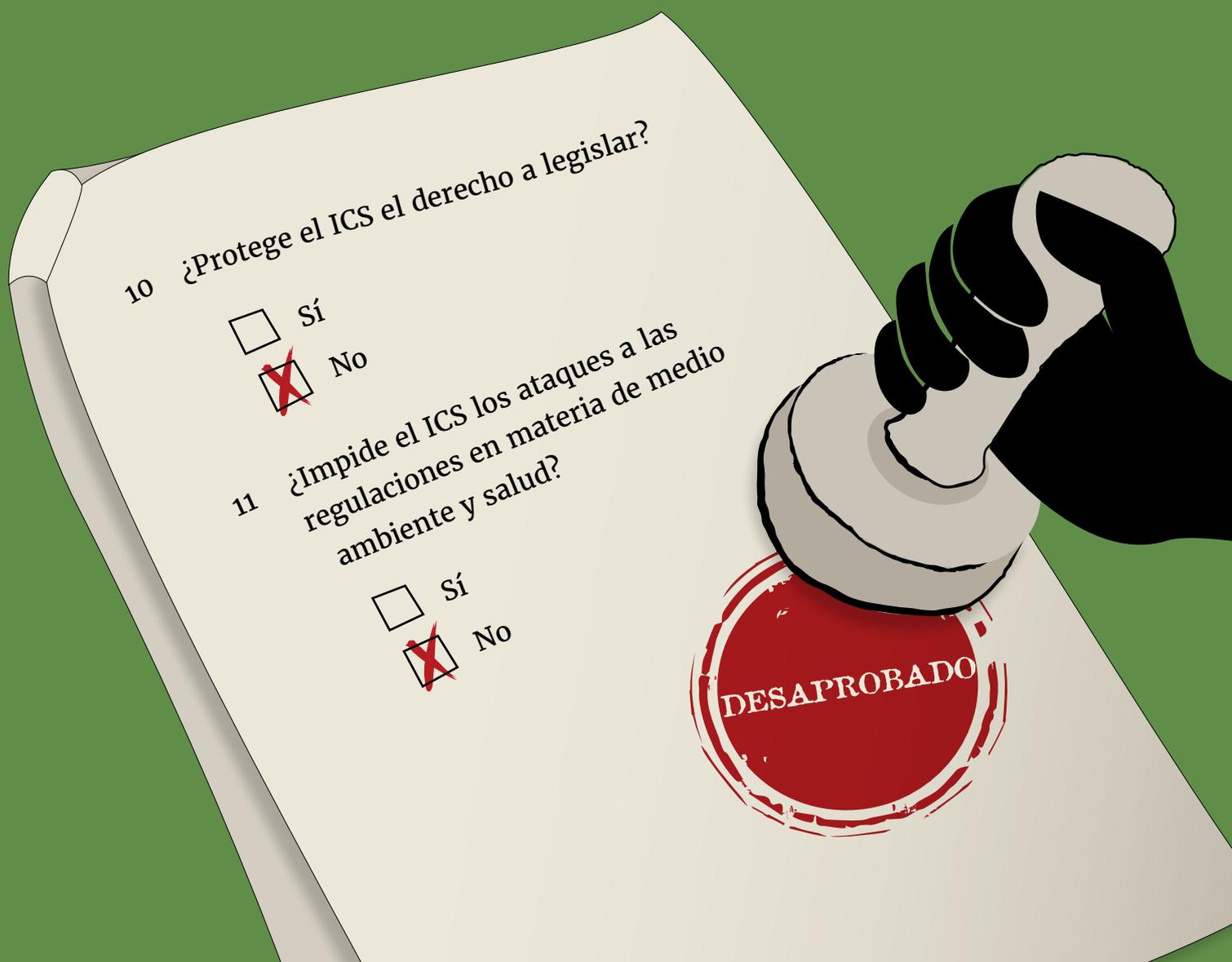


# El Sistema de Tribunales de Inversiones puesto a prueba

*La nueva propuesta europea perpetuará los ataques de los inversores a la salud y el medio ambiente*



10 ¿Protege el ICS el derecho a legislar?

Sí

No

11 ¿Impide el ICS los ataques a las regulaciones en materia de medio ambiente y salud?

Sí

No

DESAPROBADO



Autores: Natacha Cingotti, Pia Eberhardt, Nelly Grotefendt, Cecilia Olivet y Scott Sinclair

Revisora de la versión en inglés: Helen Burley

Traducción al español: Beatriz Martínez

Diseño: Karen Paalman

Publicado por el Centro Canadiense de Políticas Alternativas, Corporate Europe Observatory, Amigos de la Tierra Europa, el Foro Alemán de ONG de Medio Ambiente y Desarrollo y el Transnational Institute.

Ámsterdam/Bruselas/Berlín/Ottawa, Septiembre de 2016 (publicado originalmente en inglés en Abril 2016)

El contenido de este informe se puede citar o reproducir con fines no comerciales y siempre que se haga la debida referencia a la fuente de la información.

#### AGRADECIMIENTOS

---

Deseamos dar las gracias a Nathalie Bernasconi y a Malte Marwedel por sus valiosos comentarios al borrador de este texto. Agradecemos también las aportaciones de Nick Buxton, Paul de Clerck y Andrew Kennedy.

# Índice

Resumen ejecutivo	4
Introducción	7
Casos	
<b>¿Podrían las grandes empresas petroleras demandar a los Estados miembros de la UE por no aprobar un oleoducto como el Keystone XL?</b> El caso de TransCanada contra los Estados Unidos	12
<b>¿Podrían las grandes empresas tabaqueras demandar a los Estados miembros de la UE por su legislación antitabaco?</b> El caso de Philip Morris contra Uruguay	17
<b>¿Podrían las grandes empresas mineras demandar a los Estados miembros de la UE por su moratoria sobre el fracking?</b> El caso de Lone Pine contra Canadá	22
<b>¿Podrían las grandes empresas de energía demandar a los Estados miembros de la UE por sus normas de protección ambiental?</b> El caso de Vattenfall contra Alemania	27
<b>¿Podrían las empresas mineras demandar a los Estados miembros de la UE por sus evaluaciones de impacto ambiental?</b> El caso de Bilcon contra Canadá	31
Los derechos que la UE propone para los inversores no superan la prueba de la democracia	35

## Resumen ejecutivo

En otoño de 2015, la comisaria europea de Comercio, Cecilia Malmström, presentó una propuesta para garantizar amplios derechos a los inversores extranjeros en todos los futuros acuerdos comerciales de la Unión Europea (UE). La propuesta llegó en un contexto de creciente preocupación por la inclusión del mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS por su sigla en inglés) en acuerdos comerciales comunitarios como la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP) entre la UE y los Estados Unidos, y el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre la UE y Canadá. Este mecanismo, que se aplica a muchos tratados internacionales de comercio e inversión vigentes, ha propiciado un auge de controvertidas demandas interpuestas por grandes empresas contra Estados que han adoptado medidas normativas para proteger la salud pública, el ambiente o el interés público.

La Comisión Europea ha asegurado que, con su nuevo enfoque para la protección de las inversiones —descrito en su propuesta para un Sistema de Tribunales de Inversiones (ICS por su sigla en inglés) planteada durante las negociaciones para el TTIP—, “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”. Por otro lado, miembros de la Comisión han prometido que algunos de los casos más extremos que se han dado en el marco del ISDS, y que se han convertido en emblema de las injusticias de este mecanismo, no podrían ser posibles al amparo del nuevo sistema ‘reformado’.

Este informe pone a prueba esa promesa mediante el análisis de cinco de los casos ISDS más polémicos y emblemáticos de los últimos años.

### Entre los casos analizados, están:

- Philip Morris contra Uruguay, por la introducción de advertencias gráficas en las cajetillas de cigarrillos y otras medidas de control del tabaco con el fin de fomentar la salud pública;
- TransCanada contra los Estados Unidos, por la decisión del presidente Barack Obama de no aprobar la construcción del oleoducto Keystone XL como parte del compromiso de su país para luchar contra el cambio climático;
- Lone Pine contra Canadá, por una moratoria cautelar sobre el fracking promulgada en la provincia de Quebec;
- Vattenfall contra Alemania, porque la ciudad de Hamburgo impuso una serie de normas ambientales sobre el uso del agua en una central eléctrica de carbón;
- Bilcon contra Canadá, por una evaluación de impacto ambiental que impidió la construcción de una gran cantera y una plataforma marina en una zona costera ecológicamente vulnerable.

Nuestro objetivo era evaluar si estos casos ya no podrían prosperar en el marco del Sistema de Tribunales de Inversiones (ICS) para entender si este representa un cambio importante con respecto a las desigualdades que imperan actualmente en el arbitraje ISDS. O bien si, como afirman muchos expertos jurídicos y activistas de la sociedad civil, el ICS no es más que un ejercicio de maquillaje por parte de la Comisión Europea.

**Un examen detallado de cada caso demuestra que todas estas polémicas demandas también se podrían interponer y probablemente prosperarían con el ICS.** Las normas propuestas no incluyen ningún elemento que impida que las empresas impugnen decisiones adoptadas por los Gobiernos para proteger la salud y el medio ambiente. Y tampoco nada que impida que los árbitros fallen en favor de

estas, condenando a los Estados a pagar miles de millones de dinero de los contribuyentes en concepto de indemnización por unas medidas públicas legítimas.

**En resumen: puesto a prueba, el Sistema de Tribunales de Inversiones (ICS) no podría evitar la interposición de ninguna de estas polémicas demandas.**

**El informe, además, también concluye que:**

1. El uso que hace la Comisión Europea de conceptos tan amplios y vagos como “arbitrariedad manifiesta” y “trato justo y equitativo” sigue dejando la puerta abierta a que las grandes empresas demanden a los Estados ante tribunales de arbitraje, igual que con el actual sistema ISDS.
2. Muchas de las nuevas limitaciones y los calificadores en la propuesta de la Comisión Europea, como la afirmación del derecho de los Gobiernos a legislar, están poco definidos y abiertos a interpretación. La carga de la prueba recae sobre los Gobiernos, que deben demostrar que las medidas que han adoptado eran “necesarias”, “no discriminatorias” y perseguían unos objetivos “legítimos”. En cada uno de los cinco casos examinados, las grandes empresas ya han argüido que las regulaciones de los Gobiernos eran ilegítimas, arbitrarias, excesivas y discriminatorias (aunque no hubo discriminación por motivos de nacionalidad) y podrían hacer lo mismo en el marco de un Sistema de Tribunales de Inversiones.
3. Más que limitar unas demandas extremas, el ICS de hecho abre la posibilidad a que se interpongan más demandas de arbitraje porque, a diferencia de lo que sucede en los tratados existentes, introduce explícitamente el concepto de “expectativas legítimas” de los inversores. En los cinco casos estudiados, los inversores manifestaron que sus expectativas legítimas se habían vulnerado. Según la propuesta, un inversor solo puede argüir una violación de las “expectativas legítimas” si estas van precedidas de “una representación particular” del Estado, pero esta limitación está formulada de forma tan imprecisa que podría aludir a cualquier medida, acción o incluso indicación verbal de un funcionario del Gobierno que, según el inversor, le haya inducido a realizar o mantener una inversión.
4. El derecho a indemnizar a los inversores por la pérdida de beneficios (futuros) no desaparece, lo cual incrementa la posibilidad de que se repitan casos como la demanda de TransCanada, que está exigiendo la exorbitante suma de 15.000 millones de dólares en concepto de daños por un oleoducto no construido. Con el ICS, la única excepción que impide específicamente a los inversores obtener una indemnización es sobre asuntos relacionados con las ayudas estatales, pero no con respecto a ninguna otra política pública, lo cual pone de manifiesto que nunca se ha tenido la verdadera intención de preservar otras medidas normativas de unos laudos que alcanzan cifras multimillonarias.
5. Con el Sistema de Tribunales de Inversiones, la interpretación de los amplios derechos otorgados a las grandes empresas y los vagos calificadores seguirá dependiendo de árbitros con fines de lucro, que no cumplen los requisitos de unos jueces públicos e independientes. A estos árbitros (llamados ahora ‘adjudicadores’) se les pagará por caso y las lagunas en los requisitos de conflictos de interés de la UE permitirán que el mismo grupo tendencioso de árbitros corporativos sigan formando parte de paneles de arbitraje. Jueces europeos también han determinado que las propuestas del ICS no cumplen con las normas mínimas relativas a los

cargos judiciales establecidas en la Carta Magna de los Jueces Europeos o en otros textos internacionales relevantes sobre la independencia de los jueces.

El hecho de que cada uno de estos controvertidos casos aún podría prosperar en el marco del denominado enfoque 'reformado' sugiere que la Comisión Europea no ha escuchado a los millones de europeos y europeas que han exigido que se ponga fin a los privilegios injustos de los que gozan las grandes empresas. La solución de controversias entre inversores y Estados —se llame como se llame— es un mecanismo no democrático, peligroso, injusto y unilateral. Es hora de que la Comisión Europea acabe con sus ejercicios de maquillaje y relaciones públicas, y trace un camino hacia la justicia comercial deshaciéndose del arbitraje privado de una vez por todas en el TTIP, el CETA y todos los demás acuerdos comerciales de la UE.

## Introducción

La UE y los Estados Unidos están negociando en estos momentos una Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP por su sigla en inglés) que podría convertirse en el mayor acuerdo comercial de la historia.<sup>1</sup> Uno de los aspectos más debatidos de las conversaciones que han tenido lugar hasta la fecha ha sido el plan de conceder a los inversores extranjeros unos derechos especiales para que puedan reclamar a los Gobiernos de acogida una indemnización económica en caso de adoptar cambios normativos que afecten a los beneficios esperados de las empresas.

Este mecanismo, conocido como sistema de solución de controversias entre inversores y estados (ISDS por su sigla en inglés), ya está integrado en miles de acuerdos de comercio e inversión y ha sido utilizado por empresas de todo el mundo para impugnar medidas adoptadas en pro del interés público, desde la protección del medio ambiente a la salud pública. Por ejemplo, Philip Morris ha demandado a Uruguay por las leyes antitabaco adoptadas por el país, reclamándole una indemnización de 25 millones de dólares. Y la empresa constructora TransCanada acaba de declarar que tiene la intención de demandar a los Estados Unidos por 15.000 millones de dólares, después de que Washington decidiera no autorizar la construcción del controvertido oleoducto Keystone XL.

Cuando la Comisión Europea anunció su plan de consagrar unos amplios derechos para los inversores en el TTIP, con lo que los inversores podrían impugnar medidas públicas concebidas para proteger a los consumidores, los trabajadores y el medio ambiente, se generó una gran oleada de oposición. La

**“La pregunta clave (...) no aparece en el documento de la consulta: ¿por qué plantear siquiera la inclusión del arbitraje inversor-Estado en el TTIP?”**

Aportación de 120 personas del mundo académico a la consulta de la Comisión sobre las disposiciones relativas al ISDS previstas en el TTIP<sup>4</sup>

Comisión se vio obligada a suspender las negociaciones sobre ese capítulo específico y a organizar una consulta pública, en que la participó un récord de 150.000 personas, el 97% de las cuales se manifestó en contra de incluir este mecanismo, en cualquier forma, en el TTIP.

En septiembre de 2015, la comisaria de Comercio de la UE, Cecilia Malmström, reconoció que “el ISDS es ahora la sigla más tóxica de Europa”.<sup>2</sup> Mientras tanto, Alfred de Zayas, experto independiente de la ONU sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, informó

a la Asamblea General de la ONU de que “el ISDS no se puede reformar. Se debe abolir”.<sup>3</sup>

En consecuencia, la Comisión Europea ha manifestado su voluntad de reformar el ISDS.

