utilizar sus interpretaciones jurídicas previas en beneficio privado, incluido en beneficio de futuros empleadores.

Además, durante el tiempo que permanezcan en la lista de preseleccionados de la UE, estos superárbitros aún podrían ganar importantes honorarios como árbitros en otros casos y trabajar para bufetes de abogados privados (aunque les está prohibido actuar como abogados en otras diferencias relativas a la protección de inversiones).¹⁴² Estos diversos papeles abren una caja de Pandora de posibles conflictos de interés que podrían poner en duda su independencia. Finalmente, los criterios de selección también sugieren que los árbitros de la UE acordados previamente procederían del círculo interno de los abogados de inversión, excluyendo a los especializados en otras áreas jurídicas, que están menos dominadas por intereses comerciales pero que podrían ser relevantes para sus decisiones, como el derecho administrativo nacional, laboral o ambiental.¹⁴³

Ni la propuesta de procedimiento para la designación de jueces del ICS ni su posición cumplen con los requisitos internacionales para la independencia de los tribunales.

Deutscher Richterbund, principal asociación de jueces y fiscales de Alemania¹⁴⁴

Renombrar el sistema del ISDS como ‘sistema de tribunales’ y a los nuevos árbitros como ‘jueces’, como está haciendo la Comisión Europea, es muy poco apropiado. Nunca podrán ser verdaderos tribunales mientras los únicos que puedan presentar demandas sean los inversores extranjeros y mientras no tengan en cuenta la protección del medio ambiente, los derechos humanos u otras consideraciones no empresariales que un juez ordinario suele tener que sopesar.

Peligro #7: la propuesta de la UE amenaza con perpetuar el ISDS

Varios países de todo el mundo están retirándose actualmente de acuerdos de inversión que les han resultado demasiado costosos (véase la página 13). Sin embargo, aunque muchos de los tratados existentes se podrían terminar en cualquier momento,¹⁴⁸ será prácticamente imposible escapar de los derechos

extraordinarios concedidos a los inversores extranjeros una vez que estos estén consagrados en un pacto comercial más amplio, tal como propone la Comisión Europea.

Por ejemplo, sería simplemente imposible que un Estado miembro de la UE opte por reservarse de conceder los derechos previstos a los inversores en un tratado más amplio como el TTIP. Debería renunciar a la totalidad del acuerdo y, además, se vería obligado a abandonar la UE, ya que los acuerdos internacionales celebrados por la UE pasan a formar parte de su ordenamiento jurídico.¹⁴⁹ La otra posibilidad sería que el conjunto de la UE diera por terminado todo el acuerdo. Ambos son escenarios muy poco probables.

La Comisión Europea también se ha fijado el “objetivo a mediano plazo”¹⁵⁰ de desarrollar un tribunal multilateral sobre inversiones, en paralelo a las negociaciones bilaterales en curso, y ha planteado este tema en concreto a algunos países asiáticos. El tratado de libre comercio entre la UE y Vietnam, celebrado recientemente, ya incluye una sección sobre “mecanismos multilaterales de solución de controversias”, en que se señala que Vietnam y la UE “entrarán en negociaciones para un acuerdo internacional que contemple un tribunal multilateral sobre inversiones”.¹⁵¹ Si bien aún no se conocen más detalles sobre qué forma adoptaría un tribunal de este tipo, está claro que un tribunal supremo global que está exclusivamente a disposición de las grandes empresas transnacionales formalizaría aún más los derechos concedidos a las multinacionales extranjeras de los que carecerían los inversores nacionales.

La creación de tribunales especiales para determinados grupos de litigantes es el camino equivocado.

Deutscher Richterbund, principal asociación de jueces y fiscales de Alemania¹⁵²

Así, en lugar de poner fin al sistema del ISDS tal como lo conocemos, la agenda para la protección de las inversiones de la UE amenaza con encerrar a los Estados miembros para siempre entre las rejas de un régimen jurídico donde los beneficios privados están por encima del interés público y de la democracia.

Capítulo 4

TTIP, CETA, ISDS, ICS: varios nombres, pero la misma agenda empresarial

En los últimos dos años se ha suscitado una gran polémica alrededor del sistema de solución de controversias inversor-Estado (ISDS), en su día desconocido, que ha mantenido a la ciudadanía, a los Gobiernos, a los parlamentarios y a los medios de comunicación en vilo. Pero la verdadera batalla sobre el régimen de derechos extremos a los inversores no ha hecho más que empezar.

Por primera vez en dos años, en 2016 el ISDS vuelve a estar presente en la agenda de negociación para la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP), después de que la masiva oposición ciudadana obligara a los negociadores a suspender temporalmente el tema. Otros proyectos de acuerdos comerciales ya incluyen amplios privilegios para los inversores y esperan su ratificación en 2016 y 2017: el tratado de libre comercio entre la UE y Singapur (finalizado en 2014), el Acuerdo Integral de Economía y Comercio (CETA, también de 2014) y el tratado de libre comercio entre la UE y Vietnam (finalizado en 2015). Mientras que el CETA y el acuerdo entre la UE y Vietnam se basan en la 'nueva' propuesta para la protección de inversiones de la UE (engañosamente renombrada como 'sistema de tribunales de inversiones' o ICS), el acuerdo entre la UE y Singapur sigue el 'viejo' modelo del ISDS.

En caso de ratificarse, estos acuerdos serían los primeros tratados que, de una sola vez, otorgarían a las multinacionales de todos los sectores económicos facultades para presentar directamente importantes demandas de indemnización contra la UE y todos sus Estados miembros ante tribunales internacionales favorables a las empresas. Hasta la fecha, solo el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), un tratado multilateral creado después de la caída del telón de acero, permite este tipo de demandas contra la UE, pero se limita al sector de la energía. Los numerosos tratados bilaterales de inversión (TBI) firmados por los Estados miembros de la UE, por otro lado, tienen un alcance geográfico mucho menor. No obstante, esta red de tratados existentes es cada vez más controvertida, ya que las demandas de inversores extranjeros contra Estados miembros de la UE se han disparado (véase el cuadro 2 en la página 14). Los Estados miembros de la UE han pagado al menos 3.500 millones de euros de los contribuyentes debido a estas demandas y un 60% de las demandas presentadas están relacionadas con sectores relevantes para el medio ambiente.¹⁵³

Se trata de una peligrosa nueva forma de proporcionar a las empresas transnacionales su propio tribunal, al que no pueden acceder empresas ni grupos locales.

Maude Barlow, presidenta nacional de Council of Canadians, refiriéndose al capítulo sobre inversiones del CETA¹⁵⁵

Como era de esperar, el ISDS es un tema controvertido en todos los nuevos acuerdos propuestos por la UE, y se ha convertido en un potencial obstáculo a su ratificación, en particular para el CETA con Canadá. El acuerdo de 1.600 páginas¹⁵⁴ necesita conseguir la aprobación de los Estados miembros de la UE en el Consejo y un voto positivo en el Parlamento Europeo, además de, con toda probabilidad, en los parlamentos nacionales de los 28 Estados miembros de la UE. En varios ámbitos de negociación, el CETA se considera como un modelo para el aún más polémico proyecto de acuerdo con los Estados Unidos, el TTIP.

El CETA: un caballo de Troya

Sindicatos y grupos de interés público se oponen al CETA por una serie de preocupaciones, que van desde un aumento del coste de los medicamentos a las amenazas a los servicios públicos, pasando por la falta de normas aplicables para proteger a los trabajadores y las trabajadoras.¹⁵⁶ El capítulo sobre la protección de inversiones del CETA, en concreto, ha generado inquietud a ambos lados del Atlántico. Podría decirse que otorga incluso más derechos a las multinacionales que los tratados existentes, como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), por el que Canadá ya ha sido demandado 39 veces, ha perdido varios casos o llegado a un acuerdo sobre ellos, y ha pagado indemnizaciones por un total de más de 190 millones de dólares canadiense. Por ejemplo, el CETA otorgaría a los inversores extranjeros más derechos para impugnar regulaciones financieras y contiene disposiciones que se podrían interpretar como un "derecho" a un entorno normativo estable, dando a los inversores un arma poderosa para luchar contra

Imagen 3: **CETA: un caballo de Troya**

Estas son solo algunas de las 41.811 empresas con sede en los Estados Unidos que podrían demandar a la UE a través del CETA si estructuran sus inversiones debidamente



cualquier cambio regulatorio.¹⁵⁷ El CETA también actúa como un caballo de Troya para las multinacionales con sede en los Estados Unidos, que podrían interponer demandas contra las políticas europeas a través de sus filiales canadienses si estructuran su inversión debidamente. Incluso aunque estos amplios derechos de los inversores no se incluyeran en el TTIP, el 81 por ciento de las multinacionales de propiedad estadounidense que operan en la UE —o 41.811 de 51.495 empresas— podría lanzar ataques inversor-Estado contra la UE y sus Estados miembros solo a través del CETA.¹⁵⁸

Si el CETA se firma y se ratifica con el ISDS intacto, la democracia canadiense y europea sufrirán, mientras que las grandes multinacionales obtendrán nuevas herramientas para frustrar cualquier política concebida para proteger el ambiente, la salud pública, los servicios públicos, la conservación de los recursos y, sobre todo, para que nuestras economías sociales sean más sostenibles y equitativas.

Declaración de más de 100 grupos de la sociedad civil en Canadá y Europa¹⁵⁹

¿El cambio de nombre del ISDS ha engañado a los europarlamentarios?

A pesar de todo, varios miembros del Parlamento Europeo (o europarlamentarios) han celebrado los amplios derechos a los inversores extranjeros en el CETA. Cuando se publicó el texto final del acuerdo, en febrero de 2016, el mayor grupo del Parlamento (el PPE) alabó el “moderno y ambicioso” capítulo de inversiones del CETA,¹⁶⁰ al igual que el liberal Grupo ALDE.¹⁶¹ El segundo mayor grupo del Parlamento, el de los Socialistas y Demócratas (S&D), celebró los derechos corporativos del CETA, “al prestar realmente atención a las preocupaciones de la sociedad civil y acabar con el ISDS”.¹⁶² El responsable del Grupo S&D para el acuerdo, el europarlamentario rumano Sorin Moisa, estaba exultante: “Que haya un Tribunal permanente con jueces públicos y una distribución aleatoria de miembros para cada caso, un Tribunal de Apelaciones permanente, un código de conducta que pueda aplicar el presidente del Tribunal Internacional de Justicia y un artículo sobre la preservación del derecho a regular no son simples ajustes al margen: es un cambio total de paradigma”.¹⁶³ Y prometió: “Dedicaré los próximos meses a conseguir que el AEGC [el CETA] merezca la aprobación del Parlamento Europeo”.¹⁶⁴ Mensajes parecidos llegaron de los socialdemócratas en Estados miembros de la UE como Alemania, donde los privilegios a los inversores en el marco del CETA se celebraron como “un rotundo éxito para nosotros, los

socialdemócratas”, que “cortará las alas a los críticos del ISDS”. El portavoz del Partido en materia de economía y energía incluso afirmó: “Quienes desean normas más estrictas para el comercio internacional y la economía mundial no pueden sino acoger con satisfacción” el CETA.¹⁶⁵

En otras palabras, un número importante de parlamentarios europeos y nacionales parecen creer en estos momentos que la ‘nueva’ propuesta de ISDS de la UE que se encuentra en el CETA (engañosamente presentada por la Comisión y algunos parlamentarios con terminología de tribunales) merece más apoyo que el ‘viejo’ sistema de ISDS al que muchos de ellos se han opuesto fervientemente en los últimos años.

