BREVIARIOS
WATERLATGOBACIT
BREVIARIOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

LA AMENAZA DE LA ARQUITECTURA LEGAL-INSTITUCIONAL NEOLIBERAL PARA EL PROCESO DEMOCRÁTICO:

LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES Y SUS IMPACTOS

Dr. Javier Echaide - Universidad de Buenos Aires. Ex Vicepresidente de la Comisión de Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Inversión y del Sistema de Arbitraje en Inversiones (CAITISA) de Ecuador.

INTRODUCCIÓN

A nivel internacional existe una arquitectura legal-institucional de protección de las inversiones extranjeras que involucra cerca de 3.200 tratados internacionales de inversiones. Esto ha dado lugar a un número creciente de demandas contra los Estados nacionales, que las empresas e inversores transnacionales presentan ante tribunales arbitrales internacionales invocando la protección que les suministran dichos tratados. Entre tales tribunales, se destacan los formados por el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), perteneciente al Banco Mundial, que es el organismo más utilizado dentro del sistema. Esta arquitectura legal-institucional cubre todos los sectores de la economía de un país en los cuales participe capital privado extranjero, lo que tiene importancia fundamental cuando se dan procesos de privatización de empresas públicas. Esta arquitectura legal-institucional determina que prácticamente todos los sectores económicos de un país se encuentren afectados por este régimen de protección del capital transnacional, incluyendo los servicios públicos esenciales, como los de agua y saneamiento.

Actualmente casi la mitad de los arbitrajes que procesa el CIADI consisten en reclamos de empresas e inversores privados contra Estados nacionales, reclamos que están relacionados con la explotación de recursos naturales. Esos reclamos intentan jaquear las políticas públicas regulatorias que los gobiernos –sin importar el corte ideológico o los países de origen– puedan llegar a implementar para proteger sus derechos. Concretamente, se trata de una arquitectura legal-institucional que impide a los Estados nacionales la aplicación de medidas regulatorias efectivas para proteger los intereses de sus países. En efecto, en dicho marco legal-institucional, los Estados nacionales se ven impedidos

para aplicar políticas públicas que pudieran afectar los intereses de las empresas y los inversores transnacionales, porque los tratados de protección de las inversiones extranjeras dan prioridad a los intereses de dichas empresas e inversores por encima de los intereses y derechos de los países receptores de dichas inversiones.

EVIDENCIA EMPÍRICA Y ANÁLISIS

El ejemplo paradigmático de Argentina. Argentina es el país que tiene acumuladas más demandas en el CIADI (59 demandas), y firmó 59 tratados bilaterales de inversión (TBI). 55 de estos tratados continúan vigentes y casi todos fueron celebrados en la década de 1990. Argentina es uno de los Estados que firmó más TBIs en América Latina, región del planeta que hasta el año 2015 era la más golpeada por demandas internacionales en materia de inversiones por parte de las corporaciones multinacionales. En el caso particular de Argentina, además se trata del país con mayor cantidad de demandas dentro del sector de agua potable y saneamiento: el 19% de las demandas recibidas. Esto hace que, del total de 11 demandas presentadas en el CIADI por inversiones referidas al sector de agua potable y saneamiento, 9 de ellas sean contra la Argentina (las otras dos corresponden a los casos "Aguas del Tunari contra Bolivia" y "Biwater Gauff contra Tanzania").

La crisis argentina de 2001-2003 y la salida de la política de convertibilidad (1 peso = 1 dólar) fueron el disparador de esa cascada de reclamos de empresas e inversores extranjeros, los cuales habían participado en el proceso de privatizaciones de la década de 1990. En el caso de servicios concesionados, como los de agua y saneamiento, los contratos firmados tenían las tarifas dolarizadas. Cuando el país abandonó la convertibilidad en enero de 2002 y devaluó la moneda nacional para ganar competitividad y paliar la crisis, las empresas que habían tenido sus tarifas dolarizadas reclamaron un aumento inmediato. Sin embargo, estos reclamos se dieron en un contexto que inviabilizó la posibilidad de pago de población, ya que la misma cobraba sus ingresos en pesos devaluados y no podía soportar los aumentos tarifarios basados en la paridad peso-dólar que sancionaban los contratos.

