

EL CAPÍTULO DE INVERSIONES, EL TLC

José De Echave C

El Tratado de Libre Comercio (TLC) es mucho más que un acuerdo de comercio libre que busca promover el intercambio de bienes y servicios. El acuerdo les ofrece a los países firmantes el acceso al mercado de los Estados Unidos a cambio de una serie de concesiones que condicionan sus economías y restringen el poder de sus gobiernos a definir sus políticas de desarrollo.

Un buen ejemplo es el capítulo referido a las inversiones. Las provisiones sobre inversiones son muy importantes en todos los TLC firmados a la fecha; por lo tanto, estos tratados también son vistos como una oportunidad para fortalecer los derechos de los inversionistas y promover aún más los flujos de inversión extranjera directa (IED) en condiciones extremadamente favorables para las empresas y en detrimento de las poblaciones y las prerrogativas que deben tener los Estados.

Las políticas que promueven los TLC están basadas en dos premisas: primero, que los acuerdos generan mayor inversión extranjera y, segundo, que las inversiones aportan al desarrollo del país receptor y el bienestar de su población.

Todos los TLC firmados han incorporado capítulos específicos referidos al tema de las inversiones. En 1992 se adoptó el controvertido Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), referido a la promoción de la inversión extranjera que concede derechos y poderes sin precedentes a las empresas transnacionales. Desde entonces, estas provisiones han sido un referente para los tratados de libre comercio a todo nivel. Tanto el Acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), como los TLC de los Estados Unidos con Centro América, Chile y los países andinos, incluyen provisiones sobre la inversión que se basan en el Capítulo 11 del TLCAN.

Algunos aspectos a tomar en cuenta

El TLC utiliza, en relación al tema de las inversiones, definiciones amplias y flexibles que se pueden prestar a múltiples interpretaciones. Por ejemplo, los recursos que pertenecen a los pueblos indígenas, como tierras y territorios, así como sus licencias y concesiones para el uso de recursos hídricos y forestales, pueden estar comprendidas dentro de la definición de inversiones. Asimismo, las organizaciones económicas, productivas, y de servicios de comunidades campesinas e indígenas, pueden ser caracterizadas como inversionistas. Por lo tanto, se podría dar el caso que las empresas transnacionales argumenten que los campesinos e indígenas son inversionistas nacionales y que no deben recibir un trato más favorable que ellas; es decir, **podrían reclamar por trato discriminatorio** y por las facilidades y derechos exclusivos que tienen esas poblaciones respecto al uso de recursos que les otorga la legislación nacional. Un ejemplo está relacionado con el Convenio 169 de la OIT: los gobiernos que quieran implementar este convenio podrían ser demandados por discriminación

por parte de las empresas transnacionales con intereses en los mismos territorios.

Otro aspecto preocupante está referido al concepto de expropiación. Las provisiones del TLC sobre la expropiación están entre las más radicales: el concepto de **expropiación** ha sido expandido enormemente con la introducción de la **expropiación indirecta**. Mientras el concepto tradicional de la expropiación estuvo limitado a la apropiación del uso, título o beneficio de la propiedad privada por el Estado con la provisión de una compensación al propietario, la expropiación indirecta contempla acciones que son “equivalentes” a la expropiación.

¿Qué es una expropiación indirecta en el TLC?

Por expropiación indirecta se entiende el conjunto de medidas que puede tomar un gobierno y que afectarían las expectativas de ganancia futura del inversionista. El artículo 10.7.1. del TLC acordado por nuestros negociadores aborda dos situaciones: “la primera es la expropiación directa, en donde una inversión es nacionalizada” y “la segunda es la expropiación indirecta, en donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen el efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho del dominio”. Esta interpretación da a las ganancias potenciales la misma categoría otorgada a las inversiones efectivas.

Es decir, la promulgación de una ley u otro instrumento de regulación que busque, por ejemplo, proteger el medio ambiente, la salud, una futura reforma tributaria, o cualquier otra medida que pueda ser percibida como una interferencia a la capacidad de las empresas de obtener una ganancia futura, puede ser considerada como expropiación indirecta.

Existen algunos antecedentes al respecto: bajo el TLC de América del Norte (TLCAN) los gobiernos firmantes han sido obligados a compensar a empresas extranjeras por pérdidas de ganancias esperadas que resultaron de la aplicación de provisiones legales que regulan el uso de sustancias tóxicas, la gestión de los desechos y el aprovechamiento de los recursos naturales.

