

# DOE RUN / LA OROYA

## Los TLC y las lecciones de una demanda injusta

# Esquema

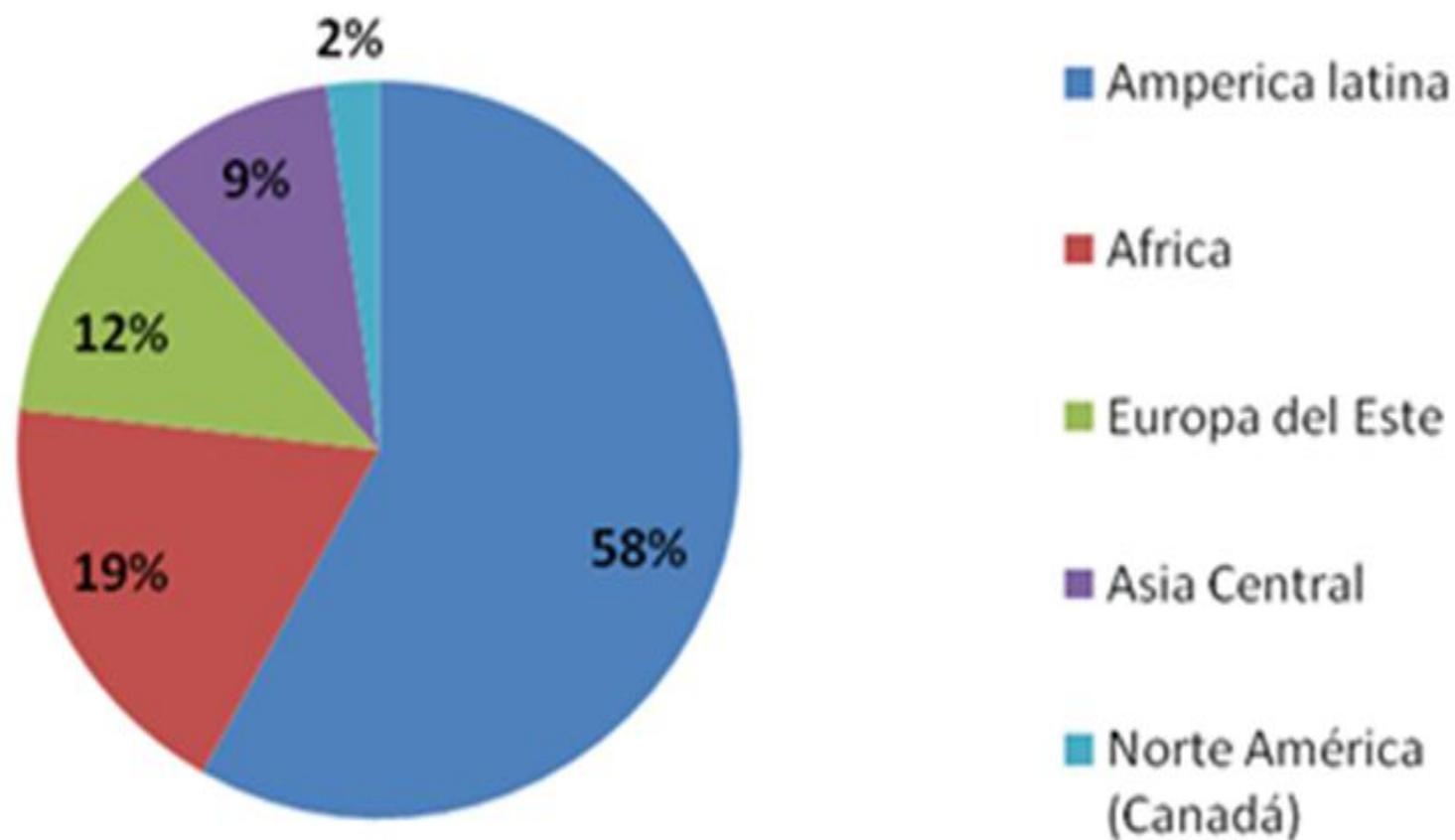
- Lo que está pasando con los TLC.
- El proceso de arbitraje de Renco/Doe Run y las herramientas que brindan los TLC.
- Lecciones y escenarios alternativos posibles.

- Todos los TLC tienen capítulos de inversiones (protección a las inversiones).
- Y los mecanismos que brindan esos capítulos están siendo utilizados.
- El Perú actualmente cuenta con treinta y dos tratados bilaterales de inversión (TBI) y nueve tratados de libre comercio (TLC) que contienen capítulos de inversión.

