

Informe sobre las propuestas defectuosas de ISDS en el TTIP y el CETA.

Gus Van Harten¹

gvanharten@osgoode.yorku.ca

10 de Abril de 2015

(Traducción de Verónica Gómez, ATTAC España, no se han traducido los apéndices del documento original en inglés que se puede descargar en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2595189)

Hay cinco propuestas gravemente defectuosas en el ISDS según se propone en el Acuerdo Transatlántico de Libre Comercio e Inversión (EEUU-UE, TTIP) y en el Acuerdo Económico y de Comercio Global entre Canadá y la UE (CETA).

1. El cambio injustificado de Jueces por árbitros.

El ISDS desliza el poder de los tribunales nacionales e internacionales a tribunales arbitrales con conflictos de interés, cuyos poderes y procedimiento, no satisfacen los estándares más básicos de un proceso justo y de independencia judicial.

Los poderes otorgados a los árbitros se encuentran entre los más altos que un juez puede ejercer. Estos involucran la última determinación de los límites legales de la autoridad soberana, ejercidos por cualquier cuerpo judicial, ejecutivo o legislativo, basado en los estándares generales de la protección de inversores extranjeros. Pueden llevar a la asignación de cantidades importantes de dinero público a actores privados, normalmente grandes compañías. Además, está protegido por un sistema de ejecución internacional que es más fuerte que cualquier tribunal nacional o internacional. Además, están sujetos a muy poca revisión judicial, o ninguna en absoluto, dependiendo de las normas de arbitraje bajo las cuales los inversores extranjeros deciden reclamar.

No se ha ofrecido ninguna justificación seria, o evidencia de ningún tipo, para hacer este cambio de jueces por árbitros. Para justificarlo, los defensores del ISDS señalan algunos casos específicos donde los inversores fueron maltratados en los tribunales. Tales casos no hay duda de que existen en cualquier sistema jurídico, incluyendo al mismo ISDS. Sin embargo, no ofrece una base sólida para concluir que los tribunales en general no son justos ni fiables. Todavía más, incluso en los casos que se han identificado selectivamente para justificar que es necesario el mecanismo ISDS, sus

¹ Profesor de la Osgoode Hall Law School of York University, Toronto; Doctor en Derecho: "El Sistema Emergente de los Tribunales de Arbitraje Internacionales" (London School of Economics, 2006). Acceso abierto a publicaciones de investigación: <http://ssrn.com/autor=638855> . Acceso abierto a la base de datos de investigación: www.iiapp.org

defensores, y la misma Comisión Europea, han hecho afirmaciones que llevan a malinterpretar el papel y la fiabilidad de los tribunales para inversores extranjeros.

Por ejemplo, cuando se defendía el ISDS en el Acuerdo Económico y de Comercio Global (CETA) entre Canadá y la UE, la Comisión Europea informó falsamente a los Parlamentarios Europeos de que la decisión del caso Dunsmuir, en el Tribunal Supremo de Canadá sobre la revisión judicial en este país, “no permite examinar a fondo un acto administrativo, solo uno en proceso”. Esto es totalmente incorrecto (se puede comprobar en el Apéndice 1 del texto original en inglés), pero tuvo el efecto desafortunado de equivocar a los parlamentarios sobre la poca fiabilidad de los tribunales canadienses y la ley que protege a los inversores.

Los defensores del ISDS también recurren a menudo a señalar el caso NAFTA de Loewen para reclamar la necesidad de introducir el ISDS y proteger así a los inversores europeos en los EEUU. Sin embargo, no nos dicen que el caso Loewen lo perdió el inversor canadiense en un tribunal de arbitraje, y que éste era excepcionalmente amistoso y a favor de los EEUU.² (Ejemplo en el Apéndice 1 del texto original).

