



Derechos de los inversionistas en el TLC entre Perú y Estados Unidos: Lecciones aprendidas y nuevos enfoques necesarios para el Acuerdo de Asociación Transpacífico

En 2007, durante el debate en torno al Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Perú y Estados Unidos, muchos observadores alertaron sobre los peligros asociados a la inclusión de derechos extraordinarios para los inversionistas extranjeros y su aplicación mediante un sistema privado de solución de controversias "inversionista-Estado" que refleja las disposiciones contenidas en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Estas disposiciones extremas a favor de los inversionistas incluidas en el TLC entre Perú y Estados Unidos les permitieron a las empresas extranjeras obtener indemnizaciones por cualquier medida gubernamental –políticas de salud, ambientales, de ordenamiento territorial, de empleo y laborales u otras– que socave, desde su punto de vista, sus “ganancias futuras previstas”.

Desafortunadamente, la primera demanda “inversionista-Estado” presentada contra Perú bajo el régimen del TLC entre Perú y Estados Unidos pone de manifiesto que los peligros que entraña este sistema para el Perú no son hipotéticos. *Renco Group Inc.*, una empresa cuyo propietario es uno de los hombres más ricos de Estados Unidos, utiliza el sistema inversionista-Estado simultáneamente para reclamar 800 millones de dólares de los contribuyentes peruanosⁱ y para torpedear una demanda judicial presentada ante los tribunales de Estados Unidos que reclama indemnización para los niños y niñas de La Oroya damnificados por contaminación tóxica.ⁱⁱ Esta disputa refiere a una fundición de metales ubicada en La Oroya, Perú, propiedad de la filial de Renco, *Doe Run*. La Oroya es considerado uno de los 10 lugares más contaminados del mundo.ⁱⁱⁱ Los niños y niñas de la comunidad son, en particular, quienes más sufren los efectos de esa contaminación que excede ampliamente los estándares internacionales.^{iv}

La filial de Renco en Perú prometió instalar plantas de azufre a más tardar en 2007 para ayudar a reparar los daños al medioambiente, como parte de un acuerdo ambiental con el gobierno de Perú. Aunque había incumplido esa obligación contractual, la empresa solicitó (y Perú le concedió) dos prórrogas para completar el proyecto.^v El 29 de diciembre de 2010, Renco le notificó a Perú que iniciaría un proceso inversionista-Estado, alegando (entre otras cosas) que Perú, al no otorgarle una tercera prórroga para el cumplimiento de sus obligaciones de reparación ambiental, estaba violando los nuevos derechos de la empresa como inversionista extranjero, adquiridos a través del TLC.

El caso Renco vs Perú es particularmente atroz, ya que enfrenta a uno de los hombres más ricos del planeta, el estadounidense Ira Rennert^{vi} por un lado, con niños de una comunidad pobre y contaminada por el otro. Este caso es ilustrativo de dos repercusiones inquietantes del arbitraje inversionista-Estado. En primer lugar, muestra que las empresas utilizan las demandas inversionista-Estado como elemento de presión para que los gobiernos suavicen las políticas ambientales y de salud. En segundo lugar, que las empresas intentan cada vez con más frecuencia eludir los tribunales nacionales recurriendo al arbitraje inversionista-Estado. Y si el gobierno del Perú pierde el caso, los contribuyentes peruanos tendrán que indemnizar a Renco. Los gobiernos de distintos países ya fueron obligados a pagarles a diversas empresas más de 2,500 millones de dólares de los contribuyentes por demandas inversionista-Estado amparadas en los TLC y los tratados bilaterales de inversión (TBI) con Estados Unidos, de las cuales casi el 70 por ciento implican ataques a las políticas gubernamentales en materia ambiental, de petróleo, gas o minería.

La demanda inversionista-Estado presentada por Renco contra Perú bajo el régimen del TLC con Estados Unidos cobra notoriedad en un momento en el que tanto estadounidenses como peruanos

reclaman cambios en las políticas de comercio, inversiones y recursos naturales.^{vii} Este memorando esboza los elementos clave del modelo de protección de las inversiones bajo el régimen del TLC entre Perú y Estados Unidos que deben modificarse para garantizar un mejor equilibrio entre los intereses de la población y los de las industrias extractivas y otros inversionistas extranjeros. Los negociadores de Estados Unidos y Perú disponen ahora de una oportunidad única para reparar este modelo problemático en el transcurso de las negociaciones que se están llevando a cabo en pos de un posible Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP, por su sigla en inglés) de “libre comercio”, que podría incorporar el TLC bilateral de esos dos países en un pacto más amplio entre once naciones.

