

Las políticas sociales, medioambientales y de interés público bajo amenaza

Cambios en la política de inversión de la UE: ¡es la hora!

Enero de 2011

En las últimas décadas, los Estados miembros de la UE han firmado más de 1.200 'tratados bilaterales de inversión' (BIT por su sigla en inglés) diseñados para proteger a sus inversores en el exterior. Los BIT otorgan a las empresas multinacionales el poder de desafiar las normativas sociales, medioambientales y económicas de los gobiernos si consideran que podrían dañar la rentabilidad de sus inversiones. Los mecanismos para llegar a acuerdos en las disputas sobre inversiones, que generalmente forman parte integral de los BIT, permiten a los inversores extranjeros evitar los tribunales locales y demandar a los Estados soberanos ante grupos internacionales de arbitraje. Los BIT han costado millones a los contribuyentes en gastos legales y compensaciones y están erosionando la capacidad de los gobiernos para actuar en el mejor interés de sus ciudadanos.

Los tratados bilaterales de inversión son una amenaza para las políticas públicas, la gobernanza democrática y el interés público, y deberían poner en alerta a cualquier persona preocupada por el medio ambiente y las políticas sociales.

Actualmente, existe una **oportunidad de romper con las políticas de inversión vigentes** y poner el interés público por delante de los beneficios de las empresas. El Tratado de Lisboa ha transferido las competencias sobre inversiones extranjeras de los 27 Estados miembros al nivel de la UE. La Comisión Europea, el Consejo y el Parlamento están discutiendo los contenidos y las direcciones de la futura política de inversión de la UE. **Los movimientos sociales y las organizaciones que trabajan por los derechos humanos, el desarrollo y el medio ambiente, así como los sindicatos, deben alzar su voz** y luchar por una política de inversión equilibrada que no se preocupe solamente de los derechos del inversor, sino que haga a los inversores responsables y promueva y proteja el interés público, los derechos humanos y la sostenibilidad medioambiental.

¿Por qué deberían preocuparse los ciudadanos de la UE sobre los tratados de inversión?

Los BIT son acuerdos entre dos países que establecen los términos y las condiciones para la inversión privada en sus respectivos territorios. Normalmente,

Las normativas medioambientales y la democracia bajo ataque: el caso de 'Vattenfall contra Alemania'

Los tratados de inversión han originado, por regla general, un impacto especialmente duro sobre los países en desarrollo, pero un caso controvertido en la UE ha revelado el coste potencial (financiero y medioambiental) para los contribuyentes europeos. En 2009, Vattenfall llevó al gobierno alemán a un arbitraje ante el tribunal del CIADI por haber violado, supuestamente, los términos del Tratado sobre la Carta de Energía (un acuerdo multilateral que regula las inversiones en el sector de la energía). Vattenfall exigía una compensación por la introducción de medidas medioambientales que restringían el uso y vertido de agua de refrigeración para las centrales térmicas de carbón que la compañía estaba construyendo en la ribera del río Elba. Vattenfall mantenía que las nuevas normativas iban en contra de las anteriores seguridades dadas por las autoridades públicas de Hamburgo y que obstaculizarían la viabilidad económica del proyecto. Sin embargo, las autoridades dicen que las restricciones sobre los permisos de Vattenfall son el resultado de una directiva de la UE sobre la calidad del agua que afecta a todas las industrias situadas junto a los ríos alemanes.

En agosto de 2010 se alcanzó un acuerdo entre las partes en litigio. Los términos exactos no se han hecho públicos, pero la petición de arbitraje original de Vattenfall indica que la compañía buscaba alrededor de 1.400 millones de euros en compensación por los daños ocasionados a su inversión de 2.600 millones de euros. Medios alemanes e internacionales han aludido a una posible relajación de las restricciones sobre el uso de aguas locales que, de otro modo, habrían impedido a la central operar a pleno rendimiento.¹

¹ 'Parties announce settlement of dispute over German power plant 28.8.2010', Investment Treat News, Issue 1, Volume 1, septiembre de

ECOLOGISTAS
en acción



Both ENDS



11.11.11
VECHT MEE TEGEN ONRECHT



Power
Shift



contienen cláusulas sobre no discriminación, el trato general, compensaciones en caso de expropiación o daños al inversor y garantías para la libre transferencia de capitales. Los términos en los que se formulan estas cláusulas tienden a ser jurídicamente muy imprecisos, lo que ha permitido a los inversores extender en gran medida sus privilegios mientras se lo ponen muy difícil a los Estados anfitriones para conocer de

tienen principios sobre la protección del medio ambiente, los derechos laborales, necesidades sociales o recursos naturales. Como resultado, los tribunales de arbitraje raramente toman en cuenta estos temas, siendo sus decisiones definitivas y vinculantes, incluso aunque los casos se suelen llevar a puerta cerrada, lejos del escrutinio público.

