



**LA DESREGULACIÓN DE LA INVERSIÓN
EXTRANJERA EN LOS TLC Y SUS POSIBLES
EFECTOS EN LA ACTIVIDAD MINERA**

**Víctor Torres C.
José De Echave C.**

Lima, 12 de diciembre de 2005

CONTENIDO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 3 |
| I. DESREGULACIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA..... | 5 |
| 1. EL TLCAN Y LA DESREGULACIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA..... | 6 |
| 2. LOS TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES | 8 |
| II. AMENAZAS DEL CAPITULO DE INVERSIONES EN LOS TLC..... | 10 |
| 1. DESVENTAJAS DE LA DESREGULACIÓN DE LA INVERSIÓN EN LOS TLC..... | 11 |
| 2. CASOS ILUSTRATIVOS EN EL TLCAN..... | 14 |
| 2.1. <i>EL CASO METALCLAD</i> | 15 |
| 2.2. <i>EL CASO ETHYL CORPORATION</i> | 17 |
| 2.3. <i>EL CASO GLAMIS GOLD</i> | 18 |
| III. INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL PERU Y RIESGOS DEL TLC CON ESTADOS UNIDOS | 21 |
| 1. MARCO LEGAL E INVERSIONES | 21 |
| 2. TENDENCIAS RECIENTES DE LA IED EN EL PERÚ | 26 |
| 3. POSIBLES EFECTOS DEL TLC EN LAS RELACIONES COMUNIDAD-EMPRESAS EN EL SECTOR MINERO | 33 |
| 3.1. <i>EL CASO MINERA YANACOCHA</i> | 35 |
| 3.2. <i>EL CASO DOE RUN</i> | 39 |
| CONCLUSIONES | 43 |
| TABLA DE ABREVIATURAS | 49 |
| BIBLIOGRAFÍA | 50 |

INTRODUCCIÓN

Desde mayo de 2004, el Perú ha venido negociando un Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos, conjuntamente con Colombia y Ecuador. Al igual como ha ocurrido en otros países que han vivido esta experiencia (Canadá, México, Chile, República Dominicana, Centroamérica), las opiniones sobre las ventajas y desventajas del TLC se encuentran divididas. Sin embargo, no observamos un involucramiento mayoritario de la sociedad en el debate sobre este tema, en parte explicado por la exagerada reserva que, sin excepciones, Estados Unidos ha impuesto en la negociación de estos tratados.

Las investigaciones que se han ocupado de estimar los costos y beneficios para el Perú de la suscripción de un TLC con EEUU muestran una elevada dispersión en los valores obtenidos, e incluso preocupantes contradicciones en los resultados¹. Es decir, la evidencia empírica no justifica, necesariamente, el considerar la firma de un TLC con dicho país como la condición *sine qua nom* para el crecimiento y -menos aún- el desarrollo sustentable de largo plazo del país. Las convicciones doctrinarias de algunos en las bondades del libre mercado no tienen porque suplir la cuantificación de las ventajas y desventajas, económicas y sociales, de la firma de un TLC.

Pero, la firma de un TLC involucra mucho más que el sólo intercambio comercial entre los países firmantes del tratado. Uno de los temas a los que no se ha prestado la suficiente atención en el (relativamente escaso) debate nacional, pero de evidentes repercusiones para países pequeños en vías de desarrollo como el nuestro, es el que se refiere a la normatividad en materia de inversiones que Estados Unidos ha introducido en los TLC que ha promovido hasta la fecha. Nos referimos, concretamente, al capítulo XI del Tratado de Libre Comercio en América del Norte (TLCAN), que vincula a dicho país con Canadá y México. Dicho capítulo, referido a las inversiones, ha servido de modelo para los Tratados de Libre Comercio que Estados Unidos ha negociado desde entonces.

Tres temas vinculados a las inversiones resultan particularmente preocupantes en los TLC promovidos por EEUU, en particular para los países de la subregión andina que los vienen negociando con dicho país.

Uno se refiere a las medidas de “expropiación indirecta” que supuestamente podría realizar el gobierno del país sede de una inversión y que es una cláusula omnipresente en los TLC firmados por Estados Unidos. Esta forma tan difusa de entender la “expropiación” rompe con el espíritu que tradicionalmente le ha asignado la legislación internacional, que consiste en proteger la propiedad privada de extranjeros contra medidas abiertas de incautación por parte del Estado anfitrión.

¹ Al respecto puede consultarse FAIRLIE (2005).

Otro de los temas que ha generado agudos cuestionamientos, incluso en el ámbito de instituciones públicas representativas de los mismos países signatarios del TLCAN, tiene que ver con la solución de controversias “inversionista-Estado” mediante tribunales arbitrales internacionales, y la abdicación que ello implica de la soberanía de los Estados para legislar sobre temas internos vinculados a la protección de la salud y del medio ambiente, entre otros.

Asimismo, uno de los acápites del TLCAN, novedoso en materia de protección a las inversiones extranjeras y de preocupantes consecuencias en el caso del sector minero, se refiere a la prohibición de los llamados “requisitos de desempeño”. Dada la amplitud de criterios con que se manejan los tribunales arbitrales, no debe sorprendernos que estos avalen la decisión de empresas mineras de no contratar mano de obra local, o no desarrollar infraestructura local, por considerarlas “requisitos de desempeño”.

Nos interesa subrayar, en particular, los riesgos que la incorporación de los principales componentes del referido capítulo XI en el TLC que actualmente se viene discutiendo con EEUU podría tener sobre las relaciones entre empresas mineras y comunidades, tan tensas en los últimos años.

Para tal efecto, el presente documento ha sido dividido en tres partes. En la primera, sistematizamos las principales características de la normatividad referente a la desregulación de la inversión extranjera introducida en el TLCAN. En la segunda parte, se analiza los riesgos potenciales de dicha normatividad para los países que vienen negociando TLC con Estados Unidos, basándonos principalmente en casos representativos de controversias “inversionista-Estado” ventilados en tribunales arbitrales internacionales. En la tercera parte, estudiamos el proceso de desregulación de la inversión extranjera en el Perú, las tendencias recientes de la inversión extranjera directa que llega al país, en particular la proveniente de Estados Unidos; y evaluamos los riesgos potenciales de la firma de un TLC con dicho país para las relaciones comunidad-inversionista extranjero en el sector minero.

I. DESREGULACIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Durante la década de los noventa, América Latina llevó a cabo una drástica desregulación del tratamiento a la inversión extranjera. Ello se dio en el contexto de la política económica recomendada por el Consenso de Washington en 1989, plasmada en las denominadas “reformas estructurales de primera generación”; léase, implementación de la lógica del libre mercado en el funcionamiento de las economías de la región.

La desregulación de la inversión extranjera directa (IED) se viabilizó a través de la modificación de las legislaciones nacionales, la firma de Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras (APPI) o *Bilateral Investment Treaties* (BIT), y la adhesión a organismos internacionales encargados de ventilar controversias entre inversionistas y Estados mediante el arbitraje internacional.

Los APPI tienen como principal característica el otorgar a los inversionistas extranjeros el consentimiento para que, en caso de controversias con el Estado anfitrión, puedan acudir al arbitraje internacional; además de cláusulas tipo que brindan seguridad al inversionista extranjero. Argentina firmó 54 APPI en el decenio de 1990 y su Parlamento ratificó todos o casi todos; Brasil firmó 14 pero no ratificó ninguno; Chile firmó 45; Colombia firmó 5; Costa Rica y México firmaron 11, Perú 29, Uruguay 24 y Venezuela 22². Se estima que actualmente en el mundo hay en vigor cerca de 2,000 de estos tratados³; en América Latina, los países de la región tenían firmados 451 APPI hasta finales de 2004⁴.

En el plano multilateral, la flexibilidad en el tratamiento al capital extranjero también quedó asegurada. El Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversión relacionadas con el Comercio (MICs o TRIMS) adoptado en el marco de la OMC, del cual forman parte los países de la región, señala que los miembros se abstendrán de aplicar medidas incompatibles con las disposiciones del Artículo III (trato nacional) o el Artículo XI (restricciones cuantitativas) del GATT de 1994. Debe precisarse, sin embargo, que estas prohibiciones se vinculan, principalmente, con el comercio de bienes.

Sin embargo, la desregulación de la inversión extranjera alcanza su máxima expresión en los Tratados de Libre Comercio (TLC) que Estados Unidos ha venido negociando e implementando en la región desde 1991, los cuales recogen y amplían los principios básicos contenidos en los APPI.

² Consultar al respecto TEITELBAUM (2005), www.inversiones.gov.ar, www.proinversion.gob.pe.

³ Cf. MAYORGA L. Roberto: *CIADI: Un instrumento para inversiones internacionales*, en <http://www.colegioabogados.cl/revista/31/articulo2.html>.

⁴ Cf. UNCTAD (2005).

1. EL TLCAN Y LA DESREGULACIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

En los TLC que Estados Unidos ha firmado hasta el presente con Chile (06/06/03), República Dominicana y Centroamérica⁵ (28/05/04), la parte referente a inversiones no es más que una transcripción del capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA por sus siglas en inglés), negociado entre Estados Unidos, Canadá y México durante 1991-1992 y vigente desde enero de 1994.

Si bien los TLC son catalogados como “tratados comerciales”, gran parte de su contenido se centra en el tema de inversiones, concepto que es entendido de una manera exageradamente amplia. Así, según el Artículo 1139 del capítulo XI del TLCAN, inversión significa:

- a) una empresa⁶;
- b) acciones de una empresa;
- c) obligaciones de una empresa;
- d) un préstamo a una empresa (cuando la empresa es una filial del inversionista, o cuando se trata de un préstamo con vencimiento a tres años);
- e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;
- f) la participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación;
- g) bienes raíces u otra propiedad utilizados con fines empresariales; y
- h) beneficios provenientes de destinar capital u otros recursos para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte.

La columna vertebral del referido capítulo XI lo constituyen los Artículos 1102, 1103, 1105, 1106 y 1110 referentes a los siguientes temas, respectivamente: trato nacional, trato de nación más favorecida, trato justo y equitativo, requisitos de desempeño y expropiación.

Según el Artículo 1102, referente al “**trato nacional**”, los gobiernos quedan obligados a brindar a los inversionistas de los otros países signatarios, y a las inversiones que estos efectúen, el mismo trato que otorguen a sus propios inversionistas. Así, por ejemplo, ningún país anfitrión podrá imponer a un inversionista de otro país firmante del TLCAN que un nivel mínimo de participación accionarial en su empresa esté en manos de sus nacionales.

El Artículo 1103, concerniente al “**trato de nación más favorecida**”, exige que se otorgue a los inversionistas de los países signatarios un trato no menos favorable que el mejor de los tratos obtenido por los inversionistas de otro país signatario o de un tercer Estado (que no es parte del TLCAN), incluso si el trato que reciben es mejor que el

⁵ Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua.

⁶ Definida como cualquier entidad constituida como persona jurídica privada o pública, incluidos cualesquiera sociedades, fideicomisos, asociaciones, empresas de propietario único, “joint venture” u otras asociaciones.

otorgado a los inversionistas nacionales. Es decir, si alguno de los países signatarios del Tratado otorga condiciones de inversión más favorables que las acordadas a la otra Parte, esta última se beneficiará de estas mejores condiciones.

Según el Artículo 1106, los Estados otorgarán a las inversiones extranjeras un trato acorde con el derecho internacional, incluido un “**trato justo y equitativo**”, así como protección y seguridad plenas. “Esta vaga disposición en la que todo cabe ya fue utilizada en varias demandas 'inversionista - Estado' para ampliar dramáticamente el alcance de las garantías y la protección exigidas bajo el TLCAN para los inversionistas”⁷.

El Artículo 1106, sobre “**requisitos de desempeño**”, señala que ninguna de las Partes podrá condicionar las inversiones de una Parte o de un país no Parte en su territorio, al cumplimiento de requisitos como los siguientes:

- a) exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios;
- b) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
- c) adquirir o utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos o a servicios prestados en su territorio, o adquirir bienes de productores o servicios de prestadores de servicios en su territorio;
- d) relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión;
- e) restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a ganancias en divisas que generen;
- f) transferir a una persona en su territorio, tecnología, proceso productivo u otro conocimiento reservado; o
- g) actuar como el proveedor exclusivo de los bienes que produce o servicios que presta para un mercado específico, regional o mundial.

En un lenguaje menos técnico, los países quedan impedidos de aplicar cualquier medida tendiente a lograr que la inversión extranjera beneficie no sólo a la empresa transnacional sino también a la economía nacional y/o poblaciones involucradas.

Según el Artículo 1110, referente a **expropiación y compensación**, ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar “*ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión*”. Más adelante nos ocupamos de las implicancias de esta interpretación ambigua sobre el concepto de expropiación. Agreguemos simplemente que si bien el referido artículo deja abierta la posibilidad de que un Estado pueda expropiar “por causa

⁷ PUBLIC CITIZEN (2005), pág. 32.

de utilidad pública”, ésta excluye el *interés social*⁸. En la práctica, la “**expropiación indirecta**” ha sido interpretada según las conveniencias de los inversionistas extranjeros.

Además de estas cláusulas tipo, también presentes en los recientes TLC firmados por Estados Unidos, la sección B del capítulo XI del TLCAN se ocupa del mecanismo para solucionar las controversias que pudieran surgir entre los inversionistas y los Estados. Mediante este mecanismo, también denominado sistema de solución de controversias “inversionista-Estado”, el inversionista puede demandar la constitución de un tribunal arbitral internacional que resuelva su disputa con el Estado receptor de la inversión.

De acuerdo con la sección B del capítulo XI el demandante es siempre el inversor extranjero, en tanto que el Estado anfitrión siempre será el acusado; es decir, éste no puede demandar a la empresa extranjera. Sin embargo, si bien se puede demandar sólo a los Estados contratantes, ello no impide –como veremos más adelante- que los inversionistas extranjeros puedan impugnar o denunciar normas o decisiones adoptadas por los gobiernos subnacionales (estados, regiones, municipios).

