

# ISDS, cuando el árbitro es juez y parte

8 mayo 2015



**Gladys Martínez López** – *Diagonal*

Imagínense una competición deportiva en la que sólo el equipo A tiene derecho a atacar, mientras que el equipo B únicamente se puede defender. En el mejor de los casos, el equipo B no perderá el partido, después de haber invertido tiempo y esfuerzo en frenar la ofensiva, pero nunca podrá contraatacar, y mucho menos ganar.

Algo parecido, con consecuencias mucho más graves para las poblaciones, ocurre con el ISDS (solución de controversias inversor-Estado), un mecanismo de arbitraje presente en los **tratados bilaterales de inversión (TBI)** y en muchos **tratados de libre comercio (TLC)** que permite a los inversores extranjeros denunciar a un Estado ante un tribunal de arbitraje privado cuando sientan que algunos de sus “derechos” han sido vulnerados, por ejemplo, por el cambio de una legislación que afecte a sus beneficios presentes o futuros. Este mecanismo también está previsto en el tratado de libre comercio UE-Canadá (CETA), pendiente de aprobación en el Parlamento Europeo, y en el que **se está negociando a puerta cerrada entre la UE y Estados Unidos (TTIP)**.

Desde que en 1959 Alemania firmara el primer TBI con Pakistán, éstos se han ido multiplicando, principalmente a partir de los años 90, al calor de la expansión de las políticas neoliberales, hasta alcanzar los 2.811 actuales. Todos ellos incluyen el ISDS, que empezó a incorporarse también en muchos TLC a partir del NAFTA, firmado entre EE UU, Canadá y México en 1994. Y fue precisamente a partir de la aplicación del NAFTA cuando se disparó el uso del ISDS por parte de inversores. Si en **1997** había **19 casos conocidos de denuncias**, hoy se acercan a las **600**.

Pero pueden ser muchos más, ya que el sistema de arbitraje se hace a puerta cerrada y, como explica Luis Rico, coordinador del Proyecto de Tratados e Inversiones de Ecologistas en Acción, “si una de las dos partes pide que no haya comunicación, no la habrá. Se trata de un proceso poco transparente y sin control ciudadano”. Además, es un mecanismo unidireccional: **sólo la empresa extranjera puede denunciar al Estado ante estos tribunales**, y no al contrario, aunque estas corporaciones hayan violado derechos humanos o legislación ambiental o laboral.

En los últimos años, muchos han sido los Estados que se han visto obligados a desembolsar sumas ingentes de dinero público a multinacionales que los denunciaron amparándose en el ISDS. Como **Ecuador**, que **pagó en 2012** la mayor cantidad hasta el momento, **2.300 millones de dólares**, a **Occidental**, una compañía petrolera estadounidense, después de que el tribunal de arbitraje decidiera que *poner fin al contrato de esta petrolera equivalía a una expropiación a pesar de que la empresa hubiera violado el contrato*.

O **Eslovaquia**, que se vio obligada a pagar a la empresa aseguradora holandesa **Achmea** 29,5 millones de euros, el equivalente a todo su presupuesto en Sanidad, *cuando el nuevo gobierno electo decidió revertir el proceso de privatización del sistema sanitario*.

Mientras tanto, **Egipto** espera el resultado arbitral después de que la empresa **Veolia** denunciara en 2013 al Estado *por sentirse perjudicada por el aumento del salario mínimo*.

Alejandro Teitelbaum, abogado diplomado en Relaciones Económicas Internacionales, incide en que:

*"se trata de una 'feudalización' del derecho, de un derecho corporativo opuesto al derecho público nacional e internacional, que funciona en el interés exclusivo del gran capital transnacional y de los Estados ricos y en detrimento de los derechos fundamentales de los Estados llamados periféricos y de sus pueblos"*.

Erika González, de OMAL, añade que se produce *"un desequilibrio entre la empresa transnacional, que tiene recursos importantes para llevar adelante estas denuncias, y Estados que no tienen tantos recursos"*. Los países periféricos son los más demandados, *"también cuando han tomado medidas políticas acordes con las demandas de la ciudadanía"*. Según los datos conocidos, el 65% de estas denuncias han sido lanzadas por multinacionales de EE UU y la UE.

