

UN INFORME POR AMERICANS FOR DEMOCRATIC ACTION,
U.S. ACTION, Y PUBLIC CITIZEN'S GLOBAL TRADE WATCH

TLC Perú-EEUU

Ayudaría a Fijar la Fracasada Privatización de la Seguridad Social en Perú



Junio de 2007

© 2007 by Public Citizen's Global Trade Watch. All rights reserved. No part of this document may be reproduced or utilized in any form or by any means, electronic or mechanical, including photography, recording, or by information exchange and retrieval systems, without written permission from the authors.

Public Citizen is a nonprofit membership organization in Washington, D.C., dedicated to advancing consumer rights through lobbying, litigation, research, publications and information services. Since its founding by Ralph Nader in 1971, Public Citizen has fought for consumer rights in the marketplace, for safe and secure health care, for fair trade, for clean and safe energy sources, and for corporate and government accountability. Visit our web page at <http://www.citizen.org>.

Acknowledgments: This report was written by Todd Tucker and Lori Wallach and translated by Tucker. Thanks to Mary Bottari, Alan Charney, David Edeli, Amy Isaacs, William McNary, Will Matthews, Javier Mújica, Humberto Ortiz Roca, Yvette Pena-Lopes, Sehar Raziuddin, Adina Rosenbaum, Luis Sandoval, Holly Shulman, Mary von Euler, and Brandon Wu for their assistance. The paper also benefited from conversations with officials working in government, international financial institutions, law firms, and think-tanks.

Additional copies of this document are available from:

Public Citizen's Global Trade Watch
215 Pennsylvania Ave SE, Washington, DC 20003
(202) 546-4996
PC Product ID No: E9025

Other Titles by Public Citizen's Global Trade Watch:

States' Rights And International Trade: A Legislator's Guide to Reinvigorating Federalism in the Era of Globalization (February 2007)

Election 2006: No To Staying the Course on Trade (November 2006)

The Uses of Chile: How Politics Trumped Truth in the Neo-Liberal Revision of Chile's Development (September 2006)

The WTO's Empty Hong Kong "Development Package": How the World Trade Organization's 97% Duty-Free Proposal Could Leave Poor Countries Worse Off (June 2006; with ActionAid)

Dangerous CAFTA Liaisons: Members of Congress Providing Decisive Votes on Trade Deal Receive Jump in Corporate Campaign Cash (February 2006)

Big Box Backlash: The Stealth Campaign at the World Trade Organization to Preempt Local Control Over Land Use (December 2005)

Trade Wars: Revenge of the Myth / Deals for Trade Votes Gone Bad (June 2005)

Fool Me Twice? Chamber of Commerce Distorts NAFTA Record, Hides CAFTA Costs (March 2005)

NAFTA's Threat to Sovereignty and Democracy: The Record of NAFTA Chapter 11 Investor-State Cases 1994-2005 (February 2005)

Another Americas is Possible: The Impact of NAFTA on the U.S. Latino Community and Lessons for Future Trade Agreements, written with Labor Council for Latin American Advancement (August 2004)

Whose Trade Organization? A Comprehensive Guide to the WTO (New Press, 2004)

Resumen Ejecutivo

En 2006, la administración de Bush negoció un pacto para una expansión del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, o NAFTA por sus siglas en inglés) a Perú, el cual contendría provisiones poco conocidas que resfriarían (“chill”) los esfuerzos para revocar la privatización fracasada del sistema peruano de seguridad social. Estos términos del TLC parecen beneficiar a sólo una empresa estadounidense, Citibank, que es la accionista principal en ProFuturo AFP, uno de los proveedores de cuentas privadas para la jubilación autorizados (en el esquema de privatización) para competir con el sistema público peruano de seguridad social.

Otras empresas estadounidenses también ganarían derechos para proveer servicios al sistema peruano privatizado bajo los términos del TLC, como lo mencionó el Comité Asesor sobre Industrias de Servicios y Finanzas de la administración de Bush, quienes esperan usar el TLC como un precedente para expandir el alcance de la privatización mundialmente: “Elogiamos a los negociadores de Estados Unidos y Perú por las provisiones sustantivas y significativas que incluyeron sobre pensiones... administradores estadounidenses de carteras de inversiones podrán proveer sus servicios a los fondos mutuos y de pensión peruanos, incluyendo a las AFPs.”¹

El TLC-Perú se firmó en abril de 2006,² pero incluso antes de las elecciones de aquel año, faltaba el apoyo congresal para implementarlo. Federaciones sindicales peruanas – quienes están encabezando la lucha para revocar la privatización – escribieron a líderes demócratas a principios de 2007 para solicitar su ayuda. Peticiones similares fueron enviadas por el arzobispo peruano Pedro Barreto y grupos estadounidenses religiosos y a favor del comercio justo.

No obstante la oposición de los demócratas a la privatización de seguridad social y el mandato para promover el comercio justo que recibió el partido en las elecciones de 2006, el “compromiso” sobre política comercial anunciado el 10 de mayo entre algunos líderes demócratas y la administración de Bush para facilitar la aprobación del TLC-Perú no remediaba al problema.

En los términos más básicos, el problema se trata de unas provisiones en el TLC-Perú que les otorgarían el poder a los inversionistas extranjeros de demandar compensación en tribunales de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y del Banco Mundial por motivo de acciones gubernamentales que socaven sus ganancias futuras anticipadas como un inversionista en Perú. Bajo estos términos, si Perú revocase la privatización, Citibank podría usar el TLC para buscar compensación gubernamental para la “nacionalización” de su inversión en proveer fondos de pensión privados. El TLC tiene una excepción que le prohibiría al gobierno de Estados Unidos poner una demanda en contra de Perú para la pérdida de acceso al mercado financiero en fondos de pensión privado si la privatización se revocase. Por ende, mientras el TLC tiene salvaguardias para el derecho *legal* de Perú a revocar su privatización, el TLC socava la habilidad práctica de Perú a ejercer aquel derecho. Es el caso de que Perú actuara para ejercer sus derechos a terminar el acceso al mercado de fondos de pensión privado, el país podría ser enfrentado con grandes demandas de compensación a inversionistas extranjeros.

La suma por la que Citibank podría demandar al estado peruano podría ser considerable, ya que el derecho a proveer cuentas privadas es de vigencia indefinida y, bajo las leyes que

implementaron la privatización, las licencias sólo se puede remover por una causa especialmente grave. Los movimientos sindicales y de jubilados en Perú dicen que estas provisiones del TLC resfriarían su habilidad para ganar la revocación de la privatización porque el gobierno no tendría los recursos financieros para pagar la compensación que tendría que pagar para restaurar el servicio público.³

La ley estadounidense no permite que las empresas obtengan compensación del gobierno por reformas políticas que cambien las reglamentaciones financieras. La ley estadounidense no permite que las empresas eludan las cortes nacionales para derivar una demanda a tribunales extranjeros. Pero los derechos otorgados a los inversionistas extranjeros en el TLC van mucho más allá de la ley estadounidense. **Corregir este problema requiere solamente la inserción de una oración en las provisiones del TLC sobre “expropiación y compensación” clarificando que la revocación de la privatización de seguridad social no estará sujeta a reivindicaciones para obtener compensaciones con base al mecanismo inversionista-estado.**

Trasfondo: Dictaduras e intereses corporativos socavan la promesa de seguridad social