En otoño de 2015, la Comisión presentó una propuesta para crear un Sistema de Tribunales de Inversiones (ICS por su sigla en inglés), que se impulsó como una solución a los feroces ataques lanzados por los inversores al amparo del sistema ISDS.<sup>5</sup> El ICS está concebido para tranquilizar al público de que la concesión de derechos a los inversores no supondrá un obstáculo para la formulación de políticas públicas. Los principales elementos de la propuesta de ICS ya se han integrado en los acuerdos entre la UE y Vietnam y entre la UE y Canadá (el CETA).<sup>6</sup>

**“Gracias a los cambios que hemos acordado, armonizamos perfectamente el CETA con nuestro nuevo enfoque en materia de protección de las inversiones en los acuerdos comerciales. Más en concreto, demostramos nuestra voluntad de proteger el derecho de los Gobiernos a legislar y de garantizar que las diferencias en materia de inversión se resuelvan en plena conformidad con el Estado de derecho.”**

Frans Timmermans, vicepresidente primero de la Comisión Europea<sup>7</sup>

Parte de los medios de comunicación y varias figuras políticas celebraron la propuesta como un paso positivo. Bernd Lange, presidente de la comisión de Comercio del Parlamento Europeo, señaló que la propuesta era “el único camino a seguir en la política comercial de la Unión Europea y el último paso hacia la eliminación del ISDS”.<sup>8</sup> El diario alemán *Frankfurter Allgemeine Zeitung* apuntó que las reformas propuestas demostraban que la Comisión se tomaba en serio la preocupación de la ciudadanía sobre los derechos de los inversores, ya que el nuevo sistema evitaría que se presentaran demandas contra medidas de protección del ambiente, la salud y los consumidores.

“Por lo tanto, el abuso del sistema de protección de inversiones es objetivamente imposible”, aseguraba el diario a sus lectores.<sup>9</sup>

El diario austríaco *Der Standard* también alabó la “propuesta de reforma” de la Comisión como “un éxito de las voces críticas”, ya que “podría en efecto corregir muchos defectos del sistema de protección de inversiones existente”.<sup>10</sup>

La sociedad civil reaccionó con mayor escepticismo, y muchos grupos denunciaron un calco del tan denostado ‘viejo’ ISDS,<sup>11</sup> tildando la medida de un burdo intento de “vestir la mona de seda” y de “básicamente un ejercicio de relaciones públicas para eludir la enorme controversia y oposición que ha generado el ISDS”.<sup>12</sup>

**“Cuando la gente dice que el ISDS está muerto, no puedo evitar pensar en una película de zombis, porque yo veo al ISDS vagando por todas estas nuevas propuestas.”**

Gus Van Harten, profesor de la Facultad de Derecho Osgoode Hall<sup>14</sup>

La ONG ambientalista Transport & Environment, que forma parte del grupo asesor de la Comisión para el TTIP, tildó la propuesta de “un mero cambio de nombre de la solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS)” que “no resolverá ninguna de las preocupaciones fundamentales sobre la concesión de privilegios especiales a inversores extranjeros, el menoscabo de las leyes nacionales y la elusión de los tribunales internos”.<sup>13</sup>

## **El Sistema de Tribunales de Inversiones de la UE es igual que el ISDS, pero con otro nombre**

**Las principales deficiencias de la propuesta se pueden resumir de la siguiente forma:**

- El ICS no es un tribunal; se basa en un modelo de arbitraje. Y sigue careciendo de salvaguardias fundamentales que garanticen un sistema jurídico independiente.
- Reserva un trato especial para los inversores extranjeros que no va acompañado de ninguna obligación, como el deber de cumplir con las normas ambientales, sociales, de salud y seguridad, o cualquier otro ámbito normativo.

- Los inversores extranjeros aún podrían eludir los tribunales internos del país y demandar a los Estados directamente ante tribunales internacionales. Esto supone una discriminación frente a los inversores nacionales.
- Mantiene una fuerte protección de los inversores, como el derecho a alegar que se ha producido una “expropiación indirecta” (pérdida de ganancias) por la introducción de leyes concebidas en pro del interés general. Los Estados deberán defender las medidas que han adoptado por motivos de interés público y aportar pruebas que demuestren que las repercusiones de su legislación han sido “no excesivas” en caso de que los inversores sostengan lo contrario.
- No otorga ningún derecho al público ni a quienes han sido víctima de las acciones de los inversores. Los ciudadanos y las ciudadanas que sufren daños a consecuencia de las actividades de las empresas multinacionales (por ejemplo, aguas contaminadas o problemas de salud) no pueden recurrir a los tribunales internacionales.
- No protege el derecho a legislar. La vaga formulación de la propuesta deja en manos de los árbitros interpretar qué medidas del Gobierno son “necesarias” para lograr objetivos “legítimos”.
- Mantiene el efecto de la “disuasión reguladora”, ya que sigue permitiendo que los inversores exijan grandes sumas de dinero público cuando se adoptan nuevas normas que afectan a sus ganancias.
- Los árbitros no son “jueces” independientes. No tienen un cargo estable, con un sueldo fijo. Cobran por día trabajado, y con un incentivo económico para fallar a favor de los inversores, ya que eso atraerá más demandas. Según la propuesta, los árbitros que actualmente ejercen como abogados particulares (representando a los inversores) podrán ser designados como “jueces”.
- También hay deficiencias en los requisitos éticos propuestos, ya que no se contempla un período mínimo de incompatibilidad de funciones antes y después de ejercer de árbitro, no existe una definición clara de los posibles conflictos de interés y tampoco se prohíbe explícitamente que se cobre por actividades afines mientras se ejerce de árbitro.

En Alemania, la mayor asociación de jueces y fiscales (integrada por 15.000 miembros de un total de 25.000 jueces y fiscales en el país) también ha cuestionado recientemente que la UE haya cambiado el nombre del ISDS y lo presente como un ‘sistema de tribunales’: “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”. A lo que añade: “En este contexto, el ICS no parece ser una corte internacional, sino más bien un tribunal permanente de arbitraje”.<sup>16</sup>

Esta asociación también ha expresado una grave inquietud por la concesión de derechos exclusivos y el acceso a pseudo-tribunales a inversores extranjeros, instando a los legisladores a “reducir de forma significativa el recurso al arbitraje en el contexto de la protección de inversores internacionales”.<sup>17</sup>

La Comisión Europea asegura que, con esta propuesta, “estamos abriendo nuevos horizontes” y que, “con este nuevo sistema, protegeremos el derecho de los gobiernos a legislar”.<sup>19</sup>

**“La creación de tribunales especiales para determinados grupos de litigantes es el camino equivocado.”**

Deutscher Richterbund, principal asociación de jueces y fiscales de Alemania<sup>18</sup>

**Este informe pone a prueba la promesa de la Comisión Europea, que afirma que el ICS es “un nuevo sistema que expresa en negro sobre blanco el derecho a legislar”.<sup>20</sup>**

El informe compara cinco controversias inversor-Estado que se han producido en el pasado o que aún se están dirimiendo con la última propuesta de la Comisión Europea para la protección de las inversiones en el TTIP<sup>21</sup> y en futuros tratados de la UE. Todas estas demandas de los inversores se dirigen contra leyes u otras medidas adoptadas por los países para proteger la salud pública, el medio ambiente, las comunidades locales o luchar contra el cambio climático.

Los casos analizados son: la demanda de Philip Morris contra Uruguay por la legislación antitabaco del país (en curso); la primera demanda del gigante de la energía Vattenfall contra Alemania por las normas ambientales impuestas a una central eléctrica de carbón (resuelto fuera de los tribunales después de que el país accediera a relajar su normativa); la demanda de Lone Pine contra la moratoria sobre el fracking en la provincia canadiense de Quebec (en curso); el caso de Bilcon contra Canadá después de que el país no aprobara un proyecto de cantera debido a una evaluación de impacto ambiental negativa (ganado por la empresa); y las acciones legales emprendidas por TransCanada, una empresa constructora, después de que el Gobierno estadounidense no aprobara el controvertido oleoducto Keystone XL (en curso).

A diferencia de lo que sostienen la Comisión Europea, parte de los medios de comunicación y algunos europarlamentarios, un análisis jurídico detallado demuestra que los cinco casos aún podrían prosperar en el marco del Sistema de Tribunales de Inversiones propuesto por la UE. Podrían incluso dar lugar a acuerdos que benefician a los inversores (como en el caso Vattenfall) o a fallos favorables a los inversores (como en el caso Bilcon).

De hecho, lejos de abordar las deficiencias fundamentales del sistema de arbitraje, el Sistema de Tribunales de Inversiones no pasa la prueba de la democracia. Esto se explica porque la nueva versión de ISDS propuesta por la Comisión, aunque con otro nombre, contiene esencialmente los mismos privilegios corporativos en los que se basan estos ataques de los inversores contra las políticas de interés público. Limitarse a afirmar que los Gobiernos tienen el derecho de legislar en pro del interés general no impedirá que los inversores se opongan a iniciativas para proteger la salud pública o el medio ambiente. Por lo tanto, los Gobiernos seguirán enfrentándose a la amenaza de gastar millones de dólares en costosas demandas o miles de millones en daños y perjuicios por regular en el interés público; el riesgo de la ‘disuasión reguladora’ tampoco desaparece.

¿Por qué iba a aprobar cualquier político el Sistema de Tribunales de Inversiones si corre el riesgo de desencadenar exactamente los mismos ataques contra políticas públicas legítimas que esos mismos políticos se han comprometido a evitar?

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

Nigel Blackaby, del bufete Freshfields, sobre la propuesta de la UE<sup>22</sup>

## Notas

- 1 Según la Dirección General de Comercio de la Comisión Europea, "la Unión Europea y los Estados Unidos tienen la mayor relación comercial bilateral y gozan de la relación económica más integrada del mundo". Véase: Comisión Europea, <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/united-states>
- 2 Paul Ames, "ISDS: The most toxic acronym in Europe", *Político*, 7 de septiembre de 2015, <http://www.politico.eu/article/isds-the-most-toxic-acronym-in-europe/>
- 3 Alfred-Maurice de Zayas (2016) Statement at the 70th session of the General Assembly, Nueva York, 26 de octubre de 2015, <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16745&LangID=E>
- 4 Statement of Concern about Planned Provisions on Investment Protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), [https://www.kent.ac.uk/law/isds\\_treaty\\_consultation.html](https://www.kent.ac.uk/law/isds_treaty_consultation.html)
- 5 Por ejemplo, en un debate público sobre la propuesta del Sistema de Tribunales de Inversiones, Rupert Schlegelmilch, de la Comisión Europea, señaló que los casos inversor-Estado como los presentados por Vattenfall o Philip Morris estaban "basados en el sistema no reformado" y que "lo que estamos haciendo en la reforma representa la solución" a este tipo de demandas. Véase: TNI, "Does the EU's 'Investment Court System' put an end to ISDS?", vídeo, 23 de noviembre de 2015, <https://www.tni.org/en/article/does-the-eus-investment-court-system-put-an-end-to-isds>
- 6 Véanse los anuncios de la Comisión Europea sobre el tratado de libre comercio entre la UE y Vietnam (1 de febrero de 2016) <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1449> y el CETA entre la UE y Canadá (29 de febrero de 2016) <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1468>
- 7 Comisión Europea, Dirección General de Comercio, Comunicado de prensa, "CETA: EU and Canada agree on new approach on investment in trade agreement", 29 de febrero de 2016, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1468>
- 8 Victoria Martín de la Torre "El Grupo S&D celebra el nuevo mecanismo de resolución de litigios comerciales, que sustituye al ISDS", 16 de septiembre de 2015, <http://www.socialistsanddemocrats.eu/es/newsroom/el-grupo-sd-celebra-el-nuevo-mecanismo-de-resoluci%C3%B3n-de-litigios-comerciales-que-sustituye>
- 9 Hendrik Kafsack, "Bessere Schiedsgerichte", 16 de septiembre de 2015, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/ttip-und-freihandel/kommentar-ttip-bessere-schiedsgerichte-13806727.html>, traducción: Pia Eberhardt
- 10 András Szigetvari, "Investorenschutz: Erfolg für TTIP-Kritiker", *Der Standard*, 16 de septiembre de 2015, <http://derstandard.at/2000022328908/Investorenschutz-Erfolg-fuer-TTIP-Kritiker>, traducción: Pia Eberhardt
- 11 Véase, por ejemplo: Transatlantic Consumers Dialogue, "Response to the EU Commission's Investor-State Dispute Settlement 'reform' proposal", 20 de enero de 2016, <http://tacd.org/response-to-the-eu-commissions-investor-state-dispute-settlement-reform-proposal/>; Corporate Europe Observatory et. al "The Zombie ISDS – Rebranded as ICS, rights for corporations to sue states refuse to die", 17 de febrero de 2016, [https://www.tni.org/en/publication/the-zombie-isds?content\\_language=es](https://www.tni.org/en/publication/the-zombie-isds?content_language=es); Seattle to Brussels Network, "Courting Foreign Investors", 6 de octubre de 2015, <http://www.s2bnetwork.org/isds-courting-foreign-investors/>
- 12 Global Justice Now, "Commission tries to 'put lipstick on a pig' with alternative corporate court system", 16 de diciembre de 2015, <http://www.globaljustice.org.uk/news/2015/sep/16/commission-tries-%E2%80%9Cput-lipstick-pig%E2%80%9D-alternative-corporate-court-system>
- 13 Transport & Environment, "New' Investment Court System still privileges foreign investors under EU-US trade deal", 16 de septiembre de 2015, <http://www.transportenvironment.org/press/%E2%80%98new%E2%80%99-investment-court-system-still-privileges-foreign-investors-under-eu-us-trade-deal>
- 14 Citado en: Campact, "Experten-Check: Was der Handelsgerichtshof in TTIP wirklich bedeutet", vídeo, 9 de diciembre de 2015, <https://www.youtube.com/watch?v=0x9QZ8ebwf0>
- 15 Entre los ejemplos, cabe mencionar: Amigos de la Tierra Europa, "Sistema de Tribunales de Inversión del TTIP: Más privilegios para las empresas – 10 razones por las que la propuesta de la UE no cambia los fundamentos del ISDS", enero de 2016, [https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us\\_trade\\_deal/2016/investment\\_court\\_system\\_isds\\_in\\_disguise\\_10\\_reasons\\_why\\_the\\_eus\\_proposal\\_doesnt\\_fix\\_a\\_flawed\\_system\\_spanish\\_version.pdf](https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2016/investment_court_system_isds_in_disguise_10_reasons_why_the_eus_proposal_doesnt_fix_a_flawed_system_spanish_version.pdf); Seattle to Brussels Network, "Courting Foreign Investors", 6 de octubre de 2015, <http://www.s2bnetwork.org/isds-courting-foreign-investors>
- 16 Deutscher Richterbund, "Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP – Vorschlag der Europäischen Kommission vom 16.09.2015 und 12.11.2015", Nr. 04/16, 4 de febrero de 2016, <http://www.dr.de/cms/index.php?id=952>, traducción no oficial: [https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us\\_trade\\_deal/2016/english\\_version\\_deutsche\\_richterbund\\_opinion\\_ics\\_feb2016.pdf](https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2016/english_version_deutsche_richterbund_opinion_ics_feb2016.pdf)
- 17 Ibid.
- 18 Ibid.
- 19 Frans Timmermans, vicepresidente primero de la Comisión Europea, citado en: Comunicado de prensa, "La Comisión propone un nuevo Sistema de Tribunales de Inversiones para la ATCI y para otras negociaciones comerciales y de inversión de la UE", Bruselas, 16 de septiembre de 2015, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5651\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_es.htm)
- 20 Comisaria de Comercio de la UE, Cecilia Malmström, Opening Remarks at EP Debate on TTIP, 7 de julio de 2015, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc\\_153598.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc_153598.pdf)
- 21 Comisión Europea, "Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade in services, investment and e-commerce. Chapter II – Investment", 12 de noviembre de 2015, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf) Las alusiones a "la propuesta de la UE" o "la propuesta de la UE para la protección de las inversiones en el TTIP" en este informe se refieren a las disposiciones incluidas en este documento, publicado por la Comisión Europea el 12 de noviembre de 2015.
- 22 Citado en Eric Frei, "Schiedsrechtsexperte: TTIP-Gerichtshof würde wenig ändern", *Der Standard*, 2 de noviembre de 2015, <http://derstandard.at/2000024886097/TTIP-Gerichtshof-wuerde-wenig-aendern>. Traducción: Pia Eberhardt

# ¿Podrían las grandes empresas petroleras demandar a los Estados miembros de la UE por no aprobar un oleoducto como el Keystone XL? El caso de TransCanada contra los Estados Unidos

## ¿De qué trata el caso?

En enero de 2016, la promotora canadiense TransCanada anunció su intención de demandar a los Estados Unidos en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)<sup>1</sup> 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.