Los inversores extranjeros minan las medidas de Sudáfrica para reparar el apartheid

En 2007, un grupo de inversores italianos y luxemburgueses en la industria minera de Sudáfrica solicitaron el arbitraje del CIADI, argumentando que el programa sudafricano Black Economic Empowerment (BEE) violaba los BIT firmados por Italia y Luxemburgo con Sudáfrica. El programa BEE constituye el núcleo de las políticas para la reparación de las desigualdades en Sudáfrica. Según la Ley de Desarrollo de los Recursos Minerales y Petrolíferos (Ley MPRD), que entró en vigor en 2004, Sudáfrica exigió a todas las compañías mineras que renovaran sus licencias. Las nuevas licencias incluían condiciones relativas a la transferencia de una mayor proporción de beneficios a manos de inversores negros y medidas para incrementar el porcentaje de sudafricanos 'históricamente desfavorecidos' en puestos directivos. Los inversores replicaron que las nuevas licencias iban en contra de la obligación de Sudáfrica de garantizarles un trato 'justo y equitativo', 'no menos favorable' que el proporcionado a los inversores locales, como estipulan los BIT. El caso fue cerrado en 2010, con Sudáfrica haciendo importantes concesiones acerca de las obligaciones de los inversores en el marco del BEE.²

antemano los límites de sus derechos y obligaciones con un mínimo de certeza.

Esta inseguridad legal se agrava por el hecho de que la mayoría de los BIT incluyen mecanismos para la resolución de disputas que permiten a los inversores eludir los sistemas jurídicos nacionales y llevar a los Estados anfitriones ante tribunales internacionales de arbitraje cuando consideran que se han violado sus derechos en virtud del BIT.

Los BIT se preocupan sobre todo de proteger los derechos de los inversores. Sus obligaciones quedan excluidas en gran medida. Los BIT, en general, no con-

Hasta ahora, los casos de arbitraje han desafiado un amplio abanico de normativas medioambientales, como la prohibición de varios productos químicos por razones medioambientales, la desestimación de un permiso para un vertedero de residuos peligrosos, la prohibición de exportar residuos electrónicos y medidas que requieren el rellenado de minas de metal a cielo abierto.³ Las políticas sociales han sido otro de sus objetivos.

Desde los primeros casos, en los años noventa, se han puesto en marcha más de 300 procesos de arbitraje, la mayoría en contra de países en desarrollo, con disputas centradas en los servicios públicos, como

Cuestionando el derecho humano al agua

Un grupo de inversores europeos, a cargo de una concesión de 30 años para proveer de servicios de agua y gestión de aguas residuales a Buenos Aires y sus alrededores, desafiaron varias acciones tomadas por Argentina para contrarrestar la crisis financiera que golpeó el país a finales de los años noventa. Estas medidas, alegaron, destruían el valor de sus inversiones y, por lo tanto, violaban la obligación de Argentina de proteger sus intereses como inversores extranjeros de acuerdo con los BIT firmados con España, el Reino Unido y Francia.

En su fallo definitivo (30 de julio de 2010), el tribunal del CIADI aceptó que Argentina había sufrido una grave crisis económica que podría justificar sus medidas defensivas. Sin embargo, también se indicó en el fallo que Argentina podría haber tomado otras medidas para responder a la crisis que no habrían violado los derechos de los inversores.

