

21 de febrero de 2020

Señores Jueces de la Corte Constitucional

Me refiero a la causa 0002-18-IC relativa a la acción de interpretación del primer inciso del artículo 422 de la Constitución.

En mi calidad de ex Presidenta de la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA), y de conformidad con el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, me permito ingresar el siguiente *Amicus Curiae*.

La CAITISA fue conformada por expertos internacionales, delegados de organizaciones sociales y funcionarios gubernamentales. Estuvo compuesta por juristas de la talla internacional de Carlos Gaviria, ex Presidente de la Corte Constitucional de Colombia y primer presidente de la CAITISA; Muthucumaraswamy Sornarajah, eminencia mundial y autor de varios libros sobre el derecho internacional de inversiones; Hugo Ruiz, profesor en derecho internacional de la Sorbona y ex asesor en relaciones internacionales de la Presidencia del Paraguay; y, Osvaldo Guglielmino, ex Procurador de la Tesorería de la Nación Argentina. También estuvo conformada por expertos en la materia provenientes de la sociedad civil como Piedad Mancero, experta en auditoría ciudadana en materia económica; Alberto Arroyo, académico experto en tratados internacionales de comercio e inversión; Javier Echaide, experto en derechos humanos y derecho económico internacional; y mi persona, experta en el sistema de arbitraje inversionista-Estado.

En mi caso particular, coordino el programa sobre Comercio e Inversiones del Transnational Institute, con sede en los Países Bajos. Además soy integrante activa de la red Seattle to Brussels (S2B). He sido autora y co-autora de múltiples investigaciones sobre el sistema de arbitraje inversionista-estado, algunos de los cuales detallo a continuación y cuyos resúmenes ejecutivos adjunto.

- Tribunales con alfombra roja¹

¹ <https://www.tni.org/files/publication-downloads/red-carpet-courts-es-final-web.pdf>

- Impacts of investment arbitration against African states²
- Desenmarcascarados: los derechos corporativos en el renovado TLC México-Unión Europea³
- Un tratado para gobernarlos a todos⁴
- España: un caso paradigmático de los arbitrajes de inversión en el sector de la energía⁵
- Tratado de libre comercio entre Argentina y Chile: análisis del capítulo de inversiones⁶
- Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea - La democracia en venta⁷
- El Sistema de Tribunales de Inversiones puesto a prueba⁸
- Cuando la crisis es negocio⁹
- Cuando la injusticia es negocio¹⁰

Setenta y cinco Organizaciones y movimientos sociales nacionales e internacionales - incluyendo Amigos de la Tierra internacional; Red del Tercer Mundo; Red Latinoamericana sobre Deuda, Desarrollo y Derechos (LATINDADD); Jubileo Sur/Américas; Plataforma Interamericana de Derechos Humanos; Democracia y Desarrollo (PIDHDD Regional)- fueron partícipes directos o mostraron su respaldo a la gestión de la CAITISA¹¹.

El trabajo de la CAITISA tuvo una duración de más de un año, fue intensivo en investigación con fuentes primarias, archivos oficiales, entrevistas y visitas de campo. Accedió a miles de documentos oficiales de la República del Ecuador. Como resultado, la Comisión produjo un informe de más de 500 páginas y un resumen ejecutivo de 110 páginas (el cual adjunto).

² https://www.tni.org/files/publication-downloads/isds_africa_web.pdf

³ https://www.tni.org/files/publication-downloads/mxeu_execsumes.pdf

⁴ Sobre el tratado multilateral de protección de inversiones denominado Tratado sobre la Carta de Energía https://www.tni.org/files/resumen_tratado_para_gobernarlos_a_todos.pdf

⁵ https://www.tni.org/files/publication-downloads/ect_study-anexoespana.pdf

⁶ https://www.tni.org/files/article-downloads/analisis_del_capitulo_de_inversiones_de_tlc_chile_argentina_ago2018.pdf

⁷ <https://www.tni.org/es/publicacion/ceta-la-democracia-en-venta-version-2016>

⁸ https://www.tni.org/files/publication-downloads/tniexecutive_summary_ics_spanish.pdf

⁹ https://www.tni.org/files/download/exec_summary-es.pdf

¹⁰ https://www.tni.org/files/download/resumen_ejecutivo_cuando_la_injusticia_es_negocio.pdf

¹¹ <https://ecuadordecidenotlc.blogspot.com/2016/09/auditoria-de-los-tbi-en-ecuador-no-ha.html>

Esta investigación incluyó el análisis exhaustivo del art.422. En este respecto, la CAITISA llegó a dos conclusiones contundentes. La primera: los Tratados Bilaterales de protección de Inversiones (TBI) que permiten el arbitraje inversionista-estado son incompatibles con el artículo 422 de la Constitución ecuatoriana. La segunda: la Constitución en su integralidad es incompatible con el contenido de los TBIs que permiten el arbitraje inversionista-estado.

I. Los TBIs que permiten el arbitraje inversionista-estado son incompatibles con el art. 422

La CAITISA fue dividida en tres ejes de trabajo, el primero de los cuales fue el eje relacionado al derecho de los tratados bilaterales de protección de inversiones. Este primer eje estuvo liderado por el Dr. Carlos Gaviria, por su *expertise* constitucional.

En dicho eje, se realizó un extenso análisis del artículo 422 de la Constitución ecuatoriana, junto con los juristas indicados y un equipo internacional de abogados investigadores expertos en derecho internacional y derecho constitucional. Por la relevancia de la obligatoriedad del precedente constitucional¹², el equipo investigador demostró (pp. 37-59 del Informe del Eje 1) que para las denuncias de los TBI, la Corte Constitucional citó la incompatibilidad de los TBI con el artículo 422 de la Constitución.

Adicionalmente, en las páginas 165-167, 231-232 y 278-279 del Informe del Eje 1 de la CAITISA, constan los siguientes extractos pertinentes:

1.11. La transferencia del ejercicio de competencias jurisdiccionales

Tomamos como punto focal del cambio social, económico, político y jurídico (cambio esencial) que se produjo en Ecuador, y el consentimiento referente a la solución de controversias entre el inversionista y el Estado.

El artículo 422, frecuentemente citado por la Corte en los diversos dictámenes, establece que, “no se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o

¹² Numeral 3 del artículo 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia”.

Por esta disposición constitucional, el Estado- y todos sus órganos- tienen prohibido concluir instrumentos internacionales que impliquen explícitamente la transferencia de competencias a instancias de arbitraje internacional. Esta disposición constituye una variación substancial de las condiciones en que fueron concluidos los TBI así como del alcance de las obligaciones. Como tal, sobre la base del nuevo paradigma, representa un cambio de fondo en materia del ejercicio de las competencias del Estado.

Los acuerdos y tratados- concluidos y por concluir- que conlleven la transferencia del ejercicio de competencias jurisdiccionales a favor de tribunales de arbitraje “en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”, entran en colisión con esta normativa. Por ende, esta disposición es una variación de fondo en referencia al consentimiento expresado en los tratados concluidos, para someterse a la jurisdicción de tribunales arbitrales, en este caso, el CIADI y otros mecanismos de arbitraje. La norma constitucional no establece ninguna distinción sobre la localización del tribunal, reglas de arbitraje aplicables o composición o naturaleza de los tribunales arbitrales. La expresión “no se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional”, tiene un carácter taxativo y no admite excepciones en el campo de la resolución de diferendos entre el inversionista y el Estado.

Con razón jurídica suficiente se puede afirmar que esta disposición afecta directamente y en esencia el consentimiento que expresó el Estado en su momento, cuando la norma admitía el sometimiento del Estado a tribunales arbitrales internacionales. Por el cambio producido en la nueva organización del Estado, distinto a la organización político-jurídico-institucional-económica del régimen normativo precedente, asistimos a un cambio cualitativo. Es decir, a un cambio fundamental de circunstancias.

...

3. La denuncia del Convenio de Washington

Por Decreto No. 1823, con fecha 2 de julio del 2009 la República del Ecuador procedió a denunciar el Convenio de Washington de 1965 que crea el CIADI. Acorde a los términos del artículo 1 del Decreto, el Estado ecuatoriano decide “denunciar y por tanto declarar terminado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados -CIADI-, suscrito en la ciudad de Washington, el 15 de enero de 1986”.

La base convencional de la denuncia es el artículo 71 del convenio CIADI que está redactado como sigue:

“todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación.”

El Cuarto Considerando del Decreto se funda en el artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador según esta disposición constitucional: “no se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado Ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”.

Se trata efectivamente de la imposibilidad de Ecuador de continuar con este sistema de arbitraje que, según los términos de la misma Corte Constitucional, se revela incompatible con la disposición constitucional citada.

Es decir, si anterior a la reorganización de 2008, la transferencia de competencias al CIADI era posible y lícita (validez de los tratados); en las actuales condiciones, dicha transferencia se revela como una incompatibilidad substancial. Continuar asumiendo las obligaciones internacionales asumidas a través del Convenio de Washington de 1965, constituiría un

acto de violación flagrante de una norma interna de importancia fundamental para el Estado.

La nueva organización del Estado post neoliberal, significa un cambio substancial en su naturaleza: la recuperación de la soberanía en general, de las competencias de los Poderes Públicos, la efectividad del derecho sobre los recursos naturales y energéticos, empresas públicas, inversiones sociales, democracia participativa -antítesis del Estado neoliberal-, entre varios otros.

Nominalmente es el mismo Estado. Esto a los efectos de las relaciones internacionales, diplomáticas, convencionales y otras. Formalmente sigue siendo el mismo Estado que firmó los TBI y asumió obligaciones internacionales.

Sin embargo, no es superfluo insistir sobre este punto, pues constatamos un cambio paradigmático entre el Estado neoliberal, concomitante e inextricablemente ligado a los TBI y al Convenio de Washington, y el Estado actual que fuera objeto de modificación de fondo con la Constitución de 2008.

A este respecto y ante la explícita prohibición de la transferencia del ejercicio de competencias o prórroga de jurisdicción, la incompatibilidad del Convenio de Washington y la nueva institucionalidad del Estado es una evidencia.

Concomitantemente es inaplicable de manera literal el principio general formulado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴⁸⁸ pues no estamos ante una simple incompatibilidad de algunas reglas internas: es toda la institucionalidad del Estado la que se encuentra confrontada a las obligaciones asumidas por el Estado neoliberal.

El tema fundamental es que el Convenio de Washington y los TBI exigen un tipo de Estado, que para dar eficacia a la regla internacional, precisa indefectiblemente de una profunda transformación tanto en su estructura institucional como en su organización social.

No es solo una cuestión de relación entre el derecho interno y el derecho internacional, sino de organización del Estado. El actual Estado ecuatoriano ya no responde a los parámetros exigidos por este tratado multilateral y por los TBI como lo hacía el anterior Estado.

...

1.1.Límites de la prohibición constitucional

A título de referencia recordamos la redacción del artículo 422 de la CN:

“No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios...”

La Corte Constitucional consideró que “[...] el artículo 422 de la Constitución de la República es concluyente al determinar expresamente la prohibición de que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, que inclusive vulneraría el principio de supremacía constitucional respecto a que podrían generarse controversias en cuanto a la aparente aplicación de normas más favorables a las inversiones, pero en contradicción con la Constitución de la República, más aún respecto al efecto obligatorio que otorga este Acuerdo Internacional a cualquier laudo arbitral”.

El punto focal de la disposición constitucional son los tratados o instrumentos internacionales independientemente de su nominación. Como es sabido, los tratados son actos jurídicos internacionales concluidos por los Estados y por Organizaciones internacionales entre ellas o con Estados.

El objetivo perseguido es claro: la prohibición de transferencia de competencias a tribunales arbitrales internacionales por medio de acuerdos internacionales. Este es el

campo de aplicación de la normativa constitucional. La disposición constitucional no prohíbe la transferencia de competencias "per se." La transferencia de competencias del Estado a un sistema institucional de arbitraje está autorizada cuando se trata de acuerdos que se concluyen en instancias de integración regional. Este es el caso del mecanismo de solución de controversias relativas a las inversiones, convenio negociado en el seno de la UNASUR.

La prohibición constitucional se refiere exclusivamente a la transferencia de competencias relativas a controversias surgidas entre inversionista y Estado, tal cual ha sido la práctica instaurada por instrumentos internacionales como los TBI.

Lo que la CN prohíbe es la transferencia de competencias basadas en las reglas consagradas o similares a las establecidas en los TBI o acuerdos multilaterales similares. Sin embargo, y lo repetimos por su importancia, queda excluida la transferencia de competencias cuando se trata de controversias entre Estados, como lo sería el caso del Acuerdo de Marrakech de 1994 por el que se crea la Organización Mundial del Comercio.

II. La Constitución en su integralidad es incompatible con los TBI

El primer inciso del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone claramente que "[l]as normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad..." Por este motivo, presento las partes pertinentes que analizan el resto del contexto constitucional y su relación con los TBI. En las páginas 20-29 del resumen ejecutivo del informe de CAITISA, constan las siguientes partes pertinentes:

Compatibilidad de las cláusulas sustantivas de los TBI frente a normativas nacionales e internacionales

Frente a políticas y normativas internas y la capacidad regulatoria del Estado

Los TBI de Ecuador mantienen un modelo tradicional que se celebra con la mayoría de naciones del mundo, incluyen los mismos estándares de protección de inversiones, sin

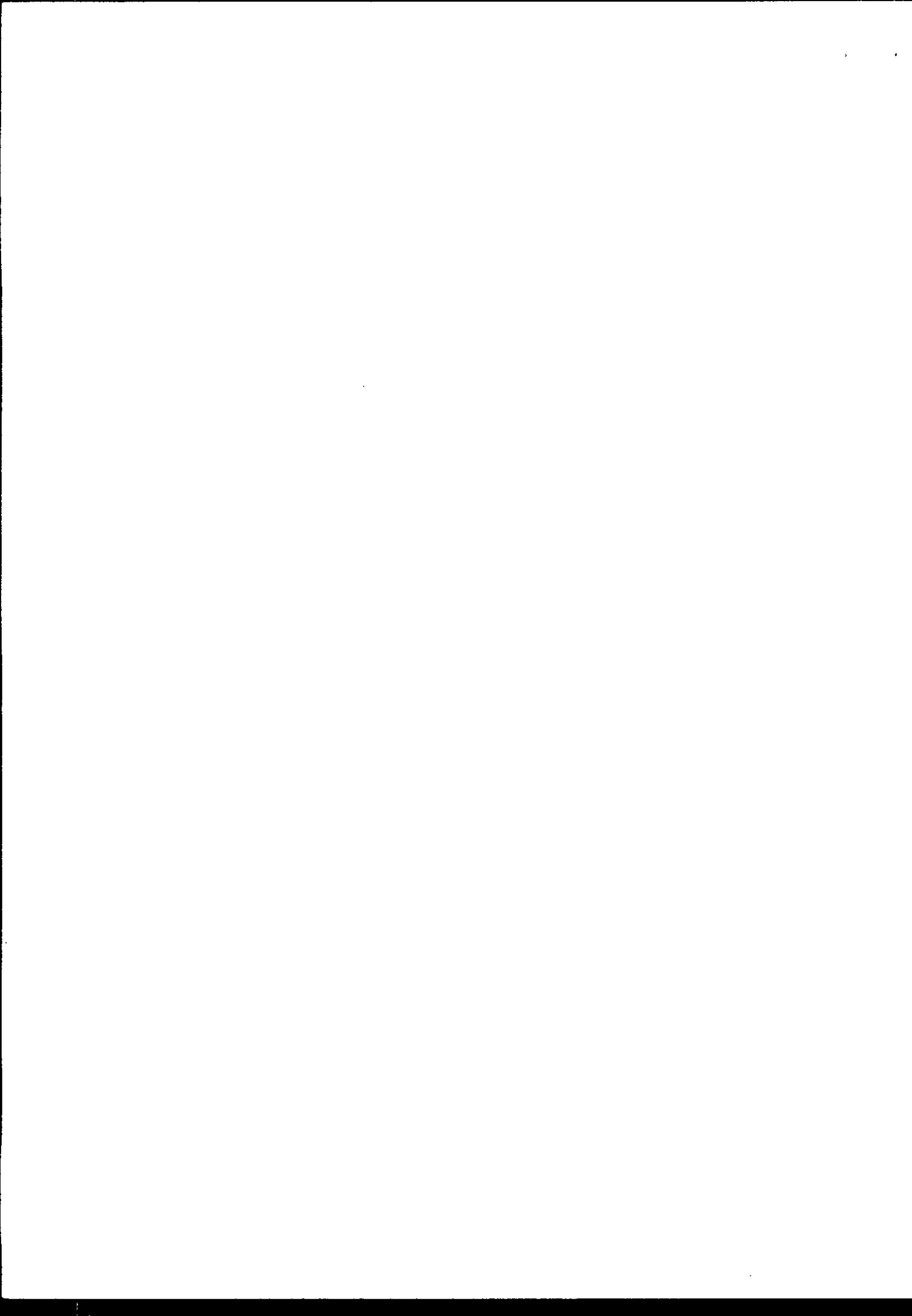
considerar las condiciones económicas y sociales particulares de cada país. La simple lectura de los contenidos fundamentales de los TBI, sintetizados en las cláusulas referidas en el punto anterior, permite deducir las limitaciones e interferencia a la potestad de un Estado para administrar y orientar la inversión extranjera que ingresa a su territorio en función de sus intereses legítimos y soberanos. Eso sí, aseguran la posibilidad de que los Estados sean objeto de demandas y laudos arbitrales en el Sistema de Arbitraje Internacional que imponen fuertes sanciones económicas ante una supuesta ruptura de cláusulas de los Tratados.

Son varios los casos en que se identifican confrontaciones y distorsiones entre las cláusulas contenidas en los TBI y los compromisos públicos adquiridos y la estructura jurídica del Estado ecuatoriano.

En materia tributaria los gobiernos en funciones han expedido leyes y reformas legales conforme los requerimientos públicos y el interés nacional por aplicar justicia impositiva y asegurar el financiamiento presupuestario. Pero, amparado por el TBI, el inversionista puede cuestionar la validez de una medida fiscal, más aún cuando plantea que dicha medida es directamente equiparable a la expropiación indirecta. La presunción misma de licitud y de validez del acto del Estado es puesto en cuestión y será la prerrogativa del tribunal arbitral pronunciarse sobre estos tópicos.

El libre flujo de divisas hacia y desde el exterior, garantizado a un inversionista extranjero, altera la potestad del Estado que busca regular su moneda (cuando Ecuador tuvo moneda nacional) y reservas internacionales, mediante el control del flujo de transferencias para proteger el equilibrio en sus cuentas con el exterior. La fuga de capitales puede ser devastadora para un Estado, creando inestabilidad en la economía y finanzas. De ejercer estos controles para evitar una crisis, el Estado podría ser demandado internacionalmente por el inversionista extranjero por incumplimiento de un TBI bajo el que tiene compromiso de permitir esa libre transferencia de divisas.

En las Constituciones vigentes en la República del Ecuador desde 1978, se pudo constatar que la noción de expropiación indirecta no está considerada ni consagrada en ninguna de las citadas normas. Esa figura tampoco fue explícitamente reconocida como parte integral



de la normativa interna, por la que el Estado consiente una limitación substancial de sus competencias legislativas, jurisdiccionales u otras.

La Constitución de 2008 reafirma el derecho del Estado para expropiar y nacionalizar, conforme a la regla internacional consuetudinaria, competencia que la ejerce, por razones de utilidad pública o interés social y nacional. Como en los textos constitucionales precedentes, se puede notar que no existe una clasificación de la noción de expropiación bajo figuras distintas, sino más bien la mención explícita de la expropiación y de la nacionalización. Y ello, sin ninguna duda, está conforme a la regla de Derecho internacional. Expropiar o nacionalizar es, ante todo, un derecho del Estado que se desprende de su carácter de ente soberano.

La cláusula "trato nacional", en primer lugar, se opone a la disposición constitucional de prioridad de la inversión nacional y de que la inversión extranjera será complementaria a la nacional. En segundo lugar, constituye un trato preferencial y de supremacía del inversionista extranjero, porque el inversionista nacional no tiene el derecho de recurso directo al arbitraje internacional.

...

Frente al Derecho Internacional y los Derechos Humanos

Ecuador, como la mayoría de los países del mundo, ha adherido a la normativa internacional que protege los derechos humanos. No solo la Declaración Universal de Derechos Humanos, sino también instrumentos jurídicamente vinculantes, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De hecho, en el año 2000, Ecuador se convirtió en el primer país de América Latina en suscribir todos los tratados internacionales sobre derechos humanos adoptados a nivel de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos. En 2006, el Gobierno del Ecuador lanzó su candidatura al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas y en ese acto, reafirmó su compromiso con la evolución de los derechos humanos.

Los TBI firmados por Ecuador contienen numerosas obligaciones jurídicas; ninguna de ellas contempla obligaciones de derechos humanos, por el contrario, los TBI desarrollan un régimen jurídico paralelo, con un conjunto de obligaciones propias, con un sistema de aplicación propio, sin ningún tipo de contemplación de otras obligaciones internacionales. Ni siquiera aquellas de carácter erga omnes, como es el régimen jurídico de los derechos humanos. Los tribunales arbitrales del CIADI, que han laudado hasta el momento, no han considerado los derechos humanos dentro de sus decisiones, ni siquiera aún en su reconocimiento erga omnes a nivel internacional. Aunque, en algunos casos, sí han reconocido explícitamente que sus decisiones pueden involucrar interés.

No sólo los TBI y los tribunales arbitrales no contemplan los derechos humanos, sino que los derechos de los inversores consagrados en los TBI y las posibilidades que se le otorgan de demandar a los Estados, vulneran directamente la obligación de los Estados, de respetar y hacer respetar los derechos humanos en su territorio.

Recientemente, el experto Independiente de Naciones Unidas sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred de Zayas, advirtió que “los Estados conciertan tratados bilaterales y multilaterales de libre comercio y tratados de inversiones, que obstaculizan el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de tratados de derechos humanos y dan lugar a la violación de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales”. Ya en el año 2003, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU se había expresado de manera similar con respecto a las incompatibilidades entre los TBI y el correcto cumplimiento de los derechos humanos.

En este debate, es necesario destacar la jerarquía de normas. La valoración y jerarquía de normas u obligaciones internacionales se halla contemplada en el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas cuando dice: “Art. 103: En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”. Tal es el caso de las normas de ius cogens y las obligaciones erga omnes del derecho internacional.

No obstante, estos compromisos expresos, los TBI firmados por Ecuador interfieren negativamente y afectan la capacidad del Estado ecuatoriano de respetar, proteger y cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos.

...

Decisión política sobre la denuncia de los TBI

En materia de denuncia de los tratados, el principio general del Derecho Internacional determina que se ha de seguir el procedimiento establecido en el instrumento a denunciar. Todos los TBI de Ecuador contemplan una cláusula de denuncia que habilita a cualquiera de las partes firmantes a terminar de manera unilateral el Tratado. La contrariedad que el camino de la denuncia conlleva es la ultractividad de estos acuerdos, generalmente por períodos de 10 o 15 años. Para la denuncia de estos tratados no se requiere de la voluntad concurrente de las partes que celebraron el acuerdo, pues, es un derecho del Estado que decide retirarse y este acto no conlleva ninguna confrontación o incompatibilidad con norma alguna del Derecho Internacional.

...

La segunda fase se completó con el inicio del proceso de denuncia de los 17 TBI restantes, de los 26 vigentes, la cual se inició en el año 2010, con sujeción a las disposiciones de la Constitución de Montecristi, aprobada en 2008.

Ecuador fijó nuevas reglas en la Constitución de 2008 respecto del tema de inversiones y del sometimiento al arbitraje internacional, sobre las cuales fue preciso readecuar las relaciones políticas e institucionales del Ecuador en esta materia. El nuevo mandato constitucional que viabilizó el proceso de reorganización emprendido por el Estado ecuatoriano, es un acto que se inscribe directamente en la regla erga omnes de la autodeterminación y al derecho de cada Estado y pueblo de elegir su propio sistema económico, social, político y cultural. Como resultado jurídico, habría un cambio fundamental de circunstancias que se consagra en la nueva Constitución de la República, vigente desde septiembre de 2008.

...

Sobre el dictamen de la Corte Constitucional

Todos los TBI, cuyo trámite de denuncia se inicia en 2010 (bajo la Constitución de 2008) cuentan con dictámenes de la Corte Constitucional. La misma declara que los TBI vigentes son en todo, o en parte, incompatibles con los nuevos paradigmas formulados jurídicamente en la Constitución de la República; entre otros, se puede citar la recuperación de la soberanía nacional, en general, y de la soberanía jurisdiccional, en particular.

Tras el análisis de los diversos TBI suscritos, la Corte consideró tres argumentos para su denuncia: Primero, la reorganización normativo-social del Estado, que determinó un nuevo marco constitucional en relación con las obligaciones internacionales. Segundo, en varios dictámenes se refirió e invocó explícitamente a la cláusula de denuncia contenida en los tratados sobre inversiones analizados y, tercero, reveló una serie de incompatibilidades entre algunas reglas de los tratados, en especial en lo referente a la transferencia de competencias, con las disposiciones constitucionales.

...

Sobre la cláusula de supervivencia o remanencia

La cláusula de supervivencia o remanencia, es aquella disposición convencional que determina la continuación, por un tiempo determinado, de las obligaciones de los Estados parte de un TBI, en referencia a las inversiones realizadas en el territorio de estos países con anterioridad a la denuncia del TBI. Esta cláusula tiene por objeto extender el régimen de protección que otorga a la inversión extranjera un TBI, pese a la denuncia del mismo, por un tiempo determinado convencionalmente por los países que suscribieron dicho acuerdo.

Su particularidad reside en el hecho de que entra a jugar como cláusula autónoma, como fuente de obligaciones internacionales convencionales que subsisten en la carga del Estado, aún cuando ha terminado el tratado. Sin duda, se trata de un mecanismo jurídico que relativiza substancialmente la regla "Pacta Tertius nec nocent nec prosunt". El Estado que ya no sea parte del tratado mantendría, debido a la cláusula de remanencia, todas y

cada una de las obligaciones. Sin embargo, la cláusula de remanencia ya no tendría vigencia en el caso de las inversiones que se efectúen post terminación del tratado. En este caso, el Estado está plenamente habilitado por el derecho internacional a no ejecutar ninguna de las obligaciones convencionales, sino a aplicar plenamente su derecho interno.

En cuanto a la cláusula de supervivencia en los TBI suscritos por Ecuador, existen distintos períodos para la ultractividad, con excepción de Egipto y Uruguay que no la incluyen. Los TBI con República Dominicana y con Italia indican cinco años. En el resto de tratados las cláusulas de supervivencia son de diez o quince años, luego de haber sido denunciados. Solamente el TBI con Gran Bretaña establece un plazo mayor, 20 años luego de la denuncia.

Podría ser comprensible que, en el contexto en que se firmaron los TBI, y en el afán de otorgar un nivel aceptable de seguridad jurídica a las inversiones realizadas antes de la denuncia de un tratado, las partes estipulen medidas de protección durante la transición a un régimen de protección de inversiones diferente a la modalidad de los TBI. Lo que resulta incomprensible es, junto con la amplitud de las condiciones de los TBI, la cantidad de años de la mayoría de cláusulas de remanencia, tiempo en el cual podrían contravenir tanto el ordenamiento jurídico nacional, cuanto las políticas públicas implementadas por el Gobierno, limitando la capacidad del Estado a decidir sobre su política económica, financiera o tributaria. En virtud de la remanencia en los TBI, Ecuador se ha visto obligado a sustanciar controversias en foros internacionales, pese a que la Constitución ecuatoriana expresamente lo prohíbe.

Con el objetivo de contribuir al razonamiento de la Corte Constitucional, me permito adjuntar una copia completa del resumen ejecutivo del informe final de la CAITISA¹³.

Aspiro a que el arduo trabajo de la Comisión de Auditoría Ciudadana, y de las organizaciones sociales ahí representadas, sea incorporada en el razonamiento de la Corte Constitucional. Por el principio constitucional de informalidad y de conformidad con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, me manifiesto disponible para participar en la

¹³ https://www.caitisa.org/images/auditoria_integral_ciudadana_2015.pdf

respectiva audiencia pública por medios telemáticos. Toda notificación la recibiré en
ceciliaolivet@tni.org

Atentamente,



Cecilia Olivet

Anexos: Tribunales con alfombra roja
 Impacts of investment arbitration against African states
 Desenmarcascarados: los derechos corporativos en el renovado TLC México-Unión Europea
 Un tratado para gobernarlos a todos
 España: un caso paradigmático de los arbitrajes de inversión en el sector de la energía
 Tratado de libre comercio entre Argentina y Chile: análisis del capítulo de inversiones
 Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea - La democracia en venta
 El Sistema de Tribunales de Inversiones puesto a prueba
 Cuando la crisis es negocio
 Cuando la injusticia es negocio

Informe CAITISA

21 de Septiembre de 2016

**Atención Señor Presidente Rafael Correa,
Atención Miembros de la Comisión,**

Asunto: Reporte final de la Comisión de Auditoría Integral de los Tratados de Inversión y del Sistema de Arbitraje (CAITISA) del Ecuador

Las organizaciones que firmamos esta carta instamos al Gobierno del Ecuador a que publique a la mayor brevedad el informe completo de la Comisión de Auditoría Integral de los Tratados de Inversión y el Sistema de Arbitraje (CAITISA) creada por decreto presidencial en el año 2013.

Como movimientos y organizaciones sociales, hemos apoyado y acompañado la creación de la Comisión de Auditoría ciudadana en el Ecuador, por tratarse de un ejemplo único a nivel mundial. Diferentes redes y organizaciones sociales hemos incorporado en las demandas a nuestros gobiernos la creación de un proceso de auditoría similar, siguiendo el ejemplo del Ecuador.

Sin embargo, nos inquieta enormemente el hecho de que a un año de finalizado el proceso de auditoría aún no se haya concretado la publicación del informe de esa comisión de auditoría.

Un retraso de esta magnitud nos impacta de diferentes maneras:

1- menoscaba las campañas contra los abusivos regímenes actuales de protección de inversiones que nuestros movimientos vienen denunciando en diferentes países y regiones dado que muchos de nosotros hemos presentado la experiencia de auditoría de Ecuador como un modelo a seguir por otros gobiernos.

2- nos priva de usar como ejemplo el proceso, metodología y los resultados de esta auditoria en los debates que hoy se desarrollan a nivel global sobre el rol del mecanismo de solución de disputas inversor-Estado.

3- puede influenciar el proceso en pos de un instrumento vinculante sobre Empresas y Derechos Humanos en las Naciones Unidas. Nuestras organizaciones ven como procesos intrínsecamente relacionados la revisión del régimen de protección de inversiones y el proceso presidido por Ecuador en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para el establecimiento de un instrumento vinculante en materia de derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas de negocios, el cual - como organizaciones sociales - venimos apoyando de manera sostenida.

Mientras se dilata la publicación del informe de auditoría, las corporaciones continúan utilizando el sistema de arbitraje para demandar a nuestros países. El sistema de arbitraje sigue siendo utilizado como un modo de presión de los inversores extranjeros sobre las legislaciones nacionales, obligando en muchos casos la vuelta atrás de políticas que tienden a proteger los derechos humanos o el medio ambiente. Este sistema perverso es utilizado mundialmente, donde los países latinoamericanos siguen siendo los más demandados. Hasta 2015, el 35% de las demandas recibidas en el CIADI correspondían a países de América Latina.

Ante esta realidad:

1- Llamamos al Estado ecuatoriano a dar a conocer el informe final de la Comisión de Auditoría antes que termine el tercer trimestre de 2016.

2- En caso que eso no ocurra, solicitamos a los Comisionados no gubernamentales a hacer público su informe de auditoría, siguiendo el principio de transparencia y compromiso asumido con la sociedad civil internacional.

3- También instamos al gobierno de Ecuador a retirarse de todos sus tratados bilaterales de inversión tan pronto como sea posible, con efecto inmediato, al igual que el Gobierno de la India ha hecho recientemente.

75 Organizaciones y movimientos que apoyan esta carta:

Nombre	País/Región
Friends of the Earth International	Internacional
Third World Network	Internacional
Adolfo Pérez Esquivel-Premio Nobel de la Paz	Individuo
Nora Cortiñas, Madre de Plaza de Mayo-Línea Fundadora	Individuo
Red Latinoamericana sobre Deuda, Desarrollo y Derechos (LATINDADD)	América Latina
Jubileo Sur/ Américas	Américas
Alianza Social Continental	Américas
PowerShift	Alemania
ATTAC Argentina	Argentina
Instituto de Estudios y Formación - Central de los Trabajadores de la Argentina Autónoma	Argentina
Instituto de Estudios y Formación - CTA Autónoma	Argentina
Diálogo 2000 - Jubileo Sur Argentina	Argentina
Fundación Servicio Paz y Justicia	Argentina
Australian Fair Trade and Investment Network (AFTINET)	Australia
Whistleblowers, Activists & Citizens Alliance	Australia
ATTAC Austria	Austria
Corporate Europe Observatory (CEO)	Bélgica
Health and Trade Network	Bélgica
The Democracy Center	Bolivia
FASE - Solidariedade e Educação	Brasil
Instituto EQUIT - Gênero, Economia e Cidadania Global	Brasil
ATTAC Quebec	Canadá
Common Frontiers	Canadá
KAIROS Canada	Canadá

Réseau québécois sur l'Intégration continentale (RQIC)	Canadá
Red de Acción en Plaguicidas RAP-Chile	Chile
Campaña Yo No Quiero Transgénicos en Chile	Chile
Instituto Latinoamericano por una sociedad y un derecho alternativos, ILSA	Colombia
Cedetrabajo	Colombia
RECALCA	Colombia
NOAH Friends of the Earth Denmark	Dinamarca
Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo (PIDHDD Regional)	Ecuador
Centro de Documentación en Derechos Humanos "Segundo Montes Mozo S.J." (CSMM)	Ecuador
Acción Ecológica, Ecuador	Ecuador
UDAPT	Ecuador
LUNA CRECIENTE	Ecuador
ATTAC España	Estado Español
Mugarik Gabe	Estado Español
Élite Taxi Bizkaia	Estado Español
Ongd AFRICANDO	Estado Español
Stop Desahucios	Estado Español
Ecologistas en Acción	Estado Español
ATTAC BIZKAIA	Estado Español
Institute for Policy Studies - Global Economy Project	Estados Unidos
Public Citizen	Estados Unidos
Communications Workers of America (CWA)	Estados Unidos
Focus on the Global South	Filipinas/Tailandia/India
Attac France	Francia
Association Internationale de Techniciens, Experts et Chercheurs (AITEC)	Francia
SOMO	Holanda
Both ENDS	Holanda
OFRANEH	Honduras
Madhyam	India
Indonesia for Global Justice	Indonesia
Wahana Lingkungan Hidup Indonesia	Indonesia
ATTAC Japan	Japón
Sahabat Alam Malaysia	Malasia
Consumers Association of Penang	Malasia
ATTAC/CADTM MAROC	Marruecos
Medio Ambiente Sociedad A.C.	México
Espacio de mujeres defendiendo sus derechos humanos, A. C.	México
Monapaküy A.C.	México
DEFENSORA DE DERECHOS HUMANOS	México

Maderas del Pueblo del Sureste; AC	México
Red Mexicana de Acción contra el Libre Comercio (RMALC)	México
Frente Auténtico del Trabajo (FAT)	México
Centro Regional de Defensa de Derechos Humanos	México
Grupo Tacuba	México
Fundación ambientalista mariano abarca	México
Frente Amplio Opositor a Minera San Xavier (FAO)	México
ANIT	México
Attac Norway	Noruega
The Norwegian Trade Campaign	Noruega
War on Want	Reino Unido
Trade Justice Movement	Reino Unido
Alternative Information and Development Centre	Sudáfrica
South Durban Community Environmental Alliance	Sudáfrica

ISDS

in numbers

**IMPACTS
OF INVESTMENT
ARBITRATION AGAINST
AFRICAN STATES**



IMPACTS OF INVESTMENT ARBITRATION AGAINST AFRICAN STATES

INDEX

The recent boom in lawsuits against Africa	3
The most frequently sued African countries	4
Arbitration winners and losers	4
The African States that have lost the most cases	5
The costs of ISDS lawsuits	6
Investors' nationality	7
Treaties invoked	8
Sectors affected by claims	8
The arbitration institutions	8

GRAPHS

Graph 1 - Numbers of claims against African countries per year	3
Graph 2 - Status of the ISDS cases against African countries	4
Graph 3 - African countries that have lost the most ISDS cases	5
Graph 4 - The 8 most expensive known awards or settlements	6
Graph 5 - Costs of investment arbitration for individual countries	7
Graph 6 - Home country and region of investors suing African States	7
Graph 7 - The top 10 sectors by number of claims	8

Authors: Bettina Müller and Cecilia Olivet

Editor: Fleachta Phelan

Design: Romir a Urfeig // www.tipa.com.ar

Published by Transnational Institute . Amsterdam, October 2019

The contents of this report may be quoted or reproduced for non-commercial purposes,



AFRICAN STATES have been hit by a total of **106 KNOWN INVESTMENT TREATY ARBITRATION CLAIMS¹.**

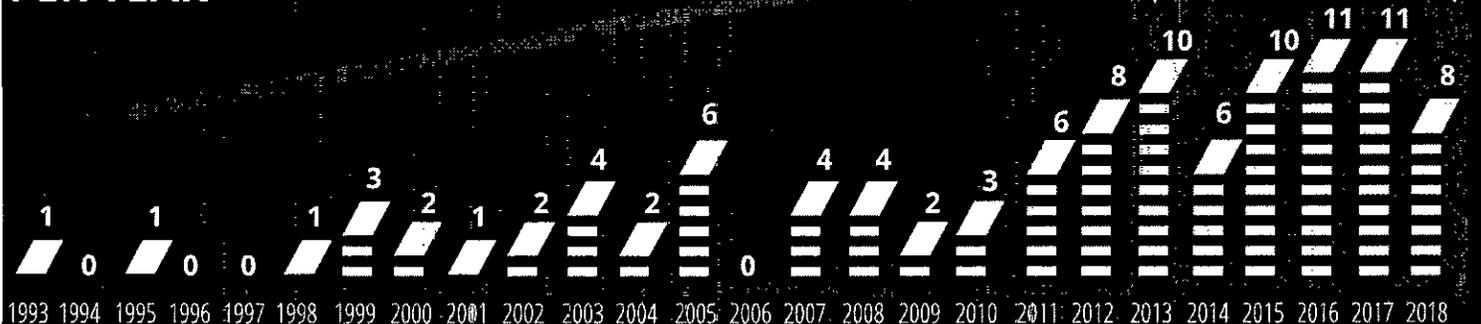
The number of investor-state dispute settlement cases has shot up across the world in the last twenty years, from a total of only 6 known treaty-based cases in 1995 to 942 known cases today². This represents 11% of all known investor-State disputes worldwide.

THE RECENT BOOM IN LAWSUITS AGAINST AFRICA

The first case targeting a State in Africa was brought in 1993 against the Democratic Republic of the Congo. Since then, the number of claims has been steadily rising. In particular, the largest amount of cases were initiated in 2016 and 2017.

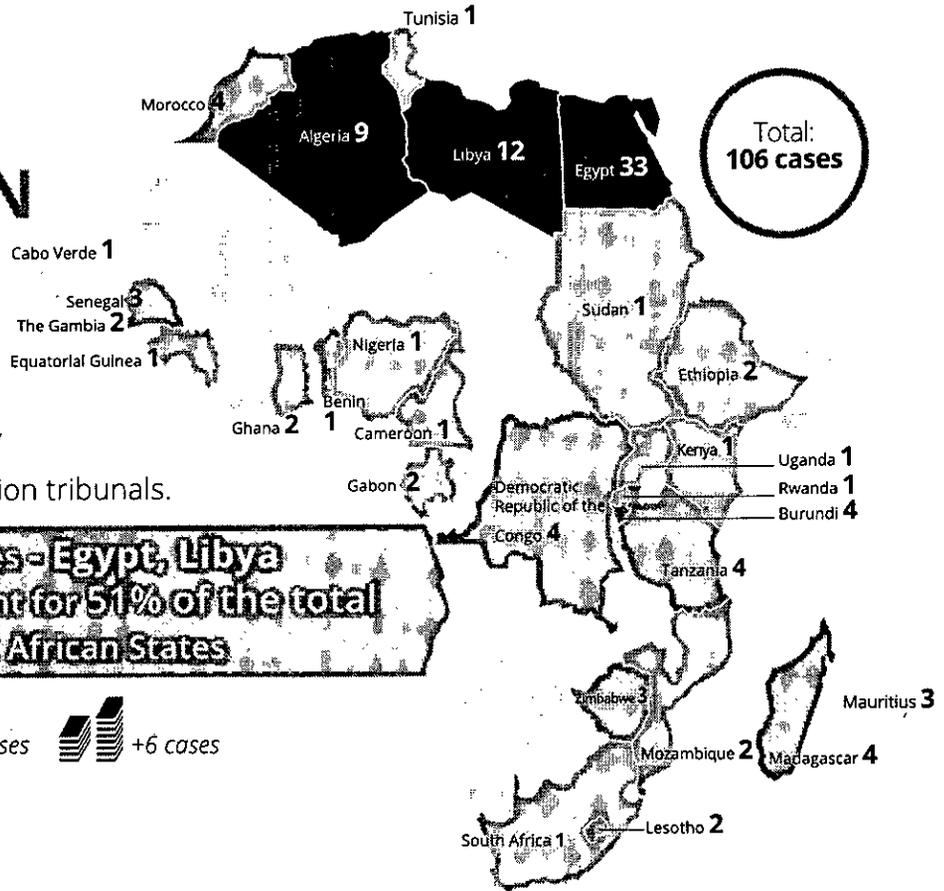
Between 2013 and 2018, there has been an **unprecedented boom** of claims against African countries. During these last six years, they received more claims than the previous 20 years combined.

Graph 1
**NUMBERS
OF CLAIMS
AGAINST AFRICAN COUNTRIES
PER YEAR**



THE MOST FREQUENTLY SUED AFRICAN COUNTRIES

So far, 28 African countries - roughly 50% of the countries in the region - have been sued by investors at international arbitration tribunals.



However, just three countries - Egypt, Libya and Algeria - alone account for 51% of the total number of claims against African States

ARBITRATION WINNERS AND LOSERS

States have been the main losers in investment arbitration cases.

The interests of investors have been upheld in 64% of the cases, based on our assessment of the 61 cases against African countries that ended either in a decision of the Tribunal or a settlement between the parties³.

Meanwhile, one third of the total lawsuits are still pending resolution.

Graph 2

STATUS OF THE ISDS CASES AGAINST AFRICAN COUNTRIES

CURRENT STATUS OF THE CASES

Pending

38

Discontinued

7

Decision in favour of the State

22

Decision in favour of the investor

20

Settlement between the parties

19

Total

106

No result cases

Result benefiting the State 36%

Result benefiting the investor 64%

It is important to bear in mind that **in the international arbitration system States never win**, because they cannot initiate a lawsuit against the investor. Moreover, in most cases States will almost invariably lose, because even if the tribunal rules in favour of the State, they will still have to pay millions of dollars to lawyers for the defence and arbitration costs. Investment lawyers may charge up to US\$1,000 per hour and arbitrators up to US\$3,000 a day. For example, in the case H & H Enterprises Investments vs. Egypt, which concerned a hotel management and operation contract, even though the tribunal declined jurisdiction and dismissed the claimants' allegations, it still ordered Egypt to bear its own legal and arbitration costs. These amounted to more than US\$1.5 million.⁴

Furthermore, States are in some cases ordered to also cover the legal costs of the investors. In a case initiated by Unión Fenosa, Egypt paid its lawyers more than US\$1.5 million but, since the country lost the claim, they were also ordered to pay the legal and arbitration costs of the company, which amounted to US\$10.7 million.⁵

THE AFRICAN STATES THAT HAVE LOST THE MOST CASES

If we assess the results of arbitration rulings by country, we can see that **Libya, Zimbabwe and Burundi have been particularly damaged by the results of ISDS lawsuits**: there is a significant **imbalance in favour of the investors in the rulings** in cases against these countries.

Examining Libya's experience, we can see that in all five cases when a tribunal ruled, it favoured the investor. The same applies to Burundi and Zimbabwe, where arbitrators decided three cases against each State, and all rulings favoured the investors.

In the case of the Democratic Republic of Congo (DRC), out of the four lawsuits taken against the country, arbitrators decided the investors were right on two occasions, and the DRC settled a third case.

Graph 3 African countries that have lost the most ISDS cases

	Libya	Zimbabwe	Burundi	Democratic Republic of the Congo
CONCLUDED CASES	5	3	3	4
Award in favour of the investor	5 100%	3 100%	2 75%	2 50%
Award in favour of the State	0 0%	0 0%	0 0%	1 25%
Settled	-	-	1 25%	1 25%



THE COSTS OF ISDS LAWSUITS

The costs of investment lawsuits run into millions and billions of US dollars and have the potential to bring the public budgets of most African countries to breaking point.

AMOUNTS CLAIMED BY INVESTORS

Total claims against African States since 1993 add up to **US\$55.5 billion**.⁶ However, since we only know the amount claimed by the investor in a little more than half of all the cases (54.7%), it is safe to say that the actual requested sum could be double this figure.

In 36 claims investors demanded at least US\$100 million. On 10 occasions, the claims climbed to US\$1 billion or more. Both Algeria and Egypt have received claims for US\$15 billion each.

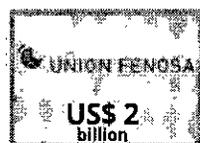
AMOUNTS STATES HAVE BEEN ORDERED OR AGREED TO PAY TO INVESTORS

African States have been ordered (by the arbitrators) **or agreed** (as a result of a settlement) **to pay investors US\$4.6 billion** to date⁷. The amounts paid in one third of the cases remain unknown, so this number is likely to, in fact, be much higher. However, this figure alone is equivalent to almost three times the GDP of The Gambia or twice the GDP of the Central African Republic in 2018.⁸ It is also equivalent to the entire amount of development aid received by Ethiopia in 2018.⁹

The **highest amount ever paid by an African country** as a result of a single claim was the **US\$2 billion** paid by Egypt to Unión Fenosa.

Unión Fenosa vs Egypt Unión Fenosa Gas, a Spanish-Italian joint venture, brought a US\$3.2 billion claim before an ICSID tribunal after the State-owned Egyptian Natural Gas Holding Company (EGAS) cut off its gas supplies in the wake of the Arab Spring, citing energy shortages in the domestic market.¹⁰

Graph 4 The 8 most expensive known awards or settlements



Unión Fenosa vs. Egypt



Al-Kharafi and others vs. Libya



Maersk vs. Algeria



Sorelec vs. Libya



Siag vs. Egypt



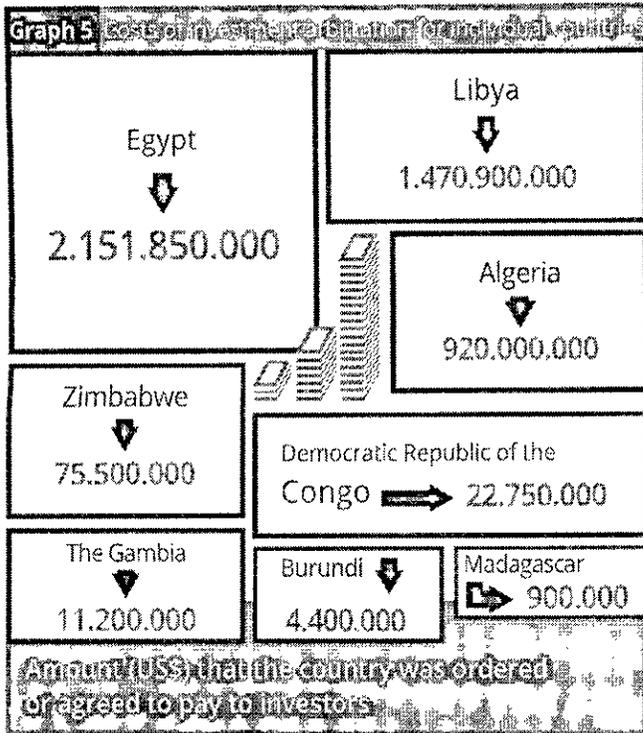
Von Petzold and others vs. Zimbabwe



Indorama vs. Egypt



Cengiz vs. Libya



COSTS FOR INDIVIDUAL COUNTRIES

Egypt, the country which has experienced the highest number of claims, has so far been ordered or agreed to pay investors US\$2.1 billion. Next in terms of magnitude of awards is Libya, with an amount of US\$1.4 billion and then Algeria with US\$920 million. These amounts are, however, in fact likely to be much higher than the stated figures above, since information on amounts is only available in a small proportion of cases.

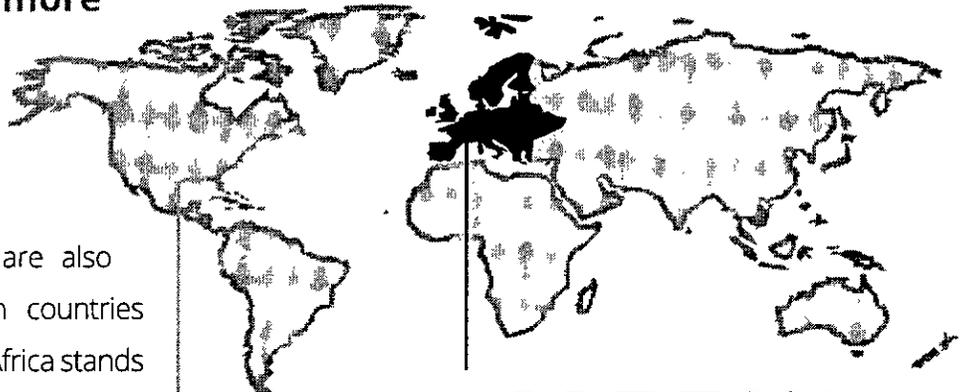
INVESTORS' NATIONALITY



Source: Own calculation based on data from ICSID

European investors initiated the majority of the lawsuits against African countries, accounting for 70% of all cases. Investors from the United States have initiated lawsuits 12 times. **European and US investors combined account for more than 80% of the total ISDS cases against African countries.**

Though few in number, there are also some disputes between African countries themselves. Among these, South Africa stands out with 3 claims against other African States.