Esta desregulación de la inversión extranjera a través de las cláusulas tipo arriba mencionadas, así como la renuncia incondicional a un atributo esencial de la soberanía de los Estados -cual es la competencia territorial de sus tribunales- frente a árbitros internacionales, también están plasmadas en el TLC que Estados Unidos ha firmado con Chile, aprobado por el Parlamento de ese país en octubre de 2003 y vigente desde enero de 2004. También en el TLC firmado con República Dominicana y Centroamérica (CAFTA por sus siglas en inglés), el mismo que ya ha sido ratificado por todos los Estados miembros, con la sola excepción de Costa Rica. Los siguientes en la lista son Perú, Colombia y Ecuador, que desde el año pasado (mayo de 2004) vienen negociando con Estados Unidos sendos tratados de libre comercio⁹.

2. LOS TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES

En el TLCAN, así como en los TLC que Estados Unidos ha firmado con Chile, República Dominicana y Centroamérica, los Estados miembros acuerdan que los inversionistas pueden someter su reclamo a arbitraje internacional de acuerdo con el Convenio del CIADI y las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL.

CIADI son las siglas del Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relacionadas con las Inversiones, organismo miembro del Grupo del Banco Mundial. El Convenio del CIADI se celebró en

⁸ Ver al respecto VEGA (1998).

⁹ Bolivia asiste a las negociaciones en calidad de observador.

Washington el 18 de marzo de 1965 y entró en vigencia el 14 de octubre de 1966.

Como su nombre lo indica, el CIADI es un centro de conciliación y/o arbitraje para diferencias relativas a inversiones entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado contratante. Dicho nacional puede ser un individuo o persona jurídica de derecho privado. Actualmente, 140 Estados forman parte de dicho convenio. La mayoría de los países latinoamericanos adhirieron a este convenio durante los años noventa, después de haberse opuesto a su creación a mediados de los años sesenta en consonancia con la Doctrina Calvo¹⁰.

Para que el CIADI decida participar en un arbitraje internacional es necesario que el tema materia de la controversia sea de naturaleza jurídica vinculado directamente a una inversión. Sin embargo, este concepto resulta tan general que no existe un consenso internacional sobre lo que debe entenderse por “inversión extranjera”, lo cual deja las puertas abiertas para todo tipo de denuncias por parte de las empresas que se consideran afectadas.

Ello explica, en parte, la explosión de denuncias formuladas por inversionistas ante el CIADI en los últimos diez años; es decir, desde que entró en vigencia el TLCAN: Entre 1994 y 2004, las controversias relacionadas con inversiones internacionales ventiladas en este organismo aumentaron de 3 a 140. Desde su creación (1966) hasta noviembre del presente año se habían registrado 198 casos, de los cuales 94 ya han sido concluidos y 104 se encuentran pendientes. El 85% del total de casos fue registrado a partir de 1994.

| CIADI: CASOS PRESENTADOS SEGÚN FECHA DE REGISTRO 1966-2005 | | | | | |
|--|-------------------|----------|------------|-----------|------------|
| CASOS | FECHA DE REGISTRO | | | | TOTAL |
| | Antes de 1994 | 1994 | 1995-2004 | 2005 1/ | |
| CONCLUIDOS | 29 | 3 | 62 | 0 | 94 |
| PENDIENTES | 0 | 0 | 78 | 26 | 104 |
| TOTAL | 29 | 3 | 140 | 26 | 198 |

1/ Hasta el 9 de noviembre de 2005

FUENTE: www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm; www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm

Elaboración: VTC

UNCITRAL son las siglas en inglés de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), cuyas Reglas de

¹⁰ “La llamada «doctrina Calvo» se basa en los principios de la soberanía nacional, de la igualdad entre ciudadanos nacionales y extranjeros y de la competencia territorial de los tribunales nacionales. Según Calvo los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier forma de interferencia por parte de otros Estados y los extranjeros tiene los mismos derechos que los nacionales y, en caso de pleitos o reclamaciones, tendrán la obligación de agotar todos los recursos legales ante los tribunales locales sin pedir la protección e intervención diplomática de su país de origen”. TEITELBAUM (2005), pág. 23.

Arbitraje fueron aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1976. Si bien las reglas que guían el proceso de arbitraje de esta Comisión son muy similares a las del CIADI, sus procesos ofrecen incluso menos transparencia que aquellos seguidos por este último.

El tribunal internacional está integrado por tres árbitros, dos nombrados por cada una de las Partes contendientes y un tercero designado por acuerdo de estas últimas, el mismo que presidirá el tribunal arbitral (Artículo 1123 del TLCAN). Las resoluciones del tribunal arbitral son de cumplimiento obligatorio por parte de los Estados y no contemplan ningún proceso de apelación.

Aparte de estos dos organismos, en los Acuerdos de Inversión Internacional también están disponibles para el arbitraje internacional las siguientes instituciones: International Chamber of Commerce (ICC), Court of Arbitration en París, el Stockholm Chamber of Commerce Arbitration, la London Court of International Arbitration y otros centros de arbitraje regional, particularmente en Singapur y El Cairo.

II. AMENAZAS DEL CAPITULO DE INVERSIONES EN LOS TLC

Uno de los temas que resulta particularmente preocupante en los TLC se refiere a las medidas **“equivalentes a una expropiación”** o **“expropiación indirecta”** que supuestamente podría realizar el gobierno del país sede de una inversión y que es una cláusula omnipresente en los TLC firmados por Estados Unidos hasta el momento. Esta forma tan difusa de entender la “expropiación” rompe con el espíritu que tradicionalmente le ha asignado la legislación internacional, cuál es el de proteger la propiedad privada de extranjeros contra medidas abiertas y concretas de incautación por parte del Estado anfitrión.

Bajo el TLC, en cambio, el inversionista considera que ha sido “expropiado” incluso cuando “estima” que las decisiones del país anfitrión pueden afectar sus ganancias potenciales o futuras. Lo concreto es que, hasta la fecha, las demandas presentadas en los tribunales arbitrales han tenido poco o nada que ver con la confiscación de la propiedad de los inversionistas extranjeros por parte del Estado anfitrión.

Un segundo tema que ha generado agudos cuestionamientos, incluso en el ámbito de instituciones públicas de los mismos países signatarios del TLCAN, tiene que ver con la solución de controversias “inversionista-Estado” mediante tribunales arbitrales internacionales y la abdicación que ello implica del derecho de los Estados a legislar sobre asuntos internos, vinculados –por ejemplo- a políticas sociales (protección de la salud, del medio ambiente, entre otras).

Un tercer tema, novedoso en materia de protección a las inversiones extranjeras y de preocupantes consecuencias en el caso de las inversiones mineras, se refiere a la prohibición de los llamados “requisitos de desempeño”. Esta sería restricción a la necesidad de gestionar y orientar la llegada del capital extranjero según objetivos propios de desarrollo nacional, como sí ocurre en países de Europa y el Asia Pacífico, no figura en los APPI que han sido suscritos por los países de América Latina. Es más, en el caso del tratado argentino-estadounidense y en el suscrito entre Canadá y Uruguay están expresamente excluidos¹¹. Asimismo, el artículo 10.5 del TLC Chile-Estados Unidos incorpora explícitamente excepciones y exclusiones a la prohibición de los “requisitos de desempeño”.

Aprobados estos artículos en los TLC, se ha abierto una caja de Pandora de la cual los inversionistas extraen todo tipo de reclamos, cada uno más creativo que el otro, que lesionan la independencia en materia de política interna de los países firmantes del tratado.

1. DESVENTAJAS DE LA DESREGULACIÓN DE LA INVERSIÓN EN LOS TLC

El capítulo de inversiones incluido en los TLC que Estados Unidos ha firmado o está negociando con los países de la región, al igual que los APPI, son suscritos por los gobiernos de los Estados pero los derechos que acuerdan se confieren a particulares. En tal sentido, se apartan del sistema clásico del Derecho Internacional¹², en el cual los particulares no gozan del *ius standi*; es decir, no tienen acceso directo al tribunal internacional que pueda constituirse para solucionar las controversias entre éstos y el Estado receptor de la inversión (distinto del Estado de nacionalidad del inversor); siendo el Estado de su nacionalidad el que hace suyo el reclamo a través de la Protección Diplomática, lo cual solo puede suceder una vez que el particular afectado ha agotado los recursos administrativos y judiciales establecidos en la legislación nacional del Estado que se pretende demandar (doctrina Calvo).

En cambio, en los TLC y en los APPI se admite el acceso directo de los inversionistas a la instancia arbitral internacional en las condiciones pactadas en el tratado. Es más, no se reconoce el derecho del Estado receptor de la inversión a tomar la iniciativa de llevar una controversia contra el inversor ante dicho tribunal internacional. Por tanto, el Estado no sólo cede su soberanía jurisdiccional, sino que además se encuentra en inferioridad de condiciones con relación al inversor: puede ser demandado pero no puede demandar.

Esta decisión de aceptar la competencia de un tribunal arbitral internacional (CIADI por ejemplo) para dirimir conflictos entre un inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión constituye

¹¹ Ver al respecto TEITELBAUM (2005), VEGA (1998).

¹² Ver al respecto TEITELBAUM (2005).

una renuncia a una prerrogativa fundamental de la soberanía de los Estados latinoamericanos. Gracias a estos tratados los inversionistas extranjeros pueden impugnar las políticas y decisiones de los gobiernos, en sus distintos niveles (central, estadual, municipal). Según la UNCTAD (2005), en el marco de los APPI al menos 57 gobiernos han sido demandados ante tribunales de arbitraje internacional, la mayor parte de los cuales (36) eran gobiernos de países en desarrollo.

Han ocurrido incluso procedimientos escandalosos por parte de las transnacionales, amparadas en la facultad de recurrir a tribunales arbitrales internacionales. Es el caso que enfrentó a Bolivia contra Bechtel, empresa transnacional basada en los Estados Unidos¹³. Bechtel presentó un reclamo ante el CIADI contra Bolivia por US\$ 25 millones porque su subsidiaria Aguas del Tunari fue expulsada de Cochabamba. Lo indignante del caso es que dicho reclamo fue presentado en el marco del APPI firmado entre Bolivia y Holanda suscrito en 1992. Para que ello pudiese efectivizarse, Bechtel transfirió su domicilio legal a Holanda en noviembre de 1999 (en realidad sólo tiene una casilla postal en Holanda) a fin de iniciar el proceso contra Bolivia.

Asimismo, en uno de los litigios presentado ante un tribunal del CIADI, en el marco del APPI entre Lituania y Ucrania, inversionistas de este último país constituyeron una empresa con personería jurídica en Lituania y a través de dicha empresa invirtieron nuevamente en Ucrania. En el marco del referido APPI, los inversionistas ucranianos – amparados en la personería jurídica de la empresa constituida en Lituania- demandaron a su mismo país de origen. El tribunal arbitral dictaminó que la demanda era procedente, argumentando que el origen del capital no era relevante¹⁴. Ello sienta un mal precedente sobre lo que podría ocurrir con estrategias similares por parte de capitales nacionales en el marco de los TLC que EEUU viene promoviendo.

Es más, se ha denunciado que el reciente tratado firmado con Centroamérica ya establece el derecho de los inversionistas a utilizar sus subsidiarias ubicadas en otro país miembro del acuerdo, para denunciar ante tribunales internacionales las leyes de su propio Estado de origen. El único requerimiento es que la subsidiaria debe tener “actividades comerciales sustanciales” fuera de su Estado de origen.

Los tratados de libre comercio que Estados Unidos ha firmado con los países de la región incluyen una cláusula de excepción ambiental, según la cual una parte o Estado podrá adoptar, mantener o hacer cumplir cualquier medida que considere apropiada para asegurar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en

¹³ Ver al respecto TEITELBAUM (2005).

¹⁴ Ver al respecto PUBLIC CITIZEN (2005).

cuenta inquietudes en materia ambiental (Artículo 1114 del TLCAN¹⁵). Sin embargo, está fuera de discusión la posibilidad de que un país pueda denegar una inversión que afecte la preservación del medio ambiente, pues corre el riesgo de ser denunciado y perder el litigio ante un tribunal internacional, como en efecto ha ocurrido en el marco del TLCAN, según veremos más adelante.

Las autoridades gubernamentales de los países que participan en las negociaciones de los TLC con Estados Unidos se han preocupado en subrayar que éstas no involucran aspectos de carácter tributario. Sin embargo, en el TLC Chile-EEUU, el capítulo 23: Excepciones establece en su Artículo 23.3.6 que los artículos del capítulo diez referentes a Expropiación e indemnización y Sometimiento de una reclamación a arbitraje, se aplicarán a una medida tributaria que se alega como expropiatoria o como una violación de un acuerdo de inversión o una autorización de inversión¹⁶. Es decir, ello acota la potestad tributaria del Estado pues sus decisiones en esta materia podrían ser denunciadas como “expropiatorias” ante un tribunal arbitral internacional.

En el TLC Chile-EEUU ha quedado explícitamente señalado que los tribunales arbitrales internacionales aplicarán el derecho consuetudinario y no las leyes del país donde ha ocurrido el diferendo. Ello deja de lado el artículo 16 del Código Civil chileno que establece lo siguiente: "Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile"¹⁷. Es decir, la firma del tratado implicaría la violación de leyes civiles y constitucionales de los Estados firmantes, con el agravante que no todos estos Estados están en igualdad de condiciones para hacer frente a demandas en los tribunales internacionales. Este aspecto debería ser tomado en cuenta en las negociaciones que se vienen realizando entre EEUU y los países de la subregión andina.

Como señala la CEPAL, “las transnacionales están cada vez más decididas a hacer uso de los mecanismos de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado” lo cual “podría tener costos financieros considerables para los países receptores y limitaría aún más la libertad de acción de las autoridades nacionales en materia de políticas”¹⁸. En efecto, en el plano mundial, las controversias relacionadas con inversiones internacionales (en el marco de las APPI, TLC, Carta Europea de la Energía) aumentaron de cinco a 171 entre 1994 y 2004 y más de la mitad de éstas se plantearon en los últimos tres años.

¹⁵ En este mismo artículo se señala lo siguiente: “Las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud, seguridad o relativas a medio ambiente”.

¹⁶ Ver al respecto el Capítulo Veintitrés: Excepciones, del Tratado de Libre Comercio Chile – Estados Unidos de América.

¹⁷ En TEITELBAUM (2005), pág. 11.

¹⁸ CEPAL (2005), pág. 19.

En América Latina y el Caribe, 15 países han sido sujetos de 74 demandas ante tribunales internacionales del CIADI, 50 de las cuales aún se encuentran pendientes de solución. El 65% de estas demandas han sido presentadas contra dos países: Argentina (37) y México (11). El elevado número de demandas “inversionista-Estado” presentadas contra Argentina está relacionado con la crisis financiera que afectó a este país en 2002 y las medidas que tuvo que adoptar para afrontarla. En el caso de México, la mayor parte de las demandas está relacionada con el TLCAN.

