

El ISDS zombi

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



(Rebranded as ICS, rights for corporations to sue states refuse to die)

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

Febrero 2016

Resumen ejecutivo

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

El ISDS está incluido en miles de tratados internacionales. Este mecanismo permite a las grandes corporaciones demandar a los gobiernos por cambios en las políticas públicas – incluidas las de protección ambiental o de salud – que amenacen con afectar los beneficios privados de las multinacionales.

Estos casos sobrepasan las cortes nacionales dado que se dirimen en tribunales internacionales de arbitraje, es decir ante tres abogados privados que tienen el poder de decidir si son más importantes los beneficios privados o el interés público. En todo el mundo, los tribunales entre inversores y Estados han facilitado ganancias mil millonarias a las grandes corporaciones a costa del dinero de los contribuyentes (es decir, de nuestros impuestos) – en muchos casos como compensación de alguna medida de interés público llevada a cabo por los gobiernos.

Como respuesta a la propuesta de la Comisión Europea de incluir este poderoso régimen legal en el tratado en negociación con los Estados Unidos, el Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP), una gran ola de oposición se levantó: más

de un 97% de respuestas a una consulta pública que tuvo un récord de participación de 150,000 personas, expresaron su rechazo a este mecanismo. También han surgido críticas desde el Parlamento Europeo y entre los propios Estados miembros de la UE. Con ello, el “ISDS” se ha convertido, en palabras de la propia comisaria de comercio de la UE Cecilia Malmström, en uno de “los acrónimos más tóxicos de Europa”.

En un intento de darle la vuelta a esta enorme oposición hacia el ISDS, la Comisión Europea ha decidido cambiarle la etiqueta. En 2015 se anunció una propuesta de reforma que se aplicaría a todos los tratados de la UE en marcha así como a las futuras negociaciones sobre inversiones, incluido el TTIP. En lugar del “viejo” sistema del ISDS, la Comisión promete un sistema “nuevo” y supuestamente independiente, que protegerá el derecho a regular de los gobiernos: el Sistema de Tribunal de Inversiones, o por su nombre en inglés Investment Court System o ICS.

El análisis propuesto en este informe muestra que el sistema en el ICS no finiquita el ISDS. Al contrario, permite que muchas más multinacionales tengan el poder de esquivar los sistemas legales nacionales y demandar a sus gobiernos en unos tribunales paralelos en el caso de que las leyes o regulaciones limiten su capacidad de generar beneficios económicos. Este sistema, abriría el camino a que miles de millones de euros de nuestros impuestos vayan directamente a las grandes corporaciones. Atenta contra la capacidad de decisión sobre políticas

que protejan el medio ambiente y a las personas. Ante todo, amenaza con encerrar a los Estados miembros de la UE para siempre entre las rejas de la injusticia del régimen del ISDS.

En resumen, la propuesta del “nuevo” ICS revive al ISDS. Es el ISDS zombi.

Resultados clave:

1. **El número de casos entre inversores y Estados, así como la suma de dinero implicado, ha crecido de manera exponencial en las últimas dos décadas;** de un total de tres casos conocidos en 1995 a casi 700 casos de demandas interpuestas contra Estados en enero 2016, llegando a un récord absoluto de 70 nuevos litigios de inversión presentados únicamente durante el 2015. Las cuantías han aumentado de manera preocupante, con uno de los casos llegando a sumar la impresionante cifra de 50 mil millones de dólares. Los mayores beneficiarios han sido siempre las grandes multinacionales así como individuos de alto poder adquisitivo (millonarios o multimillonarios).
2. **En las últimas dos décadas hemos visto demandas mil millonarias contra supuestos daños a beneficios corporativos por medidas legislativas de interés público llevadas a cabo por gobiernos.** Países de todos los continentes han visto limitaciones en sus políticas públicas por implementar legislaciones anti-tabaco, restricciones en el uso de sustancias químicas, políticas anti discriminación, medidas de estabilidad financiera o restricciones en proyectos de minería pesada, entre otros. Por ejemplo, el 60% de las demandas contra los Estados miembros de la UE han estado relacionadas con el medio ambiente. Un abogado, que ha dedicado parte de su trabajo a la defensa de estos casos, ha llamado su base legal, es decir a los tratados internacionales de inversión, “armas de destrucción legal”.
3. **El nuevo modelo de “ISDS” de la UE (renombrado como ICS) es igual de peligroso para la democracia, para las leyes de interés público y para los presupuestos públicos como el “viejo” modelo que aún se mantiene en el acuerdo entre Canadá-UE, CETA por sus siglas en inglés.** Con la excepción de algunas mejoras procesales – una mejora en el proceso de selección de árbitros, reglas éticas más marcadas y el establecimiento de un órgano de apelación – la versión renombrada contiene esencialmente los mismos privilegios para los inversores, por lo general con los mismos términos utilizados en el texto del CETA.
4. **Demandas de inversores contra medidas no discriminatorias para proteger la salud, el medio ambiente y otros intereses públicos serían posible bajo la nueva propuesta de la UE,** ya que incluye la misma cantidad de derechos para el inversor que se han usado al justificar casos como el de Philip Morris (demandando a Uruguay sobre medidas de control del tabaco) y TransCanada (la cuál ha anunciado que demandará a EEUU por 15 mil millones de dólares por rechazar el controvertido oleoducto de Keystone XL).
5. **Bajo la propuesta de la UE, miles de millones de euros de nuestros impuestos se usarán para pagar a las grandes corporaciones en compensación por supuestas pérdidas económicas presentes o futuras** (como en el caso contra Libia en el cual se le exigió el pago de 905 millones de dólares a una empresa que había invertido únicamente 5 millones de dólares). También se podría exigir que los países paguen en compensación por nuevas propuestas de ley o regulaciones. La propuesta de la UE que se formula a partir de la protección del derecho a regular no garantiza en absoluto la protección de los Estados ante la amenaza de asumir los elevados costes que supone una demanda de éstas.
6. **La propuesta de la UE incrementa el riesgo de asumir demandas mil millonarias contra medidas de interés público al otorgar de manera inmediata una garantía absoluta a las grandes corporaciones, que obtendrían más derechos que con los acuerdos de inversiones existentes,** los cuales ya ha llevado a cientos de demandas de inversores a Estados en el mundo:
 - a) Al proteger las “expectaciones legítimas” de los inversores bajo la cláusula llamada de “trato justo y equitativo”, la UE se arriesga a que ésta se someta a una amplia interpretación, generando con ello el “derecho a una legislación estable”. Esto supone una herramienta poderosa para luchar contra los cambios en las regulaciones, aunque las medidas hayan sido elegidas e implementadas de manera democrática.
 - b) La cláusula paraguas propuesta por la UE podría suscribir a todos los contratos de inversión de un estado al nivel de una Ley