## ¿Por qué es un caso interesante?

**Este caso resulta especialmente interesante por tres motivos:**

**1. Suma exigida** – TransCanada está reclamando a los Estados Unidos una indemnización de 15.000 millones de dólares, lo cual supone una gran suma de dinero de los contribuyentes. Con esa cantidad, se podrían pagar los costos anuales de la matrícula universitaria de casi cinco millones de estudiantes en los Estados Unidos.<sup>2</sup> La mayor parte de esta suma se exige como indemnización por la pérdida de ganancias futuras y que la empresa TransCanada habría obtenido hipotéticamente. En realidad, hasta ahora solamente ha gastado en el proyecto 2.400 millones de dólares.<sup>3</sup>

**2. Cambio climático** – El oleoducto Keystone XL habría promovido la extracción de algunos de los combustibles más sucios del planeta en las próximas décadas, incrementando así las emisiones de gases de efecto invernadero. Durante sus 50 años de funcionamiento previsto, el oleoducto habría generado hasta 8.400 millones de toneladas métricas equivalentes de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>e),<sup>4</sup> una cantidad que supera las emisiones anuales totales del dióxido de carbono de los Estados Unidos en 2013.<sup>5</sup> En un momento en que los científicos climáticos apuntan que la mayor parte de las reservas de combustibles fósiles del mundo se deben dejar bajo tierra si queremos evitar un cambio climático catastrófico, el rechazo de Keystone puso fin a “un proyecto que también era un arma que apuntaba directamente al futuro del planeta”.<sup>6</sup>

**“Si deseamos evitar que una gran parte de la Tierra se convierta no solo en inhóspita sino incluso en inhabitable en el transcurso de nuestra vida, vamos a tener que dejar algunos combustibles fósiles bajo tierra, en lugar de quemarlos y emitir más contaminación peligrosa.”**

Barack Obama, presidente estadounidense, explicando su ‘no’ al proyecto de oleoducto Keystone XL<sup>7</sup>

**3. Democracia** – Al no aprobar el permiso del proyecto Keystone XL, el Gobierno estadounidense respondía a una oposición ciudadana generalizada, desde ambientalistas a comunidades indígenas, pasando por agricultores y guardabosques, que habían advertido del peligro que supondría para sus tierras y medios de vida, así como para la fauna y flora de la zona. Su resistencia se convirtió en un movimiento nacional contra Keystone. Por lo tanto, cuando el Gobierno de Obama decidió rechazar el

proyecto, fue respondiendo a la presión pública. TransCanada está impugnando esta decisión por estar “motivada por consideraciones políticas”, socavando así un pilar central de la democracia, por el que la ciudadanía compele a sus líderes a adoptar mejores políticas.

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

**La respuesta, en pocas palabras, es “sí”.**

TransCanada sostiene que los Estados Unidos han contravenido la norma de **trato justo y equitativo** del TLCAN por “retrasar la tramitación de la solicitud durante un plazo extraordinariamente largo” (utilizando excusas “arbitrarias y artificiosas”) y por “aplicar criterios nuevos y arbitrarios al decidir denegar la solicitud”.<sup>8</sup>

Según la empresa, esa denegación no estaba “basada en los méritos de la solicitud de Keystone”, sino que estaba “motivada por consideraciones políticas”.<sup>9</sup> La empresa arguye que “el propio Departamento de Estado concluyó en varias ocasiones que el oleoducto no plantearía ninguna preocupación significativa en materia de seguridad, salud pública y medio ambiente que no se pudiera mitigar” y que el Gobierno deseaba apaciguar a aquellos con “la percepción equivocada” de que el oleoducto era nocivo para el ambiente con el fin de hacer gala del liderazgo de los Estados Unidos en la lucha contra el cambio climático.<sup>10</sup>

¿No suena como un argumento al que podría recurrir la gran industria petrolera en el marco de un tratado de inversiones de la UE que garantizara un “trato justo y equitativo”, incluidas medidas que constituyan una “arbitrariedad manifiesta” y una “contravención fundamental del debido proceso (...) en los trámites administrativos” (sección 2, artículo 3.2, propuesta de la UE)?<sup>11</sup>

**“La demanda de TransCanada no surge porque soldados estadounidenses se hayan presentado con armas en un oleoducto y reivindicado su titularidad; se trata de una decisión política razonable para proteger el clima del planeta. En opinión de la compañía, sin embargo, tomar una decisión que no les gusta constituye un robo.”**

TransCanada también sostiene que los Estados Unidos “discriminaron de forma injustificada” a Keystone porque “anteriormente ha aprobado oleoductos de otros inversores, incluidos de los Estados Unidos y México, sobre la base de factores que, si se aplicaran a la solicitud de Keystone, habrían dado lugar a la aprobación de esta”.

Además, afirma que “los Estados Unidos también habían aprobado esas otras solicitudes en un período de tiempo considerablemente menor”.<sup>12</sup>

Jim Shultz, The Democracy Center<sup>13</sup>

La propuesta de la UE garantiza a “los inversores de la otra parte (...) un trato no menos favorable que el que otorgue, en situaciones similares, a sus propios inversores” (**trato nacional**, sección 1, artículo 2-3, propuesta de la UE) y a los inversores de una tercera parte (**trato de nación más favorecida**, sección 1, artículo 2-4, propuesta de la UE), unas disposiciones que permitirían que se presentaran los mismos argumentos.

Según TransCanada, la evaluación y la denegación del oleoducto por parte de la administración estadounidense también fue **“de carácter expropiatorio”** porque “el Departamento de Estado retrasó su decisión durante siete años, con pleno conocimiento de que TransCanada seguía invirtiendo miles de millones de dólares en el oleoducto”, lo cual “privó sustancialmente” a la empresa del valor de su potencial inversión.<sup>14</sup> Este mismo argumento se podría sostener en virtud de un futuro tratado de la UE que exigiera el pago de una indemnización por aquellas “medidas con un efecto equivalente a (...) una expropiación”, incluidas aquellas “con fines de interés general” (sección 2, artículo 5.1, propuesta de la UE).

El **Anexo I** de la propuesta de la UE puntualiza que “las medidas no discriminatorias (...) concebidas y aplicadas para proteger objetivos normativos legítimos (...) **no constituyen expropiaciones indirectas**”. ¿Descalificaría esa aclaración el argumento de expropiación de TransCanada? No necesariamente.

En primer lugar, según la empresa, la gestión de su solicitud fue discriminatoria (véase arriba). En segundo, cuestiona que la decisión del Gobierno estadounidense estuviera motivada por un objetivo público legítimo, porque fue “directamente en contra de las conclusiones de los estudios de la propia Administración” de que “el oleoducto no tendría un impacto significativo en el cambio climático”.<sup>15</sup> ¿Qué sucedería si un tribunal designado para dirimir esta demanda contra un Estado miembro de la UE coincidiera con este punto de vista?

La UE también desea proteger las **“expectativas legítimas”** de los inversores. También en este caso, TransCanada señala que “no se cumplió” su “expectativa razonable” de que los Estados Unidos tramitaran su solicitud “de forma justa y coherente con su actuación en el pasado”.<sup>16</sup>

La compañía ofrece cinco causas por las que “tenía todos los motivos para esperar que se concediera su solicitud (...) en un período de tiempo razonable”: en primer lugar, afirma que cumplía los mismos criterios que habían orientado la aprobación de oleoductos anteriores; segundo, el Gobierno de los Estados Unidos concluyó en repetidas ocasiones que el proyecto Keystone XL no tendría un impacto significativo sobre el cambio climático; tercero, las normas ejecutivas pertinentes sugerían una aprobación a menos que existieran preocupaciones ambientales, de salud y seguridad; cuarto, la compañía trabajó intensamente con la administración para abordar estas preocupaciones; y quinto, oleoductos parecidos se habían aprobado en el pasado en un plazo de no más de dos años.<sup>17</sup>

**“La idea de que un acuerdo comercial nos deba obligar a sobrecalentar la atmósfera del planeta es, sencillamente, demencial.”**

Bill McKibben, escritor y activista ambiental sobre el caso de TransCanada en el marco del TLCAN<sup>18</sup>

¿Podría ser que un inversor considerara que al menos alguno de estos puntos podría entenderse como una “representación particular” de un Estado, que ha “creado una expectativa legítima (...) en la que se basó un inversor para decidir realizar o mantener” una inversión y que el Estado “frustró posteriormente”, como reza la propuesta de la UE (sección 2, artículo 3.4, propuesta de la UE)?

¿Y qué hay de la formulación sobre el derecho a legislar propuesta por la UE? En ella, se firma que los derechos de los inversores “no afectarán al derecho de las Partes a legislar en sus territorios a través de medidas necesarias para lograr unos objetivos normativos legítimos” (sección 2, artículo 2.1, propuesta de la UE).

¿No impediría esta cláusula una demanda como la de Keystone? La verdad es que no. Aunque puede que el Gobierno estadounidense haya considerado que denegar el proyecto de Keystone XL era algo necesario para demostrar su liderazgo en la lucha contra el cambio climático, TransCanada cuestiona

esa necesidad, señalando que la decisión iba “directamente en contra de las conclusiones de los estudios de la propia Administración” de que el oleoducto no tendría un impacto significativo sobre el cambio climático.<sup>19</sup> ¿Qué ocurriría si coincidiera con este argumento un tribunal encargado de resolver una demanda parecida contra un Estado miembro de la UE?

TransCanada está exigiendo unos “daños de más de 15.000 millones de dólares a los Estados Unidos por quebrantar sus obligaciones en virtud del TLCAN”.<sup>20</sup> En el marco de la propuesta de la UE, también podrían prosperar demandas por la pérdida de futuras ganancias previstas. Y las indemnizaciones exigidas podrían ser multimillonarias.

El caso de arbitraje de TransCanada al amparo del TLCAN se está desarrollando en paralelo a una demanda presentada ante un tribunal federal de los Estados Unidos en Texas sobre si la denegación del proyecto Keystone XL es constitucional.<sup>21</sup> La UE ha manifestado que desea evitar este tipo de **demandas paralelas**, por las que un inversor cuestiona la constitucionalidad de una decisión en los tribunales de un Estado miembro de la UE y, al mismo tiempo, persigue una indemnización en un tribunal internacional de arbitraje de inversiones (sección 2, subsección 5, artículo 14, propuesta de la UE). Sin embargo, algunos expertos señalan que puede que el intento de la UE no funcione en la práctica,<sup>22</sup> así que aún sería posible presentar una demanda paralela.

El caso de arbitraje de TransCanada puede seguir adelante sin que a la empresa se le exija que primero acuda a los tribunales nacionales. La propuesta de la Comisión tampoco requiere que se agoten los **recursos internos**, que por lo general es una de las reglas básicas del derecho internacional.

**“En este país tenemos un buen sistema jurídico y a quienes no les guste la decisión del Gobierno estadounidense deberían ir a los tribunales.”**

Sander Levin, miembro demócrata del Congreso de los Estados Unidos<sup>23</sup>

No podemos saber cómo se resolvería en el futuro una posible demanda como la de TransCanada contra la UE o un Estado miembro de la UE (la empresa solo tendría que ganar uno de sus argumentos para que un tribunal condene a los Estados Unidos a pagar una indemnización). Pero los derechos de los inversores que está proponiendo la Comisión Europea no evitarían que se interpusiera un caso de este tipo.

## Notas

- 1 TransCanada Corporation & TransCanada PipeLines Limited, “Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement”, 6 de enero de 2016, <https://assets.documentcloud.org/documents/2676478/TransCanada-Notice-of-Intent-6-Jan-2016.pdf>
- 2 Jim Shultz, “The Pipeline Strikes Back: The Audacity of TransCanada’s \$15B Suit Against the U.S.”, Yes! Magazine, 3 de febrero de 2016, <http://www.yesmagazine.org/planet/the-pipeline-strikes-back-the-audacity-of-transcanadas-fifteenb-suit-against-the-us-20160203>
- 3 Ben Beachy, “The Corporation Behind Keystone XL Just Laid Bare the TPP’s Threats to Our Climate”, Huffington Post, 7 de enero de 2016, [http://www.huffingtonpost.com/ben-beachy/the-corporation-behind-ke\\_b\\_8931802.html](http://www.huffingtonpost.com/ben-beachy/the-corporation-behind-ke_b_8931802.html); Hymas, Lisa, “The 7 things you need to know now about the Keystone XL pipeline”, Grist, 6 de noviembre de 2015, <http://grist.org/climate-energy/the-7-things-you-need-to-know-now-about-the-keystone-xl-pipeline/>
- 4 NRD, “Backgrounder. Secretary Kerry and President Obama have strong basis to find the proposed Keystone XL Tar Sands Pipeline is not in the national interest”, 27 de marzo de 2014, [http://switchboard.nrdc.org/blogs/aswift/Keystone%20XL%20NID%20Backgrounder%20\(Final%203-27-14\).pdf](http://switchboard.nrdc.org/blogs/aswift/Keystone%20XL%20NID%20Backgrounder%20(Final%203-27-14).pdf)
- 5 US Environmental Protection Agency (EPA), “Climate Change Indicators in the United States”, <http://www3.epa.gov/climate-change/science/indicators/ghg/us-ghg-emissions.html>
- 6 Jim Shultz, “The Pipeline Strikes Back: The Audacity of TransCanada’s \$15B Suit Against the U.S.”, Yes! Magazine, 3 de febrero de 2016, <http://www.yesmagazine.org/planet/the-pipeline-strikes-back-the-audacity-of-transcanadas-fifteenb-suit-against-the-us-20160203>
- 7 Casa Blanca, “Statement by the President on the Keystone XL Pipeline”, 6 de noviembre de 2015, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/11/06/statement-president-keystone-xl-pipeline>

- 8 TransCanada Corporation & TransCanada PipeLines Limited, "Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement", 6 de enero de 2016, <https://assets.documentcloud.org/documents/2676478/TransCanada-Notice-of-Intent-6-Jan-2016.pdf>, párr. 50, 51
- 9 Ibid., párr. 1
- 10 Ibid., párr. 59, 7
- 11 Comisión Europea, "Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade in services, investment and e-commerce. Chapter II – Investment", 12 de noviembre de 2015, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf)  
Las alusiones a "la propuesta de la UE" o "la propuesta de la UE para la protección de las inversiones en el TTIP" en este informe se refieren a este documento.
- 12 Ibid., encabezado C, párr. 60
- 13 Jim Shultz, "The Pipeline Strikes Back: The Audacity of TransCanada's \$15B Suit Against the U.S.", Yes! Magazine, 3 de febrero de 2016, <http://www.yesmagazine.org/planet/the-pipeline-strikes-back-the-audacity-of-transcanadas-fifteenb-suit-against-the-us-20160203>
- 14 TransCanada Corporation & TransCanada PipeLines Limited, "Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement", 6 de enero de 2016, <https://assets.documentcloud.org/documents/2676478/TransCanada-Notice-of-Intent-6-Jan-2016.pdf>, párr. 57, 8
- 15 Ibid., párr. 1
- 16 Ibid., párr. 10, 2
- 17 Ibid., párr. 10
- 18 350.org, "350.org Responds to TransCanada's NAFTA Lawsuit over Keystone XL", 6 de enero de 2016, <https://350.org/press-release/350-org-responds-to-transcanadas-nafta-lawsuit-over-keystone-xl/>
- 19 TransCanada Corporation & TransCanada PipeLines Limited, "Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement", 6 de enero de 2016, <https://assets.documentcloud.org/documents/2676478/TransCanada-Notice-of-Intent-6-Jan-2016.pdf>, párr. 1
- 20 Ibid., párr. 61
- 21 TransCanada Keystone Pipeline, LP y TC Oil Pipeline Operations Inc., "Complaint in the United States District Court for the Southern District of Texas Houston Division", 6 de enero de 2016, <http://keystone-xl.com/wp-content/uploads/2016/01/TransCanada-Complaint-January-6-2016.pdf>
- 22 Stephan Schill, experto en derecho internacional en materia de inversiones, ha puesto en tela de juicio que se pudieran descartar demandas paralelas y sucesivas. Véase Stephan Schill, "Das TTIP-Gericht: Keimzelle oder Stolperstein für echte Multilateralisierung des internationalen Investitionsrechts?", Verfassungsblog, 25 de noviembre de 2015, <http://verfassungsblog.de/das-ttip-gericht-keimzelle-oder-stolperstein-fuer-echte-multilateralisierung-des-internationalen-investitionsrechts/>
- 23 World Trade Online, "Levin: Keystone ISDS Case Highlights Need For TPP Investment Changes", 8 de enero de 2016, <http://insidetrade.com/daily-news/levin-keystone-isds-case-highlights-need-tpp-investment-changes>

# ¿Podrían las grandes empresas tabaqueras demandar a los Estados miembros de la UE por su legislación antitabaco? El caso de Philip Morris contra Uruguay

## ¿De qué trata el caso?

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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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.