Es importante que el ISDS sea rechazado en el TTIP ante la ausencia de un caso serio para demostrar que es necesario otorgar a los inversores privilegios especiales, procesales o sustantivos, en relación a cualquier otro actor económico o de la sociedad. La decisión de dar un estatus especial a cualquier actor, en este caso, hablamos de las compañías más grandes del mundo, demanda una clara evidencia de que **si hacemos esto será para obtener un beneficio público que supere las desventajas para otros actores y los costos públicos que genere.**

2. La falta de salvaguardas institucionales de independencia y justicia.

El proceso de arbitraje ISDS no satisface los requisitos de proceso justo y de independencia judicial e imparcialidad. Esto se debe a las siguientes circunstancias:

- Hay una falta básica de justicia procedimental para todas las partes excepto para los inversores extranjeros y el cuerpo gubernamental correspondiente (por ej. un gobierno nacional o la Comisión Europea).

El ISDS no ofrece derecho a estar en el proceso a todas las partes cuyos derechos o intereses están afectados por este caso. Tales partes podrían incluir otros niveles del mismo gobierno (regional, local), un inversor nacional, una comunidad, un individuo privado que puede tener un interés legal, económico o de reputación en el fallo de este tribunal. En su lugar, las otras partes afectadas solo podrán presentar una licitación al tribunal bajo su total

² D. Schneiderman, “Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting outcomes” (2010) 30 Northwest Journal of International and Business Law 383 at 404-5.

discreción y en circunstancias muy limitadas. En un proceso justo, cualquiera cuyos derechos se vean afectados de forma significativa por el caso, puede participar abiertamente y acceder a la documentación de los procedimientos, presentando evidencia, argumentaciones legales y de hecho junto a las otras partes afectadas, etc. En el ISDS esto no se permite, exceptuando al inversor internacional.

- El ISDS usa empresas de arbitraje con finalidad de lucro en las cuales las salvaguardas convencionales de independencia judicial están ausentes. Por ejemplo, el ISDS no ofrece un procedimiento judicial seguro en la adjudicación de los árbitros; ofrece sueldos que dependen de si el caso va hacia adelante y del tiempo que llevará resolverlos; no prohíbe el trabajo paralelo legal de los árbitros (pueden trabajar como defensores en casos paralelos), que podría llevar a conflictos claros de interés no verificables dentro del sistema; y no usa un método objetivo en la asignación de los casos. Todo ello contra las normas existentes, y muy bien establecidas en los sistemas legales, que aseguran que los procesos son justos y comprueban que no hay conflictos de interés.
- Al contrario de lo que ocurre con otras formas de arbitraje, el ISDS es no-recíproco, involucra demandas privadas que buscan compensación contra los estados que ejercen su soberanía por contraposición al papel puramente comercial de las corporaciones. Como resultado, solo una de las partes - los inversores extranjeros - pueden iniciar las demandas que generarán los sueldos de los árbitros y los asociados de la industria legal. Esto puede crear incentivos económicos inapropiados en los árbitros para favorecer a los inversores extranjeros como demandantes futuros.
- Un funcionario tiene el poder de elegir quién decidirá sobre un caso particular, después de que aquel sepa quién ha llevado a juicio a quién y por qué razón. Bajo el CETA (Acuerdo entre la UE y Canadá), el cual es el modelo para el ISDS propuesto en el TTIP, este poder político clave es otorgado al Secretario – General del Centro Internacional del Banco Central para la Resolución de Controversias de Inversión (ICSID, siglas en inglés) y en caso de anulación de los procedimientos del ICSID, al Presidente del Banco Mundial. Ambos oficiales operan en una órbita política más cercana a la administración estadounidense que a cualquier otro gobierno. Con esto en mente, el TTIP parece como un esfuerzo para redirigir este tipo de resolución de conflictos a un foro que se inclina de forma más favorable a ciertos inversores y gobiernos.
- No hay supervisión judicial de errores legales y de hecho cometidos por los árbitros del ISDS. Si un inversor extranjero elige demandar bajo las normas del

ICSID, la falta de supervisión judicial se extiende incluso a los errores jurisdiccionales y las impropiedades más obvias del procedimiento por parte de los árbitros.