EUROPE 70%
REST OF THE WORLD 19%

TREATIES INVOKED

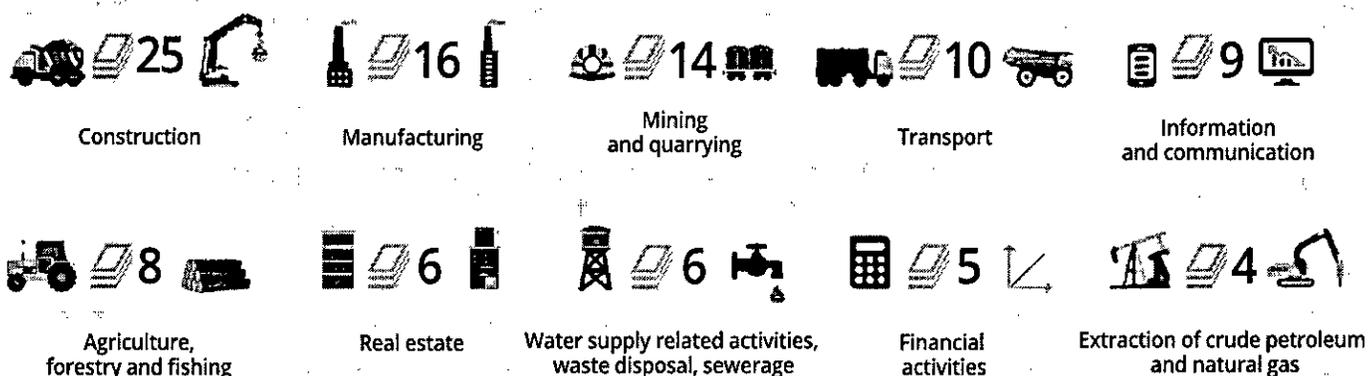
African countries have signed **937 Bilateral Investment Treaties** (of which 521 are in force) with countries inside and outside Africa. **Most of these deals include ISDS¹¹.**

In the claims filed against African countries, almost all investors cited alleged violations of BITs (100 cases)¹². In two cases the investors invoked the Investment Protocol of the South African Development Community (SADC) and in another two the Organisation of Islamic Cooperation (OIC) Agreement on Promotion, Protection and Guarantee of Investments. One claim was also based on the Arab Investment Protocol and one on a free trade agreement (between Morocco and the USA).

SECTORS AFFECTED BY CLAIMS

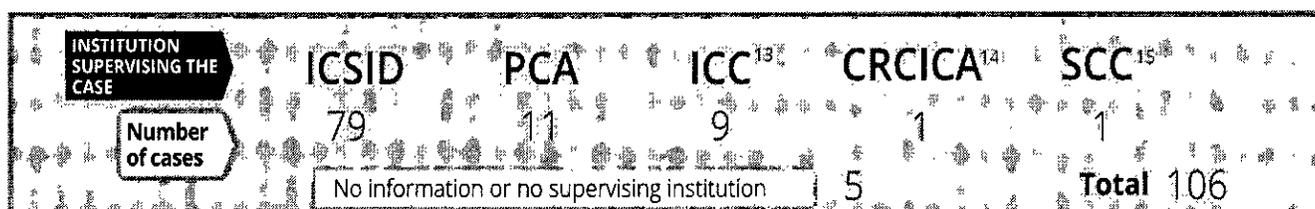
African countries have experienced a growing number of claims filed against them, especially in the **construction sector**, which **accounts for 23.6% of all lawsuits**. Two thirds of these claims were filed after 2011. Manufacturing and the mining sector are also heavily affected by claims.

Graph 7 The top 10 sectors by number of claims



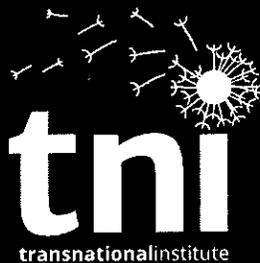
THE ARBITRATION INSTITUTIONS

Even though there are many arbitration centres around the world where investment-related disputes can be resolved, **74.5%** of all known claims against Africa were conducted under the auspices of the **World Bank's International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID** (used 79 times in the region). For example, 31 of the 33 claims against Egypt were filed at ICSID. Some disputes have also been resolved at the Permanent Court of Arbitration (PCA) in The Hague, the Netherlands (11 cases) and the International Chamber of Commerce (ICC) (9 cases).



NOTES

1. The data presented in this report is updated until January 2019. The analysis was undertaken using the UNCTAD database of all known investment treaty lawsuits against African countries. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>
2. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS> Because the system is opaque and not transparent, we cannot assume that information is in the public domain about all cases.
3. When the case concludes with a settlement between the parties, it is usually because the state has agreed either to pay compensation or bow to the investor's demands (e.g. to roll back regulation).
4. H & H Enterprises Investments, Inc. v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/09/15). Excerpts of the Award of May 6, 2014. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7979.pdf>
5. Final award: Unión Fenosa vs. The Arab Republic of Egypt <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10061.pdf>
6. This amount is based on the sum of the 58 cases in which the amount claimed by the company is known. Due to the lack of transparency around ISDS and opaqueness of the system, we only have this information in a little more than half of all the cases (54.7%) - it is safe to say that the actual requested sum could be double the figure quoted.
7. This amount is calculated based on the sum of the 25 cases in which the amount the State was ordered or agreed to pay is known. The amounts paid by the investor are not known in 14 other cases.
8. GDP. World Bank https://data.worldbank.org/indicator/ny.gdp.mktp.cd?name_desc=true&view=map
9. Development aid at a glance. Statistics by region. OECD: <https://www.oecd.org/dac/financing-sustainable-development/development-finance-data/Africa-Development-Aid-at-a-Glance-2018.pdf>
10. Egypt liable for curtailing gas supplies. GAR News, September 2018. <https://globalarbitrationreview.com/article/1173690/egypt-liable-for-curtailing-gas-supplies>
11. UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/advanced-search>
12. The claims are based on the treaties signed between countries. These may be free trade agreements (FTAs) with a chapter on investment protection, or specific investment protection agreements (bilateral investment treaties or BITs).
13. International Chamber of Commerce (ICC): <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/icc-international-court-arbitration/>
14. The Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration: <https://crcica.org/?AspxAutoDetectCookieSupport=1>
15. Stockholm Chamber of Commerce: <https://sccinstitute.com/>

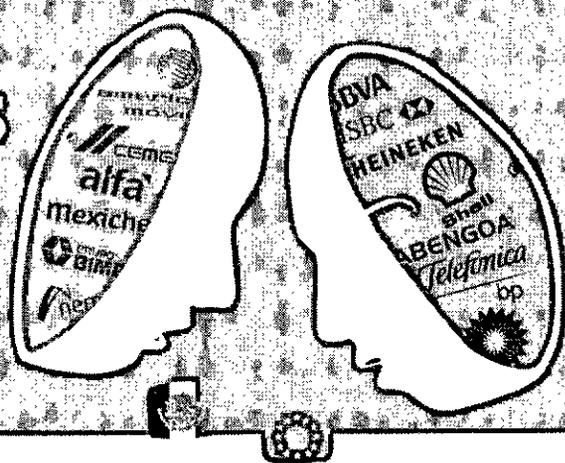


The Transnational Institute (TNI)
is an international research and advocacy institute committed to building a just,
democratic and sustainable planet. For more than 40 years, TNI has served
as a unique nexus between social movements, engaged scholars and policy makers.

www.tni.org

Desenmascarados

Los derechos corporativos en el renovado TLC México-Unión Europea



Publicado por Transnational Institute e Institute for Policy Studies

Mayo de 2016

Resumen Ejecutivo

México y la Unión Europea pondrán pronto en marcha una “modernización” del tratado de libre comercio (TLCUEM) que ambas partes firmaron hace 15 años. Aunque el TLCUEM fue el primer acuerdo global de comercio entre la UE y un país latinoamericano, el nivel de liberalización comercial y de protección de las inversiones en acuerdos posteriores de la UE es mucho mayor. El TLC “renovado” con México pretende ir mucho más allá que su predecesor.

Informes independientes han determinado que el actual TLCUEM ha tenido consecuencias negativas en términos de diversificación del comercio exterior, mayores inversiones en desarrollo y creación de empleo, y la protección de los derechos humanos. Lejos de abordar estas deficiencias, el “modernizar” este acuerdo no es más que un eufemismo para ampliar e incrementar los derechos de protección de los inversionistas. Uno de los principales puntos de la “modernización” consiste en incluir un capítulo sobre la protección de las inversiones y un mecanismo inversionista - Estado para la solución de controversias.

En caso de aprobarse, el TLC “modernizado”, con todo un capítulo específico para la protección de las inversiones:

1. Permitirá a los inversionistas extranjeros impugnar legislaciones de interés público en México y en Europa

La actual propuesta de la UE para la protección de las inversiones —ya incluida en los acuerdos entre la UE y Vietnam, entre la UE y Canadá, y negociándose con los Estados Unidos— se integrará en todos los futuros acuerdos comerciales de la UE, como el adoptado con México.

Con esta propuesta, las empresas conservarán los derechos que les permiten interponer demandas de arbitraje multimillonarias contra el gobierno mexicano por la adopción de medidas concebidas para proteger a las personas y el medio ambiente. A diferencia de lo que afirma la UE, el Sistema de Tribunales de Inversiones que propone la Comisión Europea (CE) no protege el derecho de los gobiernos a legislar. El texto del modelo de inversiones de la UE no incluye ningún elemento que pueda impedir que las empresas impugnen decisiones de interés público ni que los árbitros fallen a favor de los inversionistas, condenando a los Estados a pagar miles de millones de dinero de los contribuyentes por concepto de indemnización por la implementación de medidas públicas legítimas. La CE prevé para los inversores una serie de derechos vagamente definidos, como el trato justo y equitativo; y la expropiación indirecta.

De hecho, los gobiernos deberán defender que las medidas de interés público son "necesarias" y sirven a objetivos "legítimos" frente a los ataques de los inversionistas. Los casos serán resueltos por abogados muy bien pagados —ahora renombrados por la CE como "jueces"— que seguirían teniendo un fuerte incentivo económico para interpretar la ley a favor de los inversores. Sus honorarios proceden de las partes litigantes, y ascienden a 3,000 dólares diarios.

2. Blindará las privatizaciones y las reformas pro-empresariales en el sector del petróleo y el gas en México

En diciembre de 2013, el gobierno mexicano abrió, después de décadas, la explotación de la industria del gas y el petróleo a compañías extranjeras. Empresas del sector de la energía de la UE, como Shell, BP y Total tienen un importante interés en el mercado petrolero mexicano. El fortalecimiento de la protección de las inversiones en el marco del nuevo TLCUEM blindará estas reformas. Será muy difícil para los futuros gobiernos mexicanos el revertir estas políticas sin correr en riesgo de ser demandados ante tribunales internacionales de inversión.

El peligro de ser objeto de demandas por parte de empresas petroleras es real, ya que un gran porcentaje de los casos de arbitraje internacional relativos a inversiones se origina en el sector de la energía, y muchos de ellos afectan a países que han impulsado reformas energéticas. Empresas de petróleo y gas han iniciado 57 controversias relativas a inversiones conocidas, de las cuales el 80% han sido en los últimos 10 años. Los países de América Latina y el Caribe son el principal objetivo.

3. Dificultará en gran medida que México y países individuales de la UE se retiren de este acuerdo

México tiene tratados bilaterales de inversión (TBI) con 16 de los 28 Estados miembros de la UE. La mayoría de ellos se podrían rescindir en cualquier momento o de aquí a 2019, lo cual concedería al gobierno mexicano una gran discreción para evaluar si mantener o no estos acuerdos. No obstante, si México sustituye los TBI vigentes con un capítulo sobre protección de inversiones en el TLC con la UE, a su gobierno le resultará prácticamente imposible retirar los nuevos derechos otorgados a los inversores extranjeros. La única forma de hacerlo pasaría por rescindir todo el acuerdo. Por otro lado, si un Estado individual miembro de la UE deseara revisar los derechos reservados a los inversionistas mexicanos, debería abandonar la Unión Europea para renunciar a sus compromisos.

4. Situará a México en una posición de riesgo de ser objeto de una nueva oleada de demandas de inversión por parte de inversionistas europeos

México, que ya ha enfrentado 23 casos de arbitraje amparados en tratados de inversión, es el séptimo país más demandado del mundo. A raíz de estas demandas, ya se ha visto obligado a pagar 246 millones de dólares, más intereses, en concepto de "daños y perjuicios" a nueve empresas distintas. Hasta la fecha, la mayor parte de las demandas de arbitraje relativas a inversiones han sido presentadas por inversores estadounidenses, pero en los últimos años varias empresas españolas también han interpuesto demandas contra el gobierno mexicano. Telefónica, por ejemplo, está reclamando una indemnización que supera la astronómica cifra de mil millones de dólares debido a los cambios normativos adoptados por México en el sector de las telecomunicaciones, una medida que había recomendado la propia Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Al firmar un acuerdo de protección de las inversiones con la UE, el gobierno mexicano se expondrá a nuevas demandas por parte de inversores europeos, que podrían suponer el desembolso de millones de dólares del erario público. Los inversionistas de la UE son los principales usuarios del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado (ISDS), ya que han iniciado el 53% de todos los casos ISDS conocidos

en el mundo. De estos, los de los Países Bajos, el Reino Unido y Alemania son los más activos. Casualmente, los inversionistas de estos países son también los que están invirtiendo más en estos momentos en México. El riesgo de que se incrementen las demandas se ve también exacerbado por el hecho de que, desde 2000, los flujos de inversión extranjera directa de la UE en México se han triplicado. Las inversiones europeas se han canalizado principalmente hacia el sector de los servicios financieros, el turismo y las telecomunicaciones. Las inversiones en estos sectores son especialmente susceptibles de dar lugar a controversias relativas a inversiones. Más de la mitad de las demandas interpuestas por empresas europeas en todo el mundo han estado relacionadas con la industria de los servicios, como los servicios financieros y las telecomunicaciones.

5. Incrementará las probabilidades de que los gobiernos de la UE sean blanco de demandas de multinacionales mexicanas

Las compañías transnacionales mexicanas están invirtiendo cada vez más en Europa, y en España en particular. En 2014, las inversiones mexicanas en España alcanzaron una cifra récord. Todas estas inversiones y adquisiciones harían que los países europeos pudieran ser blanco de demandas de arbitraje de inversión por parte de empresas mexicanas al amparo de un nuevo capítulo sobre la protección de las inversiones. Aunque durante mucho tiempo los Estados miembros occidentales de la UE habían sido inmunes a las demandas de arbitraje, en los últimos años los Estados más ricos de la UE han sido objeto de 43 casos amparados en tratados de inversión, de los cuales 29 han sido contra España.

6. Permitirá que las empresas europeas sigan violando impunemente los derechos humanos en México

Las empresas europeas tienen una larga trayectoria de violaciones de derechos humanos y ambientales en México con una impunidad prácticamente total. El proyecto del capítulo sobre inversiones desarrollado por la UE no incluye ningún elemento que aborde esta situación. Al contrario, acentuará aún más el desequilibrio entre la legislación vinculante para las grandes empresas y las directrices meramente voluntarias en lo que se refiere al respeto de los derechos humanos. La propuesta de la UE no prevé obligaciones para los inversionistas; solo derechos.

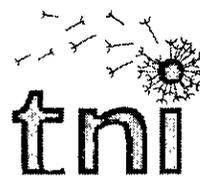
Este hecho no es sorprendente. El actual TLCUEM dispone de una cláusula sobre derechos humanos y democracia que podría haber propiciado la suspensión del acuerdo por las violaciones de derechos humanos. Sin embargo, en los 15 años que han transcurrido desde que entró en vigor este tratado, la UE ha ignorado esas violaciones, convirtiendo la cláusula en un elemento meramente decorativo.

Si México y la UE desean modernizar su relación, debería ser con el objetivo de corregir el desequilibrio a favor de las transnacionales observados durante los 15 años en que ha estado en vigor el TLCUEM, y no ampliando la protección de las inversionistas otorgando a los inversores extranjeros amplios derechos corporativos.

Descargar el informe completo en www.TNI.org/derechoscorporativos-renovadoTLCUEM



Institute for
Policy Studies



Un Tratado para gobernarlos a todos

El Tratado sobre la Carta de la Energía, en constante ampliación, garantiza a las corporaciones poderes para frenar la transición energética

Junio de 2018, Bruselas/Ámsterdam

Publicado por Corporate Europe Observatory (CEO) y Transnational Institute (TNI)

Resumen ejecutivo

Hace dos décadas entró en vigor un opaco acuerdo internacional: el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE). El Tratado, que nunca se ha sometido a un debate público significativo, funciona como el anillo único de la trilogía de El señor de los anillos —“Un anillo para gobernarlos a todos”—, ya que otorga a las grandes empresas un enorme poder sobre nuestros sistemas energéticos, como la facultad de demandar a los Gobiernos, lo cual podría entorpecer la transición hacia las energías renovables. El TCE se encuentra en proceso de ampliación, lo cual amenaza con que aún más países se vean maniatados por unas políticas energéticas que favorecen a las grandes empresas.

Actualmente, el TCE es aplicable a casi 50 países, que se extienden desde Europa Occidental a Asia Central y hasta Japón. Entre las numerosas disposiciones del Tratado, las relativas a la protección de las inversiones extranjeras en el sector de la energía —también conocidas por la infame sigla ISDS, el equivalente en inglés al término ‘solución de controversias entre inversores y Estados’— representan uno de sus pilares. Las disposiciones del TCE en materia de ISDS garantizan a los inversores extranjeros en el sector energético amplios derechos para demandar directamente a los Estados ante tribunales internacionales compuestos por tres abogados privados, los árbitros. A las empresas se les pueden conceder sumas astronómicas en concepto de indemnización por aquellas medidas adoptadas por

un Gobierno que, supuestamente, hayan perjudicado a sus inversiones, ya sea de forma directa, a través de la ‘expropiación’, o indirecta, a través de reglamentaciones de prácticamente cualquier tipo. Por ejemplo, el gigante de la energía Vattenfall demandó a Alemania por haber introducido restricciones ambientales en una planta de carbón y por haber decretado el abandono gradual de la energía nuclear. La compañía de petróleo y gas Rockhopper tiene en curso una demanda contra Italia porque el país prohibió la perforación de petróleo en alta mar. Varias compañías de servicios han demandado a Bulgaria, el Estado miembro más pobre de la UE, después de que el Gobierno redujera el creciente coste de la electricidad para los consumidores.



A pesar de ello, el TCE y quienes se están beneficiando con él han escapado en gran medida del escrutinio público. Mientras que la última década ha sido testigo de una gran oleada de oposición al ISDS en otros acuerdos internacionales de comercio e inversión, el TCE ha logrado mantenerse sorprendentemente al margen de esta marea de indignación pública. Muchas de las demandas presentadas por inversores en virtud del Tratado se mantienen en secreto. En el caso de otras, la información a la que se puede acceder es escasa.

Y en los países que se hallan en proceso de adhesión al TCE, casi nadie parece haber oído hablar del acuerdo, y mucho menos haber estudiado en profundidad los riesgos políticos, jurídicos y financieros que entraña. Este informe arroja luz sobre "el anillo único" del TCE, que ejercerá una gran influencia en la batalla sobre nuestros futuros sistemas energéticos, así como sobre las grandes empresas y los abogados a los que concede enormes poderes.

Conclusiones principales:

1.

Ningún acuerdo de comercio e inversión del mundo ha dado lugar a más demandas entre inversores y Estados que el TCE. En junio de 2018, la Secretaría del TCE enumeraba un total de 114 demandas interpuestas por empresas en virtud del tratado. Sin embargo, teniendo en cuenta la opacidad del sistema, el número real de demandas en el marco del Tratado podría ser mucho mayor.

2.

En los últimos años, el número de demandas de inversores en virtud del TCE se ha disparado. Mientras que, durante los primeros 10 años de vigencia del acuerdo (1998-2008), solo se registraron 19 casos, en los últimos cinco años (2013-2017), los inversores han presentado 75 demandas.* Es probable que esta tendencia se mantenga.

3.

Más recientemente, los inversores han empezado a utilizar el TCE para demandar a países de Europa Occidental. Mientras que, durante los primeros 15 años del acuerdo, el 89 % de las demandas en el marco del TCE afectaron a Estados de Europa Central y del Este y Asia Central, hoy día son España e Italia quienes encabezan la lista de los países más demandados. El TCE sigue siendo el único tratado en vigor en el que los Estados de Europa Occidental han aceptado el ISDS con países que también son exportadores de capital hacia ellos. También se trata del único acuerdo que prevé el arbitraje inversor-Estado contra la UE en su conjunto.

4.

Cada vez hay en juego más dinero de los Estados y los contribuyentes. Se cuentan 16 casos en los que los inversores — en su mayoría grandes empresas o personas muy adineradas — han presentado una demanda por 1000 millones de dólares estadounidenses (UDS), o más, en concepto de daños.* En el marco del TCE se encuentran algunas de las demandas más costosas de la historia del ISDS, como la demanda de Vattenfall contra Alemania por abandonar la energía nuclear (más de 5100 millones de USD), así como el mayor laudo ISDS jamás concedido, por el que se condenó a Rusia a pagar 50 000 millones de USD por los casos Yukos. El coste promedio en gastos jurídicos que supone una demanda ISDS se sitúa en torno a los 11 millones de USD, pero puede alcanzar sumas mucho más elevadas.

5.

Las grandes empresas reclaman indemnizaciones por la pérdida de 'beneficios futuros'. La petrolera Rockhopper no solo le está reclamando a Italia los 40-50 millones de USD que se gastó realmente en la exploración de un yacimiento petrolífero en el mar Adriático. También está reclamando otros 200-300 millones de USD por las supuestas ganancias que habría generado el yacimiento si Italia no hubiera prohibido que se ejecutaran nuevos proyectos de petróleo y gas en alta mar.

6.

A los Gobiernos se les ha condenado a pagar o bien han accedido a pagar más de 51 200 millones de USD en concepto de daños, procedentes de fondos públicos,* una cifra que equivale, aproximadamente, a la inversión anual necesaria para proporcionar acceso a la energía a todas aquellas personas del mundo que carecen de él. Las demandas pendientes en virtud del TCE* tienen un valor colectivo de 35 000 millones de USD, mucho más que la cantidad anual estimada para que África se adapte al cambio climático.

7.

La mayoría de los inversores que han interpuesto demandas en virtud del TCE provienen de Europa Occidental. Las empresas y personas con sede registrada en los Países Bajos, Alemania, Luxemburgo y el Reino Unido (o en el paraíso fiscal de Chipre) representan el 60 % de los 150 inversores implicados en las demandas.*

8.

La mayoría de las demandas en el marco del TCE son controversias dentro de la UE, pero eluden los tribunales de la Unión. El 67 % de las demandas en el marco del TCE fueron interpuestas por inversores de un Estado miembro de la UE contra el Gobierno de otro Estado miembro, mediante las que se reclaman grandes sumas de dinero público que, seguramente, no se podrían exigir al amparo del sistema jurídico de la UE. Eso significa que casi la mitad de todas las disputas de inversión conocidas dentro de la UE se interpusieron con arreglo al TCE (las otras se basan en tratados bilaterales). En marzo de 2018, el Tribunal de Justicia de la UE dictaminó que los procedimientos ISDS dentro de la UE en virtud de estos tratados bilaterales violan la legislación de la UE, ya que eluden a los tribunales de la propia Unión, un argumento que también podría aplicarse al TCE.

9.

El TCE es propenso a ser objeto de abuso por parte de empresas pantalla o fantasma (mailbox companies), que por lo general solo existen sobre el papel y se suelen usar para la evasión de impuestos y el lavado de dinero. Por ejemplo, 23 de los 24 inversores 'neerlandeses' que han presentado demandas en virtud del TCE* son empresas pantalla. Entre ellas, se

cuentan Khan Netherlands (utilizada por la compañía minera canadiense Khan Resources para demandar a Mongolia aunque Canadá ni siquiera es parte del TCE) e Isolux Infrastructure Netherlands y Charanne (ambas usadas por los empresarios españoles Luis Delso y José Gomis, dos de los españoles más ricos, para demandar a España). Dado que la definición de 'inversor' e 'inversión' que establece el Tratado es excesivamente amplia, los Estados pueden ser demandados por inversores de todo el mundo, incluso por sus propios ciudadanos.

10.

El TCE cada vez está siendo más utilizado por inversores financieros especulativos, como sociedades de cartera. En el 88 % de las demandas presentadas por los recortes a los subsidios a la energía renovable en España, la parte demandante no es una empresa de energía renovable, sino un fondo de capital u otro tipo de inversor financiero, a menudo vinculado con el sector del carbón, el petróleo, el gas y la energía nuclear. Varios de los fondos solo invirtieron cuando España ya estaba en plena crisis económica y ya se habían introducido algunos cambios en los programas de ayuda (que, según arguyeron después los fondos, habían socavado sus expectativas de ganancia). Algunos inversores conciben el TCE no solo como una póliza de seguro, sino como una fuente adicional de lucro.

11.

El TCE es una herramienta poderosa en manos de grandes compañías de petróleo, gas y carbón para disuadir a los Gobiernos de efectuar la transición hacia la energía limpia. Empresas de estos sectores han utilizado el TCE y otros acuerdos de inversión para impugnar medidas que prohibían la explotación de petróleo o eran contrarias a la construcción de gasoductos, aplicaban impuestos a los combustibles fósiles, y establecían una moratoria sobre el uso de tipos de energía controvertidos o preveían la eliminación gradual de este. Las empresas también han usado el Tratado para intimidar a las personas responsables de la toma de decisiones. La multimillonaria ofensiva jurídica de Vattenfall, que exigía 1400 millones de euros por los cambios introducidos en las normas ambientales que afectaban a una central eléctrica de carbón en Alemania, obligó al gobierno local a flexibilizar las regulaciones para resolver el caso.

12.

El TCE se puede utilizar para arremeter contra los Gobiernos que persiguen reducir la pobreza energética y lograr que la electricidad sea accesible. En el marco del TCE, Bulgaria y Hungría ya han sido demandados por cientos de millones de euros, en parte por limitar las ganancias de las grandes eléctricas y presionar para que se bajaran los precios de la electricidad. Abogados especializados en inversiones están estudiando la posibilidad de emprender acciones parecidas contra el Reino Unido, donde el Gobierno ha anunciado que impondrá un precio máximo sobre la energía para terminar con las facturas abusivas.

13.

Un pequeño número de árbitros domina la toma de decisiones en el contexto del TCE. Apenas 25 árbitros han acaparado la toma de decisiones en el 44 % de los casos presentados en el marco del TCE, mientras que dos tercios de estos árbitros de elite también han actuado como asesores jurídicos en otras disputas relativas a tratados de inversión. El hecho de que actúen a la vez como árbitro y abogado en diferentes casos ha generado una creciente preocupación por los conflictos de interés que pueden surgir, en especial porque este pequeño grupo de abogados ha garantizado una interpretación de los términos del TCE extremadamente favorable a las empresas, con lo que han allanado el camino para que en el futuro se presenten demandas aún más onerosas contra los Estados.

14.

Cinco bufetes de abogados de élite han estado implicados en casi la mitad de todas las demandas de inversores conocidas en el marco del TCE. Los bufetes de abogados han sido uno de los motores principales que han impulsado el auge de casos presentados en virtud del TCE, al dedicarse a anunciar constantemente a sus clientes las numerosas posibilidades de litigio que ofrece el Tratado, alentándolos a demandar a los países.

15.

Los financiadores de terceras partes cada vez están más consolidados en los arbitrajes celebrados en el marco del TCE. Estos fondos de inversión sufragan los gastos legales de las controversias entre inversores y Estados a cambio de un porcentaje del laudo o acuerdo

de partes. Es probable que esta dinámica alimente aún más el auge de los arbitrajes, incrementando el coste que deben asumir los Gobiernos, ya escasos de fondos, y haga que estos sean más propensos a ceder a las demandas de las empresas.

16.

Hay cierta inquietud sobre las operaciones en beneficio propio y la corrupción institucionalizada en los órganos que administran las controversias del TCE. Por ejemplo, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), un organismo destacado en las controversias relativas al TCE, es problemático porque sus arbitrajes son especialmente opacos, susceptibles a los conflictos de interés y potencialmente más sesgados en contra de los Estados que en otras instancias.

17.

Empresas contaminantes y abogados de inversión con ánimo de lucro disfrutan de un acceso privilegiado a la Secretaría del TCE, lo cual pone en tela de juicio la neutralidad y la capacidad de esta última para actuar en interés de los Estados signatarios del Tratado, así como garantizar una transición energética que persiga abandonar los combustibles fósiles. Más del 80 % de las empresas de la Comisión Consultiva del Sector del TCE ganan dinero con el petróleo, el gas y el carbón. Dos tercios de los abogados que integran el Grupo de Trabajo de Asesoramiento Jurídico del TCE tienen un interés financiero en las demandas de los inversores contra los Estados. Ambos grupos consultivos gozan de numerosas oportunidades para influir en su propio interés en la Secretaría, los Estados miembros del TCE y el proceso de la Carta en general. Varios altos funcionarios de la Secretaría del TCE colaboraron con bufetes de abogados especializados en arbitraje antes o después de trabajar en la Secretaría.

18.

Muchos países de todo el mundo están a punto de adherirse al TCE, lo cual amenaza con atarlos a unas políticas energéticas favorables a las grandes empresas. Jordania, Yemen, Burundi y Mauritania se encuentran en un estado muy avanzado del proceso de adhesión (ya están ratificando el Tratado internamente). El siguiente en la lista es Pakistán (donde el arbitraje sobre inversiones es controvertido, pero que ya ha sido invitado a acceder

al TCE), seguido de varios países en diferentes etapas de preparación de sus informes de adhesión (Serbia, Marruecos, Suazilandia — renombrado oficialmente como eSwatini en abril 2018—, Chad, Bangladesh, Camboya, Colombia, Níger, Gambia, Uganda, Nigeria y Guatemala). Muchos más países han firmado la Carta Internacional de la Energía, una declaración política no vinculante, pero que se considera el primer paso hacia la adhesión al Tratado de la Carta de la Energía, que sí es jurídicamente vinculante.

19.

Entre los posibles nuevos Estados signatarios del TCE predomina una falta de conciencia alarmante acerca de los riesgos políticos y financieros que entraña el Tratado.

Los funcionarios de ministerios con experiencia en la negociación de tratados de inversión y en la defensa de arbitrajes entre inversores y Estados prácticamente no están participando en el proceso, que está siendo dirigido por los ministerios de Energía. Este hecho resulta preocupante, pues muchos de estos países ya tienen una experiencia desastrosa con las demandas de inversores en el marco de otros acuerdos de inversión, que podrían multiplicarse si firman el TCE.

20.

El proceso de ampliación se está promoviendo de forma agresiva desde la Secretaría del TCE, la UE y la industria del arbitraje, deseosos de obtener acceso a unos preciosos recursos energéticos en el Sur Global y ampliar su propio poder y oportunidades de beneficio. Al tiempo que minimizan o niegan los riesgos que asumen los Estados al adherirse al TCE, promueven el acuerdo como una condición necesaria para atraer la inversión extranjera y, en concreto, la inversión en energía limpia para todos. Sin embargo, a día de hoy no hay ninguna prueba de que el acuerdo ayude a reducir la pobreza energética ni facilite la inversión, y mucho menos en energía renovable.

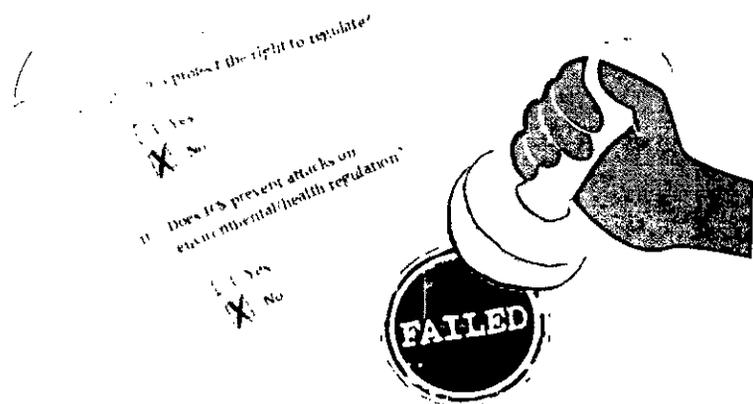
Pero también hay buenas noticias. En todo el mundo, la corriente se están volviendo contra los súper derechos como los que otorga el TCE a las empresas. Activistas, académicos y parlamentarios están empezando a plantear preguntas críticas con respecto al Tratado. Los acuerdos y las demandas de inversores que ha posibilitado también podrían convertirse en blanco de los tribunales de la UE. Más países podrían seguir el ejemplo de Rusia e Italia, que ya le han dado la espalda al TCE.

Este informe advierte sobre los peligros que conlleva ampliar el TCE a un número creciente de países y finaliza con ocho razones clave para abandonar el Tratado y no sumarse a él. Del mismo modo que en El señor de los anillos, donde la comunidad de los nueve compañeros en torno al pequeño hobbit Frodo Bolsón logra destruir el Anillo Único, se podría estar fraguando una comunidad formada por la ciudadanía, especialistas en derecho, personas del mundo parlamentario y judicial, y los Gobiernos, que finalmente logrará romper el poder de unión del “anillo” del TCE.

* Las cifras aluden al total de casos en virtud del TCE conocidos hasta fines de 2017. Es probable que existan otros que, debido al secretismo que rodea a los procesos de demanda, no hayan salido a la luz.

El Sistema de Tribunales de Inversiones puesto a prueba

La nueva propuesta europea perpetuará los ataques de los inversores a la salud y el medio ambiente



Resumen ejecutivo

En otoño de 2015, la comisaria europea de Comercio, Cecilia Malmström, presentó una propuesta para garantizar amplios derechos a los inversores extranjeros en todos los futuros acuerdos comerciales de la Unión Europea (UE). La propuesta llegó en un contexto de creciente preocupación popular por la inclusión del mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS por su sigla en inglés) en acuerdos comerciales comunitarios como la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP) entre la UE y los Estados Unidos, y el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre la UE y Canadá. Este mecanismo, que se aplica a muchos tratados internacionales de comercio e inversión vigentes, ha propiciado un auge de controvertidas demandas interpuestas por grandes empresas contra Estados que han adoptado medidas reguladoras para proteger la salud pública, el ambiente o el interés público.

La Comisión Europea ha asegurado que, con su nuevo enfoque para la protección de inversiones — descrito en su propuesta de Sistemas de Tribunales de Inversiones (ICS por su sigla en inglés) planteada durante las negociaciones para el TTIP—, “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”. Por otro lado, miembros de la Comisión han prometido que algunos de los casos más extremos que se han dado en el marco del ISDS, y que se han convertido en símbolo de las injusticias de este mecanismo, no podrían ser posibles al amparo del nuevo sistema ‘reformado’.

Este informe pone a prueba esa promesa mediante el análisis de cinco de los casos ISDS más polémicos y emblemáticos de los últimos años.

Entre ellos, están:

- Philip Morris contra Uruguay, por la introducción de advertencias gráficas en las cajas de cigarrillos y otras medidas de control del tabaco para fomentar la salud pública;
- TransCanada contra los Estados Unidos, por la decisión del presidente Barack Obama de no aprobar el oleoducto Keystone XL como parte del compromiso de su país para luchar contra el cambio climático;
- Lone Pine contra Canadá, por una moratoria cautelar sobre el fracking promulgada en la provincia de Quebec;
- Vattenfall contra Alemania, por que la ciudad de Hamburgo impuso una serie de normas ambientales sobre el uso del agua en una central eléctrica de carbón;
- Bilcon contra Canadá, por una evaluación de impacto ambiental que impidió la construcción de una gran cantera y una plataforma marina en una zona costera ecológicamente sensible.

Nuestro objetivo era evaluar si estos casos ya no podrían prosperar en el marco del Sistema de Tribunales de Inversiones (ICS) para entender si este representa un cambio importante con respecto a las desigualdades que imperan actualmente en el arbitraje ISDS. O bien si, como afirman muchos expertos jurídicos y activistas de la sociedad civil, el ICS no es más que un ejercicio de maquillaje por parte de la Comisión Europea.

Un análisis detallado de cada caso evaluado con respecto a las normas propuestas demuestra que todas y cada una de estas controvertidas demandas aún se podría presentar y probablemente prosperaría con el ICS. El nuevo enfoque no contiene ningún elemento que impida a las empresas impugnar las decisiones que adopten los Gobiernos para proteger la salud y el ambiente. Y nada que impida a los árbitros resolver los casos a favor de las empresas, ordenando a los Estados que paguen miles de millones de dinero de los contribuyentes en concepto de indemnización por unas medidas públicas legítimas.

En resumen: puesto a prueba, el Sistema de Tribunales de Inversiones (ICS) no podría evitar la interposición de ninguna de estas polémicas demandas.

El informe, además, también concluye que:

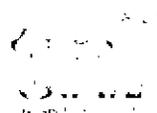
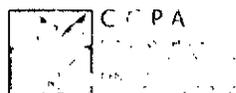
1. El uso que hace la Comisión Europea de conceptos tan amplios y vagos como "arbitrariedad manifiesta" y "trato justo y equitativo" sigue dejando la puerta abierta a que las grandes empresas demanden a los Estados ante tribunales de arbitraje, igual que con el actual sistema ISDS.
2. Muchas de las nuevas limitaciones y los calificadores en la propuesta de la Comisión Europea, como la afirmación del derecho de los Gobiernos a legislar, están pobremente definidos y abiertos a interpretación.. La carga de la prueba recae sobre los Gobiernos, que deben demostrar que las medidas que han adoptado eran "necesarias", "no discriminatorias" y perseguían unos objetivos "legítimos". En cada uno de los cinco casos examinados, las grandes empresas ya han argüido que las regulaciones de los Gobiernos eran ilegítimas, arbitrarias, excesivas y discriminatorias (aunque no hubo discriminación por motivos de nacionalidad) y podrían hacer lo mismo en el marco de un Sistema de Tribunales de Inversiones.

3. Más que limitar unas demandas extremas, el ICS de hecho abre la posibilidad a que se interpongan más demandas de arbitraje porque, a diferencia de lo que sucede en los tratados existentes, introduce explícitamente el concepto de "expectativas legítimas" de los inversores. En los cinco casos estudiados, los inversores manifestaron que sus expectativas legítimas se habían vulnerado. De acuerdo a la propuesta, un inversor solo puede argüir una violación de las "expectativas legítimas" si van precedidas de "una representación específica" del Estado, pero esta limitación está formulada de forma tan imprecisa que podría aludir a cualquier medida, acción o incluso indicación verbal de un funcionario del Gobierno que, según el inversor, le haya inducido a realizar o mantener una inversión.
4. El derecho a indemnizar a los inversores por la pérdida de beneficios (futuros) no desaparece, lo cual incrementa la posibilidad de que se repitan casos como la exorbitante demanda de TransCanada, que está exigiendo 15.000 millones de dólares en concepto de daños por un oleoducto no construido. Con el ICS, la única excepción que impide específicamente a los inversores obtener una indemnización es sobre asuntos relacionados con las ayudas estatales, pero no con respecto a ninguna otra política pública, lo cual pone de manifiesto que nunca se ha tenido la verdadera intención de proteger otras medidas normativas de unos laudos que alcanzan cifras astronómicas.
5. Con el Sistema de Tribunales de Inversiones, la interpretación de los amplios derechos otorgados a las grandes empresas y los vagos calificadores seguirá dependiendo de adjudicadores con fines de lucro, que no cumplen con los requisitos de unos jueces públicos e independientes. A estos adjudicadores se les pagará por caso y las lagunas en los requisitos de conflictos de interés de la UE permitirán que el mismo grupo tendencioso de árbitros corporativos sigan formando parte de paneles de arbitraje. Jueces europeos también han determinado que las propuestas del ICS no cumplen con las normas mínimas relativas a los cargos judiciales establecidas en la Carta Magna de los Jueces Europeos o en otros textos internacionales relevantes sobre la independencia de los jueces.

El hecho de que cada uno de estos controvertidos casos aún podría prosperar en el marco del denominado enfoque 'reformado' sugiere que la Comisión Europea no ha escuchado a los millones de europeos y europeas que han exigido que se ponga fin a los privilegios injustos de los que gozan las grandes empresas. La solución de controversias entre inversores y Estados —se llame como se llame— es un mecanismo no democrático, peligroso, injusto y unilateral. Es hora de que la Comisión Europea acabe con sus ejercicios de maquillaje y relaciones públicas, y trace un camino hacia la justicia comercial deshaciéndose del arbitraje privado de una vez por todas en el TTIP, el CETA y todos los demás acuerdos comerciales de la UE.

Publicado por Canadian Centre for Policy Alternatives, Corporate Europe Observatory, Friends of the Earth Europe, Forum Umwelt und Entwicklung y el Transnational Institute

Abril 2016



Quando la crisis es negocio



Cómo las corporaciones y los abogados saquean a los países europeos en crisis

(Profiting from Crisis. How corporations and lawyers are scavenging profits from Europe's crisis countries)

Marzo de 2014, Ámsterdam/Bruselas

Publicado por Transnational Institute y Corporate Europe Observatory

Resumen ejecutivo

El informe *Cuando la crisis es negocio* explica la historia de cómo las corporaciones, con el apoyo de firmas de abogados, están usando los acuerdos internacionales de inversión para conseguir ganancias demandando a los Gobiernos de los países europeos en crisis. También explica por qué el régimen global de inversiones florece con las crisis económicas, y cómo sus beneficios son muy desiguales. Mientras que a los especuladores que se dedican a la inversión de riesgo se los protege, las personas de a pie no gozan de esa misma protección y por el contrario se ven sometidas a duras políticas de austeridad con las que se les está despojando de derechos sociales básicos.

Durante mucho tiempo, los países europeos no estuvieron afectados por la creciente oleada de controversias entre inversores y Estados, que habían tendido a dirigirse contra países en desarrollo. Sin embargo, tras la crisis financiera global, las corporaciones y los abogados de inversión han vuelto la mirada hacia posibles ganancias en Europa. Es así como un régimen de inversiones, urdido en secreto en salas de juntas europeas y que garantiza a las corporaciones importantes derechos para demandar a los Gobiernos, vuelve a casa como un boomerang.

El informe empieza repasando la historia de las controversias entre inversores y Estados como resultado de las crisis económicas en todo el mundo, desde México en 1994 a Argentina en 2001. Al verse azotados por la crisis, estos países hicieron todo lo posible por proteger a sus economías de un rápido hundimiento; desde entonces, las medidas que adoptaron se convirtieron en blanco sistemático de las corporaciones. Los países han sido demandados por tomar medidas para reanimar su sistema financiero nacional o por congelar las tarifas de los servicios públicos para que fueran asequibles a la población. Algunas medidas, como la reestructuración de la deuda soberana (es decir, renegociar las condiciones con los acreedores) son incluso un requisito exigido por los acuerdos sobre deuda y, a pesar de ello, también han sido objeto de demandas de inversión.

La base jurídica de estas demandas se halla en los más de 3.000 tratados internacionales de inversión vigentes hoy en día. Estos tratados garantizan una amplia protección de la propiedad privada, consagrada en cláusulas tan genéricas como el "trato justo y equitativo" y la "protección ante la expropiación indirecta". El problema está en que estas cláusulas se interpretan de forma tan amplia que otorgan a las corporaciones carta blanca para demandar a los Estados por cualquier norma que se pueda considerar que afecta a sus ganancias presentes o futuras. Además, los tratados de inversión garantizan a las corporaciones una amplia protección, pero no conceden a los Estados derechos equivalentes para proteger a su propia ciudadanía.

Cuando la crisis es negocio analiza en detalle cómo han respondido los inversores corporativos a las medidas tomadas por España, Grecia y Chipre para proteger sus economías tras la crisis de la deuda europea. En Grecia, la compañía eslovaca Poštová Bank adquirió deuda griega después de que el valor de los bonos bajara de categoría; más tarde, se le ofreció un paquete de reestructuración de la deuda muy generoso, pero la compañía intentó hacer mejor negocio demandando a Grecia a través del tratado bilateral de inversión (TBI) entre Eslovaquia y Grecia. En Chipre, Marfin Investment Group, un fondo privado de inversión que cotiza en la bolsa de Atenas y que está involucrado en una serie de prácticas de crédito

Chipre tuviera que nacionalizar el Laiki Bank por las condiciones del acuerdo de reestructuración de la deuda con la UE. En España, 22 compañías (en el momento de escribir estas líneas), sobre todo fondos de capital privado, han presentado demandas ante tribunales internacionales por los recortes en los subsidios a las energías renovables. Aunque el recorte de estos subsidios ha sido justamente criticado por grupos ambientalistas, solo los grandes inversores privados tienen derecho a presentar una demanda y resulta especialmente ofensivo que, en caso de ganarla, será la ciudadanía española –que ya está sufriendo por la austeridad que se le ha impuesto– la que deberá pagar de sus bolsillos para enriquecer aún más a fondos de capital privados.

Cuando la crisis es negocio desvela cómo:

- **El rescate público de los bancos que generó la crisis de la deuda europea se podría repetir con un segundo rescate público, esta vez de inversores especulativos.** Inversores corporativos han reclamado en disputas arbitrales más de 700 millones de euros a España; más de 1.000 millones de euros a Chipre y una cantidad no revelada a Grecia. Esta factura, a la que habría que añadir los exorbitantes honorarios de los abogados por tramitar los casos, se pagará con el dinero de las arcas públicas en un momento en que las medidas de austeridad están traducándose en importantes recortes en el gasto social y en crecientes privaciones para las comunidades vulnerables. En 2013, España, mientras se gastaba millones de euros para la defensa en demandas, recortó el gasto en salud un 22% y en educación, un 18%.
- **Muchas de las demandas de inversión interpuestas contra los países europeos en crisis han sido iniciadas por inversores especulativos.** No eran inversores con un largo recorrido en el país, sino aquellos que invirtieron cuando la crisis se empezó a vislumbrar y que, por lo tanto, eran plenamente conscientes de los riesgos que conllevaba. Sin embargo, en lugar de pagar el precio de una inversión riesgosa, los acuerdos de inversión les han dado una vía de escape que están usando para saquear más dinero de los países en crisis. Poštová Bank, por ejemplo, compró bonos a principios de 2010, al mismo tiempo que Standard & Poor's calificaba la deuda griega de 'bono basura'. En España, de las 22 compañías implicadas en demandas, 12 invirtieron después de 2008, cuando se introdujeron las primeras limitaciones a las tarifas reguladas para la energía solar; ocho más siguieron invirtiendo en el país a pesar de las 'amenazas' a sus inversiones.
- **Los inversores implicados en las demandas se han beneficiado considerablemente** a pesar de que sus inversiones se hayan visto 'afectadas' en los países en crisis. Poštová Bank notificó un beneficio neto de 67,5 millones de euros en 2012; Abengoa SA, compañía que invierte en energías renovables, notificó un aumento del 17% en sus ingresos, que alcanzaron los 5.230 millones de euros, en los primeros nueve meses de 2013. Para la ciudadanía de los países demandados, en cambio, la historia es muy distinta. Los griegos, por ejemplo, son en promedio casi un 40% más pobres que en 2008 y el índice de personas sin hogar ha experimentado un drástico aumento. Uno de cada tres niños (unos 600.000) vive actualmente por debajo del umbral de la pobreza.
- **Los inversores corporativos han contado con el apoyo y el aliento de abogados de inversión muy bien remunerados que se dedican a identificar constante y activamente posibilidades de litigio.** En algunos casos, las firmas de arbitraje que están demandando a los países en crisis también estaban asesorando a esas mismas compañías cuando realizaron las inversiones de riesgo. El bufete de abogados británico Allen & Overy, que ahora representa a los inversores en cinco de las siete demandas conocidas (en estos momentos) contra España relacionadas con el recorte de subsidios en el sector de la energía, asesoraron a algunos de estos inversores en su adquisición original de las centrales de energía. El marketing de los abogados corporativos ha rendido sus frutos, visto el auge de casos y de suculentos beneficios e ingresos para estas firmas de élite. Por ejemplo, el bufete británico Herbert Smith Freehills, contratado para representar a España en al menos dos casos, cobra unos honorarios de 300 euros por hora y podría ganar hasta 1,6 millones de euros por los casos.
- **Los abogados de inversión y las corporaciones están usando la amenaza de las demandas legales para intentar modificar políticas o evitar que se adopten normas que amenazan a sus ganancias.** En un documento enviado a sus clientes en octubre de 2011, por ejemplo, el bufete de abogados estadounidense K&L Gates recomendaba que los inversores usaran la amenaza del arbitraje de inversiones como una "herramienta de negociación" al pactar

potencial publicidad negativa" de una demanda de inversión como "instrumento de presión en caso de disputa con un Gobierno extranjero".

- **La Comisión Europea (CE) ha desempeñado un papel cómplice y ambiguo, apoyando efectivamente esta oleada de demandas corporativas al presionar a los países azotados por la crisis.** Algunas de las demandas han surgido debido a las medidas de reestructuración bancaria y de la deuda que se exigieron como condición de los paquetes de rescate de la UE. Además, aunque la CE se ha mostrado crítica con los TBI entre los Estados miembros de la UE (conocidos como 'TBI intracomunitarios'), sigue promoviendo activamente el uso de mecanismos de arbitraje inversor-Estado en todo el mundo, en especial en las actuales negociaciones para el controvertido acuerdo comercial entre los Estados Unidos y la UE (el TTIP por su sigla en inglés). Defender la protección de las corporaciones mientras se deniega la protección social de la ciudadanía es una inquietante muestra de las actuales prioridades en las políticas económicas y comerciales de Europa.
- **El régimen del arbitraje de inversiones garantiza un trato de favor a los inversores extranjeros y privatiza la justicia.** A los inversores extranjeros se les conceden más derechos que a las empresas, las personas y las comunidades del país, incluso cuando estas se ven igual de afectadas por las medidas que llevaron a la disputa. Los casos son juzgados por un tribunal compuesto por tres abogados privados y con ánimo de lucro, que acaban decidiendo sobre políticas que afectan al bienestar de millones de personas. Algunos de ellos han ignorado los principios jurídicos internacionales que permiten a los Estados incumplir sus obligaciones internacionales cuando es necesario para proteger los intereses de sus ciudadanos y ciudadanas, especialmente en situaciones de crisis.

La creciente recesión en los países europeos en crisis ha ido atrayendo cada vez más buitres, que están dando vueltas para saquear ganancias. En 2012, la firma Greylock Capital, con sede en Nueva York, señaló que comprar bonos griegos era "el negocio del año". En aquel momento, los inversores estaban pagando entre 15 y 25 céntimos por bono, por cada bono equivalente a un dólar.

En abril de 2013, el bufete de abogados estadounidense Skadden, que representa a Cyprus Popular Bank (Laiki) en una incipiente disputa contra Grecia que entraña miles de millones de euros y que se basa en un tratado de inversión, alabó el "creciente atractivo y uso novedoso de los tratados bilaterales de inversión". El bufete añadía que "el atractivo de los tribunales de los TBI, sumado a la incertidumbre económica de los últimos tiempos, ha desencadenado un creciente uso de los TBI para resolver disputas mediante vías con las que no se habían topado anteriormente los tribunales arbitrales, y esperamos que esta tendencia se mantenga". La experiencia de Argentina, que se enfrentó a 55 demandas de inversores tras la crisis de 2001, demuestra que las demandas siguen llegando durante un tiempo después de la crisis propiamente dicha. En efecto, los casos que aparecen en este informe son probablemente solo el principio de una nueva oleada de demandas inversor-Estado contra países europeos.

