

DEMOCRACIA >

CETA

LA DEMOCRACIA EN VENTA

CÓMO LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES
EN EL **CETA** PODRÍAN GENERAR UN AUJE DE DEMANDAS
DE INVERSORES CONTRA CANADÁ Y LA UE

Septiembre de 2016

Resumen ejecutivo

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

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

El ICS puede impedir que los Gobiernos actúen en el interés público, tanto de forma directa, cuando una gran empresa demanda a un Estado, como indirecta, al desincentivar que se adopten determinadas leyes por miedo a provocar una demanda. En todo el mundo, los inversores han impugnado leyes que protegen la salud pública, como leyes antitabaco, prohibiciones sobre el uso de productos tóxicos o de la explotación minera, normas que requieren que se realicen evaluaciones de impacto ambiental y otras leyes relacionadas con residuos peligrosos, medidas tributarias y políticas fiscales.

La democracia en venta

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

Escrito por: Pia Eberhardt, Blair Redlin, Cecilia Olivet y Lora Verheecke

Versión en inglés revisada por: Scott Harris y Katharine Ainger

Traducido al español por: Beatriz Martínez

Diseñado e ilustrado por: Ricardo Santos

Publicado por Corporate Europe Observatory (CEO), Transnational Institute, Powershift, el Consejo de los Canadienses, Védegylet Egyesület, War on Want, Umanotera, Amigos de la Tierra Europa (FoEE), Red Quebequense sobre la Integración Continental (RQIC), Foro Alemán de ONG sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Global Justice Now (GJN), Federación Sindical Europea de Servicios Públicos (FSESP), Asociación Internacional de Técnicos, Expertos e Investigadores (AITEC), Attac Austria, LobbyControl, Cámara del Trabajo de Viena (AK Viena), Afrika Kontakt, Ecologistas en Acción, Instytut Globalnej Odpowiedzialności (IGO), Both Ends, Nature Friends Greece, Centro Nacional de Cooperación al Desarrollo (CNCD-11.11.11) y Attac France.

Septiembre de 2016

Principales conclusiones

1. La experiencia de Canadá con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) ilustra los peligros que entraña el arbitraje de inversiones. En el marco del TLCAN, Canadá ha sido demandado 37 veces, ha perdido o llegado a un acuerdo sobre ocho demandas, y ha pagado un total de más de 171,5 millones de dólares estadounidenses a inversores extranjeros en concepto de daños.¹ Las demandas que aún siguen en curso afectan a un amplio abanico de medidas gubernamentales que, supuestamente, menoscaban el valor de las inversiones extranjeras: desde una moratoria sobre el fracking y una revocación afín de los permisos para perforar pozos a una decisión de los tribunales canadienses de invalidar ciertas patentes farmacéuticas que no eran lo bastante innovadoras o útiles. Los inversores extranjeros están reclamando al Gobierno canadiense varios miles de millones de dólares por daños y perjuicios.

2. El CETA incrementaría el riesgo de que la UE y sus Estados miembros sean demandados por inversores canadienses en los sectores de la minería y de la extracción de petróleo y gas. Los títulos de inversión canadienses en la UE son muy significativos en estos sectores, y algunas compañías mineras canadienses ya están involucradas en una serie de polémicos proyectos relacionados con recursos naturales en la UE. Los especialistas en minería ya están celebrando el CETA como un acuerdo “histórico”, que tendría “importantes repercusiones para las empresas mineras”. Las grandes empresas de petróleo, minería y gas de todo el mundo cada vez están recurriendo más al arbitraje de inversiones. La demanda interpuesta por la empresa canadiense Gabriel Resources contra el Gobierno de Rumanía, que no aprobó un proyecto de explotación minera de oro en Roşia Montană por la destrucción ambiental y el desplazamiento de personas que provocaría, da una buena idea del tipo de demandas que los Estados miembros de la UE pueden esperar de las compañías canadienses.

3. Las filiales canadienses de multinacionales con sede en los Estados Unidos también podrán usar el CETA para demandar a los Gobiernos europeos, incluso aunque la UE finalmente excluya o limite el mecanismo ISDS en el acuerdo de Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP por su sigla en inglés) que se está negociando actualmente con los Estados Unidos. Esto es algo especialmente preocupante para los europeos, ya que la economía canadiense está dominada por grandes empresas estadounidenses. Las filiales con sede en la UE de empresas extranjeras también gozarían de las mismas facultades para impugnar las normas adoptadas en Canadá.

4. Las empresas de la UE, canadienses y estadounidenses ya se encuentran entre las principales usuarias del arbitraje de inversiones, por lo que existen buenos motivos para esperar que utilizarán el CETA con el fin de limitar las medidas gubernamentales en Canadá y Europa. El 61 por ciento (o 425) de todas las controversias inversor-Estado conocidas a escala global han sido iniciadas por inversores de la UE. Los inversores estadounidenses han presentado en torno al 20 por ciento (o 138)² de todos los casos inversor-Estado conocidos. Los inversores canadienses son los quintos usuarios más frecuentes del arbitraje de inversiones (39 casos). En conjunto, los inversores de la UE, estadounidenses y canadienses han interpuesto 602 demandas contra Estados, de un total de 696 casos conocidos.

5. La oposición a las disposiciones inversor-Estado en el CETA está aumentando a ambos lados del Atlántico entre organizaciones de la sociedad civil, sindicatos e incluso Estados miembros de la UE. En respuesta a ello, la Comisión Europea y el Gobierno canadiense han intentado desviar la atención de los problemas de base del sistema dedicándose a introducir reformas superficiales.

6. Las “reformas” que han acordado la Comisión Europea y el Gobierno canadiense para disipar las inquietudes sobre el mecanismo ISDS no impedirán el abuso de este por parte de inversores y árbitros. Por el contrario, el CETA ampliará de manera significativa el alcance del arbitraje de inversiones, exponiendo a la UE, sus Estados miembros y Canadá a unos riesgos de responsabilidad jurídica impredecibles y sin precedentes.

7. Las protecciones garantizadas a los inversores con el CETA podrían otorgar a los inversores extranjeros aún más derechos que con el TLCAN, aumentando así el riesgo de que esos inversores utilicen el acuerdo para limitar las políticas que deseen adoptar en el futuro los Gobiernos:

- Al proteger las “expectativas legítimas” de los inversores mediante lo que se conoce como cláusula del “trato justo y equitativo”, el CETA podría tipificar una interpretación muy amplia de esta cláusula, que otorgaría a los inversores un potente instrumento para luchar contra cualquier cambio normativo, incluso aunque este se adopte a la luz de nuevas evidencias o decisiones democráticas.
- El CETA concedería a los inversores extranjeros más derechos para impugnar las normas financieras que el TLCAN, en que estos se limitaban principalmente al derecho (aún significativo) de los bancos de transferir libremente fondos y de estar protegidos frente a expropiaciones. El CETA amplía estos derechos para incluir también conceptos tan abiertos a interpretación como el trato justo y equitativo, que amenaza con maniar a los reguladores encargados de proteger a los consumidores y la estabilidad del sistema financiero en caso de emergencia.

8. El CETA incrementará notablemente el riesgo de que Canadá sea demandado por bancos, aseguradoras y sociedades financieras. Estos riesgos son evidentes, ya que los inversores especulativos, con la ayuda de los abogados especializados en inversiones, están utilizando cada vez más el arbitraje de inversiones para conseguir ganancias demandado a los Gobiernos que están atravesando crisis financieras. Los títulos de inversión de la UE en Canadá son significativos en el sector financiero y, con el CETA, estos conseguirían unos derechos de gran calado para iniciar litigios.

No es necesario crear un régimen jurídico especial para proteger a los inversores extranjeros, especialmente en jurisdicciones estables como la UE y Canadá. Las

multinacionales de hoy en día se encuentran entre las más prósperas y sofisticadas del mundo, y disponen de capacidad para evaluar los posibles riesgos y la rentabilidad que cabe esperar en función de estos. Y en caso de que los riesgos sean demasiado grandes, esas multinacionales ya disfrutan de otras opciones, como los tribunales ordinarios, los seguros privados y los mecanismos públicos de garantía de inversiones.

El informe *La democracia en venta* insta a la Comisión Europea, el Gobierno canadiense, los Estados miembros de la UE, y los legisladores y legisladoras de ambos lados del Atlántico a rechazar el actual texto del CETA, que prevé el arbitraje inversor-Estado.

DEMOCRACIA

CETA

La democracia en venta

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

El 26 de septiembre de 2014, Canadá y la Unión Europea (UE) anunciaron la conclusión de un ambicioso acuerdo de integración económica, el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG; CETA por su sigla en inglés y de uso más extendido, por lo que es la que usaremos en este informe). Después de las elecciones generales en Canadá y a raíz de las críticas, cada vez más duras y generalizadas, el acuerdo sufrió algunas modificaciones y finalmente se publicó el 29 de febrero de 2016.³ La versión final revisada del texto no ha conseguido disipar y ha confirmado muchas de las inquietudes planteadas por analistas independientes.

El análisis que se presenta en estas páginas demuestra cómo los derechos otorgados a los inversores en el CETA podrían desencadenar un alud de litigios de grandes empresas contra Canadá, la UE y sus Estados miembros, incluso a través de las filiales en Canadá de corporaciones multinacionales estadounidenses. También arguye que el CETA podría constituir una grave amenaza a las iniciativas de los Gobiernos para proteger a la ciudadanía y el medio ambiente, y que podría obligar a los Estados a pagar miles de millones de dólares en concepto de indemnización a los inversores por “pérdidas” derivadas de normas que buscan proteger el interés público.

El CETA limita a los Gobiernos en un amplio abanico de ámbitos, como la propiedad intelectual, la contratación pública, los servicios públicos y financieros, y la soberanía alimentaria. Pero para la ciudadanía, tanto en la UE como en Canadá, la protección acorazada de los “derechos de los inversores” es la forma más controvertida del CETA de restringir el poder de los Gobiernos elegidos democráticamente.

Este informe sostiene que, contrariamente a lo que se asegura desde las instituciones que están negociando el acuerdo, la UE y Canadá no han neutralizado los peligrosos derechos corporativos en el CETA. E insta a los legisladores y las legisladoras de Canadá y la UE a rechazar el actual texto del CETA, que prevé el arbitraje inversor-Estado.

El capítulo de inversiones del CETA contiene un mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS), al que se le ha cambiado el nombre y ahora se presenta como un Sistema de Tribunales

Esto no cambia nada, ya que las normas en que se basan los fallos dictados siguen siendo las mismas.

Nigel Blackaby, del bufete de abogados Freshfields, sobre la propuesta de ICS la UE⁴

Chevron arguye que la mera existencia del ISDS es importante, ya que tiene un efecto disuasorio.

Funcionario de la Comisión Europea refiriéndose a una reunión con Chevron sobre el ISDS, 29 de abril de 2014⁵

Es una herramienta de presión en el sentido de que puedes decir a los Estados: ‘De acuerdo, si usted hace esto, le demandaremos y le exigiremos una indemnización’... Puede hacer cambiar su comportamiento en ciertos casos.