## ¿Por qué es un caso interesante?

**Este caso resulta especialmente interesante por tres grandes motivos:**

**1. Un ataque contra la salud pública** – La demanda contra Uruguay representa un ejemplo alarmante de cómo las grandes empresas pueden usar el arbitraje de inversiones para impugnar el derecho soberano de los Gobiernos a regular en pro de la salud pública. Expertos en salud pública coinciden en que las medidas de control del tabaco como las adoptadas por Uruguay, tienen un efecto directo en la reducción del tabaquismo. Las acciones de Uruguay seguían el consejo emitido por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y las directrices publicadas por el Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT), de carácter vinculante. La OMS y otros especialistas en salud pública han elogiado la política de salud pública de Uruguay y han reconocido que ha contribuido a disminuir el número de fumadores de tabaco.<sup>4</sup> La OMS anunció<sup>5</sup> que apoyará la posición de Uruguay en el procedimiento de arbitraje “proporcionando pruebas de la relación entre las grandes advertencias gráficas de salud, la prohibición de la presentación engañosa de marcas y la protección de la salud pública”.<sup>6</sup>

**2. Una peligrosa ‘disuasión reguladora’** – Uruguay se ha situado en la vanguardia de la lucha contra el tabaco. El país ha promulgado una de las legislaciones contra el tabaco más avanzadas en todo el mundo. La decisión de PMI de demandar a Uruguay (un mercado insignificante en el contexto de las ventas mundiales de PMI) forma parte de una estrategia global para advertir y asustar a cualquier otro país que ose plantearse una regulación más estricta para la industria del tabaco.<sup>7</sup> Cuando los Gobiernos ven los costos que entrañan estas demandas, se lo suelen pensar dos veces antes de introducir medidas de regulación. Cuando PMI amenazó por primera vez con demandar a Uruguay, el Gobierno sopesó la posibilidad de flexibilizar la nueva legislación para satisfacer las demandas de la compañía tabaquera.<sup>8</sup> Esta demanda, y otra parecida contra Australia, ya ha provocado que otros países, como Nueva Zelanda, aplacen sus planes para adoptar normas más estrictas sobre las cajetillas de cigarrillos.<sup>9</sup>

**3. Las cláusulas de salvaguardia no garantizan el derecho a legislar** – Este caso es también emblemático porque muestra cómo los intentos de los Gobiernos para proteger las medidas de salud pública del ámbito de aplicación de los tratados de protección de inversiones recurriendo a la inclusión de excepciones no impide necesariamente que los inversores puedan interponer demandas. La redacción del artículo 2(1) del tratado bilateral de inversiones Uruguay-Suiza incluye unas fórmulas restrictivas concebidas para excluir las medidas de salud pública del ámbito de la protección de los inversores. El artículo dispone: “Las Partes Contratantes reconocen el derecho de cada una de ellas de no permitir actividades económicas por razones de seguridad, orden público, salud pública o moralidad, así como otras actividades que por ley se reserven a sus propios inversores”.<sup>11</sup> Esta reserva, sin embargo, no ha impedido la demanda de PMI.

**“Aunque los acuerdos comerciales contienen fórmulas que aparentan proteger el derecho de los Gobiernos a legislar, muchos paneles de arbitraje han ignorado estas disposiciones o las han interpretado de forma restrictiva, por lo que son prácticamente inútiles.”**

Dr. David R. Boyd, profesor en la Universidad Simon Fraser<sup>14</sup>

También demuestra que es poco probable que los tribunales de inversiones desestimen un caso debido a estas cláusulas de excepción. En su defensa inicial, Uruguay alegó que el caso se debía desestimar porque, según lo establecido por el artículo, “quedan excluidas de la protección del TBI todas las acciones que necesite tomar por razones de salud pública, incluso cuando se restrinjan los derechos económicos de los inversores”.<sup>12</sup> El tribunal encargado de dirimir el caso no aceptó esta interpretación, señalando que la restricción solo se refería a la fase en la que el inversor entraba en el país, y que ya no era aplicable después de que se realizara la inversión.<sup>13</sup>

**“La demanda no es más que el intento cínico de una rica corporación multinacional de escarmentar a un país pequeño y con recursos limitados, pero con una reputación bien merecida como líder mundial en el control del tabaco, que debe defenderse de una acción legal internacional bien financiada.”**

Todd Weiler, abogado especializado en arbitraje de inversiones<sup>10</sup>

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

**La respuesta, en pocas palabras, es “sí”.**

Uno de los primeros obstáculos que un inversor debe superar en una controversia relativa a inversiones es demostrar que la inversión en cuestión está amparada por el tratado. PMI alega que sus “bienes muebles e inmuebles, acciones y derechos de propiedad intelectual claramente constituyen una ‘inversión’ en el territorio de Uruguay”.<sup>15</sup> La UE enumera de forma explícita tanto las “acciones” como los “derechos de propiedad intelectual” en la definición de una “inversión” amparada por sus tratados (sección 2, Definiciones relativas a la protección de inversiones (x2b) y (x2g), propuesta de la UE).<sup>16</sup> Por lo tanto, es probable que un tribunal aceptara que PMI realizó una inversión amparada por cualquier futuro tratado de inversiones de la UE.

Entre otras cosas, PMI sostiene que Uruguay contravino la norma del **trato justo y equitativo** porque las medidas antitabaco que adoptó fueron “excesivas”, “poco razonables” y “arbitrarias”. Según el gigante del tabaco, estas “no guardan ninguna relación racional con la política de salud pública del Gobierno”

(porque, por ejemplo, se podrían haber usado imágenes menos impactantes para alertar al público de los efectos que causa el tabaco en la salud).<sup>17</sup> Esta línea argumentativa también se podría presentar fácilmente en el marco de la actual propuesta de la UE, que incluye una protección para garantizar el “trato justo y equitativo”, a pesar de las pruebas que demuestran que los inversores abusan una y otra vez de este tipo de disposiciones (sección 2, artículo 3.1, propuesta de la UE). La “arbitrariedad manifiesta” también aparece en la lista de criterios de la UE que equivalen a una contravención de la norma del trato justo y equitativo (sección 2, artículo 3.2, c, propuesta de la UE).

**“Muchos de estos pictogramas no fueron diseñados para advertir sobre los verdaderos efectos para la salud que ocasiona el consumo de tabaco, sino que son imágenes impactantes diseñadas específicamente para generar sensaciones de repulsión, disgusto e incluso horror.”**

Philip Morris<sup>18</sup>

El texto de la UE también protege las “**expectativas legítimas**” de los inversores (sección 2, artículo 3.4, propuesta de la UE). PMI utilizó este argumento en su demanda contra Uruguay. La compañía asegura que el requisito de “única presentación” y del 80% de las advertencias sanitarias exigidos por la ley “no mantiene un marco normativo estable y previsible acorde con las expectativas legítimas de Philip Morris”.<sup>19</sup> La empresa también afirma que “las medidas [adoptadas por Uruguay] frustran una de las expectativas más fundamentales que pueda tener cualquier inversor, y es que un Estado receptor cumpla su propia ley y respete la propiedad privada”.<sup>20</sup>

Según el texto de la UE, para que un inversor albergue una expectativa legítima, debe haber existido “una representación particular” por parte del Estado que genere esa expectativa (sección 2, artículo 3.4, propuesta de la UE). El pasaje está redactado de forma tan vaga que podría abarcar cualquier medida, acción o incluso indicación verbal de un funcionario del Gobierno que, según el inversor, le haya inducido a realizar o mantener la inversión.

Uno de los argumentos de PMI en el caso contra Uruguay ofrece un buen ejemplo de lo que se podría construir como “una representación particular”: PMI manifiesta que, durante los últimos 30 años, Uruguay ha promovido activamente que la empresa siga invirtiendo en el país e “impulsó” que la empresa “expanda[n] sus operaciones al otorgar a Abal [su filial local] una exoneración de impuestos y créditos enorme, para satisfacer los planes de Abal de realizar una inversión de capital para mejorar la maquinaria de la fábrica uruguaya”.<sup>21</sup>

Según PMI, las medidas para el control del tabaco en Uruguay tuvieron unas repercusiones “**equivalentes**” a la **expropiación** de sus marcas registradas, ya que privaron a la empresa de sus derechos de propiedad intelectual y tuvieron el efecto de “destruir la buena fe asociada con las marcas legalmente protegidas (...) privándolas así de su valor comercial”.<sup>22</sup> Ese mismo argumento podría funcionar con la propuesta de la UE de “medidas con un efecto equivalente a (...) una expropiación”, incluidas aquellas “con fines de interés general” (sección 2, artículo 5.1, propuesta de la UE).

En el Anexo I, artículo 3, la propuesta de la UE dispone que “excepto en raras circunstancias (...) que resulte[n] manifiestamente excesiva[s], las medidas no discriminatorias (...) que estén concebidas y aplicadas para proteger objetivos normativos legítimos, como la protección de la salud pública, **no constituyen expropiación indirecta**” (sección 2, Anexo 1, propuesta de la UE). ¿Se podría impedir así una demanda de PMI? No. Porque al igual que sucede en el caso contra Uruguay, PMI podría alegar que ciertas medidas fueron “excesivas” y “no guardan ninguna relación racional con una política legítima del Gobierno”.<sup>23</sup>

En última instancia, el tribunal es el encargado de interpretar estos supuestos y evaluar las alegaciones de la compañía, dejando la puerta abierta a que la demanda pudiera prosperar.

La Comisión Europea asegura que su propuesta protegería el **espacio normativo para legislar** del que gozan los Gobiernos en ámbitos como, por ejemplo, la salud pública. La propuesta señala que sus disposiciones “no afectarán al derecho de las Partes a legislar (...) a través de medidas necesarias para lograr unos objetivos normativos legítimos” (sección 2, artículo 2.1, propuesta de la UE).<sup>24</sup> Sin embargo, no se detallan los criterios que determinan lo que constituye una “medida necesaria” o un “objetivo normativo legítimo”.

Esto significa que los inversores podrán argüir que las medidas adoptadas por el Gobierno no eran necesarias ni legítimas, y serán los árbitros los encargados de determinar si efectivamente es así.

Esta es precisamente la estrategia que está siguiendo PMI en el caso contra Uruguay, al afirmar que las medidas públicas no eran necesarias porque “se podría haber alcanzado el mismo objetivo en materia de políticas con una medida más restringida y adaptada de forma más adecuada”. PMI también sostiene que “muchos de estos pictogramas no fueron diseñados para advertir sobre los verdaderos efectos para la salud que ocasiona el consumo de tabaco”.<sup>25</sup>

PMI no solo ha exigido a Uruguay que anule su legislación, sino también que le pague una **“indemnización por la pérdida de ingresos y beneficios”**.<sup>26</sup> La primera exigencia no tendría lugar con la propuesta de la Comisión, ya que ningún tribunal arbitral “podrá ordenar que se revoque, se suspenda o se modifique el trato en cuestión” (sección 2, sección 3, artículo 28.1, propuesta de la UE). No obstante, esta disposición no impediría que un futuro tribunal pudiera conceder una indemnización a los inversores (incluso por la presunta pérdida de beneficios previstos), tal y como exige PMI. Si la Comisión hubiera tenido la intención de proteger totalmente a los Gobiernos para que no deban pagar ninguna indemnización por aplicar “medidas legítimas para alcanzar objetivos normativos legítimos” (sección 2, artículo 2.1, propuesta de la UE), habría excluido explícitamente esa posibilidad, como ha hecho con otra serie de medidas, como las relativas a los subsidios (sección 2, artículo 2.4, propuesta de la UE).

No podemos saber cuál sería el fallo en una posible demanda de Philip Morris contra la UE o algún Estado miembro de la UE en el futuro, pero está bastante claro que los derechos de los inversores propuestos por la Comisión Europea no impedirían que se interpusiera un caso de este tipo.

## Notas

- 1 FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, Request for Arbitration, 19 de febrero de 2010, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>
- 2 Philip Morris International (2014) PMI – Uruguay legal dispute: spotlight on the facts <http://justthefacts.pmi.com/pmi-uruguay-legal-dispute-spotlight-on-the-facts/>
- 3 Philip Morris International v Uruguay, Final Award, 9 de julio de 2016, [https://medios.presidencia.gub.uy/tav\\_portal/2016/noticias/NO\\_U130/laudo\\_spa1.pdf](https://medios.presidencia.gub.uy/tav_portal/2016/noticias/NO_U130/laudo_spa1.pdf)
- 4 ITC (2014) Uruguay's Tobacco Control Policies Reducing Smoking Rates, Encouraging Quitting, Finds Six-Year Survey, <http://www.itcproject.org/node/119>; y Sara Kalkhoran, et al (2014) Effect of Uruguay's National 100% Smokefree Law on Emergency Visits for Bronchospasm, American Journal of Preventive Medicine, [https://tobacco.ucsf.edu/sites/tobacco.ucsf.edu/files/u795/kahlkoran\\_uruguay\\_broncho.05.2015.pdf](https://tobacco.ucsf.edu/sites/tobacco.ucsf.edu/files/u795/kahlkoran_uruguay_broncho.05.2015.pdf)
- 5 Margaret Chan, directora general de la OMS, Keynote address at the World Conference on Tobacco or Health Abu Dhabi, Emiratos Árabes Unidos, 18 de marzo de 2015, <http://www.who.int/dg/speeches/2015/trends-tobacco-use/en/>
- 6 Philip Morris v Uruguay (ICSID Case No. ARB/10/7), Procedural Order No. 3, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4161.pdf>
- 7 Campaign for Tobacco-Free Kids and American Cancer Society Cancer Action Network, Fact Sheet “The Trans-Pacific Partnership (TPP) presents an opportunity to end the abusive tobacco industry trade lawsuits which are both undermining legitimate tobacco control policies and complicating trade negotiations”, mayo de 2015, [https://www.tobaccofreekids.org/content/what\\_we\\_do/federal\\_issues/trade/ISDS\\_TFK\\_ACS\\_CAN\\_Fact\\_Sheet\\_May\\_2015.pdf](https://www.tobaccofreekids.org/content/what_we_do/federal_issues/trade/ISDS_TFK_ACS_CAN_Fact_Sheet_May_2015.pdf)
- 8 David Elward, Uruguay to relax tobacco laws to combat Philip Morris claim, Global Arbitration Review, 28 de julio de 2010, <http://globalarbitrationreview.com/article/1029479/uruguay-to-relax-tobacco-laws-to-combat-philip-morris-claim>
- 9 Tariana Turia, Government moves forward with plain packaging of tobacco products, 19 de febrero de 2013, <http://www.beehive.govt.nz/release/government-moves-forward-plain-packaging-tobacco-products>
- 10 Todd Weiler, Philip Morris vs Uruguay. An Analysis of Tobacco Control Measures in the Context of International Investment Law, Report #1 for Physicians for a Smoke Free Canada, 2010, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0345.pdf>
- 11 Tratado bilateral de inversiones Suiza-Uruguay, <http://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6239.pdf>
- 12 Philip Morris contra Uruguay, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre jurisdicción, párr. 155, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1532.pdf>
- 13 Ibid., pp. 60-63
- 14 David R. Boyd, “Don't let trade deals hamper climate progress”, The Star, 11 de enero de 2016, <http://www.thestar.com/opinion/commentary/2016/01/11/dont-let-trade-deals-hamper-climate-progress.html>
- 15 FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, Request for Arbitration, 19 de febrero de 2010, párr. 66, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>
- 16 Comisión Europea, “Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade in services, investment and e-commerce. Chapter II – Investment”, 12 de noviembre de 2015, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf) Las alusiones a “la propuesta de la UE” o “la propuesta de la UE para la protección de las inversiones en el TTIP” en este informe se refieren a las disposiciones incluidas en este documento.
- 17 FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, Request for Arbitration, 19 de febrero de 2010, párr. 79, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>
- 18 Ibid., párr. 4
- 19 Ibid., párr. 84
- 20 Ibid., párr. 84
- 21 Philip Morris contra Uruguay, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre jurisdicción, párr. 192, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1532.pdf>
- 22 FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, Request for Arbitration, 19 de febrero de 2010, párr. 48, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>
- 23 Ibid., párr. 4 y 81
- 24 En el acuerdo entre la UE y Vietnam, las disposiciones sobre el derecho a legislar son aún más laxas que las incluidas en las propuestas para el TTIP y el CETA, sin que se contemple alguna excepción explícita para las políticas públicas: “Las Partes reafirman el derecho a legislar en sus territorios para lograr unos objetivos normativos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente y la moral pública, la protección social y de los consumidores o la promoción y la protección de la diversidad cultural” (capítulo II, artículo 13, bis.1), [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc\\_154210.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154210.pdf)
- 25 FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, Request for Arbitration, 19 February 2010, párr. 81, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>
- 26 Ibid., párr. 94