- La “lista” de árbitros de ISDS propuesta por la Comisión Europea es muy débil como respuesta a la independencia judicial. Los miembros de esta lista son jueces a todos los efectos, como los jueces de los tribunales; y ofrece control a los inversores extranjeros para decidir sobre la mitad de los miembros del tribunal en un proceso donde todas las partes privadas interesadas no pueden tener representación. Los funcionarios continuarán eligiendo a los árbitros de esta lista y a los paneles de anulación del ICSID. Pueden nombrar árbitros más allá de esta lista si los estados involucrados no están de acuerdo con la misma. Durante 20 años, esta laguna ha evitado el uso de una lista similar en el capítulo de inversión del NAFTA. La ausencia de un método objetivo para asignar los casos es un reto serio para la independencia judicial.
- Debido al alto secretismo de algunos casos de ISDS bajo los acuerdos existentes, los conflictos de interés en el proceso de arbitraje no pueden ser vigilados de forma efectiva por las partes o cualquier otro actor. No se impide a los árbitros trabajar en casos como abogados defensores de los inversores extranjeros mientras están en esta lista. Como resultado, los árbitros pueden ser incentivados económicamente para fallar en temas legales de una manera que se favorece a los inversores legales en otros casos. De todos modos, y dado que hay casos de ISDS que son completamente secretos, nadie puede verificar si un árbitro se halla en una situación de conflicto de interés debido a su trabajo paralelo como abogado defensor.
- El modelo ISDS de la Comisión Europea deja la decisión de que prospere cualquier demanda frívola por parte de los inversores extranjeros en manos de los árbitros de ISDS. Sin embargo, esos mismos árbitros ganarán sumas substanciales si estos casos prosperan. En algunos casos, los árbitros de ISDS han facturado millones en honorarios arbitrales o han supervisado series complejas de normas que han incrementado los costos de licitación significativamente. Es evidente que las demandas superfluas no deberían ser supervisadas por alguien que tiene un interés económico en la decisión. Si los fondos públicos y las políticas públicas están en juego, no debería haber una conexión entre la motivación económica de los árbitros y el resultado de los casos que deciden.

Estas debilidades son inaceptables en base a las expectativas de juicios independientes y justos. No hace falta indagar mucho más para darse cuenta de que los tribunales de

ISDS no cumplen con estándares judiciales suficientes. Esta situación es inaceptable para tomar decisiones finales sobre los poderes legales de los soberanos y fallar a favor de compensaciones millonarias, provenientes de fondos públicos, a actores privados.

Incluso si se sospechase sobre la calidad de los tribunales en una jurisdicción particular, todavía no resulta lógico reemplazar los tribunales por procesos de arbitraje que claramente dan lugar a dudas públicas sobre la justicia e independencia del proceso. El ISDS empeora las debilidades de los tribunales regionales y nacionales al retirar las salvaguardas institucionales de los procedimientos justos e independientes.

3. Privilegio a los inversores extranjeros frente a otros actores.

El ISDS otorga a los inversores extranjeros un rango de beneficios sustantivos y procedimentales que no están a disposición de los inversores nacionales y los ciudadanos. De esta manera, se reconfiguran las instituciones que toman decisiones gubernamentales a favor de los inversores extranjeros, y en detrimento de cualquiera que tenga intereses contrapuestos. Esto tiene implicaciones de largo alcance para los principios de igualdad en el acceso a la justicia, flexibilidad regulatoria, responsabilidad democrática, independencia judicial, eficiencia del mercado, e inviolabilidad de los contratos.

Por ejemplo, solo los inversores extranjeros pueden demandar ante un tribunal de arbitraje para proteger sus intereses. Los actores que tienen los intereses más profundos, y los mejores bolsillos para financiar la litigación son, normalmente, las corporaciones transnacionales y magnates individuales. A través del ISDS, les es dado el derecho a demandar internacionalmente a los estados sin el requisito previo de acudir primero a los tribunales nacionales o regionales que protegen los derechos de todos y todas.