AMERICA LATINA Y EL CARIBE: DEMANDAS ANTE EL CIADI

| Ord. | País | Cantidad de demandas 1/ | Situación | |
|--------------|-------------------|-------------------------|-----------|-----------|
| | | | Concluido | Pendiente |
| 1 | Argentina | 37 | 4 | 33 |
| 2 | México | 11 | 6 | 5 |
| 3 | Ecuador | 4 | 1 | 3 |
| 4 | Venezuela | 4 | 3 | 1 |
| 5 | Chile | 3 | | 3 |
| 6 | Jamaica | 3 | 3 | |
| 7 | Perú 2/ | 3 | 1 | 2 |
| 8 | Trinidad y Tobago | 2 | 1 | 1 |
| 9 | Bolivia | 1 | | 1 |
| 10 | Costa Rica | 1 | 1 | |
| 11 | El Salvador | 1 | | 1 |
| 12 | Guyana | 1 | 1 | |
| 13 | Honduras | 1 | 1 | |
| 14 | Paraguay | 1 | 1 | |
| 15 | San Kitts y Nevis | 1 | 1 | |
| TOTAL | | 74 | 24 | 50 |

1/ Situación al 31 de diciembre de 2004.

2/ Según el CIADI, el Estado peruano ha sido demandado por las siguientes empresas: Compagnie Minière Internationale Or S.A., Lucchetti S.A. and Lucchetti Peru S.A, y Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd.

Fuente: CIADI y CEPAL (2005).

Elaboración: VTC

2. CASOS ILUSTRATIVOS EN EL TLCAN

En el marco del TLCAN se han presentado hasta el momento 42 casos y demandas de inversionistas extranjeros contra los Estados miembros de dicho tratado exigiendo cuantiosas sumas como indemnización¹⁹.

De las 42 demandas presentadas, seis han sido rechazadas; y cinco han sido favorables a los inversionistas, quienes han recibido US\$ 35 millones por concepto de indemnizaciones. A este monto habría que sumar los gastos millonarios que los Estados miembros del TLCAN han tenido que afrontar para asumir su defensa legal. Las demandas en curso, pendientes de solución, suman US\$ 28 mil millones.

Una de las principales características de estos procesos arbitrales es que se realizan “a puertas cerradas”, sin participación de las poblaciones ni de sus representantes democráticamente elegidos, cuyas decisiones -en más de una ocasión- han sido las cuestionadas por los inversionistas extranjeros. En efecto, los inversionistas han presentado demandas no sólo contra el gobierno central, sino también contra los gobiernos subnacionales (estados, regiones, municipios).

¹⁹ Ver al respecto PUBLIC CITIZEN (2005).

Asimismo, la experiencia internacional viene demostrando que la instalación de los tribunales arbitrales significa la negación de los fallos judiciales adoptados en el país que ha sido demandado, sin que sus jueces ni jurados tengan la más mínima participación.

Tomar conocimiento de los litigios “inversionista-Estado” en el marco del TLCAN resulta ilustrativo y aleccionador para los países que vienen negociando con Estados Unidos tratados similares, toda vez que – como ya hemos subrayado- el capítulo XI del TLCAN viene siendo replicado en los TLC que se han firmado desde entonces. En tal sentido, presentamos a continuación tres casos que nos muestran los riesgos que la firma de un TLC con Estados Unidos podría tener para la implementación de políticas públicas en los países de la subregión andina (Colombia, Ecuador y Perú), y para las decisiones democráticas de sus gobiernos subnacionales.

2.1. EL CASO METALCLAD

El caso Metalclad resulta particularmente ilustrativo sobre el riesgo que representa el mecanismo de solución de controversias “inversionista-Estado” para las decisiones legales y democráticas que puedan adoptar los gobiernos regionales o municipales en defensa del medio ambiente y la salud de sus comunidades. Es aleccionador también sobre lo irrelevante que resulta la cláusula de excepción ambiental contenida en el capítulo XI del TLCAN.

En enero de 1997, la empresa norteamericana Metalclad con sede en California demandó al gobierno mexicano por violar el capítulo XI del TLCAN, debido a que el gobierno municipal de Guadalcazar (en el Estado San Luis Potosí) denegó a dicha empresa el permiso municipal de construcción de un depósito de desechos tóxicos, permiso que la empresa ya había obtenido a nivel nacional y estadual. La empresa reclamaba US\$ 90 millones por concepto de indemnización.

Ya en 1991, cuando el terreno que Metalclad pretendía convertir en vertedero y planta procesadora de desechos peligrosos funcionaba sólo como estación de trasbordo de desechos peligrosos (a cargo de otra empresa), la comunidad local se movilizó para frenar el arribo de más desechos y -mediante el bloqueo del acceso a los camiones y otras medidas de presión- logró que las autoridades nacionales clausuraran la estación. Por tanto, la población tenía una preocupación latente sobre la amenaza ambiental que suponía la referida estación, y se oponía decididamente a que fuese reabierta²⁰.

Cuando Metalclad comienza las obras de construcción en 1994, el gobierno municipal de Guadalcazar la conmina a detener la obra por

²⁰ Hasta antes de 1993 (año en que Metalclad se hace cargo), la estación había sido contaminado con 55,000 barriles o 20,000 toneladas de desechos tóxicos y potencialmente explosivos. Cf. PUBLIC CITIZEN (2005).

carecer de permiso municipal. La empresa solicita el permiso, pero no interrumpe la construcción de sus nuevas instalaciones. En 1995, Metalclad encarga un estudio de impacto ambiental supervisado por las autoridades ambientales nacionales, el cual le resulta favorable. Sin embargo, dicho informe fue refutado por Greenpeace México y otros grupos ecologistas. La obra se concluyó en marzo de 1995, sin el permiso municipal, pero no pudo funcionar debido a la oposición de la comunidad.

En este contexto, en octubre de 1996, Metalclad comunica al gobierno mexicano su intención de recurrir a un tribunal arbitral internacional acogiéndose al capítulo XI del TLCAN. En septiembre de 1997, el Gobernador de San Luis Potosí declaró el sitio como área ecológica para la conservación de la diversidad biológica de la zona y varias especies raras de cactus.

Según el laudo del tribunal arbitral, que operaba de acuerdo al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, emitido el 30 de agosto de 2000, **el gobierno de México tomó medidas “equivalentes a expropiación”** contra la empresa Metalclad, violando el Artículo 1110 del capítulo XI del TLCAN, porque:

- a) El municipio de Guadalcázar rechazó la solicitud de Metalclad para obtener un permiso para la construcción de un confinamiento de residuos peligrosos.
- b) Las autoridades federales mexicanas eran responsables de no haber forzado al municipio a emitir el permiso de construcción. Según el laudo arbitral: “el tribunal efectivamene encontró que Metalclad había actuado de buena fe cuando se basó en lo que le dijeron las autoridades federales” (se refiere a que supuestamente sólo necesitaba la autorización federal).
- c) No evitó la iniciativa del gobernador de declarar el área del diferendo como “reserva ecológica”.

Es decir, el laudo arbitral nunca evaluó si las decisiones del gobierno municipal fueron legales o ilegales, simplemente consideró que aquéllas lesionaban los intereses de Metalclad. El tribunal interpretó a su libre albedrío la constitución y las leyes mexicanas, y desconoció – en la práctica- el derecho de un gobierno local como el municipio de Guadalcázar de denegar un permiso de construcción por considerar que la obra atentaba contra la salud y el medio ambiente de su comunidad²¹.

Entre los argumentos de la empresa, aceptados por el tribunal, se señaló que ésta nunca supo, hasta 1995, que necesitaba un permiso municipal para construir. Es decir, en el caso de la empresa extranjera, su desconocimiento de las leyes nacionales era una atenuante, lo cual no ocurre con los inversionistas nacionales. El tribunal internacional no

²¹ Ver al respecto MEDELLÍN y NIETO (2001).

tomó en cuenta que la decisión de declarar área natural protegida la zona en conflicto fue un acto conforme a las leyes mexicanas, hecho que no hubiese podido ser cuestionado de haberse tratado de inversionistas nacionales.

El caso Metalclad es una clara demostración del conflicto existente entre el TLC y la protección del medio ambiente, que obligó al gobierno mexicano a pagar una indemnización de US\$ 17 millones. Asimismo, nos advierte sobre el riesgo que los TLC representan para procesos nacionales que buscan la descentralización del Estado, pues se cuestiona seriamente las decisiones de los gobiernos regionales y locales en materia de protección del medio ambiente y la salud pública.

2.2. EL CASO ETHYL CORPORATION

La controversia que enfrentó a Canadá con la empresa norteamericana Ethyl Corporation (con sede en Virginia), en el marco del TLCAN, es otro de los casos vinculados al cuestionamiento de la decisión autónoma de un país para evitar daños a la salud y el medio ambiente²².

La referida empresa, que se dedica a la elaboración de productos químicos, presentó ante la CNUDMI una demanda contra una medida ambiental y de salud pública del gobierno de Canadá que restringía el uso del aditivo MMT²³ para gasolinas, desarrollado por Ethyl e importado hacia Canadá por su subsidiaria (Ethyl Canadá). Lo curioso de este caso es que la referida medida estaba todavía en proceso de debate en el parlamento cuando Ethyl decidió presentar la denuncia.

El MMT contiene manganeso, neurotóxico cuya inhalación provoca discapacidad neurológica y síntomas similares a los del mal de Parkinson en los obreros que trabajan en minas de manganeso. Además, las autoridades canadienses temían que el MMT contribuyera a la acumulación de gases de efecto invernadero que provocan el calentamiento global.

La empresa no esperó, según lo exigen las reglas del TLCAN, los seis meses que deben de transcurrir desde que se produce el hecho que da lugar a la demanda para someter el reclamo a arbitraje internacional (Artículo 1120). Tampoco intentó el paso siguiente exigido por el TLCAN, cual es el de alcanzar una solución negociada del problema. Además de estos aspectos, Canadá objetó el litigio por considerar que la prohibición del MMT no era una “medida” contemplada en el capítulo XI del TLCAN. Sin embargo, el tribunal arbitral no tomó en cuenta estas objeciones y dio curso a la demanda en junio de 1998. Ethyl reclamaba una indemnización de US\$ 250 millones por daños y perjuicios, pues consideraba que la prohibición canadiense del MMT

²² Ver al respecto PUBLIC CITIZEN (2005).

²³ Tricarbonilo Metilciclopentadienilo de Manganeso (MMT, por sus siglas en inglés).

equivalía a una “**expropiación indirecta**” de sus activos según la definición del Artículo 1110 del TLCAN.

Como resultado de la denuncia interpuesta por Ethyl Corporation, Canadá tuvo que llegar a un arreglo, en julio de 1998, consistente en la revocación de la prohibición del aditivo MMT de la gasolina, y el pago de US\$13 millones a la compañía antes de que el tribunal del TLCAN emitiera un dictamen definitivo. Es decir, se trató de una flagrante intromisión en la política nacional de protección de la salud y del medio ambiente de Canadá.

2.3. EL CASO GLAMIS GOLD²⁴

Glamis Gold Ltda. es una empresa minera canadiense productora de oro, con operaciones en EEUU (California y Nevada), y en algunos países centroamericanos (Guatemala y Honduras). En Honduras, se originaron una serie de protestas de las comunidades vecinas contra las explotaciones mineras de Glamis debido a la destrucción de campos y la contaminación del agua que abastece a las comunidades vecinas.

En California, la presencia de Glamis data de 1987 y actualmente tiene derechos mineros (a través de una subsidiaria) sobre 650 hectáreas aproximadamente. A inicios de la década de los noventa, Glamis propuso iniciar la explotación de oro a cielo abierto, lo que implicaría, dado las características del terreno y el proceso de minado, la remoción de 422 toneladas de rocas para producir una onza de oro. El proyecto implicaría la destrucción de bosques donde habitan animales silvestres y consumiría anualmente 389 millones de galones de agua subterránea del desierto. Además, el área minera está próxima a tierra de nativos americanos.

En 2001, luego de un exhaustivo proceso de evaluación que duró seis años e incluyó la participación de la opinión pública, el gobierno del Presidente Clinton denegó a Glamis la autorización para iniciar su proyecto. Sin embargo, en noviembre de ese mismo año, la Administración Bush revocó esta decisión.

En abril de 2003, el Estado de California adoptó medidas para limitar el impacto de las minas a cielo abierto y proteger así el interés de sus ciudadanos y el medio ambiente. La respuesta de Glamis no se hizo esperar y en julio de 2003, amparándose en el capítulo XI del TLCAN, notificó al gobierno de EEUU su decisión de demandarlo ante un tribunal arbitral internacional por una suma de US\$ 50 millones, debido a que el Estado de California exigía el relleno y la restauración de las minas a cielo abierto. Así respondía Glamis a la decisión del Estado de

²⁴ Ver al respecto FRIENDS OF THE HEARTH US – OXFAM AMERICA: *Glamis Gold: A case study of investing in destruction*. http://www.oxfamamerica.org/pdfs/glamis_en.pdf, septiembre 2005.

California de proteger el medio ambiente y sitios sagrados de los Nativos Americanos del impacto de las minas a tajo abierto.

Según los argumentos utilizados por Glamis para sustentar su demanda, la decisión del Estado de California **“destruye” el valor de sus inversiones mineras** (la operación de sus minas se habría vuelto muy costosa y por ende poco rentable), lo cual constituiría una “expropiación” según el capítulo XI del TLCAN. Además, consideraba que, en tanto inversionista extranjero, no había tenido un **“trato justo y equitativo”**.

Este caso, aún pendiente de solución ante el tribunal arbitral del CNUDMI, es una clara demostración del poder que el capítulo XI del TLCAN delega en los inversionistas extranjeros para impugnar políticas públicas de protección del medio ambiente y la salud, y nos da una idea de lo que podría ocurrir si el denunciado fuese un país minero en vías de desarrollo.