La propuesta de la Comisión no aborda las preocupaciones fundamentales que ha planteado el Diálogo Transatlántico de los Consumidores y otros grupos. Más bien, la propuesta sugiere ciertos cambios superficiales.

Diálogo Transatlántico de los Consumidores (TADC)¹⁶⁶

Puede que esto resulte sorprendente para quien haya leído el capítulo anterior, en que se demuestra que el ‘nuevo’ modelo de ISDS de la UE es peligroso para la democracia, la legislación de interés general y el dinero público. Con la excepción de algunas mejoras de procedimiento —un proceso de selección mejorado de los árbitros, normas éticas más estrictas y el establecimiento de una cámara de apelaciones— el ‘nuevo’ ISDS es fundamentalmente igual al capítulo sobre derechos de los inversores del tratado comercial entre la UE y Singapur, que incluye el antiguo modelo de ISDS que supuestamente se ha mejorado. La versión renombrada contiene los mismos privilegios corporativos de los que dependen las multinacionales cuando exigen miles de millones de euros de indemnización por decisiones adoptadas en materia de salud pública o ambiental, muchas veces con una redacción idéntica al del texto del acuerdo entre la UE y Singapur. La tabla 1 (véase la página 32) ilustra la similitud de los sistemas con respecto a las preocupaciones más fundamentales sobre el ISDS que han planteado durante años grupos de interés público, sindicatos, pequeñas y medianas empresas, y personas del mundo académico.

Aunque se vista de seda...

Todos ellos han criticado el intento de la Comisión de ocultar el desacreditado sistema de ISDS bajo

el lustre brillante de una retórica de ‘tribunales’. El día que la Comisión publicó su ‘nueva’ propuesta de ISDS, estos grupos la tildaron de un intento apenas disimulado de “vestir a la mona de seda” y de “básicamente un ejercicio de relaciones públicas para eludir la enorme controversia y oposición que ha generado el ISDS”.¹⁶⁷ Mientras tanto, se han publicado documentos de análisis y posición más sustanciales que sugieren que a la sociedad civil de ambos lados del Atlántico no se la ha engañado con el cambio de nombre de ISDS por ICS, y que seguirá construyendo una oposición popular a los privilegios especiales reservados a los inversores extranjeros bajo cualquier etiqueta.¹⁶⁸

Construiremos una oposición popular a los derechos especiales para los inversores extranjeros, se llamen ISDS o no.

Owen Tudor, Congreso de Sindicatos Británicos¹⁶⁹

Mientras tanto, nuevos grupos se han sumado a las filas de los críticos. En particular, la mayor asociación de jueces y fiscales de Alemania ha censurado firmemente la propuesta de ‘sistema de tribunales de inversiones’ de la Comisión, aludiendo a numerosas preocupaciones, que van desde la falta de independencia financiera a la marginación de los tribunales europeos. Los jueces también han rechazado categóricamente la idea de un tribunal especial solo para ciertos grupos de la sociedad como “el camino equivocado”, arguyendo que “corresponde a los Estados miembros garantizar un acceso a la justicia para todos y asegurar un acceso viable a los inversores extranjeros, proporcionando los tribunales con los recursos pertinentes”.¹⁷⁰

La industria grita ‘que viene el lobo’

Grupos de presión empresariales han arremetido contra la nueva propuesta de derechos de los inversores de la Comisión desde otro ángulo. En cuanto salió a la luz, la industria comenzó a gritar ‘que viene el lobo’, quejándose de que la protección del inversor se vería minada. Según el Foro Europeo de Servicios (ESF), por ejemplo, una plataforma de cabildeo en torno a la que se agrupan actores del sector de los servicios como Deutsche Bank, IBM y Vodafone, “la propuesta de la Comisión consiste en establecer una ‘protección del Gobierno’, en detrimento de lo que solía ser la protección a las inversiones realizadas por las empresas”.¹⁷² El principal representante del grupo de presión empresarial más poderoso de Europa, la federación patronal BusinessEurope, llegó incluso a afirmar que “en realidad, no será posible que ningún inversor sea indemnizado”.¹⁷³

TABLA 1:
Privilegios corporativos: más de lo mismo

Problemas con el ISDS	¿Aborda la UE estos problemas en sus propuestas de ISDS?	‘VIEJO’ ISDS EN EL TRATADO UE-SINGAPUR	‘NUEVO’ ISDS (ICS) EN EL TTIP Y EL CETA
El ISDS privilegia a los inversores extranjeros	No. Los dos, tanto el ‘viejo’ como el ‘nuevo’ ISDS otorgan a los inversores extranjeros mayores derechos —sustantivos y de procedimiento— que a cualquier otro actor. Solo los inversores extranjeros pueden eludir los tribunales nacionales y demandar a los Estados directamente ante tribunales paralelos que pueden condenar a los Estados a pagar una indemnización por medidas que no serían resarcibles en muchos sistemas jurídicos. Las empresas nacionales y la gente común carecen de este privilegio.		
Las transnacionales usan el ISDS para impugnar medidas que persiguen proteger el ambiente, la salud y otros intereses públicos	No. Las demandas de los inversores contra decisiones legítimas, no discriminatorias y legales para proteger la salud, el ambiente y otros intereses públicos podrían prosperar perfectamente tanto con el ‘viejo’ como con el ‘nuevo’ sistema de ISDS (véase, por ejemplo, el cuadro 5 en la página 22). Y como ha sucedido con el infame caso de la cantera de Bilcon contra Canadá (véase el cuadro 1 en la página 12), los inversores podrían ganar estas demandas. ¹⁷¹		
Los tribunales ISDS pueden condenar a los Estados a pagar una indemnización sin límites financieros	No. Tanto con el ‘viejo’ como con el ‘nuevo’ ISDS, a los países se les puede requerir que paguen enormes sumas de dinero público para indemnizar a los inversores extranjeros, incluso por leyes y normas no discriminatorias y constitucionales adoptadas en pro del interés general y por la pérdida de hipotéticos beneficios en el futuro. Estos laudos pueden causar estragos en el erario público.		
Las transnacionales usan las demandas y las amenazas de demandas ISDS para retrasar, moderar y acabar con políticas muy necesarias	No. Las propuestas de ISDS de la UE otorgan derechos excepcionalmente potentes a los inversores, que se pueden usar para intimidar a las personas responsables de formular políticas. No hay nada en las propuestas que impida que los Gobiernos retrasen, cancelen o flexibilicen “voluntariamente” políticas deseables cuando una compañía acaudalada presente o amenace con presentar una demanda ISDS.		
El ISDS está muy poco equilibrado, ya que otorga fuertes derechos a los inversores extranjeros sin exigirles ninguna obligación	No. Las propuestas de ISDS de la UE otorgan a los inversores extranjeros derechos muy potentes y altamente aplicables, pero sin responsabilidades procesales. El sistema no puede ser utilizado por un Estado anfitrión, sindicatos o comunidades locales para exigir a los inversores que rindan cuentas por la violación de derechos humanos o laborales, la destrucción del medio ambiente y otras conductas inadecuadas.		
Los procedimientos ISDS suelen ser secretos, y por lo general se da escasa o nula información al público	Sí. Con audiencias abiertas y la publicación de la mayor parte de documentos, los procedimientos ISDS serían más transparentes (como con los tratados estadounidenses y canadienses que empezaron a garantizar mayor apertura hace más de una década). Sin embargo, ciertas excepciones relativas a información confidencial y el poder de los tribunales para limitar el acceso público a las audiencias podrían seguir limitando la transparencia. Cabe destacar que los acuerdos alcanzados entre bambalinas, que pueden entrañar fondos públicos y disuasión normativa, no se tendrían que publicar.		

Problemas con el ISDS

¿Aborda la UE estos problemas en sus propuestas de ISDS?

Las controversias son resueltas por árbitros con fines de lucro y designados por las partes, con un fuerte incentivo para favorecer al inversor y con numerosos conflictos de interés

No en el 'viejo', sí de forma parcial en el 'nuevo' ISDS. La 'nueva' propuesta de ISDS de la UE da algunos pasos positivos de cara a la independencia: los árbitros (renombrados 'jueces') ya no serían elegidos por las partes litigantes, sino que serían asignados de forma aleatoria de una lista predeterminada. Se les impediría ejercer como abogado en otro procedimiento de inversión (aunque generalmente no de la abogacía por su cuenta ni de actuar como árbitros en otros procedimientos de ISDS, y tampoco se contempla un período mínimo de incompatibilidad de funciones para limitar los posibles conflictos de interés antes y después de su nombramiento).

Sin embargo, el principal elemento que potencia el sesgo a favor de los inversores no desaparece: en ambos sistemas de ISDS, las demandas no serán resueltas por jueces independientes con un sueldo fijo. Por el contrario, los fallos dependerán de árbitros con fines de lucro que cobran por cada caso y que tienen un fuerte incentivo para decidir en favor de aquella parte que puede presentar más demandas en el futuro: el inversor.



Las decisiones ISDS no son revisables

No en el 'viejo', pero sí en el 'nuevo' ISDS. Si bien el acuerdo entre la UE y Singapur solo contiene una vaga intención de establecer posiblemente un mecanismo de apelación en el futuro, el texto del 'nuevo' ISDS de la UE prevé un tribunal de apelación con miembros permanentes. Esto podría contribuir a unas decisiones más coherentes, pero no solucionaría ninguno de los problemas fundamentales mencionados arriba (privilegio de los inversores extranjeros, tribunales no totalmente independientes, unilateralidad del sistema, etc.).



El ISDS podría ser incompatible con el derecho comunitario

No. Ambos mecanismos ISDS permiten a los inversores extranjeros marginar a los tribunales nacionales y el Tribunal Europeo de Justicia —y por tanto menoscabar los poderes de estos— cuando demandan a los Gobiernos por adoptar decisiones basadas en el derecho de la UE. Además, tanto el 'viejo' como el 'nuevo' ISDS son esencialmente discriminatorios, ya que no están al alcance de los ciudadanos y las ciudadanas de la UE, las comunidades y los inversores. Esto es muy injusto, y socava el buen funcionamiento de la UE y su mercado interior.



La situación política es conveniente para la Comisión de la UE. Grupos de interés de todos los bandos están criticando su agenda de reforma. Así, la Comisión puede alegar que ha respondido a las críticas públicas y ha presentado una propuesta equilibrada.

Max Bank, lobby watchdog group Lobbycontrol¹⁷⁴

Esta es, obviamente, una iniciativa inteligente por parte de la industria, ya que sugiere que la propuesta de la Comisión se sitúa en un punto intermedio entre las reivindicaciones favorables a los inversores que promueve el sector empresarial y las posiciones orientadas al interés público que impulsa la sociedad civil. Así, la Comisión lo tiene fácil para vender su propuesta

como una solución de compromiso que, aunque puede que no sea tan ambiciosa como les gustaría a los críticos, va por el buen camino.