En su mensaje de 1935 al Congreso estadounidense en el que promocionó su plan de seguridad social, el Presidente Franklin Delano Roosevelt argumentó que, “La mayoría de los demás países avanzados del mundo ya lo han adoptado y sus experiencias nos brindan el conocimiento de que el seguro social puede ser un proyecto con bases sólidas y viables... Nosotros pagamos el precio por la inseguridad económica ahora – y uno muy alto. No podemos ignorar la obligación que tenemos ante nosotros.”⁴ Tal como fue prometido, la cobertura universal y pública del sistema de seguridad social estadounidense ha controlado los costos y mantenido el apoyo político a favor del programa, hasta el punto de que no existen dudas serias sobre la solidez política o actuarial del programa.⁵

A pesar de la solidez del programa, intereses financieros frecuentemente han abogado por su privatización, especialmente cuando se toman en cuenta las enormes tarifas que cobrarían bajo tal sistema.⁶ La administración de Bush hizo de la privatización parcial de la seguridad social una de las más importantes prioridades durante su segundo mandato, sólo para encontrar que millones de estadounidenses – junto con líderes congresales como los Representantes Charles Rangel (D-N.Y.) y Sander Levin (D-Mich.) – se opusieron a esto.⁷

Mientras que Estados Unidos ha bloqueado estos esfuerzos privatizadores, otros países no han tenido tanta suerte. Bajo la dictadura de Pinochet, el sistema chileno de seguridad social se privatizó – una acción que resultó ser desastrosa, aumentando exorbitantemente los costos sin que se mejorara la cobertura o la equidad social.⁸ (Como reportaba una exclusiva en *Los Angeles Times*, “la privatización del sistema de pensiones [en Chile] ocurrió figurativamente a punta de pistola. Es el producto de una dictadura de 17 años que se cobró la vida de aproximadamente 3.000 personas y forzó al exilio a cientos de miles de personas.”)⁹ No obstante el fracaso de tal sistema, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI) presionaron a otros países latinoamericanos para que privatizaran sus sistemas de pensiones, por medio de ambos

mecanismos; el de imponer condiciones a los préstamos y las recomendaciones que hicieron durante todos los 1990s.¹⁰

El modelo chileno fue la inspiración original para la privatización de la seguridad social en Perú. De hecho, según funcionarios públicos peruanos, la ley de privatización peruana “quizás no se hubiese firmado como ley” de no haber sido por el consejo político de funcionarios pinochetistas.¹¹ Según un estudio importante del periodo, después de la “violencia por motivos políticos, hiperinflación, desastre económico y la erosión de la capacidad del Estado” durante los años 80, la administración peruana de Alberto Fujimori pudo consolidar su poder aliado a los militares y mediante un golpe de Estado en 1992 y “aprovechar de esta ventana de oportunidad para incluir la privatización de pensiones en un paquete neo-liberal de reformas estructurales... Mientras que esta iniciativa era apoyada con entusiasmo por los representantes de la industria local de finanzas y seguros, la reforma tuvo fuerte oposición de los sindicatos, jubilados y empleados [del sistema público de seguridad social].”¹²

Tal como en otros países, se le prometía al Perú que la privatización expandiría la cobertura y bajaría los costos. Estas promesas jamás se concretaron, pero la privatización sí logró producir considerables ganancias para el oligopolio de compañías privadas que el gobierno de Perú seleccionó para operar el servicio de pensiones. Un estudio efectuado por economistas del Banco Mundial encontró que, “En Perú, por ejemplo, estimaciones recientes indican que entre 1998 y 2002, el porcentaje de los aportes de los usuarios que correspondían a tarifas (o comisiones) se mantuvo constante mientras que los costos a las compañías disminuyeron. Como resultado, las ganancias se dispararon.” El estudio concluyó que, “Aun los gobiernos latinoamericanos capaces encuentran difícil la regulación eficaz de estos oligopolios.”¹³

Bajo el modelo peruano de seguridad social privatizada, el gobierno peruano (por medio de su Superintendencia de Banca y Seguros, SBS) da licencias de operación *por un periodo ilimitado de tiempo* a Administradoras Privadas de Fondos de Pensión (AFPs) aprobadas.¹⁴ Para recibir tal licencia, las AFPs deben ser constituidas como sociedades anónimas que operan sólo para proveer las cuentas de seguridad social.¹⁵ También deben cumplir con otros requisitos financieros y reglamentarios.¹⁶ Típicamente, cada AFP tendrá varios accionistas principales, constituidos por grandes empresas, bancos y compañías de seguros. La SBS puede requerir la liquidación de cualquier AFP si la compañía no cumple con los términos de la licencia o las leyes aplicables.¹⁷ La SBS también puede requerir que otras AFPs tomen administración temporal de una AFP en proceso de liquidación.¹⁸ Los trabajadores pueden elegir entre el sistema público o privado, pero una vez que salen del sistema público, las condiciones para regresar a éste son extremadamente difíciles.¹⁹

Según la Administración de Seguridad Social Estadounidense, que sigue de cerca los sucesos que ocurren en torno a los sistemas de pensión alrededor del mundo, Perú “al principio solo le otorgó licencias a ocho AFPs cuando privatizó su sistema en 1993, pero ese número ha disminuido a través de los años” se han concentrado oligopólicamente y ahora quedan cuatro AFPs solamente.²⁰ A diferencia de otros países, Perú no requiere que las AFPs sean propiedad de inversionistas nacionales (ya sea enteramente o través de un control mayoritario),²¹ así que las cuatro AFPs consisten en una empresa peruana (Prima AFP, S.A.), una empresa holandesa (AFP Integra, propiedad del Grupo ING), una empresa española (AFP Horizonte, del BBVA), y una

empresa peruana-estadounidense llamada ProFuturo AFP, cuyo accionista principal (con 42 por ciento de las acciones) es la multinacional estadounidense Citibank.²²

El “compromiso” del 10 de mayo no corrige el problema: se ha ignorado el mandato para promover comercio justo

En Estados Unidos, el 10 de mayo, la administración de Bush y algunos líderes demócratas anunciaron un “compromiso” sobre política comercial para cambiar algunas provisiones de los TLCs negociado por Bush para facilitar su aprobación por generar apoyo del partido.²³ Este “compromiso” fue negociado en secreto, sus textos legales no se han hecho públicos,²⁴ y ningún grupo laboral, ambientalista, de salud pública o de pequeñas y medianas empresas (PYMEs) lo apoya.²⁵ Incluso, de acuerdo con las grandes multinacionales, no se podrá lograr que se cumplan los términos limitados sobre derechos laborales y ambientales que son parte de este “compromiso.”²⁶

Dado que los demócratas electos por primera vez (que constituían el margen para que el partido tomase la mayoría en el Congreso) basaron sus campañas electorales sobre plataformas en favor de comercio justo y en contra de más NAFTAs,²⁷ el efecto más significativo del “compromiso” del 10 de mayo podría ser perjudicarles las probabilidades electorales en 2008 a los demócratas. Esto podría ser una repetición de las elecciones de 1994, cuando votantes de clase obrera se opusieron a los demócratas, quienes perdieron control del Congreso luego de enajenar este grupo con su apoyo a NAFTA en 1993.²⁸