Estas disputas entre inversores y Estados forman parte de un patrón más general que se ha hecho especialmente evidente desde que estalló la crisis económica. Se trata de un patrón en que a las corporaciones se las protege de las inversiones de riesgo mientras que a la ciudadanía se le dice que los recortes son inevitables; en que las pérdidas corporativas se socializan y los contribuyentes pagan la factura; en que las corporaciones pueden recurrir al sistema de justicia mientras que los derechos de ciudadanos y ciudadanas son marginados.

Los ciudadanos europeos y americanos, comprensiblemente, demostraron su enfado por el rescate de los bancos. Ha llegado la hora de poner la atención sobre el rescate de los inversores y reclamar un cambio radical del actual régimen global de inversiones.

Como primer paso, los Gobiernos de la UE deben rescindir los acuerdos de inversión vigentes. En concreto, los ciudadanos y los políticos europeos preocupados por la cuestión deben exigir que se excluyan los mecanismos de disputa inversor-Estado de los acuerdos comerciales que se están negociando en estos momentos, como el tratado comercial propuesto entre los Estados Unidos y la UE. Con la actual propuesta de acuerdo transatlántico, un total de 75.000 compañías registradas en ambas regiones, con sedes en la UE y los Estados Unidos, podrían lanzar disputas inversor-Estado con base en este acuerdo transatlántico. La experiencia europea con los especuladores corporativos que se están beneficiando con la crisis debería funcionar como una sana advertencia de que es necesario limitar los derechos de las corporaciones y priorizar

Cuando la injusticia es negocio

Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones

(Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom)



Noviembre 2012, Bruselas/Ámsterdam

Publicado por Corporate Europe Observatory y Transnational Institute

Resumen ejecutivo

Las últimas dos décadas han sido testigo del sigiloso ascenso de un poderoso régimen internacional de inversiones en que se encuentran atrapados cientos de países y que pone los beneficios corporativos por encima de los derechos humanos.

Los tratados internacionales de inversiones son acuerdos entre Estados y determinan los derechos de los inversores en los territorios de cada uno. Son, en gran medida, usados por poderosas corporaciones para demandar a los Gobiernos cuando estas consideran que un cambio en las políticas del Estado –aun cuando el cambio busque proteger a la salud pública o el medio ambiente– afecta sus ganancias. Hasta fines de 2011, se habían firmado más de 3.000 tratados internacionales de inversión, generando un gran aumento de las demandas presentadas por inversores ante los tribunales de arbitraje internacional. Los costos de estas demandas pesan sobre los Gobiernos en forma de grandes facturas legales, el debilitamiento de la regulación social y ambiental y un peso en las cargas fiscales de las personas, a menudo en países con importantes necesidades sociales y económicas.

Sin embargo, aunque estos costos financieros y sociales son cada vez más visibles, hay un sector que se ha mantenido prácticamente al margen del escrutinio público: la industria jurídica que se está beneficiando con el auge de las disputas inversor-Estado. El presente informe trata de abordar este tema analizando, por primera vez, quiénes son los principales actores de la industria del arbitraje de inversiones. El objetivo es arrojar luz sobre las firmas de abogados, los árbitros y las compañías financiadoras que se están beneficiando ampliamente de las demandas contra los Gobiernos.

El informe demuestra que la industria del arbitraje está lejos de ser una beneficiaria pasiva de la legislación internacional en materia de inversiones. Por el contrario, los integrantes de esta industria desempeñan un papel activo. Muchos de los abogados especializados en inversiones mantienen fuertes vínculos personales y comerciales con compañías multinacionales y ostentan cargos destacados en instituciones académicas, desde donde defienden enérgicamente el régimen internacional de inversiones. Así, no solo buscan las oportunidades para demandar a los Gobiernos, sino que también desarrollan una fuerte y exitosa campaña contra toda posible reforma de dicho régimen.

El sistema de arbitraje internacional de inversiones fue establecido por varios Gobiernos occidentales, que justificaron su instauración alegando que se necesitaba un mecanismo de solución de diferencias que fuera justo y neutral a la hora de proteger las inversiones de sus corporaciones frente a las supuestas situaciones de favoritismo y corrupción que se daban en los tribunales nacionales. En principio, los árbitros internacionales serían garantes y custodios de este régimen.

Sin embargo, se ha hecho evidente que, en lugar de actuar como intermediarios justos y neutrales, los árbitros internacionales tienen un enorme interés en salvaguardar un régimen de inversiones que prioriza los derechos de los inversores en detrimento de las decisiones de los Gobiernos. De este modo, han construido una industria multimillonaria que se autoalimenta, dominada por un selecto grupo de firmas y abogados cuyas interconexiones y numerosos intereses financieros plantean serias dudas sobre su compromiso de dictar sentencias justas e independientes.

En consecuencia, la industria del arbitraje es también responsable de un régimen internacional de inversiones que no es justo ni

Principales conclusiones:

- 1. El número de casos de arbitraje en materia de inversiones, así como las sumas implicadas, se han disparado en las últimas dos décadas,** pasando de 38 casos en 1996 (registrados en el CIADI, el organismo del Banco Mundial que administra estas disputas) a 450 casos inversor-Estado conocidos en 2011. Las cantidades de dinero implicadas también se han incrementado de forma espectacular. En el 2009/2010, se tuvo constancia de 151 casos de arbitraje de inversiones, por los que las compañías reclamaban al menos 100 millones de dólares estadounidenses (USD) de los Estados.
- 2. El auge de la industria del arbitraje está generando unos beneficios astronómicos para una élite de abogados especializados en inversiones; el dinero sale de los impuestos de los ciudadanos.** Los costos legales y arbitrales de una disputa inversor-Estado se sitúan, como promedio, en más de 8 millones de USD, aunque en algunos casos superan los 30 millones de USD. Las firmas de élite que llevan los casos cobran hasta 1.000 USD por hora y abogado, y en muchos casos se necesita de todo un equipo. Los árbitros también reciben salarios cuantiosos; en un caso concreto este llegó hasta casi un millón de USD. Todos estos costos son financiados con los impuestos de los contribuyentes, incluso en países donde hay personas sin acceso a servicios básicos. Por ejemplo, con los 58 millones de USD que el Gobierno filipino gastó en defenderse de dos demandas presentadas en su contra por el operador aeroportuario alemán Fraport, se podrían haber pagado los salarios de 12.500 profesores durante todo un año o vacunado a 3,8 millones de niños y niñas contra enfermedades como la tuberculosis, la difteria, el tétanos y la polio.
- 3. La industria del arbitraje internacional de inversiones está dominada por un reducido y compacto grupo de firmas de abogados y árbitros de países del Norte.**
 - a) Tres grandes firmas de abogados –Freshfields (Reino Unido), White & Case (Estados Unidos) y King & Spalding (Estados Unidos)– afirman haber participado en 130 casos de tratados de inversión solo en 2011.
 - b) Solo 15 árbitros, casi todos ellos procedentes de Europa, los Estados Unidos o Canadá, han resuelto el 55% de todas las disputas conocidas en base a tratados de inversión. Los abogados de este pequeño grupo, que algunos denominan ‘la mafia interna’, se encuentran regularmente en los mismos paneles arbitrales, ejercen como árbitros y como abogados, e incluso se citan entre sí para actuar como testigos en los casos de arbitraje. Esto genera una creciente preocupación por cuestiones como los conflictos de interés, incluso entre el resto de la comunidad jurídica.
- 4. La mayoría de estos árbitros de élite tienden a defender los derechos de inversores privados por encima del interés público, lo cual pone de manifiesto un sesgo inherente a favor de las corporaciones.** Son varios los árbitros de renombre que han sido miembros de la junta de grandes multinacionales, entre las que se cuentan aquellas que han presentado demandas contra países en desarrollo. Casi todos ellos comparten la firme convicción de que proteger los beneficios privados es de suma importancia. En la mayoría de casos relacionados con decisiones que afectaban al interés público, como las medidas tomadas por Argentina en el contexto de su crisis económica, a la hora de emitir sus sentencias los árbitros no han tenido en cuenta otro factor que no fuera la supuesta pérdida de beneficios por parte de las corporaciones. Muchos árbitros han manifestado su profundo rechazo a una propuesta de Bruno Simma, magistrado de la Corte Internacional de Justicia, para que los arbitrajes de inversiones concedan mayor atención a la legislación internacional en materia de derechos humanos y medio ambiente.
- 5. En muchos casos, las firmas de abogados con departamentos especializados en arbitraje internacional buscan activamente oportunidades para demandar a los países, promoviendo pleitos contra Gobiernos en crisis** –entre los casos más recientes, estarían Grecia y Libia– y fomentando el uso de varios tratados de inversión para garantizar que las corporaciones disfruten de las mejores ventajas. Estas firmas animan a las corporaciones a usar la amenaza de la demanda procesal como un arma política para impedir que se adopten leyes sobre salud pública y protección ambiental, o para que estas leyes sean más laxas. Los abogados especializados en inversiones se han convertido en los nuevos ‘cazadores de ambulancias’ internacionales, siguiendo el modelo de aquellos abogados que van a buscar a posibles clientes en las unidades de urgencias de los hospitales.
- 6. Los abogados especializados en inversiones, incluidos los árbitros de élite, promueven enérgicamente el arbitraje de inversiones como si este fuera una condición necesaria para atraer inversiones extranjeras, a pesar de que no haya pruebas que lo demuestren.** Los riesgos que corren los países al acceder a los mecanismos de arbitraje inversor-Estado se minimizan o se obvian.
- 7. Los abogados especializados en inversiones animan a los Gobiernos a firmar tratados de inversión redactados en unos términos que maximizan las posibilidades de interponer demandas.** Posteriormente, usan estas disposiciones,

en 140 casos de tratados de inversiones, los árbitros adoptan de forma sistemática una interpretación amplia, proclive al demandante, de diversas cláusulas, como las relativas al concepto de inversión. Mientras tanto, los abogados que se dedican al arbitraje adoptan un enfoque restrictivo frente a los derechos humanos y sociales recogidos por la legislación internacional.

8. **Los despachos de abogados que se dedican al arbitraje y los árbitros de élite utilizan sus posiciones de influencia para cabildar activamente en contra de toda reforma del régimen internacional de inversiones, especialmente en los Estados Unidos y la Unión Europea.** Sus acciones, respaldadas por corporaciones, lograron impedir varios cambios en los tratados de inversión estadounidenses que había propuesto el presidente del país, Barack Obama, al llegar al poder. Estos cambios hubieran dado al Gobierno mayor espacio normativo para regular, sin el riesgo de ser demandado. Varios árbitros también han denunciado abiertamente a los países que han cuestionado el régimen internacional de inversiones.
9. **Existe una 'puerta giratoria' entre los abogados especializados en inversiones y los responsables de políticas gubernamentales, que refuerza un régimen de inversiones injusto.** Algunos destacados abogados especializados en inversiones han actuado como jefes negociadores en tratados de inversión (o en tratados de libre comercio con capítulos sobre protección de inversiones) y han defendido a sus Gobiernos en disputas entre inversores y Estados. Otros son activamente buscados como asesores y creadores de opinión por los Gobiernos, e influyen en la adopción de leyes.
10. **Los abogados especializados en inversiones mantienen un firme control del discurso académico sobre legislación en materia de inversiones y arbitraje,** dado que generan una gran parte de los escritos académicos sobre este tema, ocupan en promedio el 74% de las juntas editoriales de las principales revistas especializadas en derecho de inversiones y normalmente no revelan la forma en que se benefician personalmente del sistema. Esto genera inquietud por cuestiones como el equilibrio y la independencia en la academia.
11. **El sistema de arbitraje de inversiones está cada vez más interconectado con el mundo de las finanzas especulativas,** puesto que hay fondos de inversión que están ayudando a financiar los costos de las disputas inversor-Estado a cambio de un porcentaje de la indemnización o laudo final. Es probable que este mecanismo alimente aún más el auge de los arbitrajes e incremente los costos para los Gobiernos con escasos fondos, además de suscitar preocupación por los posibles conflictos de interés que se derivan de la densa red de relaciones personales que une a financiadores con árbitros, abogados e inversores. Compañías como Jurídica (Reino Unido), Burford (Estados Unidos) y Omni Bridgeway (Países Bajos) ya se han convertido en una parte establecida del arbitraje internacional de inversiones y sus actividades no están sometidas a ningún tipo de regulación. Esta financiarización del arbitraje de inversiones llega incluso a propuestas como la posibilidad de que se puedan vender paquetes de demandas a terceras partes, siguiendo la línea de los desastrosos *swaps* de impago que se hallan tras la crisis financiera mundial.

Algunos países han empezado a tomar conciencia de las injusticias y las incoherencias del arbitraje internacional de inversiones y han empezado a retirarse del sistema. En la primavera de 2011, el Gobierno australiano anunció que dejaría de incluir disposiciones sobre la resolución de diferencias inversor-Estado en sus tratados comerciales. Bolivia, Ecuador y Venezuela han puesto fin a varios tratados de inversión y se han retirado del CIADI. Argentina, que ha recibido un alud de demandas inversor-Estado por las leyes de excepción que adoptó en el contexto de la crisis económica de 2001-2002, se niega a pagar los laudos arbitrales. Sudáfrica está realizando una exhaustiva revisión de su política de inversiones para alinearla mejor con sus prioridades de desarrollo y acaba de anunciar que no firmará nuevos acuerdos de inversión ni renovará los vigentes cuando estos venzan.

Estas iniciativas no han pasado desapercibidas entre los actores que integran la industria del arbitraje internacional. Algunos de ellos están dispuestos a afrontar estos desafíos proponiendo que se adopten reformas moderadas, como una mayor transparencia. Pero esas propuestas no abordan los fallos de base ni los sesgos corporativos inherentes del sistema de arbitraje de inversiones. Creemos que solo una reforma sistémica, basada en principios que consideren que los derechos humanos son más importantes que los beneficios de las corporaciones, puede brindar el cambio necesario. Esto debe empezar por la derogación de todos los tratados de inversión vigentes y por una moratoria sobre la firma de nuevos acuerdos.

Sin embargo, incluso dentro del sistema existente, se pueden dar algunos pasos para ayudar a limitar el poder de la industria del arbitraje. Este informe insta a que se utilicen órganos arbitrales independientes y transparentes, en los que se garantice la independencia e imparcialidad de los árbitros, la introducción de regulaciones estrictas para evitar los conflictos de interés, la imposición de un límite sobre los costes procesales, y una mayor transparencia con respecto al cabildeo de la industria del arbitraje en los círculos gubernamentales.

Estos pasos no transformarán, de por sí, el sistema de arbitraje inversor-Estado. Si los Gobiernos no dan la espalda a los procesos de arbitraje de inversiones, el sistema seguirá inclinándose a favor de las grandes compañías y de la lucrativa industria del arbitraje.



Tratado de Libre Comercio entre Argentina y Chile Análisis del capítulo de inversiones

Por Luciana Ghiotto¹ y Cecilia Olivet²

6 razones por las cuales hay que rechazar la ratificación del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Argentina y Chile³:

1. El TLC blindo los derechos de los inversores, ya que denunciarlo es prácticamente imposible.
2. El TLC mantiene amplios derechos para los inversores, incluidos algunos de los que usan con más frecuencia para demandar a los Estados (como el trato justo y equitativo, la expropiación indirecta, el trato nacional y el trato de nación más favorecida).
3. Con el TLC, los inversores podrán seguir demandando ante tribunales internacionales cuando los Estados introduzcan medidas regulatorias, incluso aunque estas estén concebidas en favor del interés público o del medioambiente.
4. El TLC deja amplia discrecionalidad a los árbitros para que decidan si el Estado violó los derechos del inversor y determinen una indemnización cuyo monto total no tiene un máximo limitado.
5. El TLC sigue siendo un instrumento de una sola vía, donde solo se otorgan derechos y beneficios al inversor, sin ninguna obligación a cambio.
6. El tratado de inversión existente entre Argentina y Chile se sustituye sin que se hayan analizado sus costos y beneficios (es decir, no se han estudiado los impactos de ese tratado y no hay pruebas que demuestren por qué es necesario otorgar a los inversores estos beneficios extraordinarios).

¹ Investigadora de CONICET con sede en UNSAM. Colaboradora de Transnational Institute (TNI). Miembro de la Asamblea "Argentina mejor sin TLC" y de ATTAC Argentina. Contacto: luciana.ghiotto@gmail.com

² Investigadora del programa Justicia Económica, Transnational Institute (TNI). Contacto: ceciliaolivet@tni.org

³ El texto del TLC puede ser encontrado en: <http://tratados.mrecic.gov.ar/busqueda.php>

- **Los Tratados de “tercera generación” siguen otorgando a los inversionistas unos derechos que priman sobre los derechos humanos y medioambientales.**

El capítulo de Inversiones (Capítulo 8) del Tratado Comercial entre la República Argentina y la República de Chile, suscrito el 2 de noviembre de 2017 (TLC Argentina-Chile), es presentado por la Procuraduría del Tesoro de la Argentina como un tratado de “tercera generación” que protege el derecho del Estado a regular en el interés público. Sin embargo, una lectura minuciosa de los artículos propuestos deja en evidencia que el texto de este capítulo de Inversiones **no reduce el ámbito de actuación de los inversores extranjeros frente a ambos Estados**. Los derechos otorgados a los inversores en este capítulo atan de manos a los Estados en lo que respecta a la aplicación de políticas públicas soberanas, ya sea en materia de derechos humanos o de protección del medioambiente.

Cualquier modificación de las condiciones de ganancia que aleguen los inversores extranjeros puede ser causa de demanda en centros arbitrales internacionales como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), dependiente del Banco Mundial.

Este capítulo reemplazaría el tratado bilateral de inversiones (TBI) que está vigente desde 1995. Más de 20 años después de que entrara en vigor de ese TBI, **se observa que la mayoría de los derechos otorgados en este nuevo tratado son similares a los del viejo tratado**, así como a todos los tratados de inversión firmados por la Argentina. Se siguen otorgando garantías como el trato justo y equitativo, la expropiación indirecta y el trato de nación más favorecida. Las redacciones, si bien más detalladas, mantienen definiciones ambiguas que dejan la interpretación en manos de los tribunales arbitrales. Estos son los mismos tribunales que, según demuestran las estadísticas, tienden a interpretar estas cláusulas a favor de los inversores extranjeros en lugar de hacerlo a favor de los Estados⁴. El nuevo tratado tampoco establece ningún mecanismo para asegurar que no actúen los mismos árbitros, con numerosos conflictos de intereses, que dominan el sistema de arbitraje de inversiones y que tienen un incentivo financiero para fallar a favor del inversor⁵.

- **Reemplazar el TBI por este TLC hace casi imposible la denuncia del tratado.**

El TBI firmado en los años noventa cumplió su periodo de vigencia inicial y, según sus disposiciones, puede ser denunciado en cualquier momento por Argentina o Chile. Si este TBI se reemplazara por un capítulo de protección de las inversiones en un TLC, la denuncia se volvería casi imposible. Esto se debe a que la única forma de retirar los beneficios concedidos a los inversores pasaría por denunciar todo el TLC, lo que tiene implicancias políticas que van mucho más allá del mero retiro de los derechos otorgados en otros tiempos a los inversores.

⁴Ver investigación de Gus van Harten: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol50/iss1/6/> y <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol53/iss2/6/>

⁵ Pia Eberhardt y Cecilia Olivet (2012) *Cuando la injusticia es negocio*, Corporate Europe Observatory y Transnational Institute: <https://www.tni.org/es/publicacion/cuando-la-injusticia-es-negocio>

➤ **No restringe el acceso de los inversores al arbitraje.**

El nuevo tratado prevé el acceso de los inversores extranjeros al arbitraje, con arreglo a la Sección B, artículo 8.24.4. Allí se establece que, una vez que se haya agotado el período de mediación y consultas, el inversor puede someter la reclamación a arbitraje, con las siguientes opciones: a) de acuerdo con el Convenio del CIADI; o b) de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (UNCITRAL); o c) ante un tribunal *ad hoc*, según las reglas de arbitraje elegidas de común acuerdo.

El mecanismo de solución de controversias inversor-Estado (ISDS) es un mecanismo de una sola vía, es decir, que **solo los inversores pueden demandar a los Estados**. Este tratado no prevé la posibilidad de que sean los Estados quienes demanden a los inversores extranjeros cuando estos últimos no cumplan con disposiciones medioambientales, de derechos humanos o derechos laborales. Por el contrario, los Estados solo tienen la capacidad de demandar a los inversores recurriendo a la justicia nacional. Esto es muy relevante teniendo en cuenta el precedente de casos como el de *Chevron versus Ecuador*⁶.

Argentina es el país más demandado a nivel global en el sistema de arbitraje internacional, justamente a través del mecanismo ISDS. El país ya fue objeto de 60 demandas de inversores extranjeros. De los casos que tuvieron fallo de tribunales arbitrales, 23 se resolvieron a favor del inversor, 5 a favor del Estado y 14 terminaron en un acuerdo entre partes⁷. Estas demandas corresponden a inversores provenientes mayoritariamente de países europeos y de los Estados Unidos, mientras que **4 de las demandas provinieron de inversores de Chile, única procedencia latinoamericana de las demandas contra la Argentina.**

La **suma total desembolsada por Argentina** en 21 de los casos es de **más de 8700 millones de dólares**. Este monto equivale a 2,5 veces el presupuesto que recibieron las universidades públicas argentinas en 2018 o cien veces la contribución al Fondo Nacional de Empleo para la atención de programas de empleo del Ministerio de Trabajo.

⁶ El caso *Chevron versus Ecuador* en la Corte Permanente de Arbitraje es relevante para ilustrar el peligro de la inclusión del mecanismo ISDS. Texaco-Chevron generó daño ecológico en la zona de la Amazonía ecuatoriana durante más de una década, derivado del uso de tecnología obsoleta, con el fin de beneficiarse económicamente. Esto fue denunciado por las comunidades indígenas a través de un juicio iniciado en 1993, pero que fue desconocido por el inversor, quien, posteriormente, después de que se le rescindiera el contrato de explotación, denunció al Estado ecuatoriano en tres ocasiones por vía del arbitraje internacional. Ver Informe Ejecutivo de la Comisión de Auditoría Integral de los Tratados de Inversión y del Sistema de Arbitraje (CAITISA) del Ecuador, <http://caitisa.org/index.php/home/enlaces-de-interes>

⁷ Datos sobre las demandas contra Argentina: www.isds-americalatina.org

- **La inclusión de un artículo sobre el derecho a regular da una falsa sensación de seguridad a los Estados.**

Incorporar un artículo que "otorgue" el derecho a regular (artículo 8.4) es atractivo desde el punto de vista de la retórica, pero inútil desde el punto de vista legal. Los Estados siempre tienen el derecho a regular; el problema surge cuando, al hacerlo, se exponen a ser blanco de demandas multimillonarias. El artículo 8.4 no prohíbe de forma explícita que los inversores puedan presentar una demanda cuando el Estado regule, aun cuando sea "para alcanzar objetivos legítimos de política pública".

- **La definición de inversión sigue siendo abierta y queda a merced de la interpretación de los tribunales arbitrales.**

La definición de inversión en el tratado (artículo 8.1) presenta varios puntos problemáticos:

- 1) Se explicita que inversión "significa *cualquier activo* de propiedad de un inversionista de una Parte o bajo su control directo o indirecto, que incluya, *entre otras*, las siguientes características (...)". La noción de "*cualquier activo* (...) que incluya, *entre otros*" implica **una definición amplia y laxa de inversión**. Esta definición se acerca a los TBI de los años noventa, donde se señalaba que inversión es "cualquier tipo de bien invertido" por un inversor de la contraparte. Por lo tanto, **el TLC entre Argentina y Chile sigue manteniendo una definición abierta, que permite que los tribunales arbitrales efectúen una interpretación amplia de lo que constituye una inversión**.
- 2) Se incorpora la idea de que una inversión, para ser considerada como tal, debe tener un rol de "**contribución al desarrollo económico**" de la parte receptora. Pero **esto no restringe la capacidad de que un inversor pueda acceder al arbitraje**. En esta definición no se explicita qué se entiende por desarrollo económico ni cómo se mide el impacto o la contribución de un inversor extranjero al desarrollo de un Estado. La UNCTAD ha recomendado que la terminología para este tipo de definiciones explicita que las inversiones extranjeras contribuyan al desarrollo sustentable de un país (con sus tres elementos: económico, social y medioambiental) y que generen beneficios sociales tangibles⁸. Tal definición, más específica, no se encuentra en el nuevo tratado.
- 3) Incluye explícitamente, como parte de la definición de inversión, **los derechos de propiedad intelectual**. Esa inclusión sirvió como argumento para que la tabacalera Philip Morris demandara a Uruguay en 2010 por la violación de sus derechos de

⁸ Ver UNCTAD (2015), Guía de Acuerdos internacionales para el desarrollo:
http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Fina%20version%20Gu%C3%ADa_de_Acuerdos_Internacionales_de_Inversi%C3%B3n_para_el_Desarrollo_Sostenible_2015.pdf

propiedad intelectual frente a medidas tomadas por el Gobierno uruguayo en defensa del derecho a la salud⁹.

- 4) Incluye explícitamente las “licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares” otorgados por los Estados. Se trata de los “derechos administrativos”, que incluyen todos los permisos y licencias que brindan los Estados a los inversores extranjeros. Estos son parte integrante de la definición de inversión. Por ejemplo, los permisos para la exploración y explotación de una empresa minera extranjera. Esta inclusión ha permitido que cuatro empresas mineras demandaran a Colombia entre 2016 y 2017 por la quita de permisos de explotación como parte de las acciones del Gobierno colombiano para proteger el derecho al acceso al agua potable.

➤ **El TLC permite que los inversores demanden alegando expropiación indirecta.**

Si se compara el artículo relativo a expropiación indirecta del TBI con el que se encuentra en el TLC (artículo 8.8), el segundo es mucho más detallado y explícito. Sin embargo, todo el esfuerzo por acotar las posibilidades de que los inversores abusen de esta cláusula se echan por la borda cuando los redactores del artículo incorporan entre las especificaciones de lo que constituye una expropiación indirecta:

1. Inciso 2.e.i: “...si tal acto o serie de actos **interfirieron sustancialmente** en una inversión en el territorio de la Parte receptora...”.

¿Cuál es el criterio para determinar qué representa una interferencia sustancial? Se trata de una redacción laxa que deja la interpretación definitiva a la discreción del tribunal arbitral.

2. Inciso 2.d: “Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger **objetivos legítimos** de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente”.

¿Quién determina qué es un “objetivo legítimo”? Incluso en los casos en que la medida del Gobierno que dio lugar a la disputa persiguiera innegablemente un propósito público, los inversores han demandado afirmando que las políticas eran ilegítimas y excesivas.

Señalamos que la tabacalera Philip Morris, en la disputa contra Uruguay, argumentó que las medidas de salud pública tomadas por el Gobierno no eran legítimas. El tribunal dio lugar a jurisdicción en el caso¹⁰. Existe amplia evidencia de que los tribunales arbitrales han interpretado salvaguardas legítimas en materia de salud pública, medioambiente y de otra índole, condenando a los Estados a pagar una compensación.

⁹ Demandas contra Uruguay: <http://isds-americalatina.org/>

¹⁰ Cecilia Olivet, Natacha Cingotti, Pia Eberhardt, et al. (2016) “El Sistema de Tribunales de Inversiones puesto a prueba”: <https://www.tni.org/es/publicacion/el-sistema-de-tribunales-de-inversiones-puesto-a-prueba>

El lenguaje utilizado deja la puerta abierta para que los inversores sigan demandando por actos regulatorios del Estado y otorga una amplia discreción a los árbitros para la interpretación de las cláusulas. La Procuraduría del Tesoro de la Nación explica en su análisis sobre este capítulo que “la inclusión de esos factores tiene por finalidad limitar los supuestos de expropiación indirecta y reducir la discrecionalidad de los tribunales arbitrales al momento de decidir si se ha producido una expropiación indirecta (...) se busca preservar la potestad regulatoria del Estado”. Sin embargo, en el marco del “**Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones intra-Mercosur**”, la Argentina adoptó un modelo de cláusula sobre expropiación que no incluye la expropiación indirecta (artículo 6), y solo incluye la expropiación directa. Sin embargo, en este tratado con Chile, se vuelve a incorporar la expropiación indirecta.

De acuerdo con datos de la UNCTAD, la expropiación indirecta es la segunda causa de demanda más invocada por los inversores y también aparece en segundo lugar entre las cláusulas que, según los árbitros, fueron objeto de más contravenciones por parte del Estado¹¹. De hecho, de las 60 demandas que recibió Argentina en el CIADI, los inversores alegaron expropiación indirecta en 39.

- **La Responsabilidad Social Corporativa es voluntaria para los inversores extranjeros.**

La incorporación de la Responsabilidad Social Corporativa (artículo 8.17) es **de aplicación completamente voluntaria para las empresas**. Esto significa que no se trata de cláusulas vinculantes, de cumplimiento obligado, sino que queda a voluntad de las empresas seguir los lineamientos explicitados. Esto muestra que este tratado **no propone ningún requisito de desempeño para los inversores extranjeros**, a los que solo otorga derechos, sin imponerles obligaciones.

¹¹UNCTAD, Investment policy hub, Breaches of IIA provisions alleged and found:
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByBreaches>

Transnational Institute

Librería

Artículos de fondo

Boletín

Podcast

Contacto

- EN
- ES
- MY

DONATE

Leer esta página en:

Spanish

English

CETA - La democracia en venta (versión 2016)

Cómo las normas de protección de las inversiones en el ceta podrían generar un auge de demandas de inversores contra Canadá y la UE

19 Septiembre 2016

Informe

El Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre la UE y Canadá es mucho menos conocido que su homólogo entre la UE y los Estados Unidos, el TTIP, pero este informe revela que representa una seria amenaza a las medidas públicas para proteger a las personas y el ambiente.

Autores

Pia Eberhardt, Blair Redlin, Cecilia Olivet, Lora Verheecke

Traductores

Beatriz Martínez

Editores

Scott Harris, Katharine Ainger

Programmes

Comercio e Inversiones

Nota: esta es una versión actualizada de un informe anterior con el mismo nombre que publicamos en noviembre de 2014.

Resumen ejecutivo

El 26 de septiembre de 2014, Canadá y la Unión Europea (UE) anunciaron la conclusión de un ambicioso acuerdo de integración económica, el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG; CETA por su sigla en inglés y de uso más extendido, por lo que es la que usaremos en este informe). El acuerdo incluía un mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS) —al que más tarde, en febrero de 2016, se le dio un cambio de imagen y se le cambió el nombre por el de Sistema de Tribunales de Inversiones (ICS)— que podría desencadenar un auge de demandas de grandes empresas contra Canadá, la UE y Estados miembros de la UE, y que podría constituir una grave amenaza a las iniciativas de los Gobiernos para proteger a la ciudadanía y el medio ambiente.

El ICS, un mecanismo de ISDS, concede a las grandes empresas extranjeras la potestad de demandar directamente a los países ante tribunales internacionales y exigirles una indemnización por adoptar salvaguardias en materia de salud, medio ambiente, finanzas u otras medidas internas que, en opinión de dichas empresas, socaven sus derechos. La resolución de estas demandas inversor-Estado depende de árbitros comerciales privados a los que se les paga por cada caso que examinan, y que muestran una clara tendencia a interpretar la ley en favor de los inversores. Aunque la Comisión Europea asegura que estos tribunales son 'públicos', la mayor asociación de jueces y fiscales de Alemania apunta que ni el procedimiento propuesto para designar a los integrantes del ICS ni su posición cumplen con los requisitos internacionales mínimos de independencia de los tribunales, y que el ICS no es un tribunal internacional, sino más bien un tribunal de arbitraje permanente.

El ICS puede impedir que los Gobiernos actúen en el interés público, tanto de forma directa, cuando una gran empresa demanda a un Estado, como indirecta, al desincentivar que se

adopten determinadas leyes por miedo a provocar una demanda. En todo el mundo, los inversores han impugnado leyes que protegen la salud pública, como leyes antitabaco, prohibiciones sobre el uso de productos tóxicos o de la explotación minera, normas que requieren que se realicen evaluaciones de impacto ambiental y otras leyes relacionadas con residuos peligrosos, medidas tributarias y políticas fiscales.

Descargar:

Informe en español: CETA La democracia en venta(pdf, 1.09 MB)

Tiempo promedio de lectura:

40 min

Informe en inglés: CETA Trading away democracy(pdf, 954.05 KB)

Tiempo promedio de lectura:

40 min

Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA)

Protección de inversiones

¿CÓMO LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES
EN EL CETA PODRÍAN GENERAR UN ALCE DE DEMANDAS
DE INVERSIÓN CONTRA CANADA Y JARUE

Septiembre de 2016

Descargar:

Informe en español: CETA La democracia en venta(pdf, 1.09 MB)

Tiempo promedio de lectura:

40 min

- Informe en inglés: CETA Trading away democracy(pdf, 954.05 KB)

Tiempo promedio de lectura:

40 min

Autores



Pia Eberhardt



Blair Redlin



Cecilia Olivet



Lora Verheecke

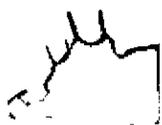
Contenido relacionado

La democracia en venta

Pia Eberhardt, Blair Redlin, Cecile Toubeau

20 Noviembre 2014

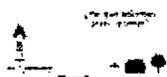
Policy briefing



Un paraíso para los contaminadores

07 Diciembre 2015

Report



Fracking: un pozo sin fondo

Pietje Vervest, Timothé Feodoroff, Giorgina Garibotto et al.

25 Marzo 2014

Policy briefing



Cuando la injusticia es negocio

Cecilia Olivet, Pia Eberhardt

13 Marzo 2013

Report

II a...

Misión

Strategic Plan

Media Review

Vacantes

Contacto

Programas

Justicia Agraria y Ambiental

Poder Corporativo

Drogas y Democracia

Myanmar in Focus

- Alternativas Públicas
- Comercio e Inversiones
- Guerra y Pacificación
- Social media

[Twitter](#) [Facebook](#) [Instagram](#) [Youtube](#)

About TNI

El Transnational Institute (TNI) es un instituto internacional de investigación e incidencia política que trabaja por un mundo más justo, democrático y sostenible. Durante más de 40 años, el TNI ha actuado como un punto de interconexión entre movimientos sociales, académicos y académicas comprometidos y responsables de políticas.

[Licencia de Creative Commons](#)

[Correcciones y quejas](#)

[Política de privacidad](#)

[RSS](#)

©2015 **Transnational Institute**

ESPAÑA: UN CASO PARADIGMÁTICO DE LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN EN EL SECTOR DE LA ENERGÍAS



Abril 2019 - Suplemento del Reporte

UN TRATADO PARA GOBERNARLOS A TODOS

www.energy-charter-dirty-secrets.org

Hasta hace pocos años, el arbitraje de inversiones era prácticamente desconocido en el Estado español. Sin embargo, en los últimos años, numerosos inversores internacionales han denunciado al Estado ante tribunales internacionales de arbitraje¹ reclamando indemnizaciones millonarias por los recortes realizados por el Gobierno del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) en 2010 y el Partido Popular (PP) en 2014 a las energías renovables.

Esa avalancha de demandas, invocando el Tratado sobre la Carta de la Energía, ha situado a España en el segundo lugar de los Estados más demandados ante organismos de arbitraje de inversiones, junto a países como Venezuela o Argentina.

Los recortes en las energías renovables

Durante años hemos denunciado la inacción frente al calentamiento global como uno de los mayores fracasos históricos de los poderes económicos y políticos, mientras aumentaban sus impactos con daños humanos, sociales, ambientales y económicos cada vez más devastadores. Los intereses de los sectores de los combustibles fósiles dominaron la política energética de los Gobiernos de Zapatero (PSOE) y Rajoy (PP). Lo sucedido es conocido: recortes en las energías renovables, subvenciones a las energías fósiles, un Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte (PEIT) para construir infraestructuras inútiles y fomentar el transporte motorizado, así como una completa falta de voluntad política en las negociaciones climáticas.

En España hubo dos momentos clave en la modificación de la regulación de la actividad de producción de energía eléctrica que implicó recortes retroactivos: 1. El Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial y el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico. 2. El Real Decreto 413/2014 de 6 junio de 2014 y la orden ministerial 1045/2014 de 16 de junio, que regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables. Pero durante el gobierno del Partido Popular, con el ministro de Industria, Energía y Turismo, José Manuel Soria, al frente, hubo más de una docena de cambios de regulaciones que afectaron negativamente al sector de las energías renovables y que la ciudadanía ha sufrido con el encarecimiento de su factura de la luz. La industria fotovoltaica nacional y otros actores como la "Plataforma por un nuevo modelo energético" intentaron recurrir el "háchazo a las renovables" en la justicia ordinaria.² Los recursos no prosperaron porque el Tribunal Constitucional lamentablemente amparó los recortes.³

Sin embargo, una consecuencia inesperada para la administración pública fue la cascada de demandas de inversores extranjeros contra el Estado español ante tribunales privados de arbitraje, argumentando que las modificaciones retroactivas en el marco normativo del sector eléctrico, y concretamente en el régimen de ayudas a las energías renovables, "son una violación" del Tratado sobre la Carta de la Energía del que

¿Cuándo firmó España el Tratado sobre la Carta de la Energía?

El Tratado sobre la Carta de la Energía es un acuerdo de inversión plurilateral que abarca específicamente el sector de la energía. Fue firmado en 1994 por medio centenar de países de Europa y Asia para asegurar el control por parte de empresas transnacionales sobre la integración de los mercados energéticos de Europa del Este y Asia Central. Con ello, las economías occidentales, altamente dependientes de los recursos energéticos fósiles de otras regiones (el gas de Rusia, el petróleo de Asia Central, el uranio de Mongolia), se aseguraban el suministro.

El Estado español firmó el tratado en 1994 y nunca fue sometido a un debate público. El entonces rey, Juan Carlos, y el presidente de gobierno, Felipe González, lo firmaron⁴ sin elaborar un estudio de impacto ni informar de las consecuencias. El pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 16 de marzo de 1995, lo ratificó⁵ sin debate previo y sin conocimientos reales sobre las consecuencias de firmar un tratado de esta envergadura (sobre todo en relación con las demandas de arbitraje como veremos más adelante). El tratado entró en vigor en 1998.

¿Qué es el Tratado sobre la Carta de la Energía? El acuerdo de inversión más usado del mundo para demandar a Estados frente a tribunales de arbitraje⁶

Actualmente, el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) es aplicable a casi 50 países, desde Europa Occidental a Asia Central y hasta Japón. Entre las numerosas disposiciones de este Tratado, las relativas a la protección de las inversiones extranjeras en el sector de la energía representan uno de sus pilares. Éstas incluyen también los controvertidos ‘mecanismos de solución de controversias entre inversores y Estados’ —también conocidas como ISDS por sus siglas en inglés—. Las disposiciones del Tratado en materia de ISDS garantizan a los inversores extranjeros amplios derechos para demandar directamente a los Estados ante tribunales internacionales compuestos por tres abogados privados, los árbitros. A las empresas demandantes se les pueden conceder sumas astronómicas en concepto de indemnización por aquellas medidas adoptadas por un Gobierno que, supuestamente, hayan perjudicado a sus inversiones, ya sea de forma directa, a través de la ‘expropiación’, o indirecta, a través de reglamentaciones de prácticamente cualquier tipo. Por ejemplo, el multiacional sueca de la energía Vattenfall demandó a Alemania por haber introducido restricciones ambientales en una planta de carbón y por haber decretado el abandono gradual de la energía nuclear. La compañía de petróleo y gas Rockhopper tiene en curso una demanda contra Italia porque el país prohibió la perforación para la extracción de petróleo en alta mar. Varias compañías de servicios han demandado a Bulgaria, el Estado miembro más pobre de la UE, después de que el Gobierno redujera el creciente coste de la electricidad para los consumidores para intentar paliar la pobreza energética.

A pesar de ello, el Tratado sobre la Carta de la Energía y quienes se están beneficiando con él, han escapado en gran medida del escrutinio público. Mientras que la última década ha sido testigo de una gran oleada de oposición al ISDS en otros acuerdos internacionales de comercio e inversión, el TCE ha logrado mantenerse sorprendentemente al margen de esta marea de indignación pública. Muchas de las demandas presentadas por inversores en virtud de este Tratado se mantienen en secreto. En el caso de otras, la información a la que se puede acceder es escasa.

Y en los países que se hallan en proceso de adhesión al TCE, casi nadie parece haber oído hablar del acuerdo, y mucho menos haber estudiado en profundidad los riesgos políticos, jurídicos y financieros que entraña. El informe “*Un Tratado para gobernarlos a todos*” destapa este tratado que ejercerá una gran influencia en la batalla sobre nuestros futuros sistemas energéticos, así como sobre las grandes empresas y los abogados a los que concede enormes poderes.

Conclusiones principales del informe "Un Tratado para gobernalos a todos":

1. Ningún acuerdo de comercio e inversión del mundo ha dado lugar a más demandas entre inversores y Estados que el TCE. Se conocen más de 121 casos de arbitraje de inversión que invocan el tratado (en vigor desde 1998). España es el país más afectado.
2. En los últimos años, el número de demandas de inversores en virtud del TCE se ha disparado.
3. Más recientemente, los inversores han empezado a utilizar el TCE para **demandar a países de Europa Occidental.**
4. Cada vez hay en juego más dinero de los Estados y los contribuyentes. En el marco del TCE se encuentran algunas de las **demandas más costosas de la historia del ISDS.**
5. Las grandes empresas reclaman **indemnizaciones por la pérdida de 'beneficios futuros'**. La petrolera Rockhopper no solo le está reclamando a Italia los 40-50 millones de USD que se gastó realmente en la exploración de un yacimiento petrolífero en el mar Adriático. También está reclamando otros 200-300 millones de USD por las supuestas ganancias que habría generado el yacimiento si Italia no hubiera prohibido que se ejecutaran nuevos proyectos de petróleo y gas en alta mar.
6. A los **Gobiernos** se les ha condenado a pagar o bien han accedido a pagar en virtud del TCE más **de 51 200 millones de USD**, procedentes de fondos públicos en concepto de daños.
7. La mayoría de los **inversores** que han interpuesto demandas en virtud del TCE **proviene de Europa Occidental.**
8. El 67% de las demandas en el marco del TCE son **controversias dentro de la UE**, pero eluden los tribunales de la Unión Europea.
9. El TCE es propenso a ser objeto de abuso por parte de **empresas pantalla o fantasma (mailbox companies)**. 23 de los 24 inversores con sede en Holanda que han presentado demandas en virtud del TCE son empresas pantalla.
10. El TCE está siendo cada vez más utilizado por **inversores financieros especulativos.**
11. El TCE es una **herramienta poderosa en manos de grandes compañías de petróleo, gas y carbón** para disuadir a los Gobiernos de efectuar una transición hacia las energías renovables y luchar contra el calentamiento global.
12. El TCE se puede utilizar para arremeter contra los Gobiernos que **persiguen reducir la pobreza energética y lograr que la electricidad sea accesible.** Bulgaria y Hungría ya han sido demandados por cientos de millones de euros, en parte por limitar las ganancias de las grandes eléctricas y presionar para que se bajaran los precios de la electricidad.
13. Un **pequeño número de árbitros** domina la toma de decisiones en el contexto del TCE. Apenas 25 árbitros han acaparado la toma de decisiones en el 44 % de los casos presentados en el marco del TCE.
14. Cinco **bufetes de abogados de élite** han estado implicados en casi la mitad de todas las demandas de inversores conocidas en el marco del TCE.
15. Los **financiadores de terceras partes** cada vez están más consolidados en los arbitrajes celebrados en el marco del TCE.
16. Hay cierta inquietud sobre las operaciones en beneficio propio y la corrupción institucionalizada en los órganos que administran las controversias del TCE, en particular, el **Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC).**
17. Empresas contaminantes y abogados de inversión con ánimo de lucro disfrutaban de un **acceso privilegiado a la Secretaría del TCE.**
18. Muchos **países de todo el mundo** están a punto de **adherirse al TCE.**



* Las cifras de este cuadro aluden al total de casos en virtud del TCE conocidos hasta fines de 2017 y ha aumentado desde entonces.

El país más demandado bajo las normas del Tratado sobre la Carta de la Energía

España acumula **50 demandas** conocidas ante instancias internacionales de arbitraje. De estas, **45 han sido presentadas** bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía⁷ y están relacionadas con los recortes a las energías renovables.

Cinco casos no están relacionados con la Carta de la Energía

- en 1997, el inversor argentino Maffezini demandó a España, por una inversión en el sector químico y el gobierno acabó siendo condenado a pagar unos 350.000 euros;
- una demanda presentada en 2012 por una firma venezolana (IGB) en relación a sus inversiones inmobiliarias en Las Rozas y decidido a favor de España;
- dos demandas presentadas en 2018 por inversores mexicanos a causa de la liquidación y posterior venta del Banco Popular al Santander (GBM Global y otros⁸ y Valle Ruiz y otros contra España⁹);
- el cancelado proyecto minero de Corcoesto (Galicia) por el que la empresa minera canadiense Edgewater reclama unos 35 millones de dólares.¹⁰

De las **45 demandas** invocando el Tratado sobre la Carta de la Energía, **siete han sido decididas a favor** del inversor, dos a favor del Estado, 35 se encuentran pendientes y una fue discontinuada (Solarpark v. Spain¹¹). Ahora mismo, la Abogacía del Estado se enfrenta a estos **35 litigios** en diferentes instancias arbitrales internacionales (bajo una jurisdicción diferente a la española).

El 25 de febrero de 2019, **Canepa Green Energy** (fondo radicado en Luxemburgo perteneciente al Grupo Azora, compañía española de gestión inmobiliaria) presentó la última demanda de arbitraje de inversiones contra España conocida ante el CIADI.¹² Es la primera reclamación tras el anuncio que realizó el Gobierno español en el último Consejo de Ministros de 2018 para no rebajar la retribución hasta 2031 para los afectados por los recortes, con el objetivo de evitar nuevos pleitos.¹³

Son cinco grandes despachos, con el británico Allen & Overy a la cabeza, quienes dirigen la mayoría de los pleitos interpuestos contra España. Hay en juego miles de millones de dinero público. Entre las demandas pendientes, la de mayor cuantía es la de **PV Investors** (sociedad que engloba a 15 empresas energéticas) que **asciende a 1.900 millones de euros**.

A continuación, describimos la situación de los casos que ya han sido decididos.

Fallos a favor del Estado

Los dos primeros fallos de instancias arbitrales se dieron en 2016 y ambos fueron favorables a España. El tribunal arbitral de la **Cámara de Comercio de Estocolmo** dio la razón al Estado español en la disputa que mantenía con los fondos especulativos **Charanne B.V.** y **Construction Investments S.A.R.L** desde 2012¹⁴ y desestimó la demanda que estos inversores presentaron por las reformas llevadas a cabo en el año 2010 en el sector de la fotovoltaica, que supusieron un recorte a las primas que recibían por la producción de energía limpia. La reclamación lanzada por **Isolux** (una multinacional española) a través de su filial holandesa, también fue desestimada a favor del Gobierno.¹⁵

Fallos a favor del inversor

Sin embargo, desde entonces, todo el resto de los laudos arbitrales han dado la razón a los inversores. Hay, de momento, **siete procesos arbitrales** en los que el Estado ha sido condenado a pagar.

El primer caso condenatorio fue de 2017 por **Eiser Infrastructure** (Luxemburgo y Reino Unido)¹⁶ ante el **Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)**, el mismo organismo ante el que Repsol demandó a Argentina por la expropiación de YPF y luego cobró 5.000 millones de euros. El CIADI condenó a España a pagar 128 millones de euros porque el nuevo régimen regulatorio de energías renovables incumplía sus obligaciones bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía de otorgar “trato justo

y equitativo” a los inversores extranjeros. En particular, el tribunal sostuvo que España eludió su obligación al reemplazar su régimen regulatorio por uno completamente nuevo.¹⁷ Por su parte la Abogacía del Estado español cuestionó la imparcialidad de Alexandrov como arbitro debido a sus estrechos vínculos con la consultora **Brattle Group**, que los inversores habían contratado para que evaluara los daños que reclamaban a España en dos casos.

El segundo fallo fue a favor de **Novenergia** (Luxemburgo, que cuenta con diversas instalaciones fotovoltaicas en Castilla-La Mancha, Extremadura, Murcia y Cataluña), por 53,3 millones de euros¹⁸; y el tercero a favor de **Masdar Solar & Wind Cooperatief** (radicado en Holanda, aunque es un fondo de inversión de **Abu Dabi**), por 64,5 millones de euros.¹⁹

Más tarde, el CIADI dictó un laudo arbitral que obliga a España pagar 112 millones de euros al fondo de inversión **Antin** (**Antin Infrastructure Luxembourg** y **Antin Energía Termosolar**) que reclamaba en total 218 millones de euros. Antin es una firma francesa de inversión en infraestructuras en la que el banco francés BNP es socio de la gestora y el principal inversor del fondo con el que arrancó su actividad. Tiene inversiones en Francia, Alemania, Reino Unido, Italia y España, entre otros países. En España controla Axión (competidor de Abertis en el negocio de torres de comunicaciones).²⁰

En noviembre de 2018, **Athena** (con sede en Estocolmo, dueño de **Greentech Energy**), **Foresight Luxembourg Solar** y **GWM Renewable Energy** ganaron juntas su demanda por sus inversiones en energías fotovoltaicas relacionado con “cambios” en el marco legal de las renovables y, en concreto, por el recorte a las primas a las renovables aplicados desde 2010 (“infringe el artículo 10 del Tratado de la Carta de la Energía”). En este caso, el tribunal arbitral de la Cámara de Comercio de Estocolmo condenó a España a pagar a esas firmas 39 millones de euros en concepto de daños, más costes e intereses.²¹

El fondo de inversión **RREEF** (del **Deutsche Bank**), que pedía 441 millones de euros, ha conseguido en diciembre de 2018 el sexto laudo contra España en lo referente a las renovables. Sin embargo, los árbitros han pospuesto el cálculo de la cantidad a un proceso posterior, con lo que España logra demorar la indemnización.²²

En marzo de 2019, España perdió otro arbitraje, nuevamente ante el CIADI que falló a favor de la compañía estadounidense **Nextera Energy**, que reclama a través de una filial en Holanda. El laudo aun no se conoce, pero se estima en 291 millones de euros por los daños provocados por el recorte a la rentabilidad de las renovables de 2014. Si se confirma, sería el monto mas alto que el gobierno deberá enfrentar hasta el momento²³.