Tendencias perturbadoras de los TLC

A manera de resumen mencionamos a continuación algunas tendencias perturbadoras para las políticas adoptadas democráticamente, la gobernabilidad y el imperio de la ley, identificadas en el modelo de protección al inversionista extranjero presente en los TLC. Éstas han sido extraídas de un estudio reciente llevado a cabo por PUBLIC CITIZEN (2005), en el que se analiza 12 de los 42 litigios ventilados en el marco del TLCAN:

Los inversionistas extranjeros utilizan los tribunales arbitrales internacionales para exigir indemnización por fallos adversos emitidos por juzgados nacionales. Es decir, se concede a los inversionistas extranjeros mayores derechos que a las empresas nacionales.

Cuestionamientos crecientes sobre la constitucionalidad de los tribunales arbitrales internacionales. Incluso en EEUU se ha cuestionado la delegación de la autoridad de sus tribunales nacionales a tribunales internacionales comerciales.

Los inversionistas extranjeros pueden presentar casos de “regulaciones expropiatorias” que no están permitidos en la legislación nacional. Los tribunales arbitrales del TLCAN consideran como expropiación indemnizable incluso una “interferencia imprevista” del Gobierno anfitrión en el uso de la propiedad del inversionista extranjero que lo prive de una “parte significativa” del beneficio económico²⁵. En cambio, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha

²⁵ El tribunal internacional de Metalclad estableció que la expropiación en el TLCAN: “incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o imprevista del uso de la propiedad que tenga el

sostenido que la “mera disminución en el valor de la propiedad, sin importar cuan significativa, es insuficiente para configurar una expropiación”.

El costo potencial para los contribuyentes podría ascender a miles de millones de dólares. Como ya fue señalado, en los casos que aún están por resolverse en el TLCAN están involucrados US\$ 28 mil millones por concepto de compensación a inversionistas extranjeros. Incluso si la demanda de estos últimos no llegase a prosperar, ello habrá implicado un elevado gasto para el Estado que fue demandado, costo que tendrá que pagar la población vía tributos que podrían tener un mejor destino. Se estima que los costos legales en los que incurren los gobiernos para enfrentar las demandas de los inversionistas fluctúan, en promedio, entre US\$ 1 ó US\$ 2 millones²⁶. Monto que resulta nada despreciable en el caso de un país en vías de desarrollo.

El mecanismo inversionista-Estado destruye el escudo de inmunidad soberana. Los casos ventilados en los tribunales internacionales demuestran que, en el TLCAN, los Estados miembros han renunciado a cualquier derecho a la inmunidad soberana que hayan tenido previo a la firma de dicho Tratado.

Los gobiernos regionales y municipales no están fuera del alcance de los tribunales arbitrales internacionales. Las demandas presentadas por los inversionistas extranjeros en tribunales internacionales cuestionan también medidas adoptadas a nivel de gobiernos estatales, regionales o municipales sobre el uso de las tierras de propiedad estatal o municipal, políticas ambientales y de salud pública.

Controversias públicas, tribunales privados. Los tribunales arbitrales operan y deciden en la más estricta reserva, incluso si los temas abordados tienen que ver directamente con casos que involucran la salud y la seguridad de poblaciones afectadas. Ante las críticas contra la “confidencialidad” de estos tribunales, se han introducido algunos cambios en el tratado firmado con Centroamérica, que abrirán los procesos de arbitraje a la observación pública.

El texto referido al medioambiente no protege a las políticas ambientales nacionales frente al mecanismo inversionista-Estado. El caso Metalclad ha demostrado lo irrelevante de las cláusulas de excepción ambiental que se incluyen en los TLC (Artículo 1114 en el caso del TLCAN).

²⁶ efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad”. Citado en la nota VI de PUBLIC CITIZEN (2005). Cf. UNCTAD (2005).

III. INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL PERU Y RIESGOS DEL TLC CON ESTADOS UNIDOS

Estados Unidos es el principal socio comercial del Perú. En lo que va de 2005, 29% de nuestras exportaciones se orientó hacia ese mercado; y de éste provino 19% de nuestras importaciones. Con este país mantenemos el mayor superávit en nuestra balanza comercial, que alcanzó la cifra de US\$ 1,600 millones durante 2004.

En este contexto, el Perú (junto con Colombia y Ecuador) inició la negociación de un TLC con Estados Unidos en mayo de 2004, y se tenía previsto llevar a cabo la XIV ronda de negociaciones a mediados del mes de noviembre de 2005; último plazo fijado por EEUU para culminar las conversaciones con los países andinos. Finalmente, el 7 de diciembre de 2005, el Perú, separado de sus socios andinos, llegó a un acuerdo con los Estados Unidos, cerrando así la etapa de negociaciones del TLC.

Es obvio que para el gobierno y los exportadores peruanos, un TLC con EEUU tiene como principal interés el acceso a un mercado cercano a los 300 millones de habitantes, con un ingreso per cápita de aproximadamente US\$ 35,000 anuales. Sin embargo, como ya hemos subrayado, un TLC involucra mucho más que el sólo intercambio de mercancías. Un aspecto que no debe descuidarse es el modelo de tratamiento al inversionista extranjero impuesto en estos tratados y sus implicancias en las relaciones inversionista-comunidades, particularmente en el sector minero, así como en el proyecto de descentralización democrática del país.

En esta tercera parte analizamos el proceso de desregulación de la inversión extranjera en el Perú, el comportamiento de las inversiones que llegan al país, en particular la proveniente de Estados Unidos; y evaluamos los riesgos potenciales de la firma de un TLC para las relaciones inversionista extranjero-comunidades en el sector minero.

1. MARCO LEGAL E INVERSIONES

Cambios sustanciales tendientes a una desregulación de la inversión extranjera se inician en el Perú con el Gobierno de Alberto Fujimori en 1990. El 29 de agosto de 1991, se promulga la *Ley de Fomento a la Inversión Extranjera*²⁷ mediante la cual queda establecido en el país el principio del “trato nacional” o principio de igualdad entre el capital nacional y el extranjero. Se le reconoce el derecho a invertir en cualquier sector económico, sin requerir autorización previa alguna por su condición de extranjera; se le asegura la libre remesa de sus capitales, dividendos, utilidades y regalías; así como el derecho a la libre reexportación del capital invertido.

²⁷ Decreto Legislativo N° 662, publicado en septiembre de 1991.

Se establece, además, un régimen de estabilidad jurídica por un plazo de vigencia de diez años, el cual sólo puede ser modificado por común acuerdo entre el Estado peruano y los inversionistas, entre otras medidas. Asimismo, la referida ley señala en su Artículo 16° que el Estado podrá someter las controversias derivadas de los convenios de estabilidad jurídica a tribunales arbitrales internacionales.

La ley reconoce distintos modelos empresariales a los que puede acogerse libremente la inversión extranjera: inversión extranjera directa, como aporte al capital social; inversiones para el desarrollo de *joint ventures* contractuales; inversiones en bienes y propiedades situados dentro del territorio nacional; inversiones en cartera, entre otras.

Con este mismo espíritu se promulga la *Ley Marco Para el Crecimiento de la Inversión Privada*²⁸, destinada a otorgar seguridad jurídica a los inversionistas nacionales y extranjeros. En su Artículo 48°, referente a la solución de controversias relativas a la inversión, se precisa que en “sus relaciones con particulares el Estado, sus dependencias, el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Municipales y otras personas de derecho público, así como las empresas comprendidas en la actividad empresarial del Estado, podrán someter a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo a la legislación nacional e internacional, de los cuales el Perú es parte, toda controversia referida a sus bienes y obligaciones..”.

En este mismo contexto se dictan leyes sectoriales de promoción a la inversión que en el caso del sector minería se concretó en el Decreto Legislativo N° 708, *Ley de Promoción de la Inversión Minera*, publicado el 14 de noviembre de 1991, la cual recoge los beneficios ya señalados para el caso de las dos leyes precedentes.

Este nuevo marco jurídico fue precedido, o complementado, con la suscripción de acuerdos multilaterales y bilaterales tendientes a brindar mayor garantía y seguridad al inversionista extranjero.

En el plano multilateral, se suscribió el Convenio MIGA en diciembre de 1990, ratificado por el Congreso en abril de 1991²⁹. Asimismo, el Perú suscribió el convenio CIADI el 4 de septiembre de 1991³⁰. De esta manera, se facilitó a los inversionistas extranjeros la cobertura de sus

²⁸ Decreto Legislativo N° 757, publicado en noviembre de 1991.

²⁹ La MIGA (Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones) también forma parte del Grupo del Banco Mundial y fue establecida en abril de 1988. Tiene como propósito: 1) asegurar contra riesgos políticos las inversiones extranjeras en los países en desarrollo, 2) apoyar a los países miembros en la solución de controversias con inversionistas, buscando alternativas viables antes de que necesiten de un arbitraje formal, y 3) brindar asistencia técnica para promover las oportunidades de inversión en los países en desarrollo. Ver al respecto www.miga.org.

³⁰ Perú también se ha adherido a la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York). Además, ha ratificado la Convención de Naciones Unidas sobre Reconocimientos y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial.

inversiones³¹ y se les aseguró la posibilidad de recurrir a tribunales internacionales para solucionar controversias con el Estado peruano.

Sin embargo, el que Perú haya ratificado el convenio CIADI no lo obliga a someter a tribunales arbitrales internacionales las controversias con inversores extranjeros. Dicho convenio señala de manera explícita que para que ello ocurra debe mediar el consentimiento del Estado demandado. Este requisito también está presente en los APPI³². En nuestra opinión, ello constituye una diferencia importante con respecto al tratado comercial con Estados Unidos, pues **–una vez ratificado– el TLC se constituirá en el marco legal que obligará al Estado peruano a aceptar la intervención de tribunales arbitrales internacionales**, eliminando la flexibilidad –en este aspecto– presente en los APPI³³.

Los grados de libertad que otorgan los APPI explica porqué no prosperó la solicitud de arbitraje presentada ante el CIADI por la empresa chilena de fideos Lucchetti contra el Estado peruano en diciembre 2002, en el marco del APPI Perú-Chile firmado en febrero de 2000. La controversia se inició en 1998 cuando la Municipalidad de Lima impidió a dicha empresa la construcción de su fábrica de fideos, debido a que ésta se ubicaba en un terreno adyacente al área ecológica protegida Pantanos de Villa (al sur de Lima), además de no haber obtenido los actos de aprobación necesarios sobre habilitación urbana y requisitos ambientales. A pesar de ello, Lucchetti construyó la planta y desarrolló sus actividades hasta que se revocó su licencia y se dispuso su clausura definitiva en agosto de 2001. Lucchetti sostuvo que esta medida representaba “una clara amenaza para los derechos del inversionista”.

Perú no aceptó participar en el proceso porque consideró que el CIADI carecía de competencia en este tema toda vez que el APPI entró en vigencia el 3 de agosto de 2001; es decir, con posterioridad al inicio del conflicto entre dicha empresa y la Municipalidad de Lima (1998). El tribunal del CIADI dio la razón al Perú y resolvió, en febrero de 2005, su incompetencia para pronunciarse sobre la controversia.

Es decir, el tribunal del CIADI nunca se pronunció sobre el fondo de la demanda presentada por la empresa chilena³⁴ y menos aún a favor de la decisión adoptada por la Municipalidad de Lima en defensa de la zona ecológica los Pantanos de Villa y del estado de derecho. Sucedió, simplemente, que el APPI Perú-Chile no podía aplicarse

³¹ El Artículo 47° del Decreto Legislativo N° 757 señala que el “Estado facilita a los inversionistas la cobertura de sus inversiones por la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) del Banco Mundial, u otras entidades similares del cual el Perú forme parte”.

³² Cf. MAYORGA L. Roberto Op.cit.

³³ Además, los APPI dejan abierta la posibilidad de que una controversia entre las partes pueda ser sometida, a elección del inversor, a los tribunales nacionales competentes del país anfitrión.

³⁴ Lucchetti argumentó que el Perú infringió tres obligaciones del APPI: 1) protección conforme a la ley y frente a medidas injustificadas o discriminatorias; 2) garantías de un tratamiento justo y equitativo, nacional y de nación más favorecida; y 3) protección frente a expropiaciones ilegales, discriminatorias o sin compensación. Ver al respecto Laudo del CIADI del 7 de febrero de 2005. Caso N° ARB/03/4. Empresa Lucchetti SA y Lucchetti Perú SA (Demandantes) c. La República del Perú (Demandada).

retroactivamente³⁵. Habría que preguntarse **cuál hubiese sido la decisión del tribunal del CIADI si la controversia se hubiese producido con una empresa norteamericana en el marco de un TLC con Estados Unidos.**

En cambio, el sometimiento al arbitraje de tribunales internacionales sí se vuelve, en la práctica, obligatorio en los TLC con Estados Unidos, pues el inversionista puede iniciar un litigio y de ese modo obligar al país demandado a participar en el arbitraje. Así ha ocurrido en algunos de los casos ventilados por tribunales internacionales en el marco del TLCAN. Si la controversia involucrase a un país pequeño en vías de desarrollo es poco probable que éste quiera “contradecir” a Estados Unidos, que en más de una oportunidad ha sabido presionar para una solución favorable de controversias surgidas con empresas norteamericanas.

En el plano bilateral, el Perú ha suscrito Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras con 29 países³⁶, siendo los convenios firmados con Tailandia y Suiza, en noviembre de 1991, los primeros de esta larga relación. Los convenios firmados por el Perú incluyen las cláusulas tipo normalmente presentes en los APPI, entre las que pueden mencionarse³⁷: trato justo y equitativo, trato nacional, cláusula de la nación más favorecida, medidas de expropiación o nacionalización, solución de controversias (entre las partes contratantes y entre una parte contratante y un inversionista). Sin embargo, como ya hemos adelantado, **los APPI no incluyen una prohibición a los “requisitos de desempeño”.**

Hasta antes de la Constitución de 1993, los APPI tenían que ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República. En cambio, según la Constitución vigente, sólo los tratados que versen sobre materia de derechos humanos, soberanía, dominio e integridad del Estado, defensa nacional y obligaciones financieras del Estado deben ser aprobados por el Congreso. Ello implica que, desde 1993, se ha simplificado el trámite para la suscripción y aprobación de los APPI, requiriéndose únicamente la aprobación del Presidente de la República con cargo a dar cuenta al Congreso, requisito que se cumple al promulgarse el Decreto Supremo correspondiente.