Muchos grupos a favor de comercio justo han señalado que perfectamente se podía evitar ese “compromiso” tan problemático. Estos grupos se aproximaron al liderazgo demócrata después de las elecciones de noviembre pasado para enviarles una señal sobre su deseo de construir una nueva dirección a la política comercial que pudiera elevar los estándares de vida, tanto doméstica como internacionalmente.²⁹ Y más del 90 por ciento de los demócratas electos por primera vez en 2006 enviaron una carta al liderazgo del partido indicando que ellos también querían “poder cumplir con nuestras promesas a nuestros electores para mover nuestra nación en una dirección comercial mejorada y nueva.”³⁰

La administración de Bush, sin embargo, ha ignorado el mandato de la elección al anunciar, solo días después de ésta, que planeaba avanzar con TLCs estilo-NAFTA con Perú y Colombia,³¹ lo que fue seguido por anuncios similares con respecto a Panamá y Corea del Sur.³² Como respuesta, grupos a favor del comercio justo dieron al liderazgo Demócrata un listado de ocho defectos fundamentales encontrados en los TLC con Perú y Panamá, e indicaron que se opondrían activamente a cualquier TLC que no se corrigiese tal como pedido.³³ Este listado tenía algunas provisiones (como estándares laborales y ambientales) que se tenían que incluir en los TLCs con Perú y Panamá, pero constaba principalmente de provisiones perjudiciales estilo-NAFTA – sobre inversión, compras gubernamentales, agricultura y propiedad intelectual – que debían ser *eliminadas* de los TLCs de Bush para hacerlos menos dañinos que el NAFTA.³⁴ Grupos a favor del comercio justo también señalaron que no habrá ningún pacto comercial aceptable con Colombia.³⁵ Al mismo tiempo, las propias multinacionales se manifestaron en contra del TLC con Corea del Sur, el cual sería el pacto más grande desde NAFTA.³⁶

Lamentablemente, el “compromiso” anunciado el 10 de mayo, después de meses de negociaciones secretas, no solo no extirpa las provisiones perjudiciales estilo-NAFTA, sino que agrega provisiones sobre derechos laborales y ambientales que las multinacionales dicen no poder ser ejecutables.³⁷ Más allá de la repetición de provisiones de NAFTA, las que han dado a corporaciones extranjeras derechos excesivos para pisotear las políticas sociales,³⁸ que han limitado el acceso a medicamentos indispensables para salvar vidas,³⁹ y desplazado (muchas veces a migrar a Estados Unidos) a más de un millón de campesinos mexicanos,⁴⁰ un problema que no se ha resuelto es una provisión poco conocida que resfriaría los esfuerzos de grupos sociales en Perú que luchan para revocar la fracasada privatización del sistema de seguridad social peruano. Es más: esta provisión sólo beneficiaría a Citibank, una multinacional con mucha influencia en el Partido Demócrata,⁴¹ y como se ha notado, la única inversionista estadounidense importante en el sistema privatizado peruano.

El problema técnico: Cómo las provisiones del TLC resfriarían la revocación de la privatización fracasada en Perú

Los cientos de páginas del TLC-Perú son una réplica casi total de NAFTA y CAFTA. Comparaciones electrónicas de las provisiones sobre derechos para inversionistas extranjeros en el TLC-Perú y el CAFTA han mostrado que son casi idénticas también.⁴² La desafortunada réplica de estos derechos extraordinarios de NAFTA y CAFTA es la causa fundamental del problema que el TLC-Perú plantea para la revocación de la privatización.

TLC continúa y expande los derechos NAFTA-CAFTA para inversionistas extranjeros

La congresista Jane Harman (D-Calif.), miembro de la Coalición Nuevo Demócrata en el Congreso estadounidense, describió las provisiones CAFTA sobre inversionistas extranjeros (que fueron replicadas en el TLC-Perú) en los siguientes términos:

“Quisiéramos llamar su atención a... la amenaza que surge de las reglas del CAFTA sobre inversionistas extranjeros a importantes leyes y reglamentos locales y provinciales sobre el medio ambiente y salud pública. Como el capítulo 11 del NAFTA, el CAFTA otorga a corporaciones extranjeras el poder para demandar compensación de Estados Unidos cuando determinadas protecciones para el interés público afecten los intereses comerciales de una empresa. Nuestro Estado ha visto el impacto de estas reglas: compañías extranjeras han demandado más de mil millones de dólares en compensación para una ley californiana que eliminaba un aditivo tóxico en la gasolina y otra ley que reglamentaba las operaciones mineras para proteger al medio ambiente y sitios sagrados indígenas. El Estado de California se ha sumado a los esfuerzos de las asociaciones de oficiales locales y estatales en decir que los negociadores comerciales estadounidenses ignoraron las experiencias de NAFTA en su negociación de los derechos para inversionistas en el CAFTA. Esperamos que se puedan unir a nuestra oposición ante el CAFTA.”⁴³

Las provisiones del NAFTA que menciona Harman han resultado en casi 50 demandas en contra de leyes federales y estatales, llevando a pagos de más que \$36 millones en fondos públicos de las naciones del NAFTA a corporaciones. Estados Unidos ha gastado millones en costos legales para defenderse en contra de estas demandas.⁴⁴ Un congresista jubilado que sirvió como miembro del panel en una de las

controversias inversionista-estado resumía las opiniones de mucha gente cuando decía, “Si el Congreso hubiera sabido que el NAFTA contenía algo como [el capítulo 11], nunca hubiera votado a favor de ese acuerdo.”⁴⁵

El “compromiso” del 10 de mayo anunciado por la administración de Bush y algunos demócratas no hace nada para alterar los privilegios para inversionistas extranjeros que también se encuentran en NAFTA y CAFTA. De hecho, la administración de Bush alardeaba en una hoja informativa que no cambiarían las provisiones sobre inversionistas y que no habían cambiado el estándar de CAFTA en el TLC con Perú.⁴⁶

Esto tiene graves implicaciones para el futuro de la seguridad social en Perú, como los presidentes de las federaciones sindicales y de jubilados en Perú notaron en su carta al Presidente Rangel el 23 de marzo,⁴⁷ y en una carta a la Presidenta Nancy Pelosi (D-Calif.) el 11 de mayo.⁴⁸ Adicionalmente, el arzobispo peruano Pedro Barreto escribió a Rangel con preocupaciones similares el 28 de marzo.⁴⁹

Esto sucede porque las provisiones extremistas del TLC podrían permitir demandas legales de inversionistas extranjeros con compensaciones potencialmente enormes en contra del gobierno peruano si éste revocase su privatización de la seguridad social o afectara en cualquier manera las ganancias futuras anticipadas de los AFPs.⁵⁰

Así es como esto pasaría. El capítulo 12 del TLC establece las reglas sobre servicios financieros acordadas entre los partidos. El capítulo tiene cobertura sobre la banca, el seguro, y pensiones. Este capítulo crea derechos de “acceso al mercado” para empresas y productos financieros extranjeros.⁵¹

Normalmente, los términos de este capítulo se aplicarían para cualquier tema financiero, incluso los servicios de seguridad social tal como los que proveen las AFPs.⁵² No obstante, la sección sobre “ámbito de aplicación y cobertura” incluye una provisión (Art. 12.1.3(a)) que dice: “Este Capítulo no se aplica a las medidas adoptadas o mantenidas por una Parte relacionadas con: (a) actividades o servicios que formen parte de un plan de jubilación público o un sistema de seguridad social establecido por ley.”⁵³ Incluido también es un anexo que clarifica aún más que “Las Partes entienden que este Capítulo se aplica a las medidas adoptadas o mantenidas por una Parte relacionadas con las actividades y servicios descritos en el Artículo 12.1.3(a), solamente en la medida en que una Parte permita a sus instituciones financieras suministrar dichas actividades y servicios en competencia con una entidad pública o una institución financiera. Las Partes entienden además que este Capítulo no se aplica a tales medidas: (a) en la medida en que una Parte se reserva dichas actividades y servicios al gobierno, a una entidad pública o a una institución financiera, y éstas no son suministradas en competencia con otra institución financiera.”⁵⁴

El remover de los sistemas públicos de seguridad social de la cobertura del capítulo 12 sobre servicios financieros tiene varios efectos. Las buenas noticias son que permite a Perú eliminar el “acceso al mercado” en los fondos de pensión privados peruanos si se renacionaliza el sistema de seguridad social sin estar en violación de las obligaciones del capítulo 12. Entonces quedaría excluida una acción ejecutoria gubernamental estadounidense por negación de derecho de

“acceso al mercado” si el “mercado” para fondos de pensión privados que el Perú ahora “ofrece” es eliminado.

