

Los acuerdos internacionales de inversión a examen

Tratados bilaterales de inversión, política de inversiones de la Unión Europea y desarrollo internacional



Los acuerdos internacionales de inversión a examen

Tratados bilaterales de inversión, política de inversiones de la Unión Europea y desarrollo internacional

Acerca de BITs in Pieces

También conocido por su nombre completo Making EU Investment Policy Work for Sustainable Development (por una política de inversiones de la UE al servicio del desarrollo sostenible), este proyecto tiene como objetivo fomentar una política europea de inversiones que sea coherente con la política de desarrollo y contribuya a lograr los Objetivos de Desarrollo del Milenio para 2015, el desarrollo sostenible y el respeto a los derechos humanos en países en desarrollo. En esta iniciativa, más de diez grupos de la sociedad civil europea se han coordinado para impulsar un análisis crítico de los tratados bilaterales de inversión (TBI) europeos para garantizar que no limiten la capacidad de los Gobiernos de alcanzar objetivos en materia de políticas públicas.

Acerca de Traidcraft

Traidcraft Exchange es la única ONG de desarrollo británica especializada en poner el comercio al servicio de los sectores pobres de la población. En colaboración con nuestras contrapartes locales, trabajamos para crear oportunidades para que estas personas puedan aprovechar los beneficios del comercio, y ayudarlas a desarrollar medios de vida sostenibles. Traidcraft también pretende utilizar la experiencia de su empresa de comercio hermana, Traidcraft plc, para mejorar las buenas prácticas comerciales. El área de políticas de Traidcraft lleva a cabo un trabajo de investigación e incidencia para mejorar las normas en el comercio y las prácticas empresariales. En los últimos años, Traidcraft ha reforzado su trabajo sobre inversiones y ha dado un nuevo impulso a su participación en redes y a sus esfuerzos en incidencia en materia de inversión y desarrollo.

Traidcraft Head Office
Kingsway, Gateshead Tyne & Wear
NE11 ONE, UK

Tel: +44 (0) 191 491 0591
Fax: +44 (0) 191 497 6562
E-mail: policy@traidcraft.co.uk

www.traidcraft.org.uk

Registered charity no. 1048752

Agradecimientos

Esta publicación ha sido redactada por Thomas Fritz, de PowerShift, entidad alemana socia en el proyecto BITs in Pieces. El informe ha sido elaborado por Traidcraft Exchange con la contribución de los socios del proyecto, y con el particular apoyo de Rebecca Varghese Buchholz (TX), Pietje Vervest (TNI), Roos Van Os (SOMO), Lizzie McLeod (TX) y Nathalie Bernasconi-Osterwalder (IISD).

Maquetación y diseño: www.revangeldesigns.co.uk

© Traidcraft 2015



Contenido

Resumen ejecutivo	5
1. Introducción	7
2. ¿Incrementan la inversión los AI?	9
3. El ISDS y el Estado de derecho	13
4. El futuro de los AI: competencia europea y reforma	19
5. Recomendaciones	23
Apéndice: La realidad del CETA: las reformas de la UE no bastan	24

Siglas

AII	Acuerdos internacionales de inversión
APPI	Acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CETA	Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (AECG, pero más conocido por sus siglas en inglés, CETA)
CIADI	Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones
FCN	Tratados de amistad, comercio y navegación (FCN, por sus siglas en inglés)
FET	Trato justo y equitativo (TJE, pero más conocido por sus siglas en inglés, FET)
IED	Inversión extranjera directa
ISDS	Solución de controversias entre inversores y Estados (SCIE, pero más conocido por sus siglas en inglés, ISDS)
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
TBI	Tratados bilaterales de inversión
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TTIP	Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión (ATCI, pero más conocido por sus siglas en inglés, TTIP)
UNASUR	Unión de Naciones Suramericanas
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Resumen ejecutivo

Los acuerdos internacionales de inversión (AI)¹ representan una seria amenaza a la democracia y al Estado de derecho, dos significativos valores europeos con los que nos hemos comprometido en nuestra política comercial². También suponen un peligro para los intereses de la sociedad en materia social, medioambiental, de salud y seguridad de los consumidores, así como para el derecho (y deber) soberano de gobernar de los Estados. Cada vez existe una mayor conciencia de estos riesgos. Como muestra la preocupación sobre el TTIP, tanto la ciudadanía como los legisladores en todo el mundo están cuestionando cada vez más este sistema, especialmente el mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS, por sus siglas en inglés), que permite a los inversores extranjeros saltarse el sistema legal de los Estados receptores y demandar a sus Gobiernos ante tribunales privados por cualquier política, ley aprobada de forma democrática o sentencia judicial que les afecte negativamente.

Gran riesgo y dudosas recompensas: el impacto de los AI en el desarrollo

Los países en desarrollo que firman los AI con países desarrollados están haciendo una apuesta muy arriesgada. A cambio de la esperanza de incentivar la inversión extranjera directa (IED) estos países limitan su margen de decisión sobre sus políticas. Pero cada vez existen más pruebas de que los AI por sí mismos no atraen IED; son más importantes otros factores clave, como el tamaño del mercado y el abastecimiento de recursos naturales. Cuando firmaron los primeros AI, los negociadores de los países en desarrollo desconocían por completo los riesgos que planteaba el ISDS, una percepción que no cambió hasta que les llegaron las primeras demandas. Dado que los flujos de inversión son cada vez más globales, los contribuyentes europeos tendrán que pagar con más frecuencia la cuenta de las demandas de los inversores de mercados emergentes. Como ejemplo, véase el cuadro sobre Ping An vs. Bélgica más adelante. El aumento exponencial desde los noventa de las demandas ante este mecanismo (ver figura 1) implica que se está volviendo más y más difícil para los legisladores seguir ignorando las deficiencias del proceso.

ISDS: violación del Estado de derecho y debilitamiento de la democracia

El arbitraje de inversiones tiene lugar a puerta cerrada y no se adhiere a los principios básicos del derecho público. El régimen ha evolucionado en un negocio controlado por unos pocos bufetes y abogados propensos a verse involucrados en conflictos de intereses. Los tribunales de inversión están compuestos por abogados privados en vez de por jueces independientes, un sistema del que solo pueden hacer uso los inversores extranjeros. La experiencia demuestra que la sola amenaza de demanda inhibe la acción de los Gobiernos, un fenómeno conocido como “enfriamiento regulatorio”. Las ambiguas normas de los AI dan a los árbitros un margen de interpretación suficiente como para cuestionar un amplio abanico de regulaciones de interés público. Como los AI delegan la interpretación de los tratados en los árbitros, en la práctica los tribunales están asumiendo funciones estatales.

1. Los AI incluyen los tratados bilaterales de inversión y los capítulos de inversión en los tratados de libre comercio.

2. Jean-Luc Demarty, director general de Comercio de la Comisión Europea, citó como “nuestros valores... el libre mercado, la democracia, el Estado de derecho y el respeto por el individuo” en The Parliament Magazine (3 de noviembre de 2014): <https://www.theparliamentmagazine.eu/articles/feature/ttip-worth-effort>

Los AIi a examen: reformas del régimen de inversiones

El número de países que están revisando su marco de inversiones está creciendo. Algunas naciones en desarrollo han llevado a cabo cambios incluso de mayor calado: Ecuador, Venezuela, Bolivia, Sudáfrica e Indonesia han puesto fin a varios AIi; Bolivia, Ecuador y Venezuela han salido del CIADI; India ha congelado todas las negociaciones de inversión y UNASUR ha creado un foro alternativo de arbitraje de inversiones. Las limitadas reformas en la UE, EE UU y Canadá todavía no reflejan la creciente preocupación pública.

Recomendaciones

- La UE y sus Estados miembros deberían abstenerse de presionar a los países en desarrollo para que negocien o firmen AIi.
- La UE y sus Estados miembros deberían suprimir el ISDS de todos los acuerdos de comercio e inversión tanto bilaterales como de la UE y explorar mecanismos alternativos de solución de controversias.
- La UE y sus Estados miembros deberían iniciar análisis participativos de sus acuerdos de inversión, llevar a cabo evaluaciones del impacto de todos los AIi en materia de derechos humanos, eliminar cualquier inconsistencia de estos tratados con la legislación internacional en derechos humanos e incluir disposiciones vinculantes para los inversores en todos los acuerdos de inversión.



1. Introducción

La Unión Europea asumió las competencias en materia de inversión de los Estados miembros en el Tratado de Lisboa de 2009. La comisaria de Comercio, Cecilia Malmström, y su departamento; el vicepresidente primero, Frans Timmermans, y los miembros del Parlamento Europeo comparten la responsabilidad en cuanto a política de inversiones con el Consejo. Para los eurodiputados del Parlamento Europeo es particularmente importante desarrollar una comprensión crítica de los riesgos de los acuerdos de inversión de la UE. Debido a la creciente preocupación pública, cada vez se observa con mayor atención la posición de los eurodiputados respecto a la protección de las inversiones y al ISDS.

Las negociaciones de inversión entre la UE y una serie de países socios desarrollados y en desarrollo (ver cuadro) siguen su curso. Y están despertando controversia y debate entre la sociedad europea y los legisladores. Hay mucho en juego, porque los acuerdos internacionales de inversión afectan a los consumidores, a la ciudadanía y a los contribuyentes de todo el mundo. Pueden amenazar la democracia y el Estado de derecho, bienes públicos como los estándares sociales, medioambientales, de salud

y de seguridad en el consumo, así como el deber (y el derecho) soberano de los Estados y de las instituciones europeas a gobernar.