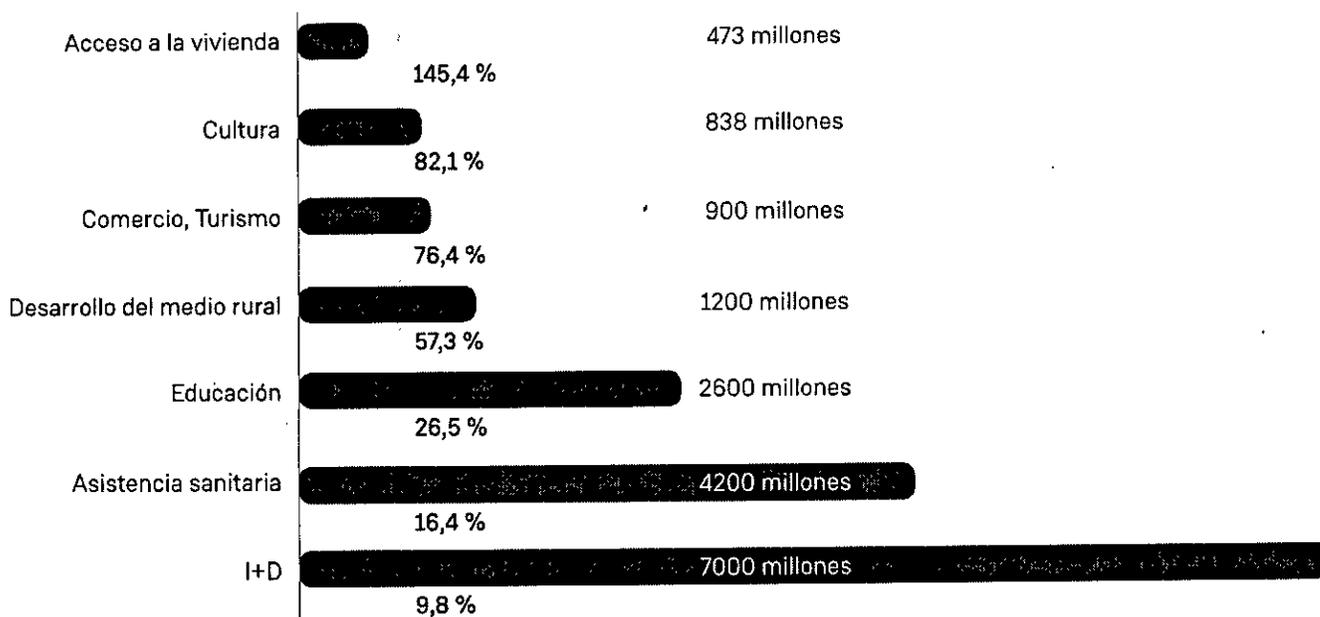
Demandas decididas a favor del inversor

Caso	Año del laudo	Cantidad en Euros que el Estado ha sido condenado a pagar
Eiser Infrastructure Limited	2017	128.000.000 (más intereses)
Novenergia Holding Company	2018	53.300.000
Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A.	2018	64.500.000 (más un interés del 0,9% desde que en 2014 entró en vigor el recorte de primas)
Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l.	2018	112.000.000
Athena Investments (dueño de Greentech Energy), Foresight Luxembourg Solar y GWM Renewable Energy	2018	39.000.000 (más intereses). El Estado también debe pagar al inversor parte del costo de abogados y árbitros por el monto de 6,9 millones de euros
RREEF Infrastructure (G.P.) Limited	2018	El fondo pedía 441 millones de euros. Los árbitros han pospuesto el cálculo de la cantidad.
NextEra Energy Global Holdings B.V.	2019	291.000.000 (estimado, pero decisión pendiente)
Total (por el momento)		687.800.000 (aprox.)

En conjunto, España ha sido condenada por el CIADI y la Cámara de Comercio de Estocolmo al pago de casi 700 millones de euros. Aún sin pagar el importe de los fallos la factura para el Estado es elevada. Se han gastado ya 50 millones de euros sólo en la defensa de los pleitos por las renovables.²⁴

Para hacernos una idea de lo que supone esta cantidad de dinero, y utilizando como referencia los Presupuestos Generales del Estado aprobados en 2018 y los laudos que ya han sido sentenciados (los casi 700 millones de euros), vemos que equivale a casi el total del presupuesto destinado a Cultura y Educación, a casi el doble de lo destinado a incentivar el acceso a la vivienda y la mitad del presupuesto destinado a "Desarrollo del medio rural".

Total del costo de laudos frente a Presupuestos Generales del Estado 2018



Fuente: elaboración propia a partir del análisis de los Presupuestos Generales del Estado 2018
https://elpais.com/economia/2018/04/03/actualidad/1522757571_203105.html

¿Qué puede ocurrir si el Estado español decide pagar las reclamaciones?

En respuesta a una pregunta parlamentaria de 2017, el gobierno cifró la cuantía reclamada por inversores extranjeros por los recortes a las energías renovables en casi 8.000 millones de euros (7.565.837.891 EUR).²⁶ Los arbitrajes de los fondos y las empresas extranjeras aún pendientes de fallo están aumentando las indemnizaciones solicitadas. De los 35 casos pendientes, se conoce el monto demandado en 27 casos y estos suman 6.100 millones de euros. Pero puede que al final sea mucho más dinero público que se pierde.

En cualquier caso, si continúan las condenas y el gobierno español finalmente decide pagar, las transferencias saldrán de los Presupuestos Generales del Estado lo que podría incrementar la **deuda pública** y el **recibo de luz de la ciudadanía**. Algo similar ocurrió con la factura del gas tras el fracasado proyecto **Castor**²⁷ aunque gracias a la acción ciudadana #NoEnMiFactura se ha conseguido que el Gobierno no incluya el mantenimiento del Castor en la factura del gas en 2019.²⁸

El pago de las demandas de arbitraje puede incrementar aún más la **pobreza energética** en el Estado español y debilitar las recientes medidas aprobadas por el ejecutivo para reducirla. Es fundamental recordar que como consecuencia de décadas de neoliberalismo, privatizaciones, corrupción y expolio de lo público, el gobierno de España y las empresas que cotizan en la Bolsa de Madrid (el IBEX35) violan sistemáticamente los derechos constitucionales y derechos humanos, como el derecho a la vivienda, el derecho a la alimentación, el derecho al agua o el derecho a la energía.

Según el estudio "Pobreza Energética en España" de la Asociación de Ciencias Ambientales en 2018 en España hubo 6,8 millones de personas en situación de pobreza energética (el 15 % de la población).²⁹

Masdar: Un caso “real” explosivo

El fondo de inversión Masdar, del emirato de Abu Dabi, ganó en 2018 un caso de arbitraje en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones del Banco Mundial obligando al Gobierno español a pagar 64,5 millones (aunque inicialmente reclamaba 260 millones). La reclamación la puso Masdar Solar & Wind Cooperatief UA, con sede en Holanda, una filial del fondo estatal de Abu Dabi Mubadala Development Company. Masdar está vinculado a proyectos polémicos como el de construir la “primera ciudad del mundo sin emisiones de CO2” en un desierto que fue abandonado por sus creadores.²⁶ El inversor ha estado representado por Allen Overy, uno de los despachos que más arbitrajes ha conseguido contra España. El caso es interesante por tres motivos:

- a) Es el primer laudo que llega tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que invalidaba este tipo de arbitrajes intracomunitarios. La Abogacía del Estado planteó un recurso invocando esa decisión, lo que ha demorado el fallo. Pero el tribunal de arbitraje del CIADI ha considerado que no le afecta dicha decisión judicial creando un conflicto entre el derecho europeo y el derecho público internacional (Carta de la Energía).
- b) La indemnización a Masdar abre un conflicto diplomático, porque el inversor pertenece al 100% a Abu Dabi, monarquía autoritaria con fuertes intereses en España (el emirato es, por ejemplo, dueño de la empresa petrolera Cepsa) y tiene estrechos lazos con la casa real española. Fue el propio rey “emérito” Juan Carlos quien, junto al príncipe de Abu Dabi, Sheikh Mohammed bin Zayed al Nahyan, inauguró a toda pompa la planta termosolar en la provincia de Sevilla. La casa real medió ante el Ministerio de Industria para mitigar el impacto del recorte en las renovables. Juan Carlos I, quien se dedica a la diplomacia empresarial abriendo negocios para las empresas españolas en terceros países y cobrando para ello mordidas desconocidas, visitó Abu Dabi en 2014 junto al entonces ministro de industria, José Manuel Soria (PP), para intentar rebajar la tensión, pero el caso siguió adelante.
- c) Masdar es una empresa que se enriquece principalmente del negocio con gas y petróleo. Igual que muchos otros fondos privados Masdar invirtió en España cuando ya era evidente que el país estaba en crisis y ya se habían introducido los primeros cambios legislativos en los programas de subvenciones a la energía solar fotovoltaica, según evidencia el informe “Un tratado para gobernarlos a todos”.

Declararon tener dificultad para mantener su vivienda a una temperatura adecuada o retrasos en el pago de las facturas de energía. 900.000 personas (2% de la población) dejaron de disponer de sus fuentes habituales de energía doméstica por dificultades económicas, tanto por no poder pagar dicha energía como por haber sufrido cortes en el suministro energético. Hogares que no pueden pagar el recibo de la luz y que, por lo tanto, no pueden cocinar o encender la calefacción en los meses fríos ni disponen tampoco de aire acondicionado en los días de calor.³⁰ La pobreza energética mata alrededor de 7.000 personas al año en España, según la Federación de Pensionistas del sindicato CCOO. Debido al alto precio de luz que ha subido un 60% en los últimos años. Según Eurostat, España es el cuarto país de la Unión Europea con la electricidad más cara, detrás de Dinamarca, Alemania y Bélgica.³¹

Contradicciones sobre el pago de los laudos

Las actuaciones del Gobierno español respecto al arbitraje de inversión son a todas luces incoherentes. Por un lado defiende férreamente el sistema de protección de inversiones en los tratados comerciales de la UE con Canadá, Singapur³², México y Vietnam, por ejemplo. Por otro lado, intenta por todas las vías legales posibles evitar el pago de los procedimientos arbitrales que ha perdido o que están por venir. No obstante, la posición del gobierno de Pedro Sánchez (PSOE) no es clara sobre esta cuestión. Por momentos, la Abogacía General del Estado ha actuado siguiendo las mismas directrices que tenía del anterior Ejecutivo del PP.

En otoño de 2017, la Comisión Europea³³ advirtió a España de que cualquier indemnización reconocida por un tribunal arbitral de inversores intra-UE (casos de demandas de inversores de Estados Miembros contra países miembros de la UE) debe suspenderse y comunicarse a Bruselas para que evalúe si se trata

de una ayuda ilegal de Estado no notificada e incompatible con el derecho comunitario.³⁴ Una carta que el Ejecutivo español jugó a fondo.

Esta doctrina de la Unión Europea podría evitar que España abone las indemnizaciones porque entiendo que puede contravenirse el derecho comunitario, pero hay que tomarla con mucha cautela.³⁵

La sentencia sobre el caso Achmea y su impacto en España

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea sentenció en 2018 que el arbitraje de inversión resultante de un acuerdo de inversión entre Holanda y Eslovaquia era incompatible con la legislación de la UE.³⁶ Conocido como el caso Achmea³⁷, este fallo se puede aplicar también a todos los arbitrajes de inversión entre Estados miembros de la UE y ya ha sido invocado en varios casos para intentar frenar los arbitrajes de inversores con filiales en UE contra países miembros de la UE.

El Consejo de la UE sostiene que el fallo sobre Achmea también se extiende a la aplicación del Tratado de la Carta de la Energía dentro de la UE.³⁸

Siguiendo esta lógica, el gobierno de España ha intentado usar este fallo para, por un lado, buscar la desestimación de casos pendientes y, por otro, lograr la anulación de laudos en su contra.

En los casos pendientes de Greentech/Athena y Masdar, por ejemplo, el gobierno español argumentó que el Tribunal no tenía jurisdicción ya que las disputas eran intracomunitarias y por tanto ilegales de acuerdo al fallo Achmea.³⁹ En ambos casos, los árbitros hicieron caso omiso a este argumento. En el caso Greentech los árbitros argumentaron que la ley de la Unión Europea "no es relevante" a la hora de determinar si el tribunal tiene el poder de decidir sobre la disputa. Y también consideraron que Achmea solo aplica a los Tratados bilaterales de Protección de inversiones pero no al Tratado sobre la Carta de la Energía, al contrario de lo que argumenta la misma Comisión Europea y muchos de los Estados Miembro.

En los casos de Novenergia y Eiser, el gobierno de España también está buscando anular los laudos usando el mismo argumento. España ha pedido a un tribunal sueco que solicite una resolución del Tribunal Europeo sobre la compatibilidad del Tratado de la Carta de la Energía con la legislación de la UE.⁴⁰ El Tribunal de Apelación de Svea suspendió el laudo a favor de Novenergia de forma indefinida y lo está revisando.⁴¹ El Tribunal de Apelación podría optar por solicitar más orientación al TJUE con respecto a la aplicación del precedente con Achmea.⁴² Asimismo Madrid pidió al CIADI que se suspendiera la ejecución del laudo de Eiser alegando que el Tribunal de Justicia de la UE impide esos arbitrajes dentro de la UE.

Desde 2018, la Comisión Europea ha buscado intervenir en los arbitrajes para alinearse con España, pero de momento con poco "éxito".⁴³ Si bien la mayoría de los gobiernos de la UE se comprometieron a solicitar a los tribunales que no acepten las demandas de arbitraje de inversores de un país de la UE contra otro estado de la UE y/o la no ejecución de los laudos, la evidencia hasta el momento es que los árbitros no están dispuestos a acceder a la voluntad de los Estados o la Comisión Europea.

Nuevo frente legal: Los inversores extranjeros buscan cobrar en el exterior

Ante los intentos del gobierno de anular los laudos, inversores como Eiser y Novenergía⁴⁴ han abierto un nuevo frente legal y buscan cobrar los laudos en el extranjero. Estos fondos han demandado a España en juzgados estadounidenses para forzar a que el Estado español pague las indemnizaciones. Los fondos consideran que no hay que esperar a que los árbitros resuelvan las impugnaciones presentadas por España y han solicitado que se ejecuten.⁴⁵ Estas empresas rastrean los bienes estatales en el exterior para, llegado el caso, embargarlos. Se estima que han detectado 3.000 millones de euros en activos financieros públicos de España en EEUU que podrían ser embargables y utilizados para cobrar sus indemnizaciones.

Por su parte, la Comisión Europea activó un proceso para intervenir en nombre de la Unión Europea ante los tribunales de Estados Unidos para impedir a los fondos que ejecuten bienes de España.⁴⁶

La respuesta de los juzgados estadounidenses a estos reclamos está aun por conocerse.

Fondos de alto riesgo son los nuevos acreedores de España

El fondo Eiser no ha querido esperar el resultado del proceso de anulación que está en curso y ha decidido vender su laudo a un precio reducido a un fondo de litigación, un tipo de fondo de alto riesgo que financia litigios privados contra los Estados. Así Eiser ha cobrado, transmitiendo el derecho de cobro contra España y evitando así el riesgo de no ejecución.⁴⁷

Entretanto, varios 'hedge funds' especializados en la financiación de pleitos, como Burford Capital, Therium y Calunius, afincados sobre todo en Londres y Estados Unidos, están explorando nuevos negocios para llevar a instancias arbitrales internacionales más disputas contra España. La financiación de litigios se ha convertido en una nueva fuente de lucro especulativo.⁴⁸

Los fondos que financian causas judiciales están viviendo un 'boom' con su modelo de negocio, tal y como explica la agencia de noticias Bloomberg. Despachos de abogados, fondos dispuestos a financiar (o comprar) pleitos, peritos inmersos en los procesos o inversores afectados exploran las posibilidades de saciar su codicia por la vía del arbitraje de inversión.⁴⁹

Las empresas que demandan a España: inversores financieros y especulativos

A pesar que las demandas a España son por recortes en el sector de energía renovable, es revelador observar que en el 87% (39 casos) de las 45 demandas contra España, el inversor demandante no es una empresa de energía renovable, sino un fondo de capital u otro tipo de inversor financiero especulativo. Entre los ejemplos se encuentran Masdar y RREEF (parte de DWS, un vehículo de inversión especulativa promovido por el banco alemán Deutsche Bank). En el caso RREEF se trata de un fondo responsable de numerosos 'pelotazos' inmobiliarios.

A su vez, más de la mitad de las 115 empresas que están demandando a España no contaban con un largo recorrido en el país, sino que invirtieron en España cuando el país ya estaba en plena crisis económica y se habían introducido cambios en los programas de subsidios a las renovables y, por lo tanto, eran plenamente conscientes de los riesgos. Esto no privó a los inversores de argumentar que el Gobierno había violado "sus expectativas legítimas".

Por ejemplo, los fondos de inversión RREEF y Antin compraron en 2011 a ACS el 90% de las centrales termosolares Andasol 1 y Andasol 2 (situadas en Guadix, Granada) por 830 millones de euros. Cada uno de los inversores compró el 45% del capital, mientras que la empresa presidida por Florentino Pérez retuvo el 10% restante. Según las cuentas anuales de ACS de 2012, Andasol 1 y 2 tenían en 2012 unos activos de 620 millones y una cifra de negocio de 101 millones.⁵⁰

Empresas que invierten en energía contaminante

Otro aspecto que llama poderosamente la atención es que el 49% de las demandas contra España son presentadas por compañías que también tienen inversiones en los sectores más contaminantes -carbón, petróleo, gas o nuclear-. Por ejemplo las empresas E.ON y RWE (demanda a través de su filial Innogy, ahora también parte de E.ON) apuestan por las centrales térmicas de carbón y la nuclear.

En 2019 llegó la noticia que la empresa petrolera Total, pretende comprar Novenergia, la empresa que ganó un arbitraje contra España (por más de 600 millones de euros).⁵¹

Inversores de empresas fantasma

Otra característica destacada es que en 21 de los 45 casos, los inversores que demandan a España se radican en Holanda y Luxemburgo por su baja fiscalidad (considerados también guardidas fiscales). De los diez casos en los que el demandante es un inversor holandés, en nueve se trata de **empresas pantalla o fantasma** (*mailbox companies*), que por lo general solo existen sobre el papel y se suelen usar para la evasión de impuestos y el lavado de dinero. Por ejemplo, Isolux Infrastructure y Charanne, empresas registradas en Holanda, pertenecen en realidad a dos de los empresarios españoles más ricos: Luis Delso y José Gomis.

Por lo menos dos demandas (Triodos SICAV⁵² II v. Spain y OperaFund Eco-Invest Sicav⁵³) han sido presentadas por “sociedades de inversión de capital variable” (SICAV), un tipo de sociedad de inversión colectiva que funcionan con testaferros y disfrutan de importantes ventajas fiscales. Únicamente tributan un 1% de sus beneficios anuales, en vez de pagar el tipo general del impuesto de sociedades. Son de hecho vehículos para el fraude y la evasión fiscal.

La puerta giratoria de altos funcionarios y el negocio del arbitraje

España es ahora uno de los pocos Estados en el mundo que se defienden en arbitrajes internacionales con sus propios abogados del Estado. Sin embargo, esto no fue siempre así. Antes de que la **Abogacía del Estado** adquiriera experiencia en arbitrajes internacionales, el gobierno de España contrató a bufetes internacionales como **Herbert Smith Freehills** y **Curtis Mallet** para defenderse en los arbitrajes internacionales

Lo que vemos hoy en día es un sistema de puertas giratorias que afecta gravemente a la calidad democrática del país y crea conflictos de intereses permitiendo que se siga mangoneando lo público en beneficio de las élites económicas y políticas. Por ejemplo, en octubre de 2018, Herbert Smith Freehills incorporó al ex-ministro español de Justicia, **Rafael Catalá**, como asesor. En este despacho de abogados especializado en fusiones, adquisiciones y en el asesoramiento de operaciones internacionales, que trabaja para las grandes compañías del **Ibex 35**, también se encuentra otro ex-ministro, **Josep Piqué**.⁵⁴

Incluso los dos abogados del Estado clave en los arbitrajes de los fondos de inversión contra España por los recortes renovables han pasado al sector privado. Herbert Smith Freehills contrató a **José Ramón Mourenza**. Y Diego Santacruz, que fue jefe de la división creada para los arbitrajes, fue contratado por un despacho que también ha colaborado con Herbert Smith Freehills.⁵⁵

Un fichaje aún más significativo efectuó el bufete Cuatrecasas contratando en marzo de 2019 a la ex vicepresidenta del Gobierno conservador, **Soraya Sáenz de Santamaría**, como socia y consejera. No habían pasado ni nueve meses desde su salida del Gobierno aunque la Ley de Incompatibilidades marca dos años. Sáenz de Santamaría cobrará entre los 250.000 y los 400.000 euros.

No fue una puerta giratoria cualquiera. **Cuatrecasas se ha beneficiado en los últimos años de varias decisiones del Gobierno de Mariano Rajoy** entre las que destacan las disputas de inversores extranjeros contra España por los recortes a las energías renovables.

Con más de 1.500 empleados entre España, Portugal y Latinoamérica y una facturación global de cerca de 250 millones de euros, **Cuatrecasas se lucra del arbitraje contra España en por lo menos nueve casos como asesor legal** de las firmas Itochu, OperaFund, JGC Corporation, BayWa, Renergy, InfraRed, CSP Equity, RENERGY, Hydro Energy 1 y NextEra.

Cuatrecasas ganó recientemente un pleito millonario para el fondo estadounidense **NextEra** contra España ante el Banco Mundial (véase tabla “Demandas decididas a favor del inversor”).⁵⁶

El anterior presidente de Cuatrecasas fue condenado, en 2015, por ocho delitos contra la Hacienda pública. Emilio Cuatrecasas se libró de pisar la cárcel gracias a un pacto con la Fiscalía al que no se opuso la Abogacía del Estado, que entonces tenía dependencia directa de la vicepresidenta Santamaría.

Los recortes a las energías renovables no fueron responsabilidad directa de **Sáenz de Santamaría**. Pero como persona de la absoluta confianza del entonces presidente Rajoy, la ex vicepresidenta supervisó todas las normas del gobierno el PP durante más de seis años como responsable de la Comisión de Secretarios de Estado y Subsecretarios (órgano conocido coloquialmente como “el consejo”), encargado de dar cada miércoles el visto bueno (o no) a lo que posteriormente se aprueba en el Consejo de Ministros. Como subraya el medio *Cinco Días*, “su desempeño político le dota de un perfil lobbista que aporta contactos y le permite saber cómo acceder a determinados organismos con los que no siempre resulta fácil relacionarse”.⁵⁷ Sáenz de Santamaría seguirá en el Consejo de Estado.

Otro caso de puerta giratoria es el del expresidente de gobierno, **José María Aznar**, cuando fichó por **Latham and Watkins**, la empresa que asesoró a Novenergia para ganar la disputa contra España.

El conocimiento técnico y los contactos de alto nivel con los que cuentan los abogados del Estado los convierten en unos activos muy codiciados para los bufetes. Sin embargo, en algunos casos, estos letrados no optan por una excedencia voluntaria, sino que solicitan permiso para compatibilizar su actividad pública y privada. El único límite es que no pleiteen contra el Estado, algo que no siempre está claro y sobre lo que no existe un control exhaustivo.

Ante la salida de los abogados del Estado hacia el sector privado, la administración española ha tenido que contratar a toda prisa al bufete estadounidense Foley Hoag para defender los intereses del Estado español en EEUU cuya factura ha ascendido, de momento, a 600.000 dólares, según el Periódico de la Energía.⁵⁸

España tiene que salirse de los tratados de inversión

Parece razonable concluir que el Tratado sobre la Carta de la Energía ha traído más perjuicios que beneficios a España. Si bien es cierto que las demandas se han producido como consecuencia de los recortes a los subsidios a las energías renovables, en otros países se utiliza el tratado para frenar la transición energética. Grandes empresas de petróleo, gas y carbón ya han recurrido al tratado para impugnar políticas que favorecían las energías renovables, prohibían la explotación de petróleo, aplicaban impuestos a los combustibles fósiles o introducían reglamentaciones ambientales.

El informe de **Corporate Europe Observatory** y **Transnational Institute** "Un Tratado para gobernarlos a todos" señala que inversores en el ámbito de la energía han puesto demandas contra gobiernos por más de 35.000 millones de dólares al amparo de este tratado y advierten que podrían surgir muchos más casos si parlamentos o gobiernos promulgan medidas contra la pobreza energética o el cambio climático.

¿Quién sabe si en el futuro algún inversor utilizará el tratado porque se prohíba la exploración de petróleo en **Canarias** y **Baleares**, se suspenda la construcción del gasoducto **MidCat** y el almacén de gas fósil en el entorno del Parque Nacional de **Doñana** o se anuncie el apagón definitivo de las centrales nucleares?

La ministra para la Transición Ecológica, **Teresa Ribera**, ha defendido al comienzo de su mandato la eliminación del impuesto al sol, ha insinuado el fin del carbón y ha sugerido que "probablemente" abordará una "actualización" del sistema de fijación de precios de la electricidad. "Yo creo que el cierre de las centrales nucleares está implícito en el momento en que se abren", ha señalado también.⁵⁹ Por este tipo de medidas -urgentes y necesarias- ha habido demandas de multinacionales contra Estados en Europa.

Italia abandonó el tratado en 2015 después de ser demandado en varios casos por millones de euros, entre otros por prohibir nuevos proyectos de perforación de petróleo en el Mediterráneo. Si los gobiernos y los parlamentos pretenden estar a la altura de las circunstancias en la lucha contra el calentamiento global y desean dar un giro de **180 grados** a las políticas energéticas tendrían que cancelar todos los tratados que antepongan los intereses económicos a los derechos humanos. Es parte del "cambio sistémico" que necesitamos.

La crisis ambiental global, los límites del planeta, la pobreza energética y la necesidad de equidad social requieren que se legisle poniendo los derechos humanos y la justicia ambiental en el centro de las políticas públicas. **Derogemos el Tratado sobre la Carta de la Energía** y todos los tratados de inversión que permiten el arbitraje de inversión.

Abril 2019

Autores: Tom Kucharz, Lucía Bárcena, María Botella y Yago Martínez. Miembros de Ecologistas en Acción y de la campaña "No a los Tratados de Comercio e Inversión"

Publicado por: Ecologistas en Acción y la campaña "No a los Tratados de Comercio e Inversión"

Diseñado por: Ricardo Santos

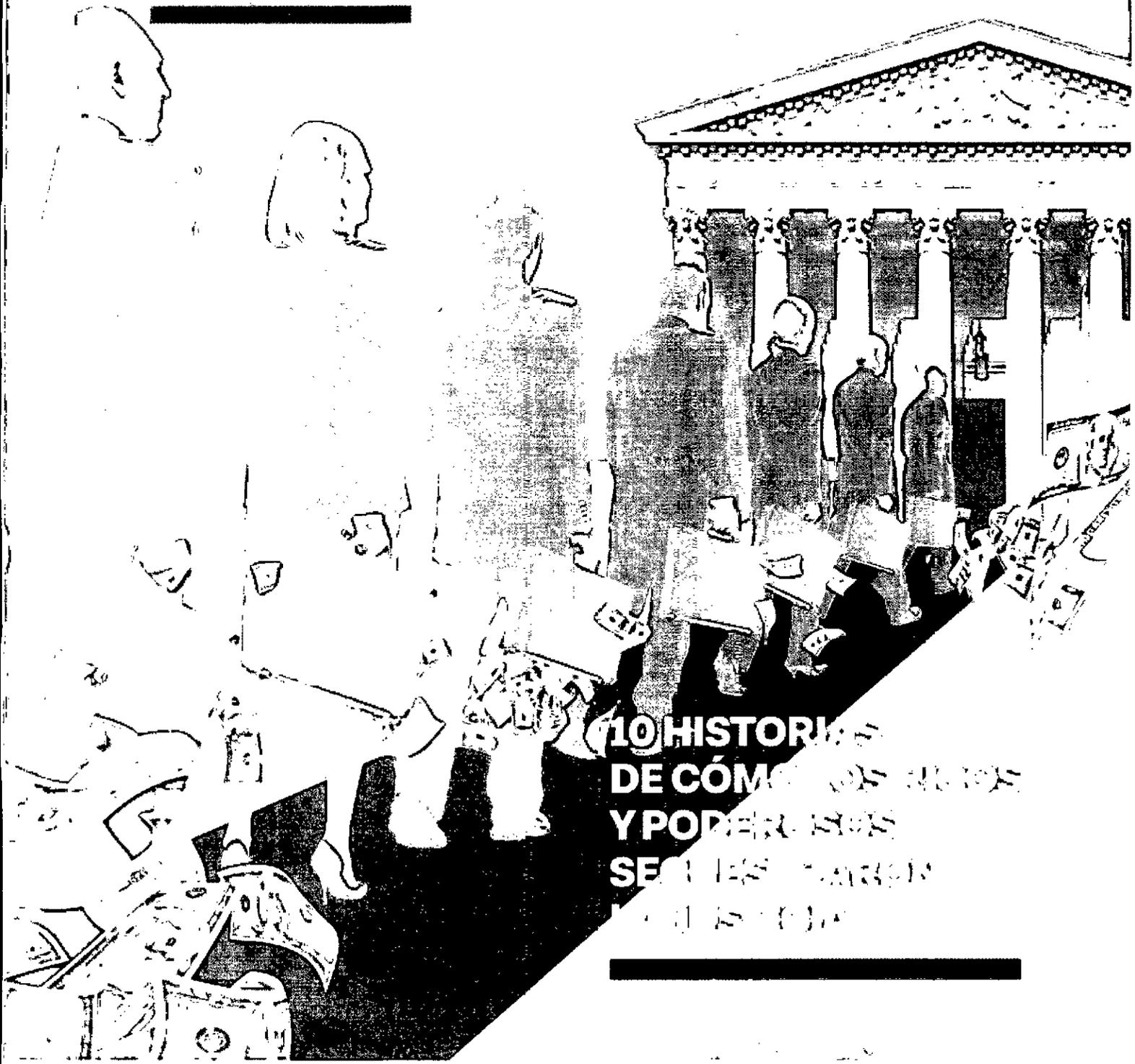
Créditos de las imágenes: Erik Tuckow

Muchas gracias a Cecilia Olibet por sus aportaciones

NO!
TRATADOS
de COMERCIO
e INVERSIÓN



TRIBUNALES CON ALFOMBRA ROJA



10 HISTORIAS
DE CÓMO LOS RICOS
Y PODEROSOS
SE ENRIQUECEN
CON EL PODER

Publicado por Amigos de la Tierra Europa e Internacional, Transnational Institute (TNI)
y Corporate Europe Observatory (CEO)

Esta versión del informe es apoyada por Amigos de la Tierra España

Bruselas / Ámsterdam, junio de 2019

Escrito por Lora Verheecke, Pia Eberhardt, Cecilia Olivet y Sam Cossar-Gilbert

Revisado en inglés por Fleachta Phelan

Traducido al español por Beatriz Martínez

Diseñado por Somerset Bean

El contenido de este informe se puede citar o reproducir con fines no comerciales y siempre que se mencione debidamente la fuente de información.

Agradecimientos

Nos gustaría dar las gracias, por los debates compartidos y los valiosos comentarios sobre varios apartados del informe, a: Ciaran Cross, Maria Rita d'Orsogna, Marc Maes, Rob Sacco, Christian Schliemann, Carlos Lozano, Lyda Forero, Marco Alberto Velásquez Ruiz, Juliette Renaud, Enes Ćerimagić, Isabelle Brachet, Hoang Phuong Thao, George Turner y Supatsak Pobsuk, así como a Bettina Müller y Lucía Barcena por el apoyo en la investigación. También desearíamos dar las gracias a Greenpeace por el respaldo financiero a la publicación.

TRIBUNALES CON ALFOMBRA ROJA

10 HISTORIAS DE CÓMO LOS RICOS Y PODEROSOS SECUESTRARON LA JUSTICIA

Índice

Capítulo 1	Introducción	4
Capítulo 2	Cuando las corporaciones saquean a los países: Guía básica sobre el mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS)	7
Capítulo 3	10 casos recientes en virtud del ISDS que han socavado la justicia	14
	3.1 Una demanda para imponer una mina de oro tóxica: Gabriel Resources contra Rumania	15
	3.2 Cómo las grandes farmacéuticas sabotearon la lucha por un tratamiento asequible contra el cáncer: Novartis contra Colombia	20
	3.3 La elusión de los tribunales y la democracia local para construir un complejo residencial para los ricos: Razvoj Golf y Elitech contra Croacia	25
	3.4 La minería destructiva prevalece sobre la salud y el medio ambiente locales: Kingsgate contra Tailandia	30
	3.5 La obstrucción de leyes sobre cambio climático con amenazas de ISDS: Vermilion contra Francia	35
	3.6 El menoscabo del derecho indígena a la tierra y la perpetuación de los agravios coloniales: Border Timbers y von Pezold contra Zimbabwe	39
	3.7 Cuando los árbitros recompensan las vulneraciones de los derechos humanos por parte de las corporaciones: Copper Mesa contra Ecuador	45
	3.8 Obteniendo beneficios pero negándose a pagar impuestos: ConocoPhillips y Perenco contra Vietnam	51
	3.9 Las petroleras contaminantes combaten las medidas sobre combustibles fósiles: Rockhopper contra Italia	55
	3.10 Las ganancias del oro socavan el derecho de las personas al agua potable: Eco Oro contra Colombia	60
Capítulo 4	La alfombra roja se sigue desplegando: La UE promueve privilegios exclusivos para las empresas	66
Capítulo 5	Conclusión: Es hora de cerrar los tribunales con alfombra roja	73

1

INTRODUCCIÓN

Imagínate un proyecto empresarial que resulte destructivo desde el punto de vista social y ambiental. Pongamos, por ejemplo, una mina tóxica, que podría envenenar las reservas de agua de la zona en las que vives, o un proyecto para construir inmuebles de lujo, que desplazaría de tu barrio a centenares de personas. Tú y tu comunidad os oponéis a estos planes, los tribunales dictaminan a vuestro favor y el proyecto se detiene. ¿Suena a victoria para la comunidad, verdad? Pero entonces, la compañía que promueve el proyecto demanda a tu país por interferir en sus ganancias, y le exige millones —o incluso miles de millones— de dólares a modo de indemnización, incluso por beneficios futuros. Imagínate que la demanda se resuelve ante un pseudotribunal parcial, en que los dictámenes han sido tan devastadores para los países que muchos responden frente a un caso —o incluso la mera amenaza de que se presente— ofreciendo amplias concesiones, como retroceder en sus propias leyes.¹

La verdad es que no te tienes que imaginar todo esto. Se trata de una situación muy real. En el marco del sistema paralelo de justicia conocido como ISDS (sigla que se corresponde, en inglés, al término 'solución de controversias entre inversores y Estados'), reservado a las corporaciones y los ricos, las empresas pueden demandar a los países cuando consideran que las decisiones de los Gobiernos o las sentencias judiciales —incluso aquellas cuyo objetivo explícito es proteger a las personas o el medio ambiente— afectan a sus beneficios. Estas demandas eluden los tribunales nacionales y se interponen ante un tribunal internacional de árbitros, integrado, fundamentalmente, por tres abogados especializados en inversiones que deciden qué es más importante, si las ganancias privadas o los intereses públicos.

Por ejemplo, después de que la Corte Constitucional de Colombia prohibiera las actividades mineras en un ecosistema frágil que proporciona agua potable a millones de personas, la compañía minera canadiense Eco Oro demandó al país y le exigió 764 millones de dólares en daños y perjuicios. Cuando los tribunales croatas anularon los permisos ilegales emitidos para construir un complejo de golf de lujo en la ciudad de Dubrovnik, Croacia fue blanco de una demanda de indemnización de 500 millones de dólares. Rumania se está defendiendo de una increíble demanda de 5700 millones de dólares por parte de la compañía minera canadiense Gabriel Resources, después de que los tribunales del país declararan ilegal el proyecto de mina de oro tóxica de Roşia Montană.

Estas son apenas tres de diez demandas en virtud del ISDS —examinadas con más detalle en este informe— que resultan notorias y paradigmáticas, y que se han presentado, amenazado con presentar o resuelto desde 2015 (véase la tabla 1). Hasta la fecha, a escala mundial, se conocen casi 1000 casos de ISDS, en los que los Gobiernos han sido demandados por un total que supera los 623 000 millones de dólares. Esta cifra equivale al 90 % de todos los flujos de inversión extranjera directa dirigidos hacia todos los países en desarrollo en 2018. La suma total de dinero conocida que los Estados han sido condenados o han accedido a pagar como resultado de fallos y acuerdos al amparo del ISDS es de 88 000 millones de dólares, otra cifra astronómica, que equivale a toda la inversión extranjera directa dirigida hacia Australia, Japón y otras economías desarrolladas fuera de Europa y Norteamérica en 2018.

Tabla 1

10 casos recientes en virtud del ISDS que han socavado la justicia y los derechos humanos en todo el mundo

Caso						
Border Timbers y von Pezold contra Zimbabwe	2010	Suiza, Alemania	Tratados bilaterales de inversión Zimbabwe-Suiza y Zimbabwe-Alemania	A favor del inversor	No se ha hecho pública	65 (196 si no hay restitución de tierras)
Copper Mesa contra Ecuador	2011	Canadá	Tratado bilateral de inversión Ecuador-Canadá	A favor del inversor	70	24
Gabriel Resources contra Rumania	2015	Canadá, Reino Unido	Tratado bilateral de inversión Rumania-Canadá y Rumania-Reino Unido	Pendiente	5700	
Novartis contra Colombia	2016	Suiza	Tratado bilateral de inversión Colombia-Suiza	Amenaza de recurso al ISDS, no se llegó a presentar		
Eco Oro contra Colombia	2016	Canadá	Tratado de libre comercio Colombia-Canadá	Pendiente	764	
Razvoj Golf y Elltech contra Croacia	2017	Países Bajos	Tratado bilateral de inversión Croacia-Países Bajos	Pendiente	500	
Kingsgate contra Tailandia	2017	Australia	Tratado de libre comercio Tailandia-Australia	Pendiente	No se ha hecho pública	
ConocoPhillips y Perenco contra Vietnam	2017	Reino Unido	Tratado de libre comercio Vietnam-Reino Unido	Pendiente	No se ha hecho pública	
Rockhopper contra Italia	2017	Reino Unido	Tratado sobre la Carta de la Energía	Pendiente	Hasta 350	
Vermillon contra Francia	2017	Canadá	Tratado sobre la Carta de la Energía	Amenaza de recurso al ISDS, no se llegó a presentar		

Estas demandas se están produciendo en un momento decisivo para el régimen del ISDS. Por un lado, la fuerte polémica provocada por los 'tribunales corporativos' ha dado lugar a que la ciudadanía, la clase política y los medios de comunicación participen en el debate y mantengan su interés y mirada crítica sobre la cuestión. Además, varios países han empezado a abandonar el régimen poniendo fin a acuerdos que contemplaban el ISDS. Por otro lado, en muchos lugares del mundo se están negociando nuevos acuerdos de comercio e inversión que prevén disposiciones relativas al ISDS, y la Unión Europea (UE), de hecho, prevé ampliar el ISDS a través de un Tribunal Mundial para Corporaciones (conocido, formalmente, como Tribunal Multilateral de Inversiones). Con estas últimas novedades, se corre el riesgo de que se expanda aún más, se blinde y se vuelva a legitimar un sistema muy criticado, que ha resultado ser extremadamente peligroso para los contribuyentes, la democracia, la protección social y ambiental, el desarrollo económico y la justicia climática.

En este contexto, este informe pone de manifiesto que el ISDS se emplea, una y otra vez, como arma empresarial contra el interés público y, a pesar de la controversia actual al respecto, estos tribunales con alfombra roja para las corporaciones siguen prosperando y reforzando la injusticia en todo el mundo. Este sistema judicial paralelo sigue adjudicando cientos de millones —o incluso miles de millones— de dólares de dinero de los contribuyentes a empresas y particulares ricos. Los casos presentados al amparo del ISDS —o el simple riesgo de que se presenten— logran intimidar a los países para que dismantelen sus propias leyes, menoscabando así profundamente la democracia y la



participación ciudadana en todo el mundo. Muchos casos también demuestran cómo el ISDS contradice y obstruye directamente otros ámbitos jurídicos, en especial el de los derechos humanos y el derecho ambiental.

La última estrategia de la UE sobre los derechos de las empresas no hace nada para poner fin a esta situación ni para responder a las numerosas preocupaciones y críticas del sistema por parte de la ciudadanía europea. De hecho, resulta alarmante que genere el efecto contrario: en el marco del proyecto de reforma del ISDS de la UE (rebautizado como 'Sistema de Tribunales de Inversiones' o ICS, por sus siglas en inglés) y de la propuesta de Tribunal Multilateral de Inversiones, miles de empresas podrían seguir eludiendo los tribunales nacionales y demandar a los Gobiernos a través de un sistema de justicia exclusivo en caso de que alguna ley o reglamentación nacional interfiera en su capacidad de lograr grandes beneficios. La política de la UE con respecto al ISDS seguiría allanando el camino para que miles de millones de fondos de los contribuyentes acaben en los bolsillos de grandes empresas y particulares ricos. Todavía podría cercenar y minar la formulación de políticas en pro del interés público, con el fin de proteger a las personas y al planeta. Y aún podría dar lugar a fallos que contradigan directamente los derechos humanos y el derecho ambiental.

En un momento en que la UE está iniciando una cruzada para globalizar su enfoque con respecto al ISDS, estas evidencias no solo deberían alarmar a los europeos. Desde México hasta Vietnam, y desde Norteamérica hasta el grupo de Estados de África, el Caribe y el Pacífico, ciudadanía y responsables de políticas de todo el mundo deberían darse cuenta de que la UE no ha resuelto los problemas de base del ISDS, que han sido objeto de críticas muy graves durante los últimos años. En efecto, las últimas propuestas sobre la protección de las inversiones resultan tan peligrosas para los contribuyentes, las políticas de interés público y la democracia como el 'viejo' sistema ISDS, y mantienen la estructura de un sistema unilateral, en que los inversores solo gozan de derechos y oportunidades de lucro, pero sin ninguna obligación a cambio. Estos tribunales con alfombra roja para las corporaciones no deberían tener espacio en ningún acuerdo internacional.

Referencias

1 Todas las referencias a dólares, salvo en caso de que se especifique lo contrario, aluden a dólares estadounidenses, USD.

Fotografía Eleanor Goldfield

2

CUANDO LAS CORPORACIONES SAQUEAN A LOS PAÍSES

GUÍA BÁSICA SOBRE EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE INVERSORES Y ESTADOS (ISDS)

“Si deseara convencer a la opinión pública de que los acuerdos de comercio internacionales constituyen una vía para permitir que las empresas multinacionales se enriquezcan a expensas de la gente corriente, esto es lo que haría: otorgar a las empresas extranjeras un derecho especial para recurrir a un hermético tribunal de abogados corporativos muy bien remunerados y reclamar una indemnización cada vez que un Gobierno apruebe una ley concebida, por ejemplo, para desincentivar el tabaquismo, proteger el ambiente o prevenir una catástrofe nuclear. Sin embargo, eso es precisamente lo que han hecho miles de tratados de comercio e inversión durante el último medio siglo, por medio de un proceso conocido como ‘solución de controversias entre inversores y Estados’, o ISDS.”

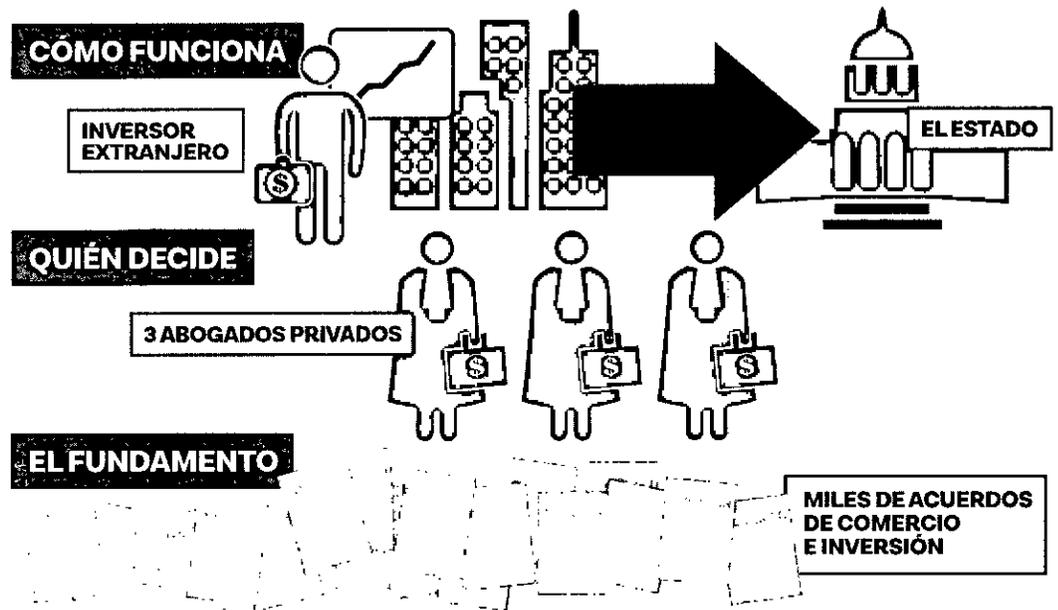
Así es como, en el otoño de 2014, la revista *The Economist* presentó a sus lectores un componente, en su día desconocido, de los acuerdos internacionales de comercio e inversión. La revista de negocios se refería al ISDS como “un privilegio especial del que han abusado muchas multinacionales”¹ y mencionaba dos ejemplos infames: el del gigante sueco de la energía Vattenfall, que demandó a Alemania por 6100 millones de euros² en concepto de daños y perjuicios porque el país decidió abandonar de forma gradual la energía nuclear tras el desastre de Fukushima; y el de la empresa tabacalera Philip Morris, que demandó a Uruguay y Australia por las advertencias sanitarias que introdujeron los Gobiernos en las cajetillas de cigarrillos y otras medidas para reducir el consumo de tabaco.

“ El ISDS ha pasado de ser un último recurso, raramente utilizado (...) a una herramienta poderosa que las corporaciones blanden cada vez con más frecuencia, a menudo en contra de políticas públicas amplias que, según afirman, afectan de manera negativa a los beneficios.

CHRIS HAMBY, PERIODISTA GANADOR DEL PREMIO PULITZER³

IMAGEN 1

TRIBUNALES CON ALFOMBRA ROJA



66

Es terrorismo judicial.

JOSEPH STIGLITZ,
ECONOMISTA GANADOR
DEL PREMIO NOBEL,
SOBRE EL ISDS

El fundamento jurídico para esta solución de controversias entre inversores y Estados —conocido por la sigla ISDS— son más de 2650 acuerdos internacionales de comercio e inversión en vigor entre Estados de todo el mundo.⁴ Estos acuerdos garantizan a los inversores extranjeros extensos derechos, como el peculiar privilegio de poder demandar directamente a los Estados ante tribunales internacionales de arbitraje. Las empresas pueden reclamar una indemnización por aquellas medidas adoptadas por el Gobierno del país anfitrión que, supuestamente, hayan perjudicado a sus inversiones, ya sea de forma directa, a través de la expropiación, o indirecta, a través de reglamentaciones de prácticamente cualquier tipo. El término 'inversión' se interpreta de una manera tan amplia que pueden demandar simples accionistas y particulares ricos. Además, las empresas pueden reclamar no solo por el dinero invertido, sino también por las ganancias que preveían en el futuro.

Las demandas en virtud del ISDS se suelen resolver en un tribunal integrado por tres abogados privados —los árbitros—, que son elegidos por el inversor demandante y el Estado. A diferencia de los jueces, estos árbitros del sector privado con fines de lucro no disponen de un salario fijo pagado por el Estado, sino que son remunerados caso por caso. En el tribunal más utilizado para dirimir controversias, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), los árbitros ganan 3000 dólares por día.⁵ En un sistema unilateral, en el que solo los inversores pueden presentar demandas, este hecho genera, sin duda, un fuerte incentivo para fallar a favor de las empresas en lugar de los Estados, ya que los fallos favorables a los inversores preparan el camino para más demandas y más ingresos en el futuro.

Armas de destrucción legal

Desde finales de la década de 1990, el número de demandas entabladas por inversores contra Estados se ha disparado, al igual que la cantidad de dinero involucrada (véase el cuadro 1 en la página 9). Las últimas dos décadas también han sido testigo de demandas multimillonarias en las que se alegan daños a las ganancias de las empresas como consecuencia de leyes y medidas de interés

público adoptadas por los Gobiernos. Países desarrollados y en desarrollo de todos los continentes se han visto cuestionados por las empresas por intentar adoptar normas para promover medidas de estabilidad financiera, prohibiciones de productos químicos tóxicos, restricciones sobre actividades mineras, políticas antidiscriminatorias, leyes de protección ambiental y muchas otras. Por este motivo, un abogado que ha defendido a muchos Gobiernos en estas demandas ha tildado a los tratados de inversión de "armas de destrucción legal".⁶

En ocasiones, la simple amenaza de una costosa demanda ha bastado para interrumpir o retrasar la acción del Gobierno, y las personas responsables de las políticas se han dado cuenta de que el coste de regular en aras del interés público es demasiado elevado como para que lo asuma el Estado. Cinco años después de que entraran en vigor los derechos de los inversores en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), un exfuncionario del Gobierno canadiense explicaba ante la prensa: "Durante los últimos cinco años, he visto las cartas de los bufetes de abogados de Nueva York y Washington que llegaban al Gobierno canadiense sobre prácticamente cualquier nueva regulación y propuesta ambiental. Se referían a cuestiones como los productos químicos para la limpieza en seco, los productos farmacéuticos, los plaguicidas, la ley de patentes. Prácticamente todas las nuevas iniciativas fueron blanco de ataque y la mayoría de ellas nunca vio la luz"⁸ (para más ejemplos de este efecto de 'enfriamiento regulatorio', véanse los capítulos 3.2 v 3.5).

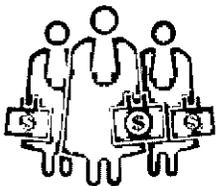
CRONOLOGÍA DE UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL DE INVERSIONES

FASE 1



El proceso se inicia cuando un inversor extranjero envía una notificación de arbitraje a un Estado. A diferencia de otras esferas del derecho internacional, el demandante no tiene que pasar primero por los tribunales locales. Tanto el inversor como el Estado contarán con la asistencia de abogados (consejeros) durante el proceso.

FASE 2



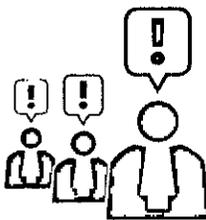
El inversor y el Estado eligen conjuntamente al tribunal arbitral. Por lo general, cada parte elige a un árbitro y ambas designan, de manera conjunta, a una tercera persona que actúe como presidente. Los árbitros no son jueces, sino abogados privados y con fines de lucro, a quienes se les paga por cada caso.

