

Nuevo marco de regulación para inversiones

Alerta Urgente N° 14 - Noviembre de 2012

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2012-14639

Las amenazas de las demandas de arbitraje no deben detener la implementación de mejores estándares sociales y ambientales

Por un nuevo marco para la regulación de la inversión extranjera que no limite la implementación de la agenda de gobernabilidad de las industrias extractivas

La demanda de arbitraje presentada por la empresa norteamericana Grupo RENCO / Doe Run Perú (DRP) contra el Estado peruano, por \$ 800 millones por el caso del complejo metalúrgico de La Oroya al amparo del Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos, constituye la primera de lo que pueden ser muchas demandas contra el Estado peruano. Las demandas constituyen amenazas concretas que pueden limitar la aplicación de las reformas necesarias para atender la agenda nacional de gobernabilidad de los recursos naturales y las industrias extractivas.

Desde los años noventa, en la pugna global por la atracción de capitales e inversionistas extranjeros, muchos de los países latinoamericanos realizaron reformas promoviendo una estrategia de atracción de inversiones basada en la ampliación de derechos a los inversionistas. Pero estas reformas vienen siendo cuestionadas, debido a que las demandas y las amenazas de arbitraje contra los gobiernos, constituyen una significativa limitación para la implementación de leyes y medidas muchas veces necesarias.

Con el crecimiento de las industrias extractivas en el mundo, América Latina juega un papel central, donde se ha consolidado como un importante proveedor de materias primas para el mundo. Con ello, es la región que en los últimos años ha sido sometida a más demandas en el CIADI: siendo los países latinoamericanos no más del 10% de los países miembros. Estos países tienen aproximadamente el 50% del total de las demandas, y de ellas cerca del 60% son relacionadas con industrias extractivas.

El blindaje a los inversionistas se hizo antes de desarrollar marcos regulatorios adecuados en materia ambiental, social y fiscal

Algunos de los principales mecanismos de protección de inversiones que se han implementado en nuestro país desde los años noventa son: a) la inclusión del principio de Trato Nacional a los inversionistas extranjeros en la Constitución Política del 93, que fijó –a nivel constitucional– la obligación de tratar a los inversionistas extranjeros igual que a los nacionales limitando la capacidad estatal de desarrollar mecanismos de incentivo a sectores estratégicos nacionales; b) la firma de Contratos de Estabilidad Tributaria para los Inversionistas; c) la suscripción de los llamados Acuerdos o Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI) y, finalmente; d) la firma de los TLC con Estados Unidos, Canadá, China, Unión Europea, entre otros, con sus respectivos capítulos de protección de inversiones.

Esta sucesión de mecanismos ha ido consolidando un nuevo marco para la protección de los inversionistas extranjeros en nuestro país, haciéndolo un destino privilegiado para la atracción de inversiones, a costa de una significativa limitación para la aplicación de regulaciones nacionales.

El alza de los conflictos socioambientales en nuestro país pone en evidencia la necesidad de implementar una agenda de gobernabilidad para los recursos naturales y las industrias extractivas. La discusión está en curso: la necesidad de revisar los procedimientos de otorgamiento de concesiones, el desarrollo e implementación de la Zonificación Económica Ecológica (ZEE), el Ordenamiento Territorial (OT), la garantía del derecho a la consulta entre otros, son

marcos normativos necesarios que viene discutiendo el gobierno, pero que enfrentan un inmenso reto, ¿cómo hacer estas reformas sin que los inversionistas consideren que se trata de un cambio de reglas que afecta su expectativa de ganancia o los derechos que se les otorgaron y nos demanden?.

Las reformas pro-inversión, otorgaron “súper derechos” a los inversionistas, antes de que se desarrollaran adecuadamente los marcos institucionales y regulaciones necesarias para sectores estratégicos principalmente aquellos relacionados con los recursos naturales y estándares sociales. Hoy medidas urgentes y necesarias para mejorar la gobernabilidad (y por ende el clima de negocios), se ven retados por los vericuetos que este complejo sistema de protección de inversiones.

“Súper derechos” a los inversionistas extranjeros, limitan la implementación de reformas necesarias

Los mecanismos de protección de inversiones, que se consolidaron con los TLC, incluyen un conjunto de nuevos derechos. Estos se ven reforzados por la posibilidad que se les otorga a los inversionistas de demandar al Estado, mediante un arbitraje, por la consideración de que una acción gubernamental (ley, medida, ordenanza, etc.) a cualquier nivel de gobierno (local, regional, nacional) afecte los derechos otorgados. La demanda de arbitraje se puede presentar, sin la necesidad de haber agotado la instancia interna en tribunales nacionales.