Estos acuerdos han fracasado en su objetivo declarado de impulsar la entrada de inversiones³ y sus beneficios sociales en términos de empleo y crecimiento son inapreciables⁴. En la solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS) —el mecanismo estándar para hacer cumplir los acuerdos de inversión—, tres abogados comerciales tienen potestad para juzgar los actos legislativos, ejecutivos y judiciales de Estados soberanos. Sin haber sido elegidos, sin rendir cuentas ante nadie y sin ninguna posibilidad de apelación, los tribunales del ISDS gozan cada vez de mayor popularidad entre las grandes empresas multinacionales, a las que los acuerdos de inversión otorgan amplios —y más ampliamente interpretados— derechos.

Hasta la fecha, las instituciones europeas no han firmado y ratificado ningún acuerdo internacional de inversión que contemple el ISDS, aunque algunas negociaciones están muy avanzadas. Así que para los legisladores europeos todavía queda mucho partido por jugar en el terreno europeo.

Estado actual del juego: acuerdos de inversión en vigor y negociaciones de la UE en curso

La forma más extendida de acuerdos internacionales de inversión (AII) son los tratados bilaterales de inversión (TBI). En todo el mundo existen 3.196 AII, de los cuales 2.857 son TBI⁵. Los Estados miembros de la UE tienen más de 1.200 TBI en vigor con terceros países. Aparte de los TBI, cada vez se integran con más frecuencia cláusulas de inversión en los tratados de libre comercio. Desde 2011, la Comisión Europea tiene el mandato de integrar la protección de las inversiones, incluyendo el ISDS, en varios tratados de libre comercio que se están negociando en la actualidad.

Panorama general de los mandatos de inversión de la Comisión

Junio de 2011:	India, Canadá (CETA) y Singapur
Diciembre de 2011:	Egipto, Jordania, Marruecos y Túnez
Noviembre de 2012:	Japón
Junio de 2013:	Estados Unidos (TTIP)
Octubre de 2013:	Malasia, Vietnam y Tailandia
Octubre de 2013:	China (acuerdo únicamente de inversión)
Marzo de 2014:	Myanmar (acuerdo únicamente de inversión)

3. UNCTAD 2014: *Trade and Development Report 2014: Global governance and policy space for development*, Nueva York/Ginebra.

4. Gallagher, Kevin P./Zarsky, Lyuba 2006: *Rethinking Foreign Investment for Development, post-autistic economics review*, Issue No. 37, 28 de abril de 2006.

5. UNCTAD 2013: *World Investment Report 2013 – Global Value Chains: Investment and Trade for Development*, Nueva York/Ginebra, p. 102.

Foresti vs. Sudáfrica: los inversores cuestionan el empoderamiento económico de la población negra



En 2006, un grupo de inversores italianos y una compañía con sede en Luxemburgo demandaron a Sudáfrica ante el CIADI, una entidad del Banco Mundial que dirime controversias de inversión, por unas cláusulas incluidas en una nueva ley sobre minería que estipulaban el apoyo al empoderamiento económico de la población negra. Con el objetivo de corregir las injusticias del régimen del *apartheid*, se dispuso que las empresas mineras transfirieran una parte de sus acciones a los colectivos “de sudafricanos históricamente desfavorecidos”. Los inversores objetaron que esta ley equivalía a una expropiación y suponía una violación de los estándares de trato justo y equitativo. En 2010 ambas partes llegaron a un acuerdo que reducía drásticamente la exigencia de traspasar acciones a los sudafricanos negros⁶.

Este breve informe pretende subrayar elementos problemáticos del actual régimen de protección de inversiones, incluidos los impactos en el mundo en desarrollo, así como analizar desde una perspectiva crítica los esfuerzos de reformas que están en marcha en todo el mundo. También tiene por objetivo proponer a los legisladores europeos un camino que seguir acorde con sus compromisos con la Política de Coherencia en el Desarrollo.

En el capítulo 1 evaluamos el éxito de los acuerdos internacionales de inversión en cuanto a su objetivo declarado de incentivar los flujos de inversión extranjera directa en países en desarrollo. En el capítulo 2 examinamos los impactos del ISDS en el Estado de derecho. En el capítulo 3 realizamos una panorámica crítica de los esfuerzos por reformar el sistema. Y en el capítulo 4 hacemos algunas recomendaciones para los legisladores europeos sobre el camino que se debería seguir en la política de inversiones de la UE.

Cada vez se extiende más la preocupación sobre los enormes riesgos que presentan los acuerdos internacionales de inversión. En el mundo en desarrollo, Sudáfrica, India, Indonesia y Bolivia están revisando los acuerdos de inversión y algunos países han puesto fin a AII que se han demostrado perjudiciales. Unas tres cuartas partes de las controversias entre inversores y Estados conocidas hasta la fecha se han presentado contra economías en desarrollo o en transición⁷.

En la Unión Europea, que asumió la competencia directa para las inversiones con el Tratado de Lisboa de 2009, cada vez más legisladores muestran inquietud por las cláusulas de inversión en las negociaciones con Estados Unidos (TTIP), Canadá (CETA) y Singapur (ALC UE/Singapur). La alarma crece entre la sociedad europea: en la consulta pública de la Comisión Europea sobre el ISDS en el TTIP, se presentaron 150.000 respuestas, la mayoría de la ciudadanía.

El coste de la defensa en los casos del ISDS

El coste de defensa de los casos ante el ISDS asciende a unos ocho millones de dólares cada uno. La capacidad de los tribunales de emitir un fallo por daños casi ilimitados supone una particular amenaza a los países en desarrollo y puede provocar un “enfriamiento regulatorio”. En 2012, un tribunal del ISDS condenó a Ecuador a pagar 1.770 millones de dólares como compensación a la empresa estadounidense Occidental Petroleum. Los intereses y los costos legales incrementaron la multa hasta un total de 2.400 millones, una suma equivalente al gasto anual de Ecuador en sanidad para siete millones de personas⁸.

6. Foresti vs. South Africa, Caso del ICSID No ARB(AF)/07/1, fallo del 4 de agosto de 2010.

7. UNCTAD 2014: *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, IIA Issues Note, No. 1, 1 de abril de 2014.

8. Wallach, Lori/Beachy, Ben 2012: *Occidental v. Ecuador Award Spotlights Perils of Investor-State System*, Public Citizen, Memorandum, 21 de noviembre de 2012.

2. ¿Incrementan la inversión los AI?

Capítulo 2: resumen de los puntos clave

- Los países desarrollados fueron el verdadero motor de los AI.
- Los países en desarrollo que firmaron AI entraron en un negocio arriesgado: limitaron gravemente su margen de creación de políticas a cambio de la perspectiva de un mayor flujo de IED.
- Los AI no atraen IED. Son más importantes otros factores determinantes (el tamaño del mercado, los recursos naturales, las infraestructuras o la mano de obra).
- Cuando firmaron sus primeros AI, los negociadores de los países en desarrollo ignoraban por completo los riesgos del arbitraje de inversiones.
- Esta percepción no cambió hasta que el número de controversias empezó a incrementarse y se hicieron patentes los impactantes costes de los pagos de compensaciones y la defensa legal.

En el periodo de posguerra, Europa llevó a cabo negociaciones de AI, concebidos como instrumentos contra las expropiaciones y nacionalizaciones de activos de las empresas europeas en el extranjero. Al principio, los países desarrollados reclamaban que la ley internacional obligara a los Estados a pactar estándares mínimos de protección de los inversores extranjeros, y realizar el pago de una compensación “pronta, adecuada y efectiva” por las expropiaciones (la llamada fórmula Hull). Este enfoque encontró la oposición de las naciones en desarrollo, que defendían su soberano derecho a intervenir en la economía⁹. Jeswald Salacuse, profesor de Derecho en la Universidad de Tufts, describe las reservas de los Gobiernos de los países en desarrollo hacia un orden económico dominado por los viejos poderes coloniales:

“Con la llegada de la descolonización tras la Segunda Guerra Mundial, muchos países recién independizados, que insistían en que no habían tenido ningún papel en el desarrollo de los conceptos occidentales del derecho internacional y que creían que las normas internacionales existentes servían únicamente para mantenerlos en la pobreza, también cuestionaron la visión occidental del derecho internacional sobre inversiones”¹⁰.

Como se demostró que estas visiones enfrentadas eran irreconciliables, los países desarrollados empezaron a presionar a los países en desarrollo para que firmaran acuerdos de inversión. En 1959, Alemania Occidental y Pakistán fueron los primeros Estados en firmar un AI. En las siguientes décadas, Francia, Italia y Suecia siguieron el ejemplo de Alemania. El primer AI estadounidense se firmó con Egipto en 1982¹¹.

9. Neumayer, Eric/Spess, Laura 2005: “Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?”, *World Development*, Vol. 33, No. 10, pp. 1567-1585, 2005.

10. Salacuse, Jeswald W. 2010: “The Emerging Global Regime for Investment”, *Harvard International Law Journal*, Volume 51, Number 2, Summer 2010, pp. 427-473.

11. Alschner, Wolfgang 2013: “Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law”, *Goettingen Journal of International Law* 5 (2013) 2, pp. 455-486.