Sin embargo, entre bambalinas, quienes defienden el ISDS parecen muy conscientes de que la propuesta de la Comisión "no cambia nada", ya que los amplios derechos concedidos los inversores, básicamente, "siguen siendo los mismos", en palabras de un abogado especializado en inversiones que gana dinero cuando las multinacionales demandan a los Estados.¹⁷⁵ Otros abogados de inversiones han comentado que los derechos de los inversores propuestos por la Comisión representan "una muy buena obligación [para los Estados] con la que trabajar", por supuesto "desde la perspectiva del abogado ávido y codicioso".¹⁷⁶

La Federación de Industrias Alemanas (BDI), uno de los grupos de presión más importantes a favor del ISDS en el debate que se ha desarrollado en la UE durante los últimos años, también ha celebrado en gran medida la propuesta de la Comisión, elogiando en particular los derechos sustantivos a los inversores, la definición de inversión, la cláusula general (umbrella), el procedimiento de apelaciones y el objetivo a largo plazo de establecer un tribunal multilateral sobre inversiones. Cabe destacar que la BDI también aplaude el hecho de que la propuesta de la Comisión “prevé la solución de controversias inversor-Estado”¹⁷⁷. En otras palabras: el ISDS.

Desde el punto de vista de la BDI, muchas de las propuestas de la Comisión son dignas de apoyo.

Federación de Industrias Alemanas (BDI), sobre la propuesta de ICS¹⁷⁸

No disfracemos el ISDS; acabemos con él

Pero no todo está perdido. Aunque parece que algunos eurodiputados han sido engañados por el ejercicio de relaciones públicas de la Comisión, otros, no. Hablando sobre la posible revisión del capítulo de inversiones del CETA para encauzarlo hacia el sistema de tribunales de inversiones, el eurodiputado francés Yannick Jadot, por ejemplo, ha declarado: “Los ciudadanos europeos no solo desean un cambio superficial del arbitraje, sino eliminar la disposición completa”.¹⁷⁹ El Grupo de la Izquierda del Parlamento Europeo está igual de consternado. Y la inquietud también se está extendiendo a otros grupos. En una carta abierta, eurodiputados belgas de los Verdes, los Socialistas y Demócratas, y el conservador PPE, por ejemplo, han tildado recientemente la propuesta de la Comisión de pura fachada y han insistido en que “el ISDS y sus posibles versiones mejoradas seguirán siendo inaceptables debido a su propia naturaleza y a las amenazas que suponen para nuestras democracias”.¹⁸⁰

Al final, la batalla por los derechos extremos de los inversores se decidirá en los Estados miembros de la UE y en el Parlamento Europeo. Y a medida que más y más personas vayan conociendo cómo funciona el sistema de ISDS en todas sus formas, mayor será la probabilidad de que se impulse la amplia presión pública necesaria para evitar que los legisladores aprueben acuerdos como el CETA y el TTIP.

No nos engañarán con un cambio de imagen. Estamos en contra de todo acceso privilegiado a la justicia, se llame como se llame.

Judith Kirton-Darling, europarlamentaria británica del Grupo S&D¹⁸¹



Capítulo 5

Conclusión: 7 motivos para oponerse a los derechos corporativos y abolirlos

En el cuento de la Caperucita Roja, el lobo se vale de todo tipo de argucias para conseguir que la Caperucita se fíe de él. Haciéndose pasar por su abuela, el lobo se viste con la ropa de la anciana, imita su voz aguda, se mete en la cama y se cubre con la manta. Caperucita se ve engañada por el disfraz y casi acaba en la panza del lobo. En la actual polémica sobre los derechos de las multinacionales en los acuerdos comerciales de la UE, el Lobo Feroz se llama solución de controversias inversor-Estado o ISDS. Y la Comisión Europea está usando el llamado ‘sistema de tribunales de inversiones’ (o ICS) como ‘manta de la abuela’ para ocultar la verdadera naturaleza del lobo que se esconde debajo de ella..

A diferencia de la Caperucita Roja, la ciudadanía de Europa y de los países a los que la UE está proponiendo el ICS no se debería dejar engañar. El ICS es tan peligroso para los contribuyentes, las políticas de interés general y la democracia como el ‘viejo’ y desacreditado ISDS. Podría incluso decirse que plantea una amenaza mayor, ya que podría encerrar para siempre a los Estados miembros de la UE entre las rejas de un régimen jurídico en que los beneficios privados se imponen al interés público y a la democracia.

He aquí un rápido resumen de siete importantes motivos:

Motivo #1: el ICS permitiría a decenas de miles de transnacionales - multinacionales demandar a los Gobiernos por medidas adoptadas para proteger el ambiente, la salud, los trabajadores y trabajadoras, y otros intereses públicos

Motivo #2: con el ICS, miles de millones de dinero de los contribuyentes se podrían usar para indemnizar a las transnacionales, incluso por la pérdida de futuros beneficios que podrían haber ganado hipotéticamente

Motivo #3: el ICS es un método infalible para intimidar a las personas encargadas de adoptar decisiones, lo cual podría limitar la formulación de políticas deseables, por ejemplo, para luchar contra el cambio climático, la injusticia social o crisis económicas

Motivo #4: el ICS otorgaría unos derechos y privilegios excepcionalmente potentes a los inversores extranjeros, sin ninguna obligación a cambio y sin que existan pruebas de que ello beneficie a la sociedad

Motivo #5: como con el sistema ICS solo pueden presentar demandas los inversores, existe un incentivo para que los árbitros los favorezcan, ya que eso les garantizará

más demandas, honorarios y prestigio en el futuro

Motivo #6: existen serias dudas de que el ICS sea compatible con la legislación de la UE, ya que margina a los tribunales europeos y es fundamentalmente discriminatorio, al conceder derechos especiales solamente a los inversores extranjeros

Motivo #7: el ICS amenaza con imponernos para siempre una camisa de fuerza jurídica, ya que será prácticamente imposible retirarse de los privilegios a los inversores concedidos en el marco de acuerdos comerciales más generales, por no hablar de un tribunal multilateral sobre inversiones

En pocas palabras, el sistema es fundamentalmente inadecuado para hacer frente a los principales desafíos de nuestra coyuntura histórica actual y del futuro. En un momento en que toda la atención debería centrarse en evitar una catástrofe climática global y la próxima crisis económica, simplemente no hay lugar para unos acuerdos que harían que muchas soluciones a estos problemas fueran ilegales.¹⁸²

Los tratados existentes que permiten a las empresas privadas demandar a los Gobiernos por leyes que inciden en sus ganancias —desde normas contra la contaminación a reglas más estrictas para los bancos— deberían ser derogados. Los planes para ampliar aún más los derechos de las multinacionales en proyectos de tratados como el TTIP y el CETA deberían ser cortados de raíz. Y lo mismo debería hacerse con la propuesta de establecer un tribunal supremo global exclusivo para las multinacionales. Todos estos elementos son tremendamente peligrosos para la democracia tal como la conocemos.

ANEXO:

La clave está en la letra pequeña del ISDS

Jerga de las inversiones:
lo que la UE desea negociar en el TTIP
y en todos los futuros acuerdos de inversión¹⁸³

Traducción:
lo que significa en la práctica

Derechos de los inversores con un alcance ilimitado

Definición de inversión: Por “inversión” se entiende todo tipo de activo que posea o controle un inversor directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión...”. Luego sigue una larga lista de “formas que puede adoptar una inversión”, y que van desde acciones a instrumentos de deuda y derechos de propiedad intelectual. Las inversiones que entran en el campo de aplicación del capítulo deben “ser propiedad, directa o indirecta, o estar bajo control, directo o indirecto, de inversores de una Parte en el territorio de la otra Parte”. (capítulo 2, artículos x1 y x2)

La definición de “inversión” es muy importante porque determina qué tipo de capital extranjero está protegido. La definición extraordinariamente amplia y abierta que vemos en la propuesta de la UE no sólo abarca las multinacionales reales en el Estado anfitrión, sino un amplio abanico de actividades, que van desde las casas de vacaciones a las inversiones especulativas a corto plazo, pasando por la deuda soberana. Esto permite que las transnacionales que no han realizado ninguna inversión real puedan presentar un caso y expone a los Estados a riesgos jurídicos impredecibles.

Definición de inversor: Por “inversor” se entiende una persona natural o una persona jurídica de una Parte que pretenda realizar, está realizando o ya haya realizado una inversión en el territorio de la otra Parte”. Por motivos jurídicos, se especifica que debe estar involucrado en “operaciones comerciales sustantivas”. (capítulo 1, artículo 1-1 (c) y (q))

La definición de “inversor” es importante porque determina quién queda protegido. Es probable que la propuesta de la Comisión pueda evitar abusos flagrantes del tratado a través de empresas transnacionales fantasma (como una multinacional estadounidense que demande a los Estados Unidos a través de una estructura pantalla en los Países Bajos). Pero todavía permitirá que decenas de miles de inversores puedan demandar a Gobiernos, exponiendo a la UE y sus socios comerciales a incalculables riesgos jurídicos (véase el cuadro 4 en la página 20).

Definición de medida: Por “medida” se entiende toda medida de una Parte, ya sea en forma de ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión, acción administrativa, o cualquier otra forma”. (capítulo 1, artículo 1-1 (n))

Cualquier acción emprendida por un Estado miembro de la UE, la UE o su socio comercial pueda ser objeto de demanda de un inversor extranjero. Las medidas van desde las leyes locales a las leyes europeas promulgadas por los parlamentos, las decisiones ejecutivas e incluso los veredictos de los tribunales.

Privilegios sustantivos a los inversores

Trato justo y equitativo: “Cada una de las Partes otorgará en su territorio a las inversiones amparadas efectuadas por la otra Parte, y a los inversores que hayan efectuado inversiones amparadas, un trato justo y equitativo.” Luego sigue una lista de ejemplos de lo que constituiría un incumplimiento de esta obligación: “denegación de justicia”, “incumplimiento esencial del debido proceso”, “arbitrariedad manifiesta”, “discriminación selectiva” y “trato abusivo de los inversores” y “acoso, coerción, abuso de poder o conductas de mala fe parecidas”. (capítulo 2, sección 2, artículo 3.2)

Esta cláusula tan general y potencialmente comodín es la más peligrosa para contribuyentes y legisladores. Es la que usan con mayor frecuencia y más éxito los inversores cuando persiguen atacar medidas de interés público. Por ejemplo, en su demanda contra Uruguay (véase el cuadro 1 en la página 12), Philip Morris sostiene que el país contravino la cláusula cuando adoptó “de forma arbitraria” su política de control del tabaco, cuando tenía a su disposición otras medidas para reducir su uso sin un efecto negativo para Philip Morris (advertencias sanitarias más pequeñas, imágenes menos impactantes, etc.).¹⁸⁴ Este argumento se podría usar fácilmente como “arbitrariedad manifiesta” en el texto de la UE.

Protección de las expectativas legítimas de los

inversores: “En la aplicación de la obligación anterior [el trato justo y equitativo], un tribunal puede tratar de determinar si una Parte ha realizado una representación particular ante un inversor con el fin de generar una inversión amparada, la cual habría creado una expectativa legítima, y en la que el inversor habría basado su decisión de efectuar o mantener la inversión amparada antes de verse frustrada por la Parte en cuestión.” (capítulo 2, sección 2, artículo 3.4)

Los tribunales ya han interpretado el concepto de “trato justo y equitativo” como protección de las “expectativas legítimas” de los inversores, aunque el término no suele formar parte de los tratados existentes. También han considerado que crea un derecho a un contexto normativo estable, obligando a los Gobiernos a no modificar leyes, reglamentos u otras medidas, incluso a la luz de nuevos conocimientos o de decisiones democráticas. En el caso de la provincia canadiense de Quebec, en que la oposición de varias comunidades dio lugar a una moratoria sobre el fracking (véase el cuadro 1 en la página 12), la empresa Lone Pine sostiene que la “revocación” de su permiso de exploración de gas violó su “expectativa legítima de un entorno comercial y jurídico estable”.¹⁸⁵ El texto de la UE parece tipificar estas interpretaciones tan amplias del trato justo y equitativo, incrementando aún más el alcance del concepto y dando a los inversores un arma poderosa para luchar contra normas más estrictas. Resulta especialmente preocupante que la UE no defina qué tipo de “representación particular” por parte de un Estado crearía una “expectativa legítima”.

