

RESUMEN EJECUTIVO

Hace once años, después de un encendido debate, entró en vigencia el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) entre Estados Unidos, Canadá y México.¹ Aunque el TLCAN fue catalogado como un acuerdo "comercial", gran parte de su contenido se centra en temas de inversiones. El tratado establece los derechos de los inversionistas extranjeros dentro de los países del TLCAN respecto de la adquisición, propiedad y operación de las amplias categorías de "inversiones" comprendidas en la definición del TLCAN, y restringe la capacidad de los gobiernos de legislar y aplicar las normas a los inversionistas y sus inversiones.

Los partidarios del TLCAN lograron enmarcar el debate en términos dogmáticos. Los detractores que plantearon inquietudes sobre disposiciones específicas fueron calificados en general como proteccionistas, temerosos y retrógrados, a la vez que los promotores del TLCAN prometían grandes beneficios, aunque muy vagos. Como consecuencia, muy pocas personas se enteraron de que el TLCAN contenía una serie de aspectos experimentales muy fundamentales, nunca antes incluidos en un acuerdo de libre comercio de los Estados Unidos.

Entre los aspectos más asombrosos del tratado están las reglas de inversiones del Capítulo 11. Allí se exige a los países signatarios que proporcionen amplios derechos y privilegios a los inversionistas extranjeros, otorgándoles el poder de hacer valer estos derechos mediante su ejecución forzada en el ámbito privado y de reclamar a los gobiernos la indemnización en efectivo por los daños y perjuicios originados en acciones de éstos, que a juicio de los inversionistas extranjeros violen los privilegios consagrados en el TLCAN. Estos casos se deciden ante tribunales arbitrales privados "inversionista-Estado", que funcionan fuera de los sistemas judiciales nacionales, pero se pueden exigir y obtener millones de dólares de los contribuyentes por concepto de indemnizaciones. Estas reglas del TLCAN otorgan a las empresas extranjeras mayores derechos que los que tienen las empresas nacionales en el marco de la legislación nacional.

Este informe titulado 'Capítulo 11 del TLCAN y los Litigios de Inversionistas contra Estados: Lecciones para los Tratados de Libre Comercio en Las Americas', analiza los 42 casos y demandas presentados hasta la fecha en el marco del TLCAN (muchos de los cuales todavía no se han difundido públicamente), en los cuales los inversionistas extranjeros han exigido el pago de una indemnización a países del TLCAN. Los antecedentes de los casos demuestran una variedad de ataques a políticas públicas y a la actividad gubernamental normal en todos los niveles de gobierno: nacional, estadual y municipal. Si bien estos casos presentados en el marco del TLCAN tienen que ver con políticas públicas corrientes, el proceso del sistema inversionista-Estado se realiza a puertas cerradas, sin que se rinda cuentas a nadie. Los ciudadanos cuyas políticas son impugnadas no tienen vías de participación significativa, ni tampoco las tienen los funcionarios estatales electos para representarlos. Se puede recurrir las decisiones judiciales y revertir el fallo de un jurado de cualquier país miembro, sin embargo ningún juez ni jurado está habilitado a participar en los tribunales arbitrales privados del TLCAN.

Hasta la fecha, los inversionistas privados han recibido compensaciones monetarias en cinco casos y en seis casos se han rechazado sus demandas. Si bien la cantidad de casos concluidos es baja, es de destacar que los tribunales del TLCAN ya le han otorgado US\$ 35 millones a inversionistas extranjeros por concepto de indemnizaciones que los gobiernos han tenido que pagar como parte de acuerdos de conciliación, a menudo sobre demandas que no hubieran sido admitidas en el marco de la legislación nacional o en juzgados nacionales. Hay demandas en curso por US\$ 28 mil millones más, presentadas por inversionistas del TLCAN (por más

información consultar la “Tabla de casos y demandas amparados en el Capítulo 11 del TLCAN” al inicio del informe). Además, los gobiernos del TLCAN han debido afrontar gastos millonarios para cubrir los costos legales de su defensa frente a los inversionistas extranjeros demandantes.

Las conclusiones del estudio demuestran que este modelo que otorga amplios privilegios al inversionista extranjero y los acompaña con un sistema de aplicación forzada en el ámbito jurídico privado por fuera del sistema judicial nacional, no debe repetirse en nuevos acuerdos. Durante los últimos años, a medida que las noticias de algunos de los casos más controvertidos han llegado a los titulares de la prensa, políticos, juristas, funcionarios locales electos y contribuyentes han planteado una serie de cuestionamientos graves sobre la legitimidad del sistema privado de solución de controversias en casos que involucran el interés público.

Sin embargo, en la actualidad, la administración Bush promueve una ampliación del TLCAN a seis países más, en el llamado Tratado de Libre Comercio de América Central (TLCAC) y cuatro países de Sudamérica con el TLC Andino (AFTA por sus siglas en inglés).ⁱⁱ Como se describe en este informe, la mayoría de los problemas planteados con respecto a la protección al inversionista extranjero en el Capítulo 11 del TLCAN no fueron solucionados en el capítulo de inversiones del TLCAC (Capítulo 10). En las negociaciones del TLC Andino, aunque el texto propuesto se mantiene en secreto, no hay ninguna información disponible al público de que habrá cambios significativos al capítulo de inversiones. Por lo contrario, la información disponible al público sugiere que el modelo usado en el TLC Andino es lo mismo que usaron en el TLCAC, con al menos algunos de los problemas peores repetidos en contra de la voluntad de legisladores y representantes estatales estadounidenses, tanto como de la voluntad de los equipos negociadores de los países Andinos.ⁱⁱⁱ Además, ha habido discusiones—se supone impulsado con presión del equipo estadounidense—sobre la posibilidad de que las capacidades compensatorias para inversionistas extranjeros podrían promulgarse con medidas retroactivas, lo cual dejaría abierto la posibilidad de que inversionistas estadounidenses desafíen políticas Andinas que precedieron las negociaciones.^{iv}

El modelo de protección al inversionista del TLCAN otorga "mayores derechos" a los inversionistas extranjeros para impugnar las políticas y decisiones de los gobiernos

Se ha descrito al Capítulo 11 del TLCAN como una "invención legal extraordinaria",^v en gran parte porque otorga a los inversionistas extranjeros derechos significativamente mayores que los que disfrutaban las empresas nacionales. En primer lugar, la protección que supone la inmunidad soberana —ese antiguo principio del derecho consuetudinario según el cual los gobiernos no pueden ser demandados por cierto tipo de actividades—no se aplica en el sistema de tribunales privados inversionista-Estado. Eso significa que los inversionistas extranjeros a menudo están legalmente habilitados a iniciar acciones judiciales demandando el pago de indemnizaciones en efectivo por la aplicación de políticas nacionales, estatales y municipales en circunstancias en las que los residentes y las empresas nacionales no tendrían ese derecho. En segundo lugar, el modelo TLCAN-TLCAC, y ahora TLC Andino, exige a los gobiernos signatarios que proporcionen al inversionista extranjero una variedad de derechos sustantivos que exceden los que tienen las empresas nacionales en función de la legislación nacional. Si no recibe este trato, el inversionista puede demandar a los gobiernos por incumplimiento y exigir el pago en efectivo de daños y perjuicios por la violación de los derechos del inversionista extranjero.