No obstante, en remover la aplicación del capítulo 12 a la instancia de un sistema público de seguridad social, estas provisiones del capítulo (al artículo 12.1.3(a) y el anexo correspondiente) también sujetan la renacionalización de seguridad social a la cobertura del capítulo 10 del TLC, que establece varios derechos para inversionistas extranjeras, incluso el derecho de demandar compensación directamente de un gobierno si se nacionalice una inversión.

Las reglas sobre inversión del capítulo 10 del TLC requieren que los países signatarios compensen a inversionistas extranjeros si el gobierno expropia o nacionaliza “una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización.”⁵⁵ El texto explica que la expropiación directa es “donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio.” Una expropiación indirecta es “donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.” En determinar si una acción constituye una “expropiación indirecta,” se requeriría que un tribunal establecido bajo el TLC considerara “el impacto económico del acto gubernamental” y “la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión.”⁵⁶

El capítulo sobre inversión incluye el derecho de *inversionistas extranjeros a demandar directamente* a los gobiernos parte del TLC en tribunales extranjeros si la rentabilidad de su inversión es afectada por una acción gubernamental.⁵⁷ **Por ende, aun si el gobierno en cuestión tiene el derecho legal bajo el TLC de tomar tal acción, debe de cualquier manera compensar a los inversionistas extranjeras privados por la pérdida de sus ganancias futuras anticipadas causada por el cambio de una política cubierta bajo capítulo 10.**

Hay varias provisiones contradictorias en el texto con respecto a como las provisiones del capítulo 10 sobre compensación se aplicarían a una situación de renacionalización de seguridad social. Por ejemplo, las provisiones del capítulo sobre inversión que establecen la relación de las reglas de inversión y otras provisiones del TLC señalan: “En el caso de existir cualquier incompatibilidad entre este Capítulo y otro Capítulo, el otro Capítulo prevalecerá en la medida de la incompatibilidad.”⁵⁸ Por ende, al grado que la renacionalización del sistema peruano de seguridad social no tiene cobertura explícita bajo el capítulo 12, no hay inconsistencia entre los dos capítulos, porque las reglas del capítulo 12 simplemente no tienen aplicación a la circunstancia.

Consideremos por el momento la diferencia en cómo el capítulo sobre inversión trata su jurisdicción relativa al capítulo sobre servicios no-financieros. Ese capítulo específicamente excluye de su cobertura a todos los “servicios financieros tal como los define el Artículo 12.20 [provisión sobre definiciones del capítulo sobre servicios financieros].”⁵⁹ El capítulo sobre inversión no contiene lenguaje paralela.⁶⁰ Y claramente la corrección para todo el problema sería añadir una oración al capítulo 10 que hace claro que éste no es aplicable a las políticas mencionadas – sistemas públicos de seguridad social – en el artículo 12.1.3(a) y su anexo. El capítulo 12 mismo contiene una cláusula que controla los términos de la aplicación de capítulo

10 a servicios financieros, pero el artículo 12.1.3(a) y su anexo remuevan la aplicación de capítulo 12 a sistemas públicos de seguridad social.

Es más, el anexo II, que lista excepciones del capítulo sobre inversión, incluya excepciones a ciertas provisiones del capítulo (tal como tratamiento nacional) para seguridad social, reesforzando que en ciertas circunstancias, la seguridad social sí es cubierta bajo el capítulo 10.⁶¹ Si no fuese posible la cobertura de seguridad social bajo el capítulo 10, entonces sólo el anexo III, que lista excepciones al capítulo sobre servicios financieros, incluiría excepciones sobre seguridad social.

La interacción entre estas provisiones contradictorias es especialmente preocupante porque, en la última instancia, la resolución de estas contradicciones se resolvería en un tribunal de ONU o el Banco Mundial si Citibank u otro inversionista buscara compensación. NOTA DE PIE. Esto es porque la inserción de una excepción específica prohibiendo demandas para compensación privadas es tan importante. Ausente tal provisión, en interpretar los conflictos, el tribunal consideraría que en ninguna parte del TLC es contemplado que un gobierno tome excepción de esta obligación a compensar a inversionistas extranjeros.

El tratado permite la inclusión de listados de leyes domésticas que un país desea excluir de las obligaciones del TLC. Estas políticas están listadas como “medidas desconformes” en relación a ciertas obligaciones listadas. El TLC incluye, como provisiones donde posiblemente se podría tomar excepción, muchas de las obligaciones principales del capítulo sobre inversión, pero no las obligaciones sobre expropiación y compensación. En *todos* los anexos y listados de excepciones del TLC, en ningún lado se prescinde de la obligación a compensar a los inversionistas extranjeros. Es más, la lógica al centro del TLC es la facilitación y protección a inversión extranjera.

Algunos expertos resuelvan estas provisiones a significar que el TLC autoriza un inversionista extranjero a demandar compensación en el evento de una nacionalización de seguridad social. No obstante, estas fuentes dudan que el tribunal dictaminara a favor del inversionista. Como reportaba el diario *The Hill*, “la asistenta al diputado dijo que [esta demanda exitosa para compensación] sería casi imposible porque Citigroup tendría que mostrar que el Perú hubiera creado una expropiación compensable por medio del sistema parcialmente privatizado. Si Perú lo hubiera hecho dependería sobre la cuestión de si Citibank hubiera tenido una ‘expectación razonable’ de que no se interfiere con su inversión en el futuro. Porque los sistemas de seguridad social son tan controversiales mundialmente, la asistenta al diputado dijo que ‘Sería inconcebible para mí’ que Citigroup tuviera una expectación razonable de que su licencia de operación en el sistema peruano podría existir en perpetuidad.”⁶² Dependiendo sobre predicciones de cómo un tribunal particular dictaminara en una controversia no es una salvaguardia suficiente de la amenaza planteada.

La última tema relacionada a la aplicación del capítulo sobre inversión al caso de revocación de la privatización es si las definiciones de una “inversión cubierta” bajo el TLC incluye la inversión específica bajo consideración (un banco estadounidense con un control de las acciones de 40 por ciento en una compañía peruana establecida para administrar fondos privados de pensión bajo una licencia de operación otorgada por el gobierno para proveer un servicio en el

lugar del gobierno.) La definición del capítulo 10 del TLC de una inversión extranjera cubierta por los derechos especiales del TLC para inversionistas extranjeros es:

“todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen: una empresa; acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa; bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos; futuros, opciones y otros derivados; contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares; derechos de propiedad intelectual; licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda.”⁶³ (El énfasis es nuestra.)