Medidas en materia de inversión y regulación: “Se entiende que las disposiciones de esta sección no deben entenderse como el compromiso de una Parte a no modificar el marco jurídico y normativo, incluido de forma que pueda afectar negativamente al funcionamiento de una inversión amparada o a las expectativas de beneficios del inversor.” (capítulo 2, sección 2, artículo 2.2)

Un análisis detallado de este párrafo demuestra que ofrece un falso consuelo. A diferencia del artículo 2.4, que claramente prohíbe toda exigencia de que los Estados deban indemnizar a los inversores cuando eliminan subsidios, el artículo 2.2 no excluye las órdenes de indemnización cuando los Estados modifican leyes y reglamentos. En otras palabras: los Estados pueden cambiar la ley, pero puede que después sean condenados a pagar miles de millones en daños y perjuicios si el tribunal considera que los cambios violan derechos sustantivos de los inversores.

Medidas de inversión y regulación II: “Las disposiciones de esta sección no afectarán al derecho de las Partes a legislar en sus territorios a través de medidas necesarias para lograr unos objetivos normativos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente y la moral pública, la protección social y de los consumidores o la promoción y la protección de la diversidad cultural.” (capítulo 2, sección 2, artículo 2.1)

Otro párrafo con un falso consuelo. Al leerlo comparándolo con el artículo 2.4, queda claro que la UE no desea proteger las medidas de interés público de posibles indemnizaciones. Así, los Estados podrán legislar, pero todavía pueden verse obligados a pagar miles de millones de compensación. Además, el derecho a legislar está vinculado a una demostración de ‘necesidad’, y serían unos árbitros con fines de lucro quienes decidirían si una medida era “necesaria” para alcanzar un objetivo determinado y si ese objetivo era “legítimo”. Este es un obstáculo fácil de superar para aquellos árbitros resueltos a conseguir una indemnización pública para un inversor.

Expropiación: “Ninguna de las Partes podrá nacionalizar o expropiar una inversión amparada, directa o indirectamente, a través de una medida que tenga un efecto equivalente a una nacionalización o expropiación... excepto si es: a) con fines de utilidad pública; b) conforme al debido proceso legal; c) de forma no discriminatoria; y d) mediante el pago pronto y efectivo de una indemnización adecuada.” (capítulo 2, sección 2, artículo 5.1)

Anexo I sobre expropiación: “Se entiende que, excepto en raras circunstancias, como que el impacto de la medida o la serie de medidas sean tan grave con respecto a su objetivo que resulte manifiestamente excesiva, las medidas no discriminatorias de una Parte que estén concebidas y aplicadas para proteger objetivos normativos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente y la moral pública, la protección social y de los consumidores o la promoción y la protección de la diversidad cultural la protección de la salud, la seguridad y el medio ambiente no constituyen expropiación indirecta”. (capítulo 2, sección 2, anexo I.3)

Desde cierto punto de vista, favorable a las inversiones, casi cualquier ley o medida normativa se puede considerar una “expropiación” indirecta cuando tiene el efecto de rebajar las ganancias, incluso por salvaguardias para proteger la salud, el medio ambiente y otros ámbitos. ¿Podría evitarse esta situación con el anexo de la UE sobre objetivos normativos legítimos? No necesariamente. El Estado debería demostrar que la medida en cuestión fue “concebida y aplicada para proteger objetivos normativos legítimos”. Como en el caso de Philip Morris contra Uruguay, los inversores podrían cuestionar este argumento (sosteniendo, por ejemplo, que las advertencias de salud en los paquetes de cigarrillos “no fueron diseñados [los pictogramas] para advertir sobre los verdaderos efectos para la salud que ocasiona el consumo de tabaco”, sino “para generar sensaciones de repulsión, disgusto e incluso horror” con “la función” de “socavar y, en efecto, destruir la buena fe asociada con las marcas legalmente protegidas” de la multinacional).¹⁸⁶ Según el texto de la UE, aún “en raras circunstancias”, una medida aún se podría considerar como una expropiación, por lo que los contribuyentes tendrían que pagar una indemnización. El órgano encargado de decidirlo sería un tribunal formado por árbitros con fines de lucro.

Trato nacional: “Cada una de las Partes otorgará a los inversores de la otra Parte y a las inversiones de estos... un trato no menos favorable que el que le otorgue, en situaciones similares, a sus propios inversores y a las inversiones de estos.” (capítulo 2, sección 1, artículo 2-3.2)

Los inversores extranjeros deben ser tratados de forma al menos tan favorable como los nacionales. Esto se ha interpretado como una prohibición de cualquier medida que, en la práctica, no favorezca a los extranjeros, aunque no sea de forma deliberada. Por ejemplo, se concluyó que una prohibición de Canadá sobre la exportación de residuos tóxicos (aplicable a todos los inversores y de acuerdo con un tratado internacional) favorecería a las empresas canadienses, ya que estas podían seguir ejerciendo su actividad, mientras que un competidor de los Estados Unidos no podía transportar residuos al país para tratarlos allí.¹⁸⁷

Trato de nación más favorecida: “Cada una de las Partes otorgará a los inversores de la otra Parte y a las inversiones de estos... un trato no menos favorable que el que le otorgue, en circunstancias similares, a los inversores y a las inversiones de Estados terceros.” La propuesta de la UE aclara que este trato “no incluye procedimientos de solución de controversias inversor-Estado” previstas en otros tratados y que las “disposiciones sustantivas de tales acuerdos... no constituyen en sí mismas un ‘trato’... a falta de medidas adoptadas conforme a dichas disposiciones”. (capítulo 2, sección 1, artículo 2-4.4)

Los árbitros han utilizado las disposiciones de nación más favorecida como una “varita mágica”¹⁸⁸ que permite a los inversores del país x demandar al país y basándose en un tratado entre ambos países, pero refiriéndose a las disposiciones más favorables a los inversores en cualquier otro tratado que haya firmado el país y. Los árbitros han permitido a un inversor argentino demandar a España amparándose en los derechos de un tratado entre Chile y España,¹⁸⁹ y a un inversor australiano demandar a India con los derechos de un tratado entre este país y Kuwait.¹⁹⁰ Esto multiplica los riesgos de ataques exitosos contra políticas públicas. El redactado de la UE aborda este problema en cierta medida, pero sigue estando abierto a la interpretación de los árbitros y es ambiguo. ¿Por qué la UE no prohíbe claramente la “importación” de las disposiciones sustantivas de otros tratados? Solo lo hace “a falta de medidas adoptadas conforme a dichas disposiciones” y el término “medida” se define de forma extremadamente amplia (véase arriba).

Libre transferencia de capitales: “Cada una de las Partes permitirá que todas las transferencias relativas a una inversión amparada se efectúen... libre o prontamente”. Luego sigue una lista de ejemplos de tipos de transferencias, que incluirían beneficios, intereses y pagos realizados conforme a un contrato. (capítulo 2, sección 1, artículo 6.1)

Esta disposición permitiría que el inversor pudiera retirar todos los fondos relacionados con una inversión, limitando la capacidad de los países para gestionar las entradas y salidas repentinas y masivas de capital, la balanza de pagos y otras crisis macroeconómicas. Se trata de una prohibición *de facto* sobre los controles de capital y los impuestos sobre las transacciones financieras.

Un tipo de cláusula general (umbrella): “Cuando una Parte haya contraído un compromiso contractual por escrito con inversores de la otra Parte o con sus inversiones amparadas, dicha Parte no podrá... romper el citado compromiso mediante el ejercicio de facultades gubernamentales.” (capítulo 2, sección 1, artículo 7)

Esto elevaría todos los contratos escritos de un Estado con respecto a una inversión al nivel del derecho internacional, multiplicando el riesgo de costosas demandas. Esta cláusula, por ejemplo, permitiría a un inversor presentar una demanda ISDS por la supuesta violación de un contrato con un municipio, incluso aunque dicho contrato exigiera que se recurriera a los tribunales nacionales.

Un proceso de solución de controversias sesgado a favor de los inversores extranjeros

Consentimiento al arbitraje: “La Parte demandada acepta la presentación de una demanda de arbitraje en virtud de la presente sección.” Las demandas se pueden presentar en el marco de las normas de arbitraje inversor-Estado habituales, como el Convenio CIADI y las normas de la CNUDMI. (capítulo 2, sección 3, artículo 6.2 y artículo 7.1) **No existe obligación de que primero se deban agotar los recursos de la jurisdicción interna.**

Aquí es donde la UE dice, de hecho: nuestros tribunales no son lo bastante buenos para los inversores extranjeros. A diferencia de las empresas del país y de la gente común, los inversores extranjeros tendrán el derecho exclusivo de eludir los sistemas jurídicos nacionales y demandar a la UE y sus Estados miembros directamente ante tribunales internacionales, que juzgarán si las políticas son acertadas o equivocadas, y podrán determinar que se paguen grandes sumas de dinero de los contribuyentes como indemnización.

El tribunal que decidirá sobre los casos: Las demandas presentadas por los inversores serán resueltas por un “tribunal” de tres personas elegidas de una lista de 15 “jueces” designados por la UE y su socio comercial. Estos recibirán unos “honorarios fijos” de unos 2.000 euros al mes, y además cobrarán según lo dispuesto por el Reglamento Administrativo y Financiero del Convenio del CIADI”. (capítulo 2, sección 3, artículo 9)

Las controversias inversor-Estado no serán resueltas por jueces independientes con un sueldo fijo. Por el contrario, los fallos dependerán de árbitros con fines de lucro que cobran por cada caso —unos lucrativos 3.000 dólares al día, según la tabla de honorarios del CIADI, además de unos honorarios fijos mensuales de unos 2.000 euros—¹⁹¹ y que tienen un fuerte incentivo para decidir en favor de aquella parte que puede presentar más demandas en el futuro: el inversor.

Código deontológico: Los llamados ‘jueces’ “serán elegidos entre personas que ofrezcan absolutas garantías de independencia”. Deberán adherirse a un código de conducta y “deberán abstenerse de actuar como abogado o como perito o testigo designado por las partes en cualquier controversia sobre protección de inversiones en curso o nueva”. (capítulo 2, sección 3, artículo 11.1)

Esta disposición no cumple con unos estándares institucionales reales que garanticen la independencia e imparcialidad de los árbitros, como un salario fijo. Resulta especialmente preocupante que a los llamados ‘jueces’ no se les impida actuar como árbitros en otros casos ni ejercer como abogados particulares (aunque no como abogados en otras demandas de inversión) y que no exista un período mínimo de incompatibilidad de funciones antes o después de su nombramiento. Así que formarían parte del pequeño círculo de árbitros que han resuelto la mayoría de controversias relativas a inversiones hasta ahora, que han promovido las demandas y que han potenciado su propio negocio mediante una interpretación de la legislación amplia y en favor del inversor.