Argentina había instado al tribunal a tomar en cuenta el hecho de que la concesión tenía que ver con el agua y que afectaba al derecho humano a tal recurso. No obstante, el tribunal rechazó la idea de que las obligaciones en materia de derechos humanos de un gobierno tienen prioridad sobre sus obligaciones hacia los inversores bajo los BIT. Según el tribunal, los Estados deben respetar por igual sus obligaciones en materia de derechos humanos y las derivadas de los tratados. El monto de los daños y perjuicios está por decidir.⁴

² Para más información sobre este caso, véase: ITUC Briefing note on Bilateral Investment Treaties, at: <http://gurn.info/en/topics/bilateral-and-regional-trade-agreements/bilateral-investment-treaties/background/tils-briefing-note-on-bilateral-investment-treaties> (consultado el 22-11-2010). And: 'ICSID Tribunal awards South African Government 7.5 per cent of its Euro 5.33m costs claim', at: <http://www.webberwentzel.com/wwb/view/wwb/en/page1873?oid=27715&sn=detail&pid=1873> (consultado el 22-11-2010).

³ Nathalie Bernasconi, Background paper on Vattenfall v. Germany arbitration, International Institute for Sustainable Development, julio de 2009.

⁴ 'Argentina on the hook for breach of Fair and Equitable Treatment', Investment Treaty News, Issue 1, Volume 1, septiembre de 2010.

el agua, la electricidad, las telecomunicaciones y la gestión de los residuos y los recursos naturales (petróleo, gas y minería).⁵

Estos casos de arbitraje plantean serios desafíos a la responsabilidad de los Estados de promover el bienestar social y medioambiental. Los costes derivados pueden agotar los presupuestos gubernamentales para temas sociales, salud o educación. El temor de ser arrastrados a pleitos y obligaciones de compensación pueden incluso llevar a un 'enfriamiento normativo', por el que los Estados abandonan las regulaciones sociales o medioambientales propuestas.

Dado su papel de 'líder de mercado' en inversiones exteriores, hasta el momento la UE apenas se ha sentado en el banquillo de los acusados de esos casos de arbitraje. Pero eso podría cambiar rápidamente, dado el desplazamiento del equilibrio global en cuestión de poder económico. Economías emergentes como China e India están cada vez más involucradas en inversión exterior.

Pronto, las medidas que tomamos para combatir los efectos de la actual crisis económica y regular la banca, para frenar el cambio climático, para asegurar los servicios públicos y para proteger el medio ambiente podrían verse sujetas a litigio, siendo las autoridades



públicas, y por tanto el contribuyente común, las que tengan que desembolsar millones de euros en daños y perjuicios.

Posibilidades de cambio

El contexto de la política europea ofrece ahora una oportunidad para compensar este desequilibrio flagrante entre los intereses

públicos y privados dentro de los acuerdos de inversión.

La transferencia de competencias del Tratado de Lisboa requiere tanto el desarrollo de una política global de inversiones de la UE como una manera de tratar con los 1.200 BIT ya existentes de los Estados miembros. Esto nos brindaría una oportunidad única para una discusión abierta y amplia sobre los fundamentos de las políticas internacionales de inversión de la UE.

En julio de 2010, la Comisión inició el proceso para el desarrollo de una nueva política mediante la publicación de una comunicación "Hacia una política global europea en materia de inversión internacional", así como un proyecto de regulación sobre el manejo de los BIT existentes. El Consejo y el Parlamento Europeo están ahora estudiándolos. Mientras tanto, la Comisión Europea está preparando mandatos para añadir cláusulas de protección de las inversiones a los acuerdos de libre comercio que está negociando con

Los BIT en el punto de mira del Sur Global

Para muchos países en desarrollo, las inversiones extranjeras directas son una importante fuente de capitales necesarios para su crecimiento económico. Sin embargo, está claro que los BIT actuales de la UE no han sido diseñados para fomentar el desarrollo sostenible. Países de todo el mundo son cada vez más conscientes de las posibles consecuencias negativas de los BIT. Dándose cuenta de que los BIT son sólo uno de los múltiples factores que influyen en las decisiones de las empresas sobre dónde invertir,⁶ varios países han comenzado a evaluar y revisar sus políticas de inversión. El gobierno de Sudáfrica se encuentra actualmente revisando críticamente todos sus BIT para alinearlos mejor con consideraciones desarrollistas,⁷ argumentando que: "Uno de los elementos más fundamentales de la soberanía estatal es el derecho y la obligación de los gobiernos de regular las actividades económicas y los actores en favor del interés público general (...) No debe perseguirse el fomento y la protección de las inversiones a costa de otros objetivos normativos claves".⁸ Siendo uno de los mayores receptores de inversiones exteriores en Latinoamérica, Brasil continúa postergando la ratificación de sus BIT. Y en 2007, Bolivia tomó la decisión de retirarse del CIADI. El hecho de que el CIADI permita a las multinacionales presentar acusaciones contra los gobiernos (incluso por la 'pérdida' de futuras ganancias), pero que no permita a los gobiernos tomar acciones contra las multinacionales, es una objeción clave para Bolivia. El presidente boliviano, Evo Morales, motivó así su decisión: "Rechazamos categóricamente la presión legal, mediática y diplomática de algunas multinacionales que (...) se resisten a las decisiones soberanas de las naciones, amenazando e iniciando demandas de arbitraje internacional".⁹