Peter Kirby, del bufete de abogados Fasken Martineau, sobre el arbitraje inversor-Estado⁶

de Inversiones (ICS). El ICS concede a las grandes empresas el privilegio especial de eludir los tribunales nacionales, y demandar directamente a los países ante tribunales internacionales privados y exigirles una indemnización por adoptar salvaguardias en materia de salud, medio ambiente, finanzas u otras medidas internas que, en opinión de dichas empresas, socaven sus derechos. Este sistema de justicia paralelo solo está a disposición de los inversores extranjeros, y no de los del propio país, y mucho menos al alcance de las personas de a pie.

La resolución de estas demandas inversor-Estado depende de árbitros comerciales privados. La Comisión Europea ha dejado de llamarlos así y ahora alude a ellos como “integrantes” o “miembros” de los distintos tribunales, pero el hecho es que siguen careciendo de la independencia ética y financiera que deberían observar los jueces. Los abogados que resuelvan los casos presentados al amparo del CETA seguirán cobrando por cada caso que resuelvan, por lo que aún se podrían denominar “árbitros con fines de lucro”. A nivel mundial, el arbitraje de inversiones es territorio de solo un pequeño número de personas y bufetes, que tienen una “puerta giratoria” con las grandes empresas y una clara tendencia a interpretar la ley en favor de los inversores.⁷

El número de demandas de inversores contra Estados se ha disparado en los últimos años, pasando de apenas una docena de casos a mediados de la década de 1990 hasta los 696 conocidos a mediados de 2016.⁸ Una tras otra, todas las áreas normativas han sido objeto de ataques por parte de los inversores, desde leyes antitabaco a medidas tributarias, pasando por políticas fiscales, prohibiciones

CUADRO 1

**ALGUNAS INQUIETANTES CONTROVERSIAS
INVERSOR-ESTADO EN EL MARCO DEL TLCAN**

Las grandes empresas contra los tratados ambientales – SD Myers contra Canadá: Canadá es signatario del Convenio Internacional de Basilea, que establece que los residuos peligrosos se deben eliminar en el país de origen del residuo. Canadá prohibió temporalmente la exportación de desechos de PCB tóxicos, de noviembre de 1995 a febrero de 1997. La prohibición se aplicó en general, y no solo a un país o empresa en particular. No obstante, la firma estadounidense de eliminación de residuos SD Myers interpuso una demanda contra esta prohibición amparándose en el TLCAN y la ganó. El panel de arbitraje falló en contra de Canadá y otorgó al inversor una indemnización de 6,05 millones de dólares, más intereses.⁹

Las grandes empresas contra la protección del medio ambiente y la salud – Ethyl contra Canadá: Cuando el Parlamento canadiense prohibió la importación y el transporte de un aditivo tóxico de la gasolina por razones de protección del medio ambiente y la salud en 1997, el productor estadounidense Ethyl demandó al país sobre la base del TLCAN, reclamando una compensación de 201 millones de dólares. Canadá llegó finalmente a un acuerdo, por el que pagó a la empresa 13 millones de dólares y retiró la prohibición.¹⁰

Las grandes empresas contra las moratorias sobre el fracking – Lone Pine contra Canadá: En 2011, el gobierno provincial de Quebec respondió a la presión pública y la preocupación por la contaminación del agua aplicando una moratoria sobre el uso de la fractura hidráulica (fracking) para la exploración de petróleo y gas. En 2012, la empresa Lone Pine Resources Inc., con sede en Calgary, presentó una demanda inversor-Estado amparada en el TLCAN con el objetivo de revocar esa moratoria. Lone Pine, que interpuso la demanda a través de una filial en el paraíso fiscal estadounidense de Delaware, está reclamando 109,8 millones de dólares, más intereses, por daños y perjuicios.¹¹

Un examen riguroso del caso revela que esta demanda aún podría prosperar en el marco del ICS, el mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS) que se propone en el capítulo revisado del CETA relativo a las inversiones.¹²

Las grandes empresas contra las resoluciones judiciales relativas a patentes de medicamentos – Eli Lilly contra Canadá: La demanda de 370 millones de dólares¹³ basada en el TLCAN que inició en 2013 el gigante farmacéutico estadounidense Eli Lilly muestra cómo el mecanismo ISDS cuestiona cada vez más los tribunales y las leyes nacionales. Según la ley canadiense, la Corte Federal de Canadá es el último árbitro sobre la validez de las patentes. Pero Eli Lilly no estuvo de acuerdo con la decisión del tribunal de rechazar sus solicitudes de patentes complementarias para dos medicamentos reformulados (olanzapina y atomoxetina) por no ser lo suficientemente innovadoras. En total, nueve jueces canadienses distintos escucharon los argumentos de Eli Lilly y la empresa perdió en cada etapa. Si Eli Lilly consigue una sentencia favorable del tribunal arbitral del TLCAN, habrá sorteado eficazmente los niveles más altos de toma de decisiones judiciales en Canadá.¹⁴

sobre el uso de productos tóxicos o de la explotación minera y normas que requieren que se realicen evaluaciones de impacto ambiental o que regulan los residuos peligrosos (ver los cuadros 1 y 2). La cantidad de dinero de los contribuyentes que los Estados han sido condenados a pagar en multas también se ha disparado, y muchas veces entraña indemnizar a los inversores por la pérdida de *futuras* ganancias previstas.

Como los árbitros pueden imponer sanciones monetarias a los Gobiernos, el miedo o la amenaza real de una costosa demanda inversor-Estado puede desalentar que se emprendan ciertas iniciativas públicas (algo que se conoce como “disuasión normativa” o “enfriamiento normativo”).¹⁵ Cinco años después de que entraran en vigor los derechos de los inversores en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) entre los Estados Unidos, Canadá y México, un exfuncionario del Gobierno canadiense describía su efecto: “He visto las cartas de las firmas de abogados de Nueva

York y Washington que llegaban al Gobierno canadiense sobre prácticamente cualquier nueva regulación y propuesta ambiental... Apuntaron contra casi todas las nuevas iniciativas y la mayoría de ellas nunca vio la luz del día”.¹⁶

**Las lecciones del TLCAN:
un mal presagio para el CETA**

La experiencia de Canadá con el TLCAN ilustra muy bien los peligros del arbitraje de inversiones. En el marco de este tratado, han tenido lugar 37 demandas inversor-Estado contra Canadá, y el número sigue creciendo. Hasta el momento, Canadá ha perdido o llegado a un acuerdo sobre ocho demandas, y ha pagado un total de más de 171,3 millones de dólares a inversores extranjeros en concepto de daños. Los contribuyentes canadienses también han pagado decenas de millones de dólares en costos legales de defensa contra estas demandas.¹⁷

Las demandas en curso amparadas en el TLCAN afectan a una amplia gama de medidas gubernamentales que, supuestamente, disminuyen el valor de las inversiones extranjeras, como, por ejemplo, una moratoria sobre el fracking del gobierno de la provincia de Quebec, una moratoria sobre los proyectos de energía eólica marina en el Lago Ontario, ciertas disposiciones de la Ley de Energía Verde de Ontario para promover las energías renovables, y la decisión de un tribunal canadiense de invalidar dos patentes farmacéuticas por considerar que no eran lo bastante innovadoras o útiles (ver el cuadro 1). En conjunto, en estos momentos los inversores extranjeros están reclamando al Gobierno canadiense varios miles de millones de dólares en daños y perjuicios.¹⁸

Las empresas de la UE y canadienses se encuentran entre las principales usuarias del arbitraje de inversiones. Casi dos terceras partes (o 463) de todas las controversias inversor-Estado conocidas en el mundo han sido iniciadas por inversores de la UE y de Canadá.

Los inversores canadienses son los quintos usuarios más frecuentes del arbitraje de inversiones, superados solo por los inversores de los Estados Unidos, los Países Bajos, el Reino Unido y Alemania.¹⁹

CUADRO 2

CÓMO LAS GRANDES EMPRESAS DE LA UE UTILIZAN EL ARBITRAJE INVERSOR-ESTADO

Las grandes empresas de la UE contra la protección del medio ambiente – Vattenfall contra Alemania I y II: En 2009, la multinacional energética sueca Vattenfall demandó al Gobierno alemán por 1.400 millones de dólares como compensación por las restricciones ambientales había impuesto en una de sus centrales eléctricas de carbón. El caso fue resuelto al margen de los tribunales, después de que Alemania aceptara flexibilizar las normas ambientales. En 2012, Vattenfall lanzó una segunda demanda por 5.140 millones de dólares, en concepto de ganancias perdidas con dos de sus plantas de energía nuclear después de que el Gobierno alemán decidiera eliminar gradualmente este tipo de energía tras la catástrofe de Fukushima. El Gobierno alemán ya se ha gastado más de 3,54 millones de dólares en la defensa, y prevé que deberá destinar un total de 9,98 millones de dólares a los costos legales.²⁰ Las dos demandas se interpusieron al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía.²¹

Un examen riguroso de la demanda de Vattenfall contra Alemania I (por una central eléctrica de carbón en Hamburgo) revela que esta demanda aún podría prosperar en el marco del ICS, el mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS) que se propone en el capítulo revisado del CETA relativo a las inversiones.²²

Las grandes empresas de la UE contra la no discriminación – Piero Foresti y otros contra Sudáfrica: En 2007, un grupo de inversores italianos y luxemburgueses demandó a Sudáfrica por 350 millones de dólares debido a que una nueva ley de minería incluía normas antidiscriminatorias de la Ley de Empoderamiento Económico de la Población Negra del país, que persigue corregir algunas de las injusticias del régimen del apartheid. La ley exigía a las compañías mineras que traspasaran una parte de las acciones a manos de inversores negros. La controversia (que se amparaba en los tratados de inversión firmados por Sudáfrica con Italia y Luxemburgo) se zanjó en 2010, después de que los inversores recibieran nuevas licencias que requerían un traspaso de acciones mucho menor.²³

Las grandes empresas de la UE contra las políticas para combatir las crisis económicas – Inversores contra Argentina, Chipre y Grecia: Cuando Argentina congeló las tarifas de los servicios públicos (energía, agua, etc.) y devaluó la moneda para responder a la crisis financiera que azotó al país en 2001-2002, se vio sorprendida por más de 40 demandas de inversores. En enero de 2014, el país había sido condenado a pagar un total de 980 millones de dólares en concepto de indemnización. Entre los demandantes se encontraban varias multinacionales de la UE, como Suez y Vivendi (Francia), Anglian Water (Reino Unido) y Aguas de Barcelona (España). Desde entonces, se han presentado demandas parecidas contra Chipre y Grecia.²⁴

Las grandes empresas contra el salario mínimo – Veolia contra Egipto: Desde 2012, la empresa de servicios francesa Veolia está demandando a Egipto sobre la base del tratado bilateral de inversión entre Francia y Egipto, por el supuesto incumplimiento de un contrato para la eliminación de residuos en la ciudad de Alejandría. La ciudad se había negado a realizar algunos cambios que Veolia quería introducir en el contrato para reducir el aumento de los costes; en parte debido a la introducción de un salario mínimo. Además, según Veolia, la policía municipal no había impedido el robo masivo de cubos de basura por parte de la población local. Según ciertas fuentes de prensa, Veolia está reclamando una indemnización de 90,9 millones de dólares.²⁵

CUADRO 3

UNA ADVERTENCIA PARA EUROPA: EL CASO DE ROȘIA MONTANĂ

Roșia Montană se encuentra en los Montes Apusenia, en Rumanía, y alberga las mayores reservas de oro de toda Europa.

