

#1 No hay motivos para dar privilegios a los inversionistas

Hasta el momento no se dio ninguna razón convincente que justifique el sistema de ISDS. No existe evidencia empírica clara de que los tratados de inversiones generen mayor inversión extranjera directa (mucho menos que las inversiones promuevan el desarrollo sustentable), que es el fundamento que se esgrime para firmar estos tratados.ⁱⁱⁱ Por el contrario, distintos estudios han demostrado que los inversionistas extranjeros son tratados en promedio mejor que las empresas nacionales.^{iv} Si a los inversionistas les preocupa particularmente la seguridad de sus inversiones, siempre pueden adquirir un seguro contra riesgos políticos ofrecido por instituciones públicas o privadas. O pueden usar los tribunales nacionales, como el resto de la gente.



#3 Solamente los inversionistas extranjeros tienen acceso

Los inversionistas extranjeros son los únicos que podrían presentar demandas ante el nuevo tribunal de ISDS,^v dejando desamparados a los grupos afectados por conductas indebidas de los inversionistas. Este desequilibrio fundamental dota de un potente sistema jurídico paralelo a un grupo que ya es poderoso (los inversionistas extranjeros), mientras que las comunidades locales que podrían verse afectadas por la conducta indebida de los inversionistas (por ejemplo empresas mineras o petroleras o que contaminan sus medios de sustento) quedan excluidas de acceso. Esta unilateralidad representa un incentivo para dictámenes favorables a los inversionistas, ya que sólo sus demandas continuas mantendrán este sistema en funcionamiento.



#5 No se respetan los tribunales nacionales

Parece poco probable que se obligue a los inversionistas extranjeros a recurrir primero a los tribunales nacionales si quieren impugnar una acción del gobierno, ni tampoco a que tengan que demostrar que los tribunales nacionales no podrían atender su caso particular. Esto contradice el derecho internacional consuetudinario y la legislación internacional de derechos humanos que exigen que se agoten primero las vías nacionales. En la práctica, esto significa que los inversionistas pueden usar cualquier foro que consideren que les otorga más ventajas. Este privilegio socava el Estado de derecho y es discriminatorio de los inversionistas nacionales (y de todo el resto de la población).



#2 Los mismos derechos VIP problemáticos de antes

El tribunal multilateral de inversiones no implicaría ningún cambio respecto de los derechos extraordinarios y de gran alcance que los actuales tratados de inversiones les otorgan a los inversionistas extranjeros. Los inversionistas seguirían beneficiándose de los derechos VIP que les otorgan los tratados de inversiones de varias décadas atrás que ya se han demostrado perjudiciales para la toma de decisiones democrática y que se han usado para atacar e impugnar políticas de interés público. Ninguna reforma que no combata estos derechos VIP nos protegerá de más ataques de parte de los inversionistas.



#4 Los inversionistas no están obligados a respetar los derechos humanos

Actualmente, no existe casi ningún tratado de inversiones que obligue a los inversionistas a cumplir con las leyes nacionales y respetar los derechos humanos o a abstenerse de dañar el medioambiente. Tampoco existen restricciones respecto de cuáles inversionistas pueden acceder al sistema, y por eso incluso inversionistas que hayan abusado de sus empleados o contaminado el medioambiente pueden entablar demandas. La nueva propuesta de tribunal de ISDS no pretende cambiar esto y por lo tanto perpetuará las profundas desigualdades generadas por la globalización económica.



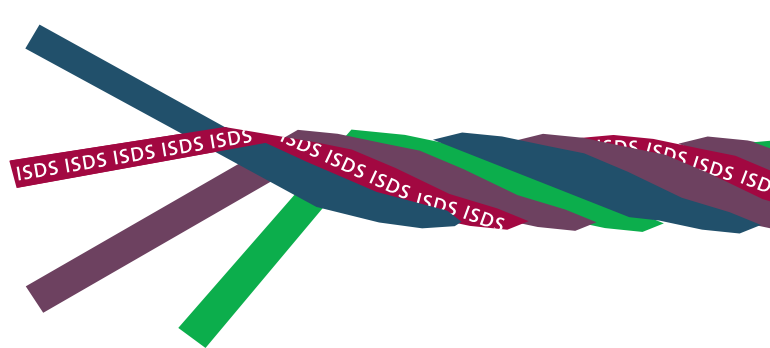
#6 Nombre distinto, mismos árbitros?