De hecho muchas de las demandas presentadas por inversionistas extranjeros ante los tribunales arbitrales del TLCAN serían desestimadas en el marco de las leyes nacionales de los países del TLCAN. Por ejemplo, las "expropiaciones" denunciadas al amparo de las protecciones al inversionista extranjero del TLCAN no tienen nada que ver con la "nacionalización" o la confiscación de bienes inmuebles por parte del Estado con las que generalmente se asocia el término. Ni son similares a los casos de "expropiación" comunes en muchos sistemas judiciales nacionales.

Por ejemplo, la "cláusula sobre expropiación" de la Quinta Enmienda de la Constitución de EE.UU. establece que "ninguna propiedad privada puede ser expropiada para uso público sin una compensación justa". Políticas similares existen en otros países del TLCAN, TLCAC, y la región Andina. La doctrina de la expropiación ha sido utilizada para facilitar la construcción de calles y carreteras, empresas públicas, tendidos eléctricos, estadios deportivos y otras obras de infraestructura pública. Según esta doctrina, el gobierno puede tomar propiedad privada para uso público en caso de existir un interés público. La decisión de expropiar se toma garantizando el debido proceso al propietario de la propiedad expropiada y éste recibe una indemnización.

Las empresas y los grupos anti-ambientalistas conservadores han trabajado durante dos décadas intentando ampliar la noción de expropiación para que abarque lo que se denomina "regulaciones expropiatorias". El objetivo es exigir que los gobiernos indemnicen a los dueños de una propiedad privada toda vez que las normativas referidas al medioambiente, al uso de la tierra u a otros temas de interés público, tengan un impacto tangencial en el valor de la propiedad, y de esta forma ejercer presión para revertir estas medidas de interés público. Pero estos casos han tenido muy poco andamiaje en los juzgados nacionales. La Suprema Corte de EE.UU., por ejemplo, ha establecido barreras sustantivas y procesales importantes en el camino de los propietarios que buscan indemnización por concepto de "regulaciones expropiatorias". Sin embargo, en el marco del modelo de protecciones al inversionista que establecen el TLCAN y el TLCAC—y que establecerían el TLC Andino y el ALCA—las empresas y los inversionistas extranjeros pueden utilizar la expresión "expropiación indirecta" para presentar demandas contra "regulaciones expropiatorias" que no serían admitidas por los juzgados nacionales.

Los inversionistas empresariales de los tres países del TLCAN han utilizado estos nuevos derechos para impugnar diversas políticas nacionales, estatales y municipales como violaciones al tratado, por ejemplo:

- La negativa de un gobierno municipal mexicano de expedir un permiso para la construcción de un vertedero de desechos tóxicos y la posterior iniciativa del gobernador de declarar el sitio como reserva ecológica, fueron juzgadas por un tribunal del TLCAN como expropiaciones indirectas violatorias del tratado. Finalmente, el gobierno mexicano recibió la orden de pagar a la empresa Metalclad con sede en California, la suma de US\$ 15,6 millones de indemnización, un monto muy grande si se considera el presupuesto destinado a la protección del medioambiente en México;
- En tres ocasiones, medidas de eliminación de toxinas sospechosas para el medioambiente y la salud, decididas por los gobiernos (por ejemplo la eliminación del peligroso plaguicida Lindano en Canadá, y la prohibición del gobierno de California sobre el MTBE -aditivo de la gasolina y contaminante del agua) fueron impugnadas como expropiaciones, utilizando el mecanismo de arbitraje inversionista-Estado. El gobierno de Canadá revirtió su prohibición sobre otro aditivo de la gasolina, el MMT, y pagó 13 millones de dólares a Ethyl Corporation -la empresa que amparada en el Capítulo 11 del

TLCAN, presentó la demanda contra la prohibición. Los otros casos están pendientes de resolución.

- La aplicación en Canadá de dos acuerdos internacionales -Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y el Acuerdo sobre Maderas Blandas celebrado entre EE.UU. y Canadá- fue impugnada con éxito utilizando el mecanismo inversionista-Estado del TLCAN y en ambos casos se indemnizó al inversionista por daños y perjuicios. Cuando Canadá cerró su frontera al comercio de policlorobifenilos (PCB) tóxicos amparándose en el Convenio de Basilea, un tribunal del TLCAN ordenó al gobierno canadiense pagar a la empresa estadounidense S.D. Meyers la suma de US\$ 4,8 millones por la pérdida de oportunidades comerciales sufrida. Otra empresa estadounidense, Pope & Talbot, obtuvo US\$ 582.000 por daños y gastos legales, después de que un tribunal del TLCAN decidió que el comportamiento grosero de los funcionarios canadienses que verificaban el cumplimiento de los cupos de madera blanda constituyó una violación del TLCAN.
- Ganaderos canadienses están utilizando la definición amplia de "inversionista" del TLCAN para impugnar el cierre de la frontera estadounidense al comercio de ganado en pie después de que se detectara la enfermedad de la vaca loca en Canadá, argumentando que esta medida de salud pública de EE.UU. ha socavado sus inversiones en Canadá. Titulares de derechos de agua estadounidenses están utilizando el mecanismo inversionista-Estado para demandar a México por su aparente incumplimiento de un acuerdo sobre aguas compartidas, lo que supuestamente restringiría el acceso de sus propiedades en EE.UU. al agua. En ninguno de estos casos los inversionistas parecen tener inversiones fuera de su propio país, sin embargo, la amplitud de las definiciones del TLCAN y los fallos de tribunales anteriores hacen posibles estas demandas.
- Algunos aspectos de los dictámenes sobre el tabaco de los gobiernos estatales, que han tenido por resultado una caída radical de la tasa de fumadores adolescentes en EE.UU., han sido impugnados como arbitrarios e injustos por los exportadores de tabaco canadienses. También Phillip Morris ha amenazado con presentar una demanda inversionista-Estado amparada en el TLCAN contra el gobierno canadiense por un innovador proyecto de ley que limita las declaraciones estampadas en los paquetes de cigarrillos (por ejemplo de "light"). Esta medida todavía no se ha convertido en ley.
- Varias sentencias de juzgados nacionales han sido impugnadas por inversionistas extranjeros utilizando el sistema inversionista-Estado del TLCAN. Un dictamen reciente en uno de estos casos, que involucra la impugnación por parte del conglomerado funerario canadiense Loewen de un fallo de un jurado de Mississippi en una controversia sobre un contrato privado, demostró que prácticamente no hay decisiones de juzgados nacionales inmunes a la revisión del TLCAN, ni siquiera las de la Suprema Corte de EE.UU.
- Existe además otra cantidad de políticas nacionales, estatales y municipales de interés público, como por ejemplo la política contra los juegos de azar en México, una reglamentación estadounidense de control de drogas que penaliza los alimentos de cáñamo, o los requisitos del estado de California para otorgar concesiones para minas a cielo abierto, que han originado nuevos casos en el marco del TLCAN.