Concesión de indemnizaciones: Cuando un tribunal determine que un Estado ha violado los derechos de los inversores propuestos por la UE, puede conceder "(a) daños pecuniarios y los intereses que procedan; (b) restitución de bienes". "Los daños pecuniarios no serán mayores que la pérdida sufrida por el demandante." (capítulo 2, sección 3, artículo 28.1 y 2)

Las indemnizaciones por daños pueden causar graves estragos en el erario público y pueden hacerse efectivas mediante el embargo de bienes del Estado en todo el mundo. Uno de los laudos conocidos más altos hasta la fecha, 1.100 millones de dólares — equivalentes al 1 por ciento del PIB del país— recayó sobre Ecuador.¹⁹² En 2003, la República Checa pagó a una empresa 354 millones de dólares, entonces equivalente al presupuesto nacional de salud del país.¹⁹³ Muchas veces, los tribunales ordenan que se pague una indemnización por las ganancias previstas en el futuro como parte de la pérdida sufrida por el inversor, como sucedió en un caso contra Libia, que tuvo que desembolsar 900 millones de dólares por "beneficios perdidos" de "la pérdida de oportunidades reales y ciertas" de un proyecto turístico, aunque el inversor solo había invertido 5 millones de dólares y la construcción nunca empezó.¹⁹⁴

Concesión de indemnizaciones: Un tribunal puede conceder "únicamente" daños pecuniarios o restitución de bienes (capítulo 2, sección 3, artículo 28.1). Según la UE, esto significa que la decisión de un tribunal no puede conducir a la derogación de una medida adoptada por parlamentos en la UE y sus países socios.

Esto no impedirá que los Gobiernos deroguen medidas "voluntariamente" cuando una compañía acaudalada presente o amenace con presentar una demanda importante. Entre los ejemplos de esta 'disuasión reguladora' está la reducción de los controles ambientales para instalar una planta de energía térmica a carbón cuando Alemania llegó a un acuerdo para poner fin a una controversia con la compañía energética sueca Vattenfall (véase el cuadro 1 en la página 12) y el aplazamiento de la aplicación de normas antitabaco en Canadá y Nueva Zelanda, después de que la gran industria tabaquera hubiera amenazado con interponer una demanda.¹⁹⁵ Podría decirse que este efecto disuasorio es la principal función del régimen global de inversiones.

No hay ninguna alusión a las **obligaciones de los inversores** en ningún pasaje del texto.

La UE propone establecer unos derechos muy potentes y altamente aplicables, pero sin responsabilidades procesables, a los inversores extranjeros. El sistema no puede ser utilizado por un Estado anfitrión ni por terceras partes afectadas, como un sindicato o una comunidad local, para exigir a los inversores que rindan cuentas si violan los derechos humanos, laborales, ambientales u otras normas, y las instituciones nacionales no ofrecen un recurso efectivo.

Notas

- 1 *The Economist*, "Investor-state dispute settlement. The arbitration game", 11 de octubre de 2014, <http://www.economist.com/news/finance-and-economics/21623756-governments-are-souring-treaties-protect-foreign-investors-arbitration>
- 2 Citado en: Paul Ames, "ISDS: The most toxic acronym in Europe", *Politico*, 17 de septiembre 2015, <http://www.politico.eu/article/isds-the-most-toxic-acronym-in-europe/>
- 3 Joseph E. Stiglitz, "How Trade Agreements Amount to a Secret Corporate Takeover", *Huffington Post*, 18 de mayo de 2015, http://www.huffingtonpost.com/joseph-e-stiglitz/trade-agreements-amount-to-corporate-takeover_b_7302072.html
- 4 Citado en: Campact, "Experten-Check: Was der Handelsgerichtshof in TTIP wirklich bedeutet", video, 9 de diciembre de 2015, <https://www.youtube.com/watch?v=0x9QZ8ebwfo>
- 5 El navegador de acuerdos internacionales de inversión de la UNCTAD (IIAN) ofrece la mejor panorámica de los acuerdos internacionales existentes en este ámbito: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (consultado el 10 de febrero de 2016)
- 6 ICSID, "Schedule of Fees", a partir del 1 de enero de 2013, <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/Schedule-of-Fees.aspx>
- 7 Corporate Europe Observatory y Transnational Institute, "Cuando la injusticia es negocio: Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones", noviembre de 2012, capítulo 4, <http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>
- 8 Campaign for Tobacco-Free Kids, "Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay", <http://www.tobaccocontrolaws.org/litigation/decisions/uy-20130702-philip-morris-brands-v-urugua>
- 9 Ben Beachy, "The Corporation Behind Keystone XL Just Laid Bare the TPP's Threats to Our Climate", *Huffington Post*, 7 de Enero de 2016, http://www.huffingtonpost.com/ben-beachy/the-corporation-behind-ke_b_8931802.html; Hymas, Lisa, "The 7 things you need to know now about the Keystone XL pipeline", *Grist*, 6 de noviembre de 2015, <http://grist.org/climate-energy/the-7-things-you-need-to-know-now-about-the-keystone-xl-pipeline/>
- 10 IISD, "The State of Play in *Vattenfall v. Germany II*: Leaving the German public in the dark", diciembre de 2014, <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/state-of-play-vattenfall-vs-germany-ii-leaving-german-public-dark-en.pdf>
- 11 IAPP, "Forestic v South Africa (Italy-South Africa BIT)", febrero de 2011, http://iiapp.org/media/uploads/foresti_v_south_africa.rev.pdf
- 12 Janet M. Eaton, "Digby Neck Quarry Bilcon Case, Tribunal Decision and Dissent", 11 de mayo de 2015, <http://www.sierraclub.ca/sites/sierraclub.ca/files/JANET201505.pdf>
- 13 Federico Lavopa, "Crisis, Emergency Measures and the Failure of the ISDS System: The case of Argentina", South Centre Investment Policy Brief No. 2, julio de 2015, http://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/07/IPB2_Crisis-Emergency-Measures-and-the-Failure-of-the-ISDS-System-The-Case-of-Argentina.pdf
- 14 Claudia Ciobanu, "Rosia Montana, an omen for TTIP", *Euractiv*, 27 de julio de 2015, <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/rosia-montana-omen-ttip-316594>
- 15 Corporate Europe Observatory/ Council of Canadians/ Transnational Institute, "The right to say no: EU-Canada trade agreement threatens fracking bans", 6 de mayo de 2013, <http://corporateeurope.org/climate-and-energy/2013/05/right-say-no-eu-canada-trade-agreement-threatens-fracking-bans>; *IA Reporter*, "In new pleading, Lone Pine questions 'environmental' bona fides of decision to cancel fracking exploration permit, and offers a DCF valuation of its losses", 7 de mayo de 2015, <http://www.iareporter.com/articles/in-new-pleading-lone-pine-questions-environmental-bona-fides-of-decision-to-cancel-fracking-exploration-permit-and-offers-a-dcf-valuation-of-its-losses/>
- 16 George Kahale III quoted in: "Kahale calls for overhaul of BIT system", *Global Arbitration Review*, 11 de abril de 2014, <http://www.curtis.com/siteFiles/Publications/GAR.pdf>
- 17 Alfred de Zayas, "How can Philip Morris sue Uruguay over its tobacco laws?", *The Guardian*, 16 de noviembre de 2015, http://www.theguardian.com/commentisfree/2015/nov/16/philip-morris-uruguay-tobacco-isds-human-rights?CMP=share_btn_tw
- 18 UNCTAD, "Investment Dispute Settlement Navigator", <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS> (consultado el 10 de febrero de 2016)
- 19 Campaign for Tobacco Free Kids and Cancer Action Network, "The Trans-Pacific Partnership (TPP) presents an opportunity to end the abusive tobacco industry trade lawsuits which are both undermining legitimate tobacco control policies and complicating trade negotiations", mayo de 2015, https://www.tobaccofreekids.org/content/what_we_do/federal_issues/trade/ISDS_TFK_ACS_CAN_Fact_Sheet_May_2015.pdf. Para un análisis más detallado sobre el arbitraje de inversiones y el hecho de que los Gobiernos abandonen ciertas leyes por la amenaza de una importante demanda por daños, véase: Kyla Tienhaara, "Regulatory chill and the threat of arbitration", 2010, en: C. Brown y K. Miles (eds) *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, 606-627
- 20 Citado en: William Greider, "The Right and US Trade Law. Invalidating the 20th Century", *The Nation*, 17 de noviembre de 2001, <http://www.thenation.com/article/right-and-us-trade-law-invalidating-20th-century/>
- 21 Kip Keen, "Landmark Canada/EU trade agreement could have major implications for miners", *Mineweb*, 23 de octubre de 2013, <http://www.mineweb.com/archive/landmark-canadaeu-trade-agreement-could-have-major-implications-for-miners/>
- 22 Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, "Profiting from Crisis. How corporations and lawyers are scavenging profits from Europe's crisis countries", March 2014, capítulo 5, <http://corporateeurope.org/eu-crisis/2014/03/profitting-how-corporations-and-lawyers-are-scavenging-profits-europe-crisis>; Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, 2012, op cit. nota 7, capítulo 3
- 23 Gus van Harten, "Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration", *Osgoode Hall Law Journal* 50:1, 2012, 211-268, <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1036&context=ohlj>; Gus van Harten, "Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication (Part Two): An Examination of Hypotheses of Bias in Investment Treaty Arbitration", *Osgoode Legal Studies Research Paper No. 31/2016*, 2016; http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2721920
- 24 Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, 2012, op cit nota 7, capítulo 5
- 25 UNCTAD, "World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance", 2015, capítulo III, http://unctad.org/en/publicationchapters/wir2015ch3_en.pdf; UNCTAD, op cit nota 18