# ¿Podrían las grandes empresas mineras demandar a los Estados miembros de la UE por su moratoria sobre el fracking? El caso de Lone Pine contra Canadá

## ¿De qué trata el caso?

En septiembre de 2013, la empresa canadiense de gas y petróleo Lone Pine Resources inició un procedimiento de solución de controversias inversor-Estado contra el Gobierno canadiense amparándose en el capítulo relativo a inversiones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). El caso surgió después de que la provincia de Quebec aprobara una ley, conocida como Ley 18, que revocaba todos los permisos para la extracción de gas y petróleo bajo el río San Lorenzo y prohibía que las empresas de recursos realizaran más exploraciones. La Ley amplió una moratoria cautelar sobre la fractura hidráulica (fracking) mientras se estaban realizando las evaluaciones de impacto ambiental correspondientes.<sup>1</sup> Lone Pine alega que la Ley 18 constituyó una “revocación arbitraria, caprichosa e ilegal” de su “derecho adquirido a la explotación de petróleo y gas” bajo el río, aunque no disponía de todos los permisos necesarios para perforar bajo el cauce de este. Lone Pine está utilizando una sociedad pantalla<sup>2</sup> en Delaware, Estados Unidos, para exigir una indemnización de 109,8 millones de dólares más intereses<sup>3</sup> que, en caso de pagarse, deberán salir del bolsillo de los contribuyentes.

## ¿Por qué es un caso interesante?

**Este caso es especialmente interesante por tres motivos:**

**1. Cambio climático** – En el contexto de una profunda crisis climática, cada vez existe un mayor consenso sobre la necesidad de iniciar una transición energética y abandonar gradualmente los combustibles fósiles, incluido el gas. Por otro lado, se ha demostrado que el fracking tiene graves consecuencias para el medio ambiente y, en especial, genera un riesgo de contaminación del aire y el agua.<sup>4</sup>

### **2. Los derechos de los inversores priman sobre la preocupación pública por los daños ambientales**

– Las comunidades locales han liderado las luchas contra la exploración y la extracción de gas de esquisto, presionando a las autoridades locales y nacionales para que prohíban, detengan o regulen esta actividad y, de este modo, evitar o limitar los efectos negativos sobre el entorno y la salud de las comunidades locales.<sup>6</sup> Así sucede también en Quebec, donde se calcula que la cuenca del río San Lorenzo contiene unos 181 trillones de pies cúbicos de gas natural.<sup>7</sup> La Ley 18 respondió a una creciente preocupación pública y reflejaba las prioridades de las autoridades en cuanto a la adopción de medidas cautelares para proteger a las personas. La demanda de Lone Pine podría hacer que estas medidas de precaución resultaran muy caras en el futuro, y que otras regiones se lo pensarán dos veces antes de seguir los pasos de Quebec.

**“Bueno, eso [el fracking] es una mala jugada para tus hijos y nietos. Porque si sigues adelante, no habrá forma de impedir las consecuencias de un aumento del nivel del mar de varios metros. No podemos hacerlo. Y es lo que la ciencia dice de forma muy clara. A pesar de ello, los políticos actúan como si no lo oyeran o no lo entendieran.”**

Dr. James Hansen, reconocido científico experto en clima, respondiendo a una pregunta sobre la política británica de autorizar el fracking, en la COP 21, celebrada en diciembre de 2015 en París<sup>5</sup>

**3. Usar las lagunas jurídicas del sistema a expensas del interés público** – La empresa está utilizando unos métodos muy polémicos para demandar a Canadá. Lone Pine es una empresa canadiense, pero puede demandar a su propio Gobierno ante un tribunal internacional de arbitraje a través de una sociedad pantalla en el estado norteamericano de Delaware. La empresa ni siquiera ha intentado buscar reparaciones en los tribunales nacionales y está exigiendo una indemnización basándose en los derechos de una empresa asociada, Junex, que es la que tiene los permisos revocados a raíz de la Ley 18.

## ¿Podría Lone Pine presentar una demanda parecida en el marco de la propuesta de ICS de la UE?

**La respuesta, en pocas palabras, es “sí”.**

Lone Pine sostiene que la adopción de la Ley 18 por parte de la provincia de Quebec contraviene claramente las obligaciones de otorgar un **“trato justo y equitativo”** asumidas por Canadá en virtud del TLCAN. Según Lone Pine, las acciones del gobierno provincial fueron “arbitrarias, singulares, injustas y no equitativas”.<sup>8</sup> La compañía también afirma que se le negó “toda oportunidad significativa de ser escuchada, todo aviso de que la Ley se aprobaría” y que no se le ofreció “ningún motivo ni fundamento”. Además, arguye que se le comunicó que “la Ley era ‘una decisión política’ y que no se podía hacer nada para impedir que se aprobara”.<sup>9</sup> Según la propuesta de la UE (sección 2, artículo 3, propuesta de la UE)<sup>10</sup>, la vulneración del “trato justo y equitativo” entrañaría elementos como “una contravención fundamental del debido proceso” y una “arbitrariedad manifiesta”, exactamente lo que Lone Pine alega que ocurrió en Quebec.

Lone Pine también insiste en que la ley aprobada por el Parlamento de Quebec, por la que se suspendieron las licencias de la empresa, tuvo el efecto de una expropiación, con lo que quebrantó la obligación de “no expropiar inversiones de inversores estadounidenses sin un fin público, sin el debido proceso y sin el pago de una indemnización”).<sup>11</sup> La empresa sostiene que la decisión del Parlamento no representó “una medida reguladora de carácter habitual, sino una destrucción directa de bienes intangibles”<sup>12</sup> y que no recibió ningún tipo de compensación. Ese mismo argumento podría funcionar en el marco de la propuesta de la UE, ya que esta otorga a los inversores el derecho a impugnar toda expropiación directa e indirecta (o normativa) salvo en el caso de que se efectúe “el pago pronto y efectivo de una indemnización adecuada” (sección 2, artículo 1, propuesta de la UE).

**“Todos los miembros del Parlamento, todos los partidos políticos votaron unánimemente a favor de revocar esas licencias, de forma que en Quebec se alcanzó un consenso, un consenso social, al respecto. Todo el mundo estaba de acuerdo: es una decisión evidente (...) esto [el río] se debe proteger.”**

Sylvain Archambault, biólogo<sup>13</sup>

¿Pero qué sucede con lo que asegura la Comisión Europea, es decir, que cualquier medida adoptada en el futuro para “para proteger **objetivos normativos legítimos**, como la **protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente**” quedaría a salvo de las demandas de los inversores? Los argumentos de Lone Pine podrían aprovechar las lagunas jurídicas en el texto de la Comisión.

Por ejemplo, el **Anexo relativo a las expropiaciones** que propone la UE señala que ciertas medidas adoptadas para proteger objetivos normativos legítimos no se considerarían una expropiación indirecta, “excepto en raras circunstancias, como que el impacto de la medida o la serie de medidas sea tan grave con respecto a su objetivo que resulte manifiestamente excesiva” (Anexo 1, artículo 3, propuesta de

la UE). ¿No se ajustaría a estas “raras circunstancias” la acusación de “destrucción directa de bienes intangibles” y de conducta “arbitraria” y “caprichosa” por parte del Gobierno que esgrime Lone Pine?

Lone Pine también mantiene que “el Gobierno de Quebec no ha planteado ningún propósito público que justifique la expropiación (ya que) el comité de evaluación ambiental estratégica establecido por el Gobierno de Quebec para evaluar los impactos ambientales de la exploración y la perforación de gas de esquisto (...) aún no había llevado a cabo su evaluación, y aún no había publicado un informe”.<sup>14</sup> En otras palabras, la empresa arguye que todavía no se había demostrado que el fracking era perjudicial, por lo que las acciones del gobierno no respondían a motivos de interés público.

La propuesta de la Comisión sobre el **derecho a legislar** tampoco protegería las moratorias sobre el fracking de los ataques de los inversores porque ese derecho se limita a las “medidas necesarias” para alcanzar objetivos “legítimos” (sección 2, artículo 2, propuesta de la UE). Tal como está redactada la propuesta, otras compañías de petróleo y gas podrían alegar que las moratorias cautelares sobre nuevas tecnologías o medidas parecidas carecen de un fin público legítimo, y que se podrían haber adoptado otras medidas con efectos menos perjudiciales para la empresa. Sin embargo, el derecho a adoptar medidas frente a las incertidumbres científicas es un pilar fundamental de la regulación ambiental en Europa.

Lejos de mejorar la protección frente a posibles litigios, la propuesta de la Comisión podría incluso allanar el camino para que los inversores presenten aún más demandas. La tipificación del concepto de **expectativas legítimas** significaría que, en el futuro, los árbitros podrían tener en cuenta “si una Parte ha realizado una **representación particular** ante un inversor con el fin de generar una inversión amparada, la cual habría creado **una expectativa legítima, y en la que el inversor habría basado su decisión**

**de efectuar o mantener la inversión amparada**” (sección 2, artículo 3.4, propuesta de la UE). Estos son unos términos muy vagos, que concederían a los inversores muchas oportunidades para alegar que se ha generado una expectativa legítima, y que los árbitros interpretarán según cada caso concreto. Lone Pine afirma que su “**expectativa legítima** de un entorno comercial y jurídico estable, y de un **trato igual al reservado a otros inversores**” entrañaba, entre otras cosas, los compromisos pronunciados en reuniones con funcionarios del Gobierno (es decir, los comentarios de la empresa “**parecieron ser bien recibidos (...) y en aquella reunión se informó** a la Empresa y a Junex que **en el futuro gozarían de acceso** a los recursos que competían al Permiso Fluvial”.<sup>15</sup>

**“Las grandes empresas están intentando conseguir por la puerta de atrás – mediante acuerdos comerciales negociados en secreto – lo que no pudieron lograr con un proceso político abierto.”**

Joseph Stiglitz, premio Nobel de Economía<sup>16</sup>

El Gobierno canadiense cuestiona que Lone Pine tuviera derechos que pudieran considerarse inversiones, tal como mantiene la empresa, y defiende, por lo tanto, que no se produjo ninguna expropiación que afectara a la empresa a raíz de la moratoria sobre el fracking adoptada por Quebec. Según Canadá, era Junex, la empresa asociada de Lone Pine en esta sociedad conjunta, la titular del permiso de exploración que se revocó. Lone Pine arguye que, gracias a su acuerdo con Junex, gozaba también de los derechos de exploración y que, cuando se impuso la moratoria, la empresa ya había dedicado “un tiempo, unos recursos y un capital considerables a la exploración de gas de esquisto en las zonas (...) y un 100% de los intereses de Junex en el Área de Permiso Fluvial, que aún no se había obtenido, pero que se estaba tramitando”.<sup>17</sup> De modo que Lone Pine está usando una sociedad pantalla en los Estados Unidos para activar un caso ante un tribunal comercial internacional y exigir dinero de los contribuyentes canadienses en concepto de indemnización. Todo esto sin ser la titular directa de

**“Se ha producido un cambio en la forma de funcionar de los Gobiernos. Prestan mucha más atención a los intereses de los inversores extranjeros que a los intereses de otros actores del país. En algunos casos, cambia también la estructura institucional, de forma que los Gobiernos establecen un proceso de evaluación especial con el fin de determinar cómo afectarán las nuevas leyes y reglas a los inversores extranjeros, en especial a los estadounidenses.”**

Gus Van Harten, profesor de la Facultad de Derecho Osgoode Hall<sup>18</sup>

los derechos de inversión que se vieron afectados por la medida en cuestión.

La Comisión Europea asegura que su propuesta evitará que sociedades pantalla como la de Lone Pine en Delaware se beneficien de la protección de las inversiones. Sin embargo, no puede impedir que las empresas presenten casos de arbitraje contra sus propios Gobiernos de origen a través de filiales situadas en el territorio de otra Parte del acuerdo, siempre que estructuren sus inversiones para poder hacerlo. Lo único que deben demostrar es que están desarrollando “operaciones comerciales sustantivas”. Y lo que es más, la definición de inversión amparada por la UE incluye: “un interés derivado de: i) una concesión otorgada de conformidad con la legislación nacional o en virtud de un contrato, incluidas las que tienen por objeto la prospección, el cultivo, la extracción o la explotación de recursos naturales, ii) un contrato

llave en mano, de construcción, de producción o de ingresos compartidos, u iii) otros contratos afines” (sección 1, Definiciones, propuesta de la UE), parecido al que, según Lone Pine, quedaría amparado por la protección de la inversión en este caso a través de su asociación con una empresa canadiense.