⁵ ITUC Briefing note on Bilateral Investment Treaties, en: <http://gurn.info/en/topics/bilateral-and-regional-trade-agreements/bilateral-investment-treaties/background/tils-briefing-note-on-bilateral-investment-treaties> (consultado el 22-11-2010).

⁶ The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries, UNCTAD Series on International Investment, 2009. En: http://www.unctad.org/en/docs/diaeia20095_en.pdf

⁷ <http://www.thedti.gov.za/ads/bi-lateral.htm>

⁸ http://www.dti.gov.za/ads/bi-lateral_policy.doc

⁹ <http://www.allbusiness.com/legal/labor-employment-law-alternative-dispute-resolution/8906068-1.html>

Canadá, India, Singapur y el bloque regional sudamericano Mercosur. A estos podrían seguir pronto otros mandatos sobre tratados de inversión independientes con Rusia y China.

La Comisión ha indicado que, de acuerdo con el Tratado de Lisboa, la política común sobre inversiones de la UE necesitan guiarse por objetivos europeos más amplios, tales como los derechos humanos y el desarrollo sostenible. También ha sugerido que se busque más transparencia en los acuerdos alcanzados en la disputas entre inversores y Estados, y que se asegure un mejor equilibrio entre los intereses públicos y privados en lo que concierne a las expropiaciones.

Pero al mismo tiempo, la Comisión procurará desarrollar las “mejores prácticas” de los BIT existentes de los Estados miembros. Probablemente, se atenderán a las ampliamente difundidas y abiertas disposiciones para la protección de los inversores que han llevado a las empresas, en la práctica, a plantear demandas contra toda forma de regulación. Los Estados miembros de la UE, en cualquier caso, están determinados a hacer que las políticas de la UE reflejen sus propias prácticas y a mantener sus propios BIT y políticas de inversión el mayor tiempo posible.

Es hora de que la sociedad civil exprese sus inquietudes y abogue por una aproximación radicalmente nueva a las inversiones extranjeras. Las organizaciones de la sociedad civil deberían:

- contactar con los **miembros del Parlamento Europeo** de su nación, y en particular con los de la Comisión de Comercio Internacional (INTA), que votará en marzo-abril una resolución sobre la nueva política de inversiones de la UE y sobre las enmiendas al proyecto de regulación relativas a los actuales BIT de los Estados miembros;
- contactar con los **parlamentarios de su país** para preguntarles por la política de inversión de sus gobiernos nacionales y las posiciones que están tomando en el Consejo;
- contactar con la **Comisión Europea** para disuadirla de copiar las prácticas perjudiciales de los BIT de los Estados miembros y comenzar las negociaciones sobre inversiones antes de que haya tenido lugar una evaluación meticulosa y un amplio debate público.

- pasar esta información a otros, organizar eventos y fomentar un **debate público** sobre el asunto.

Cualquier nuevo régimen de inversiones para la UE debería guiarse por:

- la incorporación de **obligaciones para los inversores** en los acuerdos de inversión, en particular en el área de los derechos humanos y de la responsabilidad empresarial
- una **descripción más precisa y restrictiva** acerca de los derechos de los inversores
- la **abolición de los mecanismos** secretos y unilaterales **de resolución de disputas entre inversores y Estados**
- un reconocimiento explícito del **derecho de los gobiernos para regular** y formular políticas de interés general
- una **dimensión social y medioambiental** significativa.