La expansión del sistema inversionista-Estado prevista en el Acuerdo de Asociación Transpacífico expondría a Perú a enormes obligaciones y gastos

Lamentablemente, un texto de negociación del TPP que se filtró pone en evidencia que el gobierno de Obama no sólo está promoviendo los mismos términos de inversión peligrosos que dispone el TLC bilateral, sino una expansión de esos derechos empresariales. El TPP incluye ahora a once países y facultaría a cualquier empresa que opere en cualquiera de esos países, incluso a filiales de empresas de otros países en esos países, a eludir la ley y los tribunales del Perú para exigir en tribunales extranjeros indemnizaciones a cuenta de los contribuyentes peruanos. Las acciones gubernamentales que han sido juzgadas según estas reglas en los casos recientes de demandas inversionista-Estado incluyen el funcionamiento de los sistemas judiciales nacionales, la denegación de permisos reglamentarios, protecciones ambientales y a la salud que van desde prohibiciones de productos tóxicos a normas de empaquetado de cigarrillos, la gestión de los recursos naturales --desde el derecho al agua hasta las políticas en materia de minería--, medidas y reglamentaciones de emergencia aplicadas durante las crisis financieras, y más. Sin embargo, muchos expertos en jurisprudencia y formuladores de políticas de Estados Unidos y funcionarios de otros países están empezando a aprender las lecciones de la creciente cantidad de pruebas sobre los excesos del sistema y están proponiendo alternativas.

Lecciones aprendidas: la inquietante expansión de la aplicación del sistema inversionista-Estado

El capítulo de inversiones del Acuerdo de Asociación Transpacífico que se filtró muestra que el TPP aumentaría los privilegios otorgados a las empresas extranjeras garantizándoles derechos y privilegios especiales que no se les otorgan a las empresas nacionales regidas por las leyes nacionales. Además de exigirle al gobierno brindarles un trato especial y preferencial a los inversionistas extranjeros, este régimen también facultaría a las empresas extranjeras a aplicar y hacer valer sus nuevos derechos de manera privada a través del sistema de solución de controversias inversionista-Estado. Este régimen habilita a las empresas a demandar a los gobiernos por fuera de sus sistemas judiciales nacionales con el fin de exigirles el pago de indemnizaciones por cualquier acción gubernamental que, desde su punto de vista, socave sus ganancias futuras previstas o sus derechos adquiridos mediante el convenio. Este sistema de derechos extraordinarios y de justicia empresarial paralela implica una amenaza sin precedentes a la soberanía nacional y la democracia, ya que coloca a las empresas e inversionistas individuales en el mismo nivel que los países, equiparándolos, y permitiéndoles a intereses privados extranjeros aplicar directamente tratados públicos y eludir los tribunales nacionales.

Al amparo de este polémico sistema inversionista-Estado, las empresas e inversionistas extranjeros pueden demandar a los gobiernos en tribunales extranjeros atendidos por tres abogados del sector privado que actúan según las normas de arbitraje en materia de inversiones establecidas por el Banco Mundial o las Naciones Unidas. La mayoría de los abogados que prestan servicio en esos tribunales de arbitraje también representan a las empresas cuando éstas impugnan medidas gubernamentales, lo que genera evidentes conflictos de interés al permitirles a los abogados rotar funciones entre el papel de

árbitros y defensores de los inversionistas, de un modo que sería considerado contrario a la ética en el caso de los jueces de nuestros sistemas judiciales nacionales. Y formalmente no existe legislación sobre conflictos de interés. Eso permitió que en un caso inversionista-Estado ya pasado, uno de los tres miembros del tribunal de arbitraje que oficiaba al mismo tiempo como miembro de la junta directiva del inversionista que interpuso la demanda, no divulgó ese hecho y no se declaró impedida. No obstante, la sentencia de ese tribunal que ordenó pagar una gran suma de dinero por concepto de indemnización se mantuvo firme.