En Latinoamérica, se ha señalado que los APPI y TLC contradicen normas constitucionales vigentes en estos países, pues varias de éstas se han inspirado en la doctrina Calvo. En el caso del Perú, la Constitución Política de 1993 señala en su Artículo 63° lo siguiente: “En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda

³⁵ En estricto, los APPI se aplican a las inversiones efectuadas antes o después de su entrada en vigencia. Sin embargo, **no se aplican a divergencias o controversias que hubieran surgido con anterioridad a su entrada en vigencia** (ver Artículo 2 del APPI Perú-Chile).

³⁶ Ver al respecto http://www.proinversion.gob.pe/pqinvertir/marcolegal/cont_1.htm.

³⁷ Ver al respecto VEGA (1998).

reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero”. De ahí que algunos analistas consideren que la firma de un TLC Perú-Estados Unidos, que contemple la misma lógica ya mencionada en el tratamiento al inversionista extranjero, contradice dicha norma constitucional³⁸. Este aspecto debería ser evaluado por los especialistas en la materia.

Sin embargo, esta marcada tendencia internacional y nacional a suscribir acuerdos bilaterales con el objetivo de incentivar la inversión extranjera no se ha visto recompensada en la práctica. Las investigaciones efectuadas al respecto muestran que los flujos de IED no están influenciados, principalmente, por los referidos acuerdos.

Según un estudio de la UNCTAD (1999), los acuerdos bilaterales de protección a la inversión extranjera tienen un impacto limitado en los flujos de IED. “El estudio consistió en un análisis de datos de series de tiempo sobre los flujos de IED en relación con 200 Acuerdos Bilaterales en 133 países. Se mostró que variables como tamaño y crecimiento del mercado, tasas de interés y riesgo país fueron más importantes que los Acuerdos Bilaterales como determinantes de la IED”³⁹.

Los estudios que se han llevado a cabo sobre el comportamiento de la IED en América Latina y el Caribe encuentran que las empresas transnacionales invierten de acuerdo con distintas estrategias, las que obedecen a características estructurales de los países receptores. Dos estrategias han sido las tradicionales en la región: la que busca recursos naturales y aquella que busca mercado para manufacturas⁴⁰. Las que buscan mercados de servicio y de eficiencia para exportaciones son más recientes y han ido avanzando conforme la región fue acentuando sus reformas estructurales durante la década de los noventa.

Si su objetivo es producir para el mercado interno del país receptor (“market seeking”), el inversionista toma en cuenta el tamaño del mercado, la actividad económica del país, la infraestructura física, entre otros aspectos. Si, por el contrario, se interesa en la extracción de recursos naturales (“resource seeking”), su decisión de invertir estará condicionada por las características geológicas del país receptor, la abundancia de sus reservas en minerales e hidrocarburos, las cotizaciones internacionales de los minerales, entre otros factores. En los países de la subregión andina, la estrategia tradicionalmente privilegiada ha sido la búsqueda de minerales e hidrocarburos.

En la mayor parte de los países de la región la desregulación para atraer IED se ha realizado para responder a urgencias macroeconómicas de corto plazo, sin canalizarla en función de prioridades de desarrollo nacional⁴¹. El gran problema de este proceder es que, en el caso de las

³⁸ Ver por ejemplo TEITELBAUM (2005).

³⁹ FAIRLIE (2005), pág. 25.

⁴⁰ Ver al respecto CEPAL (2005).

⁴¹ Ver al respecto UNCTAD (2005).

inversiones mineras, sus efectos positivos son limitados en el corto plazo (salvo coyunturas excepcionales de precios altos como la actual), y –en el largo plazo- profundizan un modelo de desarrollo primario exportador, cuyas bondades ya pocos reivindican.

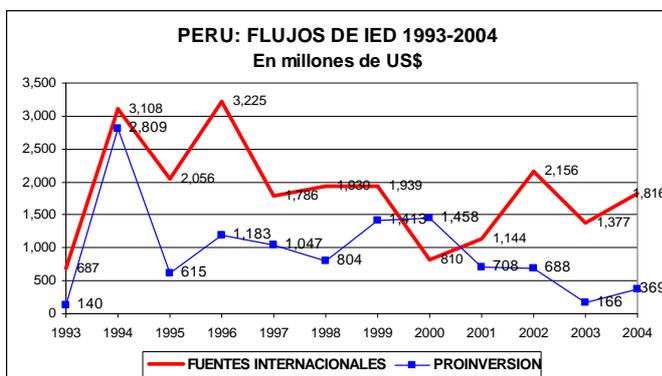
Tan importante como que un país anfitrión ofrezca condiciones adecuadas para la IED lo es el asegurar que ésta se realice de manera concordante con los objetivos de desarrollo del país, preservando el medio ambiente y contribuyendo a mejorar las condiciones de vida de las comunidades vecinas, particularmente en lo referente a la inversión extranjera en minería.

2. TENDENCIAS RECIENTES DE LA IED EN EL PERÚ

La cuantificación de la inversión extranjera directa (IED) que llega al país está rodeada de una aureola de marcada incertidumbre debido a la falta de un criterio único y/o coordinado para su registro por parte de los organismos oficiales que cumplen tal función. Este problema se arrastra desde hace muchos años⁴² sin que hasta el momento se hayan tomado las acciones pertinentes para remediarlo.

Ello lleva a que, por lo general, se tenga hasta tres fuentes de consulta sobre la IED que llega al país: el BCRP, PROINVERSIÓN⁴³ y organismos internacionales como CEPAL, UNCTAD, entre otros. Las marcadas diferencias que se observan en los flujos de IED registrados por el BCRP y PROINVERSIÓN radican en las distintas metodologías y coberturas empleadas para el registro, pero también en el hecho que esta última institución registra sólo aquella IED que el inversionista extranjero decide voluntariamente registrar⁴⁴, salvo que desee acogerse a los beneficios de los Convenios de Estabilidad Jurídica con el Estado.

En consecuencia, PROINVERSIÓN subvalúa el stock y los flujos de IED que llegan al país. Así, los flujos de IED registrados por PROINVERSIÓN durante 1993-2004 están subvaluados en aproximadamente 48% con respecto a los flujos consignados en diversas fuentes internacionales⁴⁵ que



⁴² Al respecto puede consultarse TORRES y O'PHELAN (1990).

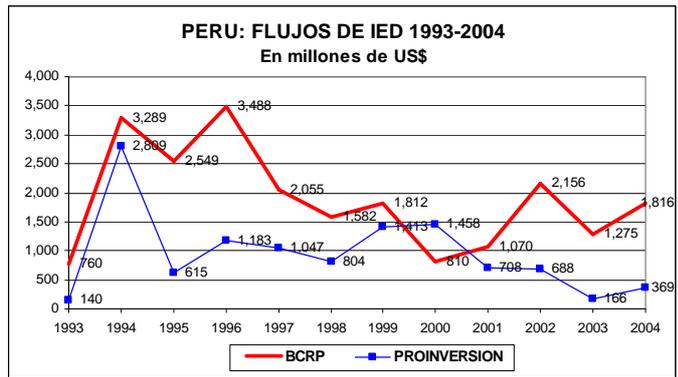
⁴³ Las funciones que antes tenía la Comisión Nacional para la Inversión y Tecnología Extranjera (CONITE) han recaído en PROINVERSIÓN.

⁴⁴ Si bien el Decreto Legislativo N° 662 establece la obligatoriedad del registro de inversión extranjera, no establece plazo perentorio ni sanción alguna en caso de incumplimiento.

⁴⁵ Para la elaboración de esta información se recurrió a las siguientes fuentes: *World Investment Report 1999*, en ARAOZ y CASAS (2001); CEPAL (2003) (2004) (2005); UNCTAD (2005).

informan sobre la IED que llega al Perú.

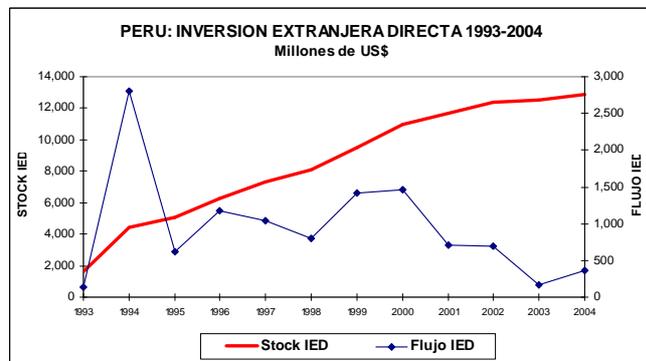
Asimismo, para este mismo período, los flujos de IED registrados por PROINVERSION se encuentran subvaluados en aproximadamente 50% con respecto a lo registrado por el BCRP.



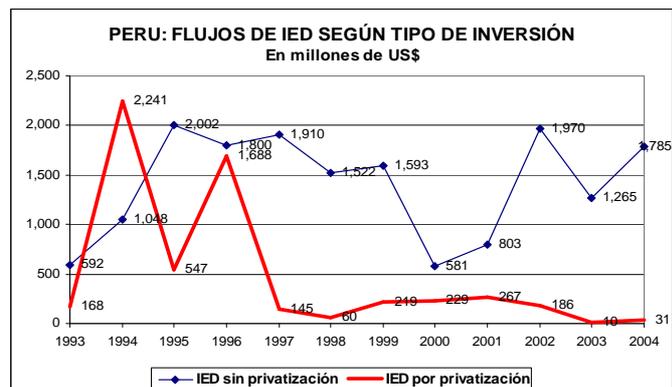
Sin embargo, salvo que se precise lo contrario, el análisis que a continuación presentamos se basa en las estadísticas de PROINVERSIÓN, toda vez que esta institución es la única fuente disponible en lo referente a la IED por sectores económicos.

En los últimos 12 años, la evolución del stock de IED ha mostrado un incremento sostenido, pasando de US\$ 1,636 millones en 1993 a US\$ 12,896 millones en 2004. Es decir, se multiplicó en cerca de ocho veces.

Sin embargo, si el análisis se realiza en términos de flujos, la tendencia es más bien hacia una pérdida de dinamismo, sobre todo desde 2000. Al subdividirse en dos el período analizado observamos que los flujos acumulados de IED pasaron de US\$ 6,597 millones durante 1993-1998 a US\$ 4,802 millones durante 1999-2004; es decir, una contracción de 26%. Durante 2004, el flujo de IED fue de US\$ 369 millones, monto que significó una recuperación con respecto al registrado en 2003 (US\$ 166 millones), pero muy por debajo de los montos alcanzados a mediados de los años noventa.



Buena parte de la IED que ha llegado al país ha sido del tipo de inversiones que genera limitados efectos positivos en la economía. En el Perú, al igual que en América Latina y el Caribe, la IED ha tendido a la compra



de activos existentes, más que a la creación de nuevos. Según información del BCRP, poco más de la tercera parte de los flujos acumulados de IED que llegaron al país durante el período 1993-2004, estuvo vinculada a procesos de privatización de empresas públicas, sobre todo durante la primera mitad de los años noventa.

En cuanto al país de origen de la IED que llega al Perú, la estructura no ha experimentado marcadas modificaciones en los últimos 11 años, aunque sí se han producido cambios sustanciales en las participaciones relativas. Así, para 2004, España, Reino Unido y Estados Unidos se ubicaron como las principales fuentes de IED, con una participación acumulada de 62.3% en el stock registrado ese año. Esta concentración, sin embargo, ha disminuido en cerca de 10 puntos porcentuales con respecto a 1994 (71.7% del stock de IED).

La singular participación de España se inicia recién en 1994 (46.4% del stock de IED), cuando interviene en la privatización de empresas públicas del sector telecomunicaciones. En 1993, su participación relativa fue completamente insignificante (0.4% del total).

El caso del Reino Unido merece mención aparte. Su participación subió de 8.5% en 1994 (US\$ 380 millones) a 22.2% en 2004 (US\$ 2,859 millones). Sin embargo, estos resultados están sobrevalorados debido a que -por estrategia corporativa- diversas empresas internacionales canalizan sus inversiones no necesariamente desde la misma sede de la casa matriz, sino a través de subsidiarias ubicadas en paraísos fiscales, como es el caso de algunos territorios del Reino Unido.

PERU: STOCK DE IED REGISTRADA POR PAIS DE ORIGEN 1994-2004
En millones de US\$

| | 1994 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004* | |
|----------------|--------------|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|--------------|
| | | | | | | Monto | Par. % |
| 1 ESPAÑA | 2,061 | 3,174 | 3,148 | 3,190 | 3,192 | 3,192 | 24.8 |
| 2 REINO UNIDO | 380 | 2,192 | 2,371 | 2,703 | 2,745 | 2,859 | 22.2 |
| 3 EE.UU. | 745 | 2,043 | 1,954 | 1,819 | 1,854 | 1,984 | 15.4 |
| 4 PAISES BAJOS | 264 | 840 | 1,076 | 1,276 | 1,308 | 1,403 | 10.9 |
| 5 PANAMA | 199 | 550 | 552 | 672 | 705 | 706 | 5.5 |
| 6 CHILE | 183 | 458 | 577 | 610 | 614 | 614 | 4.8 |
| 7 ITALIA | 31 | 50 | 58 | 64 | 361 | 364 | 2.8 |
| 8 SUIZA | 104 | 245 | 248 | 250 | 259 | 262 | 2.0 |
| 9 COLOMBIA | 4 | 72 | 79 | 193 | 192 | 192 | 1.5 |
| 10 CANADA | 36 | 159 | 160 | 160 | 160 | 160 | 1.2 |
| OTROS | 440 | 1,182 | 1,450 | 1,425 | 1,136 | 1,159 | 9.0 |
| TOTAL | 4,446 | 10,965 | 11,674 | 12,361 | 12,527 | 12,896 | 100.0 |

* De acuerdo a los registros de Inversión efectuados al 31 diciembre del 2004

Fuente: PROINVERSION
Elaboración: VTC

Esta práctica resulta particularmente evidente en el caso de las empresas mineras. Por ejemplo, las empresas canadienses Noranda, Cambior y Panamerican Silver, las japonesas Marubeni, Caja Investment Limited, y la australiana Global BHP Copper Ltd; aparecen como británicas. Ello agudiza aún más los problemas subsistentes en el registro de la IED que llega al país. Asimismo, el utilizar paraísos fiscales como lugar de origen de las inversiones es exactamente lo contrario a una política de transparencia en la información sobre el origen y monto de las inversiones extranjeras en minería, y sobre el destino de sus beneficios por parte del país receptor de la inversión.

Durante 2004, tres sectores concentraron cerca de 60% del stock de IED: comunicaciones (28.9%), industria (14.5%) y finanzas (14.3%).