Sobre el papel, los AII se aplican por igual a ambas partes. Pero como las inversiones circulan casi exclusivamente desde los países desarrollados hacia países en desarrollo, no había reciprocidad real: “Los TBI fueron concebidos para cubrir una relación asimétrica entre países desarrollados exportadores de capital y países en desarrollo importadores de capital”¹². Como consecuencia, las cargas regulatorias recayeron casi en su totalidad sobre los países en desarrollo. Debido a la naturaleza de los acuerdos, que no se percibía como recíproca, y el escepticismo que mantenían los países en desarrollo, la red de AII creció muy lentamente durante las tres primeras décadas. Desde 1959 a 1989, se cerraron 386 acuerdos internacionales de inversión¹³.

La década de los noventa fue testigo de un rápido incremento en el número de AII, con la firma de unos 1.600 acuerdos. La crisis de la deuda en los países en desarrollo junto con el aumento de la petición de préstamos por parte de la administración estadounidense de Reagan provocó que los bancos privados dejaran de conceder préstamos a los países en desarrollo, y esto se agudizó por la reducción de la ayuda al desarrollo.

Como consecuencia, la inversión extranjera directa (IED) se presentó como una fuente alternativa de capital a los menguantes créditos privados. Los programas de ajuste estructural, la liberalización del comercio y la desregulación de los mercados se introducían cada vez con más frecuencia acompañados de políticas para atraer IED, entre las que los AII tuvieron un papel preponderante.

En su informe sobre comercio y desarrollo de 2014, la UNCTAD presenta los resultados de un ejercicio econométrico que analiza si los AII impulsaron los flujos de IED de los países desarrollados hacia los países en desarrollo en el periodo de 1985-2012. Tras haber aplicado una nueva y rigurosa metodología, la investigación llega a la aleccionadora conclusión de que “los AII no parecen tener ningún efecto en los flujos de IED bilaterales entre Norte y Sur”. El consejo del informe a los legisladores de los países en desarrollo es claro: “De hecho, deberían ser precavidos ante cualquier recomendación de avanzar seriamente en los AII”¹⁴.

“Los AII no parecen tener ningún efecto en los flujos de IED bilaterales entre Norte y Sur”

UNCTAD Trade and Development Report 2014, p.159.

12. Ibid., p. 465.

13. Vandevelde, Kenneth J. 2005: *A Brief History of International Investment Agreements*, U.C. Davis Journal of International Law & Policy, Volumen 12, No. 1, p. 157-194, <http://ssrn.com/abstract=1478757>

14. UNCTAD 2014: *Trade and Development Report 2014: Global governance and policy space for development*, Nueva York/Ginebra, p. 159

15. UNCTAD 2009: *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, Nueva York/ Ginebra, 2009.

16. Tobin, Jennifer L./Rose-Ackerman, Susan 2011: “When BITs have some bite: the political-economic environment for bilateral investment treaties”, *The Review of International Organizations*, marzo de 2011, Volumen 6, issue 1, p. 2.

17. Hallward-Driemeier, Mary 2003: *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit...and they could bite*. World Bank, DECRG, junio de 2003. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1596/1813-9450-3121>

En análisis anteriores, la UNCTAD explica que los AI tienen una importancia menor en comparación con otros factores que determinan directamente la entrada de flujos de IED: “Entre ellos, son claves el atractivo económico de los países receptores en cuanto al tamaño y al crecimiento del mercado, la disponibilidad y los costes de los recursos naturales, así como otros insumos como capacidades, servicios de infraestructuras o bienes intermedios”¹⁵.

Los AI no compensarán a los inversores potenciales por la falta de estas dotaciones. Como explican Jennifer Tobin y Susan Rose-Ackerman, “estos acuerdos no pueden compensar un frágil contexto de inversión”¹⁶. Por tanto, los países que pueden llegar a cosechar algún beneficio de los AI se encontrarían, si los hubiera, únicamente entre las economías más avanzadas. La economista del Banco Mundial Mary Hallward-Driemeier admite

que “se podría afirmar que los que se están beneficiando de los acuerdos son los que menos necesitan que un TBI certifique la calidad de los derechos de propiedad”¹⁷.

Es más, la poca posibilidad de recibir IED a través de AI debe también compararse con el riesgo de las costosas controversias de inversión. Los expertos en desarrollo Kevin P. Gallagher y Elen Shrestha sostienen que “en relación con los presupuestos gubernamentales y en términos per cápita los países en desarrollo pagan significativamente más por daños que las naciones desarrolladas”¹⁸. Los Estados no pueden presentar demandas contra las empresas y pagan enormes sumas para defenderse. Recientemente se le ha ordenado a Rusia pagar 50.000 millones de dólares¹⁹, la cifra más alta hasta la fecha, y se está dando una tendencia ascendente en la escala de daños.

Brasil: sin AI y el mayor receptor de IED de la región



Brasil es un caso paradigmático para ilustrar el discutible vínculo entre AI e IED. Aunque el Gobierno negoció 14 AI en los noventa, el Congreso de Brasil los rechazó por considerarlos inconstitucionales. Y, sin embargo, nunca se detectó un impacto negativo en el flujo de IED. Más bien lo contrario: Brasil ocupa el quinto lugar *de todo el mundo* en la lista de 2014 de los países donde los directivos de empresas dicen estar más dispuestos a dirigir sus dólares de inversión extranjera²⁰. Brasil sigue siendo el mayor receptor de IED en América Latina, muy por encima de México (que tiene muchos AI). En un informe reciente, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) constata que el “volumen de inversión [...] resulta muy significativo incluso para una economía grande como es el caso del Brasil: equivale al 2,9% del PIB del país”²¹. El ejemplo de Brasil prueba sin lugar a dudas que los AI no son una condición necesaria para atraer IED.

18. Gallagher, Kevin P./Shrestha, Elen 2011: *Investment Treaty Arbitration and Developing Countries: A Re-Appraisal*, Tufts University, Global Development and Environment Institute, Working Paper No. 11-01, mayo de 2011.

19. “Antiguos accionistas de Yukos recibirán 50 mil millones de compensación por daños por parte de Rusia”, *Financial Times*, 28 de julio de 2014: <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/f5824afa-1623-11e4-8210-00144feabdc0.html#axzz3I6BnmRVY>

20. El Índice de Confianza de IED de AT Kearney, establecido en 1998, elabora un ranking de países según un pronóstico de cómo los cambios en sus sistemas políticos, económicos y regulatorios pueden afectar a la entrada de inversión extranjera directa en los siguientes años. <http://www.atkearney.com/research-studies/foreign-direct-investment-confidence-index>

21. CEPAL 2013: *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, junio de 2013.

A principios de los noventa, solo se habían registrado unos diez casos conocidos de controversias entre inversores y Estados. Pero con el cambio de siglo esta cifra se multiplicó, hasta alcanzar los 568 casos ante el ISDS a finales de 2013 (véase la siguiente sección)²². Debido al bajo número de controversias y a la falta de experiencia, los negociadores tenían escaso conocimiento de las potenciales consecuencias cuando negociaron sus primeros AI²³.

Una comisión del Gobierno sudafricano, al revisar los AI firmados por el país en el periodo postapartheid, concluyó que el Gobierno “no contaba con un historial de negociaciones de AI y en aquel momento no se comprendieron por completo los riesgos que implicaban tales acuerdos. [...] Como resultado, el Ejecutivo firmó acuerdos que claramente favorecían a los inversores sin las necesarias salvaguardas para preservar la flexibilidad en ciertas áreas políticas críticas”²⁴.

La experiencia de Sudáfrica no es un caso aislado, como revelaron las entrevistas con funcionarios gubernamentales implicados en las negociaciones de AI de 13 países en desarrollo. Los investigadores Lauge Poulsen y Emma Aisbett, responsables de este estudio, explican: “Prácticamente todos los funcionarios —incluso aquellos particularmente interesados— afirmaron que no eran conscientes del enorme alcance y de las implicaciones de los AI durante los noventa, cuando proliferaron los tratados”²⁵. Esta percepción no cambió hasta que los países se enfrentaron a sus primeras demandas de inversión.

22. UNCTAD 2014: *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, IIA Issues Note, No. 1, 1 de abril de 2014.

23. Van Harten, Gus 2010: *Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion, Trade, Law and Development*, Volume II, No. 1, Special Issue: International Investment Law, pp. 19-58.

24. Republic of South Africa 2009: *IIA Policy Framework Review*, Government Position Paper, Pretoria, junio de 2009.

25. Poulsen, Lauge N. Skovgaard/Aisbett, Emma 2013: “When the claim hits: bilateral investment treaties and bounded rational learning”, *World Politics*, Volume 65, Issue 02, abril de 2013, pp 273-313.

3. El ISDS y el Estado de derecho

Capítulo 3: resumen de los puntos claves

- La solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS) permite a los inversores cuestionar a los Estados mediante tribunales de inversión que carecen de transparencia y burlar estándares legales internacionales.
- Los tribunales de inversión están dominados por unos pocos bufetes grandes y un pequeño grupo de abogados. Esto les hace propensos al conflicto de intereses.
- En las demandas de inversión suelen decidir abogados privados en vez de jueces independientes.
- No hay igualdad ante la ley porque solo pueden presentar demandas los inversores extranjeros.
- Los árbitros tienen un considerable margen de interpretación que les permite cuestionar un amplio abanico de medidas estatales tomadas en aras del interés público.
- Al delegar a los árbitros las interpretaciones de los tratados, los tribunales de inversión en la práctica están asumiendo funciones estatales normalmente reservadas a los legisladores democráticamente legítimos.
- Como los tribunales de inversión tratan los casos desde la perspectiva del derecho mercantil, tienden a ignorar los aspectos más amplios de bienestar público de las controversias.
- La sola amenaza de presentar una demanda de inversión puede inhibir la acción gubernamental, un efecto disuasorio particularmente problemático en los países cuyas regulaciones todavía están evolucionando.