### **Enfriamiento regulatorio**

Teitelbaum explica que este mecanismo **"comporta la renuncia a la facultad soberana de los Estados de adoptar decisiones de política nacional relacionadas con el interés general sin interferencias extrañas"**, y añade que *"los Estados han perdido su poder de decisión en las políticas nacionales y no pueden adoptar medidas legislativas, por ejemplo, de protección ambiental o en materia fiscal o laboral porque el inversor, e incluso el futuro inversor, puede reclamar indemnizaciones"*.

Una de las peores consecuencias de estos ataques es, también según Luis Rico, que, aunque estos tribunales no pueden decidir sobre la legislación de un Estado, *"realmente son una herramienta de chantaje muy potente contra toda regulación, y pueden llevar a un enfriamiento regulatorio"*, es decir, a que los Estados se abstengan de impulsar políticas y cambios legislativos por miedo a ser denunciados. Un ejemplo lo vemos en Uruguay, que rebajó sus advertencias sobre los peligros del tabaco incluso antes de que se pusiera en marcha el proceso de arbitraje iniciado por la tabaquera Philip Morris. **O en Sudáfrica, que rebajó de un 10% a un 1% el porcentaje de los beneficios que las mineras debían aportar a la población más desfavorecida** después de ser denunciada por dos empresas mineras.

Además, estos "juicios" no se realizan teniendo en cuenta las legislaciones nacionales. Es más, según Álvaro de Regil, coordinador de la Alianza Global Jus Semper, *"se deshacen de las jurisdicciones nacionales"* y *"tienen un sesgo total en favor de las empresas"*. Los tribunales *"son privados, no sujetos a control, y en ellos **no existe posibilidad de apelación**"*, explica Rico. De hecho, el tribunal más importante de este tipo, al que recurren la mayoría de las multinacionales, llamado CIADI, es dependiente del Banco Mundial.

Según Regil, quienes "están al control" en estos procesos:

*"son los inversores institucionales de los mercados financieros, quienes a su vez son dueños de las transnacionales y quienes se encargan de cabildear los tratados en secreto, como sucede ahora en los casos del Acuerdo Transpacífico (TPP) y de la Asociación TransAtlántica (TTIP)"*.

*"Los árbitros pertenecen a una camarilla de diez bufetes, y pueden actuar a veces como consejeros de multinacionales, otras como fiscales, como árbitros..., **pueden ser jueces y parte**. Además, no tienen ingresos fijos como jueces, sino que ganan por el número de casos, unos mil euros la hora, así es que están interesados en que haya muchos casos, y para que haya muchos casos los inversores tienen que tener muchas expectativas de ganar"*, añade Rico.

Aunque según la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, las empresas han ganado un 31% de los casos, éstos son sólo los conocidos, y, además, en otro 27% de los casos la decisión final fue "acordada" y no se hizo pública. Estos "juicios", además, son altamente costosos, con una media de ocho millones de euros, y *el dinero gastado por el Estado en su defensa no puede ser recuperado*.

Aunque la decisión de estos tribunales no es recurrible, en los últimos años diversos países, principalmente los del sur y en mayor medida aquellos que están recibiendo un mayor número de denuncias por aplicar políticas que limitan el poder de las multinacionales, han buscado fórmulas para enfrentarse a sus decisiones. De momento, **Argentina**, el país que más procesos de ISDS ha sufrido, ha sido el único que se ha negado a pagar. Otros Estados, como Bolivia, Ecuador o Venezuela, explica Rico, han abandonado el CIADI, y estos países, junto con Sudáfrica e Indonesia, han dejado de renovar sus tratados bilaterales de inversiones. Por su parte, India ha congelado los que tenía en negociación.

### **La amenaza del TTIP**

Los países de la UE han firmado más de 2.000 tratados que incluyen esta cláusula, pero también han empezado a sufrirla. Un ejemplo paradójico es el de Alemania, pionera en la creación de este mecanismo y que ahora podría convertirse en una de sus víctimas.

Después de que el Gobierno alemán decidiera el cierre de su industria nuclear tras el desastre de Fukushima en Japón, Vattenfall, una corporación sueca que opera dos plantas nucleares en Alemania, denunció a este país y le reclama una compensación de 3.700 millones de euros, la mayor de la historia. Quizá por ello Alemania es uno de los siete países que ahora dicen oponerse a este mecanismo, tanto en las negociaciones del TTIP con EE UU como en relación al CETA con Canadá, acuerdo que han amenazado con no ratificar si sigue manteniendo el ISDS.