Según la ley internacional, sólo los inversores extranjeros están excusados de acudir a los tribunales nacionales primero, y agotar todas las posibilidades existentes, antes de acudir a un tribunal internacional cuando demandan a un estado. Esto se debe a que el ISDS asume implícitamente que los tribunales nacionales y el sistema legal de todos los países fallan sistemáticamente en proteger a los inversores adecuadamente. Esto es obviamente incorrecto, incluso si uno asume que el ISDS ofrece un procedimiento justo e independiente que reemplaza a los tribunales de una sociedad democrática, que claramente, no es el caso. En el contexto del TTIP, los inversores extranjeros tienen protecciones extendidas a los tribunales de EEUU y la UE, y estos tribunales son más independientes y procedimentalmente justos e independientes que los tribunales de arbitraje. En este contexto, la propuesta del ISDS aparece como un ataque indirecto

al papel de los tribunales en general, cuando una compañía extranjera se opone a algo que un legislador, gobierno o tribunal pueda hacer.

Uno también se puede preguntar: ¿qué ocurre si los mismos inversores extranjeros no respetan las leyes nacionales y los tribunales de una jurisdicción no son suficiente para asegurar que cumplen con la ley? Hay escenarios donde un actor nacional, otro extranjero, u otros inversores sufrirían mucho por la mala conducta de una compañía extranjera. En este caso, todos los otros actores están sujetos al sistema legal de los tribunales nacionales, incluso aunque los tribunales sean corruptos y poco fiables. Este escenario muestra los grandes desequilibrios inherentes al ISDS.

El derecho a demandar en los tribunales de arbitraje, además del derecho a acudir a los tribunales nacionales (o un foro acordado contractualmente) puede ofrecer grandes ventajas al inversor extranjero en relación a su caso. Por ejemplo, los inversores ganan derechos de compensación pública y capacidad para influenciar a los gobiernos. De hecho, el ISDS favorece a los inversores extranjeros de diversas maneras en comparación con un proceso judicial, que podría resolver los problemas asociados con la regulación de los inversores extranjeros de otra manera.

Por ejemplo, los inversores extranjeros pueden alegar hechos y argumentos legales en ausencia de otras partes afectadas. Se les da un papel directo que afecta a la composición del tribunal. Pueden pretender compensación retrospectiva por leyes y regulaciones a las que se oponen; en un tribunal nacional, tal compensación no sería el primer remedio en una revisión judicial debido a consideraciones que tienen que ver con los presupuestos públicos y la injerencia judicial. Los árbitros de ISDS han permitido a los inversores extranjeros retar leyes que protegen el interés general, y casi nunca han adoptado los acercamientos deferenciales usados por los tribunales que muestran respeto por los organismos elegidos para hacer las leyes y los organismos de expertos en regulación. Los árbitros también han intensificado las limitaciones financieras y las convenciones legales de los estados al interpretar los estándares de la protección de los inversores extranjeros en los acuerdos de inversión de forma más general que las protecciones de la legislación nacional y el derecho consuetudinario internacional.

A este respecto, el ISDS marca un cambio institucional hacia el interés económico de los inversores extranjeros, lejos de los intereses de otros actores cuya representación y participación está limitada a otros procedimientos legales (se discute más cómo se privilegia a los inversores extranjeros en el Apéndice 2 del texto original).

La Comisión Europea ha afirmado que el ISDS protege los derechos fundamentales de los inversores extranjeros. Hay dos problemas con esta afirmación. Primero, el

acercamiento de la Comisión eleva el rango de los derechos de propiedad en relación al derecho a regular y otros derechos humanos. Por ejemplo, hay un contraste muy evidente en cómo maneja la Comisión la protección de los inversores extranjeros y el derecho a regular en el CETA; y los derechos de la propiedad y el derecho a regular en la Convención Europea de los Derechos Humanos. Segundo, la Comisión no menciona, y por supuesto no aborda, la básica contradicción entre el ISDS y los Derechos Humanos. Por definición, el ISDS discrimina a favor de los inversores extranjeros contra otros actores cuyos derechos pueden verse afectados por las resoluciones. Al contrario de los que les ocurre a los inversores extranjeros, otras partes interesadas se hallan limitadas a las resoluciones de las instituciones nacionales y regionales.