- La entrega de paquetes por parte de un servicio estatal, el servicio postal canadiense Canada Post, ha sido impugnado por una empresa estadounidense, United Parcel Service, que argumenta que el monopolio de Canada Post sobre la distribución de cartas no expresas representa un subsidio injusto al servicio de entrega de paquetes estatal. Los servicios postales de la mayoría de los países tienen ese tipo de monopolio sobre la distribución de cartas no expresas.
- La aplicación de medidas anti-dumping y derechos compensatorios respecto de las importaciones de madera blanda de Canadá por parte de los Estados Unidos, es cuestionada por cuatro firmas madereras canadienses que utilizan el capítulo 11 del TLCAN, incluso a pesar de que estos problemas ya han sido litigados en el sistema de resolución de controversias Estado-Estado del TLCAN y de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

Cada nuevo caso inversionista-Estado en el TLCAN que toma estado público dirige la atención y las críticas hacia el modelo de protecciones al inversionista extranjero que consagran el TLCAN y el TLCAC, y que consagrarían el TLC Andino y el ALCA. La cantidad de casos inversionista-Estado que atacan las políticas ambientales ha generado gran consternación entre la comunidad ambientalista y los expertos legales. Sin embargo, a medida que se van sumando las sentencias de los casos inversionista-Estado, son más las partes interesadas que comienzan a alarmarse. El número creciente de demandas contra políticas estatales y municipales ha provocado una respuesta fuerte por parte de los funcionarios locales electos, como alcaldes y fiscales generales. Además, a medida que cada vez más políticas de salud pública -como las que involucran sustancias químicas tóxicas, o la protección de los consumidores de la enfermedad de la vaca loca y el tabaco- son cuestionadas por razones comerciales, crece también la preocupación en la comunidad de la salud pública. Quizás el aspecto más significativo, es el número creciente de casos resueltos por los juzgados nacionales que están dando lugar a demandas en el marco del TLCAN, llevando a juristas y expertos legales por igual, a cuestionar la competencia y la constitucionalidad de los tribunales inversionista-Estado.

El problema de los "mayores derechos" que otorga el TLCAN a los inversionistas extranjeros no está solucionado en los nuevos tratados de libre comercio

Las protecciones amplias otorgadas a los inversionistas extranjeros por el TLCAN y el mecanismo inversionista-Estado en el ámbito privado para su ejecución forzada, se convirtieron en uno de los puntos centrales del debate del Congreso de los Estados Unidos que debía resolver la renovación de la autorización de la negociación comercial por la "vía rápida" (*Fast Track*). La vía rápida es el mecanismo que delega en el poder ejecutivo la autoridad constitucional exclusiva del Congreso de establecer los términos de la política comercial de EE.UU., limitando el papel del Congreso al voto negativo o afirmativo de los tratados firmados y finalizados, sin posibilidad de modificarlos. Al otorgar esta delegación de autoridad extraordinaria, el Congreso establece en la legislación los "objetivos de negociación" que deben orientar a los negociadores del poder ejecutivo en la elaboración de los acuerdos comerciales futuros a ser sometidos a la aprobación del Congreso. Si bien estos objetivos de negociación no son formalmente obligatorios -ya que si los negociadores no tuviesen en cuenta las indicaciones del Congreso, el único recurso de éste es votar negativamente todo el acuerdo- los puntos específicos de estos objetivos, incluidos en la legislación de la vía rápida, son generalmente objeto de intensas negociaciones entre el Congreso y la Casa Blanca, ya que expresan la posición del Congreso sobre los contenidos aceptables de los futuros acuerdos.

Por este motivo, para poder aprobar por escasa mayoría la legislación de “vía rápida”, la Casa Blanca se vio presionada a aceptar la inclusión de una serie de exigencias del Congreso que los funcionarios comerciales de la administración Bush debían cumplir al negociar las reglas de inversión en futuros acuerdos comerciales. El elemento más importante era que los inversionistas extranjeros no debían obtener "mayores derechos sustantivos" relativos a la protección de sus inversiones que los correspondientes a las empresas o residentes estadounidenses en los Estados Unidos.

A pesar de estas claras exigencias del Congreso, los negociadores comerciales de la administración Bush no han cumplido con el requisito de incluir estos elementos en los acuerdos de libre comercio aprobados y propuestos recientemente, entre los que se incluye el TLCAC y el TLC Andino, ni tampoco se los tuvo en cuenta en el nuevo modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de EE.UU. (TBI) que fuera recientemente reelaborado y que es utilizado para imponer condiciones similares a nivel bilateral. A continuación se presenta un resumen del trato superficial que recibieron las exigencias del Congreso de introducir cambios al modelo de protección a los inversionistas extranjeros del TLCAN en el TLCAC, y los pocos cambios sustantivos que efectivamente se introdujeron a las protecciones del TLCAN. Debido a la preocupación justificada de que no ha habido cambio significativo entre el texto del TLCAC y la propuesta estadounidense para TLC Andino,^{vi} este resumen corte del TLCAC tiene implicaciones para lo que debe ser esperado del TLC Andino. Si bien un análisis de la estructura normativa de todos los países del TLCAC y la región Andina excede el alcance de este informe, esta discusión resulta importante para todos los países que quieran garantizar que los tratados comerciales no otorguen a los inversionistas extranjeros que operan en su territorio nacional, mayores derechos que los que disfrutaban sus empresas nacionales.

- ***La definición del TLCAC de la propiedad elegible como objeto de regulaciones expropiatorias es significativamente más amplia que la que establece la legislación de EE.UU.:*** En el TLCAC, la definición de una inversión indemnizable no se limita a los bienes inmuebles como se establece en la jurisprudencia sobre regulaciones expropiatorias estadounidense. Por cierto, la mayoría de los tipos de inversión por los que el gobierno de EE.UU. podría ser demandado en virtud del TLCAN no serían elegibles para demandas por regulaciones expropiatorias según las leyes estadounidenses. En vez de solucionar este problema, el TLCAC amplía la definición del TLCAN añadiendo como inversiones indemnizables "el asumir el riesgo", la "expectativa de obtener ganancias o utilidades", los derechos de propiedad intelectual, licencias, autorizaciones y permisos, así como una amplia variedad de contratos gubernamentales, incluidos los contratos de concesión de recursos naturales.
- ***La definición de “expropiación” del TLCAC es más amplia que la correspondiente a las confiscaciones admitidas en la legislación estadounidense:*** El TLCAN garantiza a los inversionistas extranjeros que los erarios públicos de los países miembros pagarán indemnizaciones por cualquier expropiación gubernamental directa o cualquier otra acción "equivalente" a una expropiación o a una expropiación indirecta. Si bien el TLC América Central con Estados Unidos elimina la frase "equivalente a", sigue exigiendo una indemnización por expropiaciones “indirectas,” que es el término operativo. De esta forma, en el marco del TLC un inversionista todavía puede obligar a un gobierno a pagar indemnización por efectos eventuales sobre su actividad comercial a consecuencia de una normativa, lo cual no sería objeto de indemnización en los juzgados nacionales.