Principales derechos a los inversionistas otorgados en los TLC y TBI	
Derechos otorgados	Principales Características
1. Amplía definición de Inversiones	<ul style="list-style-type: none"> • Incluye inversiones realizadas, y hasta no realizadas (empresas, deuda pública, concesiones y contratos similares, así como derechos de propiedad intelectual). • Limita diversos instrumentos de políticas públicas: reformas fiscales y herramientas financieras ante crisis.
2. Trato Nacional	<ul style="list-style-type: none"> • Trato igual a los extranjeros que a los nacionales. • Limita la política de promoción a inversionistas y proveedores nacionales, que “discrimine” a inversionistas extranjeros.
3. Nación más Favorecida	<ul style="list-style-type: none"> • Todo mejor trato que se de a un tercer país deberá otorgarse también al socio TLC. • Limita el desarrollo de políticas a favor a alianzas estratégicas regionales o prioritarias con algunos países, que refuercen por ejemplo procesos de integración regional. Ejemplo UNASUR.
4. Trato Justo y Equitativo	<ul style="list-style-type: none"> • Obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos. • Inversionistas pueden alegar que aplicación de medidas son discriminatorias, cuando se le exige el cumplimiento a un inversionista extranjero, más que a los nacionales.
5. Requisitos de Desempeño	<ul style="list-style-type: none"> • Se prohíbe la exigencia de condiciones especiales para el desempeño de las inversiones internacionales. • Limita la aplicación de medidas que exijan que inversionistas extranjeros se comprometan a transferencia tecnológica, contratar un porcentaje de mano de obra local, nivel mínimo de contenido nacional, etc.
6. Demandas Inversionista – Estado. Mecanismo de Arbitraje	<ul style="list-style-type: none"> • Demandas internacionales contra los Estados, por incumplimiento de derechos de los inversionistas. • Crea mecanismo de justicia “ad hoc”, no necesita pasar por justicia nacional. Resguarda derechos de los inversionistas, no tiene relación con principios constitucionales sustentados en DDHH.
7. Derecho de “Expropiación Indirecta”	<ul style="list-style-type: none"> • El inversionista puede demandar al Estado por una medida (local, regional, nacional) que considera afecta su “expectativa de ganancia”. Aunque no se haya realizado la inversión existe la posibilidad de una demanda.

Estas reformas constituyen un andamiaje institucional particularmente sólido para la defensa de los intereses y derechos de los inversionistas, por encima de la soberanía de los Estados nacionales y su capacidad regulatoria y garante de los derechos fundamentales.

Millonarias demandas contra los Estados latinoamericanos amenazan reformas necesarias

En un contexto global de disputa por el acceso a los recursos naturales, los mecanismos de protección de inversiones vienen siendo utilizados por los inversionistas para limitar reformas en el manejo de las industrias extractivas (minería, gas y petróleo) a nivel global. En noviembre de 2011, de los 137 casos pendientes de resolver en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), más del 30% (43 casos) están relacionados con las industrias del petróleo, la minería y el gas. Hace 10 años, tan sólo había 3 casos pendientes.

En la expansión de las industrias extractivas en el mundo, América Latina (AL) juega un papel central: se ha acelerado el ingreso de inversiones en este sector, y se consolida como un importante proveedor mundial de materias primas para el mundo. Es, al mismo tiempo, la región que en los últimos años ha sido sometida a más demandas en el CIADI: siendo los países de AL no más del 10% de los países miembros, son el blanco de aproximadamente el 50% del total de las demandas, y concentran cerca del 60% de las demandas relacionadas con industrias extractivas.

Si bien los arbitrajes no pueden impedir que los Estados apliquen medidas nacionales, sí pueden lograr que los Estados desistan de su intensión, o por el contrario tengan que pagar por ello. En el 2009 las empresas transnacionales mineras de oro Pacific Rim y Commerce Group demandaron a El Salvador por \$77 y \$100 millones de dólares, respectivamente. Esa suma equivale a casi 1% del PIB de El Salvador.

América Latina: Casos de demandas Inversionista - Estado en casos de Minería y Petróleo (2011)

Año	País	Empresa / País	Sector	Acuerdo	Principio	Foro y Monto
2009	El Salvador	Pacific Rim Cayman LLC. (basada en Canadá)	Minería	TLC EE.UU. (CAFTA-DR) a través de subsidiaria en Nevada (EE.UU.)	Trato Justo y Equitativo	CIADI \$77 millones de dólares
2006	Ecuador	Chevron	Petróleo	TBI con EE.UU.	Trato Justo y Equitativo	CNUDMI \$700 millones de dólares
2011	Venezuela	Crystallex International Corporation (Canadá)	Minería	TBI - Canada	Trato Justo y Equitativo, Discriminación, Expropiación	CIADI \$3.8 mil millones de dólares
2011	Perú	Renco Group (Doe Run Perú)	Minería	TLC con EE.UU.	Trato Justo y Equitativo	CNUDMI \$800 millones de dólares
2011	Perú	Bear Creek Mining Corporation (Canadá)	Minería	TLC con Canadá	Amenaza, demanda no presentada	
2012	Perú	Newmont (Poryecto Conga)	Minería	TLC con Estados Unidos	Amenaza, demanda no presentada	
2010	México	Blackfire Exploration (basada en Canadá)	Minería	TLCAN	Amenaza, demanda no presentada	

Elaboración propia. Fuente: Anderson y Pérez Rocha. Extrayendo ganancias en los tribunales internacionales. IPS. 2011.