Para Marina Albiol, eurodiputada de Izquierda Plural y del grupo Izquierda Unitaria Europea, que organizaron en diciembre unas jornadas contra el TTIP en el Parlamento en Bruselas, *"el ISDS es la parte más importante del tratado, porque es un aviso a navegantes. **Cualquier política que intente poner recursos al servicio de las mayorías se expone a denuncias de las multinacionales.** Es un secuestro total de la democracia"*.

Ante las críticas contra este sistema, la UE lanzó en marzo una consulta pública a la que respondieron 150.000 personas, de las que más de 131.000 se mostraron contra el ISDS. Según Albiol, *"no basta con una consulta vía internet, debe haber referéndums vinculantes para que la población pueda decidir si quiere o no el TTIP"*, y añade que *"para conseguir una mayoría de parlamentarios en contra se necesita movilización en la calle, presión a los partidos y a los gobiernos, un movimiento que haga que los eurodiputados se opongan"*.

Ante las denuncias públicas contra este sistema y la oposición de ciertos países, entre los que no se incluye España, la UE ha anunciado ciertas modificaciones en el mecanismo ISDS. *"La UE está haciendo una campaña tremenda e incluso reconoce que es un mecanismo costoso y unidireccional, y es cierto que han hecho algunas reformas, pero quedan muchos hilos sueltos por los que las multinacionales pueden seguir incidiendo sobre la regulación de los países"*, explica Luis Rico.

En cualquier caso, según los entrevistados, el **ISDS** no es más que **uno** de los mecanismos perversos incluidos en TTIP, CETA y otros tratados de libre comercio. En palabras de Albiol, estos tratados:

*"ponen al pueblo a los pies de las multinacionales. Hablamos de reducir las regulaciones y eliminar las que perjudiquen a las multinacionales, proteger menos el medio ambiente, los derechos laborales, los servicios públicos, la seguridad alimentaria o la agricultura. Pero, aunque consigamos pararlo, hay que vigilar que no metan por la puerta de atrás las políticas que manan de él"*.

Luis Rico considera que:

*"el TTIP no es nada nuevo bajo el sol, sino una herramienta fuerte más que refuerza los recortes de la troika. No está cambiando nada, sino reforzando políticas actuales, pero esto nos da un marco de lucha global porque toca todas las luchas: la ambiental, el fracking, los transgénicos, las políticas municipales, los movimientos en defensa de servicios públicos. E, igual que el Acuerdo de Libre Comercio de las Américas supuso un marco global para la unión de los movimientos sociales de América Latina, el TTIP da pie a que nos unamos todas las luchas que nos oponemos a recortes y privatizaciones"*.

## **El TTIP y la cooperación regulatoria**

Uno de los puntos previstos por el TTIP es la "cooperación regulatoria", que, en palabras de la Comisión Europea, es "una importante herramienta para ayudar a dismantelar las barreras regulatorias existentes y a evitar que surjan nuevas".

En la práctica, esta "cooperación", como denuncian las organizaciones de la sociedad civil, provocará por un lado una regulación a la baja del nivel social o medioambiental, al armonizarse las legislaciones *según el interés de las corporaciones*. Pero además permitirá a las multinacionales y a los lobbies, a través de su participación en el Consejo de Cooperación Regulatoria, presionar permanentemente, una vez aprobado el TTIP, para modificar regulaciones a lo largo de los años.

## **Tratados a gran escala amenazan a los países**

Paralelamente a las negociaciones sobre el TTIP y el CETA, éste último ya finalizado y a la espera de ser aprobado, 50 países, incluidos los de la Unión Europea y Estados Unidos, negocian un acuerdo sobre el comercio de los servicios (TISA, por sus siglas en inglés). Al igual que el TTIP y el resto de tratados en negociación, el TISA está envuelto en opacidad, pero se prevé que, de ser aprobado, provoque la **privatización masiva de servicios públicos en todos los países que lo suscriban**. Paralelamente, Estados Unidos negocia otro tratado a gran escala con 12 países del Asia-Pacífico, el TPP, que abrirá más sus fronteras a los intereses de las transnacionales.