- ***El TLC admite menos impactos adversos sobre la inversión que la legislación de EE.UU.:*** Según la legislación estadounidense, aproximadamente el 100 por ciento del valor de la propiedad debe resultar destruido para que una demanda por una regulación expropiatoria tenga alguno chance de éxito. Los casos del Capítulo 11 del TLCAN han sugerido que se necesita demostrar sólo un impacto "significativo" o "sustancial" sobre la inversión. A pesar de las demandas del Congreso, los negociadores de EE.UU. no solucionaron esta brecha importante entre los derechos de los inversionistas extranjeros y los nacionales en el texto del TLCAC.
- ***El intento del TLCAC de restringir lo que constituye una infracción del "nivel mínimo de trato" según la ley internacional es insuficiente:*** El TLCAN y el TLCAC incluyen disposiciones que garantizan a los inversionistas extranjeros un nivel mínimo de trato, que incluye el "trato justo y equitativo" de los países firmantes con el derecho de exigir indemnización si no se cumple con esta garantía. Los tribunales del TLCAN han variado enormemente en sus conclusiones sobre lo que esta garantía exige a los gobiernos, ordenando en un caso (Pope & Talbot) el pago de indemnización a un inversionista extranjero debido al comportamiento grosero de funcionarios gubernamentales. Una "nota interpretativa" de 2001 efectuada por los gobiernos del TLCAN intentó abordar este problema en el contexto del tratado, buscando restringir la aplicación al trato exigido por el derecho internacional "consuetudinario". Éste es el mismo lenguaje que utiliza el TLCAC. Sin embargo, el derecho internacional consuetudinario es notoriamente amplio, y proporciona enormes oportunidades para que los tribunales comerciales continúen aplicando una interpretación amplia.
- ***Las reglamentaciones nacionales ambientales y de salud no discriminatorias siguen en riesgo en el TLCAC:*** La redacción de un anexo del capítulo de inversiones del TLCAC, que pretende establecer límites a los casos en que las reglamentaciones ambientales y de salud no discriminatorias pueden ser consideradas como una violación a los derechos del inversionista extranjero en el marco del tratado, no salvaguarda tales leyes de posibles demandas, como puede verse a continuación.
- ***El TLCAC no incluye el sistema de apelaciones exigido por el Congreso:*** Los negociadores de EE.UU. no lograron crear un mecanismo de apelaciones para los casos inversionista-Estado en el capítulo de inversiones del TLCAC, como lo exigía la legislación de la vía rápida. La Oficina del Representante Comercial de EE.UU. tiene una propuesta para un mecanismo de apelación supra-judicial, pero no ha explicado cómo se instrumentará. La propuesta actual del Representante Comercial de EE.UU. es muy deficiente. En vez de proporcionar la coherencia exigida por el Congreso, establece un sistema de árbitros ad hoc y tribunales ad hoc. No existirían precedentes en el sistema, por lo que sería imposible obtener coherencia. Además, la propuesta eliminaría los ya muy limitados derechos de revisión de algunos de los dictámenes inversionista-Estado que poseen actualmente los juzgados nacionales al amparo de la legislación nacional sobre arbitraje.

Teniendo en cuenta que la administración Bush no cumplió con las exigencias del Congreso de mitigar los peores excesos del modelo de protección al inversionista extranjero del TLCAN el TLCAC, resulta esencial efectuar una evaluación del historial de los casos inversionista-Estado del TLCAN antes de que los formuladores de políticas consideren extender esos derechos de los inversionistas a nuevos países a través del TLC Andino – EEUU, el ALCA, y otros muchos

nuevos acuerdos de libre comercio actualmente en negociación. Este informe tiene como objetivo iniciar esa evaluación y a continuación se discuten sus principales conclusiones.

Lecciones de los litigios amparados en el TLCAN

Si bien hay más casos del TLCAN en curso que finalizados, un análisis detallado de los dictámenes de los tribunales en los casos inversionista-Estado concluidos y la situación de los casos pendientes nos permite identificar una serie de tendencias perturbadoras que han surgido en el marco del modelo de protección al inversionista extranjero del TLCAN y el TLCAC.

Los inversionistas extranjeros utilizarán el sistema inversionista-Estado para exigir indemnización por fallos adversos emitidos por juzgados nacionales: El caso Loewen amparado en el Capítulo 11 del TLCAN es un ejemplo excelente de cómo se concede a los inversionistas extranjeros mayores derechos que a las empresas nacionales. El panel del TLCAN en el caso Loewen emitió una sentencia arbitral sorprendente, indicando que todas las decisiones adversas de juzgados nacionales son potencialmente elegibles para una revisión en el marco del mecanismo inversionista-Estado como infracciones de la legislación internacional, y que pueden incluso calificar como "expropiaciones". Este dictamen implica a los fallos judiciales a todo nivel, incluso, potencialmente, a aquellos de la Suprema Corte de Justicia de los países. Por el contrario, las empresas nacionales no pueden lograr una segunda oportunidad fuera del sistema de juzgados nacionales y no pueden presentar demandas de "expropiación" basadas en los fallos de los juzgados nacionales.

El caso en cuestión amparado en el TLCAN, fue presentado por el Grupo Loewen, un conglomerado funerario gigante canadiense que había estado adquiriendo agresivamente pequeñas empresas funerarias en Estados Unidos. Loewen intentó utilizar la protección de inversionista-Estado del TLCAN para "revertir" una sentencia multimillonaria en dólares emitida por un jurado estadual en favor de un pequeño operador funerario que demandó al conglomerado por incumplimiento de contrato y diversas acciones fraudulentas. Si bien el tribunal del TLCAN desestimó las demandas subyacentes de Loewen por razones técnicas, básicamente porque la corporación Loewen en quiebra se había vuelto a constituir como empresa estadounidense y ya no reunía los requisitos para calificar como inversionista extranjero, el resultado habría sido muy diferente si la empresa se hubiera vuelto a constituir en Canadá. En primer lugar, el panel del TLCAN en este caso determinó que conforme a los términos del tratado, una sentencia de un jurado en un litigio por un contrato civil calificaba como "acción de gobierno" contra la cual el TLCAN concede a los inversionistas extranjeros protección especial. Los abogados que representaron a EE.UU. habían argumentado que lo que el TLCAN entiende como "medidas" son las políticas o acciones específicas de un gobierno que afectan a un inversionista extranjero, y no el funcionamiento diario de un juzgado nacional. La decisión del panel se centró además en la referencia a la legislación internacional en las disposiciones del TLCAN que garantizan un nivel mínimo de trato a los inversionistas extranjeros, destacando que si la conducta de un juzgado nacional infringe esa norma del derecho internacional se podría configurar una infracción del tratado. Cabe destacar que el panel no estableció ningún límite al tipo de fallo de un juzgado nacional que podría ser impugnado mediante el mecanismo inversionista-Estado, con la única salvedad de la obligación de los demandantes de agotar los recursos de la justicia nacional antes de dirigirse a un tribunal arbitral del TLCAN. En consecuencia, no resulta para nada sorprendente que la decisión del tribunal arbitral en el caso Loewen haya sido recibida con gran preocupación en los círculos jurídicos. Los juristas, así como los funcionarios estaduales y municipales, exhortaron a la administración Bush a mantener las resoluciones de los juzgados nacionales fuera de los tribunales arbitrales comerciales, pero el texto del TLCAC no excluye este tipo de casos.