Hay alternativas: Un nuevo marco para la regulación de inversiones

La necesidad de empezar a discutir un nuevo marco para la regulación de las inversiones no es un fenómeno nuevo. Ante los alcances de la crisis financiera internacional, en Europa y Estados Unidos se han desarrollado mecanismos que ponen en duda este marco de regulación de las inversiones. Estas decisiones muestran cómo quienes han venido promoviendo este ordenamiento, se ven en la necesidad de cuestionarlo para reequilibrar los derechos otorgados a los inversionistas y la necesidad de los Estados de atender las demandas nacionales.

Las concesiones que los Estados hacen para atraer inversiones, en el contexto de los TBI y TLC, son significativas. Estas se hacen bajo la promesa de que dichos mecanismos constituyen la base fundamental para la atracción de inversiones. La disputa internacional entre los países en desarrollo por garantizar derechos al inversionista, – y así mantener los flujos de inversión hacia su territorio –, tiende a subestimar el valor internacional de algunos de sus sectores, principalmente el sector minero.

Diversas experiencias internacionales de economías en importantes procesos de crecimiento, no cuentan con este tipo de instrumentos, lo que pone en cuestión el principio de que los inversionistas dependen de estas reglas para invertir. No todos los países han decidido suscribir acuerdos que permiten a los inversionistas iniciar procesos de arbitraje contra los Estados eludiendo los tribunales nacionales. No se trata de un mecanismo obligatorio, ni tampoco de la única vía de atraer inversiones y participar del comercio internacional. Países con un cada vez más acentuado perfil internacional como China, India, Brasil o Australia, que son importantes receptores de inversiones, no han suscrito este tipo de compromisos

Si bien, estos derechos son factores que pueden estimular a los inversionistas (por la predictibilidad y marco de protección), existen factores complementarios que pueden ser tanto o más importantes para la atracción de inversiones, como es el caso de los precios internacionales o el dinamismo de una economía.

Alerta Urgente: ¿Cómo promover un nuevo marco de regulación de las inversiones?

La discusión sobre cómo debe ser ese nuevo régimen de protección de inversiones implica un proceso delicado de discusión que debe empezar ya, atendiendo a la urgencia de un nuevo marco de regulación para la gobernabilidad de los recursos naturales y las industrias extractivas identificando medidas de corto, mediano y largo alcance. Algunas medidas a son:

- Es necesario **tomar las lecciones de los impactos** de un marco de protección de inversiones excesivamente laxo actualmente existentes e identificar las limitaciones de los mismos de cara a las principales reformas pendientes en el país. Implementar reformas que permitan desarrollar mecanismos que equilibren la protección de las inversiones, con los mecanismos que las relacionen efectivamente con el desarrollo, la garantía de derechos y adecuados estándares ambientales.
- Evaluar una **estrategia de renegociación** de aquellos acuerdos y compromisos en materia de protección de inversiones vigentes que requieran ser precisados (TLC, TBI).
- Adelantar una estrategia estatal que busque **prevenir la aparición de nuevas demandas** frente a medidas soberanas que tome el Estado.
- Desarrollar una **nueva posición negociadora** para las negociaciones comerciales en curso en materia de inversiones, de manera que se exprese en adelante, tanto en las negociaciones en curso como las del Acuerdo Trans Pacífico (TPP), o los procesos de renegociación como el de los TBI.
- Es necesario incluir **salvaguardas necesarias para evitar la admisibilidad de demandas de origen frívolo**, y que si bien podrían no ser exitosas en el arbitraje, el sólo hecho de presentarlas constituye en sí mismo, un mecanismo de presión en contra de los Estados que buscan inhibir su acción regulatoria.
- **Limitar los términos para la aplicación de demandas de “expropiación indirecta”**, precisar la definición de inversión que incluyen estos acuerdos, entre otros.
- Algunas propuestas que se vienen debatiendo para corregir el marco de las políticas de atracción de inversiones se orientan a reemplazar el mecanismo de demanda inversionista – Estado, restableciendo los mecanismos de arbitraje Estado – Estado, o por lo menos que se agoten las instancias nacionales antes de llegar al mecanismo de arbitraje Inversionista – Estado.

Para más información:

Red Peruana por una Globalización con Equidad – RedGE | www.redge.org.pe | Telf. 433-6610

CooperAcción | www.cooperaccion.org.pe | Telf. 446-5385 – 444-0316

Plataforma La Oroya por un cambio | <http://laoroyaporuncambio.blogspot.com/>

Red Peruana por una Globalización con Equidad – RedGE

Av. Salaverry N° 818 – Jesús María. Teléfono: 433 6610. Fax: 433 1744. E-mail: redge@cepes.org.pe

www.redge.org.pe