- El TPP no solo significaría un nuevo tratado, sino varios TLC adicionales de un solo golpe (con 12 países).
- No solo las negociaciones son secretas, también los patrones se repiten....
- Algunas evidencias de como se están utilizando los instrumentos:
- Por ejemplo, cada vez hay mayores demandas de las empresas contra los países.

- Hasta marzo del 2013, habían 169 casos de demandas inversionista - Estado en el Centro Internacional de Arreglos de Disputas relativas a Inversiones (CIADI), del Banco Mundial.
- De estos, 60 casos (35.7%) se relacionan a disputas por petróleo, minería o gas.
- En contraste, en 2000 habían tan solo tres casos pendientes en el CIADI relacionados con disputas por petróleo, minería o gas.

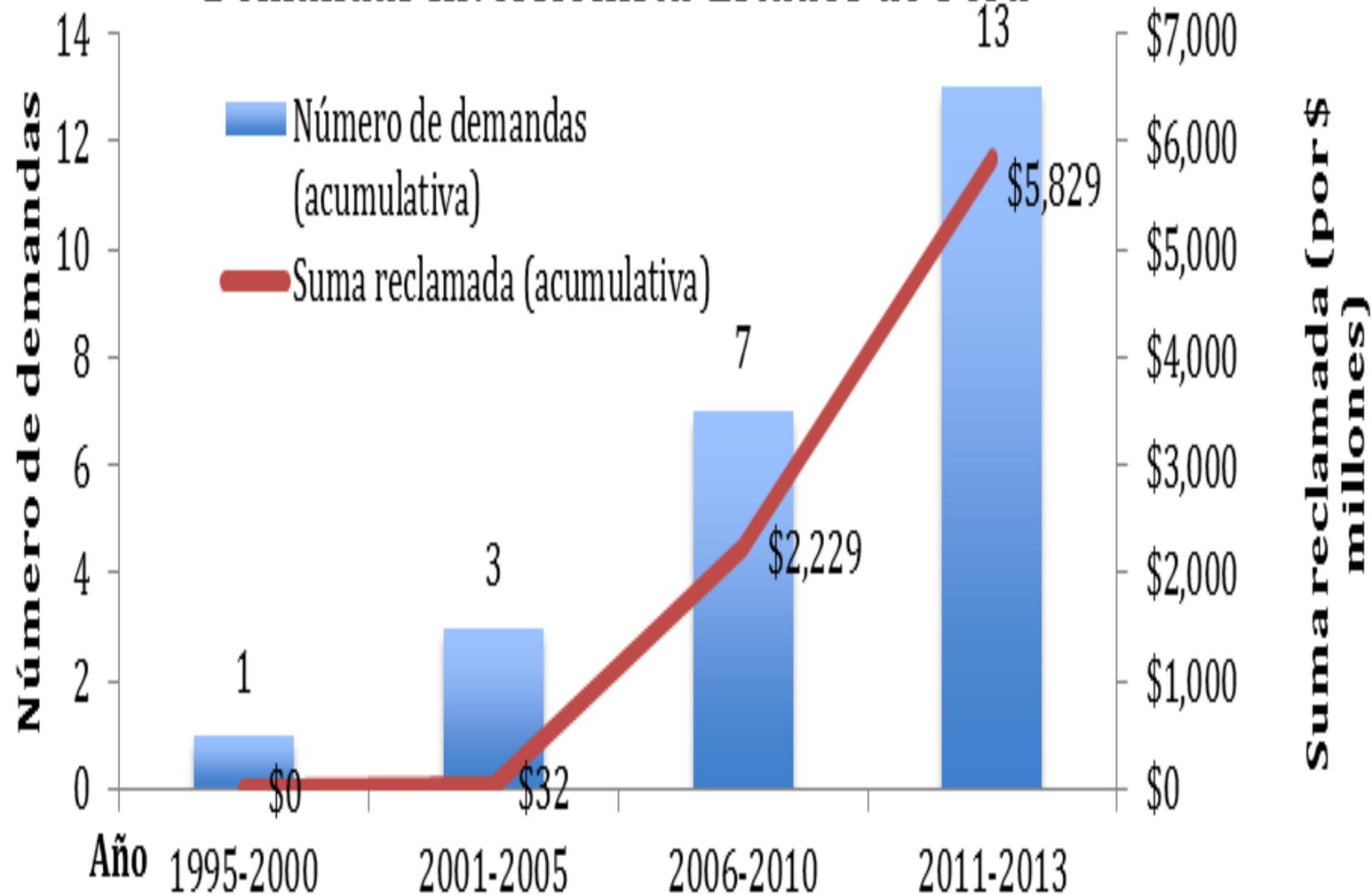
**Demandas ante el CIADI por Industrias extractivas.  
Distribución por Región, 2011.**



# ¿Qué está pasando?

- Los países están teniendo un proceso de aprendizaje difícil sobre lo que significan estos mecanismos.
- Y el Perú no es la excepción por el contrario es un excelente ejemplo.