## Notas

- 1 Lone Pine Resources Inc, “Notice of Arbitration under the Arbitration rules of the United Nations Commission on the International Trade Law and Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement”, 6 de septiembre de 2013, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1596.pdf>
- 2 Una empresa o sociedad pantalla, también llamada instrumental o fantasma, es aquella que fija su domicilio en un país con un régimen fiscal favorable con solo una dirección postal mientras desarrolla sus actividades comerciales en otros países con el objetivo de minimizar sus obligaciones tributarias.
- 3 Jarrod Hepburn, “In new pleading, Lone Pine questions “environmental” bona fides of decision to cancel fracking exploration permit, and offers a DCF valuation of its losses”, IA Reporter, 7 de mayo de 2015, <http://www.iareporter.com/articles/in-new-pleading-lone-pine-questions-environmental-bona-fides-of-decision-to-cancel-fracking-exploration-permit-and-offers-a-dcf-valuation-of-its-losses/>; Lone Pine Resources Inc, “Claimant’s memorial”, 10 de abril de 2015, <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/lone-04.pdf>
- 4 Para más información sobre los impactos negativos del fracking, véase: [http://www.foeeurope.org/sites/default/files/publications/fracking\\_frenzy\\_0.pdf](http://www.foeeurope.org/sites/default/files/publications/fracking_frenzy_0.pdf); [http://www.foeeurope.org/sites/default/files/publications/foee\\_shale\\_gas\\_unconventional\\_unwanted\\_0.pdf](http://www.foeeurope.org/sites/default/files/publications/foee_shale_gas_unconventional_unwanted_0.pdf); [http://www.foeeurope.org/sites/default/files/press\\_releases/foee\\_shale\\_gas\\_joint\\_position\\_240412\\_3.pdf](http://www.foeeurope.org/sites/default/files/press_releases/foee_shale_gas_joint_position_240412_3.pdf)
- 5 Leo Hickman, “Dr James Hansen: US is ‘screwing its children’ with fracking policy”, Carbon Brief, 2 de diciembre de 2015, <http://www.carbonbrief.org/dr-james-hansen-uk-is-screwing-its-children-with-fracking-policy>
- 6 En Europa se encuentran algunos casos recientes, como el de los Países Bajos (<http://www.foeeurope.org/Hit-road-frack-anti-shale-victories-100715>), Escocia (<http://www.foeeurope.org/fracking-moratorium-scotland-020215>), Gales (<http://www.walesonline.co.uk/news/wales-news/welsh-government-backs-calls-can-8582708>) e Irlanda del Norte (<http://drillordrop.com/2015/09/28/northern-ireland-planning-guide-says-no-to-fracking/>).
- 7 Lone Pine Resources Inc, “Notice of Arbitration under the Arbitration rules of the United Nations Commission on the International Trade Law and Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement”, 6 de septiembre de 2013, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1156.pdf> (p. 7)
- 8 Lone Pine Resources Inc, “Claimant’s memorial”, 10 de abril de 2015, <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/lone-04.pdf> (p. 130; 132; 142)
- 9 Ibid. (p. 5)
- 10 Comisión Europea (2015) “Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade in services, investment and e-commerce. Chapter II – Investment”, 12 de noviembre, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf) En adelante, las alusiones a la propuesta de la UE en materia de inversiones en el TTIP se refieren a este documento.
- 11 Ibid. (p.5)

- 12 Lone Pine Resources Inc, "Claimant's memorial", 10 de abril de 2015, <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/lone-04.pdf> (p. 91 y p. 126)
- 13 VPRO International, "Documentary: TTIP: Might is Right (VPRO Backlight)", 19 de octubre de 2015, <https://www.youtube.com/watch?v=jLOwmgkdA> - (45'14)
- 14 Lone Pine Resources Inc, "Notice of Arbitration under the Arbitration rules of the United Nations Commission on the International Trade Law and Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement", 6 de septiembre de 2013, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1156.pdf> (p. 16)
- 15 Lone Pine Resources Inc, "Notice of Arbitration under the Arbitration rules of the United Nations Commission on the International Trade Law and Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement", 6 de septiembre de 2013, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1596.pdf> (p. 14)
- 16 Joseph Stiglitz, "Developing countries are right to resist restrictive trade agreements", The Guardian, 8 de noviembre de 2013, <http://www.theguardian.com/business/2013/nov/08/trade-agreements-developing-countries-joseph-stiglitz>
- 17 Lone Pine Resources Inc, "Notice of Arbitration under the Arbitration rules of the United Nations Commission on the International Trade Law and Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement", 6 de septiembre de 2013, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1156.pdf> (p.10-11)
- 18 VPRO International, "Documentary: TTIP: Might is Right (VPRO Backlight)", 19 de octubre de 2015, <https://www.youtube.com/watch?v=jLOwmgkdA> - (46')

# ¿Podrían las grandes empresas de energía demandar a los Estados miembros de la UE por sus normas de protección ambiental? El caso de Vattenfall contra Alemania

## ¿De qué trata el caso?

En 2009, la multinacional sueca de energía Vattenfall interpuso una demanda de arbitraje contra el Gobierno alemán amparándose en el Tratado sobre la Carta de la Energía, un acuerdo multilateral firmado después de la Guerra Fría para integrar los sectores de la energía soviéticos y de Europa del Este en los mercados occidentales.<sup>1</sup> La controversia surge por un permiso de uso del agua que exigía el Departamento de Desarrollo Urbano de la ciudad de Hamburgo a la empresa Vattenfall para la construcción de una central eléctrica de carbón en el río Elba. La empresa alegó que las normas de protección ambiental requeridas para la concesión del permiso hacían inviable su inversión y exigió una indemnización de 1.400 millones de euros. El caso se resolvió con un acuerdo amistoso en 2011, después de que la ciudad de Hamburgo accediera a flexibilizar los requisitos ambientales.<sup>2</sup>

## ¿Por qué es un caso interesante?

**Este caso es especialmente interesante por tres razones:**

**1. Protección ambiental** – El caso ilustra cómo el ISDS puede menoscabar la aplicación de las leyes ambientales y obstaculizar una transición hacia la energía sostenible. Al introducir nuevos requisitos para el uso del agua, la ciudad de Hamburgo estaba aplicando la Directiva Marco para el Agua de la UE, que está concebida para mejorar la protección del medio ambiente, así como la salud y seguridad de las comunidades.

**2. Trato especial a los inversores extranjeros** – Este caso ilustra cómo los inversores extranjeros pueden utilizar sus derechos para demandar a los Gobiernos al margen de los sistemas jurídicos establecidos y, así, disuadirlos de imponer normas que afecten a sus ganancias. Vattenfall recurrió en un primer momento al Alto Tribunal Administrativo de Hamburgo (*Oberverwaltungsgericht*) en 2008 debido a la “demora indebida” en la tramitación del permiso.

Como la empresa no estaba satisfecha con las restricciones “extremadamente severas”<sup>3</sup> impuestas a los permisos, decidió interponer una demanda ISDS en la primavera de 2009. Varios funcionarios han admitido que la costosa demanda de arbitraje internacional de Vattenfall presionó al gobierno local y dio lugar a que el caso se resolviera por mutuo acuerdo en el Alto Tribunal Administrativo de Hamburgo (en agosto de 2010, mientras que la base del acuerdo de la demanda ISDS se alcanzó en la primavera de 2011). A raíz de este episodio, se rebajaron los requisitos para la concesión de los permisos de uso de agua, a expensas de la protección del medio ambiente y las comunidades de la zona.

**“Vattenfall no tenía ningún interés en conseguir una indemnización; Vattenfall quería deshacerse de las restricciones ambientales.”**

Markus Krajewski, profesor de Derecho Público e Internacional<sup>4</sup>

**3. Conflictos entre la legislación europea y los derechos de los inversores** – Irónicamente, la Comisión Europea está ahora demandando al Gobierno alemán por no cumplir los requisitos de la Directiva sobre Hábitats de la UE, como resultado de la demanda de arbitraje presentada por Vattenfall y del acuerdo extrajudicial. Esto no solo pone de manifiesto la amenaza que representan estos casos

para las regulaciones ambientales ambiciosas, sino también cómo la legislación nacional y europea para proteger el medio ambiente puede entrar en conflicto con los acuerdos de comercio e inversión que permiten a los inversores acabar con las normas de conservación del medio ambiente.<sup>5</sup>

**“Para la política ambiental esto supone un retroceso a la Edad de Piedra.”**

Volker Dumann, portavoz de la Agencia de Protección Ambiental de Hamburgo, sobre la demanda de Vattenfall<sup>6</sup>

## ¿Podría Vattenfall presentar una demanda parecida en el marco de la propuesta de ICS de la UE?

**La respuesta, en pocas palabras, es “sí”.**

Según Vattenfall, “las actuaciones y las omisiones del Estado Federal de Hamburgo en relación con el proceso de autorización de la central eléctrica de Moorburg constituyen, por separado y en conjunto”<sup>7</sup> una violación a la obligación de Alemania de proporcionar un trato justo y equitativo a los inversores en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía.

### **Vattenfall identificó cuatro motivos por los que, según la empresa, Alemania había incumplido la norma del trato justo y equitativo:**

1. Para empezar, cuestionó que los cambios normativos respondieran a una razón de interés público, arguyendo que se trató de “una demora de unos 9 meses en el procedimiento administrativo para la autorización de la central de energía de Moorburg debida a motivos políticos”.<sup>8</sup> La compañía ha evitado referirse a las obligaciones de Hamburgo para cumplir con la legislación de la UE, alegando en cambio que las medidas tenían una motivación política, ya que el nuevo gobierno de la ciudad se oponía al proyecto.<sup>9</sup>
2. Las restricciones impuestas por el permiso de uso del agua eran “incompatibles con los acuerdos alcanzados previamente entre Hamburgo y el Grupo Vattenfall”.<sup>10</sup> En 2007, el gobierno de Hamburgo había emitido un permiso preliminar como parte del Acuerdo de Moorburg, que incluía una serie de restricciones sobre la cantidad de agua de refrigeración que se podía extraer del río. Con el fin de cumplir los requisitos de la legislación europea, el gobierno endureció las restricciones con miras al nuevo permiso que se debía emitir en 2008.
3. El hecho de que “se elaboraran severas restricciones con respecto al permiso de uso del agua (...) en apenas unos días, y solo tres días laborables antes de que se emitieran los permisos, contrariamente a todas las declaraciones anteriores y sin conceder al Grupo Vattenfall una audiencia imparcial”.
4. Y, por último, que “la ampliación del período de control de los bancos de peces, de un año a dos años (...) fue una medida irrazonable y que respondía a consideraciones políticas”.<sup>11</sup>

La propuesta de la UE sobre la protección de las inversiones permitiría a la compañía esgrimir exactamente los mismos argumentos, ya que la definición de lo que representa una vulneración del trato justo y equitativo incluye conceptos tan vagos como la “contravención fundamental del debido proceso” y la “arbitrariedad manifiesta” (sección 2, artículo 3.2, propuesta de la UE).<sup>12</sup>

Por otro lado, Vattenfall sostenía que “los efectos combinados de la demora del procedimiento administrativo y las restricciones impuestas sobre el uso del agua de refrigeración que imponen los permisos de uso del agua equivalen a una expropiación indirecta” de su inversión, ya que su valor y la capacidad de obtener beneficios basados en la inversión en el futuro se habían visto gravemente afectados. Vattenfall afirmaba que, para cumplir los criterios de uso del agua, la central eléctrica “se debería cerrar durante días o semanas en el período estival”<sup>13</sup> y solo podría “funcionar (...) con una reducción sustancial de su capacidad”.<sup>14</sup>

Según Vattenfall, esta situación generó “una disminución muy significativa del valor de la central”,<sup>15</sup> dejándola sin otra opción que suspender el trabajo de los contratistas, aplazar el inicio de la actividad debido a la extensión de la fase de control<sup>16</sup> y no poder sustituir la central de Hamburg/Wedel en el plazo previsto. Todo ello tuvo “el efecto combinado (...) de destruir el valor económico de la central”.<sup>17</sup>

Con la propuesta de la UE, empresas como Vattenfall podrían impugnar fácilmente medidas parecidas a las adoptadas por las autoridades de Hamburgo, que podría decirse que tienen “un **efecto equivalente a (...) una expropiación**” (sección 2, artículo 3.4, propuesta de la UE). Según el texto de la UE, los Gobiernos deberán proporcionar argumentos que demuestren que las medidas adoptadas responden a políticas de interés público y que no son “manifiestamente excesivas” y protegen “objetivos normativos legítimos”, como quizá arguya el inversor (Anexo 1.3, propuesta de la UE).

La propuesta de la UE también prevé que se protejan las “expectativas legítimas” de los inversores, derivadas de una “representación particular” (sección 2, artículo 3.4, propuesta de la UE). Varios elementos de la demanda de Vattenfall apuntan a que, supuestamente, las expectativas legítimas de la empresa se vieron frustradas. Por ejemplo, Vattenfall sostiene que “en el momento de solicitar los permisos, Vattenfall (...) tenía motivos para esperar que se emitiera el permiso correspondiente”.<sup>18</sup> Vattenfall también arguye que las restricciones “extremadamente severas” con respecto al permiso de uso del agua “se desvían (...) de lo que podría esperar el Grupo Vattenfall”. Según su demanda, Vattenfall basaba sus expectativas en “acuerdos alcanzados previamente” con la administración (por ejemplo, el Acuerdo de Moorburg), el permiso preliminar y las “garantías recibidas de los representantes de la ciudad de Hamburgo”.<sup>19</sup> La compañía también apuntaba a la correspondencia mantenida con el antiguo alcalde, que indicaba que la central eléctrica obtendría la autorización necesaria.

### “Este es un mal día para el clima y el medio ambiente.”

Manfred Braasch, Amigos de la Tierra/BUND Hamburg<sup>20</sup>

Mientras que cualquier otro inversor del país en una situación parecida no habría tenido otra posibilidad que recurrir a los tribunales alemanes para solicitar reparaciones, Vattenfall utilizó el mecanismo ISDS para interponer una demanda de arbitraje internacional

y desafió al Gobierno alemán en ambos frentes. La empresa llevó la cuestión de la demora en los permisos al Alto Tribunal Administrativo de Hamburgo y, después, aprovechó el ISDS para reclamar una indemnización por pérdidas y daños.

Una empresa como Vattenfall podría emprender acciones similares en el contexto de la propuesta de la Comisión, ya que a los inversores extranjeros no se les exige que agoten los recursos internos antes de iniciar el arbitraje. Lo que sí se les pide es que no sigan dos vías, la nacional y la internacional, de forma simultánea, pero sí se les permite elegir la opción que prefieran.

No podemos saber cómo se resolvería una posible demanda como la de Vattenfall en contra de la UE o de un Estado miembro de la UE en el futuro, pero está claro que los derechos de los inversores propuestos por la Comisión Europea no impedirían que esa demanda se presentara. Es evidente que

la compañía ha encontrado una herramienta eficaz para desafiar a los políticos alemanes, ya que, en 2012, interpuso otra demanda de arbitraje contra Alemania ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con sede en el Banco Mundial, en Washington, DC, a raíz de que Berlín decidiera eliminar gradualmente la energía nuclear.<sup>21</sup>

## Notas

- 1 El Tratado sobre la Carta de la Energía y Documentos Relacionados: <http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>
- 2 Para un análisis exhaustivo del caso, véase: Nathalie Bernasconi, "Background paper on Vattenfall v. Germany arbitration", International Institute for Sustainable Development, [http://www.iisd.org/pdf/2009/background\\_vattenfall\\_vs\\_germany.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2009/background_vattenfall_vs_germany.pdf)
- 3 Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG and Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG, Request for Arbitration, 30 de marzo de 2009, capítulo 2 (36.), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0889.pdf>
- 4 Das Erste, "Konzerne klagen, wir zahlen: Wie Schiedsgerichte den Rechtsstaat aushebeln", 19 de octubre de 2015; versión con subtítulos en inglés y español: <https://www.youtube.com/watch?v=YV2NZ9MQh0w>
- 5 Comisión Europea, "Environment: Commission refers Germany to Court over coal power plant in Moorburg", Comunicado de prensa, 26 de marzo de 2015, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-4669\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4669_en.htm)
- 6 Sebastian Knauer, "Vattenfall vs. Deutschland: Machtkampf um Moorburg", Spiegel online, 11 de julio de 2009, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/vattenfall-vs-deutschland-machtkampf-um-moorburg-a-635520-2.html>. Original „Für die Umweltpolitik ist das ein Rückfall in die Steinzeit" (traducción: Nelly Grotefendt)
- 7 Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG and Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG, Request for Arbitration, 30 de marzo de 2009, capítulo 3 (54.), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0889.pdf>
- 8 Ibid., capítulo 3 (i)
- 9 Preuß, Olaf. "Das Paradox von Moorburg", Die Welt, 7 de diciembre de 2014, p. 5, <http://www.welt.de/print/wams/hamburg/article135098349/Das-Paradox-von-Moorburg.html>
- 10 Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG and Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG, Request for Arbitration, 30 de marzo de 2009, capítulo 3 (ii), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0889.pdf>
- 11 Ibid., capítulo 3 (i - iv).
- 12 Comisión Europea, "Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade in services, investment and e-commerce. Chapter II – Investment", 12 de noviembre de 2015, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf) Las alusiones a "la propuesta de la UE" o "la propuesta de la UE para la protección de las inversiones en el TTIP" en este informe se refieren a las disposiciones incluidas en este documento.
- 13 Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG and Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG, Request for Arbitration, 30 de marzo de 2009, capítulo 2 (37.), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0889.pdf>
- 14 Ibid., capítulo 2 (40.)
- 15 Ibid., capítulo 2 (43.)
- 16 Ibid, capítulo 2 (39.)
- 17 Ibid, capítulo 2 (45.)
- 18 Ibid, capítulo 2 (16.)
- 19 Ibid., capítulo 2 (26.)
- 20 Karin Istel, "Ein schwarzer Tag für die Umwelt": Kohlekraftwerk Moorburg jetzt offiziell in Betrieb genommen –Umweltschützer empört", Elbe Wochenblatt, 3 de marzo de 2015, <http://www.elbe-wochenblatt.de/neugraben/lokales/ein-schwarzer-tag-fuer-die-umwelt-d34073.html> , Original "Das ist ein rabenschwarzer Tag für den Klimaschutz und die Umwelt" (traducción: Nelly Grotefendt)
- 21 Vattenfall AB u.a. v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/09/6.: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/09/6>

