



Buyers Up • Congress Watch • Critical Mass • Global Trade Watch • Health Research Group • Litigation Group
Joan Claybrook, President

LA VERDADERA HISTORIA: LAS “PROTECCIONES” A LOS INTERSIONISTAS SE HAN TRANSFORMADO DE ESCUDO EN ESPADA.

Como lo demuestra este informe, en vez de proporcionarle a los inversionistas un escudo contra la confiscación gubernamental de sus propiedades, el capítulo de inversiones del TLCAN—que se ha avanzado como el modelo para el capítulo paralelo en el TLCAC, TLC Andino y el ALCA—está siendo empuñada por los inversionistas como una espada para atacar un conjunto de políticas regulatorias y funciones que a diario deben cumplir los gobiernos. Para evitar contraer obligaciones financieras y tener que pagar indemnizaciones, los países derogarán cada vez más políticas de interés público importantes, tal como lo hizo Canadá en el caso Ethyl, y debilitarán otras salvaguardas normativas para evitar verse obligados a pagar más indemnizaciones a otras empresas extranjeras. La diversidad de políticas impugnadas resulta sorprendente, incluso para los propios países que han firmado acuerdos de libre comercio y el Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) que contienen las mismas protecciones para los inversionistas. Recientemente las empresas extranjeras han expandido aún más el uso de estas normas para obtener indemnizaciones por pérdidas ocurridas durante una crisis económica. Los más de 30 casos contra Argentina en respuesta a las medidas de emergencia que el país debió tomar para enfrentar la crisis financiera, aún no han sido laudados pero amenazan con sacarle una tajada grande a la recuperación económica argentina. Peor aun, estos casos son sólo el comienzo de los impactos potenciales adversos con que amenazan estas protecciones a los inversionistas.

Hay casos recientes de TBI que ilustran el sorprendente monto de las obligaciones financieras que han contraído los países – a sabiendas o sin querer – al aceptar el modelo TLCAN de protección a los inversionistas incluido en los TBI y TLC que han firmado. En enero de 2005, la República de Eslovaquia fue conminada a pagarle a un banco checo la astronómica suma de US\$ 868 millones como indemnización en un litigio por préstamos bancarios.ⁱ Si Eslovaquia tuviera que pagar esa suma, su déficit público aparentemente se incrementaría de 3,9% del PBI a 5,8%.ⁱⁱ En 2003, la República Checa fue conminada a pagarle cerca de US\$ 350 millones a una empresa multinacional de medios (Central European Media o CME) después que un tribunal arbitral de un TBI sentenciara que la autoridad checa reguladora de los medios de comunicación había violado las disposiciones de un TBI entre República Checa y Holanda.ⁱⁱⁱ Esa gigantesca indemnización multiplicó casi por dos el déficit presupuestal de la República Checa ese año.^{iv} En 2004, la empresa estadounidense Occidental Petroleum aprovechó un TBI entre EE.UU. y Ecuador para impugnar la cancelación de los reintegros de los impuestos al valor agregado (IVA) que decretó el gobierno ecuatoriano. El panel del TBI fijó el monto que deberá pagarle Ecuador a Occidental en US\$ 71 millones más intereses.^v Antes de asumir esta responsabilidad, las naciones del Tratado del Libre Comercio EE.UU. – Centroamérica (TLCAC), el TLC Andino, y el ALCA deben considerar las conclusiones de este estudio.

Lecciones del TLCAN para las naciones del TLCAC, TLC Andino y del ALCA

De los 42 casos y demandas inversionista-Estado amparados en el TLCAN que se analizan en este informe, en cinco casos los inversionistas han tenido éxito en sus reclamos de indemnización, y en seis casos los gobiernos se han defendido exitosamente de los ataques de los inversionistas. Aun cuando se trata todavía de un cuerpo flaco de casos, las sentencias del TLCAN hasta la fecha son suficientes para ilustrar algunas tendencias alarmantes que deberían jugar un papel importante al momento de ponderar el TLCAC con sus disposiciones similares, y el TLC Andino y el ALCA, en los cuales la administración Bush está presionando para lo mismo.

Los inversionistas extranjeros utilizarán el sistema inversionista-Estado para obtener indemnización por sentencias adversas en los tribunales nacionales: Hay un número creciente de casos amparados en el TLCAN que pretenden impugnar sentencias adversas de los tribunales nacionales. En el caso Loewen sobre servicios

funerarios el tribunal del TLCAN indicó que potencialmente todas las decisiones de los tribunales de EE.UU., incluso las de la Suprema Corte de EE.UU., podrían ser revisadas por el TLCAN. Esta sentencia expansiva provocó protestas de juristas y eruditos en leyes. No obstante, las disposiciones sobre inversiones en el TLCAC, y sin duda propuestas en el TLC Andino, no consiguen impedir que los tribunales arbitrales de comercio “revean” complejos casos ya dirimidos en los juzgados nacionales.