Una de las preocupaciones clave en relación con los AIIs es la cláusula de solución de controversias entre inversores y Estado (ISDS), que se incluye por defecto en los tratados. La cláusula permite a las empresas imponer sus derechos y solicitar indemnizaciones por supuestas violaciones de los AIIs. La mayoría de los casos se han presentado ante el CIADI (el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones), parte del Grupo Banco Mundial, con sede en Washington²⁶. Los casos se dirimen por un panel de tres abogados comerciales, reunidos en sesión privada.

A principios de los noventa, solo se habían registrado unos diez casos conocidos de controversias entre inversores y Estados (ISDS). Sin embargo, con el cambio de siglo los casos de arbitraje se multiplicaron (ver figura 1)²⁷.

Los defectos del proceso de ISDS empiezan con la opacidad del sistema; ni siquiera es de dominio público el número de casos que se han llevado ante los tribunales. Varias instancias administran arbitrajes de inversión, pero debido a sus normas de confidencialidad muchas no proporcionan datos sobre los casos que llevan. Al contrario que el CIADI, la mayoría de estos foros no mantienen un registro público de las demandas. Por ejemplo, los procedimientos que se iniciaron bajo el reglamento de la CNUDMI (la Comisión de las Naciones Unidas

para el Derecho Mercantil Internacional), la Cámara de Comercio de Estocolmo o la Cámara de Comercio Internacional puede que no estén disponibles en años o incluso que no se puedan llegar a ver nunca²⁸. Por este motivo, la UNCTAD solo puede contar los casos conocidos, pese a que el número real pudiera ser considerablemente más alto.

Algunas investigaciones recientes han demostrado que el arbitraje de inversiones se ha convertido en un lucrativo negocio dominado por unos pocos bufetes internacionales y un pequeño club de abogados que dirimen la mayoría de los casos (ver cuadro).

Un tribunal de arbitraje normalmente está formado por tres árbitros, uno nombrado por cada parte enfrentada y un tercero acordado entre ambas partes. Pero, al contrario de un tribunal normal compuesto por jueces independientes, la mayoría de los árbitros son abogados privados con un interés comercial en atraer tantos casos como sea posible. Debido a sus cambiantes papeles, en los que a veces actúan como abogados y otras como árbitros, es probable que se den graves conflictos de intereses. Un abogado puede ejercer como árbitro en un caso de controversia de inversiones en el que estén implicadas empresas que su bufete ha representado en casos anteriores, lo que, por consiguiente, despierta serias dudas sobre su imparcialidad.

Problemas con el ISDS

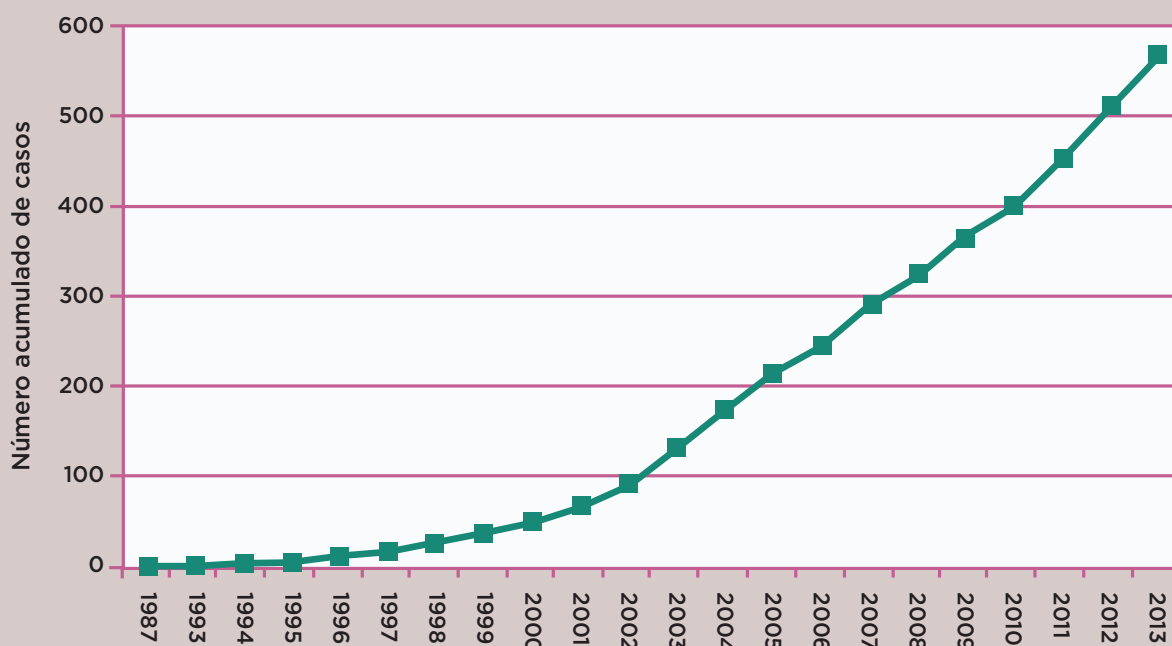
- Otorga a los inversores extranjeros el derecho exclusivo de sortear los tribunales nacionales y demandar a los Gobiernos ante tribunales internacionales, lo que menoscaba los sistemas legales democráticamente legítimos.
- Discrimina negativamente a los actores nacionales cuyas demandas solo pueden presentarse ante tribunales nacionales, en violación del principio de igualdad ante la ley.
- Los mismos abogados que forman un tribunal de inversión para decidir sobre lo estipulado en un tratado pueden llevar *múltiples chaquetas* y actuar como abogados o como peritos en un caso y como árbitros en otro, lo que crea un potencial conflicto de intereses.
- No ofrece garantías efectivas para eliminar la dependencia financiera que tienen los árbitros de las corporaciones que son sus clientes.

26. UNCTAD 2014: *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, IIA Issues Note, No. 1, 1 de abril de 2014.

27. UNCTAD 2014, op. cit.

28. <http://www.iareporter.com/articles/20140512>

Figura 1: casos conocidos de ISDS (total a finales de 2013)



Fuente: UNCTAD 2014: Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)

Como afirma Gus Van Harten, profesor asociado de Derecho en la Universidad de York, “el arbitraje de tratados de inversión es, en términos institucionales, inconsistente con el Estado de derecho”²⁹. Al contrario que los jueces, cuya independencia se garantiza por la seguridad de su puesto, un salario fijo y la prohibición de cualquier otra remuneración, “los árbitros pueden percibir ingresos más allá de su papel adjudicado” por aconsejar a demandantes y demandados. También están influyendo en las reglas del juego al fomentar las cláusulas de arbitraje en los contratos y acuerdos de inversión hechos a medida de sus clientes empresariales.

El peligro para los Estados es que se exponen cada vez más a nuevos motivos de demandas a través del sistema ISDS, con el alto riesgo de conflicto de intereses que conlleva.

Otra característica que viola el Estado de derecho tiene que ver con el proceso unidireccional estipulado en el sistema de arbitraje de inversiones. Como explica Van Harten, “la capacidad de entablar demandas no es recíproca”³⁰. Solo a una de las partes —los inversores— se le permite demandar, mientras que solo la otra —los Estados— está obligada a pagar indemnizaciones en caso de una supuesta violación del tratado. Como únicamente los inversores pueden poner en movimiento el sistema, los árbitros tienen un fuerte incentivo para impulsar las demandas empresariales y para interpretar los AI a favor de sus futuros clientes corporativos.

De hecho, el secretismo que rodea las controversias de los tratados de inversión así como las vagas reglas que contienen los AI permiten a los árbitros hacer extensivas interpretaciones de cláusulas individuales, convirtiendo muchas regulaciones

29. Van Harten, Gus 2010, op. cit, p. 39.

30. Ibid, p. 37.

Máquinas de hacer dinero: la emergente industria del arbitraje

Un informe del Corporate Europe Observatory y del Transnational Institute ha expuesto el alto grado de concentración en la industria del arbitraje de inversiones. Una significativa parte de los casos va a parar a unos pocos bufetes internacionales de abogados, como Freshfields Bruckhaus Deringer (RU), White & Case (EE.UU.) o King & Spalding (EE.UU.), y un pequeño grupo de 15 abogados de élite ha dirimido el 55% de las controversias conocidas³¹.

Sus servicios son extremadamente caros. Según la OCDE, la tarifa de facturación de los abogados especializados en arbitraje ronda los mil dólares la hora. En algunos casos de ISDS el coste total por la asesoría legal y los árbitros ha supuesto de media unos ocho millones, y en algunos litigios han ascendido incluso a más de 30 millones³². La familiaridad de los abogados de élite tanto con colegas que ejercen como árbitros, como con las normas que rigen los procedimientos del ISDS les proporciona una valiosa ventaja. Los Gobiernos que no se pueden costear su cara experiencia tienen muchas menos probabilidades de tener éxito en la defensa de sus casos. Como consecuencia, este mercado del arbitraje de carácter lucrativo sitúa a los países en desarrollo con escasa liquidez en una desventaja sistemática.

públicas en supuestas violaciones del tratado. Esta libertad de interpretación permite a los árbitros cuestionar un amplio número de medidas estatales tomadas en aras del interés público, como políticas para fomentar la equidad social, la salud pública, la protección del medio ambiente o medidas para mitigar los impactos de las crisis financieras (ver recuadro).