Esos tribunales de arbitraje están facultados a adjudicar a las empresas indemnizaciones por sumas ilimitadas de dinero de los contribuyentes. Si una empresa gana su caso de aplicación privada, los contribuyentes del país “perdedor” tienen que pagar la factura, es decir, el erario público del país perdedor tendrá que pagarle a la empresa ganadora la indemnización monetaria adjudicada por el tribunal de arbitraje. Han brotado entonces empresas privadas especializadas para financiar este sistema de saqueo del erario público. A pesar de la arbitrariedad potencial de los fallos, las posibilidades de apelar son sumamente limitadas. Incluso cuando el caso lo “gana” el gobierno, éste en general debe pagar sus propios gastos judiciales y la mitad de los costos del tribunal de arbitraje. Además, la estructura de honorarios de los miembros del tribunal de arbitraje, que cobran grandes sumas de dinero por hora de trabajo, por contraste con los jueces nacionales a los que no se les paga por cada caso, es un incentivo para que los procesos se dilaten bastante en el tiempo, incluso aunque a la postre el caso sea desestimado.

Ahora se está recurriendo muy frecuentemente a este régimen de solución de controversias “inversionista-Estado”. Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) con disposiciones de aplicación inversionista-Estado existen desde la década de 1950, pero entre 1972 y 2000 solo se resolvieron unos 50 casos. Mientras que en muchos de los primeros casos se trataba de expropiaciones reales de fábricas o tierras, en la última década una gran cantidad de los casos están asociados a los términos en que se concesionan recursos naturales, a reglamentaciones ambientales y de salud y más. Desde el año 2000, la cantidad de nuevas demandas inversionista-Estado interpuestas cada año y basadas en tratados aumentó en 254%. Esta avalancha de casos persistió a lo largo de la última década, lo que llevó a que la cantidad de casos acumulados en 2011 ascendiera a 450, es decir, ocho veces más que en el año 2000.^{viii}

Indemnización monetaria a los inversionistas extranjeros con dinero de los contribuyentes

Hasta la fecha, los gobiernos sometidos al régimen de inversiones de los TLC y los BIT firmados tan solo con Estados Unidos ya han pagado más de 808 millones de dólares a las empresas por concepto de indemnizaciones adjudicadas al amparo del sistema de solución de controversias inversionista-Estado. Setenta por ciento de esos casos corresponden a demandas interpuestas por inversionistas extranjeros contra políticas gubernamentales sobre medioambiente y recursos naturales. Los tribunales de arbitraje de ese sistema recientemente les han ordenado a los gobiernos a pagar incluso más:

- La “victoria” de Exxon-Mobil en un caso inversionista-Estado reciente amparado en el TLCAN que impugnó las normas de una provincia canadiense sobre exploración de petróleo y gas en mar abierto le añadirá bastante al botín de 356 millones de dólares ya pagados a los inversionistas que presentaron demandas contra políticas ambientales, de ordenamiento territorial, de explotación maderera y otras tan solo en el marco de los TLC de Estados Unidos.
- El CIADI le ordenó recientemente al Ecuador a pagarle 1,800 millones de dólares a *Occidental Petroleum* por una disputa en torno a un contrato de concesión petrolera que la empresa elevó ante ese organismo amparándose en el tratado bilateral de inversión entre Estados Unidos y

Ecuador -- ésta es la indemnización singular más abultada de la que se tenga conocimiento hasta la fecha, adjudicada por tribunales de arbitraje bajo el régimen de solución de controversias inversionista-Estado.

Estos fallos recientes, problemáticos y costosos no constituyen casos aislados. A medida que se presentan y resuelven más y más demandas de este tipo, está quedando en evidencia que los tribunales de arbitraje han interpretado con frecuencia creciente muy ampliamente el concepto ambiguo de derechos de los inversionistas extranjeros establecido en los TLC de Estados Unidos, adjudicándoles a las empresas millones de dólares de los contribuyentes como indemnización.

¿Cuáles son, en definitiva, estos lesivos derechos de los inversionistas?

"Expropiación indirecta"-- El derecho a indemnización gubernamental por costos derivados de reglamentaciones: La "expropiación" ha implicado tradicionalmente el embargo de tierras o bienes como una fábrica, por ejemplo, por el gobierno, pero la noción de "expropiación indirecta" incluida en el modelo de protección de inversiones estadounidense ha sido interpretada por los tribunales de arbitraje como cualquier normativa u otra acción gubernamental que reduce el valor de una inversión extranjera. En el caso emblemático de *Metalclad vs. México*, la empresa estadounidense de disposición de residuos tóxicos *Metalclad* impugnó la decisión de una municipalidad mexicana que se negó a autorizar la construcción de unas instalaciones de tratamiento de residuos tóxicos a menos que la empresa se hiciera cargo del problema de residuos tóxicos ya existente y su limpieza. Las instalaciones habían sido antes clausuradas por el gobierno municipal debido a la contaminación, cuando eran propiedad de una empresa mexicana, y la empresa estadounidense sabía eso cuando compró esas instalaciones. Pero un tribunal de arbitraje del TLCAN dictaminó que negarle al inversionista extranjero de Estados Unidos el permiso de construcción representaba una expropiación "indirecta" ya que menoscababa el valor de la inversión de la empresa, aunque la condición que impuso el gobierno municipal para autorizar el funcionamiento de las instalaciones --que se procediera primero a la limpieza de los residuos tóxicos existentes-- se aplicaba tanto a las empresas nacionales como extranjeras. Los contribuyentes mexicanos tuvieron que pagarle 15,6 millones de dólares a *Metalclad*.