El capítulo sobre inversión del TLC también especifica que el ámbito de aplicación y cobertura de las reglas sobre inversión del TLC son aplicables a “una empresa estatal u otra persona cuando ésta ejerza cualquier autoridad reglamentaria, administrativa u otra autoridad gubernamental que le hubiera sido delegada por esa Parte, tales como la autoridad de expropiar, otorgar licencias, aprobar transacciones comerciales o imponer cuotas, tasas u otros cargos.”⁶⁴

Bajo la definición expansiva de una inversión cubierta, la propiedad parcial de una empresa que provee fondos de pensión privado y la licencia para hacerlo son claramente una forma de “inversión” cubierta por el tratado. La definición extensiva del TLC de inversiones sujetas a demandas por compensación se extiende más allá de la ley estadounidense para incluir demandas basadas en la pérdida de licencias u otras delegaciones de autoridad gubernamental para establecer derechos comerciales privados que cumplen con la definición anterior.

La siguiente cuestión es sobre si el TLC incluye cualquier excepción, anexo u otras provisiones que prohibieran una demanda. Tal excepción no existe, aunque, como se mencionó anteriormente, se han tomado excepciones para seguridad social de otras provisiones de capítulo 10.⁶⁵

El TLC-Perú (al igual que NAFTA y CAFTA) otorgaría poder a los inversionistas extranjeros para ejecutar privadamente este derecho a una compensación, evitando las cortes nacionales y las leyes nacionales, y llevar así sus casos, basándose directamente en la ley establecida por el TLC, en contra de gobiernos signatarios en tribunales extranjeros. Con el título de “mecanismo de solución de controversias inversionista-estado,” este sistema hace posible que inversionistas extranjeros puedan ejecutar *privadamente* los términos de un contrato *público* entre gobiernos (es decir, una ejecución privada de un acuerdo de gobierno a gobierno.)⁶⁶ Controversias bajo esta provisión del TLC están sometidas a tribunales que operan en la ONU (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, o CNUDMI) o en el Banco Mundial (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, o CIADI). Estos tribunales operan fuera de los sistemas judiciales de los países signatarios y ejecutan derechos de propiedad del TLC (no las normas nacionales). No existen limitaciones sobre el valor de las

compensaciones que estos tribunales extranjeros pueden obligar a los gobiernos a pagar a los inversionistas extranjeros cuyos derechos bajo los TLCs se ha dictaminara que han sido socavados.⁶⁷

Dado que la ley peruana que estableció la privatización provee licencias de operación de vigencia indefinida para proveer servicios de seguridad social y sólo contempla la terminación de tales licencias por causa grave (fraude, bancarrota),⁶⁸ ProFuturo y sus accionistas (Citibank) anticipan ganancias potencialmente ilimitadas derivadas de los cobros al usuario. Si Perú revocase la privatización parcial de su sistema de seguridad social, se llevaría a la bancarrota a ProFuturo y las otras AFPs.

Bajo la ley estadounidense, se diría que tal resultado es tan sólo el final de un experimento político fracasado, desde el cual ciertos intereses financieros se beneficiaban en detrimento del interés común. En contraste, bajo las reglas del TLC, Citibank estaría habilitado a demandar compensaciones del gobierno peruano en un tribunal inversionista-estado por la “expropiación” de su inversión si se renacionaliza el sistema de seguridad social.

Para reiterar, Citibank decidiría si trae una demanda por compensación a un tribunal en la ONU o en el Banco Mundial. Estas demandas no van a las cortes nacionales ni estarían dictaminadas bajo las leyes internas.

Dado el récord de los tribunales de la ONU y del Banco Mundial de obligar a pagar compensaciones masivas en otras controversias inversionista-estado vinculadas con los términos de las privatizaciones de los servicios públicos, esta amenaza es muy real.⁶⁹ La amenaza de tal demanda por compensación podría resfriar profundamente los esfuerzos peruanos para revocar la privatización fracasada.

La historia reciente muestra la amenaza real de demandas para compensación por ganancias pérdidas

Controversias inversionista-estado recientes bajo varios tratados bilaterales de inversión (BITS, por sus siglas en ingles) que contienen derechos similares de compensación proveen un fundamento para preocupaciones que inversionistas extranjeros podrían demandar compensación en el caso de una fracasada privatización. En algunos casos, las demandas para compensación se ha traído por acciones gubernamentales que cambian los términos de licencias aunque el servicio privatizado no se ha renacionalizado.

Por ejemplo, una serie de demandas para compensación se han traído en relación a la privatización de varios servicios gubernamentales en Argentina después de su colapso económico trágico en los principios de 2002.⁷⁰ La mayoría de las 30 controversias pendientes son relacionadas a concesiones de utilidades – de gas, electricidad, agua, telecomunicaciones y otras operaciones previamente bajo administración pública – que se habían privatizado o subcontratado por largos plazos.⁷¹ Estas empresas extranjeras argumentan que la devaluación del peso argentino y las medidas de emergencia que tomaba el gobierno para sobrevivir el crisis – como congelaciones de aumentos de tarifas de utilidades de lo contrario permitido por los contratos – disminuyeron su rentabilidad y por ende constituía una expropiación indirecta bajo las provisiones de inversión de varios BITS.⁷² Las 30 controversias en la CIADI representan

\$16 mil millones en demandas, y es dicho que muchas otras controversias no han llegado a arbitraje pero están en negociaciones con el gobierno.⁷³

En 1995, la compañía francesa *Compagnie Générale des Eaux* (que luego cambiará de nombre a Vivendi Universal) y su afiliado argentino Compañía de Aguas de Aconquija S.A. firmaron un contrato de concesión con la provincia argentina de Tucumán para desarrollar y operar el servicio regional de agua.⁷⁴ Como parte de la “estrategia de recuperación de costos” de Vivendi, la compañía aumentaba las tarifas de servicio agua en la provincia empobrecida un 70 por ciento.⁷⁵ Estos costos aumentados no sólo eran difíciles para muchas personas en Tucumán pagar, pero no mejoraba tampoco el servicio agua.⁷⁶ De hecho, un año después de la firma de la concesión, depósitos pesados de manganeso convertían mucho del agua provincial en un color marrón – una indicación de un peligro potencial para la salud pública.⁷⁷ Esto llevaba a manifestaciones públicas masivas, un boicot, y desobediencia civil extensiva mientras los usuarios negaron pagar las tarifas. También resultó en un descontento creciente con el contrato por parte del gobierno. El gobierno provincial denunciaba a la compañía en las cortes nacionales cuando se encontraba contaminación del agua, y se canceló el contrato para la concesión en fines de 1996. En febrero de 1997, Vivendi registró una demanda con CIADI por \$300 millones⁷⁸ en contra de Argentina por violación alegada del BIT Francia-Argentina de 1991.⁷⁹ Vivendi reclamaba que la reglamentación tucumana de tarifas, incluso sus esfuerzos para bloquear la pérdida de servicio agua debida al no pago de las tarifas, sus multas debidas a la calidad baja del agua, pronunciamientos públicos por diputados impugnando la compañía y varias otras acciones eran equivalentes a una expropiación y violaron sus derechos como inversionista.⁸⁰ El caso está todavía en arbitraje 10 años después.