Para subrayar cómo se privilegia a estos inversores, ofrezco este caso hipotético, y extremo, de posible maltrato. En el área de ISDS, si un ciudadano extranjero es torturado por funcionarios estatales, puede formular una reclamación internacional contra el estado – sin tener que pasar previamente por los tribunales de ese país – solo si posee activos en ese estado y sólo mientras la tortura le haya afectado como propietario de un activo. Por otro lado, si los directivos de un inversor torturan a sus empleados nacionales con la colaboración del estado, los empleados no pueden demandar internacionalmente a la compañía o sus directivos, y puede demandar al estado internacionalmente por fallar en protegerles sólo después de haber agotado todos los recursos del sistema legal nacional. Esta es una elevación de rango injustificada de los derechos de los inversores extranjeros.

4. Es un peligro para los estándares europeos de regulación.

El ISDS pone en peligro la flexibilidad reguladora y la responsabilidad democrática. Puesto que a la hora de elaborar una ley, los gobiernos deberían evaluar la posibilidad de ser demandados en tribunales arbitrales por las decisiones que adoptan, y que pueden desembocar en una costosa compensación. Una vez que se encuentra que una ley ha violado el acuerdo, normalmente, el estado ya no podrá evitar pagar una compensación económica. Esto puede crear grandes obstáculos para una regulación progresista y la administración de los fondos públicos.

En Canadá, varios gobiernos han respondido al NAFTA cambiando su manera interna de tomar las decisiones para evitar demandas legales del ISDS. Es decir, han adoptado medidas para revisar y aprobar, que tienen en cuenta la protección de las consideraciones de los inversores extranjeros en el proceso de elaboración de decisiones internas. En la investigación que estoy llevando a cabo con un colega, basada en docenas de entrevistas a funcionarios de Canadá, se preguntó a los entrevistados si afectaría a sus decisiones internas, y posiblemente evitaría una decisión, el que ésta pudiera venir acompañada potencialmente de una demanda

millonaria. Las respuestas han ido de “Sí, nos afectaría”, a “sí, nos afectaría y nadie llevaría a cabo semejante propuesta a no ser que quisiera malograrla”.

Está claro que una decisión legislativa, ejecutiva o judicial en un país desarrollado, con tribunales maduros y procesos electorales está en riesgo con el ISDS si éste se halla a disposición de los inversores extranjeros. En las primeras discusiones sobre el NAFTA, se dijo que el ISDS serviría para proteger a los inversores canadienses y estadounidenses en México. Desde entonces, el ISDS ha sido usado por inversores americanos bajo el NAFTA tan a menudo contra México como Canadá. De hecho, Canadá ha sido demandada bajo el ISDS más a menudo que cualquier otro país desarrollado, y mucho más que 5 países en desarrollo o transición (aunque hay siempre cierta incertidumbre en el ranking debido al secretismo de los casos de ISDS).

Las cantidades que Canadá ha tenido que pagar hasta la fecha han sido significativas pero manejables, llegando a 170 millones de dólares canadienses. Sin embargo, una gran variedad de medidas han sido atacadas por los inversores americanos que usan el ISDS (más información en el apéndice 3 de la versión original en inglés), y sabemos que siempre permanece la certidumbre de que un simple caso de ISDS llevaría a una compensación millonaria en casi cualquier área donde se pueda tomar una decisión. Esto puede producir un enfriamiento regulatorio, público o a puerta cerrada, cuando un inversor extranjero se opone a una propuesta determinada.

Un ejemplo de cambio regulatorio debido al ISDS es el famoso caso Ethyl vs. Canadá. En este caso, la productora americana Ethyl de gasolina aditiva MMT, inició un litigio con éxito bajo el NAFTA para oponerse a una prohibición en el comercio de MMT, consiguiendo un acuerdo del gobierno federal que incluía una compensación de 19.5 millones de dólares. La prohibición fue promovida por la industria del automóvil que descubrió que el MMT interfería con las tecnologías de control de emisiones de los coches. El MMT está unido además a ciertos riesgos para la salud, lo que causó que especialistas de la salud y organizaciones del medioambiente apoyaran esta prohibición. A la vez, el MMT fue prohibido en casi todo EEUU - donde se manufacturaba.