# ¿Podrían las empresas mineras demandar a los Estados miembros de la UE por sus evaluaciones de impacto ambiental? El caso de Bilcon contra Canadá

## ¿De qué trata el caso?

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.<sup>1</sup>

**“Si puedes conseguir 300 millones de dólares y no tienes que construir la cantera, sería idiota construirla. De todas formas, lo más seguro es que tampoco obtuvieras tanto dinero con ella.”**

Kemp Stanton, pescador que luchó contra el proyecto de cantera de Bilcon por su impacto en los medios de vida locales<sup>2</sup>

## ¿Por qué es un caso interesante?

**Este caso es interesante por tres motivos:**

- 1. Protección ambiental** – El caso demuestra que no es cierto que los acuerdos de inversión no comprometan la normativa ambiental, tal como asegura la Comisión. Confirma las preocupaciones que plantean el público y los críticos de la solución de controversias inversor-Estado de que los inversores extranjeros puedan utilizar los tratados de comercio e inversión para atacar la regulación ambiental, y que puedan ganar.
- 2. Peligrosa ‘disuasión reguladora’** – El fallo del caso Bilcon también socava la eficacia de los procesos de evaluación de impacto ambiental, que es una herramienta esencial para proteger el medio ambiente. Según uno de los tres árbitros del tribunal del TLCAN que resolvió el caso Bilcon, pero que quedó en minoría, la decisión del resto del panel constituyó “una injerencia significativa en la jurisdicción nacional” que “entibiará el funcionamiento de los grupos de evaluación ambiental”.<sup>3</sup>
- 3. Privilegios de los inversores a expensas del interés público** – El fallo revela graves problemas con la norma del trato justo y equitativo, presente en la mayoría de los tratados de inversión, que otorga a los árbitros demasiado poder para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las acciones de un Gobierno.<sup>4</sup>

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

### Sin duda.

Bilcon arguyó, con éxito, que la realización de la evaluación ambiental por parte de Canadá, además de otras medidas gubernamentales de ámbito provincial y federal, suponían una discriminación contra la empresa y vulneraban las normas relativas al nivel mínimo de trato del TLCAN. Los derechos de los inversores extranjeros propuestos por la UE permitirían que se presentaran esos mismos argumentos, así como una resolución igualmente favorable a los inversores por parte de los árbitros.

Las protecciones del nivel mínimo de trato del TLCAN serían más o menos equivalentes a la propuesta de un trato justo y equitativo de los inversores extranjeros en la propuesta de la UE. La propuesta de la UE especifica: “Una Parte incumple la obligación de otorgar un trato justo y equitativo (...) una medida o serie de medidas constituye una ‘contravención fundamental del debido proceso’ o una ‘arbitrariedad manifiesta’” (sección 2, artículo 3, propuesta de la UE).<sup>5</sup>

El tribunal del caso Bilcon dictaminó que la realización de la evaluación ambiental fue “arbitraria” y “sumamente injusta”, y que supuso “un fracaso manifiesto de la justicia natural”.<sup>6</sup> Es poco probable que el hecho de que al término “arbitrariedad” se le añada después “manifiesta” en la propuesta de la UE resultara determinante en la decisión de un tribunal.

**“Antes solo contábamos con ‘justo y equitativo’ y teníamos que argüir qué significaba. Y ahora tenemos esta fantástica lista. Me encanta cuando intentan explicar las cosas.”**

Todd Weiler, abogado y árbitro especializado en inversiones, comentando la propuesta de la UE relativa a inversiones en el TTIP<sup>7</sup>

La propuesta de la UE también establece explícitamente que “un tribunal puede tratar de determinar si una Parte ha realizado una representación particular ante un inversor con el fin de generar una inversión amparada, la cual habría creado una expectativa legítima, y en la que el inversor habría basado su decisión de efectuar o mantener la inversión amparada antes de verse frustrada por la Parte en cuestión” (sección 2, artículo 3.4, propuesta de la UE). Esta formulación abre las puertas a unos fallos parecidos al del caso Bilcon.

De hecho, al validar el criterio de las “expectativas legítimas” de un inversor (algo que no prevé el TLCAN), la propuesta de la UE podría facilitar que demandantes como Bilcon ganaran casos de este tipo. El tribunal del caso Bilcon determinó que funcionarios del gobierno provincial habían alentado a la empresa a seguir con el proyecto de cantera y que, posteriormente, este no se aprobó “de forma arbitraria” por recomendación del grupo de evaluación ambiental federal y provincial. El tribunal sostuvo que este trato frustró las “expectativas legítimas” del inversor.

La mayoría del tribunal consideró las acciones de Canadá “en su conjunto”, señalando que era “injusto” que las autoridades provinciales encargadas del desarrollo económico fomentaran el proyecto y, después, “otros funcionarios determinaran que la zona no era apta para este tipo de iniciativa”.<sup>8</sup> Esta posición aniquila la integridad de todo proceso de evaluación ambiental, que se supone que es de carácter independiente y está libre de influencias. El miembro del tribunal que discrepó de la decisión la tildó de “un notable paso atrás” para la protección del medio ambiente.<sup>9</sup>

El tribunal del caso Bilcon también dictaminó que el Gobierno federal y el de Nueva Escocia habían incumplido la norma relativa al trato nacional (es decir, de no discriminación) del TLCAN. El tribunal examinó varios ejemplos de lo que consideró que eran proyectos comparables que involucraban a inversores canadienses en canteras o plataformas marinas que o bien no habían sido objeto de una evaluación ambiental completa, habían sido aprobados con medidas de mitigación, o se habían aprobado directamente. Dos de los árbitros se mostraron convencidos de que Bilcon había sido tratada de manera menos favorable, en contravención de la norma del trato nacional. En la misma línea, la propuesta de la UE garantiza “a los inversores de la otra Parte (...) un trato no menos favorable que el que le otorgue, en situaciones similares, a sus propios inversores” (trato nacional, sección 1, artículo 2-3, propuesta de la UE) y a los inversores de una tercera parte (trato de nación más favorecida, sección 1, artículo 2-4, propuesta de la UE), creando el potencial para que se produzca una situación parecida.

La tarea de decidir si los artífices de proyectos que no guardaban ninguna relación entre sí fueron tratados de mejor o peor forma es inherentemente subjetiva. El fallo Bilcon demuestra que el ISDS permite que árbitros particulares obliguen a los Gobiernos a cumplir unas normas de coherencia imposibles en las que cualquier diferencia de trato puede equipararse, a discreción del árbitro, a una discriminación por motivos de nacionalidad. Este tipo de presunciones paralizan toda regulación democrática, algo que la propuesta de la UE no hace nada por desalentar.<sup>10</sup>

Bilcon no apeló ninguna decisión relacionada con el proyecto a través de los tribunales canadienses, a pesar de que podía solicitar que un tribunal federal revisara la recomendación del grupo encargado de la evaluación ambiental. Del mismo modo, la propuesta de la UE no incluye ningún elemento que exija que el inversor agote primero los recursos internos. Los demandantes aún podrán eludir los tribunales nacionales y optar por el arbitraje inversor-Estado.

El tribunal del TLCAN, presidido por un jurista alemán que carecía de formación sobre el sistema jurídico canadiense, decidió que el grupo de evaluación ambiental había quebrantado la ley de Canadá.<sup>11</sup> La mayoría del tribunal consideró que el fundamento de los “valores centrales de la comunidad”, que articuló como el motivo principal por el que el grupo había recomendado la no aprobación del proyecto, estaba más allá de las competencias del grupo. También condenó que el grupo ambiental recomendara que el proyecto se prohibiera por completo, sin sugerir cambios que pudieran haber mitigado sus impactos negativos y permitido que Bilcon siguiera adelante.<sup>12</sup>

**El tribunal “carecía, con la excepción del miembro discrepante, de los conocimientos básicos del contexto jurídico en el que se tomaron las decisiones sobre las que se debía pronunciar.”**

Meinhard Doelle, profesor de Derecho Ambiental, Universidad de Dalhousie<sup>13</sup>

Tanto el capítulo sobre inversiones del TLCAN como la propuesta sobre derechos de los inversores de la UE otorgan a los árbitros el poder de usurpar el papel de los tribunales nacionales. Sin embargo, como subrayó el miembro discrepante del tribunal, incluso aunque la legislación federal de evaluación ambiental no se hubiera seguido al pie de la letra (lo cual no se demostró), el hecho nunca se debería haber considerado una vulneración de la cláusula del nivel mínimo de trato del TLCAN en virtud del derecho internacional consuetudinario. Según los tres Gobiernos que forman parte del TLCAN, estas

normas deberían interpretarse con cautela y utilizarse únicamente en casos que entrañen una conducta extrema por parte del Estado.<sup>14</sup> La propuesta de la UE no impediría que se volviera a producir una burla similar de la justicia.

**“Al tratar esta posible vulneración de la ley canadiense como si fuera una vulneración de la obligación [de la nación más favorecida], la mayoría ha introducido, en efecto, la posibilidad de obtener una indemnización por lo que es un incumplimiento de la ley canadiense, en casos en los que la propia ley canadiense no contempla que se pueda interponer una demanda por daños.”**

Profesor Donald McRae, miembro discrepante del tribunal arbitral del caso Bilcon<sup>15</sup>

## Notas

- 1 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. “Bilcon seeks US\$300m after win in quarry dispute”, Halifax Chronicle-Herald, 20 de marzo de 2015, <http://thechronicleherald.ca/novascotia/1275735-bilcon-seeks-us300m-after-win-in-quarry-dispute>
- 2 Citado en: Das Erste, “Konzerne klagen, wir zahlen: Wie Schiedsgerichte den Rechtsstaat aushebeln”, 19 de octubre de 2015; versión con subtítulos en inglés y español: <https://www.youtube.com/watch?v=YV2NZ9MQh0w>
- 3 Clayton/Bilcon v. Government of Canada. “Dissenting Opinion of Professor Donald McRae”, 10 de marzo de 2015, <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/clayton-13.pdf>
- 4 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) (2012) “Fair and equitable treatment: a sequel”, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Nueva York y Ginebra, 2012 (p. 30)
- 5 Comisión Europea, “Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade in services, investment and e-commerce. Chapter II – Investment”, 12 de noviembre, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf)
- 6 Las alusiones a “la propuesta de la UE” o “la propuesta de la UE para la protección de las inversiones en el TTIP” en este informe se refieren a las disposiciones incluidas en este documento.  
  
“El Tribunal considera que la realización del examen conjunto fue arbitraria. El JRP creó, en efecto y sin autoridad legal ni con el debido aviso a Bilcon, una nueva norma de evaluación en lugar de ejecutar plenamente el mandato definido por la legislación aplicable.” Clayton/Bilcon v. Government of Canada. “Award on Jurisdiction and Liability”, 17 de marzo de 2015, párr. 591
- 7  
  
Todd Weiler, comentarios en: “The Investor-State Dispute Settlement Mechanism: An Examination of Benefits and Costs”, CATO Institute, 20 de mayo de 2014, <http://www.cato.org/events/investor-state-dispute-settlement-mechanism-examination-benefits-costs>
- 9 Clayton/Bilcon v. Government of Canada. “Award on Jurisdiction and Liability”, 17 de marzo de 2015, párr. 592
- 10 Clayton/Bilcon v. Government of Canada, Dissenting Opinion of Professor Donald McRae, 10 de marzo de 2015, <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/clayton-13.pdf>
- 11 El texto que se ha propuesto para la disposición sobre el trato nacional en el TTIP es muy parecido al del TLCAN.
- 12 El tribunal no estaba calificado para decidir si se había quebrantado o no la ley canadiense. Según Meinhard Doelle, profesor de Derecho Ambiental de la Universidad de Dalhousie, la mayoría interpretó la legislación canadiense de forma errónea. Doelle, que cuenta con una larga experiencia con grupos de evaluación federales, observó que el tribunal “carecía, con la excepción del miembro discrepante, de los conocimientos básicos del contexto jurídico en el que se tomaron las decisiones sobre las que se debía pronunciar”. Meinhard Doelle, “Clayton Whites Point NAFTA Challenge Troubling”, 25 de marzo de 2015, <https://blogs.dal.ca/melaw/2015/03/25/clayton-whites-point-nafta-challenge-troubling>
- 13 Como señaló el miembro discrepante: “Al tratar esta posible vulneración de la ley canadiense como si fuera una vulneración de la obligación [de la nación más favorecida] la mayoría ha introducido, en efecto, la posibilidad de obtener una indemnización por lo que es un incumplimiento de la ley canadiense, en casos en los que la propia ley canadiense no contempla que se pueda interponer una demanda por daños”. Clayton/Bilcon v. Government of Canada, Dissenting Opinion of Professor Donald McRae, 10 de marzo de 2015, párr. 43
- 14 Meinhard Doelle, “Clayton Whites Point NAFTA Challenge Troubling”, 25 de marzo de 2015, <https://blogs.dal.ca/melaw/2015/03/25/clayton-whites-point-nafta-challenge-troubling>
- 15 Véase Permanent Court of Arbitration. Mesa Power Group LLC (USA) v. Government of Canada. “Second Submission of Mexico as a Non-Disputing Party” y “Second Submission of the United States of America as a Non-Disputing Party”, 12 de junio de 2015, <http://www.pccases.com/web/view/51>  
Clayton/Bilcon v. Government of Canada, Dissenting Opinion of Professor Donald McRae, 10 de marzo de 2015, párr. 43

# Los derechos que la UE propone para los inversores no superan la prueba de la democracia

Con el pretexto reformar el ISDS en acuerdos comerciales como el TTIP, el acuerdo comercial entre la UE y Canadá (CETA) y el tratado de libre comercio entre la UE y Vietnam, la Comisión Europea tiene previsto ampliar de forma considerable el alcance de este mecanismo.<sup>1</sup>

La propuesta de la UE para la protección de los inversores y el Sistema de Tribunales de Inversiones (ICS) no preserva el derecho a legislar y, por lo tanto, no respeta la demanda ciudadana de que las políticas públicas no puedan ser blanco del ataque de los inversores. No evitará que las empresas impugnen normativas o decisiones adoptadas por el Gobierno para defender la salud pública y el medio ambiente y promulgadas en pro del interés público cuando estas interfieran con sus ganancias previstas. Y tampoco impedirán que los árbitros fallen a favor de los inversores.

**“Hay tanto dinero que perseguir en un país desarrollado ( ) Los presupuestos son mucho más altos, así que por diversos factores, cabe esperar más demandas.”**

Gus Van Harten, profesor de la Facultad de Derecho Osgoode Hall<sup>2</sup>

Esto contradice claramente lo que afirma la Comisión Europea, que asegura que la propuesta preservará el margen de maniobra de los Gobiernos para legislar a favor del interés público.

El análisis de estos cinco casos demuestra que, en realidad, los derechos excesivos de los que gozan los inversores se mantienen e incluso se refuerzan.