A principios de 2000, la empresa Gabriel Resources consiguió permisos para extraer oro en la zona. El proyecto minero supondría la destrucción de cuatro montañas, el desplazamiento de varios pueblos y la contaminación del medio ambiente por el uso de cianuro.

Desde el principio, el proyecto despertó una fuerte oposición de las comunidades locales, que cuestionaron la legalidad de los permisos y lograron que los tribunales nacionales los anularan con carácter permanente.

En 2013, Gabriel Resources intentó presionar al Gobierno rumano para que aprobara una ley que autorizaría el funcionamiento de la mina a través del Parlamento, pero la iniciativa desencadenó protestas en todo el país. La empresa también está siendo investigada en Rumanía por acusaciones de evasión de impuestos y lavado de dinero.

En julio de 2015, Gabriel Resources presentó una demanda contra el Gobierno de Rumanía por trato injusto.

Hay muchas razones para esperar que el CETA allane el camino a más demandas contra el Gobierno canadiense, así como contra la UE y sus Estados miembros. Podría incluso decirse que el capítulo de inversiones del CETA otorga aún mayores derechos a los inversores extranjeros que el TLCAN (sobre todo al proteger las “expectativas legítimas” de los inversores mediante lo que se conoce como cláusula del “trato justo y equitativo” y en las controversias inversor-Estado en materia de servicios financieros; ver el anexo 1). El CETA incrementaría de forma notable el riesgo de que se presenten demandas inversor-Estado contra las políticas canadienses, teniendo en cuenta que, hasta mediados de 2016, los inversores europeos habían iniciado el 61 por ciento de todas las controversias conocidas (425 casos).²⁶

Canadá a merced de los bancos europeos

Los flujos de inversión entre la UE y Canadá son significativos y dignos de mención en varios sentidos. Un gran volumen de flujos de inversión significa que un número importante de inversores obtendrá derechos para presentar demandas al amparo del tratado de comercio. Además, cabe destacar los sectores en los que los inversores depositan su IED (inversión extranjera directa), ya que las empresas de determinados sectores recurren más al ISDS que las de otros.

En 2015, los inversores europeos invirtieron casi 200.000 millones de dólares en Canadá (volumen total de IED). Un tercio de estas inversiones se destinaron al sector de la fabricación (prácticamente 67.000 millones de dólares). Los inversores europeos también invirtieron de forma significativa en la gestión de empresas y sociedades (47.000 millones de dólares) y en el sector de las finanzas y los seguros (26.000 millones de dólares).²⁷

El sector de las finanzas y los seguros es de especial relevancia porque, con el CETA, conseguirá aún más derechos para interponer demandas que los que le garantiza el TLCAN. Esto apunta a un notable incremento del riesgo de que Canadá sea demandado por bancos, aseguradoras y sociedades de cartera sobre la base del CETA (ver el anexo 1). Este riesgo es evidente, ya que los inversores especulativos, con la ayuda de los abogados especializados en inversiones, están utilizando cada vez más el arbitraje de inversiones para conseguir ganancias demandando a los Gobiernos que están atravesando crisis financieras.²⁸

Los inversores de la UE son los principales usuarios del mecanismo ISDS. En efecto, los inversores de la UE han iniciado el 61 por ciento de todos los casos ISDS conocidos del mundo. Y de estos, los de los Países Bajos, el Reino Unido y Alemania son, según las Naciones Unidas, “los más activos en la interposición de demandas ISDS”.²⁹ Por Además, la mayoría de las inversiones que llegan al Canadá proceden precisamente de aquellos países de la UE en que los inversores promueven más disputas inversor-Estado: los Países Bajos y el Reino Unido (segundos y cuartos mayores inversores en Canadá, respectivamente, en 2015).³⁰ Los inversores de la UE han presentado al menos 40 demandas amparadas en tratados de inversión y relacionadas con actividades del sector de las finanzas y los seguros que afectan a 25 países, desde Burundi a Rusia.³¹ Los argumentos en los que se basan las demandas van desde la reestructuración de la deuda pública y el impago o la modificación de la deuda soberana al control de los capitales en el contexto de la crisis financiera, pasando por la promulgación de leyes de excepción y otras medidas para lidiar con la crisis económica del país, el abandono de compromisos adoptados en el pasado de proporcionar apoyo estatal a un banco de propiedad extranjera, la reestructuración del sector bancario y la nacionalización de bancos.³²

IMAGEN 1

PROYECTOS POLÉMICOS DE EMPRESAS MINERAS CANADIENSES EN EUROPA

¿AYUDARÁ EL CAPÍTULO SOBRE INVERSIONES DEL CETA A VENCER LA RESISTENCIA DE LAS COMUNIDADES?



Dalradian Resources está estudiando la posibilidad de perforar una mina de oro en **Curraghinalt**, en **Irlanda del Norte**, y grupos ecologistas han advertido de los posibles efectos destructivos del proyecto, en especial sobre un parque natural cercano, además de cuestionar que el proyecto carezca de una evaluación de impacto ambiental.

En octubre de 2013, a raíz de la fuerte oposición comunitaria por la destrucción ambiental, la contaminación del agua y la pérdida de medios de vida, el gobierno regional de **Galicia**, en **España**, suspendió temporalmente la explotación de una mina a cielo abierto en **Corcoesto** por parte de la compañía minera **Edgewater**. En octubre de 2015, Edgewater informó a España de que había presentado una demanda inversor-Estado en virtud del tratado bilateral de inversiones entre España y Panamá.

Grupos ecologistas e indígenas han dado la voz de alarma por el auge de la explotación de minerales en **Laponia**, **Finlandia**. Las aguas contaminadas y los residuos de metales pesados de proyectos como la mina de níquel de **First Quantum Minerals** en **Sodankylä** podrían dañar de forma permanente el ecosistema y afectar negativamente a las comunidades indígenas y a la industria turística de la región.

La ciudadanía está intentando que la compañía **Eldorado Gold** no perforé varias minas a cielo abierto en la región de **Halkidiki**, en el norte de **Grecia** (**Skouries**, **Olympias**, **Stratoni**). La gente teme la tala de bosques primarios, la contaminación de aguas por el uso de cianuro y la pérdida de medios de vida en los sectores del turismo, la agricultura, la pesca y la acuicultura.

Gabriel Resources está utilizando unos pactos sobre inversión de la década de 1990 para demandar a **Rumanía** (ver el cuadro 3). La resistencia de las comunidades ante la destrucción ambiental y el desplazamiento de varios pueblos ha supuesto la suspensión del proyecto de mina de oro y plata que la compañía tenía previsto en **Roşia Montană**.

En **Bulgaria**, comunidades y grupos ecologistas están intentando que no se apruebe el proyecto de mina de oro y plata a cielo abierto de **Krumovgrad**, desarrollado por **Dundee Precious Metals** en el parque natural de Ada Tepe. Las preocupaciones giran en torno a la contaminación, la presión sobre unos limitados recursos hídricos y las amenazas a los medios de vida de los agricultores locales.

Las empresas mineras canadienses: una amenaza para Europa

En 2015, los inversores canadienses invirtieron 174.000 millones de dólares en Europa (valor total de IED). Una tercera parte de estas inversiones se destinó al sector de las finanzas y los seguros (60.000 millones de dólares). Otros dos de los sectores en los que los canadienses más invirtieron en Europa fueron el de la gestión de empresas y sociedades (39.000 millones de dólares) y la extracción de petróleo y gas (31.000 millones de dólares).³³

Las empresas transnacionales del sector de la extracción de petróleo y gas están recurriendo cada vez más a los tribunales de arbitraje internacional. En mayo de 2016, uno de cada cuatro casos presentados ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), donde se tratan la mayoría de disputas inversor-Estado, estaban relacionados con el petróleo, la minería y el gas.³⁴ Estos son también los sectores en los que las empresas canadienses se han ganado la fama de ser "los mayores infractores en materia de medio ambiente, derechos humanos y otros abusos de todo el mundo".³⁵

Las empresas mineras canadienses están participando ya en una serie de controvertidos proyectos de explotación de recursos naturales en toda la UE (ver la imagen 1 y el cuadro 3). Si el capítulo de inversiones del CETA entra en vigor, las empresas mineras canadienses podrán amenazar y presentar demandas similares contra la UE y la totalidad de sus 28 Estados miembros. No es de extrañar que los especialistas en minería estén celebrando el CETA como

un acuerdo "histórico", que tendría "importantes repercusiones para las empresas mineras".³⁶

Seguramente, el aspecto más significativo del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) para las empresas mineras de ambos lados del Atlántico es la inclusión de una disposición inversor-Estado.

Mineweb, portal de internet especializado en actividades mineras³⁷

Al mismo tiempo que promueve los intereses de su sector minero en Europa, el Gobierno canadiense también ha utilizado las negociaciones del CETA como una manera de socavar la legislación europea en nombre de su sector de petróleo y gas.³⁸ El Gobierno canadiense lleva años trabajando en nombre de las compañías de petróleo y gas que operan en Canadá para debilitar y subvertir la propuesta de Directiva europea sobre la calidad del combustible, que exige a los proveedores de combustible de la UE que reduzcan la intensidad del carbono en los carburantes. Esta Directiva estaba concebida para frenar las emisiones de gases de efecto invernadero derivadas de los combustibles con alto contenido de carbono, como el extraído de las arenas bituminosas de Canadá, que requiere más energía que los convencionales para su extracción y procesado.³⁹ Después de muchos años de retraso, la Comisión Europea ha lanzado nuevas medidas que reconocen que el petróleo de las arenas bituminosas es más intensivo en carbono,

IMAGEN 2

DEMANDAS A TRAVÉS DEL CETA: ALGUNAS FILIALES DE EMPRESAS CON SEDE EN LOS ESTADOS UNIDOS Y CON 'UNA ACTIVIDAD EMPRESARIAL IMPORTANTE' EN CANADÁ



pero que no exigen a las empresas de la UE que usen un valor de intensidad de carbono mayor si lo importan. El resultado, después de una intensa actividad de cabildeo de Canadá, ha sido un sistema que no va a desincentivar que las compañías petroleras usen arenas bituminosas e inviertan en ellas.⁴⁰

El CETA: un caballo de Troya para las grandes empresas estadounidenses

Pero el CETA no solo permitirá que las empresas canadienses demanden a los Gobiernos de la UE y que los inversores de la UE presenten demandas contra Canadá. Las filiales canadienses de multinacionales con sede en los Estados Unidos (ver la imagen 2) también podrán utilizar el CETA para presentar controversias inversor-Estado contra los Gobiernos europeos, incluso aunque la UE excluya o ponga límites al procedimiento de solución de controversias inversor-Estado en el tratado de Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP), que se está negociando en estos momentos. Las filiales establecidas en la UE de empresas de países extranjeros también tendrán las mismas facultades para impugnar las medidas adoptadas en Canadá.