El sector comunicaciones llegó a concentrar 45% del stock de IED a mediados de los noventa, como resultado de las inversiones efectuadas por las empresas Telefónica, Tim y Bellsouth en el marco de la privatización de empresas públicas del sector.

PERU: STOCK DE IED REGISTRADA POR SECTOR DE DESTINO
En millones de US\$

| Ord. | SECTOR | 1994 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004* | |
|------|----------------|--------------|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|--------------|
| | | | | | | | Monto | Part.% |
| 1 | COMUNICACIONES | 2,003 | 3,379 | 3,393 | 3,696 | 3,724 | 3,724 | 28.9 |
| 2 | INDUSTRIA | 554 | 1,562 | 1,724 | 1,857 | 1,866 | 1,867 | 14.5 |
| 3 | FINANZAS | 230 | 1,461 | 1,831 | 1,744 | 1,716 | 1,849 | 14.3 |
| 4 | MINERIA | 876 | 1,690 | 1,695 | 1,698 | 1,699 | 1,722 | 13.4 |
| 5 | ENERGIA | 365 | 1,514 | 1,599 | 1,603 | 1,613 | 1,633 | 12.7 |
| 6 | COMERCIO | 273 | 835 | 854 | 848 | 850 | 1,033 | 8.0 |
| 7 | SERVICIOS | 41 | 156 | 183 | 430 | 447 | 452 | 3.5 |
| 8 | TRANSPORTE | 9 | 93 | 106 | 198 | 312 | 313 | 2.4 |
| 9 | PETROLEO | 59 | 98 | 98 | 98 | 98 | 98 | 0.8 |
| 10 | CONSTRUCCION | 4 | 60 | 71 | 71 | 81 | 81 | 0.6 |
| | OTROS | 32 | 118 | 120 | 119 | 123 | 123 | 1.0 |
| | TOTAL | 4,446 | 10,965 | 11,674 | 12,361 | 12,527 | 12,896 | 100.0 |

* De acuerdo a los registros de Inversión efectuados al 31 diciembre del 2004.

Fuente: PROINVERSION

Elaboración: VTC

En cuanto al sector finanzas, su mayor participación actual –después de haber ocupado el sexto lugar en 1994 con una participación de 5.2%- se debe a las importantes inversiones realizadas en las empresas Administradoras de Fondos de Pensiones. El auge de estos “nuevos sectores” ha relegado la participación relativa del sector industria, después de haber explicado 31% del stock de IED en 1993.

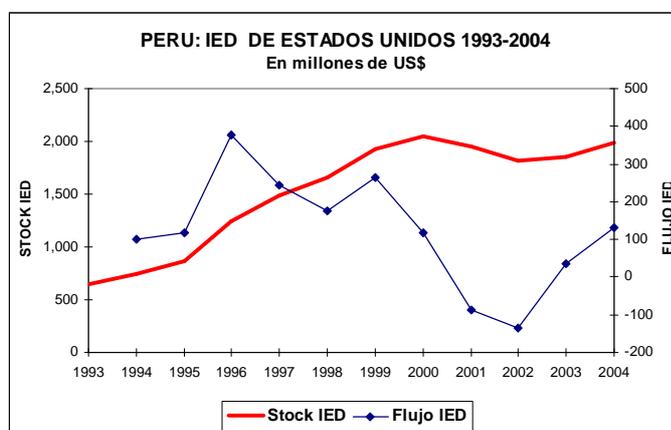
El sector minería explicó 13.4% del stock de IED registrada en 2004, participación que se encuentra muy por debajo del 34.6% que captó en 1993, año en el cual se constituyó en el sector económico con mayor stock de IED. Ello se debió a los procesos de privatización y concesiones ocurridos en el país durante la década de los noventa.

La participación de Estados Unidos

Durante 1994-1998, los flujos de IED provenientes de Estados Unidos sumaron US\$ 1,016 millones; frente a US\$ 323 millones durante 1999-2004; es decir, se contrajeron en 68%.

Estos resultados explican la paulatina reducción de la participación relativa de EEUU en nuestro stock de IED durante los últimos 12 años.

En 1993, este país ocupó el primer lugar en el stock de IED por país de origen, con una participación relativa de 39.4% (47% en 1990, según CONITE); en cambio, en 2004 ocupa el tercer lugar con una participación relativa de 15.4%.



Sin embargo, estos resultados no reflejan la real participación de los inversionistas de Estados Unidos en la IED que ingresa al país. Como ya fue mencionado líneas arriba, las empresas extranjeras canalizan sus inversiones hacia el Perú no necesariamente desde su misma casa matriz sino a través de subsidiarias ubicadas en terceros países, principalmente paraísos tributarios.

Si el stock de IED es registrado según el país de origen de la casa matriz, la inversión de EEUU sube a US\$ 3,313 millones en 2004; es decir, un monto mayor en 67% al consignado según el país declarado como domicilio en el registro de la inversión. Así ajustadas las cifras, Estados Unidos ocupa el segundo lugar entre los principales inversionistas extranjeros, con una participación relativa de 25.7% en el stock de IED. Sin embargo, incluso con esta corrección, resulta obvio que la participación de este país ha disminuido drásticamente, pues recordemos que en 1980 explicaba 56% del stock de IED registrada⁴⁶.

Durante 2004, 25.7% del stock de IED proveniente de EEUU se concentró en el sector minería, el cual ocupó el primer lugar entre las preferencias sectoriales de los inversionistas de dicho país. En orden de importancia siguieron los sectores finanzas (20.3%), energía (19.0%), industria (12.5%), entre otros. Estos cuatro sectores explicaron 77.5% del stock de la IED de EEUU en el país.

PERU: IED DE EE.UU. SEGÚN SECTOR ECONÓMICO 2004
En millones de US\$

| Ord. | SECTOR | MONTO | Part. % | Acum. % |
|------|----------------|--------------|--------------|---------|
| 1 | MINERIA | 511 | 25.7 | 25.7 |
| 2 | FINANZAS | 404 | 20.3 | 46.1 |
| 3 | ENERGIA | 376 | 19.0 | 65.0 |
| 4 | INDUSTRIA | 248 | 12.5 | 77.5 |
| 5 | COMERCIO | 135 | 6.8 | 84.3 |
| 6 | SERVICIOS | 95 | 4.8 | 89.1 |
| 7 | TRANSPORTE | 90 | 4.6 | 93.7 |
| 8 | PETROLEO | 64 | 3.2 | 96.9 |
| 9 | COMUNICACIONES | 34 | 1.7 | 98.6 |
| 10 | TURISMO | 25 | 1.3 | 99.8 |
| 11 | SILVICULTURA | 1 | 0.1 | 99.9 |
| 12 | AGRICULTURA | 1 | 0.0 | 100.0 |
| 13 | CONSTRUCCIÓN | 0 | 0.0 | 100.0 |
| 14 | VIVIENDA | 0 | 0.0 | 100.0 |
| 15 | PESCA | 0 | 0.0 | 100.0 |
| | | 1,984 | 100.0 | |

* Según registros de inversión efectuados al 31 diciembre del 2004.

Fuente: PROINVERSION

Elaboración: VTC

Según la información estadística que publica PROINVERSION, Estados Unidos fue el segundo principal inversionista en el sector minería durante 2004, con una participación relativa de 29.6% (US\$ 511 millones). El primer lugar lo ocupó el Reino Unido, con 48.0% del total (US\$ 827 millones).

PERU: STOCK DE IED EN MINERIA 2004
SEGÚN PAIS DE ORIGEN (millones US\$)

| Ord. | PAIS | MONTO | Part. % | Acum. % |
|--------------|-------------|--------------|--------------|---------|
| 1 | REINO UNIDO | 827 | 48.0 | 48.0 |
| 2 | EE.UU. | 511 | 29.6 | 77.6 |
| 3 | CHINA | 122 | 7.1 | 84.7 |
| 4 | CANADA | 88 | 5.1 | 89.8 |
| 5 | JAPON | 52 | 3.0 | 92.9 |
| 6 | PANAMA | 39 | 2.2 | 95.1 |
| 7 | OTROS | 16 | 0.9 | 96.0 |
| 8 | FRANCIA | 13 | 0.7 | 96.8 |
| 9 | MEXICO | 13 | 0.7 | 97.5 |
| 10 | SUIZA | 12 | 0.7 | 98.2 |
| | OTROS | 31 | 1.8 | 100.0 |
| TOTAL | | 1,722 | 100.0 | |

* Según registros de inversión al 31 de diciembre del 2004.

Fuente: PROINVERSION

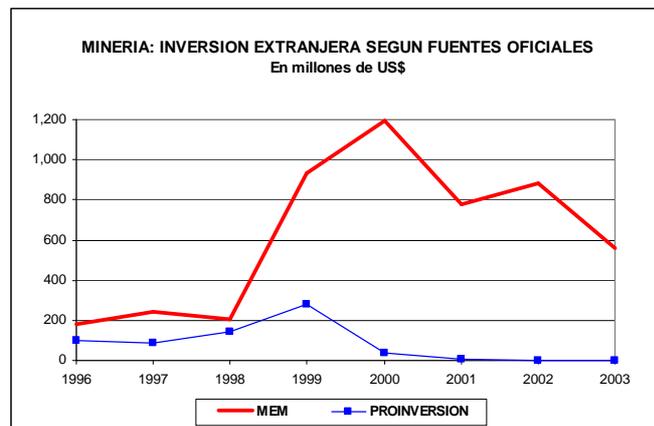
Elaboración: VTC

⁴⁶ Ver al respecto TORRES y O'PHELAN (1990).

Sin embargo, hay que tomar con reserva esta información debido a que el stock de IED del Reino Unido, que publica PROINVERSION, es uno de los más sobrevaluados debido al registro de la IED según el país declarado como domicilio. Por tanto, **lo más probable es que EE.UU. sea el principal inversionista extranjero en el sector minería.**

Ello nos lleva a constatar que tampoco se cuenta con un conocimiento exacto de la magnitud de la inversión extranjera a nivel sectorial, particularmente en la actividad minera. Según PROINVERSIÓN, los flujos de IED en este sector sumaron US\$ 652 millones durante el período 1996-2003; sin embargo, según el MEM, la inversión extranjera en minería durante esos mismos años habría sido de US\$ 4,982 millones “aproximadamente”⁴⁷. Es decir, un monto que supera en cerca de ocho veces la cifra oficial registrada por el organismo público encargado de tal función.

Asimismo, durante ese mismo período, según las cifras de PROINVERSIÓN el sector minería captó 9% de los flujos de IED que llegaron al país; sin embargo, según el MEM, dicho sector captó 31% de la inversión extranjera.



La inversión norteamericana participa en empresas líderes del sector minería, como son: Southern Peru Limited sucursal del Perú, Sociedad Minera Cerro Verde SA, Doe Run Peru SRL, Minera Yanacocha SA, Cía. de Minas Buenaventura SAA⁴⁸, entre otras. Southern y Cerro Verde controlan 39.7% de la producción de cobre del Perú; Yanacocha y Buenaventura controlan 62% de la producción de oro; esta última controla 12% de la producción de plata; en tanto que Doe Run lidera la refinación de minerales en el país (particularmente plomo, oro y plata).

⁴⁷ La cifra de US\$ 4,982 millones de inversión extranjera en minería fue proporcionada por el Vice Ministro de Minas César Polo Robilliard en una presentación realizada por el MEM a los directores del Banco Mundial el 23 de febrero de 2004.

⁴⁸ Según la **Memoria Anual 2004** de la Compañía de Minas Buenaventura, su estructura accionaria y nacionalidad con participación mayor al 5% (al 31.12.04) es la siguiente: Alberto Benavides de la Quintana (peruana) con el 14.02%, Fidelity Management & Research Co. (EEUU) con el 8.61%, Compañía Minera Condesa SA (peruana) con el 7.69%, Merrill Lynch Investment Managers Ltd. (inglesa) con el 6.09%. Según PERU TOP PUBLICATIONS SAC (2005), The Bank of New York ADRs Programs (EEUU), controla el 43.2% de las acciones.

| SECTOR MINERIA: PRINCIPALES INVERSIONISTAS DE EE.UU. | |
|---|--|
| INVERSIONISTA | EMPRESA RECEPTORA |
| Southern Peru Limited (antes Southern Peru Copper Corp) | Southern Peru Limited, sucursal del Perú |
| BHP Copper Inc. | BHP Tintaya S.A. |
| Cyprus Climax Metals Company 1/ | Sociedad Minera Cerro Verde S.A. |
| Phelps Dodge de Chapi Inc. | Minera Pampa de Cobre S.A. |
| Doe Run Company (DRC) | Doe Run Peru SRL |
| Newmont Mining Corporation 2/ | Minera Yanacocha SA. |
| Cia. Minera del Madrigal Principal | Cia. Minera del Madrigal Sucursal en el Perú |
| Phelps Dodge Peru Inc. | Minera Phelps Dodge del Peru SA |
| The Bank of New York ADRs Programs | Compañía de Minas Buenaventura SAA |
| 1/ Filial de Phelp Dodge | |
| 2/ Participa a través de su subsidiaria Newmont Second Capital Corp. | |
| <i>Fuente: PROINVERSION, MEM y Peru: The Top 10,000 companies 2005.</i> | |
| <i>Elaboración: VTC</i> | |

A juzgar por las características de la inversión extranjera que ha llegado al país, orientada de manera importante a la explotación de recursos mineros, de un lado; y comprando activos públicos ya existentes, de otro, sería limitado su aporte en el desarrollo sustentable del país. Además, no vamos a insistir en el tema de las externalidades negativas que aquella inversión minera irresponsable provoca en otras actividades económicas, el medio ambiente y la salud de las comunidades aledañas a las explotaciones mineras. Estos aspectos, entre otros, han sustentado el desarrollo de investigaciones que muestran la influencia que las inversiones mineras han tenido en el menor desarrollo humano en las zonas donde se ubican⁴⁹.

En cuanto a la inversión esperada en un escenario de TLC con EEUU, los estudios que se han ocupado de medir su impacto muestran que las cifras que se obtienen son muy pequeñas respecto al PBI⁵⁰.

⁴⁹ Ver al respecto DE ECHAVE y TORRES (2005).

⁵⁰ Ver al respecto FAIRLIE (2005).