internacional, multiplicando el riesgo de demandas costosas. La cláusula no es parte del CETA entre la UE y Canadá, ya que Canadá la rechazó por su alto riesgo.

7. **Si el TTIP incluye la propuesta de derechos del inversor, las obligaciones y los riesgos financieros se multiplicarían para todos los Estados miembro de la UE, al superar con creces los ya existentes a través de acuerdos ya firmados entre países de la UE con EEUU:** con el TTIP, más de 19 países de la UE podrían ser demandados directamente por inversores de EEUU (es decir, habría un aumento de 9 a 19 países que serían objeto de demanda); el TTIP cubrirá en un 99% más a los inversores con origen en EEUU en la UE (en la actualidad sólo cubre el 1%); más de 47.000 empresas podrán acceder a estos mecanismos (comparado con las 4,500 en la actualidad). El TTIP podría suponer alrededor de 900 demandas nuevas provenientes de empresas con origen en EEUU hacia los estados miembro de la UE.
8. **Bajo la propuesta de la UE, empresas transnacionales podrían incluso demandar a sus propios gobiernos** – haciendo uso de una filial o pidiendo a un accionista extranjero que inicie la demanda. En el contexto del TTIP, este peligro es particularmente evidente debido a que existe un valor de 3,5 billones de dólares en títulos financieros en la UE. No hay prácticamente ninguna empresa europea que no albergue inversores estadounidenses que podrían hacer uso de las cláusulas.
9. **La propuesta de la UE sobre los derechos del inversor es una vía segura para coaccionar a los legisladores.** Existe ya la evidencia de que propuestas de protección medioambiental o de salud han sido abandonadas, retrasadas o modificadas de alguna manera según el deseo de alguna multinacional, bien a través de demandas o por el riesgo de litigio. Canadá y Nueva Zelanda, por ejemplo, han retrasado sus políticas anti tabaco al ver que Big Tobacco había interpuesto grandes demandas por casos similares en otros países.
10. **El mecanismo de solución de controversias propuesto por la UE no es judicialmente independiente, más bien tiene un sesgo en favor de los inversores.** Debido a que sólo los inversores pueden demandar, existe un incentivo para los árbitros (ahora llamados “jueces” en la propuesta de la UE) para ponerse del lado de los inversores, ya que esto atraerá nuevos

casos, lo que se traduce en nuevas tarifas y prestigio en el futuro. El criterio de selección restrictivo, la falta de periodos de enfriamiento y vacíos en la propuesta del código ético para los árbitros preocupa, ya que los tribunales seguirán teniendo al mismo personal que hasta ahora, es decir árbitros que se han beneficiado enormemente de este negocio al motivar a los inversores a llevar a cabo demandas y al hacer uso de una interpretación extensiva de las cláusulas que protegen las inversiones.

11. **Existen dudas serias de que los derechos del inversor propuestos sean compatibles con la legislación europea,** una de las razones que ha suscitado mayor preocupación entre los jueces. La propuesta de la Comisión deja de lado a las cortes europeas y es ante todo discriminatoria, ya que otorga derechos especiales a los inversores extranjeros. A través de estos mecanismos se podrán desafiar los fallos en las cortes o acciones de los gobiernos, así como las leyes que se quieran aprobar en los parlamentos, desde los ámbitos más locales hasta el nivel europeo.
12. **En lugar de poner fin al ISDS, la agenda de la UE sobre la protección de los inversores amenaza con encerrar a los miembros de la UE en el ISDS para siempre.** Será prácticamente imposible eliminar los privilegios de los inversores una vez que los tratados como el TTIP o el CETA sean aprobados (de hecho, los países tendrían que salir de la UE de darse el caso). La propuesta de la Comisión de una corte de inversión multilateral es esencialmente una corte mundial suprema de acceso exclusivo para las grandes corporaciones.

El intento de la UE para expandir de manera masiva y encerrar el sistema de arbitraje de inversiones para siempre, llega en un momento en el que un gran número de personas de todos los espectros político se están oponiendo a las camisas de fuerza que suponen este tipo de leyes, de las que muchos gobiernos precisamente están intentado salir.

Este informe concluye con una llamada a la acción a terminar con todos los tratados existentes que permiten que las grandes multinacionales demanden a los gobiernos en tribunales internacionales por legislaciones que limitan la capacidad de lucro; a impedir la aprobación de la carta de derechos especiales para multinacionales que se incluyen en tratados como el TTIP y el CETA; y a terminar cualquier plan para la creación de una corte mundial suprema exclusiva para corporaciones y millonarios.