Cuatro de cada cinco empresas estadounidenses que están operando en Estados miembros de la UE (41.811 empresas) podrían conseguir nuevos derechos para atacar las políticas de la Unión Europea y sus Estados miembros a través del mecanismo ISDS del CETA⁴¹

El control de la economía canadiense por parte de los Estados Unidos es especialmente preocupante en el contexto del CETA porque los inversores estadounidenses han sido los usuarios más agresivos del arbitraje de inversiones a nivel mundial; a mediados de 2016, habían presentado en torno al 20 por ciento (138 casos) de todos los casos inversor-Estado conocidos.⁴² Las pruebas estadísticas indican que existe una tendencia especialmente fuerte entre los árbitros de inversión a adoptar interpretaciones de la ley favorables a los inversores cuando el demandante procede de los Estados Unidos.⁴³ La industria jurídica que busca todas las oportunidades posibles de demandar a los países también está dominada por abogados estadounidenses. De los principales 20 bufetes de abogados que representan a demandantes y/o demandados en controversias inversor-Estado, 15 tienen su sede en los Estados Unidos.⁴⁴

Demandas contra el propio Gobierno a través del CETA

Los inversores europeos y canadienses han aprendido a demandar a sus propios Gobiernos como si fueran

inversores “extranjeros”, registrándose en otros países. Entre los ejemplos recientes de esta práctica cabría mencionar a la compañía de petróleo y gas Lone Pine, con sede en Calgary, que ha impugnado una moratoria sobre el fracking y una revocación de permisos de perforación en la provincia canadiense de Quebec (ver el cuadro 1), y el consorcio español Abengoa, que ha demandado a España al amparo de los derechos de los inversores extranjeros de la Carta de la Energía, por los recortes de las subvenciones en el sector de la energía solar, a través de una filial registrada en Luxemburgo.⁴⁵

Dado que son cada vez más las empresas que estructuran sus inversiones a través de una tupida red de filiales, la UE y Canadá puede esperar demandas semejantes al amparo del CETA (ver el anexo 1). Esto incluye filiales de grandes empresas europeas con una actividad empresarial importante en Canadá, como Shell Canada (propiedad de Royal Dutch Shell), British Petroleum Canada (propiedad de British Petroleum), Mercedes-Benz Canada (propiedad del gigante alemán Mercedes-Benz) y Total E. & P. Canada. Todas ellas podrán utilizar el CETA para demandar a los Gobiernos europeos, siempre que su inversión esté debidamente estructurada. Del mismo modo, el fabricante de aeronaves y trenes Bombardier, una compañía canadiense de Quebec con instalaciones en Irlanda, podría recurrir al CETA para demandar al Gobierno canadiense.

El uso de la propaganda para responder a las protestas públicas

La oposición a las disposiciones inversor-Estado en el CETA está creciendo a ambos lados del Atlántico. Organizaciones de la sociedad civil⁴⁶ y sindicatos⁴⁷ en Canadá y Europa llevan años planteando sus preocupaciones sobre el CETA y han pedido específicamente que se elimine el mecanismo ISDS del acuerdo. Pero tras cinco años de negociaciones secretas, la oposición generalizada de la ciudadanía y la elección de un nuevo Gobierno en Canadá, en el CETA solo se han introducido modificaciones superficiales.

El CETA, como todos los tratados comerciales recientes, reduce el espacio destinado a las políticas públicas y multiplica los obstáculos para los Gobiernos que luchan por suministrar servicios o legislar en pro del interés general. (...) Aunque tomamos nota de las mejoras introducidas en las disposiciones relativas a la relación entre inversores y Estados, las consideramos insuficientes. (...) Los cambios aún plantean la cuestión de por qué se necesita un sistema ICS o ISDS entre países que cuentan con sistemas judiciales plenamente desarrollados y eficaces.

Declaración conjunta del Congreso Laboral Canadiense (CLC) y la Confederación Europea de Sindicatos (ETUC)⁴⁸

CUADRO 4

UNA ADVERTENCIA PARA EUROPA Y CANADÁ: CASOS QUE AÚN PODRÍAN PROSPERAR EN EL MARCO DEL CAPITULO REVISADO SOBRE INVERSIONES DEL CETA⁴⁹

La Comisión Europea ha introducido algunos cambios en el mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estado del CETA, que ahora se presenta como el Sistema de Tribunales de Inversiones (ICS por su sigla en inglés). Pero un examen riguroso de los casos ISDS más polémicos de los últimos años revela que esas demandas aún se podrían interponer y probablemente prosperarían con el ICS (ver los anexos 1 y 2).

Las grandes empresas contra el cambio climático y la democracia - TransCanada contra los Estados Unidos:

En enero de 2016, la promotora canadiense TransCanada anunció su intención de demandar a los Estados Unidos⁵⁰ en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) porque el presidente Barack Obama había rechazado el controvertido proyecto de oleoducto Keystone XL, que conectaría los yacimientos de arenas bituminosas de Canadá con refinerías en los Estados Unidos. El proyecto, que según las voces críticas habría incrementado las emisiones de carbono, intensificando así el ritmo del cambio climático, se había topado con una férrea oposición ciudadana. TransCanada exige una suma de 15.000 millones de dólares en concepto de daños.

¿Podría TransCanada presentar una demanda parecida en el marco de la propuesta de ICS de la UE? Sí

Las grandes empresas contra la salud pública – Philip Morris contra Uruguay: En febrero de 2010, la multinacional del tabaco Philip Morris International (PMI) interpuso una demanda de arbitraje contra Uruguay en el marco del tratado bilateral de inversiones (TBI) firmado entre este país y Suiza.⁵¹ PMI sostenía que la legislación antitabaco del Gobierno uruguayo, y en concreto la prohibición de vender más de un tipo de cigarrillo bajo una única marca comercial (una sola presentación) y el requisito de que las advertencias gráficas sobre los riesgos de fumar ocuparan al menos el 80% de la cajetilla de cigarrillos, “van mucho más allá de cualquier objetivo legítimo de salud pública” y privaba a la marca PMI de su valor comercial. PMI exigía por ello una indemnización de 25 millones de dólares.⁵² En su fallo de julio de 2016, el Tribunal desestimó todas las acusaciones de PMI y condenó a la empresa a pagar a Uruguay una parte de los costos legales.⁵³ Sin embargo, este resultado positivo no debe ocultar el hecho de que PMI mantuvo a Uruguay en un litigio de 7 años que nunca se debería haber podido iniciar. Se gastaron 27 millones de dólares en abogados, árbitros y gastos administrativos. Esta cifra supera la cantidad que PMI exigía como compensación. Por otra parte, la demanda ha retrasado considerablemente la aplicación de medidas más estrictas contra el tabaco en Uruguay, como el empaquetado genérico.⁵⁴

¿Podría Philip Morris presentar una demanda parecida en el marco de la propuesta de la UE? Sí

Las grandes empresas contra la protección ambiental – Bilcon contra Canadá: En marzo de 2015, un tribunal arbitral constituido en virtud del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) resolvió que un proceso de evaluación ambiental canadiense había quebrantado las normas de protección de las inversiones del tratado. Bilcon, una empresa estadounidense, quería construir un gran cantera y una plataforma marina en un área costera ecológicamente vulnerable del este de Canadá. Su plan era extraer y triturar el basalto allí y, posteriormente, trasladarlo a los Estados Unidos. En 2007, después de una serie de estudios exhaustivos y de una consulta pública, un grupo de evaluación ambiental establecido por el Gobierno recomendó que el proyecto no se realizara debido a sus posibles impactos ambientales negativos. Los Gobiernos de Nueva Escocia y Canadá siguieron la recomendación del grupo y no aprobaron el proyecto. Bilcon lanzó entonces una demanda inversor-Estado y la ganó al amparo del TLCAN. La empresa reclama una indemnización en concepto de daños de más de 300 millones de dólares.⁵⁵

¿Podría Bilcon ganar un caso parecido en el marco de la propuesta de ICS de la UE? Sí

La Comisión Europea y el Gobierno de Canadá han puesto en marcha una engañosa campaña de propaganda. Su estrategia: apaciguar a la opinión pública desviando la atención de los problemas fundamentales del sistema, centrándose en reformas meramente superficiales.

Pero si estas “reformas” se examinan con mayor detalle en el texto final del CETA (ver el anexo 2), resulta evidente que, a diferencia de lo que afirma la Comisión Europea, no “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”.⁵⁶ Por el contrario, podría decirse que los derechos de los inversores en el CETA son incluso más amplios que los previstos en acuerdos como el TLCAN, en especial al proteger las “expectativas legítimas” de los inversores mediante lo que se conoce como cláusula del “trato justo y equitativo”, y en las controversias inversor-Estado por lo que respecta a los servicios financieros (ver los anexos 1 y 2).

Ni la propuesta de procedimiento para la designación de jueces del ICS ni su posición cumplen con los requisitos internacionales para la independencia de los tribunales.

Deutscher Richterbund, principal asociación de jueces y fiscales de Alemania⁵⁷

¿Son los tratados existentes una buena razón para negociar aún más?

Para justificar su planteamiento, la Comisión Europea suele aludir a los más de 3.000 tratados de inversión existentes a nivel global y que incluyen el arbitraje inversor-Estado. La única manera de abordar las lagunas de estos acuerdos y prevenir el abuso, alega la Comisión, es reformando el sistema actual a través de nuevos acuerdos que equilibren mejor los derechos de los inversores y el derecho a legislar. Esos cambios podrían incorporarse posteriormente en otros acuerdos y anularían directamente algunos de los existentes (como los ocho tratados bilaterales entre Canadá y los países del Este de Europa que serían sustituidos por el CETA).⁵⁸

En primer lugar, el CETA muestra que no se está intentando realmente equilibrar el régimen de inversiones. El acuerdo otorga importantes derechos a los inversores, pero no les exige ninguna obligación (ver los anexos 1 y 2). En segundo lugar, establecer un nuevo tratado no es la única opción de reforma; los acuerdos existentes que han demostrado ser peligrosos se pueden rescindir, dejar que venzan o renegociar, algo que están haciendo actualmente países como Sudáfrica, Indonesia, Bolivia, Ecuador y Venezuela, y que también sería una opción para los ocho acuerdos bilaterales existentes entre Canadá y los Estados miembros de la UE. En tercer lugar, la Comisión no se pronuncia sobre el hecho de que su enfoque expandirá significativamente el alcance del arbitraje de inversiones, en lugar de solo “reformar” lo que ya existe. Actualmente, 21 de los 28 Estados miembros de la UE— que representan más del 95 por ciento de la economía de la UE— no tienen disposiciones de arbitraje inversor-Estado con Canadá. Más en general, la mayoría de los tratados de inversión de los Estados miembros de la UE son con importadores de capital. El CETA y otros acuerdos con países exportadores de capital (como los Estados Unidos, Japón y China) ampliarán enormemente el alcance del arbitraje de inversiones, exponiendo a los Estados miembros de la UE a riesgos de responsabilidad sin precedentes e impredecibles.

La academia han empezado a cuestionar si el ISDS ofrece los beneficios que se le suponen, en forma de aumento de la inversión. Los inversores extranjeros pueden protegerse contra cualquier abuso gubernamental comprando seguros contra riesgos políticos.

*The Economist*⁵⁹

Canadá también está aumentando el número de acuerdos de comercio y de inversión con países exportadores de capital, como lo demuestra el reciente Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Corea (CKFTA)⁶⁰ y el controvertido Acuerdo de Protección y Promoción de la Inversión Extranjera (FIPA) entre Canadá y China, que entró en vigor el 1 de octubre de 2014.⁶¹

Conclusión

La oposición al hasta ahora desconocido mecanismo de solución de controversias inversor-Estado (ISDS) se ha disparado en los últimos años. En el CETA, la Comisión Europea y el Gobierno de Canadá han reclamado reformar las disposiciones sobre arbitraje inversor-Estado en un intento de ganarse a la opinión pública. Sin embargo, los retoques y ajustes mínimos que proponen proporcionarán poca seguridad de que el sistema no sea objeto de abusos, como lo ha sido en el pasado: como un arma para limitar los poderes de los Gobiernos elegidos y luchar contra sus regulaciones, especialmente en los sectores donde se necesitan normas más estrictas, como las finanzas y la minería (ver los anexos 1 y 2).