El litigio de Ethyl contribuyó sin duda alguna a levantar la prohibición del gobierno sobre el MMT, éste hizo una declaración pública de que el MMT no era un riesgo para la salud, y pagó la compensación a Ethyl. Sin embargo, los partidarios del ISDS dicen que el levantamiento de la prohibición no está unido al ISDS. En 2014, un estudio preparado por el gobierno alemán, por ejemplo, afirmaba que el gobierno canadiense “sólo accedió a llegar a un acuerdo después de que las propias provincias de Canadá retaran la legitimidad de la ley en los tribunales canadienses”, que “el panel para el acuerdo invalidó la medida después de saber que el alcance de la autoridad del gobierno se había excedido”, y que “este caso no apoya la noción de enfriamiento

regulador porque el acto mismo de regulación, no era legal”.³ (En el Apéndice 4 del texto original, se ofrecen más detalles del caso que subrayan por qué estas afirmaciones son equivocadas y cómo el ISDS estaba unido a la decisión del gobierno).

Los partidarios del ISDS también argumentan, refiriéndose a Ethyl y casos similares, que los cambios en la regulación debidos al ISDS han sido realmente positivos porque la decisión original del gobierno era equivocada. Este argumento parece que cambia el debate de quién es el responsable de tomar estas decisiones y provocar cambios, pareciendo que esta capacidad debería de depender de los árbitros de ISDS, quienes deberían tener la última palabra. Pero no cambia la idea de que el ISDS altera la estructura y los incentivos de los procesos en la toma de decisiones estatales a favor de los inversores extranjeros.

Incluso si se continúa adelante con una demanda y pierde el inversor extranjero, o se amenaza con ella pero no se inicia, el derecho de demandar bajo el ISDS puede ser una herramienta muy útil para los lobbies. Para ilustrarlo, en Noviembre de 2014, el Consejero Delegado del Consejo de Canadá avisó al gobierno federal de que se enfrentaría a posibles litigios de ISDS si continuaban adelante con las nuevas leyes anticorrupción.⁴ Será muy difícil, sino imposible, evaluar los impactos de estas amenazas porque afectan al proceso de la toma de decisiones y a las negociaciones posibles fuera del dominio público.

Basándonos en el historial de litigios de ISDS contra Canadá, uno puede anticipar que un buen número de medidas en Europa pueden ser vulneradas o amenazadas por las demandas de ISDS, aunque es difícil anticipar en qué áreas. Basándome en mi propia investigación y conocimiento de los casos de ISDS hasta la fecha, sugiero que las personas responsables de las normativas y regulaciones tengan especial cuidado con algunas áreas. Esta lista es meramente ilustrativa, no exhaustiva, y no evalúa la posibilidad de amenaza real de ninguna decisión en particular.

- Áreas en las que los estándares europeos son significativamente más altos que en EEUU, tales como el control de la polución, la regulación de químicos y la privacidad.
- Áreas en las que las regulaciones nacionales o europeas pueden crear costos substanciales de cumplimiento a las compañías extranjeras, tales como la regulación financiera, políticas de impuestos, y la regulación de los concursos.

³ C Tietje, F Baetens, and Ecorys, “The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership”, estudio preparado por el Ministerio de Comercio Exterior y Cooperación para el Desarrollo y el Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos, Doc N° MINBUZA-2014 78850, para 169.

⁴ B McKenna, “Ottawa could face lawsuits for strict corruption rules” *Globe and Mail* (24 de Noviembre de 2014).

- Áreas donde ha habido cambios significativos de estándares, especialmente, cuando afectan a infraestructuras importantes o utilidades y servicios asociados.
- Áreas en las que las regulaciones de la salud o del medioambiente hayan sido fortalecidas ante las objeciones de la industria.
- Áreas en las que la explotación de recursos naturales puedan crear un conflicto por razones sociales o medioambientales.
- Áreas de política económica que apoyan a las regiones desaventajadas para favorecer a las compañías locales o trabajadores.
- Áreas en las cuales las compañías americanas han tenido objeciones contra los estándares existentes, tales como la reciente campaña del gobierno federal de Canadá contra los estándares de la gasolina Oil Sands.