Cuestionamientos crecientes sobre la constitucionalidad de los tribunales inversionista-Estado:

Tanto juristas como expertos legales cuestionan cada vez más la constitucionalidad del sistema de protección a los inversionistas extranjeros consagrado en el mecanismo inversionista-Estado. Por ejemplo, en los Estados Unidos el Artículo III de la Constitución establece la existencia de un poder judicial independiente separado de los poderes legislativo y ejecutivo del gobierno federal. La Jueza de la Suprema Corte de EE.UU., Sandra Day O'Connor, ha cuestionado la delegación de la autoridad consagrada por el Artículo III a un número cada vez mayor de tribunales arbitrales comerciales. "El Artículo III de nuestra Constitución reserva a los juzgados federales la potestad de decidir casos y controversias, y el Congreso de EE.UU. no puede delegar a otro tribunal "los atributos esenciales del poder judicial", afirmó la Jueza O'Connor.^{vii} En 1982 la Suprema Corte declaró que el establecimiento de tribunales de quiebra federales por parte del Congreso era una delegación del derecho constitucional del poder judicial demasiado extrema para lograr reconocimiento constitucional. Muchos especialistas y juristas consideran que los tribunales arbitrales del Capítulo 11 del TLCAN, que tienen poderes extraordinarios para revisar políticas y decisiones municipales, estatales y nacionales, así como decisiones judiciales, incluso de la Suprema Corte de Justicia de EE.UU., manifiestan una delegación aún más radical de "los atributos esenciales" del poder judicial. A pesar de estos graves problemas, el TLCAC establece—y la propuesta Estadounidense para el TLC Andino establecería—el mismo sistema de tribunales arbitrales para los litigios inversionista-Estado y ampliaría este sistema a los inversionistas extranjeros de seis países adicionales en caso de instrumentarse el tratado. Dentro de la negociaciones del TLC Andino, negociadores Andinos han cuestionado la constitucionalidad en sus propios países del capítulo de inversiones, un conflicto sobre lo cual, no existe información de que se ha sido claramente resuelto.^{viii}

Los inversionistas extranjeros pueden presentar casos de "regulaciones expropiatorias" que no están permitidos en la legislación nacional:

Las reglas de inversiones del TLCAN dan nuevos derechos a los inversionistas extranjeros que van significativamente más allá de los derechos otorgados a los ciudadanos y las empresas en la legislación nacional de varios países. Por ejemplo, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha sostenido que la "mera disminución en el valor de la propiedad, sin importar cuan significativa, es insuficiente para configurar una expropiación".^{ix} En contraposición, los tribunales arbitrales del Capítulo 11 del TLCAN han definido como expropiación indemnizable "la interferencia imprevista" en el uso de la propiedad que sólo necesita causar un deterioro "significativo" o "sustancial" a una inversión.^x Además, bajo la legislación estadounidense y de otros países, generalmente las demandas por regulaciones expropiatorias sólo abarcan los bienes raíces (inmuebles). Los bienes personales (cualquier otro que no sea propiedad de la tierra) y otros intereses económicos generalizados no son elegibles para este tipo de demandas. En el TLCAN, la definición de inversión indemnizable no está limitada a la estrecha categoría de los bienes raíces. Efectivamente, la mayor parte de las inversiones por las cuales podría demandarse al gobierno estadounidense en el marco del TLCAN (como los bonos de deuda, acciones de capital, préstamos, contratos, etc.) constituyen propiedad personal intangible, no elegible para una demanda por regulación expropiatoria. En lugar de arreglar los problemas causados por las reglas laxas del TLCAN y la problemática historia de los casos presentados en el marco del tratado, la administración Bush simplemente realizó algunos cambios cosméticos en el TLCAC. Por ejemplo, un intento de "arreglo" fue la eliminación de 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—y la propuesta estadounidense en el TLC Andino— aún exige la indemnización de las expropiaciones "indirectas", que es el término operativo en el que se han basado los paneles del TLCAN para determinar la existencia de regulaciones expropiatorias. Por otra parte, el TLCAC, más que acotar la definición de inversión indemnizable

la amplía, incorporando en la definición: “el asumir riesgo”, “la expectativa de ganancia o utilidades”, los derechos de propiedad intelectual, licencias y permisos y otras categorías de la propiedad y de contratos gubernamentales, inclusive los contratos de concesión de recursos naturales. El resultado final es que el marco del TLCAC ofrece en última instancia a las empresas extranjeras derechos sustantivos y procesales muy superiores a los que tienen la mayoría de los de los ciudadanos en el marco de la legislación nacional correspondiente.

El costo potencial para los contribuyentes podría ascender a miles de millones de dólares:

Finalmente, son los contribuyentes del país en cuestión los que deben pagar la indemnización a un inversionista extranjero si éste tiene éxito en su demanda amparándose en el TLCAN. 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 se han pagado US\$35 millones a modo de compensación a inversionistas extranjeros. Otros US\$28 mil millones han sido reclamados por los inversionistas del TLCAN. Si bien varios demandantes amparados en el TLCAN parecen estar inflando sus demandas de indemnización,^{xi} y ninguno ha triunfado hasta ahora en demandas por miles de millones, alcanzan unos pocos fallos por sumas muy grandes – como el de US\$15,6 millones de dólares contra México en el caso Metalclad- para producir un impacto significativo en los tesoros nacionales de estos países. Esto podría tener como consecuencia que los gobiernos nacionales traten de retener los fondos destinados a los estados como medida de presión, tal como lo intentó el gobierno mexicano en el caso Metalclad. Por otra parte, los costos de la defensa que deben pagar los gobiernos nacionales en estos casos inversionista-Estado, con dinero que podría destinarse a otros fines en estos tiempos de presupuestos tan ajustados, son muy significativos en sí mismos. Por ejemplo, los abogados estadounidenses que defienden la impugnación de Methanex a la prohibición del MTBE en California, han cobrado hasta ahora US\$3 millones.

El mecanismo inversionista-Estado destruye el escudo de inmunidad soberana: El Capítulo 11 del TLCAN no contempla el principio de inmunidad soberana y constituye una revisión profunda de las protecciones que brinda este principio. 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”.^{xii} Los elaboradores de las políticas nacionales y estatales sólo renuncian al derecho a la inmunidad soberana cuando lo hacen en forma explícita y en base a una consideración caso a caso. No existe evidencia de que los funcionarios electos que votaron el acuerdo tuvieran la intención de dar un cheque en blanco de renuncia a los derechos a la inmunidad soberana en el marco del TLCAN, sin embargo al parecer esto es lo que ha sucedido.