La inversión extranjera puede entrañar riesgos, pero no es necesario crear un régimen jurídico especial para proteger a los inversores extranjeros, que, como el resto de la sociedad, tienen acceso a sistemas jurídicos internos ante los que presentar sus demandas. Las multinacionales de hoy en día se encuentran entre las más prósperas y sofisticadas del mundo, y disponen de capacidad para evaluar los posibles riesgos y la rentabilidad que cabe esperar en función de estos. Y en caso de que los riesgos sean demasiado grandes, esas multinacionales ya disponen de otras opciones, como los tribunales ordinarios, los seguros privados y los mecanismos públicos de garantía de inversiones.

Por ese motivo, instamos a la Comisión Europea, al Gobierno de Canadá, a los Estados miembros de la UE y a los parlamentarios y las parlamentarias de ambos lados del Atlántico que rechacen cualquier texto del CETA que incluya un mecanismo de arbitraje inversor-Estado. Este también se debería eliminar de todos los acuerdos comerciales existentes y futuros de Canadá y la UE, como el polémico acuerdo de Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP) y el Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (TPP).

Nuestras sociedades no podrán hacer frente a los desafíos a los que se enfrentan —desde la lucha contra el cambio climático y la desigualdad social a impedir otra crisis financiera— mientras se encuentren atrapadas en una camisa de fuerza jurídica, con la constante amenaza de ser objeto de demandas multimillonarias por los cambios que introduzcan en sus políticas. Lo que necesitamos son mecanismos reguladores fuertes para frenar los abusos de las multinacionales, y no darles carta blanca para que pisoteen la democracia, los derechos de las personas y nuestro planeta.

ANEXO 1

GUÍA DE LOS DERECHOS MÁS PELIGROSOS CONCEDIDOS A LAS GRANDES EMPRESAS EN EL CETA

JERGA COMERCIAL: LO QUE DISPONE EL CETA⁶²

TRADUCCIÓN: POR QUÉ ES PELIGROSO⁶³

Definición de inversión: “Cualquier tipo de activo que sea propiedad de un inversor o esté bajo el control, directa o indirectamente, de este, que tenga las características de una inversión.” Luego sigue una larga lista de formas que “puede revestir” una inversión”, y que van desde acciones y títulos a instrumentos de deuda y derechos de propiedad intelectual. (Capítulo 8, artículo 1)

La definición de “inversión” es muy importante porque determina qué tipo de capital extranjero está protegido. La definición extraordinariamente amplia y abierta que vemos en la propuesta de la UE no solo abarca las empresas reales en el Estado anfitrión, sino un amplio abanico de actividades, que van desde el valor de una marca comercial a las supuestas promesas realizadas por una entidad controlada por el Estado o autoridad gubernamental en un contrato secreto, pasando por la deuda soberana. Esto expone a los Estados a riesgos jurídicos impredecibles.

Definición de inversor: “Una Parte, una persona física o una empresa de una Parte... que pretenda realizar, esté realizando o haya realizado una inversión en el territorio de la otra Parte”. Una “empresa de una Parte” debe tener “una actividad empresarial importante en el territorio de dicha Parte” o debe ser “propiedad o esté bajo control, directa o indirectamente, de una persona física de dicha Parte o de una empresa mencionada en la letra a) [es decir, con una actividad empresarial importante en esa Parte]. (Capítulo 8, artículo 1)

La definición de “inversor” es importante porque determina quién queda protegido. Aunque esto dependerá en gran medida de lo que los árbitros interpreten como “actividad empresarial importante”, el CETA evita abusos flagrantes del tratado a través de empresas fantasma (por ejemplo, que una empresa canadiense demande a Canadá a través de una estructura pantalla en los Países Bajos). Pero esto no impedirá que miles de empresas con sede en los Estados Unidos y la UE, pero con filiales en Canadá, demanden a los Gobiernos de la UE amparándose en el CETA, y viceversa (ver la página 9). Que un inversor también esté protegido aunque solo posea o controle de forma indirecta la inversión abre aún más la posibilidad de que se busque el acuerdo más favorable para presentar demandas.

Trato nacional: “Cada Parte concederá, en su territorio, a los inversores de la otra Parte y a las inversiones cubiertas, un trato no menos favorable que el que concede, en situaciones similares, a sus propios inversores y sus inversiones con respecto al establecimiento, la adquisición, la ampliación, la realización, la explotación, la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute y la venta u otro tipo de enajenación de sus inversiones.” (Capítulo 8, artículo 6)

Los inversores extranjeros deben ser tratados al menos tan favorablemente como los nacionales. Esto se ha interpretado como una prohibición de cualquier medida que constituya *de facto* una desventaja para los extranjeros, aunque no sea a propósito. Por ejemplo, se consideró que una prohibición de Canadá sobre la exportación de residuos tóxicos (aplicada a todos los inversores y en sintonía con un tratado internacional en materia de medio ambiente) favorecía a las empresas canadienses porque estas podían continuar con su actividad, mientras que un competidor estadounidense no podía enviar los residuos a los Estados Unidos para tratarlos allí (ver cuadro 1).

Trato justo y equitativo: “Cada Parte concederá, en su territorio, a las inversiones cubiertas de la otra Parte y a los inversores, con respecto a sus inversiones cubiertas, un trato justo y equitativo.” Luego sigue una lista de ejemplos de lo que constituiría un incumplimiento de esta obligación: “denegación de justicia”, “incumplimiento esencial de las garantías procesales”, “arbitrariedad manifiesta”, “discriminación específica” y “trato abusivo a los inversores”. (Capítulo 8, artículo 10)

Esta cláusula tan general y potencialmente comodín es la más peligrosa para contribuyentes y legisladores, ya que es la que utilizan con mayor frecuencia y más éxito los inversores cuando persiguen atacar medidas de interés público. La inclusión de la “arbitrariedad manifiesta” como uno de los criterios a los que se puede recurrir como motivo de incumplimiento del CETA deja la puerta totalmente abierta a que los inversores puedan presentar demandas y a que los árbitros la interpreten según su propia discreción.

JERGA COMERCIAL: LO QUE DISPONE EL CETA⁶²

TRADUCCIÓN: POR QUÉ ES PELIGROSO⁶³

Protección de las expectativas legítimas de los inversores: “Cuando se aplique la obligación de trato justo y equitativo antes mencionada, el tribunal podrá tener en cuenta si una Parte se había dirigido específicamente a un inversor para inducirle a realizar una inversión cubierta, creando expectativas legítimas en las que se basó el inversor a la hora de decidir realizar o mantener una inversión cubierta, y posteriormente la Parte en cuestión frustró tales expectativas.” (Capítulo 8, artículo 10)

Al analizar qué argumentos han presentado los inversores en algunos casos emblemáticos de interés público, nos encontramos con que no es poco frecuente que las empresas aleguen que las medidas adoptadas por el Estado fueron “arbitrarias”.⁶⁴ En el 75 por ciento de los casos ganados por inversores estadounidenses, el tribunal determinó que se había contravenido el trato justo y equitativo.⁶⁵

Los tribunales ya han interpretado el concepto de “trato justo y equitativo” como protección de las “expectativas legítimas” de los inversores, aunque el término no suele encontrarse en tratados existentes como el TLCAN. También han considerado que genera el derecho a un contexto normativo estable, obligando a los Gobiernos a no modificar leyes, reglamentos u otras medidas, incluso a la luz de nuevos conocimientos o de decisiones democráticas. En el caso de la provincia canadiense de Quebec, en que la oposición de varias comunidades dio lugar a una moratoria sobre el fracking, la empresa Lone Pine sostiene que la “revocación” de su permiso de exploración de gas violó su “expectativa legítima de un entorno comercial y jurídico estable”.⁶⁶ El CETA persigue tipificar estas interpretaciones tan amplias del trato justo y equitativo, incrementando aún más el alcance del concepto y poniendo en manos de los inversores un arma poderosa para luchar contra normas más estrictas. Resulta especialmente preocupante que la UE no defina qué acción supone que un Estado se dirija “específicamente a un inversor” y genere, como resultado, una “expectativa legítima”.

Comité de Servicios e Inversión: “El Comité de Servicios e Inversión podrá... recomendar al Comité Mixto del AECG [CETA] que adopte cualquier otro elemento de la obligación de trato justo y equitativo.” (Capítulo 8, artículo 44)

El CETA crea varias instituciones con la facultad de modificar aspectos esenciales del tratado en el futuro. Esta es una espada de doble filo, pero cada vez preocupa más que, en el largo plazo, suponga que se tipifique aún más el alcance de la cláusula del trato justo y equitativo.

Expropiación: “Ninguna Parte nacionalizará ni expropiará una inversión cubierta, ya sea directa o indirectamente, a través de medidas de efecto equivalente a una nacionalización o expropiación (“expropiación”), excepto: a) por interés público; b) con arreglo al debido procedimiento legal; c) de forma no discriminatoria; y d) mediante el pago de una compensación rápida, adecuada y efectiva.” (Capítulo 8, artículo 12)

“Para mayor seguridad, salvo en la circunstancia excepcional de que el impacto de una medida o un conjunto de medidas sea tan grave en relación con su finalidad que resulte manifiestamente excesivo, las medidas no discriminatorias adoptadas por una Parte que se conciben y se aplican para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta.” (Capítulo 8, anexo 8-A)

Desde cierto punto de vista, favorable a las inversiones, casi cualquier ley o medida normativa se puede considerar una “expropiación” indirecta cuando tiene el efecto de rebajar las ganancias. Los tribunales han interpretado de esta forma algunas medidas para proteger la salud, el medio ambiente u otras áreas, condenando a los Estados a pagar una indemnización. ¿Podría evitarse esta situación con el anexo del CETA sobre los objetivos legítimos de bienestar público?

No necesariamente. El Estado debería demostrar que la medida en cuestión fue concebida y aplicada “para proteger objetivos legítimos de bienestar público” y que no es “manifiestamente excesiva”. Incluso en casos en que la medida del Gobierno que dio lugar a la controversia se adoptó sin lugar a dudas con un fin público, los inversores han alegado que las políticas eran ilegítimas y excesivas. Por ejemplo, TransCanada arguyó que la decisión del Gobierno estadounidense con respecto al oleoducto Keystone XL no perseguía un objetivo normativo legítimo.⁶⁷ El órgano encargado de decidirlo sería un tribunal formado por árbitros con fines de lucro y que no deben rendir cuentas ante nadie, y no jueces independientes.

JERGA COMERCIAL: LO QUE DISPONE EL CETA⁶²

Trato de nación más favorecida (NMF): “Cada Parte concederá, en su territorio, a los inversores de la otra Parte y a las inversiones cubiertas, un trato no menos favorable que el que concede, en situaciones similares, a los inversores de un tercer país y sus inversiones con respecto al establecimiento, la adquisición, la ampliación, la realización, la explotación, la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute y la venta u otro tipo de enajenación de sus inversiones.” El CETA aclara que ese trato “no incluye” los procedimientos ISDS que se establecen en otros tratados internacionales y que “las obligaciones sustantivas que figuran en otros tratados internacionales y en otros acuerdos comerciales no constituyen en sí mismas un ‘trato’... a falta de medidas adoptadas o mantenidas por una Parte en virtud de dichas obligaciones”. (Capítulo 8, artículo 7)

Consentimiento al arbitraje: Se pueden presentar demandas siguiendo los procedimientos ISDS habituales, como el Convenio del CIADI y el reglamento de la CNUDMI. (Capítulo 8, artículos 23 y 25) No se exige que primero se agoten los remedios internos.