- 26 ICSID, "The ICSID Caseload Statistics (Issue 2016-1)", p.24f., <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20%28English%29%20final.pdf>
- 27 Gus Van Harten and Pavel Malysheuski, "Who has benefited financially from investment treaty arbitration? An evaluation of the size and wealth of claimants", Osgoode Legal Studies Research Paper No. 14, 12:3, 2016, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2713876
- 28 Matthew Hodgson, "Counting the Costs of Investment Treaty Arbitration", *Global Arbitration Review*, 24 March 2014, http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/Counting_the_costs_of_investment_treaty.pdf
- 29 Sebastian Perry, "The cost of Yukos", *Global Arbitration Review*, 29 de julio de 2014, <http://globalarbitrationreview.com/news/article/32852/the-cost-yukos/>
- 30 Véase por ejemplo: <http://www.isdscorporateattacks.org/>; <http://justinvestment.org/>; Public statement on the international investment regime, 31 de agosto 2010, <http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/>; Open letter from lawyers to the negotiators of the Trans-Pacific Partnership urging the rejection of investor-state dispute settlement, 8 de mayo de 2012, <https://tpplegal.wordpress.com/open-letter/>; Statement of Concern about Planned Provisions on Investment Protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 14 de julio de 2014, https://www.kent.ac.uk/law/isds_treaty_consultation.html; Open letter to US Congress members, 30 de abril de 2015, https://www.washingtonpost.com/r/2010-2019/WashingtonPost/2015/04/30/Editorial-Opinion/Graphics/oppose_ISDS_Letter.pdf
- 31 Simon Lester, "Debating ISDS", *Kluwer Arbitration Blog*, 20 de junio de 2015, <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/06/20/debating-isds-2/>
- 32 Deutscher Richterbund, "Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP – Vorschlag der Europäischen Kommission vom 16.09.2015 und 12.11.2015", Nr. 04/16, 4 de febrero de 2016, <http://www.drb.de/cms/index.php?id=952>, traducción no oficial al inglés: https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2016/english_version_deutsche_richterbund_opinion_ics_feb2016.pdf
- 33 Simon Lester, 2015, op cit. nota 31
- 34 La ley de Sudáfrica y el nuevo modelo de tratado de la India excluyen tanto el principio de 'trato justo y equitativo' como el de 'nación más favorecida'. Según el modelo indio, antes de recurrir al arbitraje inversor-Estado, se deberán intentar los recursos internos durante cinco años. La ley sudafricana excluye por completo el recurso al arbitraje internacional. Además, la protección de los inversores se ha puesto en sintonía con la Constitución, por lo que a los inversores extranjeros no se les pueden otorgar más derechos que al resto. Véase Maxim Bönnemann, "Towards Post-Western Investment Law? Alternative Visions in the Making", *Völkerrechtsblog*, 14 de septiembre de 2015, <http://www.bilaterals.org/?towards-post-western-investment&lang=en>
- 35 Abdulkadir Jailani, "Indonesia's Perspective on Review of International Investment Agreements", South Centre Investment Policy Brief No. 1, julio de 2015, http://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/07/IPB1_Indonesia-Perspective-on-Review-of-Intl-Inv-Agreements_EN.pdf
- 36 Gaetano Iorio Fiorelli, "Italy withdraws from Energy Charter Treaty", *Global Arbitration Review*, 6 de mayo de 2015, <http://globalarbitrationnews.com/italy-withdraws-from-energy-charter-treaty-20150507/>
- 37 Citado en: Eve Schram, "American Mining Giant Escaped Indonesian Law with ISDS", *Inter Press Service*, 28 de diciembre de 2015, <http://www.ipsnews.net/2015/12/american-mining-giant-escaped-indonesian-law-with-isds/>
- 38 Lauge N. Skovgaard Poulsen, "Bounded Rationality and the Diffusion of Modern Investment Treaties", *International Studies Quarterly* 58:1, 1-14, p.10
- 39 Lauge N. Skovgaard Poulsen, "Bounded Rationality and Economic Diplomacy: The Politics of Investment Treaties in Developing Countries", 2015, Cambridge University Press.
- 40 Ibid., p. xv
- 41 Ibid., p. xvi
- 42 Ibid., p.20f.
- 43 European Commission, "Investment", enero de 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153018.5%20Investment.pdf
- 44 ICC, "Bilateral Investment Treaties and Investor-State Dispute Resolution", 2014, <http://www.icc-austria.org/fxdata/iccws/prod/media/files/20140616%20ICC%20Key%20facts%20on%20Bilateral%20Investment%20Treaties.pdf>
- 45 Para una panorámica de la bibliografía al respecto, véase: Lauge Skovgaard Poulsen, "The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence", 2010, http://works.bepress.com/lauge_poulsen/4/; Jason W. Yacke, "Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence", 2010, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1594887
- 46 Ibid.
- 47 Parlamento europeo, "Answer given by Ms Malmström on behalf of the Commission", 14 de septiembre de 2015, E-008187/2015, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2015-008187&language=EN>
- 48 Xavier Carim, "International Investment Agreements and Africa's Structural Transformation: A Perspective from South Africa", South Centre Investment Policy Brief No. 4, agosto de 2015, p.3, http://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/08/IPB4_IAs-and-Africa%E2%80%99s-Structural-Transformation-Perspective-from-South-Africa_EN.pdf
- 49 OECD, "FDI stocks", <https://data.oecd.org/fdi/fdi-stocks.htm> (consultado el 10 de febrero de 2016)
- 50 UNCTAD, "Bilateral FDI statistics", <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/FDI%20Statistics/FDI-Statistics-Bilateral.aspx> (consultado el 10 de febrero de 2016)
- 51 Jason W. Yacke, 2010, op cit. nota 45
- 52 UNCTAD, "World Investment Report 2014. Investing in the SDGs: an action plan", 2014, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf
- 53 Xavier Carim, 2015, op cit. nota 48
- 54 UNCTAD, 2014, op cit. nota 52
- 55 Gus van Harten, "A report on the flawed proposals for investor-state dispute settlement (ISDS) in TTIP and CETA", Osgoode Legal Studies Research Paper No. 16, 11:4, 2015, p.12f, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2595189
- 56 Citado en: Jess Hill, "TPP's clauses that let Australia be sued are weapons of legal destruction, says lawyer", *The Guardian*, 10 de noviembre de 2015, <http://www.theguardian.com/business/2015/nov/10/tpps-clauses-that-let-australia-be-sued-are-weapons-of-legal-destruction-says-lawyer>

- 57 Corporate Europe Observatory, "TTIP investor rights: the many voices ignored by the Commission", 3 February 2015, <http://corporateeurope.org/international-trade/2015/02/ttip-investor-rights-many-voices-ignored-commission>
- 58 Iniciativa Europea contra el TTIP: <https://stop-ttip.org/sign/>
- 59 Virginia López Calvo, "The great rebranding: how the EU tried to fool us into thinking it has removed ISDS from TTIP", *OpenDemocracy*, 22 de octubre de 2015, <https://www.opendemocracy.net/can-europe-make-it/virginia-l-pez-calvo/great-rebranding-how-eu-tried-to-fool-us-into-thinking-it-ha>
- 60 Asamblea Nacional Francesa, "Résolution Européenne sur le projet d'accord économique et commercial entre l'Union européenne et le Canada", Texte Adopté no. 428, 23 de noviembre de 2014, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0428.asp>; Senado francés, "Rapport et Texte de la Commission," No. 134, 27 de noviembre de 2014, <http://www.senat.fr/rap/I14-134/I14-1341.pdf>; Parlamento austriaco, "Entschließung des Nationalrates vom 24. Septembrie de 2014 betreffend Anforderungen an Freihandelsabkommen der EU", 40/E XXV. GP, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/E/E_00040/fname_366504.pdf; Dutch Parliament, "Motie Segers c.s. over geen geschillenbeslechting in TTIP die afbreuk doet aan ons nationale rechtssystem - Europese Raad", <https://www.parlementairemonitor.nl/9353000/1j9vvij5epmj1ey0/vjshpkcb2gh7>
- 61 Gobierno de la República francesa, "Vers un nouveau moyen de régler les différends entre États et investisseurs", mayo de 2015, <http://transatlantique.blog.lemonde.fr/2015/06/02/tribunaux-darbitrage-la-france-presente-ses-propositions-a-bruxelles/#document>; Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, "Modell-Investitionsschutzvertrag mit Investor-Staat-Schiedsverfahren für Industriestaaten unter Berücksichtigung der USA", mayo de 2015, <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/modell-investitionsschutzvertrag-mit-investor-staat-schiedsverfahren-gutachten,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>
- 62 Citado en: Paul Ames, 2015, op cit. endnote 2
- 63 Comisión europea, "Commission proposes new Investment Court System for TTIP and other EU trade and investment negotiations", 16 de septiembre de 2015, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1364>
- 64 Hendrik Kafsack, "Bessere Schiedsgerichte", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 16 de septiembre de 2015, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/ttip-und-freihandel/kommentar-ttip-bessere-schiedsgerichte-13806727.html>, translation: Pia Eberhardt
- 65 András Szigetvari, "Investorenschutz: Erfolg für TTIP-Kritiker", *Der Standard*, 16 de septiembre de 2015, <http://derstandard.at/2000022328908/Investorenschutz-Erfolg-fuer-TTIP-Kritiker>, translation: Pia Eberhardt
- 66 Transport & Environment, "New' Investment Court System still privileges foreign investors under EU-US trade deal", 16 de septiembre de 2015, <http://www.transportenvironment.org/press/%E2%80%98new%E2%80%99-investment-court-system-still-privileges-foreign-investors-under-eu-us-trade-deal>
- 67 Socialistas y demócratas, "S&Ds welcome the new trade dispute resolution mechanism, replacing ISDS", 16 de septiembre de 2015, <http://www.socialistsanddemocrats.eu/newsroom/sds-welcome-new-trade-dispute-resolution-mechanism-replacing-isds>
- 68 Grupo de la Alianza Progresista de los Socialistas y Demócratas en el Parlamento Europeo, "El S&D quiere que la resolución de litigios entre inversor y Estado quede fuera de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI) entre la UE y los Estados Unidos", 21 de enero de 2014, <http://www.socialistsanddemocrats.eu/newsroom/sds-want-investor-state-dispute-mechanism-out-eu-us-trade-and-investment-agreement-ttip>
- 69 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, "Pressemitteilung. Staatssekretär Machnig: Durchbruch für modernen und transparenten Investitionsschutz", 16 de septiembre de 2015, <http://www.bmwi.de/DE/Presse/pressemitteilungen,did=726118.html>, traducción: Pia Eberhardt.
- 70 Kattalin Landaburu, "Etats-Unis/TTIP : Bruxelles va proposer aux Américains une réforme du mécanisme de règlement des différends investisseurs/Etat", *Le Moci*, 18 de septiembre de 2015, <http://www.lemoci.com/actualites/pays-marches/etats-unisttip-bruxelles-va-proposer-aux-americains-une-reforme-du-mecanisme-de-reglement-des-differents-investisseursetat/>, traducción: Pia Eberhardt
- 71 Huib De Zeeuw, "Ploumen: grootste bezwaar TTIP is al 'dood en begraven'", *NRC*, 7 de octubre de 2015, <https://www.nrc.nl/nieuws/2015/10/07/ploumen-neemt-110-000-handtekeningen-in-ontvangst-tegen-ttip>, traducción: Pia Eberhardt
- 72 Según la sección 3, artículo 6.2, de la propuesta de la Comisión, las demandas inversor-Estado se podrían presentar al amparo de las normas del CIADI, las normas de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) u otras normas de arbitraje acordadas por las partes litigantes. Véase: Comisión Europea, "Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade in services, investment and e-commerce. Chapter II – Investment", 12 de noviembre de 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf.
- 73 La sección 3, artículo 9.14, de la propuesta de la Comisión señala que, mientras no se establezca un salario regular para los llamados "jueces" que resuelvan las diferencias entre inversores y Estados, sus honorarios y gastos "se determinarán de conformidad con la Regla 14(1) del Reglamento Administrativo y Financiero del Convenio del CIADI". Ese reglamento se refiere a los honorarios diarios de los árbitros, que "serán determinados periódicamente por el Secretario General [del CIADI], con la aprobación del Presidente" (CIADI, "Convenio CIADI, reglamento y reglas", 2006, p. 60, https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf). Esto se hace en memorando de honorarios y cargos, vigente a partir del 1 de enero de 2013, que dispone, en su punto (3), que los árbitros "tienen derecho a recibir honorarios a razón de US\$3.000 diarios por cada día en que participen en reuniones o por cada día de trabajo relacionados con los procedimientos" (CIADI, "Derechos, Honorarios y Cargos", a partir del 1 de enero de 2013 <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/Schedule-of-Fees.aspx>)
- 74 Gus van Harten, "Key flaws in the European Commission's proposals for foreign investor protection in TTIP", 18 de noviembre de 2015, p.1, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2692122
- 75 Quoted in: Campact, "Experten-Check: Was der Handelsgerichtshof in TTIP wirklich bedeutet", video, 9 de diciembre 2015, <https://www.youtube.com/watch?v=0x9QZ8ebwF0>
- 76 Deutscher Richterbund, 2016, op cit. nota 32