# Demandas Inversionista-Estados de Perú



<b>Controversias Inversionistas-Estados Pendientes</b>			
<b>Caso</b>	<b>Fecha Registrada</b>	<b>Suma Reclamada</b>	<b>Costas Legales Estimadas</b>
<b>Controversias Pendientes del CIADI</b>			
1) Convial Callao S.A. v. Republica de Perú	2/2/10	\$30,000,000.00 <sup>1</sup>	\$1,857,066.82 <sup>2</sup>
2) Renée Rose Levy de Levi v. Republica de Perú	20/07/10	\$2,000,000,000.00 <sup>3</sup>	\$3,885,977.00 <sup>4</sup>
3) Renée Rose Levy y Gremcitel S.A. v. Republica de Perú	24/06/11	\$2,500,000,000.00 <sup>5</sup>	\$3,243,300.00 <sup>6</sup>
4) DP World Callao S.R.L. v. Republica de Perú	22/07/11	\$200,000,000.00 <sup>7</sup>	\$2,890,000.00 <sup>8</sup>
5) Elecnor S.A. y Isolux Corsán Concesiones S.A. v. Republica de Perú	15/02/12	Desconocida	\$3,000,300.00 <sup>9</sup>
6) Pluspetrol Perú Corporation y otros v. Peru Petro S.A.	11/09/2012	Desconocida	\$3,074,000.00 <sup>10</sup>
<b>Costas Totales de Controversias Pendientes del CIADI:</b>		<b>\$4,730,000,000.00</b>	<b>\$17,950,643.82</b>
<b>Controversias No CIADI Pendientes</b>			
7) Renco Group, Inc. v. Republica de Perú	29/12/10	\$800,000,000.00 <sup>11</sup>	\$2,197,000.00 <sup>12</sup>
<b>Costas Totales de Controversias Pendientes No CIADI</b>		<b>\$800,000,000.00</b>	<b>\$2,197,000.00</b>
<b>Costas Totales de Controversias Pendientes CIADI y No CIADI</b>		<b>\$5,530,000,000.00</b>	<b>\$20,147,643.82</b>
<b>Costas Totales (la suma otorgada por controversias concluidas más la suma reclamada por controversias pendientes)</b>		<b>\$5,552,013,507.54</b>	<b>\$34,356,228.95</b>
<b>Suma Total Reclamada (la suma reclamada por ambas controversias concluidas y pendientes)</b>		<b>\$5,827,373,401.00</b>	

<sup>1</sup> LA REPUBLICA, *supra* nota **¡Error! Marcador no definido..**

<sup>2</sup> MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS, *supra* nota **¡Error! Marcador no definido..**

<sup>3</sup> Edward Machin, *supra* nota **¡Error! Marcador no definido..**

<sup>4</sup> MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS, *supra* nota **¡Error! Marcador no definido..**

<sup>5</sup> DIARIO LA PRIMERA PERU, *supra* nota **¡Error! Marcador no definido..**

<sup>6</sup> MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS, *supra* nota **¡Error! Marcador no definido..**

<sup>7</sup> EMPRESAS EN PERU, *supra* nota **¡Error! Marcador no definido..**

<sup>8</sup> MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS, *supra* nota **¡Error! Marcador no definido..**

<sup>9</sup> MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS, *supra* nota **¡Error! Marcador no definido..**

<sup>10</sup> MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS, *supra* nota **¡Error! Marcador no definido..**

<sup>11</sup> The Renco Group, *supra* nota **¡Error! Marcador no definido., ¶ 10.**

<sup>12</sup> MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS, *supra* nota **¡Error! Marcador no definido..**

# El caso Doe Run y la pregunta que todos se hacen

- ¿Cómo una empresa que ha incumplido todas sus obligaciones, que ha infringido las leyes, puede permitirse demandar al Estado peruano y llevarlo a un proceso de arbitraje buscando obtener una indemnización de US\$ 800 millones?
- Y la respuesta es que si es posible, gracias a los instrumentos que les da el capítulo de inversiones del TLC.