El tribunal que resolverá los casos: Las demandas de inversión serán resueltas por un “tribunal” de tres personas elegidas de un grupo de 15 “miembros” designados por el Comité Conjunto del CETA. Estos recibirán unos “honorarios mensuales fijos”, cuya suma fijará el Comité, y además cobrarán según lo dispuesto por el “Reglamento Administrativo y Financiero del Convenio del CIADI”. (Capítulo 8, artículo 27)

Sentencia definitiva: Cuando un tribunal considere que un Estado ha quebrantado los derechos de los inversores en el marco del CETA, “podrá adjudicar, de forma separada o combinada: (a) una indemnización pecuniaria y los intereses que sean aplicables; (b) la restitución de la propiedad”. “Las indemnizaciones pecuniarias no serán superiores a la pérdida sufrida por el inversor o, en su caso, por la empresa establecida localmente, y se les deducirán todas las indemnizaciones o compensaciones que ya hayan sido abonadas.” (Capítulo 8, artículo 39)

TRADUCCIÓN: POR QUÉ ES PELIGROSO⁶³

Los árbitros han utilizado las disposiciones de nación más favorecida como una “varita mágica”⁶⁸ que permite a los inversores en los casos ISDS “importar” los derechos más favorables de otros tratados firmados por el Estado anfitrión. Esto multiplica el riesgo de que puedan prosperar los ataques contra las políticas públicas. La forma en que está redactado el CETA aborda este problema en cierta medida, pero sigue estando abierto a la interpretación de los árbitros y es ambiguo. ¿Por qué el CETA no prohíbe claramente la “importación” de las disposiciones sustantivas de otros tratados? Solo lo hace “a falta de medidas... adoptadas o mantenidas por una Parte en virtud de dichas obligaciones” y el término “medida” en el CETA se define de forma extremadamente amplia.

Aquí es donde la UE en efecto dice: nuestros tribunales no son lo suficientemente buenos para los inversores extranjeros. A diferencia de las empresas nacionales y la gente común, los inversores extranjeros tendrán el derecho exclusivo de eludir los sistemas jurídicos nacionales y demandar a la UE y sus Estados miembros directamente en tribunales internacionales privados, que juzgarán si las políticas son correctas o incorrectas y podrán exigir que se pague en concepto de indemnización grandes sumas de dinero de los contribuyentes.

Las controversias inversor-Estado no serán resueltas por jueces independientes con un sueldo fijo. Por el contrario, los fallos dependerán de árbitros con fines de lucro que cobran por cada caso —unos lucrativos 3.000 dólares al día, según la tabla de honorarios del CIADI, además de unos honorarios fijos mensuales— y que tienen un fuerte incentivo para decidir en favor de aquella parte que puede presentar más demandas en el futuro: el inversor.

Una indemnización por daños puede afectar seriamente a los presupuestos públicos, y puede significar el embargo forzoso de bienes del Estado en muchos otros países del mundo. Uno de los laudos más altos conocidos hasta la fecha, 50.000 millones de dólares, se dictó contra Rusia.

En 2003, la República Checa tuvo que pagar a una empresa de medios de comunicación 354 millones de dólares, el equivalente al presupuesto nacional de salud del país en aquel momento.⁶⁹ Muchas veces, los tribunales ordenan una indemnización por beneficios previstos *en el futuro*, como en un caso contra Libia, que fue condenada a pagar 900 millones de dólares en concepto de “lucro cesante” por las “reales y ciertas oportunidades perdidas” de un proyecto de turismo, a pesar de que el inversor solo había invertido 5 millones de dólares y la construcción nunca comenzó.⁷⁰

JERGA COMERCIAL: LO QUE DISPONE EL CETA⁶²

El artículo 21 del capítulo del CETA sobre los servicios financieros permite que se tramiten **controversias inversor-Estado en materia de servicios financieros** cuando “un inversor alegue que una Parte ha incumplido los artículos 8.10 (Trato de los inversores y de las inversiones cubiertas), 8.11 (Compensación por pérdidas), 8.12 (Expropiación), 8.13 (Transferencias), 8.16 (Denegación de ventajas), 13.3 o 13.4” o cuando “se haya invocado el artículo 13.16.1 [sobre medidas cautelares en el sector financiero]”. (Capítulo 13, artículo 21)

TRADUCCIÓN: POR QUÉ ES PELIGROSO⁶³

En el marco del CETA, los inversores extranjeros tienen más derechos de impugnar las regulaciones financieras que con tratados anteriores como el TLCAN. Esto amenaza con frustrar las regulaciones encargadas de la protección de los consumidores y de la estabilidad financiera en situaciones de emergencia. Con el TLCAN, las demandas de los inversores en el sector financiero se limitaban principalmente al derecho (ya bastante amplio) de los bancos de transferir libremente fondos y de estar protegidos frente a expropiaciones. El CETA amplía estos derechos para incluir también conceptos tan abiertos a interpretación como el trato justo y equitativo. Los propios negociadores de los servicios financieros de Canadá advirtieron de que esto podría “crear un efecto disuasorio que tendrá consecuencias negativas para la economía general del país”.⁷¹

Libre transferencia de capitales: “Cada Parte permitirá que todas las transferencias relacionadas con una inversión cubierta se realicen sin restricciones ni retrasos”. Luego sigue una lista de ejemplos de tipos de transferencias, que incluirían beneficios, intereses y pagos realizados conforme a un contrato. (Capítulo 8, artículo 13)

Esta disposición permitiría que el inversor pudiera retirar todos los fondos relacionados con una inversión, limitando la capacidad de los países para gestionar las entradas y salidas repentinas y masivas de capital, la balanza de pagos y otras crisis macroeconómicas. Se trata de una prohibición *de facto* sobre los controles de capital. Si bien el artículo 28.4 permite que se adopten medidas temporales de salvaguardia bastante limitadas con respecto a los flujos de capital y los pagos, y el artículo 28.5 prevé algunas restricciones en caso de dificultades graves de la balanza de pagos y dificultades financieras externas, estas excepciones son demasiado restrictivas como para regular los flujos transfronterizos de capital en pro del interés general.

Cláusula de supervivencia: “En caso de terminación del presente Acuerdo, las disposiciones del capítulo ocho (Inversiones) seguirán teniendo efecto durante un período de veinte años a partir de la fecha de terminación del presente Acuerdo con respecto a las inversiones efectuadas antes de dicha fecha.” (Capítulo 30, artículo 9)

Incluso aunque el CETA se rescinda, los inversores todavía podrían presentar demandas durante 20 años más para las inversiones realizadas antes de dicha rescisión. Esta “cláusula zombi” permite que los superpoderes de las grandes empresas sigan viviendo una vez desaparecido el resto del CETA.

ANEXO 2

GUÍA DE LOS PÁRRAFOS ENGAÑOSOS DEL CETA

JERGA PUBLICITARIA: LO QUE ESTÁ ESCRITO EN EL CETA⁷²

TRADUCCIÓN: POR QUÉ ES ENGAÑOSO

Medidas en materia de inversión y regulación I:

“Para mayor seguridad, el mero hecho de que una Parte regule, incluso mediante una modificación de su legislación, de tal forma que afecte negativamente a las inversiones o no satisfaga las expectativas de un inversor, incluidas sus expectativas de beneficios, no constituye un incumplimiento de ninguna de las obligaciones establecidas en la presente sección.” (Capítulo 8, artículo 9)

Si este párrafo se analiza con mayor detalle, resulta evidente que es engañoso. A diferencia de lo dispuesto en el artículo 9.4, que prohíbe de forma clara que se pueda exigir a los Estados que indemnicen a los inversores por el hecho de eliminar subsidios, el artículo 8.9 no excluye que se condene a los Estados a pagar una compensación cuando modifican leyes y reglamentos, y esas modificaciones contravengan otras obligaciones del CETA o de trato justo y equitativo.

Medidas en materia de inversión y regulación II:

“A efectos del presente capítulo, las Partes reafirman su derecho a regular en sus territorios para alcanzar objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de los consumidores, o la promoción y la protección de la diversidad cultural.” (Capítulo 8, artículo 9)

Si este párrafo se lee comparándolo con el artículo 9.4, salta a la vista que la UE no desea proteger las medidas públicas de las condenas para pagar una indemnización. Así que los Estados podrán legislar, pero puede que se les obligue a pagar miles de millones a cambio. Un representante de alto nivel de la Comisión Europea, hablando en un evento en los Estados Unidos, admitió recientemente: “Esta no es una excepción como la excepción general... Es un principio rector en que se basa” la deliberación del tribunal.⁷³

Además, el derecho a legislar está vinculado con objetivos normativos legítimos. Serán unos árbitros con fines de lucro quienes decidirán si el objetivo era “legítimo”. Este es un obstáculo fácil de sortear para cualquier árbitro interesado en conseguir una indemnización pública para un inversor. Por ejemplo, podría interpretarse que unas medidas que sean legítimas pero que se consideren “manifiestamente excesivas” (Capítulo 8, anexo A, punto 3) constituyen una expropiación indirecta.

Deontología: “Los miembros del tribunal serán independientes.” Deberán seguir ciertas directrices para evitar que se genere un conflicto de interés o un código de conducta y “se abstendrán de actuar como asesores, como expertos nombrados por una parte o como testigos en una diferencia pendiente o nueva sobre inversiones con arreglo al presente Acuerdo o a cualquier otro acuerdo internacional.” (Capítulo 8, artículo 30)

Estas líneas generales no representan salvaguardias institucionales reales que garanticen la independencia y la imparcialidad de los árbitros, como podría ser un salario fijo. Resulta especialmente preocupante que a los llamados “miembros” de los tribunales no se les prohíba actuar como abogados particulares (aunque no como asesores en otras demandas de inversión) y tampoco se les exija un período mínimo de incompatibilidad de funciones antes y después de su designación. Así que podrían formar parte del pequeño círculo de árbitros que hasta ahora han resuelto la mayoría de las controversias sobre inversiones, han alentado que se presenten demandas y han hecho prosperar su negocio interpretando la ley de forma amplia y a favor de los inversores.

JERGA PUBLICITARIA: LO QUE ESTÁ ESCRITO EN EL CETA⁷²

TRADUCCIÓN: POR QUÉ ES ENGAÑOSO

Demandas frívolas e infundadas: El Estado demandado puede “interponer la objeción de que una demanda carece manifiestamente de valor jurídico” o que “no es una demanda para la cual pueda dictarse un laudo favorable para el demandante con arreglo a la presente sección, aunque se haya supuesto que los hechos alegados son ciertos”. Le corresponde decidir al tribunal. (Capítulo 8, artículos 32 y 33)

Este es un caso claro de dejar que el zorro cuide del gallinero. La cuestión de si la demanda procede dependerá de los árbitros, cuyos ingresos dependen de que el caso vaya adelante. Este claro conflicto de intereses puede ayudar a explicar por qué no se conoce ni una sola desestimación de una demanda frívola,⁷⁴ incluso aunque algunos tratados existentes lo contemplen. Otro problema es que muchas controversias inversor-Estado pueden encajar fácilmente dentro del amplio ámbito de los privilegios a los inversores otorgados por el CETA. Es muy poco probable que demandas desmedidas de los inversores contra políticas sólidas, como los casos de Lone Pine y Vattenfall, se puedan impedir con tales mecanismos.