En todas estas demandas presentadas al CIADI, las empresas reclaman indemnizaciones a los Estados por "violaciones al trato justo y equitativo", "discriminación", "expropiación" o medidas equivalentes que afecten la libre transferencia de divisas al exterior, la denegación de justicia o violaciones contractuales, aspectos contemplados en las cláusulas incluidas en los TBIs. En el caso de Argentina, las demandas totales presentadas por las empresas contra el Estado nacional ante el CIADI totalizan 28000 millones de dólares, de los cuales 2762 millones corresponden a demandas relativas a las privatizaciones de los servicios de agua y saneamiento. La evidencia demuestra que, una vez pasada la etapa de jurisdicción, existe una alta probabilidad (62%) de que las empresas reciban un laudo favorable del CIADI a los reclamos presentados. Este nivel de éxito en los reclamos fue del 78% en el caso de las demandas presentadas contra la Argentina en relación a contratos de servicios privatizados de agua potable y saneamiento: de los 9 casos presentados, 2 fueron suspendidos por acuerdo de partes, y los 7 restantes resultaron en condenas para la Argentina. Los laudos del CIADI favorables a las demandas de las empresas multinacionales contra el Estado argentino totalizan los 7600 millones de dólares, de los cuales 737 millones corresponden al sector de agua y saneamiento.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DE POLÍTICA PUBLICA

Los tratados de protección de inversiones que forman parte de la arquitectura legal-institucional construida durante la etapa de implementación de políticas neoliberales a partir de la década de 1980, constituyen uno de los obstáculos más formidables que confrontan las sociedades para el avance de sus procesos de democratización. Dichos tratados favorecen inequitativamente a los intereses de corporaciones e inversores privados extranjeros en desmedro de los intereses de la ciudadanía de los países receptores de dichas inversiones. También, dichos tratados otorgan privilegios a las empresas transnacionales que las colocan en una mejor situación legal que la que disfrutan las empresas locales en los países receptores de la inversiones, las cuales no gozan de las prerrogativas dadas por los TBIs. Consecuentemente, el funcionamiento de estos mecanismos legal-institucionales generan una transferencia de recursos desde los países en desarrollo, receptores de inversiones, hacia los países desarrollados en los que se originan los flujos de inversión. En particular, debe destacarse que los laudos favorables emitidos por instituciones como el CIADI sancionan una transferencia de recursos desde el sector público de los países en desarrollo hacia el sector privado transnacional, lo que influye negativamente sobre los intentos de los Estados demandados por detener fugas de divisas hacia el exterior. Es decir, estos mecanismos tienen un efecto negativo directo sobre la soberanía de los países.

¿Cómo responder?

Existen, en principio, tres posibles respuestas que los Estados pueden dar frente a los TBIs y al régimen de protección de inversiones:

1) Mantenerse dentro del sistema, adoptando medidas protectivas. Colombia es el país que más cantidad de demandas ha recibido desde 2016 y está, por lo pronto, en esta postura: su estrategia parece centrarse en concentrar esfuerzos para garantizar la mejor defensa posible contra las demandas presentadas, pero sin salirse del sistema.

2) Salirse del sistema denunciando los TBIs y el Convenio CIADI. Ecuador es el único país que, hasta el momento, ha tomado esta decisión. En el año 2009 Ecuador se retiró del CIADI denunciando el Convenio de Washington de 1965 y en 2017 tomó la decisión de denunciar todos sus TBIs, tras la realización de una auditoría jurídica independiente realizada por una comisión internacional de expertos que recomendó tal medida, entre muchas otras. Otros países están realizando medidas parcialmente similares: Bolivia se retiró del CIADI en 2007, pero no ha denunciado todos sus TBIs. Venezuela también se retiró del organismo en 2012, pero no tomó medidas sobre sus tratados de inversión. Sudáfrica, Australia, India, China, Brasil, Indonesia, Polonia e Italia están reformulando sus leyes en materia de inversiones y excluyendo de sus tratados la posibilidad de mecanismos de demanda inversor-Estado como poseen los TBIs.

3) Salirse del sistema reclamando la nulidad de las obligaciones asumidas. Esta posibilidad es viable en algunos casos, no en todos. En muchas ocasiones los TBIs fueron celebrados en forma viciosa o con falta de control por parte de los poderes públicos, problemas que, por lo menos en algunos casos, se encuentran contemplados en las normas fundamentales de los Estados. Problemas como estos se encuadran en la causal de nulidad de los tratados sobre la que versa el art. 48 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Sin embargo, hasta el momento no hay antecedentes de

países que hayan decidido optar por esta posibilidad.