En cuanto se hacen públicas, las decisiones arbitrales exponen muchas de las deficiencias del sistema. La UNCTAD llega a la conclusión de que el enorme margen de interpretación da lugar a “repetidos episodios de fallos inconsistentes” y “decisiones erróneas” tomadas por los tribunales de inversión, incluyendo “interpretaciones legales divergentes de disposiciones similares o idénticas en los tratados”³³.

Al contrario que en otros procesos legales, el arbitraje de inversión no contempla un mecanismo de apelación. Una vez tomada la decisión, la sentencia es de cumplimiento inmediato y el Estado no puede recurrir ni por cuestiones de derecho ni de hecho.

Las principales cláusulas de All que están abiertas a interpretaciones y a las que se acogen con frecuencia los demandantes son la norma de “trato justo y equitativo” y la de “expropiación indirecta”.

El trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés) se ha convertido en el “principio con más éxito y en el que más se basan las demandas por All de los inversores”³⁴. Varios tribunales han identificado las “expectativas legítimas” de los inversores como un elemento clave en la norma FET. Cualquier cambio regulatorio, tal como una nueva ley o impuesto que reduzca las ganancias privadas se puede considerar como una violación de las “expectativas legítimas” del inversor que merece una indemnización. Algunas sentencias incluso interpretan la norma FET como la obligación estatal de mantener un “entorno estable y predecible para los negocios”³⁵.

La segunda norma relevante, la “expropiación indirecta”, hace referencia a las medidas estatales que privan a los inversores del valor económico de sus activos por haber limitado su capacidad de obtener ganancias de su propiedad.

31. Eberhardt, Pia y Olivet, Cecilia 2012: *Profiting from injustice – How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*, Corporate Europe Observatory/Transnational Institute, Bruselas/Ámsterdam, noviembre de 2012.

32. Gaukrodger, D. y Gordon, K. 2012, *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, OECD Working Papers on International Investment, 2012/03, OECD Publishing.

33. UNCTAD 2013: *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap*, IIA Issue Note, No. 2, junio de 2013, p. 3.

El arbitraje de inversión: una amenaza para las políticas públicas



Veolia vs. Egipto: los inversores cuestionan el salario mínimo

En 2012, la empresa francesa Veolia Propreté presentó una demanda ante el CIADI contra Egipto por la introducción de un nuevo salario mínimo. En 2000, Veolia había firmado un contrato para proporcionar servicios de gestión de residuos en la ciudad portuaria de Alejandría. Pero algunos años más tarde, Veolia intentó adaptar el contrato para compensar el incremento de los costes. La inflación había devaluado la divisa egipcia y el Gobierno había introducido una nueva ley laboral, que incluía un salario mínimo. Tras la negativa del Gobierno de adaptar el contrato con Veolia, la empresa interpuso su demanda ante el tribunal del CIADI³⁶.



Suez vs. Argentina: los inversores cuestionan el control de precios de los servicios básicos

En respuesta a la crisis de 2001 de Argentina, el Gobierno devaluó su divisa y congeló las tarifas de los servicios básicos, como el agua y la energía. La compañía francesa Suez, responsable de un consorcio que operaba una concesión de aguas en Buenos Aires, demandó a Argentina por la limitación en las tarifas. En 2010, un tribunal del CIADI sentenció que el rechazo del Gobierno a la petición de ajustar las tarifas violó la obligación del “trato justo y equitativo”. El tribunal no ha fallado todavía sobre el pago de la indemnización. Sin embargo, Suez ha anunciado que el consorcio pedirá 1.200 millones de euros³⁷.



Ping An vs. Bélgica: los inversores cuestionan la reestructuración bancaria

En 2012, la segunda empresa de seguros más grande de China, Ping An, demandó a Bélgica ante el CIADI por la quiebra de Fortis Bank con el All entre Bélgica y China como base. La aseguradora perdió 2.000 millones en 2008 cuando el banco belga-holandés Fortis fue nacionalizado y desmantelado. Contrariamente a lo que hubiera deseado Ping An, el Gobierno belga vendió parte de los activos de Fortis al banco francés BNP Paribas. La aseguradora aduce que el proceso de nacionalización y la venta de los activos violaron sus derechos. Esta es la primera vez que un inversor chino interpone una demanda ante el CIADI³⁸.

34. UNCTAD 2012: *Fair and Equitable Treatment: A sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York/Ginebra, 2012.

35. *Ibid.*, p. 66.

36. <http://economie.jeuneafrique.com/entreprises/entreprises/btp-a-infrastructures/11868-veolia-assigne-legypte-au-tribunal.html>

37. http://www.iareporter.com/articles/20100818_9

38. *Financial Times* 2012: “Ping An in arbitration claim over Fortis”, 24 de septiembre de 2012.

Al contrario que con las expropiaciones directas, esta norma no implica una confiscación directa de la propiedad como, por ejemplo, en el caso de las nacionalizaciones.

Sin embargo, algunos tribunales ya han interpretado muchas regulaciones de interés público como medidas similares o equivalentes a las expropiaciones³⁹.

Con su interpretación de las extremadamente vagas normas de los AI, los tribunales de arbitraje están suplantando a los legisladores, al transformar estas amplias cláusulas en reglas precisas sobre cómo los Gobiernos tienen que tratar a los inversores extranjeros. Al hacer esto, están asumiendo en la práctica funciones que corresponden al Estado, a los legisladores democráticamente elegidos o a los órganos regulatorios que rinden cuentas ante la sociedad.

Delegar estas funciones estatales en el arbitraje de inversiones es particularmente peligroso porque “estos tribunales tienden a tratar los casos desde la perspectiva del arbitraje comercial”, como advierte la UNCTAD⁴⁰. No se puede esperar de los tribunales de inversión que tengan en cuenta de manera adecuada en estas controversias aspectos de bienestar público tales como la obligación de los Estados de garantizar estabilidad financiera, de controlar el comportamiento empresarial, de impulsar la inclusión social o de proteger el medio ambiente.

Este sistema compromete la democracia establecida en la UE, los derechos humanos y el Estado de derecho. Así mismo, debilita el compromiso con estos valores de la política exterior europea y es inconsistente con el objetivo de una política de coherencia en el desarrollo.

Los defensores del mecanismo ISDS a veces argumentan que la existencia de esta opción no implica necesariamente que se vaya a usar. No obstante, para muchos países en desarrollo, e incluso para muchos desarrollados, la amenaza del arbitraje de inversión tiene una poderosa influencia en la creación de políticas. Los Gobiernos pueden abstenerse de tomar medidas necesarias, un fenómeno llamado “enfriamiento regulatorio” (ver recuadro).

En algunos casos, los Gobiernos han logrado evitar una costosa sentencia mediante un acuerdo de compensación con los inversores. Pero las condiciones de los acuerdos, que por lo general no se hacen públicas, pueden obligarlos a modificar o a abandonar regulaciones planificadas en materia social o ambiental y pagar una indemnización.

Este efecto de “enfriamiento” es particularmente problemático para países en desarrollo cuyas leyes y regulaciones todavía están evolucionando. Desalentar a estos países de poner en marcha adecuados marcos de supervisión y regulación puede desbaratar sus planes de desarrollo y menoscabar la erradicación de la pobreza y la protección medioambiental.

La acción gubernamental congelada o la amenaza del “enfriamiento regulatorio”

Newmont vs. Indonesia: los inversores cuestionan la política industrial



Con el objetivo de fomentar la industria nacional, el empleo e incrementar el valor de sus exportaciones, Indonesia propuso prohibir las exportaciones de minerales sin procesar. Como una medida transitoria hasta que la prohibición entre en vigor en 2017, los impuestos por exportación de minerales sin procesar han aumentado. La empresa minera estadounidense Newmont interpuso una demanda por arbitraje ante el CIADI por la prohibición y el aumento impositivo. Hasta que Indonesia no redujo significativamente los impuestos a las exportaciones, Newmont no retiró su demanda de arbitraje. Gracias a que la entidad holandesa de Newmont es la mayor accionista en la subsidiaria indonesia, la multinacional pudo usar de base para el caso el AI entre los Países Bajos e Indonesia.

39. UNCTAD 2012: *Expropriation: A sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Nueva York/Ginebra, 2012.

40. UNCTAD 2014: *Trade and Development Report 2014: Global governance and policy space for development*, Nueva York/Ginebra, p. 138.

4. El futuro de los AII: competencia europea y reforma

Capítulo 4: resumen de los puntos claves

- Cada vez más países están revisando sus marcos de inversión.
- Los miembros del TLCAN (Estados Unidos, Canadá y México) han puesto en marcha modestas reformas que redefinen algunas cláusulas del tratado para ampliar su espacio político.
- El Gobierno australiano trata el ISDS en los TLC caso por caso.
- Ecuador, Venezuela, Bolivia, Sudáfrica e Indonesia han puesto fin a varios AII.
- Bolivia, Ecuador y Venezuela se han retirado del CIADI.
- La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) ha creado un centro regional de arbitraje de inversiones como alternativa al CIADI.
- India ha congelado todas las negociaciones de acuerdos bilaterales de inversión.
- La Comisión Europea ha llevado a cabo una consulta pública sobre el ISDS en el TTIP.
- La UE ha introducido novedosas, aunque muy insuficientes, reformas en el capítulo de inversión del CETA.

El auge de las demandas de ISDS y un creciente entendimiento de las amenazas han llevado a Gobiernos de todo el mundo a replantearse sus marcos de AII. Tanto países desarrollados como en desarrollo están emprendiendo un proceso de revisión y de reformas de distinto alcance.