Más recientemente, en 2006, la división Azurix de la compañía controversial Enron demandaba pagos de Argentina por expropiación y otras medidas resultantes de una fracasada privatización de agua en 1999-2000. En ese caso, Azurix ganó una concesión del gobierno provincial de Buenos Aires en 1999, e inmediatamente intentó aumentar las tarifas – una acción que fue bloqueado por funcionarios reglamentarios. Luego, funcionarios gubernamentales aconsejaron que los usuarios se hiervan su agua después de un brote de alga, que llevó algunos usuarios al no-pago de sus tarifas. Según Food & Water Watch, “En octubre del 2001, un poco después de que Enron anunciara la disolución y venta de activos de Azurix, la compañía retiró su contrato en Argentina, acusando al gobierno provincial de ‘brechas serias’ y registrando una demanda para compensación con CIADI.”⁸¹ En junio de 2006, CIADI dictaminó que Argentina debe pagar \$165,2 millones de la demanda de Azurix para \$525 millones.⁸² Argentina ha petitionado para una anulación en la controversia Azurix. Este procedimiento es todavía pendiente en el CIADI.

Lo que están diciendo sobre el problema de privatización de seguridad social

Tanto el “compromiso” del 10 de mayo, como las provisiones del TLC que amenazan la seguridad social han sido criticadas por diversos grupos sociales, mientras que los grupos corporativos lo han alabado. Como los grupos sindicales y de jubilados peruanos advirtieron en su carta a los líderes demócratas:

“Cabe señalar que para un país pobre como Perú, la mera existencia bajo el TLC de estos privilegios excesivos para inversionistas extranjeras y la posibilidad de que éstas demanden compensación enorme por causa del hecho, resfriaría cualquier esfuerzo de la revocación del sistema de seguridad social nacional.”⁸³

Mientras tanto, las provisiones ganaban elogios por parte de los intereses de Wall Street que dominan el Comité Asesor sobre Industrias de Servicios y Finanzas de la administración de Bush, quienes esperan usar el TLC como un precedente para expandir el alcance de la privatización mundialmente:

“Elogiamos a los negociadores de Estados Unidos y Perú por las provisiones sustantivas y significativas que incluyeron sobre pensiones... administradores estadounidenses de carteras de inversiones podrán proveer sus servicios a los fondos mutuos y de pensión peruanos, incluyendo a las AFPs.”⁸⁴

Recomendación y conclusión

Salvaguardar el derecho peruano a revocar su privatización de seguridad social fracasada sin estar sujeto a demandas de compensaciones masivas bajo el mecanismo inversionista-estado es muy simple: se debe añadir una cláusula al capítulo del TLC sobre inversión para clarificar que las reglas del TLC sobre inversionista-estado, expropiación y compensación no tienen aplicación en circunstancias de reestablecimiento de un monopolio estatal en el área de seguridad social.⁸⁵

Esta breve inserción remediaría la amenaza específica a la revocación de la privatización causada por los privilegios extremos para inversionistas extranjeros que contiene el TLC. No obstante, como fue demandado por muchos miembros congresales demócratas desde que ocurrió el debate sobre el CAFTA (incluso en el contexto de las negociaciones entre demócratas y la Casa Blanca sobre los TLCs pendientes de Bush): las reglas extremas sobre inversionistas extranjeros de NAFTA y CAFTA y su ejecución privada no deben ser incluidas en tratados comerciales futuros. La gama de serias amenazas a políticas reglamentarias comunes sobre el medio ambiente, salud pública, y otras que surgen a raíz de estos derechos para inversionistas se extiende mucho más allá del problema sobre la seguridad social.

Así como los líderes sindicales peruanos expusieron en su carta a Presidenta Pelosi el 11 de mayo:

“Dado que la mayoría de los peruanos rechazan el total del TLC por si, esperamos que no haya ninguna ratificación de un TLC estilo-NAFTA propuesto por Bush bajo el nuevo liderazgo del Congreso estadounidense. Pero por si alguna razón este rechazo total no pueda ocurrir, esperamos por lo mínimo que las provisiones sobre seguridad social se puedan arreglar. Al rechazar el TLC con Perú, el Congreso estadounidense y el Partido Demócrata, en particular, pueden mostrar al mundo que abogan de manera efectiva y no solo retórica a favor de un necesario cambio de rumbo en la agenda privatizadora que se pretende imponer y, a la vez, en favor de un futuro económico de verdadero bienestar y dignidad para todos los pueblos del hemisferio.”⁸⁶

Dada la histórica lucha de los demócratas a favor del programa de seguridad social estadounidense – así como también la creciente preocupación del público por la excesiva influencia que los ejecutivos de Citibank tienen en los círculos políticos de Washington⁸⁷ – parece simplemente algo políticamente prudente que los demócratas eviten la apariencia de una

doble moral en el tema de la seguridad social privatizada. Esto es especialmente relevante en el caso de las provisiones del TLC discutidas en este informe, en donde Citibank está en la posición de convertirse en la única entidad que salga ganando, mientras millones de jubilados podrían perder.

NOTAS DE PIE

¹ See “The U.S.-Peru Free Trade Agreement,” Report of the Industry Trade Advisory Committee on Services and Finance Industries (ITAC 10), Feb. 1, 2006.

² See “United States and Peru Sign Trade Promotion Agreement,” U.S. Trade Representative Press Release, April 12, 2006.

³ Ian Swanson, “Critics of Peru FTA call Democrats hypocritical about social security,” *The Hill*, June 14, 2007.

⁴ President Roosevelt’s message to Congress, Jan. 17, 1935.

⁵ Julian E. Zelizer, *Taxing America: Wilbur D. Mills, Congress, and the State*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2000).

⁶ Dean Baker and Mark Weisbrot, *Social Security: The Phony Crisis*, (Chicago: University of Chicago Press, 1999).

⁷ Carolyn Lockhead, “Bush’s Social Security proposal takes a hit,” *San Francisco Chronicle*, March 10, 2005.

⁸ David R. Francis, “Pension woes in Chile,” *Christian Science Monitor*, July 27, 1998.

⁹ Sebastian Rotella, “Taking a Hard Look at Chile’s Privately Managed System,” *Los Angeles Times*, Dec. 6, 1998.

¹⁰ Raúl L. Madrid, “Ideas, Economic Pressures, and Pension Privatization,” *Latin American Politics and Society*, Volume 47, Issue 2, July 1, 2005; Mark Weisbrot and Dean Baker, “The Role of Social Security Privatization in Argentina’s Economic Crisis,” Center for Economic and Policy Research, 2002; Dean Baker, Testimony before House Ways and Means Committee, June 16, 2005.

¹¹ Raúl L. Madrid, “Ideas, Economic Pressures, and Pension Privatization,” *Latin American Politics and Society*, Volume 47, Issue 2, July 1, 2005.

¹² Katharina Muller and Carmelo Mesa-Lago, “The politics of pension reform in Latin America,” *Journal of Latin American Studies*, Volume 34, Issue 3, Aug. 1, 2002.

¹³ Indermit S. Gill and Radu Tatucu, “Social Security Reforms in Latin America: What Can the U.S. Learn?” Paper for American Economics Association, at 12.

¹⁴ “La licencia tiene vigencia indefinida y sólo puede ser suspendida o cancelada por iniciativa del Superintendente como consecuencia de un proceso de disolución o como sanción por falta grave en que hubiere incurrido la AFP.” See Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones; Decreto Supremo Número 004-98-EF, Article 14.

¹⁵ “Las AFP deben constituirse como sociedades anónimas. Son de duración indefinida y tienen como único objeto social administrar un determinado Fondo de Pensiones.” See Decreto Supremo Número 004-98-EF, Article 13.