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 estatal y municipal, políticas ambientales y de salud pública, fallos adversos de juzgados estatales, y contratos estatales y municipales. En el caso de los desechos tóxicos de Metalclad, la decisión de una municipalidad mexicana de denegar el permiso de construcción antes de que una compañía estadounidense pudiera comenzar la ampliación de sus instalaciones para un vertedero de desechos tóxicos, y una decisión posterior del gobernador del estado de crear una reserva ecológica en ese sitio, fueron impugnadas con éxito como violaciones al TLCAN, y el gobierno mexicano fue obligado a pagar la suma de US\$15,6 millones por daños y perjuicios. Si bien es cierto que el TLCAN no permite al panel anular directamente una ley, y 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 se avengan a su voluntad. Por ejemplo, pueden retener los fondos para proyectos estatales y municipales hasta que se modifique la medida que constituye la ofensa, o hasta que la localidad acepte contribuir a la indemnización correspondiente. El gobierno federal puede también imponerse por sobre las políticas estatales con una ley nacional –un esfuerzo que seguramente generará más controversias y cuestionamientos constitucionales. Las organizaciones nacionales que representan a los gobiernos estatales y municipales han comenzado a expresar su alarma sobre estos casos inversionista-Estado. Temen acertadamente que las reglas internacionales de expropiación puedan establecer una nueva norma de regulaciones expropiatorias que no sólo signifique una presión para que los estados acomoden de antemano sus políticas, sino que podría eventualmente ser utilizada para justificar acciones federales contra los estados.

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 resueltos o bien ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que funciona en el marco del Banco Mundial, o en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Estos dos organismos de arbitraje fueron creados para arbitrar litigios privados entre partes contractuales, en disputas estrictamente comerciales. En consecuencia, en el pasado, la condición de estricta confidencialidad de estos procesos, sin formas de acceso para la prensa o el público, ni ningún mecanismo procesal para la participación pública no era tan preocupante. Ahora, sin embargo, estos mismos organismos abordan cuestiones significativas de políticas públicas. El TLCAN y el TLCAC le han otorgado—y el TLC Andino y el ALCA probablemente le otorgarán—competencia a estos tribunales para juzgar en temas referidos a la pertinencia de políticas públicas, tales como las reglas del estado de California en relación a los derechos de concesión para minas a cielo abierto, o la ley de California que elimina un aditivo de la gasolina, el MTBE, después de confirmar que estaba contaminando los sistemas de agua potable de todo el estado. Sin embargo, en el sistema de arbitraje inversionista-Estado, los ciudadanos de los diferentes estados o localidades, deben confiar en las agencias del gobierno federal para que defiendan sus leyes estatales, que pueden no ser compartidas por el gobierno federal (como en el caso de la normativa de minería de California). Los habitantes de California no pueden ser parte en casos que involucran la salud y la seguridad de sus comunidades, y el Fiscal General de California, guardián electo de la legislación estatal, ni siquiera tiene un rol formal. Sin embargo, son los dineros provenientes de los impuestos que pagan los ciudadanos de California los que luego pueden ser destinados al pago de millones de dólares al inversionista extranjero por concepto de indemnización. Los cambios recientemente introducidos en el TLCAC abrirán 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. Sin embargo, los ciudadanos siguen sin poder ser Parte de las demandas y sólo pueden acceder a oportunidades amicus limitadas, ya que 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. Las cuestiones relativas a la aptitud y la legitimidad de estos organismos de arbitraje privados para intervenir en controversias que involucran el interés público se vuelven más urgentes en tanto el número de litigios relativos a las inversiones amparados en el TLCAN y varios tratados bilaterales de inversiones parece estar creciendo rápidamente.

La amenaza de posibles demandas mediante el sistema inversionista-Estado desalienta políticas de interés público: En una de las primeras causas iniciadas en el marco del TLCAN, la empresa estadounidense Ethyl Corporation presentó una demanda contra una medida ambiental y de salud pública del gobierno de Canadá que restringía el aditivo MMT de la gasolina cuando ésta

estaba todavía en proceso de debate en el parlamento. Las reglas del TLCAN exigen que las empresas esperen seis meses después de los eventos que dan lugar a la demanda y que luego realicen un intento para lograr la solución negociada del problema, antes de la presentación de una demanda inversionista-Estado amparada en el TLCAN. Que un tribunal del TLCAN aceptara este caso, que constituía un intento flagrante de intimidar al cuerpo legislativo para que no actuara, es una señal muy alarmante. El gobierno de Canadá finalmente llegó a un arreglo sobre el caso, revocando la prohibición del aditivo de la gasolina, y pagando US\$13 millones a la compañía antes de que el tribunal del TLCAN emitiera un dictamen definitivo. Más recientemente, en 2004, un comité con representación de todas las partes interesadas, creado por el gobierno provincial de New Brunswick en Canadá, recomendó que la provincia desarrollara su propio plan de seguro de automóviles. El comité respondía a un clamor público ante el aumento exponencial de las primas de los seguros de automóviles. El plan recomendado por el comité pretendía lograr reducciones promedio en las primas de aproximadamente un 20 por ciento en relación a los planes existentes, gracias a su carácter no lucrativo y otras reducciones de costos. Sin embargo, la propuesta naufragó 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 porción del mercado al amparo del Capítulo 11 del TLCAN. La lección de esta debacle de los seguros de automóviles puede ser fácilmente aplicable a distintos programas gubernamentales de ampliación de la cobertura de los servicios de salud a los pobres. Un número incalculable de amenazas puede congelar las políticas de interés público en todos los niveles del gobierno.

El número de litigios inversionista-Estado contra los servicios públicos podría aumentar:

Una firma que ha utilizado las reglas del TLCAN, no para alegar una “expropiación” sino con propósitos estratégicos en vez de defensivos, es United Parcel Service (UPS). UPS argumenta que como la empresa estatal de correos canadiense presta servicios públicos de correo, no debería prestar también servicios integrados de mensajería y entrega de paquetes. Según UPS, la vasta infraestructura de Canada Post –incluidas sus pensiones, vehículos, casillas de correo e incluso sus carteros– constituye, en el marco del TLCAN, un subsidio ilícito a sus servicios de encomiendas y mensajería y le proporciona a la empresa estatal una ventaja injusta en el mercado. En una era en la que la prestación pública y comercial de servicios está a menudo mezclada, pocos servicios públicos incluidos los de salud y la educación serían inmunes a demandas empresariales similares. 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 pasando de la defensiva (protegiéndose contra supuestas expropiaciones) a la ofensiva, utilizando los tribunales del TLCAN y el sistema inversionista-Estado para conseguir condiciones más favorables para sus firmas. No hay nada en la redacción del TLCAC—ni, aparece, en 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:

El preámbulo del TLCAN establece que los países se harán cargo de sus obligaciones de manera “congruente con la protección y la conservación del ambiente”. En otra parte del texto, en el artículo 1114 del capítulo de inversiones, se pretende proteger al medioambiente y evitar un retroceso en la normativa ambiental. Estas disposiciones del TLCAN han sido desechadas tan rápidamente por los tribunales arbitrales del tratado, al punto de tornarlas 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. El fallo sí deja claro que no le otorgó ningún peso a las consideraciones ambientales de la comunidad, que fueron la razón por la cual el gobierno local intentó bloquear el vertedero. Además, el panel sentó una serie de precedentes perturbadores. No solo igualó la denegación de

un permiso municipal de construcción y la creación de una reserva ecológica con una “expropiación” conforme al TLCAN, sino que amplió la definición de “expropiaciones” para incluir la interferencia “imprevista” con el valor de la propiedad, abriendo así la puerta a que toda clase de acciones de zonificación legítimas por parte de los órganos de gobierno estatales o municipales, sean impugnables bajo el TLCAN. 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.