# Los fundamentos y el inicio de la demanda

- El 07 de abril de 2011, Renco Group Inc. Y DRP inició formalmente el proceso de arbitraje contra el Estado Peruano en el marco del Tratado de Libre Comercio Perú Estados Unidos, convirtiéndose así en el primer caso de inversionista contra Estado, amparado por el referido tratado.

# Argumentos de la demanda

- (1) Alegan haber recibido un trato injusto respecto a la ejecución del PAMA. Indican que el gobierno les exigió responsabilidades adicionales, lo que en la práctica, los obligó a solicitar varias prórrogas y que debido a la negativa del gobierno de extender el PAMA una vez más, no pudieron terminar con la construcción de la planta de ácido sulfúrico.
- Según Renco, estas acciones vulneran el artículo 10.5 del capítulo de inversiones del TLC Perú-EEUU.

- (2) Que las autoridades peruanas han tratado más duramente a DRP que a Activos Mineros, a pesar que esta última empresa tampoco ha cumplido con las obligaciones que le correspondían del PAMA.
- Para Renco y DRP, ello constituye trato discriminatorio y vulnera el artículo 10.3 del TLC (Trato Nacional).

- (3) Que DRP fue llevada a un **proceso concursal ante INDECOPI**, precisamente cuando se encontraban en la búsqueda de financiamiento, lo que les permitiría pagar a sus acreedores.
- Indican que el hecho que el gobierno peruano ha sido reconocido como el mayor acreedor en la junta ante INDECOPI, debido al incumplimiento del PAMA, constituye en la práctica un intento de expropiación que vulnera el artículo 10.7 del TLC. (Expropiación indirecta)

- (4)El gobierno peruano y Activos Mineros deben asumir cualquier responsabilidad por las denuncias presentadas por los daños a la salud y el ambiente, ya sean presentadas en el Perú o Estados Unidos.
- Ello se traduce en la denuncia contra Renco Group admitida en un Tribunal de Missouri por un grupo de pobladores de La Oroya, y que según la empresa, es de entera responsabilidad del gobierno peruano. Ello vulneraría el artículo 10.4.

¿Renco/Doe Run tienen posibilidades de ganar?



- Si tienen posibilidades cuando uno revisa los artículos del capítulo de inversiones y otros casos de arbitraje
- Algunos aspectos a tomar en cuenta:
- Los TLC utilizan en relación al tema de las inversiones definiciones amplias y flexibles, **que se pueden prestar a múltiples interpretaciones.**
- Por ejemplo, un aspecto preocupante está referido al concepto de **expropiación**. Las provisiones del TLC sobre la expropiación están entre las más radicales: el concepto de **expropiación** se ha expandido enormemente.

## ¿Qué entendemos por expropiación?

- Expropiar ha sido sinónimo de nacionalizar una inversión; es decir cuando el Estado se apropia del uso, título o beneficio de la propiedad (una fábrica, mina, bancos, etc) de un inversionista. Obviamente con el pago de una compensación al propietario. Esto se considera como una **expropiación directa**.

-

Sin embargo, el significado de **expropiación** ahora es más amplio con la introducción del concepto de la **expropiación indirecta** que es considerada equivalente a la expropiación directa.

¿ Qué es una expropiación indirecta?

Por **expropiación indirecta en los TLC se entiende como las medidas que por ejemplo pueden afectar expectativas de ganancia futura de una empresa.**

Es decir, si un gobierno regula la actividad de una empresa, de tal forma que su expectativa de ganancia va a ser afectada -porque la empresa está obligada a asumir un mayor gasto o porque su acceso a los mercados será limitado-, **la empresa puede reclamar una indemnización de parte del gobierno.**

Esta interpretación le da a las ganancias potenciales la misma categoría que a las inversiones efectivas. En los TLC la inversión está definida como "[t]odo activo o recurso tangible o intangible comprometido en un proyecto, como la expectativa de ganancia y la asunción de riesgo económico."

- **¿Qué dice el artículo correspondiente del TLC firmado por el Perú con los Estados Unidos? (ver pág. 33)**
- “El artículo 10.7.1 aborda dos situaciones. La primera es la expropiación directa, en donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio”.
- “La segunda situación abordada por el artículo 10.7.1 es la expropiación indirecta, en 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 del dominio”.