- 77 Laurens Ankersmit, "Keystone ISDS lawsuit highlights legal risks of EU trade deals", *Euractiv*, 25 de enero de 2016, <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/keystone-pipeline-isds-lawsuit-highlights-legal-risks-eu-trade-deals-321274>
- 78 Según el artículo 6 de la propuesta de la Comisión, los inversores "podrán presentar una demanda" ante el tribunal de primera instancia. La parte demandada "acepta la presentación de una demanda de arbitraje" en el artículo 7. En el texto no se menciona en ningún momento la obligación de que primero se deban agotar los recursos de la jurisdicción interna. Véase: Comisión Europea, "Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade in services, investment and e-commerce. Chapter II – Investment", 12 de noviembre de 2015, sección 3, artículos 6 y 7, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf
- 79 Public Citizen, "TAFTA Corporate Empowerment Map", 2014, <https://www.citizen.org/TAFTA-investment-map>
- 80 UNCTAD, "Investor-state dispute settlement: an information note on the United States and the European Union", junio de 2014, p.1, http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/INVESTOR%20STATE%2020%20JUNE%202014_1.pdf
- 81 Transatlantic Consumer Dialogue, "Response to the European Commission's Investor-State Dispute Settlement 'Reform' proposal", enero de 2016, <http://tacd.org/wp-content/uploads/2015/02/TACD-resolution-ICS-proposal.pdf>
- 82 Esto es posible a través de la amplia definición del término 'inversor' en la propuesta de la Comisión; véase el anexo en la página 40.
- 83 Freshfields Bruckhaus Deringer, "Will growth in BIT claims really slow down?", 2013, <http://www.freshfields.com/foresight/article-06.html>
- 84 Conversación por correo electrónico con la autora, Pia Eberhardt. Schepel se refiere al valor de mercado de la cartera estadounidense de valores extranjeros, por país y por tipo de valor, a fecha de 31 de diciembre de 2014; véase: <http://ticdata.treasury.gov/Publish/shcprelim.html>
- 85 UNCTAD, 2014, op cit. nota 80; Public Citizen, "Tens of Thousands of U.S. Firms Would Obtain New Powers to Launch Investor-State Attacks against European Policies via CETA and TTIP", 2014, p.1, <https://www.citizen.org/documents/EU-ISDS-liability.pdf>
- 86 Los Estados miembros de la UE que tienen un tratado bilateral de inversión con los Estados Unidos son: Bulgaria, Croacia, Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa, República Eslovaca y Rumanía.
- 87 Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos, CIADI, Caso No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 2000, párr. 102f.
- 88 Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 2003, para 152f.
- 89 Citado en: Inside US Trade, "U.S. Investment Protection Advocates Wary Of Possible TTIP Outcome", 24 de junio de 2014
- 90 Citado en Eric Frei, "Schiedsrechtsexperte: TTIP-Gerichtshof würde wenig ändern", *Der Standard*, 2 de noviembre de 2015, <http://derstandard.at/2000024886097/TTIP-Gerichtshof-wuerde-wenig-aendern>, traducción: Pia Eberhardt
- 91 Abal Hermanos, S.A. v. Uruguay, Sentencia No. 1713, Suprema Corte de Justicia, 17 de noviembre de 2010
- 92 ClientEarth, "Legality of investor-state dispute settlement (ISDS) under EU law", 22 de octubre de 2015, p.17, <http://documents.clientearth.org/wp-content/uploads/library/2015-10-15-legality-of-isds-under-eu-law-ce-en.pdf>
- 93 Simon Lester, 2015, op cit. nota 31
- 94 Por ejemplo, en un debate público sobre la propuesta del ICS, Rupert Schlegelmilch, de la Comisión Europea, sostuvo que casos inversor-Estado como los presentados por Vattenfall o Philip Morris estaban "basados en el sistema no reformado" y que "lo que estamos abordando en la reforma es la solución" a este tipo de demandas. Véase: TNI, "Does the EU's 'Investment Court System' put an end to ISDS?", vídeo, 23 de noviembre de 2015, <https://www.tni.org/en/article/does-the-eus-investment-court-system-put-an-end-to-isds>
- 95 TransCanada Corporation & TransCanada PipeLines Limited, "Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement", 6 de enero 2016, <https://assets.documentcloud.org/documents/2676478/TransCanada-Notice-of-Intent-6-Jan-2016.pdf>
- 96 La propuesta de la Comisión está dividida en dos partes: el borrador del capítulo general sobre comercio de servicios, inversión y comercio electrónico presentado en julio de 2015 y el subcapítulo 2 de ese mismo capítulo sobre inversiones, que se hizo público en noviembre de 2015. Véase: Comisión Europea, "Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade in services, investment and e-commerce", 31 de julio de 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc_153669.pdf; European Commission, "Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade in services, investment and e-commerce. Chapter II – Investment", 12 de noviembre de 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf
- 97 The White House, "Statement by the President on the Keystone XL Pipeline", 6 de noviembre de 2015, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/11/06/statement-president-keystone-xl-pipeline>
- 98 TransCanada Corporation y TransCanada PipeLines Limited, 2016, op. cit. nota 95, párr. 50, 51
- 99 Ibid., párr. 1
- 100 Ibid., párr. 59, 7
- 101 Ibid., encabezado C, párr. 60
- 102 Ibid., párr. 57, 8
- 103 Ibid., párr. 1
- 104 Ibid., párr. 10, 2
- 105 Ibid., párr. 10
- 106 Jim Shultz, "The Pipeline Strikes Back: The Audacity of TransCanada's \$15B Suit Against the U.S.", *Yes! Magazine*, 3 de febrero 2016, <http://www.yesmagazine.org/planet/the-pipeline-strikes-back-the-audacity-of-transcanadas-fifteenb-suit-against-the-us-20160203>
- 107 TransCanada Corporation y TransCanada PipeLines Limited, 2016, op cit. nota 95, párr. 1
- 108 Ibid., párr. 61
- 109 Jim Snyder, "How TransCanada Corp can recoup US\$2.4 billion in losses if Obama rejects Keystone XL", *Bloomberg News*, 4 de agosto de 2015, http://business.financialpost.com/news/energy/how-transcanada-corp-can-recoup-us2-4-billion-in-losses-if-obama-rejects-keystone-xl?_lsa=c531-4926
- 110 Si bien el artículo 28.2 de la propuesta de la UE especifica que "los daños pecuniarios no serán mayores que la pérdida sufrida por el demandante", los tribunales han concedido en numerosas ocasiones indemnizaciones por la pérdida de ganancias previstas en el futuro como parte de la pérdida experimentada por el inversor. Véase: Comisión Europea, 12 de noviembre de 2015, op. cit. nota 94, sección 3, artículo 28

- 111 TransCanada Keystone Pipeline, LP and TC Oil Pipeline Operations Inc., "Complaint in the United States District Court for the Southern District of Texas Houston Division", 6 de enero de 2016, <http://keystone-xl.com/wp-content/uploads/2016/01/TransCanada-Complaint-January-6-2016.pdf>
- 112 Stephan Schill ha puesto en tela de juicio que se pudieran descartar demandas paralelas y sucesivas. Véase: Stephan Schill, "Das TTIP-Gericht: Keimzelle oder Stolperstein für echte Multilateralisierung des internationalen Investitionsrechts?", *Verfassungsblog*, 25 de noviembre de 2015, <http://verfassungsblog.de/das-ttip-gericht-keimzelle-oder-stolperstein-fuer-echte-multilateralisierung-des-internationalen-investitionsrechts/>
- 113 *World Trade Online*, "Levin: Keystone ISDS Case Highlights Need For TPP Investment Changes", 8 de enero de 2016, <http://insidetrade.com/daily-news/levin-keystone-isds-case-highlights-need-tpp-investment-changes>
- 114 Informe de próxima publicación de Amigos de la Tierra Europa, Corporate Europe Observatory, Forum Umwelt & Entwicklung y Transnational Institute.
- 115 Según el artículo 28, los tribunales pueden condenar a los Estados a pagar "daños pecuniarios y los intereses que procedan" cuando resuelven que se ha quebrantado alguno de los amplios de los inversores. Véase también la nota 110.
- 116 Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company y la República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre anulación del laudo, 2 de noviembre de 2015, <https://icsid.worldbank.org>
- 117 Mihir A. Desai y Alberto Moel, "Czech Mate: Expropriation and Investor Protection in a Converging World," 2006, p.14, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=585843
- 118 Diana Rosert, "Libya ordered to pay US\$935 million to Kuwaiti company for cancelled investment project; jurisdiction established under Unified Agreement for the Investment of Arab Capital", *Investment Treaty News*, 19 de enero de 2014, <http://www.iisd.org/itn/2014/01/19/awards-and-decisions-14/>
- 119 Gus van Harten, 2015, op cit. nota 74, pp.4-5
- 120 Citado en: Alex Newman, "TTIP of the iceberg - what the Transatlantic Trade and Investment Partnership means for lawyers on both sides of the Pond", *LegalWeek*, 12 de febrero de 2014, <http://www.legalweek.com/legal-week/analysis/2327975/ttip-of-the-iceberg-what-the-transatlantic-trade-and-investment-partnership-trade-deal-means-for-lawyers-on-both-sides-of-the-atlantic>
- 121 Gus van Harten, 2015, op cit. nota 74, p.4
- 122 Gus van Harten, Sold Down the Yangtze: Canada's Lopsided Investment Deal with China, p.18
- 123 Citado en: Trade Justice Movement, "Worried about UK BITs? The case for reviewing UK investment protection provisions", octubre de 2015, p.11, http://www.tjm.org.uk/documents/Worried_about_your_BITS_report_FINAL.pdf
- 124 Cezary Wiśniewski y Olga Górka, "A Need for Preventive Investment Protection?", *Kluwer Arbitration Blog*, 30 de septiembre de 2015, http://kluwerarbitrationblog.com/2015/09/30/a-need-for-preventive-investment-protection/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A%20KluwerArbitrationBlogFull%20%28Kluwer%20Arbitration%20Blog%20-%20Latest%20Entries%29
- 125 Campaign for Tobacco Free Kids and Cancer Action Network, op cit. nota 19
- 126 Liz Tout, Michelle Bradfield y Lucille De Silva, "The latest renewables claim: Abengoa's subsidiary launches investment treaty proceedings against Spain", *Lexology*, 29 de noviembre de 2013, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6b0271ca-b6d2-4d9b-8475-0247e401b735>
- 127 Informe interno de la Comisión Europea sobre una reunión con Chevron sobre el mecanismo ISDS en el TTIP, fechado el 29 de abril de 2014. Obtenido mediante una petición de acceso a documentación al amparo de la normativa de divulgación de la información de la UE y archivado en Corporate Europe Observatory.
- 128 Matthew Coleman y others, "Foreign Investors' Options to Deal with Regulatory Changes in the Renewable Energy Sector", 26 de septiembre de 2014, <http://www.steptoe.com/publications-9889.html>
- 129 David Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization, Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge University Press, p.3
- 130 Gus van Harten, citado en: Danielle Mackey, "The US-EU trade treaty that could let corporations sue governments", *Al Jazeera America*, 27 de mayo de 2015, <http://america.aljazeera.com/articles/2015/5/27/a-eu-us-trade-agreement-could-allow.html>
- 131 En el marco de la propuesta de la UE, los inversores pueden dirigirse en contra de las medidas siguientes: "toda medida de una Parte, ya sea en forma de ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión, acción administrativa, o cualquier otra forma". Las medidas pueden ser aquellas tomadas por "gobiernos y autoridades de todos los niveles" y por "organismos no gubernamentales en el ejercicio de facultades delegadas por gobiernos o autoridades de todos los niveles". Véase: Comisión Europea, 31 de julio de 2015, op. cit. nota 94, artículo 1-1 (o)
- 132 Public Citizen, "Ecuador's Highest Court vs. a Foreign Tribunal: Who Will Have the Final Say on Whether Chevron Must Pay a \$9.5 Billion Judgment for Amazon Devastation?", 11 de diciembre de 2013, <http://citizen.typepad.com/eyesontrade/2013/12/ecuadors-highest-court-vs-a-foreign-tribunal-who-will-have-the-final-say-on-whether-chevron-will-pay.html>
- 133 Citado en: Sebastian Perry, "STOCKHOLM: Arbitrator and counsel: the double-hat syndrome", *Global Arbitration Review* 7:2, 15 de marzo de 2012, <http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/30399/stockholm-arbitrator-counsel-double-hatsyndrome>
- 134 Public Citizen, "U.S. Pharmaceutical Corporation Uses NAFTA Foreign Investor Privileges Regime to Attack Canada's Patent Policy, Demand \$100 Million for Invalidation of a Patent", marzo de 2013, <https://www.citizen.org/documents/eli-lilly-investor-state-factsheet.pdf>
- 135 Deutscher Richterbund, 2016, op cit. nota 32
- 136 Section 3, article 9.14 of EU proposal, op cit. nota 73
- 137 Cecilia Malmström, "Opening remarks: Discussion on Investment in TTIP", 18 de marzo de 2015, p.4, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153258.pdf
- 138 Gus van Harten, 2012 and 2016, op. cit nota 23
- 139 Según la sección 2, subsección 5, artículo 23.1: "El tribunal deberá permitir a cualquier persona física o jurídica que pueda demostrar un interés directo y actual en el resultado de la disputa... que intervenga como tercera parte". Pero esa intervención debe "limitarse a respaldar, en su totalidad o en parte, el laudo solicitado por una de las partes litigantes".
- 140 OHCHR, "UN experts voice concern over adverse impact of free trade and investment agreements on human rights", 2 de junio de 2015, <http://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16031&LangID=E>

