

Sistemas de Tribunales de Inversiones puesto a prueba

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



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