Más en concreto, nuestro análisis identifica cinco maneras en las que la propuesta sobre inversiones de la Comisión permite a los inversores atacar las leyes o normas concebidas para proteger la salud pública y el medio ambiente y que, por lo tanto, no satisface las demandas democráticas de la ciudadanía europea:

## 1. La norma del “trato justo y equitativo” es un cheque en blanco

En la propuesta del Sistema de Tribunales de Inversiones de la UE se mantiene la norma del “trato justo y equitativo” con respecto a las inversiones. Esta es la norma de protección de las inversiones que se utiliza con mayor frecuencia y que se interpreta de forma más amplia,<sup>3</sup> y un examen detallado del artículo 3 de la propuesta de la UE revela que otorga a los inversores un cheque en blanco para alegar que la norma se ha quebrantado en caso de que el Gobierno adopte medidas legítimas en pro del interés público.

Por ejemplo, los inversores pueden argüir que la norma se ha vulnerado si una medida se considera “arbitraria”, como sucedió con la demanda de arbitraje de TransCanada porque los Estados Unidos no aprobaron el proyecto de oleoducto Keystone XL. TransCanada sostiene que la decisión se basó en “criterios arbitrarios” y que “respondía a consideraciones políticas”. Philip Morris tildó las medidas antitabaco de Uruguay de “excesivas”, “irrazonables” y “arbitrarias”, y niega que tengan relación alguna con la política de salud pública del país.

Lone Pine afirma que la moratoria sobre el fracking que adoptó la provincia canadiense de Quebec fue resultado de acciones “arbitrarias, singulares, injustas y no equitativas”. Igualmente, el gigante de la energía Vattenfall ha argumentado que los requisitos exigidos por el Gobierno alemán para conceder

un nuevo permiso para el uso del agua con el que mejorar la protección del medio ambiente y la salud y la seguridad de las comunidades “fue una medida irrazonable y que respondía a consideraciones políticas”. Por último, está el fallo del tribunal en el caso Bilcon. El Gobierno había descartado unos planes para construir una gran cantera y una plataforma marítima en un área costera ecológicamente vulnerable debido al impacto ambiental negativo del proyecto, pero el tribunal determinó que la realización de la evaluación ambiental fue “arbitraria”, “sumamente injusta” y supuso “un fracaso manifiesto de la justicia natural”.

## **2. Las expectativas “legítimas” de los inversores son ahora un derecho empresarial**

La Comisión Europea ha ampliado el concepto de trato justo y equitativo al permitir explícitamente que los tribunales tengan en cuenta la noción de “expectativas legítimas” de los inversores. Esto otorga a los inversores una herramienta aún más poderosa para luchar contra normas más estrictas, puesto que siempre pueden alegar que se han socavado sus “expectativas legítimas” (artículo 3.4, propuesta de la UE) cuando deseen justificar que se ha vulnerado la cláusula del trato justo y equitativo. Esto abre una caja de Pandora de posibles demandas, que los árbitros podrán interpretar como mejor les parezca. La única limitación es que el Estado debe haber efectuado “una representación particular” ante el inversor.

En los cinco casos analizados, los inversores afirman que se contravinieron sus expectativas legítimas. Y la mayoría presentan demandas que podrían interpretarse como “una representación particular” por parte de las autoridades pertinentes para promover la inversión.

TransCanada sostiene que “no se cumplió” su “expectativa razonable” de que los Estados Unidos tramitaran su solicitud “de forma justa y coherente con su actuación en el pasado”, y que el Gobierno le había dado a entender que el proyecto de oleoducto se aprobaría. Philip Morris afirma que “las medidas [adoptadas por Uruguay] frustran una de las expectativas más fundamentales que pueda tener cualquier inversor, y es que un Estado receptor cumpla su propia ley y respete la propiedad privada”. PMI también asegura que el Gobierno “impulsó” que la empresa “expanda[n] sus operaciones”. Lone Pine se lamentó de que Canadá quebrantara su “expectativa legítima de un entorno comercial y jurídico estable”. Vattenfall alegó que las restricciones “extremadamente severas” con respecto al permiso de uso del agua “se desvían (...) de lo que podría esperar el Grupo Vattenfall”. Finalmente, un tribunal resolvió que Canadá había frustrado las “expectativas legítimas” de Bilcon, ya que unos funcionarios del gobierno provincial habían animado a la empresa a mantener el proyecto de cantera.

Por lo tanto, no es de extrañar que los abogados que están animando constantemente a los inversores a que demanden a los países ante los tribunales de arbitraje internacional hayan elogiado el hecho de que la nueva propuesta de la UE enumere explícitamente nuevos derechos en virtud de conceptos como el trato justo y equitativo.<sup>4</sup>

## **3. No se limita la definición de ‘expropiación indirecta’**

La Comisión Europea ha reconocido que “la expropiación indirecta ha sido motivo de preocupación en ciertos casos en los que las medidas normativas adoptadas con fines legítimos han sido objeto de demandas de inversores que exigían una indemnización, con el argumento de que tales medidas equivalían a una expropiación por su significativo impacto negativo sobre la inversión”. Y, sin embargo, la propuesta del ICS incluye importantes lagunas para que los inversores puedan seguir sosteniendo que las medidas adoptadas para proteger la salud pública, la seguridad o el medio ambiente tienen un efecto equivalente a una expropiación (Anexo 1, punto 3).

En primer lugar, solo quedan excluidas las medidas que se apliquen para proteger objetivos normativos “legítimos”. Las medidas que sean legítimas, pero que puedan parecer “manifiestamente excesiva[s]” también podrían considerarse una expropiación indirecta. ¿Y quién determinará si la medida es legítima y si es excesiva? En los casos analizados, los inversores sostienen que las medidas del Gobierno no eran legítimas y que, en algunos casos, fueron también excesivas. TransCanada insiste en que la decisión del Gobierno de los Estados Unidos con respecto a su proyecto de oleoducto no perseguía un objetivo legítimo de política pública. Philip Morris International argumentó que las restricciones impuestas “no guardan ninguna relación racional con la política de salud pública del Gobierno”. Lone Pine acusó a Canadá de una conducta “arbitraria” y “caprichosa”, cuestionando los motivos que impulsaron a la actuación de las autoridades, ya que no había demostrado que el fracking fuera perjudicial. En la misma línea, Vattenfall también cuestionó la dimensión de interés público de una serie de cambios normativos en el permiso de uso del agua. Con la propuesta de la UE, los Gobiernos deberán defender las medidas promulgadas en el interés público y proporcionar pruebas de que son “manifiestamente excesiva[s]” y protegen “objetivos normativos legítimos”, como quizá aleguen los inversores. La interpretación de estos calificadores corresponderá a unos árbitros con afán de lucro.

#### **4. El artículo sobre “el derecho a legislar” es una cortina de humo**

La inclusión de un artículo sobre el derecho a legislar es engañosa y da una falsa sensación de seguridad, ya que los Gobiernos deberán demostrar que las normas introducidas eran “necesarias” para alcanzar objetivos “legítimos”. Las definiciones de “necesario” y “legítimo” están abiertas a la interpretación.<sup>5</sup>

De hecho, la propuesta de la Comisión no incluye ningún elemento que impida a los inversores exigir una indemnización a los Gobiernos, incluso cuando las medidas en cuestión eran necesarias y legítimas. Esto crea un riesgo de lo que se conoce como ‘disuasión reguladora’. Si la Comisión quería preservar el derecho a legislar, habría especificado que los Gobiernos tienen la facultad de determinar lo que es de interés público, que las medidas de esta índole no constituirían una vulneración de los derechos de los inversores, y que ningún fundamento del acuerdo podría interpretarse de manera que el Gobierno debiera indemnizar al inversor. 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. Y añadió que esta era “una importante distinción jurídica”.<sup>6</sup>

Y, en efecto, la propuesta solo establece que los derechos de los inversores “no afectarán” el derecho a legislar. Esta es una formulación mucho menos precisa y, por lo tanto, no representa una protección eficaz para garantizar la flexibilidad normativa. Los tribunales de inversión podrían muy bien determinar que el derecho a legislar, técnicamente, no se ve afectado por que se adjudique una indemnización, aunque esta ascienda a miles de millones de dólares.

Los cinco casos analizados muestran la facilidad con la que los inversores pueden argumentar que las medidas adoptadas por el Gobierno no eran necesarias. TransCanada cuestionó la “necesidad” de cancelar el proyecto Keystone XL como una medida contra el cambio climático. PMI afirma que las acciones de Uruguay no eran “necesarias” porque “se podría haber alcanzado el mismo objetivo en materia de políticas con una medida más restringida y adaptada de forma más adecuada” como, por ejemplo, con advertencias sanitarias más pequeñas o menos impactantes. Lone Pine sostiene que las autoridades podrían haber recurrido a otras medidas con efectos menos perjudiciales para la empresa. Los inversores aún tienen derecho a una indemnización por la pérdida de ganancias (futuras)

La propuesta de la Comisión carece de elementos que impidan a los inversores reclamar, y recibir, una indemnización de los Gobiernos por la pérdida de las ganancias previstas (en el futuro), aun cuando los Gobiernos puedan demostrar que las medidas adoptadas eran necesarias y legítimas. De hecho, la propuesta de la UE solamente impide que los inversores puedan interponer demandas sobre cuestiones relacionadas específicamente con ayudas estatales, por lo que está claro que sigue siendo posible emprender acciones sobre otros ámbitos. Si existiera una verdadera intención de proteger el derecho a legislar en favor del interés público, el texto se habría redactado con más claridad.

Con el ISDS, TransCanada está exigiendo a los Estados Unidos 15.000 millones de dólares en concepto de daños y perjuicios. Y Philip Morris ha pedido que Uruguay pague “una indemnización por la pérdida de ingresos y beneficios”. Estos casos ilustran los posibles costes para los contribuyentes que podrían derivarse de las demandas interpuestas en el marco del ICS. Según la actual propuesta de la UE, no solo se podrían saquear las arcas públicas, sino que también se mantiene el riesgo de que los Gobiernos teman adoptar acciones normativas como resultado (un efecto conocido como ‘disuasión reguladora’).

Las disposiciones, que según la Comisión Europea, protegen el derecho a legislar, no preservan las medidas de interés público frente a las demandas. No hay duda de que, con el nuevo modelo sobre inversiones de la UE consagrado en el CETA y el TLC entre la UE y Vietnam TLC y propuesto para el TTIP, los Gobiernos que promulguen normas ambiciosas para proteger el medio ambiente, luchar contra el cambio climático o proteger a los ciudadanos de los efectos nocivos de sustancias tóxicas se encontrarán en la primera línea de las demandas corporativas. La inclusión del arbitraje en el TTIP (aunque sea con el nombre de “Sistema de Tribunales de Inversiones”), el CETA y otros acuerdos de libre comercio confinará a los Estados miembros al acuerdo, sin la opción de retirarse de él. Esto no sucede en el resto de acuerdos comerciales bilaterales existentes, de los que los Estados se pueden retirar de manera unilateral. Un Gobierno que no estuviera de acuerdo con las disposiciones del acuerdo debería salir de la UE para liberarse de estos capítulos sobre inversión.

La solución de controversias entre inversores y Estados —se llame como se llame— es un mecanismo no democrático, peligroso, injusto y unilateral. No debemos caer en la trampa que nos tiende la propuesta de la Comisión Europea. El camino hacia una reforma real empieza con la eliminación, de una vez por todas, del ISDS en el TTIP y en todos los demás acuerdos comerciales de la UE.

## Notas

- 1 Por ejemplo, en el caso del TTIP, mientras que solo el 8% de las empresas estadounidenses que operan en la UE están amparadas actualmente por las disposiciones ISDS en los tratados existentes, un acuerdo como el TTIP llevaría a que quedaran amparadas todas las empresas estadounidenses, con lo que es probable que se generara un auge en las demandas. Para más información, véase: Public Citizen, "Tens of Thousands of U.S. Firms Would Obtain New Powers to Launch Investor-State Attacks against European Policies via CETA and TTIP", 2014, <https://www.citizen.org/documents/EU-ISDS-liability.pdf> (p. 1)
- 2 VPRO International, "Documentary: TTIP: Might is Right (VPRO Backlight)", 19 de octubre de 2015, <https://www.youtube.com/watch?v=j0LOwmgkdA> - (42'15)
- 3 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) "Interpretation of IIAs: What States Can Do", IIA Issues Note, diciembre de 2011, p. 21, [http://www.unctad.org/en/Docs/webdiaeia2011d10\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/Docs/webdiaeia2011d10_en.pdf) y Gus Van Harten, "Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication (Part Two): An Examination of Hypotheses of Bias in Investment Treaty Arbitration", Osgoode Legal Studies Research Paper No. 31, 2016, <http://ssrn.com/abstract=2721920>
- 4 Por ejemplo, Jonathan Kallmer, del bufete de abogados Crowell and Moring, manifestó sobre la formulación del 'trato justo y equitativo' de la UE: "En realidad opino, desde la perspectiva del abogado ávido y codicioso, que es una muy buena obligación con la que trabajar". Citado en: Inside US Trade, "U.S. Investment Protection Advocates Wary Of Possible TTIP Outcome", 24 de junio de 2014
- 5 Cabe destacar que, en el acuerdo entre la UE y Vietnam, las disposiciones sobre el derecho a legislar son aún más laxas que las incluidas en las propuestas para el TTIP y el CETA, sin que se contemple alguna excepción explícita para las políticas públicas: 'Las Partes reafirman el derecho a legislar en sus territorios para lograr unos objetivos normativos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente y la moral pública, la protección social y de los consumidores o la promoción y la protección de la diversidad cultural' (capítulo II, artículo 13 bis.1), [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc\\_154210.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154210.pdf)
- 6 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 a las 12:00 pm, en el Cato Institute de Washington, DC.



El Centro Canadiense de Políticas Alternativas (CCPA) es un instituto de investigación independiente que trabaja sobre cuestiones de justicia social, económica y ambiental. Fundado en 1980, el CCPA es una de las voces más progresistas de Canadá en los debates sobre políticas públicas.

[www.policyalternatives.ca](http://www.policyalternatives.ca)



Corporate Europe Observatory (CEO) es un grupo que se dedica a la investigación y a la organización de campañas que trabaja para denunciar y cuestionar el acceso privilegiado y la influencia de que gozan las grandes empresas y sus grupos de presión en los procesos de formulación de políticas de la UE. El CEO trabaja en estrecha colaboración con grupos de interés público y movimientos sociales, tanto en Europa como en otras regiones, para desarrollar alternativas al dominio del poder corporativo.

[www.corporateeurope.org](http://www.corporateeurope.org)



Amigos de la Tierra Europa es la red ambiental más grande del continente y agrupa a más de 30 organizaciones nacionales con miles de grupos locales. Somos la rama europea de Amigos de la Tierra Internacional, que cuenta con 74 organizaciones nacionales, unos 5.000 mil activistas locales y más de dos millones de afiliados en el mundo. Hacemos campaña sobre los problemas ambientales y sociales más apremiantes de nuestros días.

[www.foeeurope.org](http://www.foeeurope.org)



El Foro Alemán de ONG de Medio Ambiente y Desarrollo fue fundado el 12 de diciembre de 1992, tras la Cumbre de la Tierra de Río, auspiciada por las Naciones Unidas. Su objetivo es coordinar la labor de las ONG alemanas en los procesos políticos internacionales en materia de desarrollo sostenible. El Foro está formado por representantes de organizaciones ambientales y de desarrollo, y apoya a organizaciones de países en desarrollo, además de colaborar con asociaciones internacionales para promover actividades conjuntas.

[www.forumue.de](http://www.forumue.de)



El Transnational Institute (TNI) es un instituto internacional de investigación e incidencia política que trabaja por un mundo más democrático, equitativo y sostenible. Durante más de 40 años, el TNI ha actuado como un punto de interconexión entre movimientos sociales, académicos y académicas comprometidos y responsables de políticas.

[www.tni.org](http://www.tni.org)