FASE 3



Los procedimientos duran años y suelen celebrarse a puerta cerrada, mientras que al público se le facilita escasa o nula información, a veces ni siquiera el hecho de que se esté dirimiendo un caso.

FASE 4



Finalmente, los árbitros determinan si el Estado ha vulnerado los derechos de los inversores y a cuánto asciende la reparación. También asignan los costes jurídicos del procedimiento. Las posibilidades de impugnar estos dictámenes son extremadamente limitadas, incluso aunque parezcan manifiestamente indebidos.

FASE 5



Los Estados deben cumplir los laudos arbitrales. Si se oponen, el laudo puede ser impuesto por tribunales reales en casi cualquier lugar del mundo mediante la incautación de propiedades del Estado en otro lugar (por ejemplo, congelando cuentas bancarias o confiscando aeronaves o barcos estatales).

Cifras sorprendentes del mundo del ISDS⁹

- Los casos judiciales entre inversores y Estados han proliferado en las últimas dos décadas, de un total de seis casos conocidos en virtud de tratados en 1995 a una cifra récord de más de **70** nuevas demandas presentadas cada año desde 2015.
- A escala mundial, se han registrado **942** controversias contra **117** países a lo largo de la historia del ISDS hasta el 1 de enero de 2019, aunque debido a la falta de información exhaustiva y transparente accesible al público, la cifra real podría ser mucho mayor.
- En el 70 % de los casos conocidos con respecto a los que se dispone de esta información, los inversores han demandado a los Gobiernos por un total de **623 000 millones de dólares**. Esta cifra equivale al 90 % de todos los flujos de inversión extranjera directa dirigidos hacia todos los países en desarrollo en 2018.¹⁰
- Los inversores han triunfado en el **61 %** de los casos entre inversores y Estados en los que se ha adoptado una decisión sobre el fondo del caso, mientras que los Estados han 'ganado' solo el **39 %** de las veces (aunque los Estados nunca pueden ganar con el ISDS, solo no perder y, por lo tanto, evitar tener que pagar los daños).
- Casi **una cuarta parte** de los casos al amparo del ISDS terminan en un acuerdo —que normalmente implican un pago por parte del Gobierno o una modificación de las leyes y reglamentos para apaciguar a los inversores descontentos—, a menudo alcanzados con un secretismo parcial o total, lo que significa que la ciudadanía no sabe a dónde fue a parar el dinero público o por qué se cambió una política.
- La suma total de dinero conocida que los Estados han sido condenados o han accedido a pagar como resultado de fallos y acuerdos al amparo del ISDS es de **88 000 millones de dólares**, una cifra astronómica, que equivale a toda la inversión extranjera directa dirigida hacia Australia, Japón y otras economías desarrolladas fuera de Europa y Norteamérica en 2018.¹¹
- Los laudos pueden alcanzar sumas de hasta 10 cifras. La mayor indemnización conocida que se ha concedido por 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 del ISDS han sido grandes corporaciones y personas ricas: el **94,5 %** de los laudos conocidos se han resuelto en favor de empresas con unos ingresos anuales de al menos **1000 millones de dólares** o de particulares con un patrimonio neto de más de **100 millones de dólares**.¹²
- Los costes jurídicos de las controversias ascienden a un promedio de **4,9 millones de dólares** para los Estados y **6 millones de dólares** para los inversores, pero pueden ser muy superiores.¹³ En las demandas Yukos, los costos legales superaron los **124 millones de dólares**¹⁴ y los árbitros cobraron **7,4 millones de dólares**.¹⁵ Como los costes jurídicos no siempre se conceden a la parte ganadora, puede que a los Estados les toque pagar la factura incluso aunque no pierdan.

El arbitraje de inversiones en dificultades: un torbellino global de oposición

El número creciente de demandas presentadas por corporaciones ha generado un torbellino global de oposición al ISDS entre todas las tendencias políticas. Grupos de interés público, sindicatos, grupos comunitarios y personas de la academia de todo el mundo han manifestado una y otra vez su oposición al ISDS y han instado a los Gobiernos a abandonar el régimen.¹⁶ Algunos defensores del libre mercado y el libre comercio, como el Cato Institute, un centro de estudios de carácter conservador de los Estados Unidos, también se han sumado al bloque opositor, señalando que “el enfoque del ISDS de otorgar (...) medidas de protección solo a los inversores extranjeros (...) equivale a manifestar en una constitución nacional que los únicos derechos que se protegerán serán los de los propietarios acaudalados”.¹⁷ Desde la judicatura, también algunas voces han planteado inquietudes parecidas, al observar que “la creación de tribunales especiales para determinados grupos de litigantes constituye el camino equivocado”.¹⁸

Además, algunos países se han dado cuenta de que los beneficios prometidos del arbitraje de inversiones no se han materializado (véase el cuadro 2 en la página 11) y están intentando escapar del sistema. En los últimos años, Sudáfrica, Indonesia, India y muchos otros países han puesto fin a algunos de sus tratados bilaterales de inversión (TBI).¹⁹ En 2019, los Estados miembros de la UE anunciaron que pondrán fin a todos los tratados bilaterales entre sí; unos 200 acuerdos.²⁰ Italia también ha abandonado el Tratado sobre la Carta de la Energía, un importante acuerdo del sector energético que contempla el mecanismo ISDS.²¹ (Véase la imagen 3.)

“

Nuestra perspectiva de los TBI ha cambiado (...) Parecen muy a favor del inversor. Nuestro problema número uno es el ISDS.

ABDULKADIR JAELANI, MINISTRO DE ASUNTOS EXTERIORES DE INDONESIA²²

IMAGEN 3

ALGUNOS PAÍSES HAN PUESTO FIN A TRATADOS DE INVERSIÓN³⁵

En 2019, los Estados miembros de la UE pondrán fin a todos los tratados bilaterales entre sí; unos 200

8 DINAMARCA
8 REPÚBLICA CHECA
5 RUMANIA

ITALIA 28
INCLUIDO EL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA

A finales de 2018 se había rescindido un total de 173 tratados de inversión

23 ECUADOR

12 BOLIVIA

INDIA
61

SUDÁFRICA
10

INDONESIA
24

Acabando con el mito de que los acuerdos de inversión y el ISDS atraen las inversiones

Quienes defienden el ISDS sostienen que “los inversores tienen (...) más probabilidades de realizar una inversión transfronteriza (...) cuando el Estado anfitrión ofrece algún tipo de protección de las inversiones”.²³ Afirman que el derecho de demandar a los Estados en foros arbitrales “neutrales”, al margen de los tribunales nacionales, tiene un efecto especialmente positivo, ya que sirve como un “freno o contrapeso” al supuesto “uso arbitrario o ilimitado del poder por parte del Gobierno” y, por lo tanto, incrementa “la conveniencia de un Estado como posible destinatario de una inversión extranjera”.²⁴

Puede que este argumento parezca plausible para algunas personas, pero presenta un problema grave: no hay pruebas claras de que los tratados de inversión fomenten realmente la inversión. Si bien algunos estudios econométricos concluyen que atraen a algunos inversores, otros consideran que estos no tienen ningún efecto (o incluso que pueden tener efectos negativos). Estudios cualitativos sugieren que, para la gran mayoría de los inversores, los tratados de inversión no constituyen un factor determinante cuando deciden invertir en el exterior.²⁵

Los Gobiernos también han empezado a darse cuenta de que la promesa de la llegada de inversión extranjera directa (IED) no se ha materializado. Después de que Sudáfrica anulara algunos tratados de inversión, un representante del Gobierno explicó: “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”.²⁶ Otros países han tenido la misma experiencia. Por ejemplo, Brasil es el

principal receptor de IED de América Latina,²⁷ a pesar de no haber ratificado nunca ningún tratado que contemple el mecanismo ISDS. En Indonesia, la IED de los Países Bajos aumentó un 19,2 % en 2015, a pesar de que, el año anterior, el país había rescindido sus tratados de inversión con este país europeo y varios otros países.²⁸

Pero puede que lo más importante sea que, actualmente, se suele coincidir en que a pesar de que la IED contribuya al desarrollo, sus efectos negativos pueden ser notables y sus beneficios están lejos de ser automáticos. Se necesitan regulaciones para generar efectos positivos en el plano local —como empleos dignos, ingresos fiscales y transferencia tecnológica— y evitar los riesgos que puede representar la IED para el ambiente, las comunidades locales, etcétera. Los acuerdos de inversión no solo prescinden de todas esas cuestiones clave de desarrollo, al proteger las inversiones independientemente de su naturaleza e impacto, sino que su “desequilibrio a favor de los inversores puede (también) limitar la capacidad de los Gobiernos para legislar en el interés público”, en palabras de un funcionario del Gobierno sudafricano.²⁹

El ISDS en la encrucijada: expansión global y resistencia de la opinión pública

Mientras tanto, varios acuerdos internacionales que se encuentran en proceso de negociación o de ratificación amenazan con expandir enormemente el régimen del ISDS, sometiendo a los Estados a una responsabilidad aún mayor. Entre ellos, se encuentran la Zona de Libre Comercio Continental Africana (AfCFTA, por sus siglas en inglés, que reunirá a 44 economías africanas), la Asociación Económica Integral Regional (RCEP, que se está negociando entre 16 países de Asia-Pacífico), el Acuerdo Integral y Progresivo para la Asociación Transpacífica (CPTPP, firmado por 11 Estados del Pacífico, Chile, México y Canadá) y varios tratados bilaterales, entre los cuales los acuerdos entre la UE y China, Canadá, Singapur, Indonesia, Vietnam y México.³⁰ La UE también tiene previsto ampliar —y volver a legitimar— el ISDS a través de un tribunal mundial permanente para dirimir las controversias entre inversores y Estados (para más información, véase el capítulo 4).³¹

“

**Los seres humanos
necesitan más derechos;
las multinacionales, no.**

**DE LA CAMPAÑA 'DERECHOS
PARA LAS PERSONAS, OBLIGACIONES
PARA LAS MULTINACIONALES'³²**

Sin embargo, la resistencia a este trato con alfombra roja que se reserva a las corporaciones no deja de aumentar. En enero de 2019, en la que constituyó una iniciativa importante con el objetivo de evitar que la UE amplíe y blinde el ISDS —y de ejercer presión pública para que se establezca un sistema global que pueda castigar a las multinacionales por sus crímenes—, se reunieron más de 200 organizaciones de la sociedad civil de toda Europa. En tan solo dos meses, más de medio millón de europeos y europeas habían apoyado su llamamiento para poner fin a la impunidad de las empresas.³³ En vísperas de las elecciones al Parlamento Europeo de la primavera de 2019, cientos de candidatos y candidatas a ocupar un escaño se comprometieron a votar en contra de todas las formas de ISDS y a favor de normas vinculantes para que las empresas rindan cuentas. Estos hechos brindan esperanza a toda una nueva generación de activistas. En palabras de los grupos de campaña en el Reino Unido: “Activistas de toda Europa nos estamos preparando para crear un impulso imparable por el cambio en nuestros propios países. Nos encontramos en un punto de inflexión y, si nos unimos los suficientes, podríamos derribar al ISDS por completo”.³⁴



Referencias

- 1 The Economist: Investor-state dispute settlement – The arbitration game, 11 de octubre de 2014.
- 2 En un principio, Vattenfall reclamó una suma menor, pero para abril de 2019, la demanda por daños y perjuicios había ascendido a 6100 millones de euros (incluidos los intereses). Véase: Bundesministerium für Wirtschaft & Energie: Schriftliche Frage an die Bundesregierung im Monat März 2019. Fragen Nr. 482, 1.
- 3 Chris Hamby: Inside The Global “Club” That Helps Executives Escape Their Crimes, BuzzFeed, 28 de agosto de 2016.
- 4 La base de datos International Investment Agreements Navigator de la UNCTAD ofrece la mejor visión general de los acuerdos internacionales de inversión existentes (consultado el 13 de mayo de 2018).
- 5 CIADI: Derechos, Honorarios y Cargos (a partir de 1 de enero de 2019) (consultado el 24 de mayo de 2019). Todas las referencias a dólares, salvo en caso de que se especifique lo contrario, aluden a dólares estadounidenses, USD.
- 6 George Kahale, III: Keynote Address at the 8th Investment Treaty Arbitration Conference, Praga, 25 de octubre de 2018, 1.
- 7 Sebastien Malo: U.N. reform needed to stop companies fighting climate rules – Nobel laureate Stiglitz, Reuters, 29 de mayo de 2015.
- 8 Citado en: William Greider: The Right and US Trade Law – Invalidating the 20th Century, The Nation, 17 novembre 2001.
- 9 UNCTAD: Investment Dispute Settlement Navigator (consultado el 13 de mayo de 2019); UNCTAD: World Investment Report 2018. Investment and New Industrial Policy, 95.
- 10 Cálculo basado en la base de datos de la UNCTAD, donde se ofrece esta información para 658 de los 942 casos que se conocían a fines de 2018. Los flujos de inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo ascendieron a 694 millones de dólares en 2018. Véase: UNCTAD: Investment Trends Monitor. Global FDI flows continue their slide in 2018, janvier 2019, 2.
- 11 Cálculo basado en la base de datos de la UNCTAD, donde se ofrece esta información para 213 (el 69 %) de los 310 casos revelados que se habían resuelto a favor del inversor o sobre los que se había llegado a un acuerdo a finales de 2018. Para más detalles sobre los flujos de inversión extranjera directa que reciben las economías en desarrollo fuera de Europa y Norteamérica, véase: UNCTAD: Investment Trends Monitor. Global FDI flows continue their slide in 2018, January 2019, 4.
- 12 Gus Van Harten y 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.
- 13 Matthew Hodgson and Alastair Campbell: Damages and costs in investment treaty arbitration revisited, Global Arbitration Review, 14 de diciembre de 2017.
- 14 El total de los costes jurídicos engloba los costes del tribunal (8 440 000 euros u 11 416 939 dólares, basados en el tipo de cambio del 14 de julio de 2014, fecha del laudo), los costes jurídicos de los demandantes (79 628 055,56 dólares y 1 066 462,10 libras esterlinas o 1 823 870 dólares) y los costes jurídicos de los demandados (27 000 000 dólares para abogados y 4 500 000 dólares para expertos). Véase Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 227), Final Award, 18 de julio de 2014, sección XIII.
- 15 Los árbitros recibieron los honorarios siguientes: 103 537 euros (para Daniel Price, el árbitro inicial designado por los demandantes), 1 513 880 euros (para Charles Poncet, que sustituyó a Daniel Price), 2 011 092 euros (para el juez Stephen Schwebel, que fue designado por Rusia), 1 732 937 euros (para L. Yves Fortier, el presidente del tribunal) y 970 562 euros (para Martin J. Valasek, el asistente del tribunal). Véase Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 227), Final Award, 18 de julio de 2014, sección XIII.
- 16 Por ejemplo: Global Civil Society Sign-on Letter on UNCITRAL's Investor-State Dispute Settlement Reform Discussions, 30 octubre 2018; 220+ Law and Economics Professors Urge Congress to Reject the TPP and Other Prospective Deals that Include Investor-State Dispute Settlement (ISDS), 7 de septiembre de 2017.
- 17 Simon Lester: Debating ISDS, Kluwer Arbitration Blog, 20 de junio de 2015.
- 18 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, citado de una traducción oficiosa, 1.
- 19 Para una panorámica de algunos países que han puesto fin a tratados, véase: Public Citizen: Termination of Bilateral Investment Treaties Has Not Negatively Affected Countries' Foreign Direct Investment Inflows, abril de 2018.
- 20 Comisión Europea: Declaration of the Member States of 15 janvier 2019 on the legal consequences of the Achmea judgment and on investment protection, 17 de enero de 2019.
- 21 Para más información relativa al Tratado sobre la Carta de la Energía y la salida de Italia, véase: Corporate Europe Observatory y Transnational Institute: Un Tratado para gobernarlos a todos: El Tratado sobre la Carta de la Energía, en constante ampliación, y el poder que otorga a las empresas para que entorpezcan la transición energética, abril de 2019, 32.
- 22 Citado en: Chris Hamby: The Secret Threat That Makes Corporations More Powerful Than Countries, BuzzFeed, 30 de agosto de 2016.
- 23 Allen & Overy: The Energy Charter Treaty – 20 years on, 14 de abril de 2014.
- 24 Secretaría de la Carta de la Energía: Programme of action to address energy poverty: focus on Africa, 2009, 14.
- 25 Jonathan Bonnitcha: Assessing the Impacts of Investment Treaties: Overview of the evidence, septiembre de 2017, 3-4, 10.
- 26 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, 4.
- 27 UNCTAD: World Investment Report 2018 – Investment and New Industrial Policies, 4.
- 28 Transnational Institute: Why did Ecuador terminate all its bilateral investment treaties?, 2017.
- 29 Xavier Carim: International Investment Agreements and Africa's Structural Transformation: A Perspective from South Africa, South Centre Investment Policy Brief No. 4, agosto 2015, 1.
- 30 CNUCED: Rapport sur l'investissement dans le monde 2018. L'investissement et les nouvelles politiques industrielles, 90.
- 31 Para una evaluación crítica sobre el proyecto de Tribunal Multilateral de Inversiones, véase: Amigos de la Tierra Europa: The Multilateral Investment Court Locking in ISDS, noviembre de 2017.
- 32 Véase el sitio web de la campaña: Derechos para las personas, obligaciones para las multinacionales.
- 33 Ibidem
- 34 Véase el sitio web de la campaña en el Reino Unido: Join the fight against corporate courts.
- 35 La información que se presenta en esta imagen se refiere a tratados que se han rescindido (unilateralmente o por acuerdo mutuo) y que no se han sustituido por un nuevo tratado. Fuente: UNCTAD: International Investment Agreements Navigator

3

10 CASOS RECIENTES EN VIRTUD DEL ISDS QUE HAN SOCAVADO LA JUSTICIA

Demandas multimillonarias que desangran a países con problemas económicos, corporaciones que invalidan las victorias logradas por quienes defienden el medio ambiente y enormes recompensas financieras para inversores que cometieron abusos contra los derechos humanos. Diez demandas entre inversores y Estados que se ha presentado, amenazado con presentar o se han resuelto desde 2015, de todo el mundo (Europa, África, Asia y América Latina), demuestran que el ISDS se utiliza una y otra vez como arma empresarial contra el interés público. A pesar de las continuas polémicas que despiertan, los tribunales con alfombra roja para las corporaciones siguen prosperando y perpetuando la injusticia en todo el mundo.

3.1

UNA DEMANDA PARA IMPONER UNA MINA DE ORO TÓXICA

GABRIEL RESOURCES CONTRA RUMANIA

Durante casi 20 años, los habitantes de Roşta Montană, en Rumania, han luchado contra un proyecto minero multimillonario, que habría destruido sus hogares y el medio ambiente de la zona. En una notable demostración de poder popular, recurrieron a los tribunales rumanos y lograron detener el proyecto. Ahora, el propietario mayoritario del proyecto, la compañía canadiense Gabriel Resources, está demandando a Rumania ante un tribunal arbitral de inversiones y le exige 5700 millones de dólares de indemnización por la pérdida de ganancias, una suma que equivale a casi el 3% del tamaño de toda la economía rumana.¹¹





En caso de que se apruebe el proyecto, Roşia Montană se convertiría en la mina de oro a cielo abierto más grande de Europa. Para extraer oro de la roca, cada año se utilizarían y se liberarían en el ambiente decenas de miles de toneladas de cianuro, un producto químico muy tóxico. Muchos vecinos y vecinas se verían desalojados por la fuerza de sus hogares. Tres aldeas y cerca de 1000 casas e iglesias quedarían destruidas, muchas de las cuales forman parte del patrimonio nacional. Roşia Montană también alberga unas singulares galerías mineras que datan del antiguo Imperio Romano. Este tesoro mundial de valor incalculable también quedaría destruido si el proyecto minero se ejecutara por completo. En su lugar, la mina dejaría tras de sí un lago de residuos del tamaño de 420 campos de fútbol.⁷

“

No abandonaremos nuestros hogares y nuestras tierras para dar cabida a su cianuro y su lucro.

EUGEN DAVID
AGRICULTOR DE ROŞIA MONTANĂ Y
PRESIDENTE DE LA ORGANIZACIÓN
COMUNITARIA ALBURNUS MAIOR

Ya desde el principio, la mina propuesta se topó con una fuerte resistencia de la comunidad. Durante toda la década de 2000, habitantes de la zona y organizaciones ambientales organizaron protestas y reunieron firmas contra la mina, el uso de cianuro y los posibles reasentamientos forzosos. Cuando se les unieron estudiantes, sacerdotes, personas del mundo académico, numerosas instituciones rumanas y ciudadanía en general, 'Salvemos Roşia Montană' se convirtió en el mayor movimiento popular desde la revolución que vivió el país en 1989. En 2013, decenas de miles de personas salieron a las calles de todo el país durante varias semanas para oponerse al proyecto minero y a la llamada 'Ley sobre Roşia Montană', que lo habría acelerado, pero que fue rechazada debido a la gran presión popular. Este movimiento nutrió de esperanza a toda una generación de rumanos.⁴

Acoso empresarial, tribunales atentos

¿Y la compañía minera? Intentó silenciar a la oposición mediante llamadas telefónicas intimidatorias, amenazas y violencia física. También ejerció una presión extrema sobre los habitantes de la zona para que vendieran sus casas y generó un clima de ansiedad en el pueblo. Según Eugen David, un agricultor de Roşia Montană, la empresa empleó "las mismas tácticas que la Securitate", la infame policía secreta de Rumania durante la dictadura comunista: "Intimidación, engaño, presión sobre las familias, corrupción. Sobre todo la intimidación".⁶

“

A la población de aquí le gustaría quedarse y me da la impresión de que una empresa extranjera está bloqueando el funcionamiento de la democracia local.

MARIE-ANNE ISLER BÉGUIN
EXEUROPARLAMENTARIA

A pesar de todo esto, la comunidad no se echó atrás. Acudieron a los tribunales y cuestionaron los procedimientos y permisos de las autoridades rumanas. En cada uno de los casos, los tribunales determinaron que los permisos otorgados a la empresa se habían obtenido ilegalmente, señalando la falta de cumplimiento de las leyes ambientales y pruebas de abusos administrativos. Así que, finalmente, el proyecto de mina tóxica se vio paralizado por los tribunales rumanos. Hasta el día de hoy, la empresa minera no ha conseguido todos los permisos necesarios, simplemente porque no cumplió con la legislación nacional y de la UE.⁵

La auténtica mina de oro de Gabriel: el ISDS

El propietario mayoritario está intentando imponer el proyecto por medio de un rescucio legal, por el que podría conseguir que las sentencias de los tribunales rumanos resulten irrelevantes. En 2015, la compañía minera canadiense Gabriel Resources interpuso una demanda, aún en curso, contra Rumania a través de un mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS).⁹ La empresa sostiene que el país incumplió las obligaciones contraídas en virtud de sus tratados bilaterales de inversión con Canadá y el Reino Unido porque “no accedió” a conceder los permisos necesarios. Entre otras cosas, como prueba del trato injusto que tuvo que soportar, la empresa ha enumerado la solicitud del Gobierno rumano para que Roşia Montană se convierta en sitio del Patrimonio Mundial de la UNESCO y el hecho de que pidiera la aprobación del Parlamento para la mina.¹⁰

Según un comunicado de prensa de mayo de 2019, Gabriel Resources reclama una indemnización de 5700 millones de dólares.¹¹ Esa cifra equivale al 2,7 % del producto interno bruto (PIB) de Rumania. También representa ocho veces más que el dinero que la compañía dedicó, presuntamente, a desarrollar la mina (en actividades de exploración, equipos, etcétera), que fue de 650 millones de dólares.¹² Olvidémonos de los metales preciosos: la verdadera mina de oro de la compañía podría encontrarse en la demanda en sí.

“

Gabriel está intentando que los rumanos paguen por haber presionado a sus legisladores para que hicieran lo correcto.

CLAUDIA CIOBANU
PERIODISTA RUMANA¹³

Demandas financiadas con dinero de Wall Street

La demanda de Gabriel Resources cuenta con el apoyo financiero de un fondo de alto riesgo de Wall Street que se llama Tenor Capital Management. Tenor paga a los abogados de la compañía a cambio de recibir una parte del dinero si gana.¹⁴ Estos acuerdos de financiación permiten a las empresas prolongar las batallas jurídicas, lo cual incrementa los costes de defensa de los Estados y aumenta las probabilidades de que los Gobiernos cedan a las demandas de las empresas para evitar unos costes judiciales excesivos y el riesgo de perder el caso (para más información sobre este tipo de acuerdos, véase el cuadro 12 en la página 64).¹⁵

Hay motivos para temer que la demanda multimillonaria de Gabriel Resources pueda obligar al Gobierno rumano a dejar que se perfore la mina para resolver el caso, por ejemplo, modificando las leyes y emitiendo nuevos permisos. Una primera señal de alarma sonó cuando el Gobierno decidió, en 2018, retirar la solicitud para que Roşia Montană se convirtiera en Patrimonio de la Humanidad de la UNESCO.¹⁶ Otro indicio preocupante es la propuesta de una nueva ley minera de principios de 2019, por la que se permitiría que se concedieran nuevos permisos.¹⁷ En caso de que no se aprobara el proyecto para la mina, aún se correría el riesgo de que Gabriel Resources saliera del país tras embolsarse una gran cantidad de dinero público a modo de indemnización.

“

Los rumanos se opusieron a la mina de Roşia Montană y nuestros tribunales la declararon ilegal. Pero a través de un sistema judicial paralelo, una corporación podría obligarnos a abrir la mina o pagar miles de millones de dólares.

ROXANA PENCEA BRĂDĂŢAN
MINING WATCH ROMANIA¹⁸



Las comunidades exigen que se escuche su voz

En noviembre de 2018, la comunidad de Roşia Montană, junto con grupos ambientalistas contrarios a la mina, escribieron a los tres abogados privados que resolverán el caso presentado por Gabriel Resources al amparo del ISDS. En ella, explicaron cómo la empresa había violado sus obligaciones en virtud del derecho ambiental y de los derechos humanos rumano, de la UE e internacional y, por lo tanto, no debería ser protegida mediante unos derechos especiales reservados a los inversores extranjeros.¹⁹

Como señaló uno de los abogados del grupo: "Gabriel Resources nunca ha tenido derecho a explotar Roşia Montană. La compañía no debe utilizar el arbitraje de inversiones para eludir la aplicación legítima del derecho interno".²⁰ Los árbitros admitieron la carta, pero se negaron a aceptar los testimonios adjuntos de los habitantes de la zona, con lo que excluyeron del proceso a la comunidad afectada.²¹

CADURO
[3]

Quando el ISDS choca con el derecho de la UE: la absurda saga judicial de los hermanos Micula contra Rumania

El caso Micula es otra demanda presentada por inversores contra Rumania que genera asombro. Este caso demuestra que los tratados de inversión y el arbitraje pueden ser incompatibles con la legislación nacional y de la UE.

A finales de la década de 1990, Ioan y Viorel Micula (dos hermanos rumanos ricos que también disponen de ciudadanía sueca) recibieron incentivos fiscales y de otro tipo para las empresas de alimentos y bebidas que dirigían en Rumania. En 2005, estos incentivos se suprimieron en el marco de las reformas necesarias para que Rumania se adhiriera a la UE. Los hermanos Micula impugnaron la decisión y, en 2006, demandaron a Rumania a través de su tratado bilateral de inversión con Suecia. A pesar de que la Comisión Europea intervino en el caso, al confirmar que había exigido a Rumania que pusiera fin a los incentivos para ajustarse a las normas sobre ayudas estatales de la UE, en 2010 un tribunal de inversiones dictaminó que un Estado no puede asumir la responsabilidad que ha asumido con

respecto a los inversores basándose en la legislación de la UE. Los árbitros condenaron a Rumania a pagar 573 millones de euros en concepto de daños y perjuicios a los hermanos Micula.

Desde entonces, los hermanos Micula han estado intentando que el laudo se haga efectivo en varios países, dejando a Rumania atrapada entre las instrucciones y las leyes de las instituciones de la UE y unos inversores ricos, decididos y ávidos de pleitear.

Se desconoce el importe total que Rumania ha gastado en esta saga judicial. Solo la defensa de los procedimientos arbitrales ya ha costado a los contribuyentes rumanos 16,7 millones de euros.

“ Este caso ilustra el riesgo de que una empresa pueda demandar en el marco del ISDS a un Estado miembro por el mero hecho de armonizar su legislación o sus políticas con la legislación de la UE.

MONIQUE GOVENS/DE LA ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES EUROPEOS BEUC²²

Referencias

- 1 Todas las referencias a dólares, salvo en caso de que se especifique lo contrario, aluden a dólares estadounidenses, USD.
- 2 Salvati Roşia Montană: All about Roşia Montană mining project.
- 3 Salvati Roşia Montană: Tudose, we won't give up Roşia Montană, 30 de agosto de 2017.
- 4 El sitio web Salvati Roşia Montană es una buena fuente para saber más sobre la historia de las protestas.
- 5 Alburnus Maior, Centrul Independent pentru Dezvoltarea Resurselor de Mediu y Greenpeace Romania: Amicus Curiae Submission, 2 de noviembre de 2018, 6, 8-10.
- 6 Entrevistado para la película Roşia Montană, town on the brink, de Fabian Daub, minuto 12:30.
- 7 Citado en: Salvati Roşia Montană: Gabriel's Rosia Montana gold mining project: An obstacle to EU accession, diciembre de 2013.
- 8 Alburnus Maior, Centrul Independent pentru Dezvoltarea Resurselor de Mediu y Greenpeace Romania: Amicus Curiae Submission, 2 de noviembre de 2018, 10-16.
- 9 Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v. Romania (ICSID Case No. ARB/15/31).
- 10 Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) Ltd.: Claimants Memorial, 30 de junio de 2017, para 682f, 685a.
- 11 Gabriel Resources: 2019 First Quarter Report, 14 de mayo de 2019.
- 12 Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) Ltd.: Claimants Memorial, 30 de junio de 2017, para 4.
- 13 Claudia Ciobanu: Roşia Montană, an omen for TTIP, Euractiv, 27 de julio de 2015.
- 14 Gabriel Resources: Press Release - Closing of Private Placement, 14 de julio de 2016.
- 15 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, 2012, capítulo 5.
- 16 Claudia Ciobanu: Masks fall as Romanian government withdraws UNESCO application for Roşia Montană, Euractiv, 7 de junio de 2018.
- 17 Claudia Ciobanu y Mihai Stoica: Roşia Montană: Seeds of utopia in town almost lost to gold mining, Aljazeera, 24 de abril de 2019.
- 18 Citado en: WeMove: Petition. No global corporate court, 2017.
- 19 Alburnus Maior, Centrul Independent pentru Dezvoltarea Resurselor de Mediu y Greenpeace Romania: Amicus Curiae Submission, 2 de noviembre de 2018.
- 20 Citado en: CIEL y otros: Roşia Montană voices to be heard in illegal Romanian gold mine litigation, 5 de noviembre de 2018.
- 21 Lisa Kadel y Christian Schliemann: Gabriel Resources v. Romania: Local Residents as Third Parties in Investor-State Dispute Settlement?, Oxford Human Rights Law, 19 de abril de 2019.
- 22 Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania (ICSID Case No. ARB/05/20).
- 23 Esta suma incluye los intereses previos al laudo. Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania, Award, 11 de diciembre de 2013, para 1329.
- 24 Monique Goyens: The Micula case: When ISDS messes with EU law, 27 de octubre de 2014.
- 25 En el primer laudo, se condenó a Rumania a pagar sus costes judiciales (11 499 347,97 euros) y había adelantado 1 485 000 dólares (1 077 179,78 euros el 11 de diciembre de 2013, fecha del laudo) para cubrir los costes del tribunal. En el procedimiento de anulación, se condenó a Rumania a pagar sus costes judiciales, 2 041 034,19 euros, y demás gastos, 600 000 dólares (548 847,44 euros el 26 de febrero de 2016, fecha del laudo), así como a pagar la totalidad de los costes del procedimiento (547 845,09 dólares o 501 138,96 euros). Esto supone 15 668 448,34 millones de euros en costes judiciales.

Fotografías

p15 (primer plano, izquierda) Laura Muresan, (segundo plano) Sebastian Florian

p16 (arriba) Laura Muresan, (abajo) Kovács László Attila

p17 Cristian Sutu

3.2

CÓMO LAS GRANDES FARMACÉUTICAS SABOTEARON LA LUCHA POR UN TRATAMIENTO ASEQUIBLE CONTRA EL CÁNCER

NOVARTIS CONTRA COLOMBIA



En Colombia, el alto precio de un medicamento que salva vidas para tratar el cáncer sanguíneo se volvió insostenible para el presupuesto del sistema público de salud. En 2015, el Gobierno decidió declarar Glivec como medicamento de interés público y despojar al gigante farmacéutico Novartis de su monopolio de producción, con el fin de que la competencia con los genéricos redujera el precio del fármaco. Pero Novartis no estaba dispuesta a renunciar a la gallina de los huevos de oro y amenazó con demandar a Colombia ante un tribunal de arbitraje internacional. Aunque el precio de Glivec se acabó rebajando, el Gobierno ya no se atrevió a tocar el monopolio de Novartis. Las tácticas intimidatorias de la empresa evitaron un precedente que podría haber animado a otros países a seguir los pasos de Colombia y reducido los elevados beneficios de Novartis en todo el mundo.



livec (también conocido como Imatinib) es el fármaco que convertía “un cáncer letal en una enfermedad controlable”.¹ Aprobado en 2001, se consideraba una “fórmula mágica”² para el tratamiento de la leucemia, un tipo de cáncer sanguíneo de consecuencias letales. En 2015, la Organización Mundial de la Salud (OMS) lo añadió a su Lista de Medicamentos Esenciales,³ lo cual significa que estos fármacos deben estar disponibles en todo momento y a un precio asequible para particulares y comunidades.⁴

Pero el precio de Glivec no permitía que se cumpliera esta condición. A pesar de que se calcula que el coste de producción del medicamento es de 180 dólares por año,⁵ en Colombia, en 2014, se vendía a un precio extremadamente elevado: 19 819 dólares por paciente y año (más de 100 veces el coste de producción). Este importe casi duplica la renta media anual del país.⁶



Puede que los pacientes se hayan convertido en las “víctimas financieras” del éxito del tratamiento, al tener que pagar un alto precio anual para mantenerse con vida.

MÁS DE 100 EXPERTOS EN LEUCEMIA MIELOIDE CRÓNICA, UN TIPO DE CÁNCER SANGUÍNEO, COMENTAN SOBRE LOS PRECIOS INJUSTAMENTE ELEVADOS DE LOS MEDICAMENTOS CONTRA EL CÁNCER EN TODO EL MUNDO⁷

El presupuesto público se agota debido a los altos precios de los medicamentos

Uno de los motivos principales que explicaba el elevado precio del medicamento era la patente que el gigante farmacéutico suizo Novartis obtuvo en 2012 en Colombia. Esto significó que, a partir de entonces, podía cuadruplicar el precio de un comprimido de 400 miligramos del fármaco y cobrarlo a 43 dólares, mientras que, antes, el fármaco genérico de producción local costaba 10,50 dólares.⁸

El costoso medicamento se volvió inasequible para el presupuesto de la salud pública del país. Se calcula que, entre 2008 y 2014, el país gastó aproximadamente 200 millones de dólares en este medicamento,⁹ un desembolso que llevó al sistema de salud colombiano al borde de la bancarrota.

La batalla del Gobierno colombiano por un tratamiento asequible del cáncer para su ciudadanía

Por este motivo, en 2014, un grupo de organizaciones de salud pública colombianas solicitó al Ministerio de Salud que declarara a Glivec como medicamento de interés público y emitiera una licencia obligatoria.¹⁰ Cuando un medicamento patentado pasa a estar sujeto a una licencia obligatoria, el Gobierno acaba con el monopolio del productor y concede a otras compañías farmacéuticas el derecho a fabricar versiones genéricas del medicamento, lo cual provoca una caída en el precio. Las licencias obligatorias representan una flexibilidad notable que se reconoce en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el



La concesión de licencias obligatorias es una herramienta fundamental para proteger la estabilidad financiera de los sistemas de salud y garantizar el acceso universal a los medicamentos y los servicios de salud.

132 ABOGADOS, ACADÉMICOS Y OTROS PROFESIONALES QUE ESCRIBIERON A LA PRESIDENCIA DE COLOMBIA PARA APOYAR LAS MEDIDAS DEL GOBIERNO¹²

Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC)¹¹ y muchos otros tratados comerciales. En particular, las han utilizado los países en desarrollo para incrementar el acceso a medicamentos que salvan vidas para tratar enfermedades como el VIH.

El Gobierno colombiano decidió seguir esta estrategia y emitir una licencia obligatoria.¹³ En paralelo, también intentó negociar directamente con Novartis una rebaja del precio, pero la empresa se negó en redondo.¹⁴ Se calculó que la apertura del mercado de Glivec a los genéricos habría reducido los altos precios cobrados por Novartis hasta un 77 %, lo que se habría traducido en un ahorro de alrededor de 15 millones de dólares al año para el presupuesto de salud pública de Colombia.¹⁵

Presión al más alto nivel

Pero con las ventas mundiales de Glivec, que alcanzaron los 4700 millones de dólares en 2015,¹⁶ Novartis estaba obteniendo unas ganancias récord con este medicamento contra el cáncer, que representaba el 10 % del total de ingresos de la empresa.¹⁷ Por lo tanto, estaba decidida a defender a la gallina de los huevos de oro.

El 21 de abril de 2016, Novartis envió una carta al Gobierno colombiano, amenazando formalmente con demandarlo ante un tribunal de arbitraje internacional, a menos que el Gobierno revisara sus decisiones con respecto a Glivec.

Novartis alegó que Colombia había violado su tratado bilateral de inversión con Suiza. Más en concreto, la compañía arguyó que las medidas adoptadas eran injustificadas y discriminatorias, y que rebajar el precio del medicamento al nivel de los genéricos equivalía a una expropiación indirecta de la patente de Glivec.

Una licencia obligatoria equivale a una expropiación del titular de la patente.

GOBIERNO SUIZO AL MINISTERIO DE SALUD DE COLOMBIA¹⁸

[Redacted]

NOVARTIS

Bogotá, D.C. Abril 21 del 2016

Doctores
Adriana Vargas
Dirección de Inversión, Servicios y Propiedad Intelectual
Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
E. S. 19

Asuntos Declaratoria de Interés Público para merito de inventiva.
Respetada Doctores,

En respuesta al proceso actualmente adelantado por el Ministerio de Salud y Protección Social con miras a una Declaratoria de Interés Público del medicamento mesilato de umabrutinib, nos permitimos poner en su conocimiento lo siguiente:
La compañía ha arduo el mecanismo de consultas en virtud del artículo 2005, "Por medio de la cual se aprueba el Convenio Colectivo para el sector salud y el protocolo de la cual".

Alfonso Sánchez-Arocas
Presidente
Compañía de Colombia S.A.
Calle 93 B No. 14 11
Bogotá D.C.
Colombia
Tel: +571 4744444

Novartis también argumentó que el Gobierno colombiano había violado las "expectativas legítimas" de la empresa en lo que se refiere a la estabilidad de las normas de patentes.¹⁹ La amenaza de arbitraje fue repetida una y otra vez por poderosos actores, como el director ejecutivo de Novartis,²⁰ y los Gobiernos de los Estados Unidos y Suiza.²¹ El Gobierno estadounidense también amenazó con recortar 450 millones de dólares de fondos para una iniciativa denominada 'Paz Colombia'²² y obstaculizar los intentos de Colombia de unirse al club de países ricos de la OCDE.²³

El Gobierno no logra acabar con el monopolio de Novartis

La presión funcionó. Menos de una semana después de la carta de Novartis al Gobierno colombiano, el 27 de abril de 2016, la embajada del país en Washington recomendó que el Ministerio de Salud tomara todas las medidas necesarias para evitar una demanda entre inversor y Estado.²⁴ Y aunque el Ministerio terminó declarando que el acceso a Glivec era de interés público,²⁵ con lo que forzó una rebaja del 44 % en el precio del fármaco,²⁶ el Gobierno abandonó su plan de emitir una licencia obligatoria.

Cuando una mercancía afecta a la vida o la salud de las personas, debe prevalecer el precio justo debido a las implicaciones morales. Entre los ejemplos, se encuentra el precio del pan durante las hambrunas.

MÁS DE 100 EXPERTOS EN LEUCEMIA MIELOIDE CRÓNICA COMENTAN SOBRE LOS PRECIOS INJUSTAMENTE ELEVADOS DE LOS MEDICAMENTOS CONTRA EL CÁNCER EN TODO EL MUNDO²⁷

[Redacted]

Para Novartis, lo más importante era impedir la licencia obligatoria. El mercado de Glivec en Colombia representa solo el 1% de las ventas mundiales de Novartis de este medicamento²⁸ y, por lo tanto, es demasiado pequeño como para que un mero recorte en el precio provoque grandes pérdidas para el gigante farmacéutico. Pero en el contexto de una creciente atención y crítica mundial al alto coste que suponen los productos farmacéuticos de marca para los países en desarrollo, la licencia obligatoria habría sentado un peligroso y preocupante precedente para Novartis. A la pregunta de si era "cierto que a Novartis le preocupa más esa señal exterior que el impacto en Colombia", la presidenta de la compañía en la región andina confirmó este supuesto, al responder: "Sí, pues esta es una compañía global y cualquier país que toma una decisión de estas (...) genera preocupación".²⁹ Las compañías farmacéuticas como Novartis han utilizado de manera sistemática sus considerables recursos financieros para intentar evitar el uso de las licencias obligatorias en todo el mundo, según un estudio en que se examinaron 89 países publicado por la Organización Mundial de la Salud en 2018.³⁰



Es probable que una respuesta firme ante los planes de apenas unos pocos países de emitir licencias obligatorias para medicamentos contra el cáncer tenga un efecto desincentivador sobre otros.

GRUPO DE INVESTIGACIÓN DE LA UNIVERSIDAD DE GRONINGEN³¹

El hecho de que Colombia declarara de interés público un medicamento patentado y lograra reducir su precio de manera significativa supuso un hito histórico.³² Sin embargo, gracias a su amenaza de arbitraje en materia de inversiones, Novartis limitó la posibilidad de que se sentara un precedente para el resto del mundo y de que se adoptaran más medidas para garantizar el acceso a medicamentos asequibles en todo el mundo.

Una trampa para el acceso a los medicamentos



La amenaza jurídica de Novartis a Colombia no representó la primera vez —ni será la última— que una gran compañía farmacéutica recurre a los acuerdos internacionales de inversión para disputar decisiones que buscan alterar la protección de las patentes de medicamentos con fines de acceso público.

En 2016 Canadá fue objeto de una demanda de arbitraje de inversión de 450 millones de dólares presentada por la compañía farmacéutica estadounidense Eli Lilly por violación de las patentes de medicamentos para tratar el trastorno por déficit de atención con hiperactividad (TDAH) y la esquizofrenia. Los arbitros estimaron que había determinado que la compañía estadounidense por Eli Lilly no podía usar los usos de los productos de Eli Lilly y el gobierno canadiense ni promover ni permitir el uso de los productos de Eli Lilly en un caso de 350 millones de dólares con la compañía. En 2017, el arbitraje comenzó a escucharse en un caso de 350 millones de dólares con la compañía. En 2018, el arbitraje comenzó a escucharse en un caso de 350 millones de dólares con la compañía. En 2018, el arbitraje comenzó a escucharse en un caso de 350 millones de dólares con la compañía.

un genérico equivalente a un medicamento contra la hepatitis D fabricado por Cilead.³³

Un equipo de investigación ha advertido que estos casos marcan "el comienzo de una impulsante y peligrosa tendencia" por parte de las grandes compañías farmacéuticas que "proclaman sus expectativas legítimas" a pesar de "preocupaciones de monopolio" y para "desviar a los países que intentan adoptar medidas legales para garantizar un acceso más seguro de los medicamentos". Según el profesor Brook S. Baker, de la Facultad de Derecho de la Universidad del Nordeste, en los Estados Unidos, los acuerdos de protección de la inversión representan una "estrategia para el acceso a los medicamentos".

Referencias

- 1 Nida Iqbal y Naveed Iqbal: Imatinib: a breakthrough of targeted therapy in cancer, *Chemotherapy Research and Practice*, 19 de mayo de 2014.
- 2 Time Magazine: There is new ammunition in war against cancer, portada, 28 de mayo de 2001; Henderson CA Jr: Imatinib: the promise of a "magic bullet" for cancer fulfilled, *Journal of the Medical Association of Georgia*, Winter-Spring 2003, 92(1):12-4, 22; Daniel Vasella and Robert Slater: Magic Cancer Bullet: How a Tiny Orange Pill May Rewrite Medical History, Harper Business, 2003.
- 3 Susan Maior: WHO includes 16 new cancer drugs on list of essential medicines, *The Lancet Oncology*, 16:7, julio de 2015.
- 4 Organización Mundial de la Salud Medicamentos esenciales (consultado el 29 de mayo de 2019).
- 5 Andrew Hill: Prices versus costs of medicines in the WHO Essential Medicines List, Presentación en la OMS, Ginebra, 26 de febrero de 2018. Todas las referencias a dólares, salvo en caso de que se especifique lo contrario, aluden a dólares estadounidenses, USD.
- 6 Federación Médica Colombiana: 2a Participación proceso actuación administrativa declaratoria de interés público de IMATINIB, 24 de marzo de 2015. Health Action International et al.: Open letter to the Swiss Government – Declaration of Public Interest Regarding Access to Imatinib (Glivec) in Colombia, 18 de agosto de 2015.
- 7 Especialistas en leucemia mieloide crónica: The price of drugs for chronic myeloid leukemia (CML) is a reflection of the unsustainable prices of cancer drugs: from the perspective of a large group of CML experts, *Blood*, 21:22, 2013, 4439-4442.
- 8 El precio de Novartis era de 324 pesos colombianos (COP) por miligramo, o 129 600 pesos por una dosis de 400 miligramos. La industria local vendía los genéricos a 78,5 pesos colombianos por miligramo, o 31 400 pesos por una dosis de 400 miligramos. Según el tipo de cambio del 10 de mayo de 2016, 129 600 pesos colombianos equivalían a 43 dólares estadounidenses, y 31 400 pesos, a 10,50 dólares. Redacción Vivir: Las presiones de EE.UU. para que Colombia no regule el precio del imatinib, *El Espectador*, 10 de mayo de 2016.
- 9 La suma estimada en pesos colombianos es de 400 000 millones. Véase: Sergio Silva Numa: La otra traba que tendrán los pacientes con leucemia para medicamentos más baratos, *El Espectador*, 27 de abril de 2016. La conversión en dólares se calculó utilizando el tipo de cambio de mayo de 2014, cuando 1 dólar estadounidense se correspondía a 1910 pesos colombianos.
- 10 Misión Salud, IFARMA y CIMUN: Petición en interés general. Solicitud de una declaración de interés público en el acceso al medicamento IMATINIB bajo condiciones de competencia, 24 de noviembre de 2014.
- 11 Organización Mundial del Comercio: Compulsory licensing of pharmaceuticals and TRIPS, TRIP and Health FAQ, marzo de 2018.
- 12 132 profesionales abogados, economistas y académicos: Colombia's Right to Issue a Compulsory License for the Cancer Medicine Imatinib, Letter to Colombia's President Juan Manuel Santos, 23 de mayo de 2016.
- 13 En el sitio web del Ministerio de Salud de Colombia se pueden consultar los detalles de todos los pasos del proceso y los documentos pertinentes: Medicamentos y derechos de propiedad intelectual, 28 de mayo de 2019.
- 14 Novartis: Letter Procedimiento Administrativo de Declaratoria de Interés Público para conceder una licencia obligatoria para imatinib (Glivec®), 20 de abril de 2016.
- 15 Health Action International et al.: Open letter to the Swiss Government – Declaration of Public Interest Regarding Access to Imatinib (Glivec) in Colombia, 18 de agosto de 2015.
- 16 Novartis International AG: Novartis Q4 and FY 2015 Condensed Financial Report – Supplementary Data, enero de 2016.
- 17 Thomas Graham: Colombia gives Novartis a week to lower price of cancer drug, *Colombia Reports*, 19 de mayo de 2016.
- 18 Novartis: Series of Letters to Colombian Government regarding the threat of an investment arbitration lawsuit, 21 de abril a 21 de julio de 2016.
- 19 Misión Salud: Movilización internacional en apoyo a Colombia: caso imatinib, 23 de marzo de 2018.
- 20 Secretaría de Estado de Economía, Gobierno de Suiza: Patent of Imatinib/Glivec: Closing arguments, 26 de mayo de 2015.
- 21 Andrés Flórez: Carta a la Ministra de Relaciones Exteriores de Colombia, 27 de abril de 2016.
- 22 El Tiempo: La batalla contra Novartis la ensombrece un decreto, 17 de mayo de 2017.
- 23 Secretaría de Estado de Economía, Gobierno de Suiza: Patent of Imatinib/Glivec: Closing arguments, 26 de mayo de 2015.
- 24 Andrés Flórez: Carta a la Ministra de Relaciones Exteriores de Colombia, 27 de abril de 2016.
- 25 Ministerio de Salud y Protección Social: Resolución 2475 and Declaratoria de existencia de razones de interés público, 2016.
- 26 El Tiempo: La batalla contra Novartis la ensombrece un decreto, 17 de mayo de 2017.
- 27 Experts in Chronic Myeloid Leukemia: The price of drugs for chronic myeloid leukemia (CML) is a reflection of the unsustainable prices of cancer drugs: from the perspective of a large group of CML experts, *Blood*, 21:22, 2013, 4439-4442.
- 28 Andrea Ornelas: ¿Un genérico para Glivec? ONG desafían a Novartis en Colombia, *SWI swissinfo.ch*, 13 de octubre de 2015.
- 29 Dinero: La controversia entre MinSalud y Novartis continúa, 23 de junio de 2016.
- 30 Ellen FM 't Hoen et al.: Medicine procurement and the use of flexibilities in the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 2001-2016, *Bulletin of the World Health Organization* 2018, No. 96, 185-193.
- 31 Ibidem
- 32 Luis Jaime Acosta y Julia Symmes Cobb: ENTREVISTA-Colombia busca negociar con Novartis precio de medicamento para el cáncer: ministro, *Reuters*, 18 de mayo de 2016.
- 33 CNUCED: *Eli Lilly v. Canada Eli Lilly and Company v. Canada* (ICSID Case No. UNCT/14/2).
- 34 Luke Eric Peterson y Zoe Williams: Gilead Pharma corp withdraws investment arbitration after Ukraine agrees to settlement of dispute over monopoly rights to market anti-viral drug, *Investment Arbitration Reporter*, 16 de marzo de 2017.
- 35 Brook K. Baker: *Eli Lilly's ISDS Patent Claim against Canada Defeated*, 6 de abril de 2017.
- 36 Brook K. Baker and Katrina Geddes: Corporate Power Unbound: Investor state Arbitration of IP Monopolies on Medicines—*Eli Lilly v. Canada and the Trans-Pacific Partnership Agreement*, *Journal of Intellectual Property Law*, 23:1, 2015.