"Nivel mínimo de trato": Las disposiciones ambiguamente formuladas que les garantizan "niveles mínimos de trato" a los inversionistas extranjeros, incluido un "trato justo y equitativo", le abren la puerta a demandas inversionista-Estado por una amplia gama de medidas gubernamentales que de otro modo serían permisibles tanto en el marco de la constitución estadounidense como de otros sistemas jurídicos nacionales. Los tribunales de arbitraje inversionista-Estado han usado esta noción para obligar a los gobiernos a pagarles indemnizaciones a las empresas cuando se modifica una ley o se establecen políticas nuevas, incluso si se aplican por igual tanto a las empresas nacionales como a las extranjeras. Los tribunales de arbitraje han utilizado la obligación de garantizar "niveles mínimos de trato" para fabricar teorías acerca de las "expectativas" de un "ambiente normativo estable" para los inversionistas, que se verían menoscabadas por tales cambios de políticas de aplicación general frente a circunstancias cambiantes tales como crisis financieras o en respuesta a reclamos de la ciudadanía.^{ix} Esto quiere decir que, según esas normas, a las empresas extranjeras se les garantiza un blindaje que las protege de cambios, incluso aunque esos cambios sean el producto de procesos democráticos como una elección o una ley aprobada por el Congreso.

Por ejemplo, en el caso inversionista-Estado conocido como *SD Meyers vs. Canadá* amparado en el TLCAN, un tribunal de arbitraje sostuvo que la prohibición al transporte transfronterizo de residuos tóxicos que impuso Canadá en cumplimiento de sus obligaciones como parte contratante del Convenio de Basilea (un acuerdo multilateral sobre el medioambiente) violaba las normas sobre nivel mínimo de trato garantizadas a la empresa por el TLCAN. Canadá tuvo que pagarle a la empresa 20 millones de

dólares como indemnización. En tanto como el 74 por ciento de las demandas “exitosas” interpuestas por inversionistas amparados por los Tratados de Libre Comercio (TLC) y Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) de Estados Unidos, los tribunales de arbitraje han dictaminado que los gobiernos han violado las disposiciones de “trato justo y equitativo”, determinando así que ésta sea por lejos la causal más exitosa de demanda de los inversionistas contra los Estados.

A tal grado se llegó que incluso hasta los expertos en jurisprudencia de los círculos oficiales mostraron preocupación por la amplitud con que los tribunales de arbitraje estaban interpretando estos conceptos. Por eso, Estados Unidos sostiene que a partir del Tratado de Libre Comercio con América Central y República Dominicana (CAFTA, por su sigla en inglés) que entró en vigor en 2005, se limitó el alcance de estos conceptos, agregándole a tal efecto un anexo interpretativo, que también se incluyó en el TLC entre Perú y Estados Unidos. Desdichadamente, el primer fallo sobre este concepto, emitido por un tribunal de arbitraje del CAFTA, que fue el primer tratado que incluyó dicho anexo, demostró que ese anexo no impide que los tribunales de arbitraje inversionista-Estado generen nociones antojadizas acerca de nuevos derechos que los países tienen que garantizarles a los inversionistas extranjeros, ni que les ordenen a los países a pagar indemnizaciones por haber violado normas que nunca acordaron cuando firmaron los TLC y TBI.

En junio de 2012 un tribunal arbitral del CIADI emitió un fallo favorable a la *Railroad Development Corporation* (RDC) contra Guatemala, que obligaba a la gobierno de ese país a pagarle 11,3 millones de dólares a la empresa. Si bien se le había otorgado a RDC una concesión para rehabilitar la red de transporte ferroviario de Guatemala en cinco etapas, la empresa sólo había completado la primera etapa tras ocho años de funcionamiento. En 2006, no satisfecho con ese avance tan lento, el gobierno de Guatemala declaró partes del contrato con RDC como “lesivas para los intereses del Estado”, siendo ese el primer paso de un proceso jurídico administrativo para determinar si un contrato debe revocarse. Aunque RDC continuó disfrutando de sus derechos contractuales y siguió obteniendo ganancias, el tribunal de arbitraje sostuvo que el proceso mismo de iniciar una revisión jurídica de los términos del contrato violaba los niveles mínimos de “trato justo y equitativo” que el gobierno debía garantizarle a esa empresa.