Sentencia definitiva: Un tribunal puede conceder “solo” daños monetarios o restitución de los bienes (Capítulo 8, artículo 39). Según la UE, esto significa que una orden de un tribunal “no puede dar lugar a la derogación de una medida adoptada por los Parlamentos de la Unión, un Estado miembro o Canadá”.⁷⁵

Esto no impedirá que los Gobiernos deroguen “voluntariamente” medidas cuando se haya presentado una demanda importante o se vean amenazados por una empresa poderosa. Entre los ejemplos de esta disuasión reguladora está el debilitamiento de los controles ambientales para instalar una central eléctrica de carbón cuando Alemania fue objeto de una demanda de la compañía sueca Vattenfall (ver el cuadro 2) o el anuncio de Nueva Zelanda de que retrasará la legislación sobre el empaquetado de tabaco hasta que se haya resuelto la demanda de Philip Morris contra las leyes antitabaco de Australia.⁷⁶ Podría decirse que este efecto disuasorio es la función principal del régimen global de inversiones.

Mecanismo de apelación: “Se crea un tribunal de apelación para reconsiderar los laudos dictados... El tribunal de apelación podrá confirmar, modificar o revocar un laudo del tribunal sobre la base de: a) errores en la aplicación o interpretación del Derecho aplicable; b) errores manifiestos en la apreciación de los hechos... c) los motivos contemplados en el artículo 52, apartado 1, letras a) a e), del Convenio del CIADI.” (Capítulo 8, artículo 28)

Esta medida podría contribuir a que se adoptaran decisiones más coherentes, pero no soluciona los problemas de base ya mencionados (privilegio de los inversores extranjeros, tribunales no totalmente independientes, parcialidad del sistema, etc.). También hay que señalar que el mandato del tribunal de apelación sería muy limitado, y tendría poco que ver con el procedimiento de revisión jurídica que suele preverse en la legislación nacional. Por ejemplo, el mecanismo no permitiría que se reunieran nuevas pruebas ni que declararan más expertos ni testigos.

Interpretaciones vinculantes: “En caso de que surjan problemas graves sobre cuestiones de interpretación que puedan afectar a las inversiones, el Comité de Servicios e Inversión podrá... recomendar al Comité Mixto del AECG [CETA] que adopte interpretaciones del presente Acuerdo. Toda interpretación que haya sido adoptada por el Comité Mixto del AECG será vinculante ante el tribunal establecido con arreglo a la presente sección.” (Capítulo 8, artículo 31)

En la práctica, es muy difícil llegar a un consenso sobre interpretaciones vinculantes. En los 20 años de historia del TLCAN, que tiene una cláusula parecida, se ha llegado a un acuerdo sobre solo dos de esas interpretaciones, a pesar de la oleada de demandas de los inversores. Además, muchas veces los árbitros no han estado dispuestos a aceptar interpretaciones “vinculantes” ni anexos destinados a limitar su discrecionalidad.⁷⁷

JERGA PUBLICITARIA: LO QUE ESTÁ ESCRITO EN EL CETA⁷²

El CETA contempla una serie de **excepciones** repartidas por todo el texto, como “medidas razonables por motivos cautelares” en el sector financiero, por ejemplo, para garantizar “la integridad y estabilidad del sistema financiero de una de las Partes” (Capítulo 13, artículo 16) o “para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales” (Capítulo 28, artículo 3.2).

TRADUCCIÓN: POR QUÉ ES ENGAÑOSO

Las excepciones se limitan generalmente a unos pocos sectores y solo a algunos derechos de los inversores. También se formulan en términos muy acotados, poniendo la carga de la prueba sobre los Gobiernos. Por ejemplo, las medidas de salvaguardia para garantizar la estabilidad financiera deben ser “*estrictamente necesarias*” y solo se pueden adoptar “en circunstancias *excepcionales*” cuando existan “dificultades *graves* para el funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria”. En el caso de las políticas que busquen abordar “*graves* dificultades de su balanza de pagos o *graves* dificultades financieras externas”, el CETA incluso puntualiza que “evitarán lesionar *innecesariamente* los intereses *comerciales, económicos y financieros* de cualquier Parte” (Capítulo 28, artículos 4 y 5). Corresponderá a los árbitros decidir si una política era “*estrictamente necesaria*” o si causó “*innecesariamente*” costes al inversor. Este es un obstáculo fácil de sortear para cualquier árbitro interesado en conseguir una indemnización pública para un banco u otro inversor.

Reservas: Las normas de inversión del CETA están sujetas a reservas específicas para los Estados relativas a sectores económicos concretos o tipos de medidas enumeradas en anexos especiales. El anexo I enumera “medidas vigentes” que no están en conformidad con las normas del CETA, pero que se pueden mantener. El anexo II contiene “reservas con respecto a futuras medidas” que los Gobiernos podrán introducir en el futuro y que, por lo demás, no entrarían en el marco del CETA. Todos los sectores y las medidas que los Gobiernos no han excluido explícitamente, añadiéndolas a los anexos, quedan cubiertos de forma automática por el tratado. (Anexos I y II)

Las reservas tienen graves limitaciones. Las del Anexo I están sujetas a un ardid jurídico, lo que significa que solo se pueden modificar en el futuro si se hacen más coherentes con el CETA. Además, ni las reservas del Anexo I ni las del Anexo II son aplicables a la norma más peligrosa con respecto a los inversores: el trato justo y equitativo. Por otro lado, los Estados miembros de la UE tienen poca experiencia con el enfoque de “lista negativa” del CETA, por el que el Estado debe enumerar todos las excepciones en lugar de indicar los sectores que desea que queden amparados por el CETA. Las reservas programadas por los Gobiernos europeos varían mucho y, a menudo, son incoherentes. Bulgaria, por ejemplo, se ha reservado su prohibición sobre el fracking, pero Francia, que tiene una prohibición similar, no ha explicitado tal reserva.

Notas

- 1 Centro Canadiense de Políticas Alternativas (2015) *NAFTA Chapter 11 Investor-State Disputes*: https://www.policyalternatives.ca/sites/default/files/uploads/publications/National%20Office/2015/01/NAFTA_Chapter11_Investor_State_Disputes_2015.pdf
Desde que se publicó este informe, se han dado a conocer otras dos demandas. Todas las cantidades expresadas en dólares se refieren a dólares estadounidenses, salvo que se indique lo contrario.
- 2 Datos obtenidos en junio de 2016 de este sitio web de la UNCTAD: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByCountry>
- 3 La versión consolidada de todos los capítulos, los anexos y las declaraciones del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) se puede consultar, en inglés, aquí: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf. El borrador de la versión en español se puede consultar aquí: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0443>
- 4 Citado en Frei, Eric (2015) "Schiedsrechtsexperte: TTIP-Gerichtshof würde wenig ändern", *Der Standard*, 2 de noviembre: <http://derstandard.at/2000024886097/TTIP-Gerichtshof-wuerde-wenig-aendern>, traducción de Pia Eberhardt
- 5 Informe interno de la Comisión Europea sobre una reunión con Chevron sobre el mecanismo ISDS en el TTIP, fechado el 29 de abril de 2014. Obtenido mediante una petición de acceso a documentación al amparo de la normativa de divulgación de la información de la UE y archivado en CEO.
- 6 Citado en Kenn, Kip (2013) Landmark Canada/EU trade agreement could have major implications for miners, *Mineweb*, 23 de octubre.
- 7 Corporate Europe Observatory/Transnational Institute (2012) Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones, capítulo 4; van Harten, Gus (2012) Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration, *Osgoode Hall Law Journal* 50:1, 211-268.
- 8 UNCTAD (2016) *Investment Dispute Settlement Navigator*: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS?status=1000> (consultado el 21 de mayo de 2016).
- 9 IIAPP 2011: SD Myers v Canada (NAFTA Chapter 11).
- 10 Public Citizen (2014): Table of Foreign Investor-State Cases and Claims under NAFTA and Other US "Trade" Deals, 14 de agosto.
- 11 Corporate Europe Observatory/Council of Canadians/Transnational Institute (2013) El derecho a decir no. El acuerdo comercial de Canadá-UE amenaza las prohibiciones del fracking: <https://www.tni.org/es/publicacion/el-derecho-a-decir-no>
- 12 CCPA, CEO, Amigos de la Tierra Europa, Foro Alemán de ONG de Medio Ambiente y Desarrollo, TNI (2016) *El Sistema de Tribunales de Inversiones puesto a prueba. La nueva propuesta de la UE perpetuará los ataques de los inversores a la salud y el medio ambiente*: <https://www.tni.org/es/publicacion/el-sistema-de-tribunales-de-inversiones-puesto-a-prueba>
- 13 Thomson, Douglas (2016) "NAFTA panel admits amicus briefs in pharma case", *Global Arbitration Review*, 1 de marzo: <http://globalarbitrationreview.com/news/article/34783/nafta-panel-admits-amicus-briefs-pharma-case/>
- 14 Trew, Stuart (2013) Eli Lilly's NAFTA lawsuit should prompt rethink of investor 'rights' deals, 30 de agosto.
- 15 Tienhaara, Kyla (2010) Regulatory Chill and the Threat of Arbitration. A View from Political Science.
- 16 Citado en Greider, William (2001) The Right and US Trade Law. Invalidating the 20th Century, *The Nation*, 17 de noviembre.
- 17 Centro Canadiense de Políticas Alternativas (2015) *NAFTA Chapter 11 Investor-State Disputes*: https://www.policyalternatives.ca/sites/default/files/uploads/publications/National%20Office/2015/01/NAFTA_Chapter11_Investor_State_Disputes_2015.pdf
Desde que se publicó este informe, se han dado a conocer otras dos demandas.
- 18 Ibid.
- 19 UNCTAD (2016) *Investment Dispute Settlement Navigator*: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS?status=1000> (consultado el 21 de mayo de 2016).
- 20 Todas las conversiones en este informe se basan en el tipo de cambio en vigor en julio de 2016 (1 EUR = 1,109 USD).
- 21 PowerShift/TNI/SOMO (2013) "The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration? Background to the new dispute Vattenfall v. Germany (II)", p. 3: <http://power-shift.de/wordpress/wp-content/uploads/2012/06/TNI-PowerShift-Somo-Paper-Vattenfall-ICSID-case-updated-2013.pdf>
IISD (2014) "The State of Play in Vattenfall v. Germany II: Leaving the German public in the dark": <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/state-of-play-vattenfall-vs-germany-ii-leaving-german-public-dark-en.pdf>
- 22 CCPA, CEO, Amigos de la Tierra Europa, Foro Alemán de ONG de Medio Ambiente y Desarrollo, TNI (2016) *El Sistema de Tribunales de Inversiones puesto a prueba. La nueva propuesta de la UE perpetuará los ataques de los inversores a la salud y el medio ambiente*: <https://www.tni.org/es/publicacion/el-sistema-de-tribunales-de-inversiones-puesto-a-prueba>
- 23 International Investment Arbitration and Public Policy (IIAPP) (2011) *Foresti v South Africa (Italy-South Africa BIT)*.
- 24 Gallagher, Kevin P. (2016) 'International Investment Agreements and Sovereign Debt Restructuring – Mission Creep', en Kavaljit Singh y Burghard Ilge (eds), *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices* (New Delhi: Both Ends, Madhyam y Somo).
- 25 Karadelis, Kyriaki (2012) Can Veolia trash Egypt at ICSID?, *Global Arbitration Review*, 28 de junio.
- 26 UNCTAD (2016) *Investment Dispute Settlement Navigator*: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS?status=1000> (consultado el 21 de mayo de 2016).
- 27 Datos obtenidos en julio de 2016 de este sitio web del Gobierno canadiense: http://w03.international.gc.ca/Commerce_International/Commerce_Sector-Secteur.aspx?lang=eng
- 28 Corporate Europe Observatory/Transnational Institute (2014) Cuando la crisis es negocio. Cómo las corporaciones y los abogados saquean a los países europeos en crisis: http://corporateeurope.org/sites/default/files/profitting-crisis-ex_sum-es.pdf