No se ha propuesto ninguna salvaguarda clara que excluya al reducido club de árbitros que todavía hoy decide una gran cantidad de casos de ISDS y que fue un factor fundamental de impulso a la expansión del régimen actual de ISDS. Por el contrario, una de las cualificaciones deseables de los futuros árbitros es tener "experiencia previa en el derecho de inversiones". También se está pensando en acoplar el nuevo tribunal a una de las instituciones existentes de ISDS donde la industria de arbitraje mantiene un poder considerable. Todo esto denota la firme intención de darle continuidad al sistema actual, más que un intento serio de reforma.



#7 Riesgo continuado de inhibición a la reglamentación

La utilización del sistema ISDS como herramienta para ejercer presión contra cambios legislativos que podrían afectar las ganancias de una empresa ya está generalizada. No se prevén salvaguardas que eviten que el nuevo tribunal mundial empresarial genere este efecto inhibitorio de nuevas leyes y reglamentaciones —es decir, que se use la amenaza de posibles demandas ante el sistema de ISDS para evitar que se formulen o aprueben leyes no deseadas por los inversionistas extranjeros. A menos que se modifiquen los derechos VIP de los inversionistas, el riesgo inhibitorio de las reglamentaciones que representa el tribunal de inversiones se mantendrá intacto.



#8 Perpetúa el régimen de ISDS

Si bien promueve algunos cambios y mejoras relativamente menores derivados de una nueva y mayor institucionalización del sistema actual de ISDS, la Unión Europea ya está utilizando el tribunal mundial empresarial como justificativo de una expansión masiva de este mismo sistema. La UE ha propuesto la inclusión de tribunales de inversiones en casi todas sus negociaciones actuales de comercio e inversiones, por ejemplo con países de Asia (Indonesia, Filipinas, Myanmar, India, Vietnam, Singapur y China) y América Latina (México, Chile). Dicha expansión perpetuaría el sistema de ISDS por décadas hacia adelante.



#9 Socava las iniciativas de reforma real

Hay numerosas iniciativas que intentan cambiar y reformar el sistema actual de tratados de inversiones: Sudáfrica y Ecuador, por ejemplo, rescindieron sus tratados de inversiones con cláusulas de ISDS, y otros países han desarrollado nuevos modelos de tratados de inversiones que incluyen obligaciones para los inversionistas y les exigen utilizar los tribunales nacionales, y ponderan otros métodos de solución de controversias entre los inversionistas y los Estados anfitriones distintos al sistema de ISDS. La enérgica ofensiva de la UE a favor del tribunal mundial empresarial, y sus reacciones abiertamente hostiles a las propuestas de reforma planteadas por otros países^{vi} denotan su firme intención de afianzar aún más el sistema actual sesgado e injusto.



#10 Una propuesta potencialmente ilegal

No queda claro si el nuevo tribunal de ISDS sería compatible con los Tratados europeos. Varios expertos en leyes han se alado que pone en entredicho el monopolio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto de la interpretación de las leyes de la UE. En un fallo reciente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea mismo se aló que este asunto sique sin resolverse.^{vii} Resulta poco prudente que la Comisión Europea insista en presionar a favor de un proyecto mientras espera la opinión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el tema, que fue solicitada por el gobierno de Bélgica en septiembre de 2017.

En una consulta pública sobre el sistema de ISDS organizada por la Comisión Europea en 2014, el 97% de las personas que respondieron lo rechazaron de plano.^{viii} Sin embargo, la misma CE hizo caso omiso de los resultados de esa consulta e incluyó los tribunales de inversiones en su tratado de libre comercio con Canadá (CETA), así como en otros acuerdos comerciales. Una petición más reciente que solicitaba que la Comisión reconsiderara por completo su enfoque respecto del tribunal mundial empresarial recibió más de 340.000 firmas de adhesión.^{ix} En lugar de reflexionar sobre esta oposición y replantearse cómo las normas internacionales en materia de inversiones podrían ayudar a resolver los problemas más acuciantes de nuestra época, tales como el cambio climático acelerado y las desigualdades crecientes, la Comisión ha demostrado su determinación de salvaguardar gran parte del sistema actual profundamente fallido.