Cuestionamientos crecientes sobre la constitucionalidad de los tribunales inversionista-Estado: El Artículo III de la Constitución establece la existencia de un poder judicial independiente. El Congreso de EE.UU. no puede delegar a otro tribunal “los atributos esenciales del poder judicial”. Sin embargo, parece que ese tipo de delegación ya ha ocurrido en el marco del sistema inversionista-Estado. Hay organizaciones representativas de los abogados que han reclamado que se examine la constitucionalidad de los tribunales arbitrales comerciales antes que EE.UU. amplíe las reglas sobre inversiones a través de nuevos TLC como el TLCAC y el TLC Andino, pero la administración no ha proporcionado ese análisis; en cambio simplemente replicó el defectuoso sistema inversionista-Estado en el TLCAC y está intentando hacer lo mismo en el TLC Andino.

Los inversionistas extranjeros pueden presentar casos de “regulaciones expropiatorias” que no están permitidos en la legislación nacional: Mientras la Suprema Corte de los Estados Unidos ha sostenido que la “mera disminución en el valor de la propiedad, sin importar cuán significativa, es insuficiente para configurar una expropiación”, los paneles arbitrales del TLCAN han definido que “la interferencia imprevista” con el uso de la propiedad puede tipificar una expropiación. Mientras que en EE.UU. las demandas por regulaciones expropiatorias sólo abarcan los bienes raíces (inmuebles), el TLCAN y el TLCAC contienen una larga lista de propiedades distintas a los bienes raíces, que pueden originar demandas similares por expropiación indirecta. El representante comercial de EE.UU. (USTR) intentó “arreglar” este tema en el TLCAC eliminando la frase del texto del TLCAN que dice que las acciones gubernamentales “equivalentes” a una expropiación constituyen actividades que requieren indemnización. Pero éste es un cambio meramente cosmético. El texto del TLCAC aún exige la indemnización de las expropiaciones “indirectas”, que es el término operativo; la propuesta de los EEUU en el TLC Andino es lo mismo

El costo potencial para los contribuyentes podría ascender a miles de millones de dólares: En los primeros once años del TLCAN sólo se han decidido o conciliado 11 casos. Los inversionistas extranjeros han triunfado cinco veces en al menos una parte de sus reclamos, y los gobiernos han pagado US\$ 35 millones por concepto de indemnizaciones a inversionistas extranjeros. A medida que el número de casos elevados es cada vez mayor, el monto de las indemnizaciones reclamadas por las empresas del TLCAN ascenderá a miles de millones de dólares de los contribuyentes. Por otra parte, los costos de la defensa que deben pagar los gobiernos nacionales son cada vez mayores, y Estados Unidos ya gastó US\$ 3 millones defendiendo un sólo caso. Para los países entrando al TLCAC, y, si se aprueba, el TLC Andino, las obligaciones y costos de los litigios inversionista-Estado se incrementarán espectacularmente.

El mecanismo inversionista-Estado destruye el escudo de inmunidad soberana: El Capítulo 11 del TLCAN y las protecciones al inversionista propuestas en el TLCAC no contempla el principio de inmunidad soberana. Como lo expuso un erudito en derecho, “al aceptar los términos del TLCAN, los gobiernos de los Estados Unidos, México y Canadá esencialmente han renunciado a cualquier derecho a la inmunidad soberana que hayan tenido previo a la firma del Tratado”.^{vi} Que los inversionistas extranjeros puedan demandar al gobierno federal cuando los ciudadanos y las empresas nacionales están impedidos de hacerlo constituye un ejemplo más de cómo a los inversionistas extranjeros se le adjudican más derechos que a las empresas nacionales.

Los gobiernos estatales y municipales no están fuera del alcance de los tribunales inversionista-Estado: Los inversionistas extranjeros amparados en el capítulo 11 del TLCAN no sólo han impugnado políticas nacionales, también han presentado demandas contra un número cada vez mayor de medidas adoptadas a nivel de estados, provincias y municipios. Entre éstas se incluyen decisiones sobre el uso de las tierras de propiedad estadual y municipal, políticas ambientales y de salud pública, fallos adversos de juzgados estatales, y contratos estatales y municipales. Aun cuando es el gobierno nacional el que es técnicamente responsable por la indemnización de cualquier daño, los gobiernos nacionales cuentan con una serie de avenidas en el marco de

la legislación nacional para hacer que los gobiernos estatales y municipales modifiquen sus políticas para disminuir o evitar esas obligaciones.