- En base a la evidencia disponible, nuestra recomendación es que los Estados deben plantearse la ruptura con el actual régimen de protección de inversiones establecido por los TBIs y por tribunales arbitrales como el CIADI, entre otros.
- La ruptura con la arquitectura legal-institucional neoliberal permitirá a los Estados recuperar espacio político y la capacidad de ejercer control sobre sus recursos naturales.
- Dicha ruptura también permitirá superar la lógica del "enfriamiento regulatorio", que impide a los Estados poder legislar en favor de los intereses nacionales, ya que se encuentran atados a compromisos internacionales que permanentemente limitan la capacidad regulatoria del Estado y la aplicación de su jurisdicción nacional para dirimir las disputas judiciales con empresas extranjeras.
- En el mismo sentido, la ruptura con el sistema permitiría a los Estados nacionales recuperar el control para impedir la transferencia de recursos económicos generados por la población local a manos extranjeras por vía del pago de indemnizaciones por demandas presentadas por las corporaciones e inversores transnacionales, en los casos bastante frecuentes en los que las demandas revisten carácter ilegítimo o inconstitucional.
- La ruptura con la arquitectura legal-institucional neoliberal, mediante la denuncia y la anulación de los tratados de inversión, permitirá que los Estados nacionales puedan recuperar su capacidad de regulación en pos de un mejor control del capital extranjero, la posibilidad de garantizar de mejor forma los derechos de las poblaciones locales y priorizar la observancia de los derechos humanos como ser, en lo específico, del derecho humano al agua.

REFERENCIAS

CAITISA - Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (2017). "Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones en Ecuador", Quito: CAITISA. Available at: http://www.caitisa.org/index.php/home/enlaces-de-interes.

Echaide, Javier (in press), El Derecho Humano al Agua Potable y los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones, Doctoral Thesis (2013), Buenos Aires: Faculty of Law, University of Buenos Aires (UBA) and Ed. La Ley.

Echaide, Javier (2017), "El régimen jurídico del arbitraje sobre inversiones y su contradicción con el régimen internacional de los derechos humanos: el caso del derecho al agua", in J. E. Castro, L. H. Cunha, M. Fernandes, and C. Morais de Sousa (Eds.), Tensão entre Justiça Ambiental e Justiça Social na América Latina: o Caso da Gestão da Água, Campina Grande and Río de Janeiro: EDUEPB, Garamond, and Red WATERLAT-GOBACIT, pp. 203-237. Available at: https://sandbox.zenodo.org/record/71503#.WPI3YIIKZMdU.

Echaide, Javier (2014), "Condicionantes sistémicos para el pleno goce del derecho humano al agua: el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) vs. los derechos humanos", WATERLAT-GOBACIT Working Papers, Vol. 1, No 2, pp. 7-26. Available at: http://waterlat.org/WPapers/WPSATCUASPENo2.pdf.

WATERLAT-GOBACIT es una red de docencia, investigación e intervención inter- y transdisciplinaria abocada al tema de la política y la gestión del agua. Aborda temas como la conflictividad social en torno a las desigualdades e injusticias emergentes de la implementación de megaproyectos hidráulicos, del extractivismo, de la mercantilización de servicios esenciales, o del impacto de los grandes desastres hídricos.

Entre los objetivos estratégicos de la Red se destacan:

- Contribuir al proceso de democratización substantiva de la política y la gestión del agua, con énfasis en el desarrollo de las comunidades humanas
- Participar en el avance de los debates teóricos y metodológicos, promoviendo y realizando estudios sobre los obstáculos, desafíos, condiciones y requisitos que confronta dicho proceso de democratización
- Apoyar el desarrollo de actividades, especialmente a escala local y regional, para elevar el nivel de capacitación de los diversos actores comprometidos con el proceso de democratización de la política y la gestión del agua
- Consolidar y extender los vínculos de cooperación e intercambio entre estos actores, superando las barreras culturales, idiomáticas, institucionales, nacionales, y de otro tipo, para ayudar a visibilizar el carácter sistémico, estructural y global del proceso de democratización de la política y la gestión del agua.

El equipo de la Red incluye miembros individuales e institucionales y un gran número de estudiantes de grado y de posgrado. Además de académicos y estudiantes, incluye trabajadores del sector público, miembros de Organizaciones no Gubernamentales, movimientos sociales, comunidades indígenas y campesinas, sindicatos, entre otros sectores relevantes.

Breviarios de Política Pública

Los Breviarios de la Red son documentos sucintos, focalizados en temas específicos y de alta relevancia. Sus contenidos se basan en resultados de investigación de miembros de la Red que aportan evidencia, argumentos y propuestas, que buscan contribuir al debate público desde una perspectiva crítica.