Tras haber observado un fuerte incremento de las demandas de inversión bajo el capítulo de inversión del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), Estados Unidos, Canadá y México se han embarcado en modestas reformas que pretenden clarificar el significado de algunas disposiciones del tratado. Aún así, este intento de limitar el criterio interpretativo de los árbitros ha fracasado estrepitosamente, ya que los tribunales siguen emitiendo interpretaciones extensivas de estas disposiciones⁴¹.

En 2007, un intento del Gobierno de Noruega de introducir una nueva política de AII desencadenó

protestas de la sociedad civil y dio lugar a un amplio debate público. En particular, se criticaba que daba prioridad a los intereses de los inversores. Al final, en 2009, el Gobierno retiró la propuesta del nuevo modelo⁴².

Una serie de países en desarrollo se han embarcado incluso en reformas de mayor calado de sus políticas de inversión. Bolivia (2007), Ecuador (2009) y Venezuela (2012) se han retirado del CIADI en un intento de limitar la capacidad de imposición de las resoluciones del ISDS. Bolivia ha notificado a Estados Unidos su intención de poner fin a su AII.

Ecuador está revisando todos sus AII a la luz de los casos que se han presentado, sus vínculos con los flujos de IED y su influencia de cara a sus aspiraciones de desarrollo. Hasta la fecha, Ecuador ha dado por concluidos nueve AII. Venezuela puso fin a su AII con los Países Bajos en 2008, tras una serie de demandas por parte de empresas de EE UU

41. Porterfield, Matthew C. 2013: *A Distinction Without a Difference? The Interpretation of Fair and Equitable Treatment Under Customary International Law by Investment Tribunals*, IISD, Investment Treaty News, 22 de marzo de 2013.

42. Seattle to Brussels Network 2010: *EU Investment Agreements in the Lisbon Treaty Era: A reader*, Ámsterdam, julio de 2010.

con *sociedades fantasmas* establecidas en los Países Bajos para beneficiarse de la protección del tratado⁴³. En 2010, los 12 miembros de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) iniciaron negociaciones para echar a andar un centro regional de arbitraje de inversiones como alternativa al CIADI⁴⁴, que se espera que esté operativo para 2015⁴⁵. En septiembre de 2014, los nueve Estados miembros del ALBA (Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América) establecieron el Observatorio del Sur sobre Inversiones y Transnacionales para monitorizar el sistema de arbitraje internacional y asistir a los Gobiernos de los países en desarrollo que se enfrenten a demandas por parte de los inversores⁴⁶.

Sudáfrica realizó durante tres años una revisión crítica de su marco de inversión y de sus 23 AII en vigor⁴⁷. El análisis surgió a raíz del caso Foresti, de 2006, que cuestionó la legislación para el empoderamiento económico de la población negra (ver capítulo 1). El departamento de comercio e industria concluyó en 2009: “Los TBI se entrometen en el espacio político de los países en desarrollo, imponiendo reglas negativas de inversión vinculantes con consecuencias de gran impacto en el desarrollo sostenible”⁴⁸. Las reglas que impiden que los Gobiernos exijan a los inversores transferir tecnología, formar a los trabajadores locales o utilizar suministros locales estaban frustrando el impulso del desarrollo de Sudáfrica.



43. Van Os, Roos/Knottnerus, Roeline 2011: *Dutch Bilateral Investment Treaties – A gateway to ‘treaty shopping’ for investment protection by multinational companies*, SOMO, Ámsterdam, octubre de 2011.

44. <http://www.iisd.org/itn/2012/01/12/unasur/>

45. <http://www.eluniverso.com/noticias/2014/09/26/nota/4032781/centro-resolver-controversias-sobre-inversiones-unasur-estaria>

46. <http://cancilleria.gob.ec/estados-del-sur-ponen-en-marcha-observatorio-sobre-inversiones-transnacionales/>

47. Según la UNCTAD, de los 46 TBI que firmó Sudáfrica, 23 llegaron a junio de 2013. Véase: http://unctad.org/sections/dite_pccb/docs/IIAs_south_africa.pdf

48. Republic of South Africa 2009: *Bilateral Investment Treaty Policy Framework Review*, Government Position Paper, Pretoria, junio de 2009.

En 2010, Sudáfrica decidió no entrar en nuevos All “a menos que haya razones políticas o económicas de peso para hacerlo”. Este país anunció que pondría fin a los tratados de inversión existentes, pero que “ofrecería a sus socios la posibilidad de renegociar los All sobre las bases de un nuevo modelo”⁴⁹. Además, el Ejecutivo planeó desarrollar una nueva ley de inversión y establecer un comité ministerial encargado de supervisar este trabajo.

En 2012, Sudáfrica dio por concluidos sus All con Bélgica y Luxemburgo, el tratado que sirvió de base para el caso Foresti. Luego, el Gobierno declaró el fin de los All con España, Alemania, Suiza y los Países Bajos (todos en 2013)⁵⁰.

Karel De Gucht, entonces comisario de Comercio de la UE, reaccionó furiosamente ante la rescisión de los acuerdos, y declaró que afectarían negativamente a los flujos de inversión entre Sudáfrica y la UE⁵¹.

En noviembre de 2013, el Gobierno sudafricano publicó un borrador de la ley de promoción y protección de las inversiones⁵². La ley proporciona un nuevo marco legislativo que pretende fomentar y proteger las inversiones y mantener a la vez el derecho soberano a regular. La reforma atañe a todos los inversores por igual, ya sean extranjeros o nacionales.

Sin embargo, al contrario que con los actuales All, su protección no incluye la controvertida norma del “trato justo y equitativo” y no se garantiza que la indemnización por expropiación se corresponda con el “precio del mercado”. En su lugar, la ley estipula que la compensación “debe reflejar un justo equilibrio entre el interés público y los intereses de los afectados”. Por último, y más importante, el borrador de ley no otorga ningún derecho a llevar las controversias de inversión ante el arbitraje internacional: las controversias de inversión se dirimirán en tribunales nacionales.

Sudáfrica no es el único país que está cuestionando el ISDS. Australia evalúa el ISDS caso por caso⁵³ y recientemente cerró un All con las islas del Pacífico que excluye el ISDS. En su lugar, este acuerdo contempla que las controversias se resuelvan en tribunales nacionales o a través de un mecanismo acordado entre las dos partes⁵⁴.

En marzo de 2014, el Gobierno de Indonesia decidió no renovar el All firmado con los Países Bajos, como parte de una revisión más amplia sobre la idoneidad de los anticuados All “de primera generación” para su actual estatus de desarrollo y sus aspiraciones. Indonesia ha sido objeto de una avalancha de controversias de inversión presentadas bajo varios All, que reclamaban cientos de millones de dólares de indemnización cada una, entre las que se encuentran la demanda de Newmont (ver capítulo 3) y la de Churchill Mining (abajo)⁵⁵.

Churchil Mining vs. Indonesia: los inversores cuestionan la revocación de las licencias

En 2012, la empresa británica Churchill Mining llevó a Indonesia ante el CIADI aduciendo que el Gobierno había violado el All entre Gran Bretaña e Indonesia cuando un Gobierno local retiró su licencia de explotación de carbón en el distrito de East Kutai de East Kalimantan por una acusación de corrupción. Churchill Mining pide más de 1.000 millones de dólares de indemnización. En febrero de 2014, un tribunal del CIADI rechazó el intento del Gobierno indonesio de cuestionar su autoridad para dirimir la demanda de Churchill. El tribunal confirmó que tenía jurisdicción para juzgar el caso⁵⁶.

49. Carim, Xavier 2013: *Lessons from South Africa's BITs review*, Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, Columbia FDI perspectives, No. 109, 25 de noviembre de 2013.

50. <http://www.moneyweb.co.za/moneyweb-south-africa/investors-are-protected-government-argues>

51. <http://www.bdlive.co.za/business/trade/2013/11/12/eu-steps-up-fight-to-have-treaties-with-sa-retained>

52. Republic of South Africa 2013, Promotion and Protection of Investment Bill, Government Gazette, 1 de noviembre de 2013, No. 36995.

53. <http://www.eastasiaforum.org/2014/04/09/why-no-investor-state-arbitration-in-the-australia-japan-fta/>

54. Ponencia de Mr Edwini Kessie, director jefe de comercio de las islas del Pacífico, UNCTAD World Investment Forum, 16 de octubre 2014:

<http://unctad-worldinvestmentforum.org/wp-content/uploads/2014/10/Kessie.pdf>

55. <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/08/21/indonesias-termination-of-the-netherlands-indonesia-bit-broader-implications-in-the-asia-pacific/>

56. <http://www.thejakartapost.com/news/2014/02/27/ri-risks-loss-churchill-legal-battle.html>

También India ha adoptado una actitud más crítica hacia los tratados de inversión. En enero de 2013, el entonces Gobierno del Partido del Congreso ordenó congelar todas las negociaciones de acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones (APPI) hasta que se completara una revisión del nuevo modelo de tratado de inversión⁵⁷. Con el nuevo Gobierno del Partido Bharatiya Janata, los ministros están debatiendo el texto modelo y “algunas áreas del Gobierno no están a favor de estos pactos”, explican algunos funcionarios⁵⁸.