- 141 Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, 2012, op cit. nota 7
- 142 La propuesta de la UE solo prohíbe a los 15 árbitros predeterminados que trabajen en paralelo “como abogado o como perito o testigo designado por las partes en cualquier controversia sobre protección de inversiones en curso o nueva”. Así que disponen de total libertad para actuar como árbitros en otros procesos, y como abogados por su cuenta. Véase el capítulo 2, sección 4, artículo 11.
- 143 Según la propuesta de la UE, los miembros del tribunal “deberán tener experiencia demostrada en el ámbito del derecho internacional público. En particular, sería deseable que tuvieran experiencia en derecho internacional de inversiones, derecho comercial internacional y resolución de controversias derivadas de inversiones internacionales y de acuerdos comerciales internacionales”. Véase el capítulo 2, sección 4, artículo 9.5
- 144 Deutscher Richterbund, 2016, op cit. nota 32
- 145 UNCTAD, “Investor-state dispute settlement: review of developments in 2014”, p.3, http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/UNCTAD_WEB_DIAE_PCB_2015_%202%20IIA%20ISSUES%20NOTES%2013MAY%20.pdf
- 146 Véase: <http://treatymovement.com/>
- 147 Amigos de la Tierra Europa, “La política comercial de la UE: privilegios para las empresas y menos derechos para la gente”, diciembre de 2015, <https://www.foeeurope.org/rights-business-not-people-EU-agenda-271115>
- 148 UNCTAD, “International Investment Policymaking in Transition: Challenges and Opportunities of Treaty Renewal”, junio de 2013, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d9_en.pdf
- 149 Artículo 216 (2) TFEU
- 150 Cecilia Malmström, “Opening remarks: Discussion on Investment in TTIP”, 18 de marzo de 2015, p.4, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153258.pdf
- 151 EU-Vietnam Free Trade Agreement: Agreed text as of January 2016, Chapter 8 on trade in services, investment and e-commerce, chapter II investment, subsección 3, artículo 15, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154210.pdf
- 152 Deutscher Richterbund, 2016, op cit. nota 73
- 153 Amigos de la Tierra Europa, “The hidden costs of EU trade deals”, 4 de diciembre de 2014, <http://www.foeeurope.org/how-taxpayers-footing-bill-europes-trade-deals-041214>
- 154 Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), published on 29 de febrero de 2016, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf
- 155 Council of Canadians, “CETA announcement is smoke and mirrors”, 29 de febrero de 2016, <http://canadians.org/media/ceta-announcement-smoke-and-mirrors-council-canadians>
- 156 Canadian Centre for Policy Alternatives: “Making sense of the CETA. An Analysis of the Final Text of the Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement”, septiembre de 2014, https://www.policyalternatives.ca/sites/default/files/uploads/publications/National%20Office/2014/09/making_sense_of_the_ceta_PUBLICSERVICES.pdf
- 157 Corporate Europe Observatory and others, “Trading away democracy. How CETA’s investor protection rules threaten the public good in Canada and the EU”, noviembre de 2014, <http://corporateeurope.org/sites/default/files/trading-away-democracy.pdf>
- 158 Public Citizen, 2014, op cit. nota 85, p.1
- 159 Varios firmantes, “Stop the Corporate Giveaway! A transatlantic plea for sanity in the EU–Canada CETA negotiations”, 25 de noviembre de 2013, http://corporateeurope.org/sites/default/files/attachments/stop_the_corporate_giveaway_-_a_transatlantic_plea_for_sanity_in_the_eu-canada_ceta_negotiations.pdf
- 160 EPP Group calls for speedy ratification of EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), 29 de febrero de 2016, <http://www.eppgroup.eu/press-release/EU-Canada-trade:-let-the-ratification-countdown-begin!>
- 161 Liberals and Democrats, “Final details on CETA – Liberal success of Justin Trudeau and Cecilia Malmström”, 1 de marzo de 2016, <http://pr.euractiv.com/pr/final-details-ceta-liberal-success-justin-trudeau-and-cecilia-malmstr-m-138287>
- 162 Socialistas y demócratas, “S&Ds push through the new investment protection system in the Canada trade agreement”, 29 de febrero de 2016, <http://www.socialistsanddemocrats.eu/newsroom/sds-push-through-new-investment-protection-system-canada-trade-agreement>
- 163 Ibid.
- 164 Ibid.
- 165 Bernd Westphal, “CETA-Durchbruch: großer SPD-Erfolg”, 1 de marzo de 2016, <http://www.spdfraktion.de/presse/pressemitteilungen/ceta-durchbruch-gro%C3%9Ferd-sp-d-erfolg; translation: Pia Eberhardt>
- 166 Transatlantic Consumer Dialogue, 2016, op cit. nota 81
- 167 Global Justice Now, “Commission tries to “put lipstick on a pig” with alternative corporate court system”, 16 de diciembre de 2015, <http://www.globaljustice.org.uk/news/2015/sep/16/commission-tries-%E2%80%9Cput-lipstick-pig%E2%80%9D-alternative-corporate-court-system>
- 168 Véase por ejemplo, Seattle to Brussels Network, “Courting Foreign Investors”, 29 de septiembre de 2015, http://www.s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2015/10/S2B_ISDS.pdf; Transatlantic Consumer Dialogue, 2016, op cit. endnote 81
- 169 Owen Tudor, “#TTIP news: 10 reasons why the latest #ISDS compromise is a bad deal”, ToUChstone blog, 2 de julio de 2015, <http://touchstoneblog.org.uk/2015/07/ttip-news-10-reasons-why-the-latest-isds-compromise-is-a-bad-deal/>
- 170 Deutscher Richterbund, 2016, op. cit nota 32
- 171 Informe de próxima publicación, op cit.endnote 114
- 172 European Services Forum, “ESF Preliminary Comments on the Commission’s Proposal on Investment Protection in TTIP”, 8 de octubre de 2015. On file with CEO.
- 173 Citado en: Hans von der Burchard, “Business slams Malmström’s TTIP pitch”, *Politico*, 13 de octubre de 2015, <http://www.politico.eu/article/ttip-business-lobby-slams-malmstroms-arbitration-proposal-isds-businesseurope/>
- 174 Max Bank, “ISDS-Reformagenda: ‘In der Substanz ändert sich dadurch gar nichts’”, Lobbycontrol, 10 de diciembre de 2015, <https://www.lobbycontrol.de/2015/12/isds-reformagenda-in-der-substanz-aendert-sich-dadurch-gar-nichts/>; traducción: Pia Eberhardt
- 175 Citado en: Eric Frei, 2015, op cit. nota 90
- 176 Citado en: *Inside US Trade*, 2014, op cit. nota 89
- 177 BDI, “Bewertung: Investitionsschutz in TTIP. Vorschlag der EU-Kommission zu einem reformierten Investitionsschutz in TTIP”, octubre de 2015, http://bdi.eu/media/presse/publikationen/globalisierung-maerkte-und-handel/20151030_Positionspapier_Bewertung_Kom_Vorschlag_ISDS_in_TTIP.pdf, traducción: Pia Eberhardt

- 178 Ibid.
- 179 Citado en: Maude Barlow, "CETA changes make investor-state provisions worse", 3 de febrero de 2016, <http://canadians.org/blog/ceta-changes-make-investor-state-provisions-worse>
- 180 Philippe Lamberts y otros europarlamentarios, "TTIP: la Commission jette de la poudre aux yeux", *Le Soir*, 20 de octubre de 2015, <http://www.clauderolin.eu/carteblanche/>, traducción: Pia Eberhardt
- 181 Judith Kirton-Darling, "ISDS: we won't be fooled by a rebranding", *ToUChstone blog*, 23 de julio de 2015, <http://touchstoneblog.org.uk/2015/07/isds-we-wont-be-fooled-by-a-rebranding/>
- 182 Véase, por ejemplo, Corporate Europe Observatory y otros, "Un paraíso para los contaminadores. Cómo los derechos de los inversores en los acuerdos comerciales de la UE sabotean la lucha por la transición energética, diciembre de 2015, <http://corporateeurope.org/sites/default/files/pollutersparadise.pdf>
- 183 Propuesta de la UE op cit. nota 96
- 184 Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, Request for Arbitration, 19 de febrero de 2010, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>
- 185 Lone Pine Resources Inc. vs. The Government of Canada, Notice of arbitration, 6 de septiembre de 2013, párr. 55, <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/lone-02.pdf>
- 186 Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, 2010, op. cit endnote 184, párr. 81
- 187 IIAPP "SD Myers v Canada (NAFTA Chapter 11)", febrero de 2011, http://www.iiapp.org/media/cases_pdfs/SD_Myers_v_Canada.rev.pdf
- 188 Kahale, George III, "Keynote Speech at the Eighth Annual Juris Investment Treaty Arbitration Conference", Washington, 28 March 2014, p.5, <http://www.curtis.com/siteFiles/Publications/8TH%20Annual%20Juris%20Investment%20Treaty%20Arbitration%20Conf.%20-%20March%2028%202014.pdf>
- 189 Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/97/7
- 190 White Industries Australia Limited v. The Republic of India, UNCITRAL
- 191 Sección 3, artículo 9.14 de la propuesta de la UE, op. cit. nota 73
- 192 Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company y la República del Ecuador, 2015, op. cit. nota 116
- 193 Mihir A. Desai and Alberto Moel, 2006, op cit. nota 117
- 194 Diana Rosert, 2014, op cit. nota 118
- 195 Campaign for Tobacco Free Kids and Cancer Action Network, op cit. nota 19

“Cuando la gente dice que el ISDS está muerto, no puedo evitar pensar en una película de zombis, porque yo veo al ISDS vagando por todas estas nuevas propuestas.”

Profesor Gus Van Harten, Facultad de Derecho Osgoode Hall