Fotografías

p20 (primer plano) David Mirzoeff, Global Justice Now, (segundo plano) Michal Jarmolu/Pixabay

3.3

LA ELUSIÓN DE LOS TRIBUNALES Y LA DEMOCRACIA LOCAL PARA CONSTRUIR UN COMPLEJO RESIDENCIAL PARA LOS RICOS

RAZVOJ GOLF Y ELITECH CONTRA CROACIA

Durante los últimos 13 años, los habitantes de Dubrovnik se han opuesto a la construcción de un complejo de lujo en la colina que domina su hermosa ciudad. Los tribunales croatas suspendieron el impopular proyecto, al determinar que los permisos necesarios se habían obtenido de forma ilegal. Pero la empresa que promovía el proyecto no se dio por vencida, y el caso ha llegado tanto al arbitraje internacional —con una demanda de 500 millones de dólares contra Croacia, en concepto de indemnización—, como a los tribunales nacionales, con la criminalización de la sociedad civil.





La ciudad de Dubrovnik debe su nombre a los robles (llamados 'dubrava' por la gente de la zona) que cubren la colina de Srđ, situada junto a la ciudad. En 2010, se creó la iniciativa local 'Srđ je naš' ('Srđ es nuestra'), que aglutinó a grupos activistas locales y ONG del país. Su objetivo era proteger esta bonita zona en el corazón de Dubrovnik de la construcción de un gigantesco complejo turístico y residencial, que albergaría dos campos de golf, dos hoteles, 240 villas, 408 suites, un anfiteatro, un club hipico, parques, paseos marítimos y una conducción para el abastecimiento de agua.²

Este proyecto inmobiliario habría supuesto un gran impacto para la ciudad. Por ejemplo, las dimensiones del proyecto era enormes. En comparación con la ciudad propiamente dicha, la zona del complejo habría ocupado 20 veces más que la superficie del casco antiguo, declarado sitio del Patrimonio Mundial de la UNESCO. El proyecto también habría privado a la población local y a los turistas de una zona prístina y de un mirador excelente, y habría necesitado grandes cantidades de agua y pesticidas para su mantenimiento.³ En opinión de la población local, este proyecto resultaba desmesurado para una ciudad que ya está muy afectada por un exceso de turismo y una infraestructura sobrecargada.

Ni aceptado ni legal

Los habitantes de Dubrovnik deseaban preservar la belleza de la ciudad y sus alrededores, proteger sus reservas de agua y el medio ambiente, y limitar el impacto del turismo en sus vidas. Además, el proyecto también estaba manchado por sospechas de corrupción.

Con el apoyo de ONG, artistas, arquitectos y especialistas en otros ámbitos, 'Srđ je naš' utilizó medios democráticos y legales para expresar sus inquietudes. En un referendo organizado en 2013 por la campaña, el 84 % de los residentes que votaron se manifestaron en contra del plan.⁵ La iniciativa ciudadana también objetó al proyecto ante los tribunales de croatas, que resolvieron que los permisos de emplazamiento de los inversores y las evaluaciones de impacto ambiental eran ilegales.⁶ Este fue un potente ejemplo de resistencia local y poder popular.⁷

“

El caso del campo de golf es un ejemplo de manual del peor tipo de corrupción posible. La ley sobre los campos de golf fue redactada por el Gobierno anterior para varios inversores ya conocidos. Me inclino a pensar que el principal inversor en Srđ fue uno de los inversores para los que se redactó toda esta ley.

**ZORISLAV ANTUN PETROVIC,
TRANSPARENCY INTERNATIONAL CROACIA⁴**



66

En Croacia, el golf se utiliza como excusa para irrumpir en la naturaleza virgen, junto a las ciudades y las inmediaciones más bellas, y construir donde no se podría construir de ninguna otra manera legal (...) No se trata solo de construir terrenos de golf, potenciando oportunidades de deporte, turismo o empleo para la gente de la zona, sino que se trata más bien de un gran plan inmobiliario para construir villas y apartamentos.

ACTIVISTA DE 'SRĐ JE NAŠ'

Esta inspiradora lucha, a favor de un medio ambiente respetado y un turismo respetuoso, dio lugar a varias victorias en el plano local. Pero después... la propia empresa llevó el caso a los tribunales. No a los tribunales croatas, sino a un tribunal de arbitraje internacional, privado y caracterizado por un total secretismo, donde ahora está intentando hacerse con lo que les había negado el poder popular y los tribunales nacionales: unas ganancias exorbitantes.

El club de golf del ISDS puede meter la democracia en un hoyo

El proyecto inmobiliario de lujo contaba con el apoyo de la empresa croata Razvoj Golf, propiedad de Aaron Frenkel, un inversor israelí. A través de una sociedad pantalla domiciliada en los Países Bajos (Elitech), Razvoj Golf ha demandado a Croacia⁹ en virtud del tratado de inversión entre Croacia y los Países Bajos, un acuerdo que podría argüirse que ya no está jurídicamente en vigor (véase el cuadro 5 en la página 28). Los inversores sostienen que gastaron 130 millones de euros en el proyecto, pero reclaman 500 millones de dólares al Estado croata para que les compense por los beneficios que afirman que habrían obtenido si la construcción hubiera seguido adelante.⁹

Apenas seis semanas después de que los inversores presentaran esta demanda al amparo del ISDS, el Gobierno croata expidió a los promotores nuevos permisos, idénticos a los que anteriormente habían revocado los tribunales croatas. Los permisos se volvieron a emitir aunque no había cambiado sustancialmente nada con respecto al proyecto. Tras otra demanda presentada por varias ONG,



otro magistrado decidió que estos nuevos permisos sí son legales. En estos momentos, las ONG están recurriendo esta decisión ante el Alto Tribunal Administrativo de Croacia, un tribunal de segunda instancia.¹⁰ Por lo tanto, el caso multimillonario de los inversores ya parece estar haciendo mella en el Gobierno y convenciéndolo para que haga caso omiso de las preocupaciones de la ciudadanía y las desestime.

66

Este hecho se percibe como una nueva humillación para los ciudadanos y las ciudadanas de Dubrovnik y como una injusticia que no podemos ni debemos observar en silencio.

DURO CAPOR, COORDINADOR DE 'SRĐ JE NAŠ'¹¹

Pero el atentado contra la democracia no termina aquí. La empresa que promovía el proyecto también demandó a una de las principales ONG que apoyó a 'Srđ je naš': Zelena akcija o Amigos de la Tierra Croacia. El inversor está exigiendo, a través de los tribunales croatas, una indemnización de 30 000 euros a este grupo de interés público por supuesta difamación, e incluso quiere prohibir que el grupo hable públicamente sobre el proyecto del campo de golf.¹² Está intentando silenciar y ahogar las voces de la comunidad democrática que ayudaron



a generar un importante debate sobre el proyecto. Estas son preocupaciones legítimas de la gente de la ciudad, relacionadas con los medios de vida, la calidad de vida, la protección del medio ambiente, la privatización del espacio público, etcétera. En los casos dirimidos en virtud del ISDS, a estas preocupaciones no solo no se les da espacio ni voz, sino que, en esta ocasión, la compañía está utilizando sus importantes recursos para intentar censurar a la comunidad para que ni siquiera se manifieste públicamente sobre el controvertido proyecto, sentando otro peligroso precedente de que las compañías usen los tribunales para silenciar a la oposición ciudadana.

“Estamos sufriendo una fuerte ofensiva por parte del inversor y corremos el riesgo de que nos cierren. Tememos que esta se esté convirtiendo en una forma de actuar cada vez más frecuente contra quienes defienden el medio ambiente.

ENES ĆERIMAGIĆ, ABOGADO DE AMIGOS DE LA TIERRA CROACIA¹

CUADRO
5

Demandas al amparo de tratados que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró ilegales

El 6 de marzo de 2018, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el máximo tribunal de Europa, dictaminó que los tratados que incluyen el mecanismo ISDS entre los países de la UE —como el acuerdo entre Croacia y los Países Bajos utilizado por la empresa Razvoje Golf— eran incompatibles con el derecho de la UE, ya que eluden y socavan las competencias de los tribunales nacionales.⁴ Tras esta sentencia, los Estados miembros de la UE decidieron poner fin a los tratados bilaterales de inversión (TBI) intracomunitarios en 2019.⁵

En consecuencia, desde marzo de 2018, varios Estados miembros de la UE han intentado paralizar los casos en virtud del ISDS en curso que se basan en los TBI intracomunitarios, ahora declarados ilegales. Pero hasta ahora, los tribunales encargados de las controversias del ISDS han rechazado estas intervenciones y han optado por seguir tramitando unos casos que persiguen el lucro, a pesar de la importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión.⁶

Referencias

- 1 Todas las referencias a dólares, salvo en caso de que se especifique lo contrario, aluden a dólares estadounidenses, USD.
- 2 Sitio web de Golf Park Dubrovnik.
- 3 Amigos de la Tierra Europa: Golf lawsuit threatens to shut down Friends of the Earth Croatia, 12 de febrero de 2018.
- 4 Celine Motzfeldt Loades, Universidad de Oslo: Contested Places and Ambivalent Identities –Social Change and Development in UNESCO Enlisted Dubrovnik, enero de 2016.
- 5 Amigos de la Tierra Croacia: The company „Razvoj golf“ gets a permit for condoisation, Green Action gets a lawsuit!, 8 de diciembre de 2017.
- 6 Amigos de la Tierra Croacia: A big victory of citizens over the speculators – court annuls environmental permit for the Dubrovnik golf resort project, 3 septiembre de 2016.
- 7 Celine Motzfeldt Loades, Universidad de Oslo: Contested Places and Ambivalent Identities –Social Change and Development in UNESCO Enlisted Dubrovnik, enero de 2016.
- 8 Elitech B.V. and Razvoj Golf D.O.O. v. Republic of Croatia (ICSID Case No. ARB/17/32).
- 9 Ibidem
- 10 Amigos de la Tierra Croacia: The company „Razvoj golf“ gets a permit for condoisation, Green Action gets a lawsuit!, 8 de diciembre de 2017.
- 11 Ibidem
- 12 Oficina Europea del Medio Ambiente (EEB): Challenge accepted – Five reasons NGOs won't see you in court: EU governments warned to remove barriers to justice, 28 de noviembre de 2018.
- 13 Emily Macintosh: Golf resort lawsuit threatens to shutdown Croatian environment group, 8 de marzo de 2018.
- 14 Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Slowakische Republik v Achmea BV, 6 de marzo de 2018.
- 15 Comisión Europea, Declaration of the Member States of 15 Janvier 2019 on the legal consequences of the Achmea judgment and on investment protection, 17 de enero de 2019.
- 16 Damien Charlotin: Tribunal rejects Achmea objection in ECT claim against Italy and sees no reason to terminate the proceedings even in light of recent EU member state's declaration, Investment Arbitration Reporter, 7 de mayo de 2019.

Fotografías

p28: Nature Keepers, Luka Tomac

p25, 26, 27: Srd je naš

LA SUCESIVA REVALUACIÓN DEBIDA AL RUMOR DE KINGSGATE CONTRA TAILANDIA SOBRE EL MEDIO LOCALES

KINGSGATE CONTRA TAILANDIA

En los arrozales de Tailandia, la población local acusó a una mina de oro de filtrar residuos tóxicos, lo cual causó graves problemas de salud y arruinó las cosechas. El Gobierno respondió suspendiendo el funcionamiento de la mina y, después, cesando la actividad de todas las minas de oro del país mientras elaboraba una nueva ley sobre explotación minera. Sin embargo, en lugar de que las comunidades afectadas reciban una indemnización por los daños causados, está sucediendo todo lo contrario. Desde 2017, el propietario australiano de la mina, Kingsgate, demanda a Tailandia y le exige una indemnización de millones de dólares en virtud de un tratado de libre comercio

Chatree fue la primera y más grande mina de oro de Tailandia, y el primer gran proyecto de la compañía minera australiana Kingsgate. La mina, que empezó a operar en 2001, está situada a unos 280 kilómetros al norte de Bangkok, en Phichit, un distrito predominantemente agrícola.

La compañía mantiene una disputa continua con ambientalistas y residentes de la zona, que afirman que se han visto afectados negativamente por la mina. En 2010, los habitantes llevaron a la empresa a los tribunales por no mitigar los daños y por obtener de manera ilegal los permisos de explotación. El tribunal dictaminó que la mina había violado las leyes de protección ambiental y ordenó a la compañía que presentara una evaluación de impacto ambiental sobre la salud.

Unos años después, en 2015, las actividades en la mina Kingsgate se suspendieron durante varios meses, en medio de continuas protestas ambientales y pruebas médicas que detectaron que cientos de personas que vivían cerca de la mina tenían unos altos niveles de sustancias tóxicas en la sangre. La propia empresa reconoció en sus informes los problemas con el polvo, el agua contaminada, el ruido y la gestión del cianuro, y algunos investigadores criticaron la "falta de una verdadera consulta con la comunidad".

CC

La población local se siente profundamente preocupada, y en algunos casos temerosa, por los impactos ambientales y de salud de la mina, ya sea por la contaminación del agua, el aire polvoriento o el ruido.

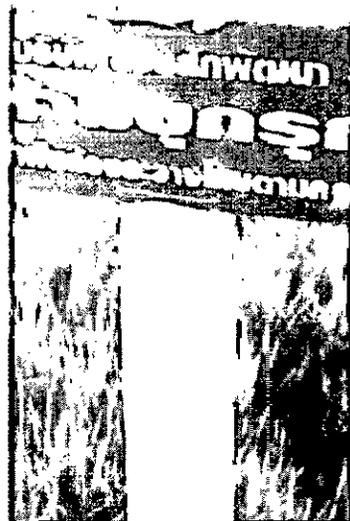
**NATTAVUD PIMPA Y TIMOTHY MOORE
INVESTIGADORES QUE HAN INVESTIGADO LA
MINA DE CHATREE**

Los acontecimientos en la mina de Kingsgate en Phichit también ocurrieron después de que estallara la violencia en otra controvertida mina del país, la mina de oro de Loei, cuando más de 300 hombres armados y enmascarados atacaron y golpearon a los aldeanos que estaban bloqueando el acceso a la mina. Estos problemas en el sector del oro llevaron a la junta militar que gobernaba el país a detener la actividad de todas las minas de oro en todo el territorio nacional en 2017, "debido a su impacto en la población local y el medio ambiente". Aunque los grupos de derechos humanos aplaudieron el cierre, la ley utilizada en el proceso también ha sido criticada, ya que faculta al primer ministro a dictar cualquier orden arbitrariamente, sin seguir procedimientos legales y democráticos.

La empresa minera australiana contraatacó amenazando con presentar una demanda de arbitraje internacional multimillonaria. Esta amenaza pareció dar sus frutos: en 2017, el Gobierno tailandés aceptó levantar la suspensión de la actividad de la mina, lo que, a su vez, provocó un fuerte aumento en el precio de las acciones de la compañía. Sin embargo, Kingsgate no ha reabierto la mina. En lugar de ello, ha demandado al Gobierno para que se le compense presentando un caso de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS) en el marco del tratado de libre comercio entre Tailandia y Australia, alegando expropiación y reclamando una indemnización por daños y perjuicios por una suma no revelada. Según los rumores en los medios de comunicación nacionales, la demanda en virtud del ISDS podría ascender a 900 millones de dólares, aunque el Gobierno lo ha negado.

¿Quién decide el impacto ambiental y humano de la minería?

Actualmente, el oro está valorado en más de 1000 dólares la onza" y, sin embargo, a pesar de las ganancias que puede generar esta industria, el sector de la minería aurífera no puede presumir de ninguna trayectoria brillante en lo que respecta a los derechos humanos y la protección del medio ambiente. El proceso utilizado para extraer este caro metal se basa en el cianuro, un producto



químico muy tóxico, y crea subproductos de metales pesados. Con el aumento de la producción y la demanda, el oro de fácil acceso se ha vuelto cada vez más escaso, y los residuos producidos por la minería se están incrementando.

Los efectos sobre la salud y el ambiente de la mina de Chatree son la clave de la disputa entre la compañía, el Gobierno y la población local. En 2015, el Instituto Central de Ciencias Forenses de Tailandia descubrió que 282 personas que vivían cerca de la mina tenían niveles excesivos de metales pesados en la sangre, lo que aumentaba el riesgo de padecer cáncer, anomalías en el ADN y defectos congénitos.¹² Un estudio independiente posterior, realizado en 2018 por un grupo académico, observó fugas de residuos tóxicos de la balsa de relaves de la mina. También detectó una resistencia eléctrica anómala, irregularidades geoquímicas y niveles de contaminación de metales pesados en las aguas superficiales, lo cual corrobora las acusaciones de contaminación de los arrozales por parte de la población local.¹³

“

Los impactos de la mina de oro son reales. Muchas personas ya han sentido los posibles efectos sobre la salud de la contaminación de la mina (...) Además, muchas personas han entablado demandas contra la mina.

**CHAINARONG SRETTACHAU
PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE MAHA SARAKHAM¹⁴**

Sin embargo, la compañía siempre ha negado cualquier prueba de daño ambiental. Kingsgate ha publicado varios elogiosos informes de responsabilidad social corporativa sobre la mina de Chatree,¹⁵ y ha utilizado varias tácticas para cuestionar la validez de las evaluaciones ambientales: en un primer lugar, puso en tela de juicio al equipo científico, después, la metodología y, por último, el vínculo entre la contaminación y la mina.¹⁶

Aunque las diferentes versiones de la realidad no son nada nuevo, la cuestión de quién decide qué supone un nivel nocivo de exposición a ciertas sustancias químicas es crucial. En este caso, en lugar de confiar en los institutos nacionales de investigación, en el principio de precaución o en el conocimiento de la comunidad local, la decisión dependerá de tres árbitros especializados en inversiones y de una estricta ley en la materia, y se tomará a través de un proceso a puerta cerrada. En esta etapa, no son públicos los detalles de la demanda ni cuánto o qué tipo de indemnización está reclamando la compañía. A pesar de ello, la decisión de los árbitros podría afectar a todo el país debido al precedente que establece en el campo de la regulación en Tailandia. Existe un gran riesgo de que la decisión del panel de arbitraje ignore todas las preocupaciones en materia ambiental y de derechos humanos, como ha ocurrido en muchos otros casos.

Un seguro contra riesgos políticos financia el caso en virtud del ISDS

La compañía minera Kingsgate y sus inversores, como la mayoría de las compañías multinacionales, tenían un 'seguro contra riesgos políticos' para sus actividades, que los cubría frente a pérdidas financieras en caso de guerra, expropiación y terrorismo. De hecho, Zurich Insurance y otras aseguradoras pagaron 58,5 millones de dólares a Kingsgate por su reclamación de seguro. Parte de ese dinero se utilizará para sufragar el arbitraje en virtud del ISDS contra Tailandia.¹⁷ (Para más información sobre estos acuerdos de financiación por terceros, véase el cuadro 12 en la página 64.)

Este caso al amparo del ISDS podría convertirse en la verdadera mina de oro para esta empresa en dificultades, ya que, en 2018, Kingsgate se enfrentó a una oferta de adquisición hostil de los inversores de Metal Tiger, debido a la mala gestión¹⁸ y al aumento de la deuda.¹⁸ Mientras el caso en virtud del ISDS sigue en curso, la empresa se niega a pagar por la rehabilitación de la mina, que sigue filtrando residuos tóxicos a las fuentes de agua en Phichit.¹⁹

“

Dos grandes preguntas que aún no se han respondido son: ¿Cómo se limpiará el medio ambiente? ¿Y cómo obtendrán ayuda los habitantes que han sufrido?

**THANYARAT SINDHORNTHAMMTHAT
VECINA DE UN PUEBLO EN EL DISTRITO
DE THAP KHLO, EN PHICHIT²⁰**

La población local no tiene acceso a seguros ni a la justicia en los tribunales australianos o internacionales. A pesar de ello, están intentando obtener algo de justicia a través de los tribunales nacionales: en 2018, los tribunales tailandeses accedieron a admitir una demanda colectiva de 6000 personas afectadas por la mina, que reclaman alrededor de 15,9 millones de dólares en concepto de indemnización.²²



Extracción de beneficios: cómo las empresas petroleras, minerías y de gas explotan el ISDS

CUADRO

6

Las empresas del sector de la minería, el petróleo y el gas son las principales usuarias del arbitraje entre inversores y Estados. Hasta finales de 2018, fueron las responsables del 24% de todas las demandas conocidas entre inversores y Estados (un total de 169 casos). El número de casos en el sector extractivo también está creciendo rápidamente en los últimos años, con 96 nuevos casos iniciados desde 2010.²³

Muchos de estos casos se dirigen contra los intentos de los Gobiernos de promulgar medidas de protección del ambiente y la salud en beneficio de su ciudadanía. Sorprendentemente, estos casos a menudo revierten los logros derivados de la resistencia de las comunidades afectadas frente a los proyectos de extracción de recursos. Según un estudio reciente de las demandas en virtud del ISDS relacionadas con la minería contra

los Estados de Latinoamérica, más de dos tercios cuestionaban "medidas por las que los pueblos indígenas y otras comunidades afectadas por la minería han luchado con fuerza para proteger su tierra, agua, ecosistemas frágiles y lugares sagrados de la minería y sus impactos negativos".²⁴ El ISDS representa un atentado más contra la ya débil protección jurídica de los derechos de estas comunidades.

66

La ciudadanía y las comunidades carecen de un contrapoder jurídico comparable a escala internacional para emprender acciones cuando las actividades de las compañías mineras violan los derechos humanos y ambientales.

MANUEL PEREZ-ROCHA Y JEN MOORE
INSTITUTE FOR POLICY STUDIES²⁵

[Empty box]

Referencias

- 1 Todas las referencias a dólares, salvo en caso de que se especifique lo contrario, aluden a dólares estadounidenses, USD.
- 2 AAP: Thai court rules on Australian gold miner, 28 de marzo de 2012.
- 3 Nattavud Pimpa et Timothy Moore: Kingsgate's Thai mine a lesson in failed community management, *The Conversation*, 26 de febrero de 2015.
- 4 *Ibidem*
- 5 Alisa Tang: Armed men attack Thai villagers to get to controversial goldmine, *Reuters*, 16 de mayo de 2014.
- 6 *Reuters*: Rights groups welcome order to shut Thailand gold mine, 14 de diciembre de 2016.
- 7 Commission internationale de juristes: Thailand ICJ alarmed at increasing use of arbitrary powers under Article 44, 11 de octubre de 2016.
- 8 Kingsgate: Update on Claim against Kingdom of Thailand, 18 7 de agosto de 2017.
- 9 Kingsgate: Commencement of arbitration against Thailand, 2 de noviembre de 2017.
- 10 Douglas Thomson: Thailand faces treaty claim over mining ban, *Global Arbitration Review*, 2 de noviembre de 2017.
- 11 Phil Car: Commodity Report Gold Price Forecast, *Fxstreet*, 28 de mayo de 2019.
- 12 Tanpist Lerdbarmungchai: People living near mines seek to get blood tests, *The Nation*, 17 de enero de 2015.
- 13 Bangkok Post: Study finds toxic leaks from Akara tailings pond, *Bangkok Post*, 22 de julio de 2018.
- 14 Pratch Rujivanarom: Gvt close to agreement to reopen gold mine, *The Nation*, 3 de septiembre de 2017.
- 15 Akara Mining Limited: Chatree mine Sustainability report 2012, Akara Mining Limited, 2012.
- 16 Pratch Rujivanarom: Environmental 'disaster' at Akara, *The Nation*, 25 de marzo de 2018.
- 17 InsuranceAsia News: Gold miner wins US\$58m Thailand political risk payout, 19 de marzo de 2019.
- 18 Mariaan Weeb: Kingsgate chair tears into Metal Tiger, *Mining Weekly*, 24 de noviembre de 2017.
- 19 Kingsgate Consolidated: Annual Financial Statements for the year ended 30 June 2018, 2018.
- 20 Bangkok Post: Study finds toxic leaks from Akara tailings pond, *Bangkok Post*, 22 de julio de 2018.
- 21 Apinya Wipataytin: Locals struggle to cope with gold mine impacts, *Bangkok Post*, 30 de mayo de 2016.
- 22 Pratch Rujivanarom: Akara faces Bt500m class-action lawsuit related to gold mine pollution, *The Nation*, 30 de marzo de 2018.
- 23 Manuel Perez-Rocha y Jen Moore: Mining Companies Use Excessive Legal Powers to Gamble with Latin American Lives, *Inequality.org*, 10 de mayo de 2019.
- 24 *Ibidem*
- 25 MiningWatch Canada, Institute for Policy Studies and CIEL: Extraction Casino. Mining companies gambling with Latin American lives and sovereignty through supranational arbitration, de mayo de 2019, 5.

Fotografías

p30 (segundo plano) Jason Carter, (primer plano) Suekanya Theerachartdumrong, Roengrit Kongmuang

p31 (arriba) Roengrit Kongmuang, (abajo) Francois Molle

p33 Roengrit Kongmuang

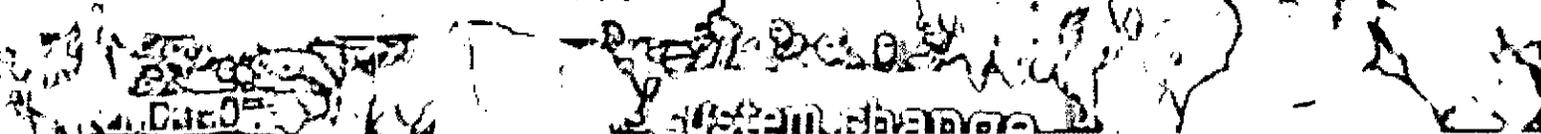
3.5

LA OBSTRUCCIÓN DE LEYES SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO CON AMENAZAS DE ISDS

VERMILION CONTRA FRANCIA

Quando Nicolas Hulot se convirtió en ministro de Medio Ambiente de Francia, en 2017, obtuvo no solo poder político, sino también respaldo público. Como renombrado ecologista, la ciudadanía francesa creía que podía convertirse en un adalid muy necesario a favor del clima, que podría dar seguimiento a las promesas del Acuerdo de París sobre el clima y cumplirlas. Pero esta ilusión se vio rápidamente truncada por un gran obstáculo: Francia es signataria de varios tratados de inversión, y las compañías de petróleo y gas están dispuestas a utilizar el mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS) que prevén esos tratados para oponerse a cualquier acción sobre el cambio climático.

BOUT ET DÉTERMINEZ POUR LE CLIMAT !





Se suponía que sería 'la' ley francesa sobre combustibles fósiles. En el verano de 2017, el ministro francés de Medio Ambiente sintió la presión de la crisis climática y la necesidad de emprender acciones urgentes. Elaboró una ley para poner fin a la extracción de combustibles fósiles en todo el territorio francés, incluidos los de ultramar, para 2040; después de ese año, no se extraería más petróleo ni gas de la tierra.¹ Francia estaba dando pasos para transformar las palabras del Acuerdo de París en una realidad.

CC

El primer borrador de la ley habría permitido una eliminación progresiva de la extracción de combustibles fósiles, ya que prohibía que se renovaran los permisos de explotación: algunos proyectos de petróleo y gas habrían finalizado ya en 2021, y solo algunos proyectos habrían seguido funcionando en 2030.

**JULIETTE RENAUD,
AMIGOS DE LA TIERRA FRANCIA²**

Pero Hulot no fue el único que trabajó duro durante el verano de 2017. La 'ley Hulot' — como se llamó más adelante— se sometió al examen del Consejo de Estado francés; un procedimiento para asegurar que la ley sea congruente con la Constitución francesa. Sin embargo, los bufetes de abogados privados que ganan dinero cuando los inversores demandan a los Estados al amparo del ISDS también estudiaron detenidamente la ley, pero desde una perspectiva muy diferente.

Daños corporativos o cambio climático: la decisión que deben tomar los políticos

En agosto de 2017, el Consejo de Estado recibió varias cartas de presión sobre la ley Hulot.³ Una de ellas provenía de un bufete de abogados privado, Piwnica et Molinié, en nombre de Vermilion, una compañía canadiense de petróleo y gas. Con 26 centros de extracción de combustibles fósiles en Francia —incluidos muchos proyectos petroleros en la región de París—,⁴ Vermilion es el productor de combustibles fósiles más importante en territorio francés y produce casi el 75 % del petróleo nacional. La empresa y sus abogados amenazaron con demandar a Francia en el marco del ISDS si seguía adelante con la ley Hulot.

La carta argumentaba que la propuesta de Hulot de prohibir que se renovaran los permisos de explotación petrolera violaba el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), un acuerdo internacional de la década de 1990 que prevé unos derechos de gran alcance para los inversores extranjeros (para más información, véase el cuadro 11 en la página 58). También aduce explícitamente que la ley Hulot contraviene los compromisos internacionales de Francia en el marco del TCE, y alude a seis derechos dispuestos en este, como el "trato justo y equitativo de los inversores" o el hecho de que los signatarios "no pueden expropiar inversiones sin respetar ciertas condiciones, como el pronto pago de una indemnización adecuada y efectiva".⁵

Los abogados de Vermilion sabían que una amenaza de una demanda multimillonaria en virtud del ISDS no se podía ignorar. Como escribió el periodista Chris Hamby, ganador del premio Pulitzer, después de investigar sobre el tema durante 18 meses: "El ISDS es un sistema tan sesgado e impredecible, y las multas que los árbitros pueden imponer son tan desastrosamente astronómicas, que someterse a las demandas de una empresa, por muy extremas que resulten, puede parecer una elección prudente".⁶ Y, de hecho, el Gobierno francés parece haber cedido, aun a su pesar, a las demandas de las grandes petroleras.

CC

Los Gobiernos no podrán regular en pro del interés público de manera oportuna y eficaz debido a las preocupaciones que genera el ISDS.

**KYLA TIENHAARA,
UNIVERSIDAD DE QUEEN'S, CANADA⁷**

La ley concebida para limitar los combustibles fósiles termina por facilitar su expansión

Después de las vacaciones de verano, tanto un Hulut renovado como una ley Hulut transformada, regresaron para el debate. La versión de septiembre de 2017 permitía que se renovaran los permisos de explotación petrolera hasta 2040, lo que significaba que todos los proyectos de exploración y explotación en curso seguirían funcionando sin restricciones durante más de 20 años. En determinadas condiciones, la versión final de la ley incluso permitía renovar los permisos de explotación después de la fecha límite de 2040. Por lo tanto, la nueva ley tendría el efecto contrario a su objetivo original. Y lo que es peor: tras la aprobación de la nueva ley,⁸ Hulut firmó más permisos para combustibles fósiles que su predecesor en el Ministerio de Medio Ambiente.⁹

Nadie sabrá nunca con exactitud el grado de influencia que tuvo la amenaza del ISDS a la hora de despojar a la ley Hulut de todas sus ambiciosas medidas. Vermilion no fue la única empresa que participó en este asunto y otras grandes empresas desplegaron una importante actividad de cabildeo con el objetivo de desleír el reglamento. Sin embargo, la ambición del tan respetado ministro de Medio Ambiente francés se vio claramente aniquilada por unos intereses empresariales muy bien dotados de recursos, que utilizaron el ISDS como una potente arma secreta contra un objetivo urgente y popular: la lucha contra el cambio climático. Un año después de la versión de septiembre de 2017 de su ley de combustibles fósiles, Hulut dimitió. En su entrevista de dimisión, declaró que los grupos de presión corporativos ejercían demasiada influencia en la formulación de políticas ambientales.¹⁰

“ Los casos en virtud del ISDS pueden tener un ‘efecto desincentivador’ en la aplicación de las estrictas regulaciones climáticas que se necesitan para cumplir con un pacto con miras a frenar el calentamiento global.

JOSEPH STIGLITZ,
ECONOMISTA GANADOR DEL PREMIO NOBEL ¹¹

C. JACIRO

7

Enfriamiento regulatorio: la amenaza secreta que puede hacer que los Gobiernos cedan a las demandas corporativas

Debido a los altos riesgos financieros y los costos judiciales que deben asumir los Estados en los procedimientos al amparo del ISDS, las cartas de los inversores amenazando con una posible demanda representan herramientas políticas muy poderosas. Los abogados de las empresas suelen presumir de cómo se utilizan las “amenazas de demanda que nunca llegan a arbitraje” con el fin de “conseguir que las cosas se hagan con discreción”.¹²

“

En muchas ocasiones, si mi oficina valoraba que perderíamos el caso, nuestra decisión cambiaba la posición del Ministerio.

EXFUNCIONARIO DE LA OFICINA DEL GOBIERNO CENTRAL DE PERÚ QUE DEFENDIÓ CONTROVERSIAS EN VIRTUD DEL ISDS¹³

El ISDS actúa como una potente herramienta para lograr un “enfriamiento regulatorio”, es decir, aplazar, modificar o impedir nuevas leyes. Por ejemplo, ante la amenaza de una demanda al amparo del ISDS del gigante tabacalero Philip Morris, Togo abandonó su propuesta legislativa sobre salud y tabaco.¹⁴ Mientras Philip Morris mantenía un caso en virtud del ISDS contra Uruguay, por unas advertencias relacionadas con la salud en las cajetillas de cigarrillos, logró impedir que se adoptaran medidas parecidas para el control del tabaco en Costa Rica, Paraguay y Nueva Zelanda, entre otros países.¹⁵

“

La mera existencia del ISDS es importante, ya que tiene un efecto disuasorio.

VICEPRESIDENTE DE CHEVRON¹⁶

Referencias

- 1 Amigos de la Tierra Francia: "Mettre fin aux énergies fossiles"? Décryptage de la loi Hulot, 11 de septiembre de 2017.
- 2 Correspondencia electrónica entre las autoras y Juliette Renaud, mayo de 2019.
- 3 Amigos de la Tierra Francia: Réponse du Conseil d'Etat à la demande d'accès aux documents sur la loi Hulot, 19 de julio de 2018.
- 4 Ministerio para la Transición Ecológica y Solidaria de Francia: Situation des titres miniers H, 1 de abril de 2019.
- 5 Amigos de la Tierra Francia: Réponse du Conseil d'Etat à la demande officielle de documents, 19 de julio de 2019, 11-12. Original en francés, traducido por las autoras.
- 6 Chris Hamby: The Secret Threat That Makes Corporations More Powerful Than Countries, BuzzFeed, 30 de agosto de 2016.
- 7 Kyla Tienhaara: Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement, Transnational Environmental Law, 7:2, julio de 2018.
- 8 Legifrance: Loi n° 2017-1839 du 30 décembre 2017 mettant fin à la recherche ainsi qu'à l'exploitation des hydrocarbures et portant diverses dispositions relatives à l'énergie et à l'environnement.
- 9 Amigos de la Tierra Francia: Premier bilan de l'application de la loi «Hulot» sur les hydrocarbures, 2 de abril de 2019.
- 10 BBC News: French minister Nicolas Hulot resigns on live radio in frustration, 28 de agosto de 2018.
- 11 Sebastien Malo INTERVIEW-U.N. reform needed to stop companies fighting climate rules – Nobel laureate Stiglitz, Thomson Reuters Foundation News, 29 de mayo de 2019.
- 12 Chris Hamby: The Secret Threat That Makes Corporations More Powerful Than Countries, BuzzFeed, 30 de agosto de 2016.
- 13 Conversación en un acto paralelo en la CNUDMI, Nueva York, 1 de abril de 2019.
- 14 Envoyé Spécial: Multinationale contre Etat: la loi du plus fort, 16 de noviembre de 2017.
- 15 The Guardian: Who really won the legal battle between Philip Morris and Uruguay?, 28 de julio de 2016.
- 16 Informe interno de la Comisión Europea relativo a una reunión con Chevron sobre el mecanismo ISDS en el TTIP, fechado el 29 de abril de 2014. Obtenido mediante una solicitud de documentación en el marco de la normativa de acceso a la información de la UE. En los archivos de las autoras.

Fotografías

p35 (segundo plano) Anita Starzycka, (primer plano) 350org

p36 Paris Light Brigade

3.6

EL MENOSCABO DEL DERECHO INDÍGENA A LA TIERRA Y LA PERPETUACIÓN DE LOS AGRAVIOS COLONIALES

**BORDER TIMBERS Y VON PEZOLD
CONTRA ZIMBABWE**

En las tierras altas orientales de Zimbabwé, miles de familias indígenas corren el riesgo inminente de ser desalojadas por la fuerza de sus tierras ancestrales, que llevan siglos cultivando. Dando muestra de un desprecio flagrante de los derechos de los pueblos indígenas en virtud del derecho internacional, tres árbitros especializados en inversiones han ordenado a Zimbabwé que 'restituya' sus tierras a inversores austriaco-suizo-alemanes que explotan grandes plantaciones madereras en la zona, y que habían sido parcialmente confiscadas en el marco del programa de reforma agraria del país. El tribunal se negó con desdén incluso a escuchar a las comunidades que se verían desplazadas, una vez más, como consecuencia de su decisión.





La región sudoriental de Chimanimani es una zona montañosa en la que los medios de vida de los habitantes han dependido tradicionalmente de la plantación de pequeños campos y de la cría de vacas y cabras. Pero después de la colonización británica en la década de 1890, las zonas más fértiles fueron ocupadas por colonos blancos, lo que obligó a la población local a trasladarse más arriba, hacia las colinas, y a tierras menos accesibles y productivas. Sin embargo, para honrar las tumbas de sus antepasados y otros lugares sagrados, algunos habitantes no se desplazaron y permanecieron allí, cultivando campos en zonas restringidas, a menudo a cambio de una forma de trabajo esclavo conocido como 'vhicki' (o 'chibharo') para los nuevos propietarios de la tierra.

CC

La mayor parte de esta zona nos la arrebataron los colonos blancos (...) Destruyeron nuestros hogares y (...) tuvimos que vivir en recintos en nuestro propio territorio, como poco más que esclavos para los colonos blancos.

**CHADWORTH RINGISAI CHIKUKWA,
DIFUNTO JEFE DEL PUEBLO CHIKUKWA**

Después de la independencia de Zimbabue, en 1980, muchas familias desposeídas regresaron a su tierra natal. Sin embargo, sus territorios tradicionales estaban controlados por Border Timbers Limited (BTL), empresa sucesora de la Compañía Británica de Sudáfrica, que dirigió la conquista imperial bajo el mandato de la Corona Británica.

En la década de 2000, como parte de las muy necesarias reformas agrarias en un país donde un pequeño grupo de agricultores blancos poseía casi todas las tierras, los retornados propusieron negociaciones para crear un sistema de 'gestión forestal conjunta', por el que habrían recuperado el acceso a la

tierra, mientras que BTL habría mantenido su actividad y un porcentaje justo de los ingresos se habría destinado a la comunidad local. Pero Heinrich von Pezold, un terrateniente austriaco-suizo-alemán y por entonces propietario mayoritario de BTL, rechazó el plan con un categórico "no cederemos ni un ápice". Mientras que el tamaño promedio de una finca en Europa es de 16 hectáreas, y en los Estados Unidos, de 179 hectáreas, la familia Pezold 'poseía' en aquel momento por lo menos 78 000 hectáreas,¹ una superficie que equivale aproximadamente a la ciudad de Nueva York.

Desalojos forzados, acoso y violencia

BTL y von Pezold iniciaron un alud de juicios y de actos de acoso y violencia, y desalojaron por la fuerza a numerosas familias. En enero de 2013 tuvo lugar un desalojo especialmente brutal, cuando los guardias de seguridad de BTL incendiaron más de un centenar de hogares de la comunidad de Maguta-Gadyadza y tres niños murieron por estar expuestos a la lluvia y el frío. El antiguo jefe del clan, Thomas Masengedzero Gadyadza, recuerda: "Usaron sopletes para prender fuego a mi casa (...) No pude salvar ninguna de mis pertenencias. Mi esposa y yo corrimos hacia el bosque y mis dos hijos (...) corrimos al bosque, desde donde vimos cómo ardía nuestra casa. Se oía mucho ruido. Estábamos aterrados".

66

Fuimos desposeídos de nuestras tierras y territorios por motivos raciales, y fuimos tratados —y en muchos sentidos, aún lo somos— como una especie infrahumana por los mismos blancos que han hecho abiertamente todo lo posible por destruir nuestra cultura, nuestra historia y nuestra capacidad de obtener unos medios de vida decentes de nuestra propia tierra, nuestro propio trabajo y nuestros propios recursos naturales.

PHINEAS ZAMANI NGORIMA, JEFE INTERINO DEL PUEBLO NGORIMA⁶

Arbitraje de inversiones neocolonial

En 2010, BTL y la familia von Pezold demandaron a Zimbabwe en virtud de los tratados de inversión del país con Alemania y Suiza.⁷ En concreto, objetaban a las medidas adoptadas por el Gobierno en el marco del programa de reforma agraria del país después de 2000, como la expropiación de algunas de las propiedades de los inversores en 2005, la violencia que se produjo en aquel momento y la supuesta incapacidad del Gobierno para proteger a la familia von Pezold de los colonos en sus plantaciones.⁸

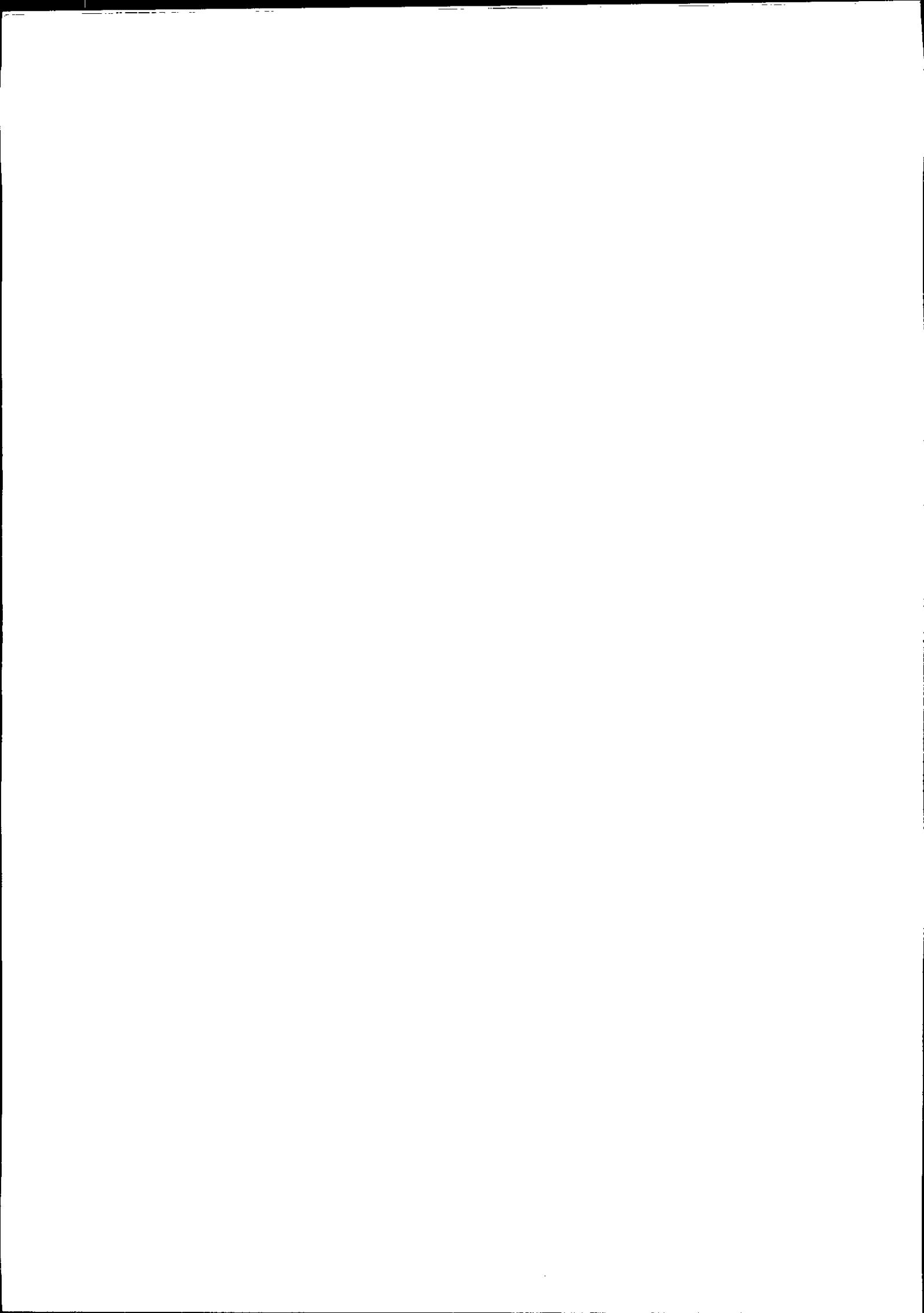
Zimbabwe perdió ambas controversias en 2015. Los tres árbitros que resolvieron ambos casos condenaron al país a devolver las tierras a los von Pezold y a expulsar por la fuerza a las comunidades asentadas, a las que se refirieron de manera sistemática en el laudo como “invasores”. Además, condenaron a Zimbabwe a pagar 65 millones de dólares, más intereses, en concepto de indemnización (o la enorme suma de 196 millones de dólares en caso de que no se produjera la restitución).⁹ El Estado impugnó ambos laudos (algo que se permite por motivos jurídicos muy limitados), pero volvió a perder en noviembre de 2018.¹⁰ Como en la época colonial, el tribunal del siglo XXI siguió la lógica imperial de “quienquiera que posea la tierra, no son los nativos”.¹¹

Como ha observado el investigador independiente Ciaran Cross, el tribunal del ISDS, con un planteamiento que se asemeja de manera inquietante a la época colonial, “ha emplazado efectivamente a ambas partes (soberanas y corporativas), una vez más, a que faciliten la invasión de las tierras de las comunidades indígenas —a que quemem sus cultivos y hogares, y las desalojen por la fuerza, si es necesario— en nombre del capital blanco europeo”.¹²

66 **BTL está intentando desalojar al pueblo chinyai de tierras y territorios que son nuestros por derecho histórico, que BTL o sus predecesores, la Compañía Británica de Sudáfrica, obtuvieron de manera fraudulenta y violenta, sin nuestro acuerdo, sin compensación, con violencia y de forma ilegal.**

JOHN SITHOLE NGEZIMANA CHINYAI, ANCIANO DEL PUEBLO CHINYAI¹³





Acaparamiento de tierras a través de demandas entre inversores y Estados

CUADRO

8

A medida que crece a escala global la presión sobre la tierra en un mundo cada vez más afectado por el cambio climático, en los últimos años se han presentado más demandas entre inversores y Estados vinculadas con inversiones agrícolas. Desde 2004, se ha presentado al menos una demanda de este tipo cada año, y solo en 2018, se iniciaron seis casos.¹⁴

Muchas controversias entre inversores y Estados relacionadas con la tierra cuestionan las medidas de los Gobiernos que responden a la oposición popular frente a proyectos agrícolas.¹⁵ Un ejemplo es el caso del inversor sueco Agro EcoEnergy, que ha demandado a Tanzania por revocar un título de propiedad de una plantación de azúcar. La revocación llegó después de que se acusara a la empresa de haber acaparado las tierras porque no había obtenido el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas que vivían allí.¹⁶

Investigadores han advertido de que estas demandas entre inversores y Estados podrían socavar los enfoques de gobernanza de

la tierra fundamentados en los derechos humanos y obstaculizar la necesaria distribución y restitución de la tierra. En el marco de los tratados de inversión, las soluciones de indemnización se basan en el precio vigente de mercado de la tierra (aunque en la época colonial se haya adquirido a un precio muy inferior al precio íntegro de mercado) y, a menudo, prevén una compensación por los beneficios previstos en el futuro. Estos elevados niveles de indemnización, que superan lo que exige la legislación nacional, pueden hacer que las reformas agrarias de interés público y las medidas para hacer frente al acaparamiento de tierras resulten demasiado costosas para los Gobiernos.¹⁷

“ Al incrementar el coste de la redistribución, la restitución o la reforma de la tenencia de la tierra, o de las actuaciones públicas para abordar el ‘acaparamiento de tierras’, los tratados de inversión podrían entrar en conflicto con las políticas progresistas en materia de tierras.

LORENZO COTULA, INSTITUTO INTERNACIONAL PARA EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO (IIED)¹⁸

Referencias

- 1 Makomo e Chimanimani Community Trust: Indigenous Communities in Chimanimani, Zimbabwe, under threat; borrador sin publicar, 26 de marzo de 2018, 2. En los archivos de las autoras.
- 2 Declaración jurada del entonces jefe Chadworth Ringisai Chikukwa, 30 de mayo de 2010, párr. 8. En los archivos de las autoras.
- 3 Makomo e Chimanimani Community Trust: Indigenous Communities in Chimanimani, Zimbabwe, under threat; borrador sin publicar, 26 de marzo de 2018, 52. En los archivos de las autoras.
- 4 Eurostat: Farm structure statistics, mayo de 2019 (consultado el 12 de mayo de 2019); Statista, Average farm size in the United States from 2000 to 2018, 2019 (consultado el 12 de mayo de 2019). El laudo arbitral en el caso von Pezold menciona tres propiedades, con una superficie total de 78 275 hectáreas: Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe, Award, 28 de julio de 2015, 45-47.
- 5 Declaración jurada del jefe Thomas Masengedzero Gadyadza, enero de 2015, párrs. 62-63. En los archivos de las autoras.
- 6 Declaración jurada del entonces jefe interino Phineas Zamani Ngorima, 22 de septiembre de 2009, párr. 85g. En los archivos de las autoras.
- 7 Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe, Caso CIADI No. ARB/10/15; Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe, Caso CIADI No. ARB/10/25.
- 8 Los argumentos de los inversores se resumen en el laudo: Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe, Award, 28 de julio de 2015. Para un buen resumen de las reclamaciones de los inversores y del laudo, véase: Jacob Greenberg: ICSID tribunal orders Zimbabwe to return expropriated farms, Investment Treaty News, 16 de mayo de 2016. El laudo del caso Border Timbers Limited no se ha publicado.
- 9 Ibidem. Todas las referencias a dólares, salvo en caso de que se especifique lo contrario, aluden a dólares estadounidenses, USD.
- 10 Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe, Decision on annulment, 21 de noviembre de 2018.
- 11 Ciaran Cross: "Whoever owns the land, the natives do not": In Re Southern Rhodesia, Critical Legal Thinking, 26 de julio de 2018.
- 12 Ciaran Cross: Invasions in International Investment Law: Re-examining Property Rights, Race and Redistribution, abril de 2018, borrador sin publicar, 10.
- 13 Declaración jurada de John Sithole Ngezimana Chinyai, 16 de mayo de 2007, párr. 42. En los archivos de las autoras.
- 14 Correspondencia por correo electrónico con Rob Sacco, del Centro de Aprendizaje de la Unión de Nyahode, en Chimanimani, 1 de junio de 2019.
- 15 Citado en: Makomo e Chimanimani Community Trust: Indigenous Communities in Chimanimani, Zimbabwe, under threat; borrador sin publicar, 26 de marzo de 2018, 54. En los archivos de las autoras.
- 16 ECCHR, Human Rights inapplicable in International Investment Arbitration? A commentary on the non-admission of ECCHR and Indigenous Communities as Amici Curiae before the ICSID tribunal, julio de 2012, 8.
- 17 Ibidem, 6-7.
- 18 Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas: Informe al Consejo de Derechos Humanos acerca de las repercusiones sobre los derechos de los pueblos indígenas de los acuerdos internacionales de inversión, 11 de agosto de 2016, párr. 66.
- 19 Ibidem, párr. 55.
- 20 Ibidem, párr. 35.
- 21 CCSI, IIED e IISD: Agricultural Investments under International Investment Law, octubre de 2018, 4. Investigación adicional sobre los casos presentados en 2018 a través de las bases de datos de UNCTAD y CIADI.
- 22 Ibidem, 4, 11.
- 23 Para más información, véase: War on Want: Agro EcoEnergy v Tanzania, enero de 2019.
- 24 Lorenzo Cotula: Land rights and investment treaties. Exploring the interface, 2015.
- 25 Ibidem, 4.