Para arribar a esa decisión tan descabellada el tribunal arbitral simplemente ignoró el anexo interpretativo del CAFTA, que disponía que las normas de trato justo y equitativo se analizaran a la luz del Derecho Internacional Consuetudinario. Revisada según esos términos, violar la norma de trato justo y equitativo significa incurrir en “denegación de justicia”, es decir, que se le niegue al inversionista el acceso a los tribunales u otras garantías procesales. Sin embargo, al mismo tiempo que demandaba a Guatemala en el tribunal de arbitraje inversionista-Estado, ¡RDC también estaba interviniendo simultáneamente en la revisión administrativa nacional de Guatemala y el proceso judicial de revisión de la aplicación de los términos del contrato, iniciado con la notificación de ejecución lesiva! Es más, tanto Estados Unidos como otros tres países signatarios del CAFTA presentaron escritos ante el tribunal de arbitraje que veía ese caso, afirmando que ese tribunal debía fundamentar su análisis en el Anexo y el Derecho Internacional Consuetudinario. En lugar de eso, el tribunal arbitral optó por tomar prestada una interpretación amplia de las normas de trato justo y equitativo pergeñada por otro panel arbitral de tres abogados del sector privado que actuó en el caso inversionista-Estado conocido como *Waste Management II* del TLCAN, y usó esa interpretación expansiva para declarar que Guatemala había violado esas normas.^x

Amenazas allende las indemnizaciones monetarias: políticas importantes inhibidas, amenazas que conducen a la revocación de leyes

Las indemnizaciones monetarias adjudicadas a las empresas con dinero de los contribuyentes constituyen solo una de las diversas amenazas que supone este sistema de solución de controversias. Las demandas inversionista-Estado también se están utilizando cada vez con más frecuencia como

instrumento rudo de negociación para presionar a los gobiernos a someterse a los reclamos de las empresas o para que suspendan o "congelen" nuevas iniciativas antes de que se las ponga en práctica.

- Como se describió anteriormente en el caso *Renco vs. Perú*, el Grupo Renco no prosiguió con su demanda inversionista-Estado luego de haberla interpuesto inicialmente en 2010. La empresa estadounidense optó más bien por utilizar la amenaza del arbitraje para presionar al gobierno peruano a concederle otra prórroga al cumplimiento de su obligación de remediar la contaminación en La Oroya y para retrasar el trámite de una demanda presentada ante tribunales estadounidenses, que reclama indemnizaciones para las víctimas de la contaminación.
- Canadá revocó una prohibición nacional al MMT, un aditivo para la gasolina prohibido en muchos estados de Estados Unidos porque posiblemente sea cancerígeno, después que la *Ethyl Corporation* de origen estadounidense entablara una demanda inversionista-Estado amparándose en el TLCAN.
- El debate nacional sobre el futuro de la minería metálica en El Salvador, donde el 98% del agua del país está contaminada en buena parte debido a la minería de metales realizada en el pasado, se ha visto fuertemente influenciado por las demandas inversionista-Estado interpuestas por empresas mineras canadienses y estadounidenses. Aun cuando un tribunal de arbitraje inversionista-Estado desestimó una demanda entablada por el *Commerce Group* de origen estadounidense, la empresa presentó un recurso reclamando la “anulación” de ese fallo. Por otro lado, la empresa canadiense *Pacific Rim Mining* le está reclamando más de 200 millones de dólares al gobierno salvadoreño como indemnización por no haberle otorgado un permiso de explotación (debido a que la empresa no completó los pasos necesarios). Un tribunal arbitral del CIADI permitió que parte de ese caso siguiera su curso analizando el fondo del asunto. Hay 29 empresas mineras extranjeras con solicitudes de permisos de minería pendientes que siguen de cerca estos casos. El mensaje a El Salvador, cuando el Poder Legislativo debate sobre su política de minería, es: “si aprueban una ley que protege el agua de su país por encima del derecho de los inversionistas extranjeros a extraer metales preciosos, tengan en cuenta que tendrán que gastar millones de dólares en abogados y honorarios de los árbitros de los tribunales, incluso aunque ganaran todos los casos de demandas inversionista-Estado potenciales”.
- Las dos demandas inversionista-Estado contra las políticas de control del tabaco aplicadas por Uruguay y Australia, interpuestas recientemente por Philip Morris amparándose en sendos tratados similares, abrieron otro frente más de acción de este régimen de protección de las inversiones que apunta a restringir al máximo el espacio político regulatorio de los gobiernos, muy lejos de toda noción tradicional de expropiación de tierras u otros bienes tangibles como fábricas. Los países que quieran aplicar políticas de salud en cumplimiento de sus obligaciones como partes contratantes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Control del Tabaco (FCTC, por su sigla en inglés) ahora tendrán que preocuparse e invertir esfuerzos para defenderse de las demandas inversionista-Estado de la poderosa industria tabacalera.