- Por ejemplo:
- “(i) El impacto económico del acto gubernamental”.
- “(ii) La medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión”.
- Es decir, la promulgación de una ley u otro instrumento de regulación, sea para la protección del ambiente, salud o bienestar público, que se perciba como una interferencia a la capacidad de la empresa extranjera de obtener una ganancia futura por sus inversiones, **puede ser considerada como una expropiación indirecta.**
- **Doe Run-Renco están utilizando esta cláusula...**

# ¿Qué alega DRP sobre el tema de expropiación indirecta?

- Para el grupo Renco y DRP, la sola intención del Estado peruano de participar en la junta de acreedores es un claro intento de expropiación indirecta.
- Se generó toda una discusión alrededor de la participación del Estado peruano en la junta de acreedores de DRP. ¿Era el PAMA una acreencia válida?

- **El artículo 10.3 está referido al TRATO NACIONAL**
- “1. Cada Parte concederá a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones en su territorio”.
- **Este es otro de los argumentos de Renco-Doe Run.**

# ¿Qué dice la experiencia internacional?

- **Caso Metalclad (México)**
- En enero de 1997 la empresa Metalclad demandó al gobierno mexicano por un monto de US\$ 90 norteamericana millones por la violación del capítulo XI del TLCAN.
- **Caso Betchel (Bolivia)**
- En noviembre de 2001 Bechtel presentó un reclamo ante el CIADI contra Bolivia por US\$ 25 millones.

- **Pacific Rim Cayman versus El Salvador**
- En 2009 el Estado salvadoreño fue demandado por la empresa canadiense Pacific Rim Cayman LLC por US\$ 77 millones, después de que el gobierno decidió no autorizar la explotación del proyecto minero El Dorado.
- **Chevron versus Ecuador**
- En 2006 la multinacional Chevron demandó al Estado ecuatoriano. El panel arbitral adjudicó a la petrolera US\$ 700 millones más los intereses.

- **Crystallex International Corporation versus Venezuela**
- La empresa demandó al Gobierno venezolano ante el CIADI por más de US\$ 3,800 millones. La empresa argumenta que la medida adoptada por el gobierno viola el TBI Venezuela – Canadá y se trata en la práctica una expropiación.
- **Occidental Petroleum vs Ecuador**
- Según un laudo arbitral del CIADI emitido el 5 de octubre de 2012, el Ecuador deberá pagar una indemnización de US\$ 1,800 millones a la empresa Occidental Petroleum.

# El tema de los candados y los blindajes

- El objetivo de poner “candados” para “blindar” las reglas de juego diseñadas en la década de 1990, encontró en los capítulos de inversiones de los TLC y en los TBI una de sus principales herramientas.
- ¿Esta es la única forma de conseguir inversiones?

- Lo cierto es que en sus negociaciones bilaterales o multilaterales, como con la Organización Mundial de Comercio (OMC), varios países comienzan a incluir “reservas” o “exclusiones” de aspectos que consideran riesgosos para sus intereses nacionales.
- Entre otros países, India, China, Australia, Sudáfrica y Brasil no aplican abiertamente el sistema inversionista-Estado o revisan los regímenes de protección de los inversionistas desde la perspectiva de no ceder soberanía.

- Australia, por ejemplo, decidió no someterse a la aplicación del régimen inversionista-Estado del Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica (TPP).
- Tampoco incluyó el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado en sus negociaciones del TLC con los Estados Unidos en 2004, debido a la enorme presión política de sus ciudadanos (Public Citizen, 2012).

- Al margen de los tamaños de las economías mencionadas, lo cierto es que las relaciones asimétricas no son sostenibles y los cuestionamientos también se traducen en decisiones de algunos Estados.
- Por ejemplo, en el capítulo de inversiones del TLC entre Chile y Estados Unidos se acotó la ambigua definición de “expropiación indirecta”.

- Así también, el artículo 10.5 del TLC firmado entre estos dos países incorporó explícitamente excepciones y exclusiones a la prohibición de los “requisitos de desempeño”.

# Pensando en algunas propuestas alternativas

- **El caso Renco/Doe Run y la necesidad de poner punto final a las demandas bajo el régimen de solución de controversias inversionista-Estado.**
- **Eliminar las disposiciones que impiden mejorar la normativa de los países.**
- **Obstáculo Técnico al Comercio (OTC).**

- **Restringir la definición de inversión a los bienes o propiedades tangibles para descartar las demandas muy amplias.**
- **Incluir una excepción explícita para las medidas de protección ambiental, la salud, los derechos laborales y el empleo.**
- **No permitir el uso de las empresas filiales.**

- No se le está diciendo NO a las inversiones; tampoco al comercio. Sin embargo,
- NO podemos negociar acuerdos comerciales por encima de los derechos y afectando soberanía.