Es importante que no subestimemos los riesgos de las demandas de cualquier inversor extranjero. El ISDS será usado especialmente por las compañías principales, aquellas que tienen suficientes fondos para este tipo de litigios. Los altos costos de los procesos de ISDS hacen que sean imposibles para la mayoría de las compañías, incluso las grandes, por eso, el ISDS suele ser el último paso a dar en el cabildeo del gobierno. No hay datos muy precisos respecto a las PYMES, pero las compensaciones de ISDS superiores a 10 millones de \$ falladas hasta Junio de 2014 (6.500 millones de \$) se distribuyeron de la siguiente manera:⁵

- Compañías muy grandes (más de 10.000 \$ millones en ingresos).....	64%
- Compañías grandes (más de 1.000 \$ millones).....	12%
- Medianas / pequeñas compañías (menos de 1.000 \$ millones / menos de 100 \$ millones).....	3%
- Magnates individuales (más de 100 \$ millones en riqueza neta).....	16%
- Otras personas naturales (menos de 100 \$ millones).....	4%

Accidentalmente, la Comisión Europea ha afirmado que su modelo de ISDS realmente protege el derecho a regular. Sin embargo, según vemos en el texto del CETA, hay una clara intención de hacer justo lo opuesto.

Para preservar el derecho a regular, el TTIP y el CETA necesitarían una afirmación clara del derecho en relación a las obligaciones del estado para proteger a los inversores en el capítulo de inversión. En su lugar, el texto del CETA contiene sólo afirmaciones generales del derecho a regular y en sólo los capítulos más débiles sobre derechos laborales y estándares medioambientales, pero omite tal afirmación

⁵ Estas cifras se basan en el análisis de todas las compensaciones de todos los acuerdos de inversión hasta la primavera del 2014. Para saber más sobre los datos y la metodología empleada: <http://gusvanharten.wordpress.com>

del capítulo de inversión. Así que en el CETA, el derecho a regular no se menciona para equilibrar las amplias protecciones que se conceden a los inversores extranjeros, pero como **sí** se incluye el derecho a regular en algunos capítulos, parece que se dejó fuera del capítulo de inversión intencionadamente. Este problema es muy posible que ocurra también en el TTIP.

Peor todavía, una rara innovación en el modelo de ISDS de la Comisión Europea parece intensificar la presión sobre los estados para cambiar sus decisiones si quieren evitar un litigio de ISDS. El CETA dice, expresamente, que los árbitros reducirán las compensaciones si el estado quita o cambia la propuesta a la cual se opone el inversor extranjero. Esto acentúa el problema de que ante un posible litigio, un gobierno cambie de decisión si es amenazado con una demanda. A este respecto, el acercamiento de la Comisión al CETA, y potencialmente al TTIP, intensificaría la presión del enfriamiento regulatorio y constituiría una amenaza del derecho a regular.

5. El TTIP (y menos el CETA) expandiría el alcance del ISDS enormemente

Carece de credibilidad justificar nuevos acuerdos que incluyen el ISDS, especialmente entre países desarrollados, refiriéndose a los más de 3.000 acuerdos ya existentes, pero insignificantes, que incluyen esta cláusula como una razón para apoyar su inclusión. Con el TTIP, y en el CETA hasta cierto punto (y debido en parte a la facilidad de las grandes compañías americanas para calificarse como inversores canadienses si tienen una presencia empresarial sustancial en Canadá), la Comisión Europea y los EEUU expandirían el ISDS enormemente.

Primero, los 3.000 acuerdos no es una cantidad tan grande como parece. Para que coincidiese el efecto legal de un acuerdo multilateral global, se debería requerir más de 19.000 acuerdos bilaterales. La cifra de 3.000 es también una sobreestimación porque algunos de esos acuerdos, cientos probablemente, ya no están en vigor.