En varias instancias y ocasiones, los tribunales de arbitraje han ido más allá de la adjudicación de indemnizaciones monetarias y han emitido medidas cautelares a favor de las empresas, dando lugar a graves conflictos de aplicación de las leyes. En el caso inversionista-Estado conocido como *Chevron vs. Ecuador* amparado en el Tratado Bilateral de Inversión entre Estados Unidos y Ecuador, un tribunal arbitral de tres abogados del sector privado falló en contra de Ecuador obligando al gobierno de ese país a detener la aplicación de una decisión de un tribunal de apelaciones nacional que falló en contra de Chevron en un caso por contaminación de la Amazonía. El tribunal arbitral anunció que la indemnización adjudicada en ese caso histórico que implicó 18 años de fallos judiciales contra Chevron en tribunales tanto de Estados Unidos como de Ecuador no podrá hacerse efectiva hasta que ese tribunal arbitral revise los méritos del caso y decida si el fallo de la Corte Suprema de Ecuador es

legítimo. Si el Presidente del Ecuador cumple con esta orden, violará la separación de poderes establecida en la Constitución del país. Chevron ya no tiene activos en Ecuador, y eso significa que los abogados que representan a las comunidades indígenas que ganaron este histórico caso de indemnización multimillonaria por daños y perjuicios ambientales tendrán que cobrarle a Chevron en países donde la empresa sí tenga activos. Sin embargo, aún resta saber si los gobiernos de otros países donde Chevron sí tiene activos obedecerán la orden del tribunal arbitral y le permitirán a Chevron eludir sus responsabilidades por la destrucción de grandes superficies de la Amazonia ecuatoriana, amparándose a tal efecto en este sistema de solución de controversias inversionista-Estado.

Ya sea ganando las demandas inversionista-Estado que interponen y cobrando millones por concepto de indemnizaciones, o inhibiendo preventivamente las acciones gubernamentales que apuntan a satisfacer necesidades públicas clave, estos derechos internacionales de los inversionistas y su aplicación privada a través del sistema de solución de controversias inversionista-Estado establecen la frontera exterior de lo posible para las comunidades y países que quieran emprender reformas progresistas en materia de políticas de salud, medioambiente, agua u otros recursos naturales.

Un nuevo enfoque es necesario hace ya tiempo

La inquietante expansión del régimen de solución de controversias inversionista-Estado y las obligaciones crecientes que ese sistema les impone a los gobiernos cuando protegen a los consumidores, la salud y el medioambiente ha llevado a muchos expertos en jurisprudencia y a algunos gobiernos a repensar su participación en ese régimen de protección de las inversiones. Aunque no hay pruebas concluyentes que indiquen que firmando acuerdos de inversión que incluyan el sistema de solución de controversias inversionista-Estado se atrae e incrementan los flujos de inversión extranjera directa,^{xi} los riesgos que supone ese régimen para los Estados son cada vez más claros. Brasil, que no aplica el sistema inversionista-Estado en sus tratados, recibe los niveles más altos de inversión extranjera directa en América Latina. Australia decidió no someterse a la aplicación del régimen inversionista-Estado en el TPP. Sudáfrica e India han emprendido una revisión de sus respectivos regímenes de protección de las inversiones con vistas a una renegociación de sus términos. El caso *Renco vs. Perú* les ofrece a los formuladores de políticas peruanos una lección para que eviten aumentar la vulnerabilidad del Perú frente a ataques similares que atenten contra su espacio interno de formulación de políticas, de manos de nuevas empresas extranjeras de los otros países que componen y están negociando el TPP.