Lo que se necesita es un cambio de rumbo fundamental: El gobierno y las instituciones europeas deberían empezar a rescindir los tratados de inversiones innecesarios y perjudiciales y en su lugar apoyar que se ofrezca reparación efectiva a las comunidades locales cuando las empresas multinacionales violan derechos humanos y contaminan el medioambiente. Deberían emprender este camino apoyando plenamente y participando constructivamente en el grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta de la ONU mandatado para negociar y establecer un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos.^x

Notas finales

- i. Eberhardt P. y Olivet C. (2012) Cuando la Injusticia es Negocio (resumen ejecutivo en https://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/resumen_ejecutivo_cuando_la_injusticia_es_negocio.pdf), original en inglés: Profiting from Injustice, Corporate Europe Observatory y Transnational Institute <https://corporateeurope.org/international-trade/2012/11/profitting-injustice>
Lewis C., Roche C., Cingotti N. (2016) Oil corporations vs. Climate: how investors use trade agreements to undermine climate action, Amigos de la Tierra Europa y otros. <http://foeeurope.org/oil-vs-climate-in-trade-agreements-220216>
Geraghty E., Cingotti N. (2014) The hidden cost of EU trade deals, Amigos de la Tierra Europa. <http://foeeurope.org/hidden-cost-eu-trade-deals>
- ii. Red Seattle to Brussels (2015) ISDS: Courting foreign investors. <http://www.s2bnetwork.org/isds-courting-foreign-investors/>
Cingotti N. et al (2016) Investment Court System put to the test, Amigos de la Tierra Europa y otros. <http://foeeurope.org/investment-court-system-put-to-test>
- iii. Sauvant, K., Sachs, L. (eds.) the effect of treaties on foreign direct investment: bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows; Poulsen L. (2010) The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1685876
- iv. Aisbett E., Poulsen L. (2016) Relative Treatment of Aliens: Firm-level Evidence from Developing Countries. <http://www.geg.ox.ac.uk/sites/geg/files/GEG%20WP%20122%20Relative%20Treatment%20of%20Aliens%20-%20Firm-level%20Evidence%20from%20Developing%20Countries%20-%20Aisbett%20and%20Poulsen.pdf>
- v. Salvo circunstancias excepcionales, por ejemplo cuando un TBI permite que se presenten contrademandas.
- vi. Allix M. (2013) EU steps up fight to have treaties with SA retained, Business day live. <https://www.businesslive.co.za/bd/companies/trade-and-industry/2013-11-12-eu-steps-up-fight-to-have-treaties-with-sa-retained/>
- vii. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, opinión 2/15 del tribunal. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190727&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3014>
- viii. <https://www.foeeurope.org/eu-commission-deaf-opposition-investor-privileges-130115>
- ix. <https://act.wemove.eu/campaigns/no-global-corporate-court>
- x. <http://foeeurope.org/un-treaty>

Agradecimientos

Escrito por: Fabian Flues

Comentarios: Paul de Clerck, Laure Kervyn, Paul Hallows

Diseño: Lindsay Noble Design

Publicado por Amigos de la Tierra Europa, noviembre de 2017

Por más información comunicarse con Fabian Flues, encargado de campañas de comercio, Amigos de la Tierra Europa. fabian.flues@foeeurope.org, +32-2-893-1024

Amigos de la Tierra Internacional reconoce y agradece la asistencia financiera de la Unión Europea y del Ministerio de Relaciones Exteriores de Países Bajos (DGIS). El contenido de este documento es de responsabilidad exclusiva de Amigos de la Tierra Europa y no puede interpretarse como que refleja la posición del o de los donantes mencionados anteriormente. Al o los donantes no se les podrá responsabilizar por el uso que se le dé a la información incluida en este documento.