3. POSIBLES EFECTOS DEL TLC EN LAS RELACIONES COMUNIDADES-EMPRESAS EN EL SECTOR MINERO

Los casos presentados en la segunda parte de este trabajo sobre solución de controversias y la forma sesgada de entender las “expropiaciones”, son sólo algunos ejemplos de la actuación de los tribunales arbitrales internacionales en los diferendos entre inversionistas extranjeros, Estado y poblaciones que buscan una mejor calidad de vida y la protección de sus derechos.

Asimismo, la prohibición de los llamados “requisitos de desempeño” es una novedad introducida por los TLC que prácticamente elimina toda posibilidad de negociación entre el Estado receptor de la inversión y el capital extranjero a fin de que éste cumpla compromisos y responsabilidades tendientes a privilegiar el desarrollo de un determinado sector económico o asegurar un aporte tecnológico a la economía nacional, entre otros aspectos. Dado la “amplitud de criterios” con que se manejan los tribunales arbitrales, no debe sorprender que éstos avalen la decisión de las empresas de no contratar mano de obra local, o no desarrollar infraestructura local u otros aportes relacionados con aspectos sociales y el desarrollo, por considerarlos exigencias o “requisitos de desempeño”.

El tema amerita ser evaluado con detenimiento en el caso de la actividad minera. Es sabido que la minería ha estado en un proceso expansivo desde inicios de la década pasada, convirtiéndose toda América Latina en la principal región captadora de inversión minera en el mundo⁵¹. Sin embargo, al lado del *boom* económico de la minería, se ha podido constatar en todos estos años un aumento importante de conflictos con las poblaciones vecinas a los proyectos.

El Perú es un buen ejemplo: la minería creció en los últimos diez años a una tasa promedio de 8%, aportando alrededor de 6% del Producto Bruto Interno, al mismo tiempo que ha contribuido con 50% de las divisas que ingresan por concepto de exportaciones⁵² y da cuenta del 15% de la inversión extranjera directa. Al lado del crecimiento económico de la minería en el Perú, los conflictos se multiplicaron en las antiguas y en las nuevas zonas mineras, pasando a convertirse en uno de los principales conflictos sociales en el país.

La disputa por el control y el manejo de recursos naturales entre empresas mineras y comunidades rurales ha sido un elemento central del conflicto y las poblaciones han percibido que el crecimiento de esta actividad viene afectado sus derechos, que no ha traído beneficios económicos sustanciales ni se ha convertido en una palanca para el

⁵¹ Desde mediados de la década pasada, América Latina concentró alrededor de 30% de la inversión minera mundial.

⁵² Las exportaciones mineras en el Perú pasaron de US\$ 1,581 millones en 1990 a US\$ 6,850 millones en 2004.

desarrollo⁵³. Por lo tanto, desde las poblaciones se cuestiona el marco legal vigente desde la década pasada, que se lo percibe como extremadamente favorable para el desarrollo de las inversiones y adverso a sus intereses.

Tras los reclamos de las poblaciones afectadas se ha ido estructurando una agenda que busca obtener cambios sustanciales en el marco legal. Las propuestas se orientan, por ejemplo, a incorporar mecanismos que permitan una participación ciudadana informada y oportuna en torno a los proyectos; la posibilidad de desarrollar consultas ciudadanas para saber si los proyectos cuentan con el consentimiento de las poblaciones; el fortalecimiento de la legislación ambiental con autoridades autónomas que implementen un enfoque transectorial en sus políticas⁵⁴, desde el inicio hasta el cierre de los proyectos; que se incorporen nuevos instrumentos para el ordenamiento territorial y la zonificación económica y ecológica; que se propicie la transparencia financiera en las prácticas de las empresas; que se mejoren los instrumentos de distribución ya existentes, como el canon minero, las regalías mineras, etc. Estos son algunos de los temas que vienen siendo propuestos.

Pero, además, en los últimos años y como respuesta a los conflictos mineros en el Perú se han ido construyendo algunos instrumentos novedosos que reflejan una intención de desarrollar mejores prácticas. Un caso interesante fue implementado en el proceso de transferencia del proyecto minero de Las Bambas en la región Apurímac: luego de un proceso de audiencias públicas, en el contrato de transferencia se incorporó un anexo que hace referencia a las “Condiciones Sociales para la Explotación del Proyecto Minero Las Bambas” y que no es otra cosa que una cláusula de “requisitos de desempeño”. En el anexo mencionado se señala que es responsabilidad de la empresa la ejecución del estudio de impacto ambiental, brindar oportunidad de trabajo a los pobladores de la zona, la reubicación de las comunidades afectadas, reposición de tierras, el respeto a la cultura, costumbres y derechos humanos, seguros de salud para los comuneros afectados, armonizar el trabajo minero con las actividades agropecuarias, entre otros aspectos.

Otra experiencia interesante es la desarrollada por la empresa BHP Billiton Tintaya en la provincia de Espinar en el Cusco: a través de un convenio marco firmado con la provincia y otro con las comunidades campesinas del entorno directo, la empresa viene aportando a la implementación de planes que responden a una estrategia de desarrollo integral y además se ha comprometido a continuar con sus actividades

⁵³ Cabe indicar que esta percepción coincide con algunos informes del Banco Mundial que señalan que: *la colaboración del Banco Mundial con el FMI sobre programas de ajuste estructural asociadas con las industrias extractivas ha sido inefectiva con respecto a objetivos de desarrollo social y ambiental. Ver Extractive Industries Review: Consultation on the future role of the World Bank Group in the Extractive Industries. Informe en Borrador, versión 21 de agosto 2003.*

⁵⁴ La propia Revisión de las Industrias Extractivas del Banco Mundial señala que los programas de reforma estructural han tenido como efecto el debilitamiento de las normas ambientales.

de exploración y desarrollo bajo el concepto del “consentimiento previo de las comunidades propietarias”⁵⁵.

En un escenario de un TLC firmado, la posibilidad de discutir e implementar cambios como los que se propone en la agenda señalada o continuar con iniciativas como las mencionadas, se hace más difícil aun. 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. En este contexto se corre el riesgo de agudizar las contradicciones sociales y se hace más difícil aun la posibilidad de compatibilizar la presencia de la minería con la agenda de desarrollo de las regiones donde se implanta esta actividad.

Como ya ha sido señalado, con la presentación de casos concretos al amparo de TLC firmados, los inversionistas extranjeros se han vuelto muy creativos y pueden atentar contra usos, costumbres y derechos legalmente adquiridos por parte de las comunidades vecinas a las explotaciones mineras.

En tal sentido, presentamos a continuación dos casos de inversiones norteamericanas en la actividad minero metalúrgica que, de ratificarse el TLC Perú-EEUU, tendrían un escenario aún más favorable para resolver sus demandas o en su defecto denunciar al Estado peruano ante tribunales arbitrales internacionales.

3.1. EL CASO MINERA YANACOCHA

Minera Yanacocha SA tiene como principal accionista a la empresa estadounidense Newmont Mining Corporation, que participa a través de su subsidiaria Newmont Second Capital Corp. con 51.35% del capital. Los otros socios son Minas Buenaventura SAA. (a través de Cía. Minera Condesa SA) con una participación de 43.65% del capital, y la Corporación Financiera Internacional⁵⁶ con una participación de 5.00%⁵⁷. Yanacocha representó la primera alianza importante entre un grupo nacional y uno de los principales productores de oro en el mundo.

⁵⁵ Ver DE ECHAVE et al. (2005).

⁵⁶ Del Grupo del Banco Mundial.

⁵⁷ Cf. PERU TOP PUBLICATIONS SAC (2005).

Yanacocha es la principal productora de oro en el Perú, controlando actualmente 51% de la producción nacional de este metal. Su actividad minera comienza en agosto de 1993 en Cajamarca, departamento ubicado en la zona norte del país y que se caracteriza por ser uno de los que registra los mayores índices de pobreza en el ámbito nacional.

En gran medida, la puesta en producción de Minera Yanacocha, a inicios de la década pasada, modificó el panorama productivo de la minería en el Perú. La de Yanacocha fue la primera inversión de magnitud, luego de casi una década de crisis para el sector minero e inició el llamado boom minero que terminó por ubicar al Perú en el primer lugar en el ranking de productores de oro en Latinoamérica y sexto en el mundo⁵⁸, dando cuenta de 6.1% de la producción mundial de este metal. Hasta antes de la entrada en actividad de Yanacocha, más del 50% de la producción de oro provenía de un conjunto de pequeños productores, muchos de ellos artesanales e informales, agrupados en las estadísticas del Ministerio de Energía y Minas bajo el rubro total aluvial y lavaderos.

Sin embargo, el inicio de las operaciones de Yanacocha también es un dato referencial para el tema de los conflictos mineros. La actividad de esta empresa ha estado acompañada, todos estos años, de una serie de conflictos con sus entornos poblacionales urbanos y rurales de Cajamarca, como consecuencia de los impactos de sus actividades. A los problemas iniciales de subvaloración de las tierras adquiridas a las comunidades en zonas como las del Cerro Quilish y Combayo, le siguieron denuncias sobre problemas de contaminación, principalmente sobre recursos hídricos de la región⁵⁹ y el derrame de 151 kilogramos de mercurio a lo largo de 40 kilómetros de la carretera que pasa por los poblados de Choropampa, San Juan y Magdalena, lo que provocó una intoxicación aguda en la población.

Los conflictos generados por la actividad de Minera Yanacocha en Cajamarca intentaron ser canalizados en varios espacios de diálogo que no lograron consolidarse ni crear un clima de confianza que permitiese avanzar sobre los aspectos críticos que generaban polarización. Por ejemplo el proceso de diálogo de la Comisión Multisectorial instalado el año 2001, auspiciado por las autoridades regionales transitorias y el Municipio Provincial, funcionó en un momento y de allí surgió el importante acuerdo de realizar un monitoreo independiente sobre los recursos hídricos⁶⁰. Sin embargo, otros acuerdos que fueron refrendados por la empresa minera, no fueron implementados⁶¹. Otra instancia de diálogo fue la Mesa impulsada por la Compliance Advisor Ombudsmam (CAO) del Banco Mundial, que tampoco logró ser muy efectiva en casos de la gravedad del derrame de mercurio de Choropampa.

⁵⁸ El Perú pasó de una producción de 20.179 kgs. finos en 1990 a alrededor de 200.000 kgs. finos, según las estimaciones que se manejan actualmente para el 2004.

⁵⁹ Los ríos Jequetepeque, San Miguel, Llaucano, río Grande, piscigranja de Porcón.

⁶⁰ Estudios realizados por las empresas INGETC y Stratus que plantean una serie de recomendaciones que deberían ser implementadas con un grupo de seguimiento independiente.

⁶¹ Por ejemplo, la implementación de un laboratorio independiente en Cajamarca.

Para las organizaciones sociales de base, frentes de defensa, las rondas campesinas, comunidades, organismos no gubernamentales y universidades, era necesario recuperar confianza, construir un nuevo espacio de diálogo y encarar los diferentes problemas producidos en los once años de vida productiva de Yanacocha. Aspectos relevantes de la propuesta era que se cumpla con el acuerdo de implementar un laboratorio independiente para monitorear la calidad del agua, que se estructure un verdadero grupo independiente que le de seguimiento a las recomendaciones de las consultoras INGETEC y Stratus⁶², resolver el caso de Choropampa, reabrir los cuatro canales de riego que habían sido cerrados por las operaciones mineras y que se paralizen las exploraciones en el Cerro Quilish.

Fue precisamente en torno al intento de explotar el Cerro Quilish, el proyecto de expansión más importante de esta empresa⁶³, que se produjo uno de los principales conflictos de los últimos años. La población mostró su preocupación sobre el proyecto desde un inicio, debido a que el Cerro Quilish “posee un ecosistema de riachuelos donde se originan las subcuencas del río Grande y el río Porcón que a su vez abastecen de agua a los campesinos en el área rural y va hacia la ciudad de Cajamarca”⁶⁴. A esto se le agregan otros aspectos, señalados por los pobladores de la zona, en el sentido que el Quilish es un importante símbolo benefactor, protector de los campesinos y la ciudad.

El 5 de octubre de 2000, la Municipalidad Provincial de Cajamarca había emitido una ordenanza⁶⁵ en la que se declaró al Cerro Quilish y las microcuencas de los ríos Porcón y Grande como “Zona Reservada Protegida Municipal Provincial”. La empresa minera cuestionó la ordenanza e interpuso acciones de amparo, proceso que concluyó con la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 2 de mayo de 2003, en la que, pese a declarar infundada la acción de amparo, se señala que “las empresas tienen expedito su derecho a realizar las labores de prospección y exploración sobre las concesiones otorgadas a su favor”.

A mediados de 2004, la situación en torno al proyecto minero en el Cerro Quilish se volvió explosiva. El 16 de Julio el Ministerio de Energía y Minas (MEM) según Resolución Directoral N° 361-2004-MEM/AAM, aprobó la Evaluación Ambiental que autoriza a Minera Yanacocha a explorar en el Cerro Quilish. El MEM, conciente del efecto que podía provocar la decisión, emitió un comunicado público invocando “a los ciudadanos y la empresa a mantener la calma, confianza y el diálogo para ejercer sus preocupaciones y derechos dentro de la ley”⁶⁶.

La reacción de la población fue inmediata y se iniciaron, tanto en zonas rurales como en la ciudad, movilizaciones en abierta oposición al inicio

⁶² Con la participación de un representante de INGETEC y uno que designen las comunidades.

⁶³ 4 millones de onzas de oro.

⁶⁴ Procesos de Concertación en Zonas Mineras en el Perú: Juan Aste Daffós, Manuel Glave Testino y José De Echave Cáceres. MPRI-IDRC. Mayo 2004.

⁶⁵ Ordenanza Municipal 012-2000-CMPC.

⁶⁶ Difundido en diarios de circulación nacional el 18 de agosto de 2004.

de las exploraciones: usuarios de canales de riego marcharon hasta las inmediaciones del Quilish produciéndose enfrentamientos; pobladores de Plan Manzanas y la Ramada, acudieron a la misma zona, lo que provocó nuevos enfrentamientos y en la ciudad de Cajamarca se realizaron vigilias que congregaron a diferentes sectores de la población, tanto de la zona urbana como de las rurales.

Las movilizaciones y protestas continuaron por varios días lo que provocó que finalmente el MEM emitiese una nueva Resolución Directoral que dejaba sin efecto la resolución previa que autorizaba la exploración en el Cerro Quilish⁶⁷.