Un nuevo enfoque requeriría no reproducir en el TPP o en otros acuerdos futuros en materia de comercio e inversiones los elementos más perjudiciales de las normas de inversión clave incluidas en los pactos comerciales de Estados Unidos. Algunos de estos elementos son:

1. Ponerle punto final a los ataques y demandas empresariales amparados en el régimen de solución de controversias inversionista-Estado.

Los tribunales arbitrales internacionales que dirimen actualmente las demandas de los inversionistas contra los Estados carecen de sistemas de rendición de cuentas al público, de normas éticas judiciales estandarizadas y procesos de apelación. Este régimen debe sustituirse por un sistema de solución de controversias Estado-Estado capaz de garantizar el papel crucial de los gobiernos en la protección del interés público. En caso que un acuerdo de inversión tenga que permitir algún tipo de acceso a algún mecanismo de arbitraje, se les debe exigir taxativamente a los inversionistas que al menos agoten primero los recursos de la jurisdicción interna antes de proceder a tribunales internacionales, y además se debe incluir un filtro diplomático para evitar demandas antojadizas e injustificadas o demandas que generarían graves perjuicios públicos en caso de proceder.

2. Eliminar las disposiciones sobre “niveles mínimo de trato” que paralizan las mejoras normativas.

Las disposiciones ambiguamente formuladas que les garantizan "niveles mínimos de trato" a los inversionistas extranjeros, incluido un “trato justo y equitativo”, le abren la puerta a demandas inversionista-Estado por una amplia gama de medidas gubernamentales que de otro modo serían permisibles tanto en el marco de la constitución estadounidense como de otros sistemas jurídicos nacionales. En el caso inversionista-Estado conocido como *Glamis Gold vs. Estados Unidos*, Estados Unidos persuadió exitosamente al tribunal arbitral de aceptar una interpretación relativamente estrecha del principio de “nivel mínimo de trato”. Pero desde entonces, los tribunales arbitrales que han dirimido los casos interpuestos al amparo de los TLC y TBI de Estados Unidos, han generado nuevas obligaciones usando estos conceptos y les han ordenando a los gobiernos a indemnizar a las empresas por acciones que no violan las interpretaciones de estos conceptos aceptadas por el Derecho Internacional Consuetudinario. Dado que a los tribunales arbitrales no se les exige guiarse por otros precedentes judiciales, como mínimo debe reclamarse que la interpretación del caso *Glamis Gold* quede codificada en el texto del TPP, para evitar así que en casos futuros se emitan fallos que incluyan interpretaciones excesivamente amplias que menoscaban la formulación de políticas responsables.

3. Excluir las cláusulas de “expropiación indirecta” que permiten la impugnación de políticas no discriminatorias que supuestamente afectan las ganancias.

Hasta hace un tiempo no tan remoto, la expropiación se refería al embargo físico de una propiedad, por ejemplo cuando un gobierno expropia una casa para construir una carretera. Hoy en día, la mayoría de los acuerdos internacionales de inversión también protegen a los inversionistas contra la expropiación “indirecta”, que puede interpretarse como la aplicación de normas y otras acciones gubernamentales que reducen el valor de una inversión extranjera. Aunque los tribunales arbitrales internacionales no pueden obligar a un gobierno a derogar leyes o reglamentaciones, la amenaza de indemnizaciones multimillonarias por daños y perjuicios puede tener un “efecto inhibitorio” en la formulación de políticas. El TPP debería aclarar que las medidas normativas que no transfieren a otro(s) la propiedad de la inversión no constituyen actos de expropiación indirecta.

4. Restringir la definición de inversión a bienes o propiedades "tangibles" para descartar así las demandas muy amplias.

Sean cuales fueren las normas de inversión del TPP, solo deberían proteger los derechos de propiedad sobre bienes tangibles y otros intereses específicos asociados a esas propiedades que estén protegidos por la Constitución de Estados Unidos y los sistemas jurídicos de otros países signatarios. La contratación pública y las compras gubernamentales, los contratos de concesión de recursos naturales, los permisos reglamentarios, los derechos de propiedad intelectual, los instrumentos financieros (como los derivados) y las nociones ambiguas que predicen que “asumir riesgos” es una forma de inversión, deben excluirse de la definición de inversiones protegidas.