Controversias públicas, tribunales privados: Cuando los inversionistas extranjeros demandan indemnizaciones en el marco del TLCAN o de los nuevos TLC con sistemas inversionista-Estado, los casos son dirimidos en organismos de arbitraje que fueron creados para arbitrar litigios privados entre partes contractuales, en disputas estrictamente comerciales. Ahora, sin embargo, estos mismos organismos abordan cuestiones significativas de políticas públicas. Aun cuando el TLCAC abrirá los procesos de arbitraje a la observación pública (siempre que los interesados puedan costearse el traslado en avión hasta las lejanas sedes de los tribunales), los ciudadanos siguen sin poder ser parte de las demandas. Incluso la aceptación de los escritos amicus queda a discreción del panel. En el marco del TLCAN, estos procesos todavía pueden continuar siendo confidenciales, si así lo reclama la empresa litigante.

La amenaza de posibles demandas mediante el sistema inversionista-Estado desalienta políticas de interés público: La amenaza de litigios sigue desalentando la generación de políticas de interés público. En 2004, una propuesta del gobierno provincial de New Brunswick, Canadá, para la creación de su propio plan de seguro de automóviles como respuesta al clamor público ante el aumento exponencial de las primas de los seguros de automóviles, fue abandonada luego de que sus críticos señalaron que podía provocar una serie de acciones legales por parte de las firmas extranjeras que pudieran considerar el plan público de seguro de automóviles como una “expropiación” de su cuota del mercado al amparo del Capítulo 11 del TLCAN. No es posible hacer un balance real de las víctimas de amenazas de litigios inversionista-Estado puesto que la comunicación relativa a estos casos generalmente ocurre a puerta cerrada.

El número de litigios inversionista-Estado contra los servicios públicos podría aumentar: El caso de UPS encierra una de las tendencias más perturbadoras de los litigios en torno a la protección de los inversionistas extranjeros al amparo del TLCAN considerados en su conjunto, y es que muchas empresas están utilizando estas reglas para conseguir condiciones más favorables para sus firmas. Si la demanda de UPS es exitosa, pocos servicios públicos prestados en competencia con privados quedarían inmunes a demandas como estas tipo TLCAN. No hay nada en el TLCAC, ni razón de pensar que exista algo el TLC Andino, que ponga a salvo de este tipo de litigios a los países miembros.

El texto referido al medioambiente no protege a las normativas ambientales frente al mecanismo inversionista-Estado: Las disposiciones del Capítulo 11 del TLCAN supuestamente orientadas a proteger el medioambiente han sido desechadas tan rápidamente por los tribunales arbitrales inversionista-Estado que se han tornado irrelevantes. En el caso de Metalclad, no hubo evidencia de que el tribunal sopesara en lo más mínimo las disposiciones ambientales del TLCAN antes de llegar a una decisión final. En el caso de S.D. Myers sobre PCB, las obligaciones de Canadá en el marco del tratado ambiental que regula el comercio de desechos peligrosos, el Convenio de Basilea, si bien fueron consideradas por el tribunal del TLCAN, finalmente fueron completamente descartadas. No hay nada en el TLCAC que remedie este problema. El mismo modelo aplicado en el TLC Andino y el ALCA extendería este problema a la región Amazónica y sus recursos ambientales de los cuales depende el mundo entero.

ⁱ Luke Eric Peterson, “Slovakia Ordered to Pay \$800 million by ICSID Tribunal,” *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, 21 de enero, 2005.

ⁱⁱ Luke Eric Peterson, “Slovakia Ordered to Pay \$800 million by ICSID Tribunal,” *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, 21 de enero, 2005.

ⁱⁱⁱ Luke Eric Peterson, “Czech Republic Hit with Massive Compensation Bill in Investment Treaty Dispute,” *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, 21 de marzo, 2003.

^{iv} Luke Eric Peterson, “Czech Republic Hit with Massive Compensation Bill in Investment Treaty Dispute,” *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, 21 de marzo, 2003.

^v Luke Eric Peterson, “Occidental Wins Investment Arbitration Against Ecuador; Ecuador Vows ‘Appeal’,” *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, 16 de julio, 2004.

^{vi} Edward J. Sullivan y Kelly D. Connor, “Making the Continent Safe for Investors – NAFTA and the Takings Clause of the Fifth Amendment of the American Constitution,” *36 Urb. Law.* 99, invierno 2004, página 117.