¹⁶ See Decreto Supremo Número 004-98-EF, Article 14-17, 22-54.

¹⁷ Based on extensive interviews with government and international financial institution officials – as well as think tank, legal and academic experts – Public Citizen has determined that the operating license is the only contract-like instrument that the AFPs have with the Peruvian state. The AFPs are regulated in a manner similar to private banks, and do not have contractual concessions with the state to provide social security services.

¹⁸ Decreto Supremo Número 004-98-EF, Articles 68-73.

¹⁹ Attempts by the legislature to allow affiliates to return to the public system were recently defeated in Peru. See Asta Zviniene and Truman G. Packard, “A Simulation of Social Security Reforms in Latin America: What Has Been Gained?” Office Of The Chief Economist, Latin America And Caribbean Region, The World Bank Background Paper For Regional Study On Social Security Reform. See also Abigail Barr and Truman G. Packard, “Seeking solutions to vulnerability for old age: Preferences, constraints, and alternatives for coverage under Peru’s pension system,” University of Oxford, 2005.

²⁰ “International Update: Recent Developments in Foreign Public and Private Pensions,” Social Security Administration Publication No. 13-11712, September 2005.

²¹ Price Waterhouse study for the Government of Thailand, 1997, on file with Public Citizen.

²² The attribution of nationality refers only to the domicile of the largest shareholders in the AFPs. See Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs, at <http://www.sbs.gob.pe/PortalSBS/spp/afps.asp?s=3>; Rebecca Howard, “DJ Peru Ctrl Bank Raises Pension Fund Foreign Holdings Limit,” *Dow Jones*, Nov. 3, 2006;

“International Update: Recent Developments in Foreign Public and Private Pensions,” Social Security Administration Publication No. 13-11712, September 2005; ProFuturo AFP website at http://www.profuturo.com.pe/portal/index.asp?opc=P_CP_accionistas.htm.

²³ “Schwab, Congress Announce Labor, Environment FTA Deal,” *Inside U.S. Trade*, May 11, 2007.

²⁴ “USTR Lawyers Explore Ways To Implement New FTA Obligations,” *Inside U.S. Trade*, May 18, 2007.

²⁵ See http://www.citizen.org/documents/DealNewsandStatementsMaster_web.pdf.

²⁶ Ian Swanson, “Despite deal, future of some trade accords is uncertain,” *The Hill*, May 11, 2007.

²⁷ Chris Slevin and Todd Tucker, “The Fair Trade Sweep,” *The Democratic Strategist*, January 2007.

²⁸ Ruy Teixeira and Joel Rogers, *America’s Forgotten Majority*, (New York: Basic Books, 2000), at 82-86.

²⁹ “Unions Vow To Fight Fast-Track Renewal, Unveil Alternative,” *Inside U.S. Trade*, March 9, 2007; John Nichols, “Freshmen Favor Fair Trade,” *The Nation Online*, Jan. 18, 2007.

³⁰ Letter from 39 out of 42 freshmen to Chairman Charles Rangel (D-N.Y.), Jan. 17, 2007. On file with Public Citizen.

³¹ Comments by Spokesman Tony Snow at White House Press Briefing, Nov. 10, 2006; “Schwab Says Peru, Colombia FTAs To Come Up In Next Congress,” *Inside U.S. Trade*, Dec. 1, 2006.

³² “Panama FTA Offers Limited Sugar Access; Labor Changes Possible,” *Inside U.S. Trade*, Dec. 22, 2006; “Bush Administration Provides Partial Korea FTA To Congress,” *Inside U.S. Trade*, April 6, 2007.

³³ Kate Ackley, “Ready to deal on trade,” *Roll Call*, Jan. 24, 2007.

³⁴ “Freshmen To Meet To Discuss Trade Future; New Dems Back Rangel,” *Inside U.S. Trade*, March 16, 2007; “House Democrats Seek Tough Trade Line From Rangel,” *Inside U.S. Trade*, April 6, 2007; fix list available at <http://www.citizen.org/documents/FTAsminimalfixesfinal.pdf>

³⁵ “Unions Vow To Fight Fast-Track Renewal, Unveil Alternative,” *Inside U.S. Trade*, March 9, 2007.

³⁶ “Bhatia Cool To Auto Changes In Korea FTA, Takes On Critics,” *Inside U.S. Trade*, April 6, 2007.

³⁷ “U.S. Congress, government in trade standards deal,” *Agence France Presse*, May 11, 2007.

³⁸ Mary Bottari and Lori Wallach, “NAFTA Chapter 11 Investor-State Cases: Lessons for the Central America Free Trade Agreement,” Public Citizen Report, February 2005.

³⁹ Robert Weissman, “Dying for Drugs: How CAFTA Will Undermine Access to Essential Medicines,” *Multinational Monitor*, Volume 25, Number 4, April 2004.

⁴⁰ John Audley, Sandra Polaski, Demetrios G. Papademetriou, and Scott Vaughan, “NAFTA’s Promise and Reality: Lessons from Mexico for the Hemisphere,” Carnegie Endowment for International Peace Report, November 2003.

⁴¹ Alexander Bolton, “Baucus, Rangel form PAC,” *The Hill*, April 16, 2007.

⁴² Original text can be found at www.ustr.gov; electronic comparisons on file with Public Citizen.

⁴³ On file with Public Citizen.

⁴⁴ Mary Bottari and Lori Wallach, “NAFTA Chapter 11 Investor-State Cases: Lessons for the Central America Free Trade Agreement,” Public Citizen Report, February 2005.

⁴⁵ Quote from the Honorable Abner Mikva, former U.S. federal judge and NAFTA panelist in the Loewen case. See Adam Liptak, “NAFTA Tribunals Stir U.S. Worries,” *New York Times*, April 18, 2004.

⁴⁶ USTR suggested that “the four pending FTAs (as well as the other FTAs we have concluded in the past five years) fully achieve” the congressional requirement that no foreign investors not be accorded greater rights than U.S. investors operating in the United States. See

http://ustr.gov/assets/Document_Library/Fact_Sheets/2007/asset_upload_file146_11282.pdf

⁴⁷ Letter to Chairman Charles Rangel (D-N.Y.) from Mario Huamán Rivera (Secretary General, General Confederation of Peruvian Workers (CGTP)), Julio Cesar Bazán (President, Unitary Confederation of Peruvian Workers (CUT)), Julio Castro Gómez (National Coordinator, Health Forum), and Jorge Salazar (President, National Confederation of Pensioners and Retired Persons of Peru), dated March 26, 2007.

⁴⁸ Letter to Speaker Nancy Pelosi (D-Calif.) from Juan José Gorriti, Secretary, General Confederation of Peruvian Workers (CGTP); Julio Cesar Bazán, President, Unitary Confederation of Peruvian Workers (CUT); Julio Castro Gómez, National Coordinator, Health Forum; and Jorge Salazar, President, National Confederation of Pensioners and Retired Persons of Peru, dated May 11, 2007.

⁴⁹ Letter to Chairman Charles Rangel (D-N.Y.) from Monsignor Pedro R. Barreto Jimeno, S.J., Archbishop of Huancayo (Peru) and President of the Episcopal Social Action Commission (CEAS), dated March 28, 2007.

⁵⁰ Peru FTA Arts. 10.1, 10.7, and 10.28.