Fotografías

p39 (primer plano) Ciaran Cross, (segundo plano) CELUCT

p40 (arriba) Zimbabwe, (abajo) David Wright

p41 Time to Climb

p42 Zimbabwe

3.7

CUANDO LOS ÁRBITROS RECOMPENSAN LAS VULNERACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS POR PARTE DE LAS CORPORACIONES

COPPER MESA CONTRA ECUADOR



Un proyecto minero mal concebido en una de las zonas con más biodiversidad del mundo. Un inversor canadiense que se dedicó a practicar la intimidación y la violencia contra la población indígena local. Una comunidad que se opuso con firmeza a la actividad minera para salvar sus bosques, fuentes de agua y medios de vida. Esta es la historia de una iniciativa minera que nunca debería haber existido. Sin embargo, después de la demanda presentada por un inversor, tres árbitros decidieron que la culpa del fracaso del proyecto debía recaer en el Gobierno, no en la empresa. A pesar de reconocer las numerosas irregularidades de la empresa, los árbitros indemnizaron al inversor con 24 millones de dólares.

Intag, una región en Ecuador que forma parte del cinturón del bosque nublado andino, es tan diversa biológicamente (al ser hogar de animales como jaguares, osos de anteojos y monos araña)² que fue clasificada como una de las 36 zonas críticas de biodiversidad reconocidas en todo el mundo.³ Pero en esta zona, muy por debajo de las montañas, también hay grandes yacimientos de cobre, que es “el tercer metal industrial más consumido del mundo”.⁴

En 2014, Ascendant Copper (más tarde renombrada como Copper Mesa, el nombre que utilizamos en este informe) adquirió los derechos de concesión a través de una dudosa licitación⁵ para una mina de cobre a cielo abierto en Junín, un pueblo de Intag.⁶

25 años de resistencia a la minería

Las comunidades de Intag han liderado, desde mediados de la década de 1990, una de las campañas de resistencia contra la minería más exitosas de América Latina. Para ellos, la minería suponía el riesgo de deforestación masiva, contaminación de ríos y fuentes de agua, impacto sobre especies en peligro de extinción y amenazas a los medios de vida locales.⁷

“La minería los ha dejado más pobres, más humillados [a las personas que viven cerca las minas en Perú]. Eso no va pasar en Intag.

POLIVIO PÉREZ, DIRIGENTE CAMPESINO DE LA ZONA DE INTAG DESPUÉS DE VISITAR VARIAS MINAS EN PERÚ⁸



Quando Copper Mesa entró en Intag, en 2004, ni siquiera intentó consultar a las comunidades y obtener su consentimiento,⁹ un requisito jurídico básico para las compañías mineras.¹⁰ La población¹¹ y las autoridades locales¹² de Intag estaban resueltas a oponerse a este nuevo megaproyecto minero. No sería la primera vez. En 1995, ya habían ahuyentado un proyecto minero para la explotación de cobre de la empresa japonesa Bishimeta's,¹³ después de que varias evaluaciones de impacto ambiental hubieran confirmado que la actividad minera en Intag provocaría la pérdida de medios de vida y el deterioro del medio ambiente.¹⁴

“

La mina a cielo abierto en Intag destruiría lo que hace que la región sea atractiva, y desanima la inversión a largo plazo (...) Desarrollo no debe venir a expensas de los fundamentos: agua limpia, un ambiente incontaminado (...) y el respeto por la gente y su decisión.

DECOIN, UNA ORGANIZACIÓN AMBIENTAL DE BASE EN INTAG¹⁵

Amenazas e intimidación a las comunidades locales

Como Copper Mesa sabía que no conseguiría la aprobación de las comunidades locales, recurrió a la fuerza y la intimidación. La empresa presentó demandas y denuncias penales contra quienes se oponían a la minería, entre las cuales una demanda por un millón de dólares contra el diario comunitario local. Paramilitares contratados por la empresa agredieron físicamente a personas, incluidos niños, y abrieron fuego contra integrantes de la comunidad que bloqueaban el acceso a las concesiones mineras de la empresa.

CC

Un inversor extranjero (...) no debería recurrir a la práctica de contratar y utilizar hombres armados, disparar armas y rociar a civiles con gas pimienta, no como un incidente fortuito o aislado, sino como parte de planes premeditados, encubiertos y bien financiados para tomarse la justicia por la mano. Sin embargo, eso es lo que sucedió.

ÁRBITROS EN EL CASO DE COPPER MESA CONTRA ECUADOR

La concesión de Copper Mesa se revoca

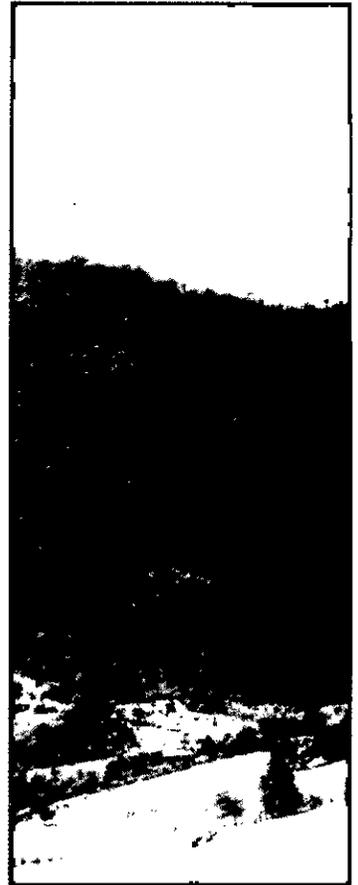
En 2007, tras la llegada al poder del presidente Rafael Correa, a pesar del apoyo de su nuevo Gobierno a la minería, las autoridades ordenaron a Copper Mesa que suspendiera sus actividades debido a que la compañía no obtuvo la aprobación del Ministerio de Minas para su estudio de impacto ambiental y para abrir consultas con las comunidades locales afectadas. Según las leyes sobre minería de 2008-2009, esos delitos constituían motivos suficientes para revocar una concesión, por lo que las licencias de Copper Mesa se anularon en 2008. La compañía presentó un recurso ante la Corte Constitucional, pero fue desestimado.

Los árbitros al rescate

Pero la historia no termina aquí. El mecanismo de arbitraje de inversiones previsto en el tratado bilateral de inversión entre Canadá y Ecuador ayudó a Copper Mesa a evitar toda responsabilidad financiera por sus propios errores en este proyecto. En 2011, la compañía demandó a Ecuador⁴ ante un tribunal internacional por 70 millones de dólares (incluidos los beneficios previstos en el futuro), a pesar de que Copper Mesa solo había gastado 28 millones de dólares en el proyecto.⁵ La compañía argumentó que Ecuador había expropiado ilegalmente su inversión, y que los cambios introducidos en las leyes mineras habían vulnerado su expectativa legítima a un marco jurídico estable.

Finalmente, los árbitros se pusieron del lado de la empresa y condenaron a Ecuador a pagar 24 millones de dólares. Una tercera parte, cuya identidad no se ha revelado, se embolsó una parte del laudo.⁶ Ecuador también tuvo que pagar 6 millones de dólares por honorarios de defensa jurídica y costes de arbitraje.

Los árbitros del caso determinaron que Copper Mesa había incurrido en "una intensificación imprudente de la violencia (...) en especial con el empleo de hombres armados uniformados y organizados que



utilizaron botes de gas lacrimógeno y dispararon contra aldeanos y funcionarios locales".²⁶ Sin embargo, culparon de estas acciones a los representantes locales de la compañía y resolvieron que el personal directivo en Canadá solo mostró una actitud negligente.²⁶ En lugar de desestimar el caso como resultado de esta constatación, se limitaron a rebajar la indemnización en un 30 %.

Entre todas las interpretaciones del tribunal a favor del inversor, es decir, de Copper Mesa, una pone especialmente de manifiesto el sesgo del sistema ISDS en pro de las empresas: que los árbitros sentenciaran que el Gobierno ecuatoriano no hizo lo suficiente para ayudar a la compañía a lidiar con los manifestantes. Al parecer, en el mundo al revés del arbitraje, durante la protesta, el Gobierno debería haber tomado partido por la empresa en contra de su propia ciudadanía, a pesar del hecho de que los Estados están obligados, en virtud del derecho internacional, a proteger los derechos humanos de sus ciudadanos y ciudadanas. Como el Gobierno no apoyó a la empresa, los árbitros concluyeron que no había proporcionado "protección y seguridad plenas" al inversor y lo había tratado "de forma justa y equitativa", por lo que había violado dos disposiciones fundamentales del tratado de inversión entre Canadá y Ecuador.²⁷

66

[El Gobierno] debería haber emprendido alguna acción para ayudar al Demandante a completar sus consultas [con la comunidad] y (...) la evaluación de impacto ambiental (...) En opinión del Tribunal, no podía no hacer nada.

ÁRBITROS EN EL CASO DE COPPER MESA CONTRA ECUADOR²⁸



La asimetría en el acceso a la justicia

Mientras que los árbitros especializados en inversiones concedieron a Copper Mesa una generosa recompensa, los tribunales canadienses desestimaron una demanda presentada por tres ciudadanos ecuatorianos. Estos ciudadanos, habitantes de una aldea de la zona, demandaron a los directores de la compañía Copper Mesa y a la Bolsa de Valores de Toronto (TSX) por no haber actuado para impedir el ataque armado perpetrado por los guardias de seguridad privados de Copper Mesa (en su mayoría exmilitares) contra hombres, mujeres y niños y niñas de Junín. En la demanda se presentaron pruebas de que se había advertido a los ejecutivos de la compañía y a la TSX sobre el ataque y la posibilidad de nuevos ataques.²⁹ Sin embargo, finalmente, la violencia de Copper Mesa quedó impune, poniendo al descubierto, una vez más, la asimetría en el acceso a la justicia entre las corporaciones y las comunidades afectadas.

Lo más alarmante es que los ataques violentos contra las comunidades que defienden su medio ambiente local han ido en aumento en los últimos años. Según un titular del diario *The Guardian* sobre este fenómeno, "quienes defienden el medio ambiente [están] sufriendo un número de asesinatos sin precedentes en todo el mundo".³⁰ Este mismo diario informa de que, entre 2017 y 2018, se registró el asesinato de 290 activistas.³¹ La resistencia a la minería, junto con el petróleo, es la actividad más peligrosa para los defensores del medio ambiente.³² Así pues, este caso ilustra cómo el ISDS podría "exacerbar la represión y criminalización a la que se enfrentan los defensores y las defensoras de los derechos humanos".³³ Cuando los Estados deben elegir entre pagar millones a empresas multinacionales o proteger los derechos de su ciudadanía, puede que se lo piensen dos veces si desean ponerse del lado de su pueblo, teniendo en cuenta los importantes riesgos financieros que ello conlleva. Los árbitros, por su lado, están animando claramente a los Gobiernos a dejar que las compañías mineras actúen sin límite alguno.

La mafia del arbitraje

Muchos de los abogados privados que resolverán las controversias entre inversores y Estados que se presentan en este informe —los árbitros— forman parte de un pequeño grupo de abogados comerciales conocido como la “mafia interna” del arbitraje de inversiones. Varios de ellos son conocidos por establecer interpretaciones de la ley favorables a los inversores y combinan su papel de árbitros con otras funciones, ejerciendo como académicos, formando parte de delegaciones gubernamentales o representando a las partes en conflicto en demandas de inversión en calidad de asesores, con lo que se abre una caja de Pandora de posibles conflictos de interés.¹

Por ejemplo:

- La abogada suiza Gabrielle Kaufmann-Kohler está considerada como la árbitra especializada en inversiones más poderosa del mundo.² Según un estudio de los laudos conocidos en el marco del SDS hasta 2010, es también una de las árbitras más favorables a los inversores y tiende a plantear interpretaciones amplias (léase: favorables a los inversores) de las disposiciones formuladas con ambigüedad del derecho en materia de inversiones.³ Ha formado parte del consejo de administración de empresas como el banco suizo UBS y ha sido blanco reiterado de acusaciones de conflictos de interés.⁴ Kaufmann-Kohler preside el tribunal que resolverá el caso de *Elitech/Razvoji Golf* contra Croacia (véase el capítulo 3.3).
- A la vez que ejerce su función de árbitro, el abogado español Bernardo M. Cremades también ha actuado como abogado en controversias relativas a inversiones.⁵ Este doble papel plantea numerosos conflictos de interés, por ejemplo, cuando Cremades debe decidir sin prejuicios sobre una cuestión que también figura en otro caso en el que su bufete representa al inversor demandante. También se encuentra entre los árbitros de inversión más influyentes del mundo⁶ y ha sido identificado como uno de los más favorables a las empresas.⁷ Fue el árbitro designado por los inversores en el caso de *Copper Mesa* contra Ecuador.
- Si un médico tiene el patrocinio de grandes compañías farmacéuticas, es probable que nos planteemos si el medicamento que nos receta es el mejor para nuestra salud; si un funcionario público recibe dinero de un miembro de un grupo de presión, podríamos preguntarnos si las políticas que promueve son de interés público. En la misma línea, si la principal fuente de ingresos y oportunidades profesionales de un árbitro depende de que las empresas demanden a los Estados, deberíamos cuestionar la imparcialidad de sus sentencias.
- El canadiense Yves Fortter también está considerado como un “agente de poder” del SDS⁸ y es conocido por sus interpretaciones jurídicas propicias a los inversores.⁹ Su interés profesional y personal en el SDS se puso notablemente de manifiesto con los arbitrajes del caso *Yukos*, en que facturó por sus servicios la astronómica suma de 1,7 millones de euros.¹⁰ También ha sido miembro de consejos de administración de empresas, como *Alcan Inc.* y *Rio Tinto*.¹¹ En los casos de *Border Timbers* y *von Pezold* contra Zimbabue, Fortter ejerció como presidente del tribunal (véase el capítulo 3.6).

Referencias

- 1 Todas las referencias a dólares, salvo en caso de que se especifique lo contrario, aluden a dólares estadounidenses, USD.
- 2 Barbara Rose Johnston, Lisa Hiwasaki, et al.: *Water, Cultural Diversity, and Global Environmental Change: Emerging Trends, Sustainable Futures?*, Springer Science & Business Media, 2012, 449.
- 3 Conservación Internacional: *Biodiversity hotspots defined*, 2019 y *NatureServe y EcoDecisión: Tropical Andes Biodiversity Hotspot*, marzo de 2015.
- 4 Stephanie Pappas: *Facts About Copper*, Live Science, 12 de septiembre de 2018.
- 5 El procedimiento por el que se otorgaron las licencias de explotación minera se ha presentado como “un típico caso de fraude en la licitación”. Roque Bustamante, abogado de Copper Mesa y expresidente de la Cámara de Minería de Ecuador, fue acusado de adquirir los títulos a precio de saldo a través de una dudosa licitación. Bustamante adquirió los títulos de la mina en Junín en 2002 por solo 18 000 dólares. La ley de aquel momento disponía que si se presentaban de manera simultánea varias solicitudes para la misma licencia de explotación minera, se debía organizar una licitación en un plazo de 48 horas. En tal caso, ningún tercero interesado, como las comunidades locales, tendría tiempo para presentar objeciones. Cuando Bustamante presentó su solicitud, se presentaron, simultáneamente, otras dos solicitudes de concesión para la misma zona. Sin embargo, cuando llegó el momento de presentar las ofertas, un mes más tarde, la de Bustamante fue la única. *Copper Mesa Mining Corporation v. The Republic of Ecuador*, PCA CASE NO. 2012-2, Award, 15 de marzo de 2016. Parte 1, pp. 15-16.

- 6 Posteriormente también adquirió concesiones para otras dos minas: Chaucha y Telimbela.
- 7 Codelco fuera de Intag: Por qué NO, 2019.
- 8 INREDH: Intag: Una comunidad luchando por la vida, ALAI Magazine, 24 de julio de 2007.
- 9 Copper Mesa Mining Corporation v. The Republic of Ecuador, PCA CASE NO.2012-2, Award, 15 de marzo de 2016, 32.
- 10 El principio del consentimiento libre, previo e informado (CLPI) está protegido por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- 11 Carlos Zorrilla: A brief history of resistance to mining in Intag, Ecuador, DECOIN, 1 de enero de 2008.
- 12 Municipio de Cotacachi: Statement demanding suspension of all mining activities in Intag area, 28 de junio de 2017.
- 13 Codelco fuera de Intag: La historia de la resistencia, 2019.
- 14 Codelco fuera de Intag: Resumen de algunas características, e impactos ambientales del proyecto minero "Junin" zona de intag, provincia de Imbabura, diciembre de 2006, y Roy, B. A., Zorrilla et al.: New Mining Concessions Could Severely Decrease Biodiversity and Ecosystem Services in Ecuador, Tropical Conservation Science, Volume: 11, 2018.
- 15 Codelco fuera de Intag: Por qué NO, 2019.
- 16 INREDH: Intag: Una comunidad luchando por la vida, Revista ALAI, 24 de julio de 2007.
- 17 Mary Ellen Fieweger: Mining Transnational asking one million dollars in damages, INTAG NEWSPAPER, 10 de enero de 2005.
- 18 Video: Under Rich Earth, 00:51:07 – 00:52:55; Bram Büscher, Veronica Davidov: The Ecotourism-Extraction Nexus: Political Economies and Rural Realities of (un)Comfortable Bedfellows, Routledge, 2013.
- 19 Copper Mesa Mining Corporation v The Republic of Ecuador, PCA CASE NO.2012-2, Award, 15 de marzo de 2016, Parte 6, p. 32, párr. 6.99.
- 20 Ibidem. Parte 1, pp. 23-24.
- 21 La demanda fue por las minas en Junín, pero también en Chaucha y Telimbela
- 22 Copper Mesa Mining Corporation v The Republic of Ecuador, PCA CASE NO.2012-2, Award, 15 de marzo de 2016. Parte 1, p. 14 y 27.
- 23 Al final, la empresa llegó a un acuerdo con el Gobierno por 20 millones de dólares. Véase: Henry Lazenby: Copper Mesa signs US\$20M settlement in Ecuador dispute, Mining Journal, 3 de agosto de 2018.
- 24 Copper Mesa reveló que había recurrido a un financiador de controversias, pero no se conoce ninguna otro dato al respecto. Véase: Copper Mesa: Copper Mesa Mining Corporation Reaches US\$20 Million Settlement with Republic of Ecuador, 2 de agosto de 2018.
- 25 Copper Mesa Mining Corporation v. The Republic of Ecuador, PCA CASE NO.2012-2, Award, 15 de marzo de 2016, p. 82.
- 26 Ibidem: Parte 6, p. 33.
- 27 Ibidem: Parte 6, p. 26.
- 28 Ibidem: Parte 6, p. 26.
- 29 Jamie Kneen: Courting Justice: Victims of mining abuses sue in Canada, Mining Watch, 11 de febrero de 2012.
- 30 Jonathan Watts y John Vidal: Environmental defenders being killed in record numbers globally, new research reveals, The Guardian, 13 de julio de 2017.
- 31 Monica Ulmanu, Alan Evans y Georgia Brown: The defenders tracker 2017, The Guardian; Monica Ulmanu, Alan Evans y Georgia Brown: The defenders tracker 2018, The Guardian, 15 de noviembre de 2018.
- 32 Jonathan Watts y John Vidal: Environmental defenders being killed in record numbers globally, new research reveals, The Guardian, 13 de julio de 2017.
- 33 Columbia Center on Sustainable Development (CCSI): Input to the UN Working Group on Business and Human Rights regarding guidance on human rights defenders and the role of business, 15 de marzo de 2018, 5.
- 34 Global Arbitration Review: London: Taking on the "inner mafia", 2 de octubre de 2012.
- 35 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.
- 36 Malcolm Langford et al.: The Revolving Door in International Investment Arbitration, Journal of International Economic Law, No. 20, 301-331, 13.
- 37 Gus van Harten: Leaders in the Expansive and Restrictive Interpretation of Investment Treaties: A Descriptive Study of ISDS Awards to 2010, The European Journal of International Law, Vol. 29 no. 2, 507-549, 539.
- 38 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, 40.
- 39 Malcolm Langford et al.: The Revolving Door in International Investment Arbitration, Journal of International Economic Law, No. 20, 301-331, 13.
- 40 Gus van Harten: Leaders in the Expansive and Restrictive Interpretation of Investment Treaties: A Descriptive Study of ISDS Awards to 2010, The European Journal of International Law, Vol. 29 no. 2, 507-549, 539.
- 41 Véase: Yukos Universal Limited (Isle of Man) contre la Fédération de Russie (PCA Case No. AA 227), Final award, 18 de julio de 2014, párr. 1862.
- 42 Alison Ross: An Interview with Yves Fortier, Global Arbitration Review, 19 de febrero de 2010.
- 43 Malcolm Langford et al.: The Revolving Door in International Investment Arbitration, Journal of International Economic Law, No. 20, 301-331, 27.
- 44 Ibidem, 13.
- 45 Gus van Harten: Leaders in the Expansive and Restrictive Interpretation of Investment Treaties: A Descriptive Study of ISDS Awards to 2010, The European Journal of International Law, Vol. 29 no. 2, 507-549, 539.

Fotografías

p45 (segundo plano) Carlos Zorrilla, (primer plano) Liz Weydt, (primer plano abajo) DECOIN

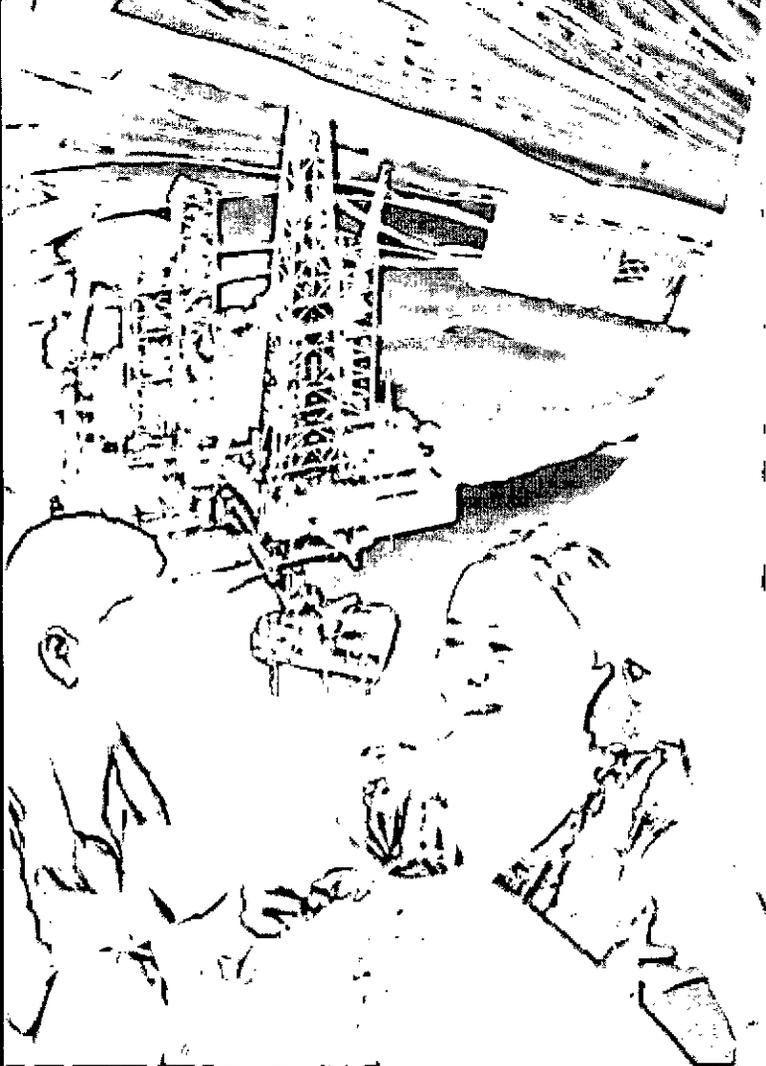
p46 DECOIN

p47 (arriba) Carlos Zorrilla, (abajo) DECOIN

p48 Liz Weydt

ENIEDO LOS NEGOCIOS PERO N R ANDOSE A R IMPUESTOS

CONOCOPHILLIPS Y PERENCO CONTRAVIETNAM



La recaudación eficaz y justa de impuestos es esencial para todos los Estados y, en especial, para los llamados países en desarrollo que desean avanzar de manera sostenible. La recaudación de impuestos también ofrece un medio para garantizar unos servicios públicos de calidad y universales, y para enfrentar colectivamente los retos del cambio climático. Sin embargo, en Vietnam y en otros países, las grandes corporaciones desafían a los Gobiernos que intentan imponer impuestos sobre sus enormes ganancias. La solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS) representa una de sus principales herramientas para tratar de evitar el pago de impuestos y recibir, en cambio, millones de dólares en concepto de indemnización.⁹

En Vietnam, las empresas multinacionales han operado en el sector petrolero desde la década de 1980. En 2012, dos filiales británicas del gigante energético estadounidense ConocoPhillips vendieron dos yacimientos petrolíferos en Vietnam² a una empresa británica propiedad de la petrolera anglo-francesa Perenco. ConocoPhillips vendió las empresas por 1290 millones de dólares, una operación con la que logró un beneficio de 896 millones de dólares. Pero esa ganancia de capital de 896 millones de dólares nunca se gravó.³

“

Importantes organizaciones internacionales —como el FMI, la OCDE, la ONU y el Grupo del Banco Mundial— han instado hoy a los Gobiernos de todo el mundo a que refuercen e incrementen la eficacia de sus sistemas fiscales con miras a generar los recursos nacionales necesarios para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODM).

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE)⁴

El Gobierno de Vietnam considera que tiene derecho a gravar esta ganancia que nunca tributó, ya que se generó mediante la explotación de los recursos petroleros del país. El tratado fiscal entre el Reino Unido y Vietnam también concede este derecho al país asiático.⁵ De acuerdo con la tasa tributaria vigente en Vietnam, ConocoPhillips debería pagar una suma estimada de 179 millones de dólares al Gobierno vietnamita por su ganancia de capital, un dinero con el que el Gobierno podría financiar la construcción de nueve hospitales.⁶ Vietnam expresó en 2015 su propósito de gravar esta transacción, mediante una sola carta al comprador y al vendedor.

“

Una fiscalidad justa ayudará al Gobierno vietnamita a cubrir el presupuesto de los servicios públicos, incluidos los servicios que tienen en cuenta el género, como las guarderías infantiles, lo que a su vez generará más oportunidades para que las mujeres realicen un trabajo remunerado y contribuirá a reducir la brecha de género.

HOANG PHUONG THAO, DIRECTOR DE PAÍS DE ACTIONAID EN VIETNAM⁷

Las grandes petroleras se niegan a pagar impuestos y, además, exigen millones de dólares

Ambas empresas se niegan a pagar este impuesto. ConocoPhillips, por ejemplo, defiende que la venta tuvo lugar entre dos entidades británicas sin una presencia sujeta a gravamen en Vietnam, por lo que no debe ningún tributo al país por esta venta.⁸ Sin embargo, curiosamente, ConocoPhillips tampoco pagó ningún impuesto sobre la venta en el Reino Unido, gracias a una laguna en la legislación fiscal británica.⁹

Para evitar que Vietnam recaude el impuesto a las ganancias de capital y, además, se embolse un dinero extra, ConocoPhillips y Perenco han presentado una demanda conjunta con arreglo al ISDS contra el Gobierno vietnamita. El caso se presentó en 2017 y se basa en el tratado bilateral de inversión entre el Reino Unido y Vietnam.

“

El derecho del Estado a gravar a los inversores extranjeros (...) suele toparse con limitaciones que se derivan de las interpretaciones amplias y un tanto excesivas de las disposiciones contenidas en los acuerdos internacionales de inversión.

DANIEL URIBE Y PROFESOR MANUEL F. MONTES, INVESTIGADORES DE SOUTH CENTRE¹⁰

El ISDS podría impedir que los países en desarrollo recauden impuestos sobre las ganancias de capital

Este caso —así como otros dos contra la India (véase el cuadro 10 en la página 54)— podría servir de precedente negativo en Vietnam y otros países en desarrollo que están intentando recaudar impuestos para financiar la reducción de la pobreza, la salud, la educación, etcétera. En palabras del periodista George Turner cuando en 2018 reveló la “huelga legal preventiva” de la industria petrolera contra Vietnam en la publicación *Finance Uncovered*: “A medida que más países denuncien que sus recursos han sido comprados y vendidos por extranjeros libres de impuestos, es probable que esta cuestión se convierta en una nueva frontera en la campaña contra la evasión de impuestos. Si Vietnam logra su objetivo, este podría tener profundas consecuencias para otros países en desarrollo, que a menudo han presenciado cómo las empresas occidentales obtienen enormes beneficios de sus inversiones y se largan con ellas libres de impuestos”. Por este motivo no resulta de extrañar, añadió Turner, que las grandes petroleras deseen detener esta amenaza “en seco”.¹¹

CC

La experiencia de los países en desarrollo con los resultados de estos casos no llama al optimismo, ya que es bien sabido que los paneles tienden a ser más favorables a los inversores y, por lo general, apoyan las demandas de las empresas por encima de los derechos de los Gobiernos o incluso los derechos humanos de sus ciudadanos.

JAYATI GHOSH, PROFESOR DE ECONOMÍA,
UNIVERSIDAD DE JAWAHARLAL NEHRU
EN NUEVA DELHI¹²

Tanto ConocoPhillips como Perenco utilizan con frecuencia el mecanismo del ISDS: a ConocoPhillips se le concedieron en 2019 más de 8300 millones de dólares en daños y perjuicios en un caso contra el Gobierno de Venezuela.¹³ Por su lado, Perenco ha demandado al Gobierno ecuatoriano ante un tribunal que resuelve controversias en virtud del ISDS: la compañía se niega a pagar un impuesto sobre las ganancias excesivas resultantes de la explotación petrolera.

No hay más datos a disposición del público sobre su demanda contra Vietnam, debido al secretismo que a menudo rodea a los casos con arreglo al ISDS y a la información limitada facilitada sobre este caso por ambas partes. Mientras tanto, Perenco mantiene su actividad en yacimientos petroleros de todo el país, con lo que, en 2017, generó unas ganancias de más de 32 millones de dólares.¹⁴



El ISDS como amenaza a la justicia fiscal

Al menos 24 países han enfrentado casos en el marco del ISDS relacionados con la tributación, entre los cuales Uganda, la India, Laos, Argelia, Yemen, Ecuador, Venezuela, Perú, Bolivia, México y Argentina.¹

Por ejemplo, la India ha sido objeto de dos demandas por solicitar a las empresas que paguen el impuesto sobre las ganancias de capital:

- En 2015, cuando la India trató de imponer un impuesto de 1600 millones de dólares sobre las ganancias de capital de una filial británica de Cairn India, una de las compañías de petróleo y gas más grandes del país, Cairn demandó al país con arreglo al ISDS, pidiendo al Gobierno indio que le abonara 1600 millones de dólares como compensación. El caso se presentó en 2015, a través del tratado bilateral de inversión entre la India y el Reino Unido, y sigue pendiente de resolución.²
- Cuando el país intentó imponer el mismo impuesto a Vodafone, después de que el gigante británico de las telecomunicaciones adquiriera uno de los mayores operadores de redes móviles de la India por 11 000 millones de dólares sin pagar impuestos, Vodafone demandó a la India recurriendo a su acuerdo de inversión con los Países Bajos y, más tarde, con el Reino Unido. El asunto ha pasado por varias etapas, tanto en los tribunales indios como en el sistema ISDS y, hasta la fecha, la India se ha resistido con determinación al intento de la empresa de evitar el pago fiscal. De momento, no se ha dictado una sentencia o resolución definitiva sobre la disputa.³

“

Una amplia gama de medidas fiscales de los Estados han sido cuestionadas por empresas gigantes a través del sistema ISDS. El poder que este mecanismo otorga a las corporaciones para poner en cuestión políticas fiscales progresistas debe preocupar a los ciudadanos de todos los países que han firmado tratados de comercio e inversiones.

CLAIRE PROVOST, PERIODISTA

Referencias

- 1 Todas las referencias a dólares, salvo en caso de que se especifique lo contrario, aluden a dólares estadounidenses, USD.
- 2 AmCham Vietnam: ConocoPhillips to exit Vietnam, Sell Assets for \$1.29 billion, 19 de febrero de 2012.
- 3 Luke Eric Peterson: Vietnam faces unusual BIT arbitration, with seller and purchaser of assets teaming up to file a joint claim in face of country's threat to impose a capital gains tax, Investment Arbitration Reporter, 3 de abril de 2018.
- 4 OCDE Countries must strengthen tax systems to meet Sustainable Development Goals, 14 de febrero de 2018.
- 5 George Turner: Oil firms use secretive court hearing in bid to stop Vietnam taxing their profits, The Guardian, 15 de agosto de 2018.
- 6 Ibidem
- 7 Correspondencia electrónica entre las autoras y Hoang Phuong Thao, 27 de mayo de 2019.
- 8 George Turner: Oil firms use secretive court hearing in bid to stop Vietnam taxing their profits, The Guardian, 15 de agosto de 2018.
- 9 George Turner: Analysis: How rich oil firms are using secretive court to fight capital gains tax in developing world, Finance Uncovered, 20 de agosto de 2018.
- 10 Daniel Uribe y Manuel F. Montes: Building a Mirage: The Effectiveness of Tax Carve-out Provisions in International Investment Agreements, South Centre Investment Policy Brief, No. 14, marzo de 2019.
- 11 Correspondencia electrónica entre las autoras y George Turner, 24 de mayo de 2019.
- 12 George Turner: Analysis: How rich oil firms are using secretive court to fight capital gains tax in developing world, Finance Uncovered, 20 de agosto de 2018.
- 13 Luke Erik Peterson: Updated: Conoco is awarded over \$8.3 billion plus interest in battle with Venezuela, Investment Arbitration Reporter, 8 de marzo de 2019.
- 14 Registro Mercantil del Reino Unido: Perenco Vietnam Full Accounts, 22 de junio de 2018.
- 15 South Centre: Challenges of Investment Treaties on Policy Areas of Concern to Developing Countries, abril de 2019.
- 16 UNCTAD Investment Policy Hub: Cairn v. India (consultado el 28 de mayo de 2019).
- 17 Transnational Institute y Global Justice Now: Juicio a los impuestos: Cómo los acuerdos comerciales amenazan la justicia fiscal, abril de 2016, 5, Abir Dasgupta y Paranjay Guha Thakurta: The Vodafone Tax Saga and India's Arbitration Worries, NewsClick, 26 de julio de 2018.
- 18 Transnational Institute y Global Justice Now: Juicio a los impuestos: Cómo los acuerdos comerciales amenazan la justicia fiscal, abril de 2016, 4.

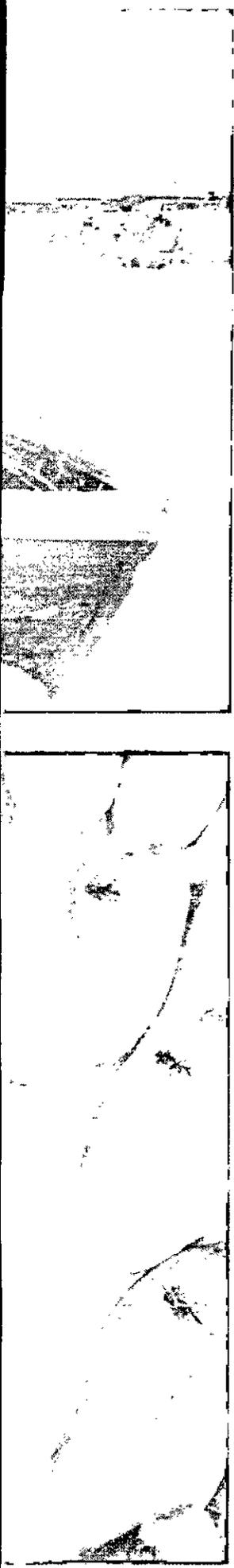
3.9

LAS PETROLERAS CONTAMINANTES COMBATEN LAS MEDIDAS SOBRE COMBUSTIBLES FÓSILES

ROCKHOPPER CONTRA ITALIA



En 2017, Rockhopper Exploration, una compañía de petróleo y gas domiciliada en el Reino Unido, presentó una demanda contra Italia porque el país se había negado a otorgarle una concesión para la perforación de petróleo en el mar Adriático. La negativa se produjo después de que el Parlamento italiano prohibiera nuevas actividades de petróleo y gas cerca de las costas del país, por las preocupaciones que generaban sus efectos en el medio ambiente, el riesgo de terremotos, los efectos sobre la pesca y el turismo local, y la fuerte oposición de los habitantes de la zona. Rockhopper reclama hasta 350 millones de dólares en concepto de daños, una cantidad que es siete veces superior al dinero que supuestamente dedicó a estudiar el proyecto.



La región de Abruzzo, situada en el centro de Italia, cuenta con numerosos parques nacionales y reservas naturales, y es una de las más verdes de Europa. Su costa está salpicada de playas de agua cristalina y antiguos pueblos marineros que están rodados de colinas donde se cultivan viñas y olivos, y que habitan pequeñas comunidades agrícolas. Los habitantes de Abruzzo llevan más de una década luchando para proteger su territorio virgen frente a la contaminante explotación petrolera.

La comunidad conoció el proyecto para la plataforma petrolera Ombrina Mare en abril de 2008. A pocos kilómetros de la orilla apareció un pozo de prueba, seguido, un mes más tarde, de una fuga de petróleo. Este pozo de prueba debía preparar el terreno para varios pozos, oleoductos submarinos y una refinería flotante de 350 metros de longitud para desulfurar el petróleo de baja calidad. La plataforma habría expulsado toneladas de residuos tóxicos en el agua y la atmósfera todos los días.

“

Los ciudadanos de Abruzzo gastaron cientos de millones de euros en agricultura, pesca y promoción turística. Esas inversiones no se pueden sacrificar en beneficio de (...) la industria extractiva.

CARLO CONSTANTINI, EXINTEGRANTE DEL CONSEJO REGIONAL DE ABRUZZO

La amenaza de una plataforma petrolífera en alta mar tan cerca de la costa provocó una oposición inmediata. La Iglesia Católica de la zona, varios municipios costeros, la provincia de Chieti, operadores turísticos, viticultores, médicos, pescadores, grupos ambientales y muchos otros actores se mostraron en contra del proyecto. Las preocupaciones eran diversas, pero entre ellas se encontraban algunas relacionadas con la perturbación del frágil ecosistema y la vida silvestre (debido a las perforaciones, la contaminación acústica

constante, los posibles derrames de petróleo, etc.), la salud de la población (por la liberación de subproductos tóxicos de la extracción de petróleo), los riesgos de terremotos, el futuro del turismo y la incompatibilidad del proyecto con el sector pesquero local.

Abruzzo dice 'no' al petróleo contaminante

Bajo el lema de "No Ombrina", miles de personas tomaron las calles en Abruzzo para protestar contra el proyecto. En mayo de 2013, 40 000 personas se manifestaron en la ciudad de Pescara. La manifestación contó con el apoyo de numerosos grupos de la sociedad civil, 3 diócesis, personal de 3 parques nacionales, 47 municipios locales y personas de toda la región. En mayo de 2015, 60 000 personas participaron en una marcha en Lanciano, una localidad que cuenta con aproximadamente la mitad de esa población. Según Matteo Cernison, del Instituto Universitario Europeo, "toda la sociedad regional parecía estar movilizada contra Ombrina".

“

¿Qué les dirán a sus hijos, a sus familias? ¿Que ganaron dinero intimidando a una comunidad pacífica? ¿Que les importa un comino el cambio climático y que, mientras todo el planeta habla de mantener los combustibles fósiles bajo tierra, tienen el descaro de venir a un país extranjero y perforar a la fuerza?

CAMPAÑA 'NO OIL ABRUZZO', EN UNA CARTA ABIERTA A LOS INVERSORES DE ROCKHOPPER'

La presión funcionó. Uno tras otro, representantes de todo el espectro político se pronunciaron en contra de Ombrina Mare. En diciembre de 2015, el Parlamento italiano aprobó una prohibición de los proyectos de petróleo y gas a menos de 12 millas náuticas de la costa italiana.⁹ De este modo, Ombrina Mare, como otros proyectos de combustibles fósiles en alta mar, quedó vetado. En febrero de 2016, el Ministerio de Desarrollo Económico comunicó a Rockhopper que no recibiría la concesión de producción necesaria.

Fondos públicos para compensar unos hipotéticos beneficios privados

Rockhopper había comprado la licencia de Ombrina Mare en plena oleada de oposición al proyecto, en el verano de 2014 (a través de la adquisición de Mediterranean Oil & Gas, la anterior empresa titular de la licencia). Por lo tanto, la empresa debe haber sido muy consciente de que el proyecto no solo carecía de varios permisos, sino también de apoyo público y político.⁹ Sin embargo, en marzo de 2017, Rockhopper anunció que había impugnado la negativa de Italia a otorgar la concesión ante un tribunal arbitral y que tenía "buenas perspectivas de recuperar perjuicios económicos muy significativos (...) sobre la base del lucro cesante".¹⁰

Según el director de la empresa, Rockhopper no solo está reclamando una indemnización por el dinero que realmente gastó en explorar Ombrina Mare (40-50 millones de dólares). También reclama otros 200-300 millones de dólares por las supuestas ganancias que habría generado el yacimiento si no se hubiera prohibido.¹¹ Aunque las constituciones de muchos países no consideran que las ganancias previstas constituyan propiedad privada protegida, en las controversias entre inversores y Estados a las empresas se las compensa a menudo por la pérdida de beneficios futuros.¹²

66

Hemos puesto en marcha un procedimiento arbitral para reclamar (...) al menos todos los costes gastados (...) que se sitúan en torno a los 40 o 50 millones de dólares, pero idealmente (también) las ganancias que habríamos obtenido si hubiéramos podido explotar el yacimiento (...) Las ganancias perdidas podrían ascender fácilmente a 200 o 300 millones de dólares.

SAM MOODY, DIRECTOR EJECUTIVO DE ROCKHOPPER¹³

Los costes legales de la empresa están cubiertos en su totalidad por el financiador de controversias británico Harbour, que cobrará una parte del posible laudo (para más información sobre este tipo de acuerdos, véase el cuadro 12 en la página 64). En palabras de Sam Moody, director ejecutivo de Rockhopper: "El proceso no nos está costando nada".¹⁴ No obstante, el hecho de que un financiador solvente respalde la demanda podría incrementar la presión sobre el Gobierno para que llegue a un acuerdo amistoso sobre el caso y evite así aumentar los costes para los contribuyentes italianos.

El arma secreta de la energía contaminante para socavar la transición energética

La demanda de Rockhopper se basa en el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE, véase el cuadro 11 en la página 58), a pesar de que Italia se había retirado de este tratado antes de que se presentara la demanda. Esto es posible debido a la cláusula 'de continuidad contractual' o 'zombi', una disposición profundamente antidemocrática que permite que los privilegios de las empresas se mantengan vigentes incluso después de que un país se haya retirado del acuerdo. En el caso de las inversiones realizadas antes de que entrara en vigor la retirada de Italia del TCE (el 1 de enero de 2016), el país aún puede ser demandado durante 20 años (hasta el 1 de enero de 2036). De forma que, aunque ya haya abandonado el TCE, Italia podría verse afectada por muchas más ofensivas judiciales como la de Rockhopper.

De hecho, después de que Italia suspendiera temporalmente los nuevos permisos de petróleo y gas, en febrero de 2019, los abogados que ganan dinero con el arbitraje de inversiones publicitaron la demanda de Rockhopper como "un referente para futuros casos" por parte de otras compañías de combustibles fósiles.¹⁵



Referencias

- 1 Maria D'Orsogna: My oil story, 23 de septiembre de 2018, borrador sin publicar, en los archivos de las autoras, 5-6.
- 2 Cernison, Matteo: The No Ombrina/No Triv protests in Abruzzo: organisational models and scales of action, Cosmos Working Paper, 2016, 9-10; Maria D'Orsogna: From the American leader of the NoOilAbruzzo campaign to Rockhopper investors, Save the Montepulciano D'Abruzzo blog, 21 de enero de 2016.
- 3 Citado en: No More Spills: Oil Companies Face Protests Over Drilling Plans in Italy.
- 4 Véanse varias entradas de 2010 en el blog Save the Montepulciano D'Abruzzo, gestionado por Maria D'Orsogna.
- 5 Cernison, Matteo: The No Ombrina/No Triv protests in Abruzzo: organisational models and scales of action, Cosmos Working Paper, 2016, 10-11.
- 6 Maria D'Orsogna: From the American leader of the NoOilAbruzzo campaign to Rockhopper investors, Save the Montepulciano D'Abruzzo blog, 21 de enero de 2016.
- 7 En 2012, a raíz de la presión ejercida por la industria petrolera, se había revocado una prohibición anterior de las concesiones petroleras cerca de la costa italiana. La prohibición que se reintrodujo formaba parte de la Ley de Presupuestos para 2016 (Ley núm. 208), de 28 de diciembre de 2015.
- 8 Danilo Ruggero Di Bella: Rockhopper vs Italy: Weighing Legitimate Expectations Up Against Investor's Due Diligence in M&A Deals, Kluwer Arbitration Blog, 27 de enero de 2018.
- 9 Rockhopper Exploration: Commencement of international arbitration, 23 de marzo de 2017. La demanda (Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/17/14) se registró en mayo de 2017.
- 10 Cita de una presentación en vídeo: Rockhopper Exploration CEO Sam Moody Presents to investors at the Oil Capital Conference, 11 de septiembre de 2017, a partir del minuto 19:00.
- 11 Por ejemplo, en virtud de la legislación alemana, no se concede ninguna indemnización por la pérdida de beneficios futuros (es decir, el lucro cesante). Véase: Markus Krajewski y Rhea Tamara Hoffmann: The European Commission's Proposal for Investment Protection in TTIP, 2016, 11.
- 12 Cita de una presentación en vídeo: Rockhopper Exploration CEO Sam Moody Presents to investors at the Oil Capital Conference, 11 de septiembre de 2017, a partir del minuto 19:00.
- 13 *Ibidem*, a partir del minuto 20:00.
- 14 Danilo Ruggero Di Bella y Josep Gálvez: Oil & Gas: Is Italy Doing It Wrong All Over Again?, Kluwer Arbitration Blog, 13 de marzo de 2019.
- 15 Kyla Tienhaara: Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement, *Transnational Environmental Law*, 7:2, julio de 2018, p250.
- 16 Véase, por ejemplo: Christophe McGlade y Paul Ekins: The geographical distribution of fossil fuels unused when limiting global warming to 2°C, *Nature*, No. 517, enero de 2015, 187-90.
- 17 Para más información y referencias, véase <https://www.energy-charter-dirty-secrets.org/>.
- 18 Bundesministerium für Wirtschaft & Energie: Schriftliche Frage an die Bundesregierung im Monat März 2019. Fragen Nr. 482, 1.
- 19 Anca Gurzu: Nord Stream 2 threatens to take EU to court over gas rules, *Politico*, 23 de abril de 2019.
- 20 Secretaría de la Carta de la Energía: Liste de tous les cas de règlement des différends relatifs aux investissements. Consultado el 22 de mayo de 2019.

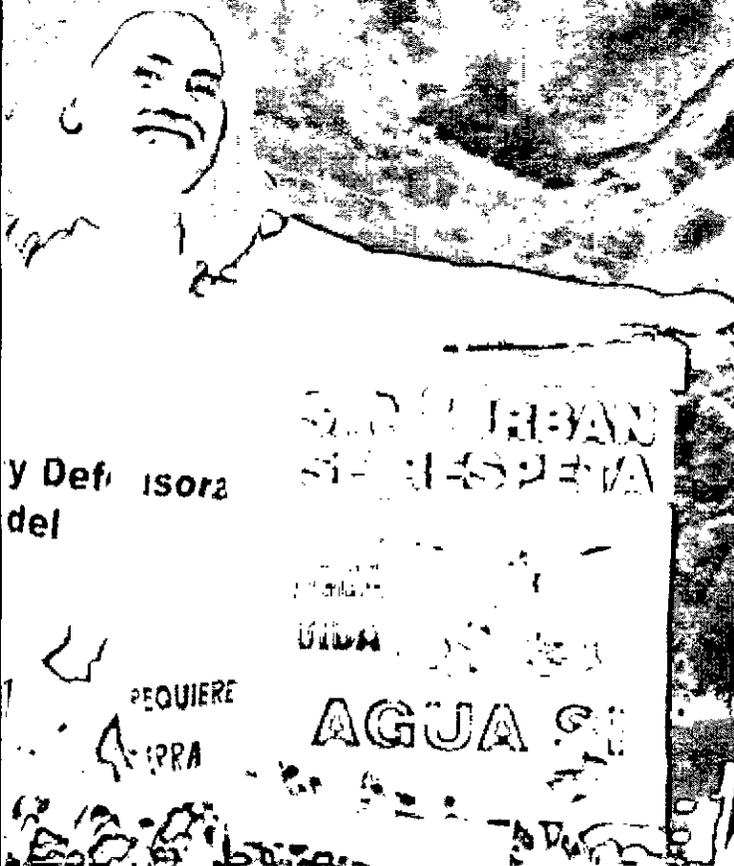
Fotografías

- p55 (segundo plano) Maury, (primer plano arriba) Histonium.net, (primer plano abajo) Nuovo Senso Civico
p56 (arriba) Nicholas Gemini, (abajo) Engin Akyurt
p58 Enrico Pighetti

3.10

LAS GANANCIAS DEL ORO SOCAVAN EL DERECHO DE LAS PERSONAS AL AGUA POTABLE

ECO ORO CONTRA COLOMBIA



En febrero de 2016, después de una serie de protestas multitudinarias, la Corte Constitucional de Colombia puso punto y final a un megaproyecto de explotación aurífera de la compañía canadiense Eco Oro: la corte decidió que no se podían realizar actividades extractivas en los ecosistemas de alta montaña conocidos como páramos, incluido el páramo de Santurbán, donde estaba ubicado el proyecto de Eco Oro. Menos de un mes después, la compañía le comunicó al Gobierno que presentaría una demanda de arbitraje de inversión. Y lo que es peor: la demanda de 764 millones de dólares de Eco Oro parece haber desencadenado campaña ofensiva de los inversores."