Conclusiones

Los partidarios del TLCAN han sostenido que estas amplias protecciones al inversionista y el sistema privado de solución de controversias eran necesarios para proteger a los inversionistas de la apropiación de la propiedad privada por parte del Estado (es decir, la nacionalización). México, que nacionalizó las refinerías extranjeras en 1938, fue el centro principal de estas preocupaciones.^{xiii} Sin embargo, las demandas inversionista-Estado presentadas a la fecha han tenido poco que ver con la confiscación gubernamental de la propiedad. En su lugar, estas demandas impugnan leyes, normativas, decisiones judiciales y otras acciones de gobierno a nivel nacional, estatal y municipal.

Los amplios derechos otorgados a las empresas en el TLCAN fueron solamente uno de los factores que pasaron inadvertidos para los políticos y los medios durante el debate que rodeó a la firma del tratado a comienzos de la década de 1990. Hoy, a los once años de su entrada en vigor, el historial de los casos del TLCAN nos deja lecciones que nos llaman a actuar con precaución. No obstante, los pequeños arreglos introducidos al modelo de inversiones del TLCAN en el TLCAC y otros acuerdos bilaterales de comercio recientes, no sólo no solucionan los problemas medulares del modelo, sino que pueden generar otra serie de problemas nuevos. Por ejemplo, como señala el profesor Mathew Porterfield de la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown, la compleja redacción del artículo 10.12 del TLCAC sobre “denegación de beneficios”, establece al parecer el derecho de las empresas a utilizar una subsidiaria en otro país, un país que es parte del acuerdo, para atacar las leyes de su Estado de origen. El único requerimiento es que la subsidiaria debe tener “actividades comerciales sustanciales” fuera de su Estado de origen. En otras palabras, el cambio en la redacción del TLCAC podría permitir a Phillip Morris, por ejemplo, utilizar su subsidiaria costarricense para atacar las leyes estadounidenses sobre el tabaco siempre y cuando la subsidiaria tenga intereses comerciales sustanciales en Costa Rica o en cualquier otra nación centroamericana (es decir, que no sea solamente un apartado postal).

No está definido qué constituye “actividades comerciales sustanciales”, y dadas las anteriores decisiones del Capítulo 11 del TLCAN esto es motivo de grave preocupación. En el caso inversionista-Estado de S.D. Myers sobre los PCB, el tribunal del TLCAN ordenó a Canadá pagar \$4,8 millones, aún cuando estaba muy poco claro cuál era la actividad comercial de S.D. Myers en Canadá. La empresa no tenía siquiera una historia registrada de importación de PCB a los Estados Unidos. Esto no constituyó un obstáculo para el tribunal del TLCAN, que –como se señalara antes- con creatividad consideró la potencial “porción del mercado” de S.D. Myers en el tratamiento de tóxicos canadienses como una inversión suficiente para generar una demanda al amparo del TLCAN.

Este otorgamiento de nuevos derechos procesales a subsidiarias extranjeras de firmas nacionales para que puedan así atacar las leyes de sus países de origen ante tribunales del TLCAC,

constituye una afrenta a la potestad de los representantes electos de establecer la legislación nacional. En los Estados Unidos, por ejemplo, en numerosas ocasiones, el Congreso ha rechazado proyectos de ley que facilitarían la presentación de demandas por regulaciones expropiatorias ante la justicia estadounidense. Ahora, el TLCAC otorgaría a las grandes multinacionales esos derechos a través de un acuerdo internacional de “comercio”. Lo que es más, estos derechos solo abarcarían a las firmas lo suficientemente grandes como para tener subsidiarias extranjeras. La mayor parte de las empresas no son multinacionales, sino que operan en sus comunidades locales o en el territorio nacional. Estas firmas de pequeño y mediano porte, que constituyen la columna vertebral de la economía, están por tanto doblemente en desventaja bajo el TLCAC. Tanto a los inversionistas extranjeros como a las gigantes multinacionales se les otorgan mayores derechos y poderes que a las pequeñas firmas nacionales que operan en sus comunidades locales.

En la negociaciones del TLC Andino, funcionarios estadounidenses han dado el mensaje a los equipos negociadores de los países Andinos de que el nuevo acuerdo tendría que ser un “TLCAC-plus”—es decir, un acuerdo que profundiza el modelo TLCAN-TLCAC—al menos con respecto al capítulo sobre agricultura, para poder ser aprobado por el congreso de los Estados Unidos.^{xiv} A pesar de las preocupaciones de varios congresistas y oficiales estatales de ambos partidos, parece que han estado impulsando hacia esta meta también en el contexto del capítulo de inversiones, donde un “TLCAC-plus” significa que el TLC Andino tendría la misma ampliación de los derechos de la inversionista contenida en el TLCAC, y que estos derechos se implementarían con retroactividad, aplicándose a leyes o actos administrativos de los países Andinos ya en vigencia.

Como si las implicancias de esta disposición del TLCAN no fueran lo suficientemente alarmantes, una sentencia arbitral reciente en un litigio ante uno de los tribunales que usaría el TLCAC y—se supone—el TLC Andino (el CIADI), significó un nuevo avance para las empresas que buscan presentar casos inversionista-Estado contra sus países de origen. El caso involucró a un grupo de inversionistas ucranianos que constituyeron una empresa con personería jurídica en Lituania y luego usaron esa entidad para invertir nuevamente en Ucrania. Posteriormente se valieron de las protecciones al inversionista otorgadas por el Tratado Bilateral de Inversiones entre Lituania y Ucrania.^{xv} Dos panelistas del caso, Dan Price (un ex funcionario de comercio estadounidense que negoció el Capítulo 11 del TLCAN) y el profesor italiano Piero Bernardini, dictaminaron que la demanda era procedente, argumentando que el origen del capital no era relevante.^{xvi} Sin embargo, el presidente del tribunal, el respetado profesor de derecho francés Prosper Weil, disintió con sus colegas. Sostuvo que el sistema de resolución de diferencias relativas a inversiones del CIADI se creó para arbitrar demandas *internacionales* y promover las inversiones *extranjeras*, y que la posición adoptada por la mayoría del tribunal ponía en duda la integridad del CIADI y “contrariaba el propósito de la Convención del CIADI, y podía poner en riesgo el futuro de la institución”.^{xvii} Poco después renunció al caso, hecho que marcó la primera renuncia de un presidente de tribunal.^{xviii} Sólo es cuestión de tiempo antes de que un inversionista estadounidense creativo, amparado en el TLCAC, use una subsidiaria para presentar una demanda no contemplada en la constitución, contra una ley estadounidense, alegando una regulación expropiatoria, evadiendo las disposiciones legislativas y procesales de los Estados Unidos. Lo mismo parece factible con respecto a cualquier otro país suscribiéndose al modelo TLCAC, o TLCAC-plus, como próximamente serían los países Andinos como Colombia, Ecuador o Perú.