Segundo, la mayoría de los acuerdos de inversión no conllevan flujos importantes de capital y todavía parece más difícil que pudieran llevar adelante demandas de ISDS. Hasta la primavera de 2010, más de la mitad de todos los casos de ISDS se encontraban en sólo 17 acuerdos: NAFTA, el Acuerdo del Capítulo de Energía (*Energy Chapter Treaty*), y 15 acuerdos de inversión bilateral de los EEUU.⁶

Tercero, según el flujo de capitales de Inversión Extranjera Directa, el TTIP es mucho más significativo que todos los acuerdos de inversión juntos. Por ejemplo, el TTIP

⁶ Esto incluye 61 casos bajo el NAFTA, 24 casos bajo el Acuerdo del Capítulo de Energía, y 44 casos bajo el BITs de los EEUU con Argentina, Zaire, República Checa, Ecuador, Egipto, Estonia, Georgia, Jordania, Kazakhsan, Moldova, Rumania, Sri Lanka, Trinidad y Tobago, Turquía y Ucrania. Los datos reflejan todos los 249 casos conocidos con una compensación pública a favor (o, para el caso del NAFTA, la noticia del intento de arbitrar).

cubrirá aproximadamente entre un 50% y un 60% de todos los flujos de inversión dentro y fuera de los EEUU.⁷ Entre el 15% y el 20% de estos flujos están cubiertos por otros acuerdos. Junto al TTIP, algunos otros acuerdos en los que se hallan la UE o EEUU, - especialmente el Acuerdo del Transpacífico (TTP), un acuerdo de inversión entre la UE y China, y un Acuerdo entre EEUU y China- , expandirían la cobertura del ISDS a más de un 80% del flujo de inversiones.

Entonces, no tiene sentido justificar la inclusión del ISDS en base a los 3.000 acuerdos existentes que no tienen casi consecuencias. Con el TTIP, la Comisión y los EEUU en cambio, lo expandirían enormemente.

La Comisión también ha argumentado que el TTIP se necesita para desplazar otras provisiones de ISDS en acuerdos existentes entre los EEUU y países de Centroeuropa o Europa del Este. Se asume que EEUU desea reemplazar esos acuerdos por el ISDS del TTIP, más que dejarlos existir a la vez que el TTIP. También se asume que el modelo de ISDS de la Comisión es una mejora significativa respecto a los otros acuerdos. Desde mi punto de vista, esto no es cierto. Mientras el modelo de ISDS de la Comisión tiene aspectos positivos, es de todos modos un fracaso. Da pasos para resolver el problema de la falta de transparencia en el ISDS y hace pequeños controles sobre los estándares de las protecciones de los inversores extranjeros. En ambos casos, la CE sólo ha seguido los pasos llevados a cabo por los EEUU desde 2001.

Sin embargo, ni el modelo de ISDS de la Comisión ni de los EEUU resuelve ninguna de las debilidades expuestas en este informe, en algunos casos incluso las empeora. El modelo de ISDS retiene el poder de los árbitros con conflictos de interés para otorgar compensaciones a los inversores extranjeros contra los estados por su conducta legislativa, gubernamental o judicial. No afirma el derecho del estado a regular, y no introduce responsabilidades para los inversores junto a sus derechos. No exige a los inversores recurrir al sistema legal nacional donde los tribunales imparten justicia y son claramente superiores al ISDS. Exacerba la presión sobre los estados para autocensurarse por miedo a un posible litigio. Da a los inversores extranjeros un estatus especial injustificado respecto a todos los otros actores que forman parte del mercado y la sociedad. Hace todo esto sin ninguna justificación seria para reemplazar los tribunales nacionales y regionales por procedimientos de ISDS que carecen de los elementos básicos elementales de independencia judicial y procedimiento justo, esto es, enturbiando todos los resultados de los casos de ISDS.

⁷ Estas cifras aproximadas se calcularon en base a la cobertura de los acuerdos de inversión existentes país por país y los flujos de inversión extranjera directa (hacia fuera y adentro) para los EEUU en 2012 de los datos de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE), "StatExtracts:FDI flows by partner country" disponible online en: http://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=FDI_FLOW_PARTNER. Las cifras no dan cuenta de posible elección de foro por los inversores extranjeros, que es muy difícil de medir, y se maneja de forma diferente por los árbitros en los acuerdos actuales, pero puede que expandan la cobertura del ISDS.