5. Garantizar que las políticas de prevención y mitigación de las crisis financieras no sean impugnables.

Aunque muchos gobiernos han utilizado eficazmente los controles de capital para evitar los peores efectos de las crisis financieras, los TLC y TBI de Estados Unidos siguen incluyendo restricciones muy amplias al empleo de esta herramienta de política. Las normas actuales también podrían frustrar las iniciativas en pos de la adopción de un pequeño impuesto a las transacciones de divisas y al comercio de otros instrumentos financieros con el objetivo de reducir la especulación excesiva. El TPP debería incluir salvaguardias contra las crisis financieras, inimpugnables a través del sistema de

solución de controversias inversionista-Estado. Debe excluirse también de la definición de inversión protegida a las inversiones de corto plazo ("el dinero caliente") y la deuda soberana.

6. Incluir una excepción general explícita para las medidas de protección ambiental, de los trabajadores y el empleo.

Algunos TLC incluyen disposiciones sobre "Inversiones y medioambiente" que apuntan aparentemente a salvaguardar a las normativas ambientales de manera tal que no sean impugnables a través del sistema de solución de controversias inversionista-Estado. Sin embargo, el 70 por ciento de los casos amparados en los TLC y TBI de Estados Unidos han impugnado las políticas ambientales de los países. El TPP debería incluir una excepción general para las medidas de protección de la salud, la seguridad y el medioambiente; las medidas de conservación de los recursos naturales; y las medidas de protección de los derechos humanos, laborales y sindicales internacionales.

7. Clausurar el gran truco legal de las empresas filiales

Muchos TLC y TBI de Estados Unidos incluyen un truco legal que les permite a las empresas eludir a sus propios tribunales nacionales interponiendo demandas inversionista-Estado a través de sus filiales extranjeras radicadas en algún país aparcero que haya firmado un TLC o TBI con el país de origen de la empresa madre u otra filial. Esto está permitido explícitamente en muchos acuerdos, siempre y cuando la empresa desarrolle "actividades empresariales sustanciales" en el otro país. Ya que la noción de "sustancial" no está definida con claridad, una empresa puede establecer una filial de fachada en un país con el único propósito de aprovechar un TLC para demandar a otro país. Esta posibilidad de elegir el foro más conveniente llevó a Philip Morris (que es una empresa estadounidense) a reivindicarse como empresa suiza para poder demandar a Uruguay amparándose en un TBI suscrito por Suiza y Uruguay, y a reivindicarse como empresa de Hong Kong para poder demandar a Australia al amparo de un TBI entre Hong Kong y Australia. Esto no debería permitirse en el TPP.

[Notas]

ⁱ The Renco Group, Inc. vs. República de Perú, Claimant's Notice of Intent to Commence Arbitration under United States – Peru Trade Promotion Agreement, 29 de diciembre de 2010, 2. Disponible en: http://ita.law.uvic.ca/documents/RencoGroupVPeru_NOI.pdf.

ⁱⁱ PublicCitizen, Memorandum: Renco utiliza el TLC entre Perú y Estados Unidos para evadir a la justicia por contaminación en La Oroya, November 2012.

ⁱⁱⁱ Blacksmith Institute, "The Top Ten of The Dirty Dozen", Project of The Blacksmith Institute, septiembrede 2007, at 6.

<http://www.worstpolluted.org/reports/file/2007%20Report%20updated%202009.pdf> y Blacksmith Institute, "The Worlds Worst Polluters: The Top Ten" Project of the Blacksmith Institute, octubre de 2006. <http://www.worstpolluted.org/reports/file/10worst2.pdf>

^{iv} Ver sección IV.

^v Ver secciones I-IV.

^{vi} "Forbes 400 Richest Americans: Ira Rennert," *Forbes*, publicado en septiembre de 2012, se tuvo acceso el 20 de noviembre de 2012. Disponible en: <http://www.forbes.com/profile/ira-rennert/>.

^{vii} Ver sección VIII.

^{viii} UNCTAD, nota del IIA Issues, abril de 2012. Disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10_en.pdf

^{ix} Ver, por ejemplo, *Tecmed vs. México*, y *El Paso vs. Argentina*.

^x Railroad Development Corporation and Republic of Guatemala: Award, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 29 de junio de 2012, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1051.pdf>, at para. 219.

^{xi} Kevin P. Gallagher, Roberto Porzecanski, Andrés López, y LyubaZarsky. Foreign Investment and Sustainable Development: Lessons from the Americas. 2008. Disponible en: <http://www.ase.tufts.edu/gdae/Pubs/rp/FDIWorkingGroupReportMay08.pdf>

Para más información, contacte a Public Citizen, Observatorio de Comercio Global:

215 Pennsylvania Avenue SE, Washington DC 20003 * www.tradewatch.org * gtwinfo@citizen.org * +1 202 454 5100