Como parte del proceso para establecer los principios que deben apuntalar la política común de inversiones de la UE, debería evaluarse exhaustivamente el impacto de todos los BIT de los Estados miembros sobre la capacidad de los gobiernos para fomentar el desarrollo sostenible, la justicia de género y la igualdad social, así como su obligación de implementar convenciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, derechos de las mujeres y derechos laborales, el medio ambiente y el cambio climático. Hasta que se haya realizado esa evaluación, **se deberían detener todas las negociaciones de BIT de los Estados miembros. Todos los BIT existentes de los Estados miembros deberían ser reemplazados** para cumplir con los principios globales de la UE en materia de derechos humanos.

Es importante influir en las elecciones políticas europeas y podría llevar a una diferencia global decisiva: la UE es a la vez el mayor receptor y el mayor generador de inversión extranjera directa. Los BIT de sus Estados miembros en conjunto representan casi la mitad de los acuerdos de inversión actualmente en vigor en todo el mundo.

Lecturas complementarias

- ▶ Seattle to Brussels Network, Por una política europea de inversiones al servicio del interés público: Los acuerdos de inversiones de la UE en la era del Tratado de Lisboa: http://www.s2bnetwork.org/fileadmin/dateien/downloads/eu_investment_reader_sp.pdf
- ▶ Austrian Federal Chamber of Labour, Position Paper on EU Investment Policy: http://akeuropa.eu/_includes/mods/akeu/docs/main_report_en_138.pdf
- ▶ Public Statement on the International Investment Regime, (publicado por un grupo de más de 35 académicos internacionales) 31 de agosto de 2010: http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement/documents/Public%20Statement.pdf
- ▶ Web de la DG Comercio de la UE sobre políticas de inversión: <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/trade-topics/investment/>

Glosario

Expropiación (indirecta)

Disposición que prohíbe la expropiación o la nacionalización de la inversión extranjera, salvo cuando se observen criterios estrictos o se conceda una compensación plena. Los inversores extranjeros retan cada vez más y con éxito a una serie de normativas gubernamentales, incluyendo las leyes medioambientales y sociales, argumentando que la compensación debería otorgarse porque las medidas impugnadas se deberían clasificar como 'expropiaciones indirectas' por generar la reducción del valor de los beneficios (futuros) de los inversores.

Trato nacional

Cláusula que prohíbe el trato preferente a los inversores nacionales. (Téngase en cuenta que la cláusula no prohíbe el trato preferente a los inversores extranjeros.) El trato nacional es un principio que genera polémica, ya que dificulta que los países, por ejemplo, apoyen a sus industrias nacientes, desarrollen políticas regionales específicas o adopten políticas que requieran que los inversores extranjeros utilicen recursos locales (mano de obra, materias primas) en sus procesos de producción.

Trato de nación más favorecida (TMF)

Obligación de otorgar a los inversores del país socio un trato similar al mejor trato concedido a cualquier otro tercer país. Esta cláusula puede obstaculizar la integración y cooperación regionales entre los países en vías de desarrollo si el trato preferente se ha de conceder automáticamente a las poderosas multinacionales de los países desarrollados.

Trato justo y equitativo

Concepto jurídico muy poco definido que se menciona con frecuencia en los arbitrajes de inversiones internacionales. Las disposiciones para un 'trato justo y equitativo' amplían los ya extensos derechos otorgados a los inversores extranjeros, bajo cláusulas referentes al 'trato nacional' o 'trato de nación más favorecida', dando a los tribunales de arbitraje la oportunidad de recurrir a una amplia interpretación de los requisitos necesarios para garantizar un clima de inversión estable o para no vulnerar las 'expectativas legítimas' del inversor.

Cláusula general o paraguas

Deber de cualquiera de los signatarios de un acuerdo internacional de inversión de cumplir con todas las obligaciones que se hayan contraído con respecto a los demás inversores signatarios extranjeros. Una cláusula paraguas ofrece a los inversores una amplia protección, equiparando el incumplimiento de contrato a incumplimiento del derecho internacional.

Arbitraje de controversias entre inversor y Estado

Mecanismo cada vez más importante para que los inversores privados resuelvan sus conflictos con entidades gubernamentales de un país extranjero y recuperen las pérdidas ocasionadas por acciones gubernamentales a cualquier nivel (federal, estatal, provincial o local). Casi todos los acuerdos de inversión cuentan con una disposición que tiene en cuenta estos arbitrajes. Este mecanismo no procede en el caso de los inversores del país en cuestión, que sólo pueden recurrir a sus sistemas jurídicos nacionales.