Nuestro verdadero Dorado es el agua” y “agua antes que oro”² fueron dos de los grandes lemas de la marcha de 40 000 personas contra un proyecto minero en el páramo de Santurbán, que recorrió las calles de Bucaramanga, en la región de Santander, en febrero de 2011. Esta marcha formaba parte de una larga batalla que se libra en Colombia contra la explotación aurífera a gran escala y la defensa del derecho al agua potable.

66

[La minería en los páramos] constituye un abuso grave de los recursos naturales y una denegación del derecho fundamental al agua.

IVÁN CEPEDA, SENADOR COLOMBIANO³

Los páramos son ecosistemas de humedales de alta montaña que sirven como una fuente vital de agua dulce. Los páramos colombianos abastecen de agua potable a más del 70 % de la población del país.⁴ Solo el páramo de Santurbán es la fuente de agua potable de dos millones de personas. Pero ocultos bajo estos frágiles ecosistemas se encuentran inmensas reservas de oro, carbón y otros minerales, cuya extracción se considera “una importante causa de contaminación del suelo y el agua” en el país.⁵

Las compañías mineras se resisten a la regulación del Gobierno, pero el poder popular se impone

La compañía minera canadiense Greystar (que más tarde pasó a llamarse Eco Oro) fue una de las primeras multinacionales que adquirió derechos de exploración en Colombia, a mediados de la década de 1990. Su proyecto minero Angostura estaba ubicado cerca del páramo de Santurbán, donde se desarrollaron durante varios años operaciones de exploración y viabilidad.⁶ En aquel momento, el Gobierno colombiano aún no había reconocido oficialmente la fragilidad y la importancia ecológica del sistema de los páramos.

La situación dio un giro en 2010, cuando se decretaron las primeras leyes para restringir la minería en los páramos. En un primer momento, Eco Oro y otras compañías encontraron vías para conseguir que se les exonerara de las leyes y siguieron excavando sus minas en lo que se había convertido en zonas de protección ambiental.⁷ Sin embargo, en 2016, la Corte Constitucional acabó con todas las exoneraciones que existían sobre la prohibición de las actividades mineras en las zonas protegidas.⁸ Por entonces, Eco Oro no había obtenido aún todos los permisos necesarios para sus operaciones, y menos aún empezado a explotar el oro. Por otro lado, en 2011, el Ministerio de Ambiente de Colombia incluso había rechazado la evaluación de impacto ambiental presentada por la compañía.⁹

66

La protección del ambiente prevalece frente a los derechos económicos adquiridos por particulares (...) en las circunstancias en que esté probado que la actividad produce un daño, o cuando exista mérito para aplicar el principio de precaución para evitar un daño a los recursos naturales no renovables y a la salud humana.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA¹⁰

La resolución del caso ante la Corte Constitucional representó una victoria decisiva tras un largo período de resistencia por parte de la ciudadanía, ONG y personas del mundo académico, encabezada por el Comité para la Defensa del Agua y el Páramo de Santurbán, una organización que aglutina a 40 grupos y representa a 75 000 personas.¹¹ Para la industria minera, se trató de una estrepitosa derrota, entre otras cosas porque la Corte había declarado de manera categórica que “el interés privado deberá ceder ante el interés público o social” como más tarde se lamentaría una compañía de oro.¹²



“El agua por encima del lucro”, dictamina el máximo tribunal de Colombia, pero Eco Oro solicita una segunda opinión a abogados especializados en inversiones

Pero la industria no tardó en contraatacar. Eco Oro demandó a Colombia recurriendo al mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS) previsto en el acuerdo comercial entre Canadá y Colombia, eludiendo así el sistema judicial colombiano. La demanda se presentó en 2016 ante el CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), el centro de arbitraje del Banco Mundial.¹³ Según los datos de la ONU, la compañía reclama 764 millones de dólares estadounidenses en concepto de indemnización,¹⁴ una cantidad que es tres veces superior a los 250 millones de dólares que supuestamente dedicó a ejecutar el proyecto.¹⁵

La compañía sostiene que las medidas adoptadas por el Gobierno “destruyeron el valor de sus inversiones” y frustraron sus “expectativas legítimas”.¹⁶ Pero la realidad es que el proyecto de Greystar/Eco Oro tuvo problemas desde el principio. La fase de exploración duró hasta 2004, pero las operaciones estuvieron paralizadas entre 1999 y 2003. Se preveía que la construcción de la mina y su explotación empezaran en 2008, pero esto no llegó a ocurrir.¹⁷ El emplazamiento de la mina siempre generó una gran controversia y se enfrentó, con el

paso de los años, a una resistencia cada vez mayor. De hecho, ya en 2010, parecía claro que el Gobierno no otorgaría la licencia ambiental que se necesitaba para iniciar la explotación de la mina. Según la Procuraduría General de la Nación, “a la luz de la legislación ambiental y minera vigente, este es un proyecto inviable”.¹⁸

“

No se debe sancionar a los Estados por proteger sus fuentes de agua, ya que lo hacen de conformidad con sus obligaciones nacionales e internacionales.

**CARLOS LOZANO ACOSTA,
ASOCIACIÓN INTERAMERICANA
PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE (AIDA)¹⁹**

Los árbitros que resolverán sobre este caso, como sobre muchos otros, no muestran ningún interés en escuchar a las personas afectadas por el proyecto minero. En 2019, rechazaron una solicitud del Comité por la Defensa del Agua y el Páramo de Santurbán y otras organizaciones aliadas para presentarles elementos que documentaban cómo afectaría este caso a los derechos humanos.

Los conflictos de interés del Banco Mundial

Un tribunal del Banco Mundial será el encargado de decidir si se han violado los derechos de Eco Oro. Pero la división del Banco Mundial que se dedica a la inversión privada, la Corporación Financiera Internacional (CFI), era una de las principales accionistas de la mina de Eco Oro entre 2009 y 2015, antes de que retirara su inversión del proyecto, después de que las investigaciones de la sociedad civil demostraran que no había tenido en cuenta los impactos sociales y ambientales, algo que se exige a todas las inversiones de la CFI. Mientras prestaba apoyo financiero al proyecto, el Banco había afirmado que la minería en los páramos podría "generar beneficios importantes y promover el desarrollo sostenible" en la región.

Por si fuera poco, la demanda de Eco Oro ha recibido una inyección económica de 14 millones de dólares de Tenor Capital, una empresa de capital privado de Wall Street. A cambio de una parte del laudo final, Tenor sufragará los costos jurídicos de Eco Oro. Esta inyección no solo le ha permitido a la compañía presentar la demanda, sino que también le proporcionará los medios financieros para ejercer aún más presión contenciosa sobre Colombia." (Para más información sobre este tipo de acuerdos, véase el cuadro 12 en la página 64.)

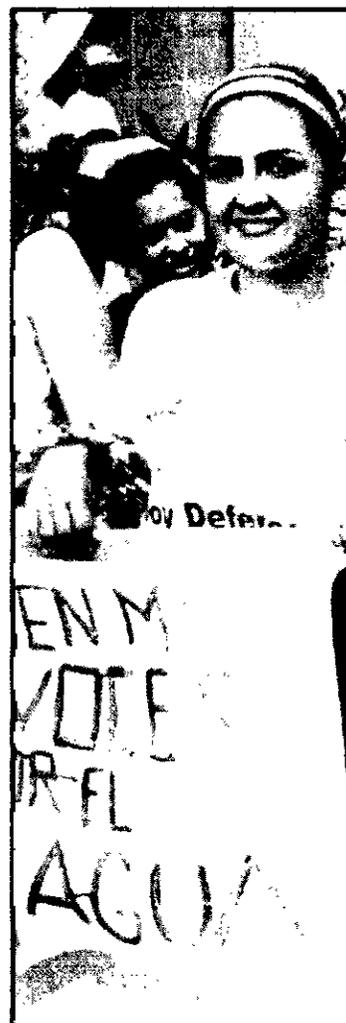
66

Desde una perspectiva procesal, existe un evidente conflicto de intereses. Se antoja difícil que, bajo esta situación, un tribunal de arbitraje de inversión pueda realizar una evaluación objetiva e independiente de las medidas que tomó el país para proteger sus intereses públicos.

MARCO VELÁSQUEZ-RUIZ,
ABOGADO COLOMBIANO, EN REFERENCIA
AL APOYO FINANCIERO DEL BANCO
MUNDIAL A ECO ORO

Una marea de casos contra Colombia

En 2018, otras dos compañías mineras canadienses, Red Eagle Exploration¹⁰ y Galway Gold,¹¹ presentaron casos de arbitraje por motivos parecidos a los de Eco Oro. Los casos forman parte de una marea reciente de 11 demandas conocidas inversor-Estado que azotó a Colombia entre 2016 y 2018, la mayoría de las cuales desencadenadas por los últimos tratados de comercio e inversión firmados con Canadá y los Estados Unidos. Hasta entonces, Colombia no había sido objeto de ofensivas al amparo del arbitraje de inversiones, pero como hemos visto, parece que un caso promueve más, a medida que se corre la voz entre empresas y abogados especializados en inversiones muy bien pagados sobre los posibles beneficios que pueden lograr en unos países empobrecidos que carecen de los recursos necesarios para resistir los embates de unas empresas que sí cuentan con muchos recursos.



Cómo los financiadores terceros se embolsan millones de dólares apostando a las controversias sobre inversiones

El financiamiento por terceros (FTT) de las demandas de inversión es un área de negocio al alza y muy controvertida.

Se habla de FTT cuando un financiador —por lo general, una compañía de seguros, un banco de inversiones o un fondo de alto riesgo— sufre los costos de los abogados y los procedimientos judiciales a cambio de una parte considerable de los beneficios si se gana el caso. Normalmente, el financiador se lleva entre el 30% y el 50% del fondo final, o de tres a cuatro veces la suma invertida. "Estos financiadores invierten principalmente en casos en que se espera un resultado de al menos 20 millones de dólares."

Este sistema de apuestas en los casos ha resultado ser muy lucrativo. Por ejemplo, momentos al caso de *Tecon Capital*, el financiador de la demanda de *500 Oro y Cofinitel Recursos* contra *Venezuela* (véase el capítulo 11), este fondo de alto riesgo de *Wall Street* invirtió 62,5 millones de dólares en una demanda de inversión contra *Venezuela* "a cambio de un 40,5% del fondo final... tras el pago a abogados y autoridades fiscales". *Tecon* se llevó el primer premio cuando se condenó a *Venezuela* a pagar 1400 millones de dólares.

En otro caso reciente, en 2007, *Blufford Capital*, una compañía de arbitraje e inversión pleitos, cobró más de 100 millones de dólares cuando

Argentina se le condenó a pagar 920 millones de dólares en un caso interpuesto por una compañía aérea. La empresa había gastado 12,8 millones para pagar parte de los gastos jurídicos de los inversores, por lo que las ganancias de *Blufford* representaban un rendimiento sobre la inversión del 756%.

Es probable que este tipo de financiación especulativa incremente la cantidad de demandas de arbitraje de inversión que se están presentando, ya que afecta con el riesgo financiero que corren las empresas al presentar una demanda costosa y, por lo tanto, hace que a las empresas les resulte más atractivo y viable demandar.

66

El financiamiento por terceros otorga a una reducida clase de inversores aún más recursos para entablar demandas poco equilibradas en contra de Estados muy limitados.

FRANK J. GARCIA, PROFESOR Y BECARIO DEL FONDO GLOBAL DEL DECANATO, FACULTAD DE DERECHO DE BOSTON COLLEGE

Referencias

- 1 Todas las referencias a dólares, salvo en caso de que se especifique lo contrario, aluden a dólares estadounidenses, USD.
- 2 Vanguardia: Masiva participación en Marsa por el Agua de Santurbán en Bucaramanga, 6 de octubre de 2017; CENSAT Agua Viva – Amigos de la Tierra – Colombia: Agua antes que Oro: Miles marchan en defensa del Páramo de Santurbán, 27 de febrero de 2011.
- 3 David Hill: Colombian court bans oil, gas and mining operations in paramos, The Guardian, 21 de febrero de 2016.
- 4 David Rivera Ospina y Camilo Rodríguez: Guía divulgativa de criterios para la delimitación de páramos de Colombia, 2011.
- 5 OCDE: Evaluaciones del desempeño ambiental Colombia, 2014, 234.
- 6 EJOLT: The Angostura Mining Project in the Paramo of Santurban, Colombia, Fact Sheet 002, 25 de febrero de 2013.
- 7 Eco Oro Minerals Corp: Request for arbitration, 8 de diciembre de 2016.
- 8 David Hill: Colombian court bans oil, gas and mining operations in paramos, The Guardian, 21 de febrero de 2016; Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-035/16, Normas sobre creación y ampliación de áreas de reservas estratégicas mineras, 8 de febrero de 2016.
- 9 Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial: Resolución Número (1015), Por la cual no se acepta un desistimiento por motivos de interes público, se niega una licencia ambiental global y se toman otras determinaciones, 31 de mayo de 2011; Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial: Resolución Número(35), Por la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución No. 1015 del 31 de mayo de 2011 y se toman otras determinaciones, 31 de octubre de 2011.
- 10 Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-035/16, Normas sobre creación y ampliación de áreas de reservas estratégicas mineras, 8 de febrero de 2016, párr. 128.
- 11 Comité Santurbán: Página de Facebook, 2019.
- 12 Galway Gold: Galway Gold Comments on Colombia's Constitutional Court Rescinding Mining Operations in the Paramo, 24 de febrero de 2016.
- 13 Eco Oro Minerals Corp: Request for arbitration, 8 de diciembre de 2016.
- 14 UNCTAD: Eco Oro v. Colombia, Investment Dispute Settlement Navigator, 21 de mayo de 2019.
- 15 Eco Oro Minerals Corp: Request for arbitration, 8 de diciembre de 2016, 2.
- 16 Ibidem, p. 4, 32.
- 17 EJOLT: The Angostura Mining Project in the Paramo of Santurban, Colombia, Fact Sheet 002, 25 de febrero de 2013.
- 18 Comité por la Defensa del Agua y el Páramo de Santurbán: Queja presentada ante la oficina del Ombudsman y asesor en materia de observancia, CAO, 13 de junio de 2012, p. 8.
- 19 CIEL et al.: Organizations condemn Eco Oro Minerals' warning that it could sue Colombia over efforts to protect water sources, Press release, 14 de marzo de 2016.
- 20 Comité por la Defensa del Agua y el Páramo de Santurbán et al.: Tribunal de Arbitraje del Banco Mundial Niega Escuchar a Afectados por Minería en Santurbán, Comunicado, 27 de febrero de 2019.
- 21 AIDA: Banco Mundial retira inversión de la empresa Eco Oro Minerals y su proyecto minero en el páramo de Santurbán, Comunicado de prensa, 19 de diciembre de 2016.
- 22 International Finance Corporation (IFC): IFC Management response to the CAO Compliance Investigation on IFC's investment in Eco Pro Minerals Corp., Colombia (Project #27961), 5 de agosto de 2016; Comité por la Defensa del Agua y el Páramo de Santurbán, y ONG nacionales e internacionales: Complaint to the Office of the Compliance Advisor/Ombudsman re. Colombia / Eco Oro-01/Bucaramanga, 13 de junio de 2012.
- 23 Corporación Financiera Internacional (CFI): IFC Management response to the CAO Compliance Investigation on IFC's investment in Eco Pro Minerals Corp., Colombia (Project #27961), 5 de agosto de 2016.
- 24 Marco Velásquez-Ruiz: La increíble historia de la demanda de Eco Oro Minerals contra Colombia, El Tiempo, 15 de diciembre de 2016.
- 25 Eco Oro Minerals Corp: A Path to Value for Angostura, Presentation to Institutional Shareholder Services, 4 de abril de 2017.
- 26 Red Eagle Exploration Limited v. Republic of Colombia (ICSID Case No. ARB/18/12).
- 27 Galway Gold Inc. v. Republic of Colombia (ICSID Case No. ARB/18/13).
- 28 Ashurst: Quickguides – Third party funding in international arbitration, 4 de septiembre de 2018.
- 29 Ibidem
- 30 Global Arbitration Review: Venezuela settles with Crystallex, 27 de noviembre de 2017.
- 31 Burford Capital Limited: Burford sells Teinver investment for \$107 million, Press Release, 13 de marzo de 2018.
- 32 Frank J. Garcia: The Case Against Third-Party Funding in Investment Arbitration, Investment Treaty News, 30 de julio de 2018.

Fotografías

p60, p62, p63 Fundaexpresión (Colombia)

LA ALFOMBRA ROJA SE SIGUE DESPLEGANDO

LA UE PROMUEVE PRIVILEGIOS EXCLUSIVOS PARA LAS EMPRESAS

A pesar de las muchas injusticias relacionadas con el ISDS que se plantean en los casos de este informe, incluso en varios países europeos, la Unión Europea (UE) desea introducir amplios privilegios empresariales como los que contempla el ISDS en sus acuerdos comerciales con el resto del mundo. También está presionando para que un Tribunal Mundial para Corporaciones decida sobre las futuras demandas de inversores contra Estados. Sin embargo, las historias que se presentan en estas páginas deberían servir como una seria advertencia de los peligros que entraña que ese sueño corporativo se haga realidad, ya que cualquiera de estos casos seguiría siendo viable en el marco del sistema revisado para el ISDS que propone la UE.

En marcado contraste con la opinión pública sobre esta cuestión,¹ la UE es una gran defensora del ISDS. La UE ha cerrado —o está negociando— varios acuerdos de comercio e inversión que prevén estos privilegios legales de gran alcance para los inversores extranjeros (aunque sea con un nombre nuevo: Sistema de Tribunales de Inversiones, o ICS por sus siglas en inglés).² En el contexto de los debates que se están celebrando a escala global sobre la posible reforma del ISDS, la UE también ha presentado propuestas para establecer un nuevo Tribunal Mundial para Corporaciones (conocido, formalmente, como Tribunal Multilateral de Inversiones). Este tribunal mundial resolvería las demandas de los inversores que surgieran en virtud de tratados de inversión futuros y vigentes para los países que se adhirieran a él.³

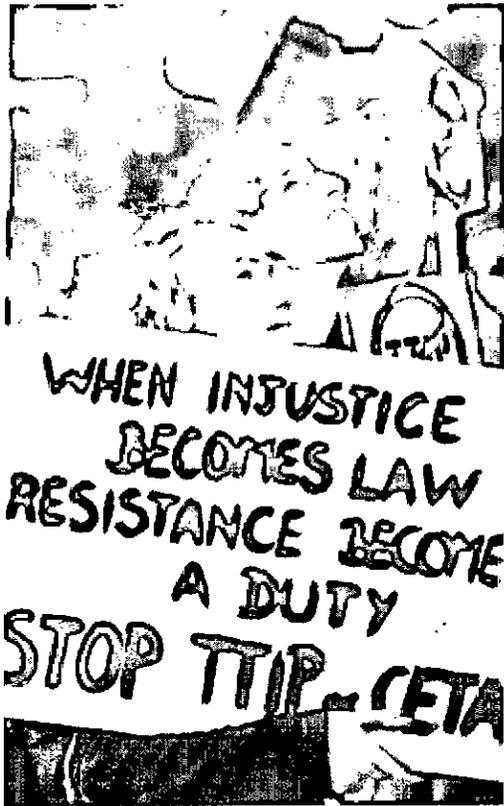
Si se compara con el régimen del ISDS en vigor, que hemos visto en acción en los diez casos de este informe, las propuestas de la UE incorporan una serie de mejoras en lo que se refiere al procedimiento. Por ejemplo, los procedimientos jurídicos estarían abiertos al público (en lugar de ser secretos, como lo suelen ser hoy día). Los árbitros que resuelvan las demandas se elegirán de una lista predeterminada, consensuada por los Estados partes en el acuerdo de inversión (por

lo que ya no serán designados a dedo por las partes de la controversia, con lo que se reducirán algunas de las inquietudes en torno a su parcialidad, aunque no todas). El Tribunal Multilateral de Inversiones que se propone estaría integrado por jueces permanentes, con un sueldo fijo pagado por los países miembros, a diferencia de los paneles de árbitros con fines de lucro que ahora se establecen caso por caso, cuyas ganancias aumentan cuantas más demandas presenten los inversores contra los Estados, lo cual genera un fuerte incentivo financiero para favorecer a la única parte que puede presentar este tipo de demandas (es decir, los inversores extranjeros).

“

Este tribunal multilateral de inversiones (...) deja de aplicarse caso por caso en función de las necesidades (de forma *ad hoc*) para convertirse en un mecanismo permanente con la capacidad de crear nuevos privilegios y ‘derechos’ para los inversores extranjeros.

CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL⁴



Sin embargo, más allá de estas mejoras de procedimiento, el planteamiento de la UE en materia de derechos de las empresas no zanja los problemas, profundamente arraigados, del ISDS. El sistema mantendría su estructura unilateral, en que los inversores solo gozan de derechos y no asumen ninguna obligación. Seguiría posibilitando que miles de empresas eludan los tribunales nacionales y demanden a los Gobiernos a través de un sistema de justicia paralelo en caso de que alguna ley o reglamentación interfiera en su capacidad para lucrarse. Seguiría allanando el camino para que miles de millones de fondos de los contribuyentes acaben en los bolsillos de grandes empresas. Todavía podría cercenar la tan necesaria formulación de políticas en pro del interés público con el fin de proteger a las personas, las comunidades, la salud pública y el planeta. Y aún podría dar lugar a fallos que contradigan directamente y menoscaben los derechos humanos y el derecho ambiental, además de políticas eficaces para evitar el caos climático.

Si se analiza el enfoque de la UE desde la perspectiva de cinco 'modelos de ataque del ISDS' habituales vistos en los casos aquí presentados, se constata que, en el marco de la nueva propuesta del ICS y el Tribunal Multilateral de Inversiones, se mantiene la misma cruzada del ISDS contra la ciudadanía y en beneficio de los intereses empresariales.

Atentado ISDS #1 Demandas contra decisiones que salvaguardan el interés público

El enfoque revisado del ICS que plantea la UE reconoce los mismos derechos 'sustantivos' y de gran calado para los inversores que los tratados vigentes, que han constituido la base jurídica para la ofensiva de los inversores contra decisiones legítimas de los Gobiernos para proteger el medio ambiente, la salud y otros intereses públicos. Por lo tanto, es probable que el ICS —como el proyecto de Tribunal Multilateral de Inversiones, que tampoco modificará o limitará los derechos 'sustantivos' de los inversores— allane el camino para que los inversores redoblen sus intentos de socavar decisiones de interés público como las que se narran en este informe.⁵

66

Esto no cambia nada, ya que las normas en que se basan las sentencias dictadas siguen siendo las mismas.

NIGEL BLACKABY, ABOGADO DE ARBITRAJE DEL BUFETE FRESHFIELDS, SOBRE LA PROPUESTA DE ICS DE LA UE⁶

Un ejemplo de una norma de protección de las inversiones especialmente peligrosa que contempla el modelo del ICS de la UE es el derecho a un "trato justo y equitativo". Entre otras cosas, protege a los inversores de "una arbitrariedad" y "un trato abusivo (como coacción)", así como las "expectativas legítimas" de un inversor.⁷ Aunque puede que estos términos parezcan inocentes, las demandas examinadas en este informe se han basado precisamente en estos conceptos. Por ejemplo, en la amenaza de demanda en virtud del ISDS contra Colombia, Novartis arguyó que el Gobierno había violado las "expectativas legítimas" de la empresa de que las normas relativas a las patentes no cambiarían (capítulo 3.2). En su demanda contra Rumania, Gabriel Resources tilda los retrasos en el proceso de concesión de los permisos para su mina de oro en Roşia Montană de "abuso de poder (...) coercitivo", y la participación del Parlamento en el proceso, de "arbitraria" (capítulo 3.1).⁸ En el caso de Copper Mesa, los árbitros determinaron que Ecuador había contravenido la norma de trato justo y equitativo, ya que no había ayudado a la compañía minera en sus consultas con la comunidad local (capítulo 3.7).⁹

Ningún elemento del sistema del ICS tampoco impediría que los tribunales ordenaran que se indemnizara a las corporaciones por nuevas leyes y regulaciones en pro del interés público. Por el contrario, a pesar de que el texto del ICS sobre el derecho a legislar dispone que no se puede condenar a los países a compensar a los inversores por la retirada de ayudas y subsidios, no descarta la posibilidad de que se dicten este tipo de condenas por medidas reglamentarias

“para alcanzar objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de los consumidores, o la promoción y la protección de la diversidad cultural”.¹⁰ En otras palabras, la UE, sus Estados miembros y sus socios comerciales gozarán de libertad para legislar como deseen, pero al igual que en los casos descritos en este informe, cualquier nueva ley o reglamentación podría costarles miles de millones de los contribuyentes en algún momento, ya que los inversores siguen disfrutando del derecho a exigir una compensación.

Atentado ISDS #2 **Ofensivas encubiertas** **contra decisiones judiciales**

Los tribunales han desempeñado un papel importante en los casos que se presentan en este informe. Los proyectos para el complejo de golf de lujo en la ciudad croata de Dubrovnik (capítulo 3.3) y la mina de oro tóxica de Roşia Montană en Rumania (capítulo 3.1) se suspendieron después de que los tribunales nacionales determinaran que los permisos se habían otorgado de manera ilegal. En Colombia, se clausuraron varias minas cuando la Corte Constitucional prohibió las actividades extractivas en el ecosistema de los páramos (capítulo 3.10). Todas estas sentencias, que perseguían atajar abusos administrativos o proteger el medio ambiente, se están viendo marginadas y posiblemente invalidadas por los tribunales del ISDS.

Estas ofensivas jurídicas encubiertas contra las sentencias de los tribunales nacionales seguirían siendo viables en el marco del ICS que propone la UE. Permitiría que los inversores extranjeros cuestionaran todas las acciones y medidas de naciones soberanas, incluido el desempeño de las funciones democráticas más básicas de la gobernanza. Las empresas podrían poner en tela de juicio las leyes aprobadas por los parlamentos, las medidas de los Gobiernos y las sentencias de los tribunales que supuestamente perjudican las inversiones.¹¹ Un tribunal en el marco del ICS —y el futuro Tribunal Multilateral de Inversiones— podría desautorizar a todos los tribunales de los Estados miembros de la UE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los tribunales de los países socios de la UE si considerara que alguna de las sentencias de estos tribunales había violado los derechos sustantivos y de gran alcance de los inversores (véase el atentado 1). Pero a diferencia de estos tribunales nacionales, los tribunales en el contexto del ICS y el Tribunal Multilateral de Inversiones solo garantizarían acceso a los inversores extranjeros. Y su único propósito consistiría en proteger las inversiones y las expectativas de ganancias.

“

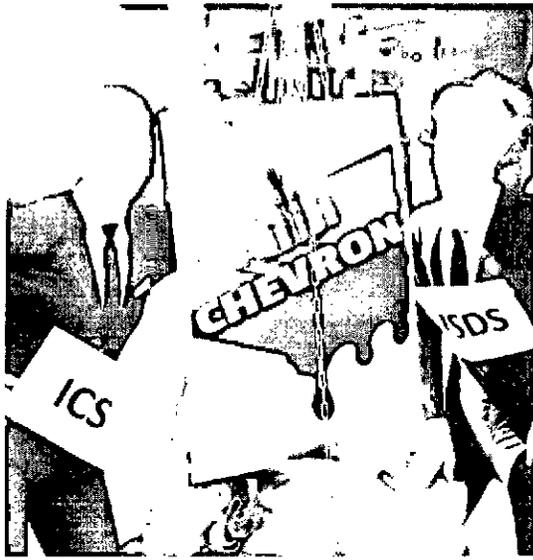
La idea de reforma de la UE se refiere principalmente a la institucionalización del sistema.

IVAYLO DIMITROV, ABOGADO DE ARBITRAJE EN EL BUFETE ARNOLD & PORTER KAYE SCHOLER¹²

Atentado ISDS #3 **Las corporaciones** **pueden reclamar** **indemnizaciones** **por la pérdida** **de supuestos** **beneficios** **futuros**

En las demandas interpuestas en virtud del ISDS, los inversores a menudo reclaman daños y perjuicios no solo por el dinero que en teoría gastaron en un proyecto, sino también por la pérdida de beneficios futuros: Rockhopper reclama a Italia hasta 350 millones de dólares, una cantidad que es siete veces superior al dinero que dedicó a explorar el yacimiento petrolífero de Ombrina Mare (capítulo 3.9); Razvoj Golf y Elitech exigen a Croacia 500 millones de dólares, casi cuatro veces la suma invertida en el complejo de golf de lujo de Dubrovnik (capítulo 3.3); Eco Oro reclama a Colombia 764 millones de dólares, una cifra que más que triplica lo que gastó en el proyecto minero de Angostura (capítulo 3.10); y Gabriel Resources pretende que Rumania le abone la astronómica suma de 5700 millones de dólares, ocho veces más que sus supuestas inversiones en la mina de Roşia Montană y una cifra equivalente al 2,7 % del producto interno bruto del país (capítulo 3.1).¹³

Ninguna disposición de los recientes acuerdos de la UE que contemple derechos para las empresas en el marco de un ICS impediría o incluso atenuaría este tipo de demandas escandalosas. Por ejemplo, a pesar de que el acuerdo comercial entre la UE y Canadá (CETA) establece que las “indemnizaciones pecuniarias no serán superiores a la pérdida sufrida por el inversor”,¹⁴ los árbitros suelen interpretar que los beneficios futuros previstos forman parte de dicha “pérdida” y, por lo tanto, la incluyen al calcular la indemnización. Tanto en los recientes acuerdos de protección de inversiones de la UE como en su propuesta de Tribunal Multilateral de Inversiones falta un pasaje claro que establezca explícitamente, por ejemplo, que la indemnización no puede superar el capital invertido por la empresa implicada.



En palabras Gus van Harten, especialista en derecho de inversión, este contexto pone un “precio muy alto” a las decisiones políticas,¹⁵ y hace que a los representantes políticos les resulte potencialmente muy costoso cambiar de rumbo en materia de políticas o introducir nuevas leyes en respuesta a la demanda pública. Este sistema, a su vez, también genera un gran riesgo de lo que se conoce como enfriamiento regulatorio, como hemos visto en el caso de la ley francesa que tenía por objetivo acabar con los combustibles más contaminantes (y que pasó a promover lo contrario después de que Vermilion amenazara con presentar una demanda al amparo del ISDS, capítulo 3.5), el intento de Colombia de acabar con el monopolio de la patente de un medicamento contra el cáncer con el fin de rebajar su precio en interés de la salud pública (que fue abandonado tras una amenaza de demanda en virtud del ISDS por parte de Novartis, capítulo 3.2) y en el caso de la mina de oro de Roşia Montană, en Rumania (donde el Gobierno, tras ser blanco de una demanda multimillonaria con arreglo al ISDS, ahora parece estar dando marcha atrás en su decisión de paralizar el proyecto (capítulo 3.1).

La UE incluso fomenta este enfriamiento regulatorio: sus acuerdos comerciales disponen que un tribunal de inversión “reducirá los daños” cuando se haya producido “cualquier derogación o modificación de la medida” en cuestión.¹⁶ En otras palabras: si los Estados ceden rápidamente a las demandas de las empresas y dan marcha atrás en sus intentos de legislar en pro del interés público, serán recompensados por el sistema del ICS con la imposición de indemnizaciones por daños menos severas.

Atentado ISDS #4

Grandes financieros especulan con la injusticia sufragando las demandas en virtud del ISDS

La mitad de los casos con arreglo al ISDS que se analizan en este informe cuentan con financiación por terceros. Las demandas de Kingsgate contra Tailandia (capítulo 3.4), Copper Mesa contra Ecuador (capítulo 3.7), Gabriel Resources contra Rumania (capítulo 3.1), Rockhopper contra Italia (capítulo 3.9) y Eco Oro contra Colombia (capítulo 3.10) están sufragadas por financiadores especuladores, que cubren los costes jurídicos del demandante a cambio de un porcentaje considerable del laudo en caso de que se gane el caso.

“

Todavía no está claro el valor que aporta la financiación por terceros a aquellos actores que no sean los propios financiadores y algunos demandantes, mientras que los riesgos son cada vez más evidentes.

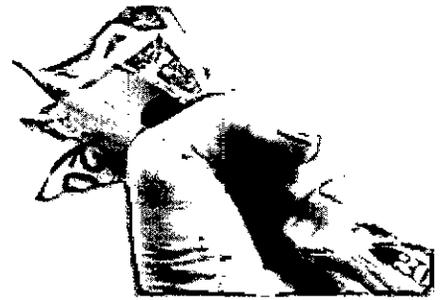
BROOKE GUVEN ET LISE JOHNSON, CENTRO DE INVERSIÓN SOSTENIBLE DE LA UNIVERSIDAD DE COLUMBIA (CCSI)¹⁷

La financiación por terceros se ha criticado por ser “un mecanismo de explotación” que otorga “a una pequeña clase de inversores aún más recursos para presentar unas demandas desequilibradas contra unos Estados con capacidad limitada”.¹⁸ Aunque las propuestas para prohibir este tipo de financiación están cobrando impulso, los últimos acuerdos de la UE con países como Canadá no la prohíben, sino que se limitan a exigir que se comuniquen este tipo de acuerdos de financiación.¹⁹ El mandato de negociación de la UE para el Tribunal Multilateral de Inversiones tampoco apunta nada al respecto.

En otras palabras: con el planteamiento de ICS de la UE, se seguirá especulando con la injusticia, y financiadores con muchísimo dinero alimentarán y facilitarán que se presenten demandas especulativas por parte de inversores, lo cual también incrementará los costes de defensa de los Estados, que carecen de mecanismos de financiación análogos. La única diferencia se hallará en que la opinión pública sabrá un poco más sobre los acuerdos de financiación para estas demandas.

Atentado ISDS #5

No se reconoce a las comunidades afectadas ni hay lugar para los derechos humanos



Uno de los problemas fundamentales del ISDS es que se trata de un sistema unidireccional que solo otorga derechos a los inversores, sin obligaciones a cambio. Las comunidades afectadas no pueden utilizarlo para demandar a las empresas que violan sus derechos humanos o les causan daños financieros o de otra índole y, como hemos visto, ni siquiera tienen derecho a que se les escuche en el marco del sistema. Esta grave injusticia no cambia ni un ápice en las propuestas de la UE.

Varias comunidades afectadas por las cuestiones que son objeto de las controversias en virtud del ISDS que se examinan en este informe intentaron, sin éxito, que su voz se escuchara en los procedimientos. Los árbitros han desestimado las peticiones presentadas por las comunidades próximas a la mina de Santurbán, en Colombia (capítulo 3.10), y la mina de Roşia Montană, en Rumania (capítulo 3.1), así como por los pueblos indígenas que viven en territorios ancestrales que son objeto de dos demandas contra Zimbabwe (capítulo 3.6). Estas comunidades documentaron y ofrecieron pruebas de violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas demandantes, y de cómo determinadas decisiones de los tribunales podrían violar aún más sus derechos. Pero los árbitros concluyeron que los derechos humanos eran inaplicables e irrelevantes para las controversias, y negaron a los peticionarios el derecho a presentar sus argumentos.

La propuesta de la UE para un Tribunal Multilateral de Inversiones señala que los procedimientos “posibilitarán la intervención de terceros”, una cláusula de un sorprendente carácter evasivo.²⁰ Las normas del ICS en los últimos acuerdos comerciales de la UE prevén que “personas no gubernamentales” presenten “observaciones *amicus curiae*”.²¹ Pero las condiciones que rigen este tipo de presentaciones son extremadamente restrictivas (por ejemplo, un escrito se debería enviar al tribunal en los 10 días siguientes a la fecha de constitución del panel arbitral, un plazo nada realista), por lo que los procedimientos parecen concebidos de manera casi deliberada para que a las comunidades les resulte imposible de seguir. Y, al igual que en el marco de los acuerdos vigentes, que posibilitaron que se tramitaran los casos de este informe, los árbitros no están en ningún caso obligados a ocuparse de los argumentos que les envíen las comunidades afectadas.²² Por lo tanto, el enfoque de la UE dista mucho de la plena participación de las comunidades afectadas en los procedimientos vinculados con el ISDS, o de garantizar que los inversores rindan cuentas de sus abusos de los derechos humanos, es decir, del tipo de reformas significativas que necesita el sistema ISDS y que han propuesto numerosas personas del mundo académico y especialistas de la ONU en derechos humanos.²³

“

Las actuales propuestas de reforma, de alcance y naturaleza limitados, solo pueden brindar soluciones superficiales a los síntomas de los problemas de base del sistema ISDS.

CARTA ABIERTA SOBRE EL ISDS DE ESPECIALISTAS INDEPENDIENTES DE LA ONU EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS²⁴

Además, no existe mención alguna a los derechos humanos en ninguna de las disposiciones relativas a la protección de las inversiones de la UE, ni en su propuesta para el establecimiento de un Tribunal Multilateral de Inversiones. También faltan formulaciones que dejen claro que los derechos de los inversores no deben prevalecer sobre los derechos humanos, o que descarten las demandas en virtud del ISDS que cuestionen leyes adoptadas en aras del interés público. Así, y a pesar de la protesta pública en toda Europa, resulta decepcionante que el planteamiento revisado de la UE respecto al ISDS cambie muy poco en lo que se refiere a atajar los efectos negativos que puede tener sobre los derechos humanos.

El lobo del ISDS se viste como el cordero del ICS

No podemos saber cómo se resolverán en el futuro las posibles demandas presentadas en el marco del ICS contra la UE, sus Estados miembros o sus socios comerciales, ni cómo se pronunciaría un Tribunal Multilateral de Inversiones. Sin embargo, está bastante claro que los derechos de los inversores, tal como los propone la UE, no impedirían que se presentaran casos como los que se examinan en este informe. El cambio de nombre —de ISDS a ICS y Tribunal Multilateral de Inversiones— no se ha traducido en un cambio de paradigma muy necesario, que acabe con los derechos jurídicos reservados exclusivamente a los superricos. Las mejoras de procedimiento de la UE no son más que un intento de disfrazar de cordero al lobo del ISDS, que sigue merodeando.

“

Si los tribunales nacionales son lo suficientemente buenos para el resto de la sociedad, ¿por qué no son aptos para las corporaciones?

GUY TAYLOR, GLOBAL JUSTICE NOW²⁵

Referencias

- 1 Para una visión general de las críticas al ISDS en la UE, véase: Corporate Europe Observatory, TTIP investor rights: the many voices ignored by the Commission, 3 de febrero de 2015.
- 2 La UE ha suscrito acuerdos que cuentan con disposiciones relativas a un ICS con Canadá, Singapur y Vietnam. Se están celebrando negociaciones con otros países, como China, Myanmar, Indonesia, México y Japón.
- 3 Comisión Europea: The Multilateral Investment Court project. Para una evaluación crítica de la iniciativa, véase: S2B, CIEL y RLS: A World Court for Corporations. How the EU plans to entrench and institutionalise investor-state dispute settlement, noviembre de 2017.
- 4 CSI: La reforma del sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados (SCIE) en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) - una nota informativa para las posiciones de los sindicatos, 14 de marzo de 2019.
- 5 CCPA et al.: El Sistema de Tribunales de Inversiones puesto a prueba: La nueva propuesta europea perpetuará los ataques de los inversores a la salud y el medio ambiente, abril de 2016.
- 6 Citado en Eric Frei: Schiedsrechtsexperte: TTIP-Gerichtshof würde wenig ändern, Der Standard, 2 de noviembre de 2015.
- 7 Véanse los artículos 8.10.2 y 8.10.4 del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la UE.
- 8 Gabriel Resources Ltd. y Gabriel Resources (Jersey) Ltd.: Claimants Memorial, 30 de junio de 2017, párr. 682 d.
- 9 Copper Mesa Mining Corporation vs The Republic of Ecuador, Award, 15 de marzo de 2016, párr. 6.8.4.
- 10 Artículo 8.9.1 y 8.9.4 del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la UE.
- 11 Por ejemplo, con arreglo al Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la UE, los inversores pueden disputar las medidas siguientes: “una ley, un reglamento, una norma, un procedimiento, una decisión, una acción administrativa, un requisito, prácticas o cualquier otro tipo de medida adoptada por una Parte” (capítulo 1, artículo 1.1).
- 12 Ivaylo Dimitrov: Challenges in Front of the Successful Evolution of the FDI Protection Regime: EFILA Annual Conference, Kluwer Arbitration Blog, 11 de febrero de 2019.
- 13 Todas las referencias a dólares, salvo en caso de que se especifique lo contrario, aluden a dólares estadounidenses, USD.
- 14 Artículo 8.39.3 del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la UE.
- 15 Gus van Harten: Key Flaws in the European Commission’s Proposals for Foreign Investor Protection in TTIP, Osgoode Legal Studies Research Paper Series, No.139, 4.
- 16 Artículo 8.39.3 del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la UE.
- 17 Brooke Guven y Lise Johnson: The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement, CCSI Working Paper, mayo de 2019, 38.
- 18 Frank J. Garcia: The Case Against Third-Party Funding in Investment Arbitration, Investment Treaty News, 30 de julio de 2018.
- 19 Artículo 8.26 del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la UE.
- 20 Consejo de la Unión Europea: Directrices de negociación para un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones, 20 de marzo de 2018, párr. 13.
- 21 Anexo 29-A del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la UE, párr. 43.
- 22 Ibidem, párrs. 44 y 46.
- 23 Véase, por ejemplo: Letter of UN human rights experts to UNCITRAL working group III, 7 de marzo de 2019; Open Letter on the Asymmetry of ISDS by academics, 13 de febrero de 2019.
- 24 Letter of UN human rights experts to UNCITRAL working group III, 7 de marzo de 2019.
- 25 Global Justice Now: New ISDS is “little more than putting lipstick on a particularly unpopular pig”, 12 de noviembre de 2015.

Fotografías

p67 Motty, p69 Uwe Hiksich, p70 Liz West



exigencias de movimientos por la salud pública y el clima. Pero el ISDS se ha utilizado para disputar y socavar estos logros por parte de las comunidades y el público en general, o para sangrar la economía de los Gobiernos por actuar en aras del interés público.

Injusticia 2

Los tribunales con alfombra roja desautorizan a los tribunales nacionales y recompensan a inversores que han violado la ley

En los tribunales de ISDS, los inversores han cuestionado las sentencias dictadas por tribunales nacionales con el fin de salvaguardar el interés público. Los casos en virtud del ISDS contra Rumania, Colombia y Croacia que se analizan en este informe marginan —y potencialmente invalidan— decisiones de los tribunales nacionales que persiguen la protección de las comunidades y el medio ambiente.

Además, cualquier inversor extranjero, independientemente de que sus inversiones y actividades contribuyan a un desarrollo sostenible y respeten o no las leyes nacionales e internacionales, puede recurrir al uso de los tribunales de ISDS contra un Estado anfitrión. Los casos contra Rumania, Ecuador, Tailandia y Croacia revelan que, a pesar de que los inversores mostraron un comportamiento ilegal o una conducta violenta (como tiroteos contra comunidades), pudieron demandar a los Gobiernos y exigirles una indemnización de millones —y, a veces, miles de millones— de dólares, con cargo a los presupuestos públicos.³ Mientras que, en el marco del ISDS, no se puede exigir a los inversores que rindan cuentas de sus acciones, sí pueden demandar a los Estados, aun cuando se haya determinado que han violado las leyes de un país y que ni siquiera han cumplido con obligaciones mínimas, como la de obtener el consentimiento previo e informado de las comunidades que viven en la zona en la que se realiza su inversión.

Injusticia 3

Los tribunales con alfombra roja pueden abrir agujeros de miles de millones de dólares en los presupuestos públicos

En este informe se han documentado las numerosas y asombrosas demandas por daños y perjuicios interpuestas por inversores a través del ISDS y las sumas, a menudo exorbitantes, concedidas por los tribunales en concepto de indemnización: una orden de compensación por daños de 24 millones de dólares contra Ecuador; un laudo de 65 millones de dólares contra Zimbabwe (que podría ascender a 169 millones de dólares si el Gobierno no expulsa a las comunidades indígenas de las tierras que reclaman los inversores); los casos, aún pendientes de resolverse, contra Croacia, Italia y Colombia por los que se exigen varios cientos de millones de dólares; las demandas con arreglo al ISDS contra Vietnam y Tailandia, en que las sumas reclamadas ni siquiera son públicas, pero que seguramente tendrán un efecto económico devastador sobre los presupuestos de estos países; una sorprendente demanda en virtud del ISDS de 5000 millones de dólares contra Rumania (equivalente a casi el 3 % del PIB del país); y unas compañías petroleras que demandan a Vietnam para impedir que el país le reclame el pago de impuestos.

Con el ISDS, los Gobiernos pueden verse obligados a pagar millones —y, en ocasiones, miles de millones— de los contribuyentes para compensar a las corporaciones, incluso por supuestas ganancias futuras. La suma total de dinero que los Estados han sido condenados o han accedido a pagar como resultado de fallos y acuerdos conocidos al amparo del ISDS es de 88 000 millones de dólares.

Injusticia 4

Los tribunales con alfombra roja pueden disuadir la adopción de medidas de interés público

Como hemos visto en este informe, varios casos evidencian el efecto de enfriamiento que pueden tener las amenazas de demanda en virtud del ISDS en las decisiones de los funcionarios gubernamentales para promover leyes fundamentales de interés público, o garantizar que los megaproyectos empresariales se ajusten a las regulaciones sociales y ambientales. Ante la amenaza de demandas millonarias o —incluso multimillonarias—, Francia revocó el contenido de una ley destinada a combatir el cambio climático; Colombia diluyó una política de acceso a los medicamentos para los enfermos de cáncer; Rumania está elaborando una nueva ley minera que podría volver a dar luz verde a una mina ilegal, y ha retirado una solicitud para designar la zona como Patrimonio de la Humanidad protegido; y el Gobierno croata ha vuelto a expedir permisos que antes habían sido declarados ilegales por los

tribunales del país. El uso del ISDS para frenar que se promulguen leyes fundamentales en aras del interés público representa uno de los mayores peligros de este sistema.



Injusticia 6

Los tribunales con alfombra roja socavan los derechos humanos

El ISDS no solo es incompatible con la protección del medio ambiente y la justicia climática, sino que también constituye un atentado más contra la ya débil protección jurídica de las comunidades que se ven gravemente afectadas por los proyectos de los inversores. En el caso contra Zimbabwe, los árbitros han ordenado al Gobierno que desaloje a miles de familias indígenas de sus tierras ancestrales. En Rumania, centenares de personas podrían verse desplazadas de sus aldeas y sus casas quedarían destruidas para evitar un pago multimillonario. En Ecuador, la comunidad de Junín, ubicada en uno de los bosques más biodiversos del planeta, se enfrentó al desalojo de sus tierras para dar paso a la construcción de una mina de cobre a cielo abierto, hasta que el Gobierno paralizó el proyecto.

Por estos y otros motivos, algunos países han empezado a abandonar los sistemas de ISDS, poniendo fin o no renovando sus tratados bilaterales de inversión, o incluso saliendo de grandes acuerdos de inversión como el Tratado sobre la Carta de la Energía (véase la imagen 3 en la página 10). Y cabe destacar que lo han hecho sin experimentar ninguna de las graves consecuencias para su economía o la inversión extranjera directa sobre las que se les suele advertir (véase el cuadro 2 en la página 11). Por lo tanto, es evidente que, a pesar de lo que afirmen sus partidarios, el ISDS nunca se concibió para atraer inversiones a los países, sino más bien para eludir la democracia y socavar el medio ambiente y los derechos humanos, a fin de beneficiar a corporaciones y a particulares ricos.

Algunos países, en su mayoría europeos, junto con la propia UE, han recurrido últimamente a maniobras de maquillaje y relaciones públicas para intentar salvar el sistema de tribunales con alfombra roja. Están intentando renombrar, redefinir y relanzar el sistema de ISDS como el Sistema de Tribunales de Inversiones (ICS) propuesto por la UE y el Tribunal Multilateral de Inversiones. Pero en el contexto de estos supuestos 'nuevos' regímenes de ISDS, aún sería posible presentar demandas que arremeten directamente contra las decisiones del Gobierno y de los tribunales para proteger el interés público sin que apenas se tengan en cuenta los derechos humanos y ambientales. Y las corporaciones aún podrían reclamar miles de millones a los Estados por la pérdida de ganancias futuras.

No existe posibilidad alguna de reformar el ISDS para que sea 'mejor', ya que todo el sistema ha creado una estructura de impunidad que solo beneficia a corporaciones y particulares ricos. Para que prosperen la democracia y la justicia, la única solución pasa por que los países desmantelen los tribunales con alfombra roja. Y en su lugar, los Gobiernos deben priorizar el interés público e introducir reglas que permitan que las comunidades y los Estados exijan cuentas a los inversores y a las corporaciones por sus impactos perjudiciales y violaciones de los derechos humanos.

Injusticia 5

Los tribunales con alfombra roja amenazan la protección ambiental y la justicia climática

En muchas de las historias que se documentan en estas páginas, los inversores han impugnado de manera sistemática medidas de protección del medio ambiente. Una compañía de petróleo y gas amenazó con demandar al Gobierno de Francia por intentar frenar la extracción de combustibles fósiles contaminantes, una medida muy necesaria para evitar el caos climático. Grandes empresas mineras que estaban preparadas para liberar en el ambiente toneladas de cianuro, permitir fugas de residuos tóxicos o contaminar bosques y fuentes de agua potable, han demandado a Rumania, Tailandia, Ecuador y Colombia después de que sus respectivos Gobiernos intervinieran para detener estos proyectos tóxicos. La prohibición impuesta por Italia sobre la perforación de petróleo y gas cerca de la costa del país también es objeto de disputa, y la demanda se utiliza como una espada de Damocles para impedir que el Gobierno actual adopte medidas más ambiciosas sobre los combustibles fósiles contaminantes.

Referencias

1 Todas las referencias a dólares, salvo en caso de que se especifique lo contrario, aluden a dólares estadounidenses, USD.

Fotografía Amigos de la Tierra Europa

TRIBUNALES CON ALFOMBRA ROJA

**10 HISTORIAS DE CÓMO LOS RICOS Y PODEROSOS
SECUESTRARON LA JUSTICIA**

www.foei.org www.foeeurope.org

www.tni.org

www.corporateeurope.org

 Friends of the Earth

 Friends of the Earth

 tni

 Corporate Europe