Aún sin la disposición extraordinaria—presente hasta ahora sólo en el TLCAC —que habilita a subsidiarias extranjeras de empresas nacionales a presentar demandas inversionista-Estado, el Capítulo 11 del TLCAN contiene reglas amplias y definiciones abarcativas que permiten a las empresas presentar tantas demandas inversionista-Estado como sean capaces de solventar con sus recursos. Con la cierta probabilidad que la disposición también este presente en el TLC Andino y

acuerdos comerciales del futuro como el ALCA, cada vez que se presenta uno de estos casos, se malgasta el dinero de los contribuyentes ya que los abogados del gobierno deben hacerse cargo de la defensa. Los casos inversionista-Estado ya han engullido millones de dólares de los contribuyentes.

A pesar de este historial, las pequeñas modificaciones introducidas en el TLCAC y los otros TLC como el TLC Andino al modelo de inversión del TLCAN, no solucionan ninguno de los problemas fundamentales, y en consecuencia el número de demandas contra las políticas de interés público a nivel municipal, estadual y nacional seguirá aumentando.

Por este motivo, Public Citizen hace las siguientes recomendaciones:

- Se debe eliminar el sistema inversionista-Estado de los acuerdos futuros. Las disputas comerciales generadas bajo los términos de los acuerdos internacionales entre naciones deben ser atendidas por los propios gobiernos en una relación Estado-Estado. Existe un precedente para este enfoque, ya que el TLC EEUU-Australia de 2004 no incluyó un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.
- Las disposiciones sobre regulaciones expropiatorias que otorgan a los inversionistas extranjeros más derechos que a las empresas nacionales deben ser eliminadas del TLCAN y no incluirse en los acuerdos futuros. Otros aspectos del modelo de protección al inversionista del TLCAN requieren cambios significativos para asegurar que los inversionistas extranjeros no gocen de más derechos sustantivos o procesales que las empresas nacionales.
- Los acuerdos comerciales deben abordar fundamentalmente los asuntos de comercio tradicionales –los términos de intercambio entre países- no el sistema normativo, el régimen de inversiones ni otras políticas internas de los países. Todas las políticas ambientales, de salud, seguridad y otros aspectos de interés público que no sean discriminatorias, así como los asuntos estaduales y municipales y las decisiones de los juzgados nacionales deben mantenerse explícitamente fuera del alcance de las reglas de protección al inversionista.

ⁱ Ver, North American Free Trade Agreement (TLCAN), 32 IL.M 605, (en adelante, TLCAN).

ⁱⁱ El Tratado de Libre Comercio de América Central fue finalizado y firmado por las naciones miembro el 28 de mayo de 2004. Los países signatarios son los Estados Unidos, Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua. El Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos y los países Andinos incluye a Colombia, Ecuador y Perú. Bolivia está participando como país observador.

ⁱⁱⁱ “Major issues on patent protection, investment remain in Andean FTA.” *Inside US Trade*. August 5, 2005. Ver también, la carta de la la conferencia nacional de legisladores estaduales (NCSL) a Embajador Rob Portman, 21 de Julio, 2005, que está incluido en el apéndice a este informe, tanto como la carta de gobernador Christine Gregoire del estado de Washington a Embajador Portman, 19 de Agosto de 2005, también incluido en el apéndice.

^{iv} “Andean Talks Shift to Advancing IPR, agricultura.” *Inside US Trade*. 18 de Febrero, 2005

^v John Echeverria, “The Real Contract on America,” *The Environmental Law Institute* (reimpreso de The Environmental Forum), julio-agosto 2003, página 1.

^{vi} “Major issues on patent protection, investment remain in Andean FTA.” *Inside US Trade*. 5 de Agosto, 2005. También ver la carta de ONGs estadounidense a los parlamentos Andinos, 9 de Septiembre, 2004, contenido en el apéndice de este informe.

^{vii} Sandra Day O’Connor, “Federalism of Free Nations,” 28 *N.Y.U. J. Int’l. L. & Pol.* 35, Otoño 1995-Invierno 1996.

^{viii} “Vargo Says Major Work Remains in Key Areas of the Andean FTA.” *Inside US Trade*, 25 de Marzo, 2005.

^{ix} *Concrete Pipe and Products v. Construction Laborers Pension Trust*, 508 U.S. 602, junio 14, 1993, at 615.

^x Laudo Provisorio del Tribunal Arbitral, en el caso de Arbitraje al amparo del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre Pope & Talbot Inc. y el Gobierno de Canadá, Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional, junio 26, 2000, página 37; Laudo del Tribunal Arbitral constituido al amparo del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Metalclad Corporation v. los Estados Unidos Mexicanos, Reglamento Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, agosto 25, 2000, página 28. El Panel de Metalclad estableció que la expropiación en el TLCAN: “incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o imprevista del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad”.

^{xi} Según se puede ver en la Tabla de Casos y Demandas Amparados en el Capítulo 11 del TLCAN, dos demandas que no parecen haber llegado a arbitrase agregarían grandes sumas a la cifra total: la demanda de Sun Belt por US\$ 10 mil millones y la de Baird por US\$13 mil millones. Incluso restando esas demandas del total los países podrían tener que pagar US\$ 5 mil millones por indemnizaciones. Además, el número de casos registrados al amparo del TLCAN aumenta aceleradamente y el número más grande de casos en proceso activo de arbitraje (siete) son casos pendientes contra los Estados Unidos.

^{xii} Edward J. Sullivan and 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.

^{xiii} Mathew Nolan and Darin Lippoldt, “Obscure NAFTA Clause Empowers Private Parties”, *The National Law Journal*, abril 6, 1998.

^{xiv} “Andean Officials Stress Importance of Finishing Talks in October,” *BNA Daily Report for Executives*, 9 de Septiembre, 2005.

^{xv} Luke Eric Peterson, “ICSID Tribunal Splits Sharply Over Question of Corporate Nationality,” *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, junio 11, 2004.

^{xvi} Luke Eric Peterson, “ICSID Tribunal Splits Sharply Over Question of Corporate Nationality,” *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, junio 11, 2004.

^{xvii} Professor Prosper Weil, Dissenting Opinion, *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, abril 29, 2004, página 16, disponible en el sitio: www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award25.

^{xviii} Luke Eric Peterson, “Chairman of Tribunal Resigns After Dissenting in Investment Arbitration,” *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, julio 6, 2004.