Los países en desarrollo están también a la cabeza de los esfuerzos internacionales para exigir a los inversores el respeto por los derechos humanos. Mientras que los acuerdos de comercio e inversión ofrecen a las empresas amplios derechos, no existe ningún instrumento internacional comparable que se centre en sus obligaciones. En parte para suplir esta carencia, Ecuador y Sudáfrica presentaron una resolución en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas para reclamar “un instrumento legalmente vinculante para las corporaciones transnacionales y otras entidades empresariales respecto a los derechos humanos”, resolución que se aprobó en junio de 2014⁵⁹. Entre los países que la apoyaron se encuentran China, India, Indonesia, Kenia, Filipinas y Rusia. En contra votaron los países desarrollados, incluyendo Francia, Alemania, Reino Unido, Japón y Estados Unidos⁶⁰.

En la Unión Europea, las campañas impulsadas por la sociedad civil que cuestionan los acuerdos de comercio con Canadá (CETA) y Estados Unidos (TTIP) han estimulado un debate más amplio en la política de inversión de la Unión. A principios de 2014, la Comisión Europea suspendió las negociaciones del capítulo previsto sobre inversiones en el TTIP y llevó a cabo una consulta pública de tres meses sobre algunas limitadas reformas políticas, que recibieron unas 150.000 respuestas⁶¹.

El CETA, cuya versión consolidada se ha hecho pública recientemente, o el TLC entre la Unión Europea y Singapur serían los primeros acuerdos de la UE en contar con un exhaustivo capítulo de inversión en el que se incluye el ISDS. El acuerdo con Canadá se considera generalmente como un ensayo del TTIP. La Comisión asegura que las “importantes innovaciones” incluidas en el CETA preservarían el derecho a legislar, mientras que las disposiciones del ISDS constituyen “el sistema más avanzado hasta el momento”⁶². Sin embargo, las reformas incluidas en el CETA no eliminan las amenazas centrales que presenta el actual régimen de inversión (ver apéndice).

El número de legisladores de la UE que se muestra crítico con el enfoque sobre inversiones de la Comisión está creciendo. En septiembre de 2014, el Parlamento austriaco aprobó una resolución que cuestionaba abiertamente la lógica de incluir el ISDS en acuerdos entre países con “sistemas legales desarrollados”, tales como los de la UE, EE UU y Canadá. De igual forma, el ministro de Economía de Alemania afirmó que la protección de las inversiones no debería estar incluida en el TTIP. No obstante, otros Estados miembros, como Gran Bretaña, España o Suecia, siguen defendiendo el ISDS en el acuerdo entre la UE y EE UU.

Pese a todo, estas divergentes visiones ilustran un importante giro en el debate europeo: el antiguo consenso entre los legisladores de la UE sobre la inclusión del ISDS en el TTIP, el CETA y en los AII en general se ha roto⁶³. Varios grupos en el Parlamento Europeo han puesto también en entredicho el ISDS, entre ellos, el Grupo socialdemócrata (S&D), el Grupo Demócrata y Liberal (ALDE), los Verdes y la Izquierda Unitaria Europea (GUE/NGL).

57. <http://www.thehindu.com/business/Economy/bipa-talks-put-on-hold/article4329332.ece>

58. http://articles.economicstimes.indiatimes.com/2014-06-23/news/50798470_1_investment-protection-bipas-protection-agreement

59. United Nations, General Assembly, Human Rights Council: Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, A/HRC/26/L.22/Rev.1, 25 de junio de 2014.

60. Mohamadieh, Kinda, 2014: *Human Rights Council: Historic resolution adopted for a legally binding instrument on TNCs*, TWN Info Service on Climate Change, 30 de junio de 2014.

61. Para un análisis exhaustivo del documento de consulta de la Comisión Europea véase: Nathalie Bernasconi-Osterwalder 2014: *Reply to the European Commission's Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, IISD Report, junio de 2014.

62. Comisión Europea 2014: *Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA)*, 26 de septiembre de 2014.

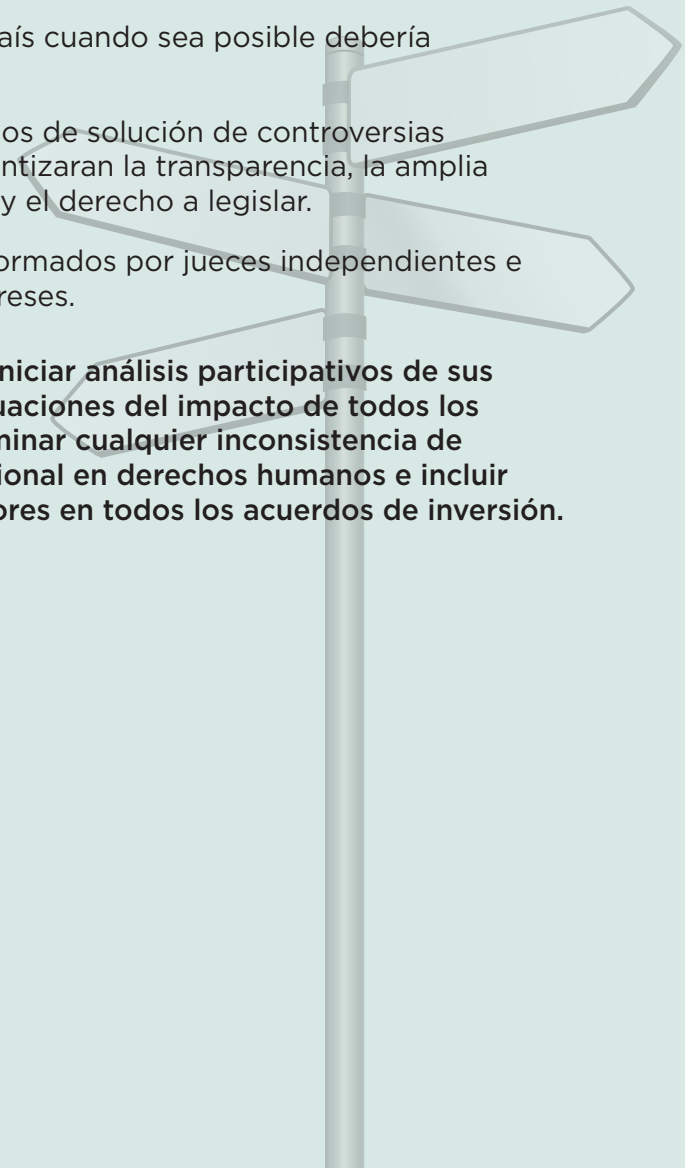
63. http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/UEA/UEA_00245/index.shtml y <http://blogs.ft.com/brusselsblog/2014/10/23/leaked-letter-14-ministers-take-on-juncker-over-trade/?hubRefSrc=permalink>

5. Recomendaciones

La inversión extranjera directa tiene que estar regulada de forma efectiva para que pueda contribuir al desarrollo económico, al progreso social y a la sostenibilidad medioambiental.

En este momento los acuerdos internacionales de inversión están impidiendo activamente que los Gobiernos de todo el mundo pongan en marcha políticas en aras del interés público. El movimiento que cuestiona la utilidad y la efectividad de estos acuerdos es cada vez mayor.

Basándonos en los datos recopilados en este informe, hacemos las siguientes recomendaciones:

- **La UE y sus Estados miembros no deberían presionar a los países en desarrollo para que negocien o firmen AI.**
 - **La UE y sus Estados miembros deberían suprimir el ISDS de todos los acuerdos de comercio e inversión tanto de la UE como bilaterales y explorar mecanismos alternativos de solución de controversias.**
 - ◆ Hacer uso de los recursos legales del país cuando sea posible debería convertirse en la norma.
 - ◆ Se podrían crear mecanismos apropiados de solución de controversias multilaterales, Estado-Estado, que garantizaran la transparencia, la amplia participación de las partes interesadas y el derecho a legislar.
 - ◆ Estos mecanismos deberían estar conformados por jueces independientes e imparciales, libres de conflictos de intereses.
 - **La UE y sus Estados miembros deberían iniciar análisis participativos de sus acuerdos de inversión, llevar a cabo evaluaciones del impacto de todos los AI en materia de derechos humanos, eliminar cualquier inconsistencia de estos tratados con la legislación internacional en derechos humanos e incluir compromisos vinculantes para los inversores en todos los acuerdos de inversión.**
- 

Apéndice

La realidad del CETA: las reformas de la UE no bastan

Las reformas del CETA no consiguen ni su objetivo declarado de presentar reglas “más claras y más precisas”, ni logran superar las deficiencias fundamentales del ISDS.

AFIRMACIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA	LA REALIDAD
<p>1. Derecho a legislar</p> <p><i>“El AECG [CETA] deja claro desde el principio que la UE y Canadá mantienen su derecho a legislar”</i></p>	<p>Para probar esta afirmación, la Comisión Europea se refiere al preámbulo del CETA en el que las partes simplemente reconocen que “las disposiciones de este acuerdo mantienen el derecho a legislar”⁶⁴. Pero el preámbulo no es vinculante, como sí lo es el cuerpo de texto del tratado. Y, en contraposición, el capítulo vinculante sobre inversión del CETA no menciona el derecho a legislar.</p> <p>Se pueden encontrar más referencias en los capítulos sobre regulación laboral y medio ambiente, pero tampoco contienen una afirmación inequívoca que confirme el derecho a legislar. De hecho, el capítulo sobre medio ambiente limita en la práctica este derecho al exigir que las políticas medioambientales se ejecuten “de manera consistente [...] con este acuerdo”.</p>
<p>2. “Trato justo y equitativo” (FET)</p> <p><i>“[L]a norma de trato está definida de manera clara, concisa y precisa sin dejar margen a los árbitros para interpretaciones erróneas”.</i></p>	<p>La redacción del CETA no cierra esta lista de forma explícita. Intentos similares con el TLCAN fracasaron estrepitosamente en el pasado⁶⁵. Es más, muchos inversores están utilizando para sus demandas justo las mismas infracciones enumeradas en el CETA como violaciones del FET, en particular la percibida “arbitrariedad” y “discriminación”. Por ejemplo, la demanda de Philip Morris contra Australia por la ley de empaquetado de cajetillas sin diferenciar, así como la demanda de Lone Pine contra Canadá tras la moratoria de fracking en Quebec, han utilizado como base la supuesta arbitrariedad de las medidas de estos Gobiernos⁶⁶. Además, el CETA se refiere explícitamente a las “expectativas legítimas” de los inversores que los Gobiernos puedan haber creado mediante “representación específica”, y por tanto abre deliberadamente la puerta a las interpretaciones extensivas del FET, tales como asumir la obligación del Estado de mantener un contexto “estable” para los negocios.</p>

64. CETA Consolidated text, 1 de agosto de 2014, 1. Preámbulo.

65. Porterfield, Matthew C. 2013: *A Distinction Without a Difference? The Interpretation of Fair and Equitable Treatment Under Customary International Law by Investment Tribunals*, IISD, Investment Treaty News, 22 de marzo, 2013.

66. CEO 2014: *Still not loving ISDS: 10 reasons to oppose investors' super-rights in EU trade deals*, Annex 1.

AFIRMACIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA	LA REALIDAD
<p>3. Código de conducta</p> <p><i>“El AECG [CETA] es el primer acuerdo que incluye un código de conducta obligatorio para los árbitros en los litigios entre inversores y Estados. El código se basa en las normas éticas de la Asociación Internacional de Abogados y está sujeto a revisión. Previene los conflictos de intereses”.</i></p>	<p>El CETA no contiene un código obligatorio de conducta para los árbitros del ISDS. En su lugar, el texto únicamente recoge que los árbitros “deberán acatar” las directrices de la Asociación Internacional de Abogados (AIA), que pueden ser reemplazadas o completadas por un código de conducta propio que debe elaborarse en el plazo de dos años desde que el CETA entre en vigor⁶⁷. Sin embargo, las directrices de la AIA sobre conflicto de intereses en el arbitraje internacional representan una herramienta no vinculante y muy inefectiva de autorregulación voluntaria que fue desarrollada por y para la industria del arbitraje. De hecho, no impidieron que surgiera un club de élite de bufetes y abogados en los que se concentra una gran parte del negocio del arbitraje de inversiones. Como todavía se desconoce el contenido del código de conducta que se plantea para reemplazar o complementar las directrices del AIA, no se puede afirmar que vaya a evitar el conflicto de intereses.</p>
<p>4. Empresas ficticias o fantasmas</p> <p><i>“El AECG [CETA] no protege a las empresas ficticias o fantasma. Para que alguien sea considerado inversor, es condición necesaria que efectúe operaciones reales en el territorio de una de las partes”.</i></p>	<p>Bajo el CETA, solo las empresas con una “actividad sustancial” en el país de acogida se consideran inversores que se pueden acoger en las normas de protección del acuerdo. Esta disposición en principio trata de limitar la compra de tratados, por ejemplo, mediante la creación de empresas fantasmas con el objetivo de acceder al arbitraje internacional. No obstante, es poco probable que esta cláusula sea efectiva, debido a la amplísima definición de inversión del CETA, que incluye, entre otros productos, las acciones, los valores, los bonos y los préstamos⁶⁸. Por consiguiente, una empresa fantasma establecida en Canadá y dueña de unas cuantas acciones de una empresa británica será considerada como un inversor con “actividad sustancial” con capacidad para demandar al Reino Unido ante un tribunal internacional.</p>
<p>5. Mecanismo de recurso</p> <p><i>“El Acuerdo prevé asimismo la posibilidad de crear un mecanismo de recurso”.</i></p>	<p>Como en el caso del previsto código de conducta, la opción de un mecanismo de recurso se ha pospuesto para posteriores consultas por parte de un comité especial que se creará bajo el CETA. Este comité deberá debatir “bajo qué condiciones se podría crear, si se diera el caso, un mecanismo de recurso”⁶⁹. Según esto, no existe obligación alguna de crear tal mecanismo. Y no parece probable que este deseo se materialice, dado que los negociadores no han logrado ponerse de acuerdo sobre un órgano para recurrir en años de negociaciones.</p>

67. CETA Consolidated text, 1 de agosto de 2014, 10. Investment, Article X.25 (Constitution of the Tribunal) and Article X.42 (Committee).

68. CETA Consolidated text, 1 de agosto de 2014, 10. Investment, Article X.3 (Definitions).

69. CETA Consolidated text, 1 de agosto de 2014, 10. Investment, Article X.42 (Committee)

BITS in Pieces Project Partners



The Transnational Institute (TNI) es una red internacional de activistas progresistas e investigadores que lleva a cabo análisis radicales e informados sobre los problemas globales críticos, teje alianzas con movimientos sociales y desarrolla propuestas para un mundo más sostenible, justo y democrático. Con sede en Ámsterdam, es la organización europea hermana del Institute for Policy Studies (IPS), establecido en Washington.



TRAIDCRAFT

The Traidcraft Exchange (TX) es la principal organización británica de comercio justo. TX desarrolla programas en algunos de los países más empobrecidos del mundo y campañas en Reino Unido y en el ámbito internacional para lograr justicia en el comercio. TX tiene una larga experiencia en trabajo de incidencia política sobre cuestiones relacionadas con la justicia comercial, el comercio justo, la ética empresarial y la cadena de suministros.



The Centre for Research on Multinational Corporations (SOMO) es una organización en red y de investigación independiente y sin ánimo de lucro de los Países Bajos que trabaja cuestiones sociales, ecológicas y económicas relacionadas con el desarrollo sostenible. Desde 1973, SOMO investiga las corporaciones multinacionales y las consecuencias de sus actividades en las personas y el medio ambiente de todo el mundo.



PowerShift es una asociación de Berlín que trabaja por una energía y una economía global sostenibles desde el punto de vista medioambiental. PowerShift utiliza la educación, la sensibilización, la investigación y la incidencia política para transformar las prácticas internacionales empleadas en la generación de energía y fomentar una economía internacional justa. Desde que se fundó en 2010, ha estado muy implicada en actividades de incidencia y trabajo conjunto en relación con la política de la UE de comercio e inversiones.



France Amérique Latine (FAL) es una ONG situada en París que trabaja por la protección de los derechos de los pueblos de América Latina y el Caribe. FAL promueve el respeto por los derechos humanos y la democracia que conducirá a un mejor desarrollo económico y medioambiental de estas regiones.



Ecologistas en Acción es una confederación de más de 300 grupos ecologistas. Realiza campañas de sensibilización, denuncias públicas o legales contra quienes dañan el medio ambiente, a la vez que elabora alternativas concretas y viables. Desde 1999, Ecologistas en Acción ha estado trabajando para generar conciencia en la sociedad europea para lograr una coherencia en las políticas internacionales de comercio e inversión de la UE.



Arbeiterkammer Wien es la Cámara de Trabajo de Austria, con sede en Viena. Cuenta con un largo recorrido de trabajo de incidencia en las políticas económicas de la UE y de colaboración con organizaciones de la sociedad civil y sindicatos.



11.11.11 es el miembro belga de varias redes europeas e internacionales centradas en el desarrollo sostenible y la política de comercio, la red Seattle to Brussels (S2B) entre ellas. La plataforma 11.11.11 ha estado implicada en campañas de sensibilización sobre diferentes temas relacionados con el desarrollo desde hace ya muchos años.



RE:COMMON

Re: Common es una organización que trabaja para construir un cambio estructural tanto en el sistema financiero como en la gestión de los bienes comunes, en solidaridad con aquellas personas directamente afectadas por un modelo de desarrollo dañino e injusto, tanto en el Sur global, como en Italia y Europa. Re: Common aboga por unas nuevas y democráticas instituciones financieras públicas en el plano nacional e internacional para fomentar los bienes comunes.



VÉDEGYLET

Protect the Future Association (PTF) —también conocida como Védegylet Egyesület— trabaja junto a redes internacionales y europeas de agricultura, servicios públicos y cuestiones climáticas para entablar debates sobre globalización y desarrollo, llevando a cabo investigación, campañas e incidencia con el objetivo de preservar la diversidad natural y cultural para una mejor calidad de vida de Hungría.



El Instituto de Responsabilidad Global (IRG / IGO) —también conocido como Instytut Globalnej Odpowiedzialności— es una ONG independiente y apartidista situada en Varsovia, formada por gente que comparte una visión del mundo como un lugar interdependiente. IRG/ IGO pretende de manera particular garantizar que la cooperación para el desarrollo se base en las prioridades identificadas por los pueblos del Sur.



Afrika Kontakt es una organización de desarrollo danesa, con bases en África, que lucha por los derechos políticos, sociales y económicos de los pueblos de la región. Afrika Kontakt mantiene el apoyo a los movimientos populares de África a través de solidaridad y trabajo de partenariatado, para contribuir a un nuevo y mejor clima político donde puedan tener voz quienes actualmente se ven excluidos de los procesos de toma de decisiones.



Financiado por la Unión Europea

Esta publicación ha sido cofinanciada por la Unión Europea como parte del programa Making EU Investment Policy Work for Sustainable Development.

Impreso en papel reciclado