⁵¹ Peru FTA Art. 12.1 “Scope and Coverage 1). This Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party relating to: (a) financial institutions of another Party; (b) investors of another Party, and investments of such investors, in financial institutions in the Party’s territory; and (c) cross-border trade in financial services. ”

⁵² Peru FTA Art. 12.1 makes clear that generally Chapter 12 sets the rules covering financial service, not the FTA's chapter on services (Chapter 11) or the FTA's chapter on investment (Chapter 10.) Indeed, several provisions of Chapter 10 and Chapter 11 are "incorporated into and made a part of" Chapter 12. (Art. 12.1.2) Moreover, Chapters 10 and 11 include provisions that explicitly give precedence to Chapter 12 for financial service covered by that chapter.

⁵³ Peru FTA Art. 12.1.3(a).

⁵⁴ Peru FTA Annex 12.1.3(a).

⁵⁵ Peru FTA Art. 10.7.

⁵⁶ Peru FTA Annex 10-B.

⁵⁷ Peru FTA Art. 10.7: Expropriation and Compensation, Peru FTA Section B.

⁵⁸ Peru FTA Art. 10.2.

⁵⁹ Peru FTA Art 11.1.4(a).

⁶⁰ This is especially noteworthy, because Chapter 12 incorporates some of the Chapter 10 provisions, including the right for compensation claims by investors, into its text. (Peru FTA Art. 12.1.2) The relevance is not that the FTA contemplates investor-state compensation claims regarding financial services, which is true. Rather, given that these provisions are incorporated into Chapter 12, the absence of a carve-out provision in Chapter 12 parallel to that in Chapter 11 is especially relevant. Either it is a glaring drafting error or it is an intentional avenue for financial service policies to which Chapter 12 is not applicable to be subject to Chapter 10. Either way, the problem needs to be corrected by inserting an exception into Chapter 10 foreclosing investor compensation claims over social security nationalization.

⁶¹ Peru FTA Annex II-10: "**Sector:** Servicios Sociales; **Obligaciones afectadas:** Trato Nacional (Artículos 10.3, 11.2), Trato de Nación Más Favorecida (Artículos 10.4, 11.3), Presencia Local (Artículo 11.5), Requisitos de Desempeño (Artículo 10.9), Altos Ejecutivos y Juntas Directivas (Artículo 10.10); **Descripción:** Inversión y Comercio Transfronterizo de Servicios: Perú se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida con respecto al suministro de servicios de ejecución de leyes y readaptación social así como de los siguientes servicios, en la medida que sean servicios sociales que se establezcan o se mantengan por razones de interés público: seguro y seguridad de ingreso, servicios de seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud y atención infantil."

⁶² Ian Swanson, "Critics of Peru FTA call Democrats hypocritical about social security," *The Hill*, June 14, 2007

⁶³ Peru FTA Art. 10.28.

⁶⁴ Peru FTA Art. 10.1.2.

⁶⁵ Peru's Annex III would apply to Financial Service Chapter exception. Except, because the nationalization of social security situation is explicitly not covered by the Financial Services chapter, but is instead covered by the Investment Chapter, Peru's Annex II becomes relevant and Annex II-10 lists other social security exceptions to Chapter 10 provisions, but no to Art. 10.7, which establishes the compensation rights.

⁶⁶ Peru FTA, Chapter 10, Section B, Articles 10.15 -10.27.

⁶⁷ Peru FTA Arts. 10.15-10.27.

⁶⁸ "La licencia tiene vigencia indefinida y sólo puede ser suspendida o cancelada por iniciativa del Superintendente como consecuencia de un proceso de disolución o como sanción por falta grave en que hubiere incurrido la AFP." *See* Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones; Decreto Supremo Número 004-98-EF, Article 14.

⁶⁹ *See* Roberto Bouzas and Daniel Chudnovsky, "Foreign Direct Investment and Sustainable Development: The Argentine Experience," Universidad de San Andrés Victoria Paper, May 2004.

⁷⁰ Patrice M. Jones, "Argentina Plunges to New Low; Peso tumbles 20% in Spite of Efforts by Government," *Chicago Tribune*, March 26, 2002.

⁷¹ ICSID, *List of Pending Cases*, cited Jul. 26, 2004, available at: www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm.

⁷² Luke Eric Peterson, "Path Cleared for First Challenge to Argentine Emergency Laws to Be Heard on the Merits," *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, IISD, Aug. 1, 2003.

⁷³ Lucio Fernández Moores, "Críticas Al Tribunal Internacional Donde Se Discuten Demandas Por La Pesificación de Tarifas," *Clarín*, Dec. 13, 2004. Ministerio de Economía y Producción, "Posición de la República Argentina Sobre las Presentaciones Realizadas por Empresas Ante el CIADI," Comunicados de Prensa, Buenos Aires, Oct. 14, 2004.

⁷⁴ Jason Bricker, "Privatization of Water Management in Argentina," *American University's Trade Environment Database (TED)*, December 2002, available at: www.american.edu/TED/water-argentina.htm.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ann Lemley, John J. Schwartz, Linda Wagenet, "Iron and Manganese in Household Drinking Water," Water Treatment Notes, Fact Sheet 6, Cornell Cooperative Extension, New York State College of Human Ecology, January 1999.

⁷⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic (Case No. ARB/97/3)*.

⁷⁹ Decision on Annulment, In the Matter of the Annulment Proceeding in the Arbitration between *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/3), July 3, 2002, at 4.

⁸⁰ Decision on Annulment, In the Matter of the Annulment Proceeding in the Arbitration between *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/3), July 3, 2002, at 11-13.

⁸¹ Sarah Anderson and Sara Grusky, "Challenging Corporate Investor Rules," Food & Water Watch and Institute for Policy Studies Joint Report, April 2007, at 15.

⁸² "Azurix wins claim against Argentina, recoups portion of its sunk costs," International Institute for Sustainable Development. Investment Treaty News (ITN), July 26, 2006.

⁸³ Letter to Speaker Nancy Pelosi (D-Calif.) from Juan José Gorriti, Secretary, General Confederation of Peruvian Workers (CGTP); Julio Cesar Bazán, President, Unitary Confederation of Peruvian Workers (CUT); Julio Castro Gómez, National Coordinator, Health Forum; and Jorge Salazar, President, National Confederation of Pensioners and Retired Persons of Peru, dated May 11, 2007.

⁸⁴ See http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Peru_TPA/Reports/asset_upload_file209_8983.pdf

⁸⁵ Unfortunately, the Peru FTA's investment chapter's system for listing non-conforming measures does not list Article 10.7 (Expropriation and Compensation) as a provision from which a country can obtain exemption via an Annex II listing, thus fixing this problem would require adding a new 10.13: Non-Conforming Measures clause 6. Such a new clause must explicitly state that Peru reserves the right to terminate all private investment opportunities in its social security system without being subject to the requirement to compensate foreign investors for the loss of the investment opportunity now available in this sector.

⁸⁶ Letter to Speaker Nancy Pelosi (D-Calif.) from Juan José Gorriti, Secretary, General Confederation of Peruvian Workers (CGTP); Julio Cesar Bazán, President, Unitary Confederation of Peruvian Workers (CUT); Julio Castro Gómez, National Coordinator, Health Forum; and Jorge Salazar, President, National Confederation of Pensioners and Retired Persons of Peru, dated May 11, 2007.

⁸⁷ Robert Kuttner, "Friendly Takeover," *The American Prospect*, May 4, 2007.