Otro aspecto a tomar en cuenta tiene que ver con los **mecanismos de resolución de disputas**. El TLC otorga a las corporaciones extranjeras el derecho de exigir compensación monetaria en caso consideren que sus derechos como inversionistas están siendo afectados por decisiones que tomen los gobiernos receptores. Estos casos son evaluados por tribunales especiales fuera del país receptor de la inversión¹, bajo un régimen de audiencias que son usualmente secretas y que además no tienen la obligación de permitir la participación de ciudadanos particulares u organizaciones de la sociedad civil que se vean afectadas por sus actividades. Dichos tribunales

¹ Por ejemplo, desde 1966 funciona el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) que fue establecido para facilitar la resolución de disputas sobre las inversiones entre gobiernos y inversionistas extranjeros. El CIADI es una organización internacional autónoma con vínculos con el Banco Mundial. El Centro fue creado bajo el *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*. Todos los países firmantes al Convenio están obligados a hacer cumplir con las decisiones de los árbitros del Centro.

suplantando la autoridad de los sistemas judiciales nacionales y sus disposiciones no pueden ser apeladas. Además, en el TLC no se le reconoce al Estado receptor de la inversión, el derecho de llevar una controversia con la empresa inversionista ante esos mismos tribunales.

Por ejemplo, bajo el TLCAN, empresas transnacionales han presentado denuncias en contra de medidas que las autoridades de México, Canadá y los Estados Unidos habían tomado para proteger el interés público frente a impactos generados por sus actividades. En muchos casos los gobiernos de estos países se han visto obligados a indemnizar a las empresas por montos sumamente elevados.

Algunos casos de denuncias de empresas ligadas a actividades extractivas luego de la firma de un TLC:

- La empresa minera canadiense Glamis Gold enjuició en el 2003 al gobierno de los Estados Unidos porque el Estado de California adoptó una serie de requisitos que buscan minimizar el impacto ambiental y social de las minas a tajo abierto en su territorio. Según Glamis la imposición de la nueva ley perjudica su inversión y sobre todo sus expectativas de ganancia. Por ello inició, por primera vez bajo la protección del capítulo 11 del TLCAN, un juicio contra el gobierno de los Estados Unidos exigiendo una compensación por US\$ 50 millones.
- La empresa Metalclad, con sede en California, Estados Unidos, demandó al gobierno mexicano por violar el capítulo XI del TLC norteamericano debido a que el gobierno municipal de Guadalcazar (en el Estado de San Luis de Potosí) denegó a dicha empresa el permiso municipal de construcción de un depósito de desechos tóxicos. La empresa reclamaba US\$ 90 millones por concepto de indemnización. Según el laudo arbitral, emitido el 30 de agosto de 2000, el gobierno de México tomó medidas “equivalentes a expropiación” contra la empresa Metalclad.
- Controversia entre la empresa Ethyl Corporation (con sede en Virginia, Estados Unidos) y Canadá. La referida empresa, dedicada a la elaboración de productos químicos, presentó una demanda en tribunales internacionales contra una medida de protección ambiental y de la salud pública del gobierno de Canadá que restringía el uso de un aditivo (el MMT) para gasolinas que contiene manganeso, y cuya inhalación provoca discapacidad neurológica y síntomas similares al mal de Parkinson. La empresa Ethyl consideró que la prohibición del gobierno de Canadá equivalía a una **expropiación indirecta** y reclamó una indemnización de US\$ 250 millones.

Finalmente, otro aspecto a tomar en cuenta está referido a la prohibición, que promueven los TLC, de los denominados **requisitos de desempeño**. Estos requisitos son utilizados por los gobiernos en la promoción de las políticas públicas con el objetivo de ajustar el funcionamiento del mercado en beneficio del bien común. Un ejemplo es la promoción de las economías locales a través de la adquisición de suministros de fuentes locales, la contratación preferencial de mano de obra local, entre otros.

El artículo 10.7 del TLC que el Perú ha firmado con los Estados Unidos señala que ninguna de las partes (léase país) puede condicionar el establecimiento, administración, conducción, operación, venta u otra disposición por parte de un inversionista al cumplimiento de cualquier requisito. Entre los requisitos de desempeño prohibidos se cita en el texto: el “alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional”; “comprar, utilizar u otorgar preferencias a bienes producidos en su territorio”; “o comprar bienes de personas en su territorio”, entre otros.

La prohibición de los requisitos de desempeño pone serios obstáculos a los esfuerzos de los gobiernos de los países en vías de desarrollo para incorporar políticas que promuevan vínculos entre inversiones extranjeras y desarrollo local; como por ejemplo otorgar incentivos por cumplimiento de ciertos estándares de aportes a la comunidad local o desarrollar experiencias de ciertas aglomeraciones productivas relacionadas con algunas industrias.

En suma, cualquier iniciativa de desarrollar en el futuro **requisitos de desempeño** para las inversiones estaría supeditada únicamente a los denominados **mecanismos voluntarios** de las propias empresas, que se implementan a través de sus códigos de conducta y otros instrumentos de autorregulación y que se expresan en los discursos, muy en boga, de la responsabilidad social empresarial.