- 29 UNCTAD (2014) Investor-State Dispute Settlement: an Information Note on the United States and the European Union, IIA Issue Notes, número 2, junio, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d4_en.pdf
- 30 Datos obtenidos en julio de 2016 de este sitio web del Gobierno canadiense: http://w03.international.gc.ca/Commerce_International/Commerce_Indicador-Indicateur.aspx?lang=eng
- 31 Entre los países demandados por los inversores de la UE en el sector de las finanzas y los seguros se encuentran: Argentina, Austria, Burundi, Camerún, Chipre, Corea, Eslovaquia, Estonia, Georgia, Grecia, Indonesia, Kazajistán, Kirguistán, Macedonia, Malasia, Mauricio, Perú, Polonia, Sri Lanka, República Checa, Rusia, Túnez, Turquía, Ucrania y Venezuela.
- 32 Datos obtenidos de: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>
- 33 Datos obtenidos en julio de 2016 de este sitio web del Gobierno canadiense: http://w03.international.gc.ca/Commerce_International/Commerce_Sector-Secteur.aspx?lang=eng
- 34 Según el sitio web del CIADI (<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx?eco=101>), el tribunal estaba tramitando o había resuelto 575 casos. De estos, 145 estaban relacionados con el sector del petróleo, el gas y la minería.
- 35 Whittington, Les (2010) Canadian mining firms worst for environment, rights: Report, *The Star*, 19 de octubre.
- 36 Citado en Kenn, Kip (2013) Landmark Canada/EU trade agreement could have major implications for miners, *Mineweb*, 23 de octubre.
- 37 Citado en Kenn, Kip (2013) Landmark Canada/EU trade agreement could have major implications for miners, *Mineweb*, 23 de octubre.
- 38 Amigos de la Tierra Europa (2014) Tratos sucios: Cómo las negociaciones comerciales amenazan con minar las políticas climáticas de la UE y con traer arenas bituminosas a Europa, p. 9.
- 39 Pembina Institute, Oilsands 101: Climate Impacts.
- 40 CBC News (2014) European Union drops plan to label oilsands crude 'dirty', 7 de octubre.
- 41 Public Citizen (2014) <http://www.citizen.org/documents/EU-ISDS-liability.pdf> (consultado el 23 de mayo de 2016).
- 42 UNCTAD (2016) *Investment Dispute Settlement Navigator*: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS?status=1000> (consultado el 21 de mayo de 2016).
- 43 van Harten, Gus (2012) Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration, *Osgoode Hall Law Journal* 50:1, 211-268.
- 44 Corporate Europe Observatory/Transnational Institute (2012) Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones, capítulo 3 y 4: <https://www.tni.org/es/publicacion/cuando-la-injusticia-es-negocio>
- 45 Corporate Europe Observatory/Transnational Institute (2012) Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones.
- 46 Declaración pública: Stop the Corporate Giveaway! A transatlantic plea for sanity in the EU - Canada CETA negotiations, noviembre de 2013.
- 47 CLC/ETUC (2016) EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, abril: <https://www.etuc.org/documents/corrigendum-ceta-where-we-are-and-what-needs-be-changed>
- 48 CLC/ETUC (2016) EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, abril: <https://www.etuc.org/documents/corrigendum-ceta-where-we-are-and-what-needs-be-changed>
- 49 CCPA, CEO, Amigos de la Tierra Europa, Foro Alemán de ONG de Medio Ambiente y Desarrollo, TNI (2016) *El Sistema de Tribunales de Inversiones puesto a prueba. La nueva propuesta de la UE perpetuará los ataques de los inversores a la salud y el medio ambiente*: <https://www.tni.org/es/publicacion/el-sistema-de-tribunales-de-inversiones-puesto-a-prueba>
- 50 TransCanada Corporation y TransCanada PipeLines Limited (2016) "Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement", 6 de enero: <https://assets.documentcloud.org/documents/2676478/TransCanada-Notice-of-Intent-6-Jan-2016.pdf>
- 51 FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay (2010) Request for Arbitration, 19 de febrero: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>
- 52 Philip Morris International (2014) PMI - Uruguay legal dispute: spotlight on the facts: <http://justthefacts.pmi.com/pmi-uruguay-legal-dispute-spotlight-on-the-facts>
- 53 Philip Morris International contra Uruguay (2016) Laudo, 9 de julio: https://medios.presidencia.gub.uy/tav_portal/2016/noticias/NO_U130/laudo_spa1.pdf
- 54 Olivet, Cecilia y Villarreal, Alberto (2016) "Who really won the legal battle between Philip Morris and Uruguay?" *The Guardian*, 28 de julio: <https://www.theguardian.com/global-development/2016/jul/28/who-really-won-legal-battle-philip-morris-uruguay-cigarette-adverts>
- 55 La decisión del tribunal sobre la suma exacta de los daños está pendiente. Bilcon manifestó en un comunicado de prensa publicado el 20 de marzo de 2015 que reclamaría "a Canadá como mínimo 300 millones de dólares por daños". Paul MacLeod (2015) "Bilcon seeks US\$300m after win in quarry dispute", *Halifax Chronicle-Herald*, 20 de marzo: <http://thechronicleherald.ca/novascotia/1275735-bilcon-seeks-us300m-after-win-in-quarry-dispute>
- 56 Comisión Europea, Dirección General de Comercio (2016) Comunicado de prensa, "CETA: EU and Canada agree on new approach on investment in trade agreement", 29 de febrero: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1468>
- 57 Deutscher Richterbund (2016) "Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP - Vorschlag der Europäischen Kommission vom 16.09.2015 und 12.11.2015": http://www.drj.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB_160201_Stn_Nr_04_Europaeisches_Investitionsgericht.pdf
- 58 Los tratados bilaterales de inversión vigentes entre Canadá y la República Checa, Hungría, Croacia, Letonia, Polonia, Rumanía, Malta y la República Eslovaca se pueden consultar en el sitio web del Gobierno de Canadá.
- 59 *The Economist* (2014) The arbitration game, 11 de octubre.

- 60 Gobierno de Canadá (2014) Canada-Korea Free Trade Agreement (CKFTA): <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/korea-coree/toc-tdm.aspx?lang=eng>
- 61 Gobierno de Canadá (2014) Canada-China Foreign Investment Promotion and Protection Agreement (FIPA) Negotiations: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/china-chine.aspx?lang=eng>
- 62 Texto consolidado del CETA, publicado el 29 de febrero de 2016: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf. El borrador de la versión en español se puede consultar aquí: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0443>
- 63 Salvo que se mencionen otras referencias, este análisis se basa en los exámenes críticos del texto del CETA publicados en eu-secretdeals.info/ceta y en el informe "El ISDS zombi" (2016): <https://www.tni.org/es/publicacion/el-isds-zombi>
- 64 CCPA, CEO, Amigos de la Tierra Europa, Foro Alemán de ONG de Medio Ambiente y Desarrollo, TNI (2016) *El Sistema de Tribunales de Inversiones puesto a prueba. La nueva propuesta de la UE perpetuará los ataques de los inversores a la salud y el medio ambiente*: <https://www.tni.org/es/publicacion/el-sistema-de-tribunales-de-inversiones-puesto-a-prueba>
- 65 Public Citizen (2012) "Fair and Equitable Treatment" and Investors' Reasonable Expectations: Rulings in US FTAs and BITs Demonstrate FET Definition Must be Narrowed, 1.
- 66 Lone Pine (2013) Notice of Arbitration, 17.
- 67 CCPA, CEO, Amigos de la Tierra Europa, Foro Alemán de ONG de Medio Ambiente y Desarrollo, TNI (2016) *El Sistema de Tribunales de Inversiones puesto a prueba. La nueva propuesta de la UE perpetuará los ataques de los inversores a la salud y el medio ambiente*: <https://www.tni.org/es/publicacion/el-sistema-de-tribunales-de-inversiones-puesto-a-prueba>
- 68 Kahale, George III (2014) Keynote Speech at the Eighth Annual Juris Investment Treaty Arbitration Conference, Washington, 28 de marzo, 5.
- 69 Desai, Mihir A./Moel, Alberto (2006) Czech Mate. Expropriation and Investor Protection in a Converging World.
- 70 Rosert, Diana (2014) Libya ordered to pay US\$935 million to Kuwaiti company for cancelled investment project, Investment Treaty News, 19 de enero.
- 71 Centro Canadiense de Políticas Alternativas (2014) Making Sense of CETA, 18f.
- 72 Texto consolidado del CETA, publicado el 29 de febrero de 2016: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf. El borrador de la versión en español se puede consultar aquí: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0443>
- 73 Rupert Schlegelmilch (Comisión Europea, DG Comercio, Director de la Dirección de Servicios e Inversiones, Propiedad Intelectual y Compras Públicas), hablando en un evento privado, titulado "Investment Treaty Reform: The European Perspective", el 7 de abril de 2016, en el Cato Institute de Washington, DC.
- 74 Inside US Trade (2013) Revised EU Mandate Seeks To Prevent 'Frivolous' Investor-State Claims, 23 de mayo.
- 75 Comisión Europea (2014) Investment provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA), 26 de septiembre.
- 76 New Zealand Government (2013) Government moves forward with plain packaging of tobacco product, 19 de febrero.
- 77 Porterfield, Matthew (2013) A Distinction Without Difference? The Interpretation of Fair and Equitable Treatment Under Customary International Law by Investment Tribunals, Investment Treaty News, 22 de marzo.



Publicado por Corporate Europe Observatory (CEO), Transnational Institute, Powershift, el Consejo de los Canadienses, Védegylet Egyesület, War on Want, Umanotera, Amigos de la Tierra Europa (FoEE), Red Quebequense sobre la Integración Continental (RQIC), Foro Alemán de ONG sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Global Justice Now (GJN), Federación Sindical Europea de Servicios Públicos (FSESP), Asociación Internacional de Técnicos, Expertos e Investigadores (AITEC), Attac Austria, LobbyControl, Cámara del Trabajo de Viena (AK Viena), Afrika Kontakt, Ecologistas en Acción, Instytut Globalnej Odpowiedzialności (IGO), Both Ends, Nature Friends Greece, Centro Nacional de Cooperación al Desarrollo (CNCD-11.11.11) y Attac France.