Debido a la presión de la población, el MEM exigió el cumplimiento de “una serie de condicionamientos de transparencia y de participación ciudadana necesarios para la continuación de las actividades de exploración de la empresa Minera Yanacocha”⁶⁸. Poco tiempo después, la misma empresa reconoció públicamente que su presencia en Cajamarca había producido efectos negativos en la forma de vida y costumbres de la población, y se comprometió a buscar, junto a las comunidades, una solución para proteger el agua, mediante el establecimiento de mecanismos de diálogo y concertación para superar las diferencias existentes y para alcanzar el bienestar y desarrollo sostenible de Cajamarca.

Este caso sin duda plantea varias interrogantes: en primer lugar ¿qué hubiese pasado, en un escenario de un TLC firmado, con la ordenanza emitida por la Municipalidad de Cajamarca el año 2000 que declaraba zona reservada y protegida al Cerro Quilish? ¿Qué hubiese ocurrido con la decisión del MEM, de suspender la autorización de explorar el Cerro Quilish a favor de Minera Yanacocha?. A la luz de la experiencia internacional presentada, Yanacocha hubiese podido denunciar de inmediato al gobierno peruano ante un tribunal arbitral internacional, alegando que la decisión de las autoridades peruanas de dejar sin efecto la resolución que autorizaba sus trabajos de exploración afectaba sus expectativas de ganancias futuras (“expropiación indirecta”).

Sin embargo, no se debe perder de vista -en la medida que el conflicto en torno al proyecto minero en el Cerro Quilish no ha encontrado hasta el momento un desenlace definitivo-, que la firma del TLC le abriría las puertas a Minera Yanacocha para forzar una resolución favorable de parte del Estado peruano o en su defecto iniciar una demanda y someterla a arbitraje en tribunales internacionales como los descritos en este informe.

⁶⁷ La Resolución Directoral 427 del MEM declaró INEFICAZ la parte resolutive de la anterior.

⁶⁸ Resolución Directoral N° 427-2004-MEM/AAM.

3.2. EL CASO DOE RUN

La Oroya es una ciudad ubicada en la provincia de Yauli, en el departamento de Junín, en la región central del país. Se convirtió en un centro metalúrgico desde 1922, luego que la empresa norteamericana Cerro de Pasco Copper Corporation decide trasladar sus operaciones de fundición a esta localidad. El Complejo Metalúrgico de La Oroya fue nacionalizado en 1974 y pasó a ser administrado por la estatal Empresa Minera del Centro del Perú S.A. (CENTROMIN PERU). En 1997, en medio de la ola de privatizaciones ejecutadas en el país, la empresa de los Estados Unidos Doe Run tomó posesión del Complejo Metalúrgico.

La aguda contaminación ambiental en la Oroya es tan antigua como su historia metalúrgica. Hoy en día, esta localidad es reconocida como la más contaminada del país y figura en algunos informes de organismos internacionales entre las principales en el mundo. Los principales contaminantes son el plomo, dióxido de azufre, cadmio, arsénico, y material particulado. El complejo metalúrgico de La Oroya, también ha contribuido a dañar la calidad del agua del río Mantaro, eliminando la vida acuática y haciéndola inservible para el uso agrícola.

La exposición al plomo en la actualidad se presenta en niveles realmente alarmantes y ha sido confirmada por estudios realizados tanto por organismos no gubernamentales, la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA) y la propia empresa Doe Run. Por su parte, el Centro de Control y Prevención de Enfermedades de Atlanta en los Estados Unidos presentó en agosto de 2005 un informe a la Agencia para el Desarrollo Internacional del gobierno de los Estados Unidos (USAID), sobre la problemática ambiental en la localidad de La Oroya. El informe es el resultado de una visita que realizaron a La Oroya varios expertos de esta institución, luego de recibir una solicitud de asistencia técnica de la USAID. La visita se realizó entre el 13 y 22 de marzo de 2004.

Entre las principales conclusiones el informe identifica: que no existe un control mínimo del plomo, que se han retrasado las intervenciones para la reducción de los niveles de contaminación por plomo y no se ha tomado ninguna medida para remediar los suelos contaminados. También destaca el hecho que “no existe una lista completa de temas concernientes al plomo, la salud y el medio ambiente, problemas, temas y preocupaciones asociados al complejo metalúrgico de La Oroya y que “no han sido determinados los impactos en el medio ambiente y la salud” y que por ejemplo “las prácticas del manejo de aguas residuales en la fundición de Doe Run no son adecuadamente monitoreadas por una autoridad independiente de gobierno.

El informe plantea en la parte de recomendaciones que la prioridad es la reducción a la exposición al plomo y a otros contaminantes lo cual se debe lograr a través de un plan de intervención, completo e integral. El proceso debería abordar las siguientes áreas: reducir las emisiones

atmosféricas de plomo, de la chimenea y fugitivas, a fin de proteger a los niños, remover la tierra contaminada con plomo en el suelo y desarrollar un plan científicamente sólido para monitorear el impacto de los esfuerzos en la reducción de las emisiones. El informe es muy claro en señalar que “ninguna otra intervención tendrá gran impacto en reducir los niveles de plomo en sangre de los niños hasta que esto sea logrado”.

Cabe indicar que cuando Doe Run comenzó sus actividades en 1997, asumió el compromiso de hacerse cargo de los pasivos ambientales del complejo metalúrgico mediante la ejecución de un Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) que debía concluir en enero de 2007. El PAMA de Doe Run comprende nueve proyectos por un monto de US\$173,9 millones, de los cuales US\$107.5 corresponden a la construcción de una Planta de Ácido Sulfúrico.

Pese a todas las evidencias que muestran la gravedad de la situación, Doe Run ha venido retrazando las inversiones que permitirían mejorar la situación ambiental en La Oroya. En el primer trimestre de 2004, se hizo público que había presentado nuevamente una solicitud para modificar su PAMA, en esta ocasión buscando ampliar el plazo hasta el año 2011. Cabe indicar que ésta era la cuarta vez que intentaban modificar el PAMA de La Oroya: una última modificación fue solicitada en noviembre de 2003, la cual fue declarada improcedente.

Al momento de hacer pública su decisión de solicitar la ampliación del PAMA, Doe Run tenía un avance de apenas 23% de las inversiones comprometidas, pese a que ya había transcurrido 70% del plazo para su ejecución. El principal proyecto, la Planta de Ácido Sulfúrico, tenía apenas 7,4% de avance⁶⁹.

Todo indica que para Doe Run la intención de seguir postergando el PAMA responde a una estrategia que le permita en el corto plazo transferir a su casa matriz las utilidades que se generan en el Perú y hacer frente a un conjunto de obligaciones pendientes. En el informe anual de 2004 que la empresa está obligada a presentar al *Securities and Exchange Commission* de los Estados Unidos⁷⁰, se anuncia que si bien han vuelto a tener ganancias, el panorama no deja de ser complicado debido a una deuda de US\$ 313 millones, casos pendientes de impuestos en revisión por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria por un monto de US\$ 96.1 millones, distribuciones de beneficios a los trabajadores por US\$ 5.8 millones, correspondientes al período 1998 – 2004, evaluaciones relacionadas con el Impuesto General a las Ventas, entre otros aspectos.

Además, la solicitud de ampliación del PAMA es preocupante por los propios antecedentes ambientales de la empresa, tanto en los Estados Unidos como en el Perú. El año 2000, Doe Run fue considerada por las

⁶⁹ La empresa había invertido apenas US\$ 8.0 millones de los US\$ 107.5 millones comprometidos para la Planta de Ácido Sulfúrico.

⁷⁰ Ver al respecto www.sec.gov

autoridades ambientales de los Estados Unidos como la empresa más contaminante del estado de Missouri⁷¹ y posteriormente las mismas autoridades especularon sobre la posibilidad del cierre de una fundición en Herculaneum por los altos niveles de plomo encontrados y los reiterados incumplimientos⁷². En el Perú la empresa ha sido multada, entre otras cosas, por incumplir con la entrega de información con fines de fiscalización. En una presentación en el Congreso en el mes de abril de 2004, el entonces ministro de Energía y Minas, Jaime Quijandría Salmón demandó a Doe Run una mayor transparencia en su actuación con el país, la región y su comunidad.

Pese a estos antecedentes y el contexto de emergencia de La Oroya, las autoridades del Ministerio de Energía y Minas del Perú emitieron en diciembre de 2004 el Decreto Supremo 046-2004 por el cual se establece un procedimiento para que hasta el 31 de diciembre de 2005, las empresas del sector puedan solicitar una prórroga del plazo de cumplimiento de uno o más proyectos específicos de su PAMA, por razones excepcionales, debidamente sustentadas.

Las críticas no se hicieron esperar ya que la dación del decreto supremo favorecería directamente a Doe Run Perú y establecía un precedente negativo para que otras empresas mineras, petroleras, energéticas y gasíferas, también incumplan con sus obligaciones haciendo aun más precaria la gestión ambiental en el Perú.

El expediente Doe Run representa uno de los más complejos de la relación entre inversión extranjera y gestión ambiental en el Perú y es un claro ejemplo de la necesidad de implementar nuevas y mejores regulaciones para hacer compatible las actividades empresariales con el respeto al medio ambiente, la salud de las poblaciones vecinas y los derechos de los trabajadores.

Funcionarios de la empresa norteamericana, en un claro mensaje que busca presionar a las autoridades peruanas, han anunciado públicamente que si el Ministerio de Energía y Minas no amplía el plazo cerrarán sus operaciones y se irán del país. Por su parte, el MEM ha anunciado que una posible aprobación de la prórroga dependerá de un conjunto de requisitos: fideicomiso ambiental, fianza solidaria por el 20% del presupuesto del proyecto prorrogado, estudio técnico económico, estados financieros auditados, estudio de análisis de riesgo de salud, entre otros.

⁷¹ Según la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (EPA). Consultar la página <http://www.epa.gov/tri/tridata/tri00/state/Missouri.pdf>.

⁷² El Alcalde de Mahfood, Bob Holden y el líder del Congreso Dick Gephardt discutieron la posibilidad de cerrar temporalmente la fundición de Doe Run. El congresista Gephardt se reunió con representantes de la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (EPA) para pedirles priorizar este caso y ratificó que él apoyaría el cierre de la fundición si la empresa no cumple con la limpieza del lugar. Noticia aparecida en Associated Press.

Al igual que en el caso de Cajamarca y Minera Yanacocha, la situación en La Oroya provoca más de una reflexión sobre la implicancia de un TLC firmado. Sin lugar a dudas, con la firma de un TLC, la empresa Doe Run contaría con nuevos y mejores instrumentos para implementar la estrategia de postergación de sus inversiones ambientales. Por ejemplo, las garantías que viene exigiendo el MEM pueden ser presentados como “requisitos de desempeño”, los cuales son expresamente prohibidos por los TLC.

Por otro lado, una decisión como la que tomaron las autoridades peruanas a fines de 2003, cuando rechazaron una solicitud de modificación del PAMA de Doe Run o una nueva negativa a la actual solicitud de ampliación de plazos, podría ser cuestionada por la empresa, demandando al Estado peruano ante tribunales internacionales exigiendo indemnizaciones por los montos invertidos y los ingresos futuros que no serán percibidos⁷³.

⁷³ En el marco de un acuerdo firmado entre los gobiernos de Canadá y Costa Rica, la empresa canadiense Vanessa Ventures solicitó, el 3 de junio de 2005, un arbitraje internacional en contra del gobierno de Costa Rica, por retrasos en la aprobación de su estudio de impacto ambiental del proyecto aurífero Crucitas en la provincia de San Carlos. La empresa reclama una indemnización de US\$ 276 millones, por el monto ya invertido y por ingresos futuros que no serán percibidos.

CONCLUSIONES

En este trabajo hemos remarcado que los Tratados de Libre Comercio son mucho más que acuerdos comerciales que promueven el intercambio de bienes y servicios. Los TLC ofrecen 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 la potestad de sus gobiernos para definir sus políticas de desarrollo.

Las provisiones sobre las inversiones son muy importantes en todos los TLC firmados a la fecha. Por lo tanto, los acuerdos de libre comercio también son vistos como una oportunidad para fortalecer los derechos de los inversionistas y promover los flujos de inversión extranjera directa (IED) en condiciones extremadamente favorables para las empresas y en detrimento de las prerrogativas que deben tener los Estados para regularlas. El TLC puede ser interpretado como la última de una serie de reformas estructurales que busca consolidar un escenario de mayor apertura económica en países como el Perú.

Los mecanismos para proteger a los inversionistas extranjeros en el marco de los TLC que se vienen firmando, han abierto una caja de Pandora de la cual las empresas transnacionales extraen todo tipo de reclamos -cada uno más creativo que el otro- que lesionan la soberanía de los países firmantes en materia de políticas públicas. Las denuncias presentadas por inversionistas extranjeros ante tribunales arbitrales internacionales permiten evaluar, en una visión de mediano y largo plazo, los excesos cometidos por el gobierno norteamericano en el diseño e implementación del TLCAN y el riesgo que estos tratados representan para una descentralización democrática en los países de América Latina.

El caso presentado de Metalclad es una clara demostración del conflicto existente entre el TLC y la protección del medio ambiente. Asimismo, nos advierte sobre la clara amenaza que un TLC con Estados Unidos representa para un país como el Perú, involucrado actualmente en un proceso de descentralización del Estado, pues pone en riesgo el derecho de sus gobiernos regionales y municipales a cuestionar la pertinencia de una inversión extranjera si ésta afecta la salud y el medio ambiente de sus comunidades. No olvidemos que la teoría tradicional sobre descentralización aconseja que el diseño de políticas en materia de inversión extranjera debe ser una responsabilidad compartida entre el gobierno nacional y los gobiernos subnacionales. El poder que los TLC han otorgado a las empresas extranjeras desincentiva las políticas nacionales, regionales y locales en materia de protección del medio ambiente y la salud pública.

Sin embargo, en la firma del reciente TLC con Centroamérica se han introducido pequeños arreglos (mayor transparencia en los procesos de arbitraje internacional, por ejemplo) que, si bien no alteran lo sustancial de los amplios derechos otorgados a las empresas extranjeras, constituyen la aceptación de que en el TLCAN se exageraron los beneficios a estas últimas.

Asimismo, según algunos autores, en el TLC Chile-Estados Unidos, en el capítulo de inversiones, se acota la ambigua definición de “expropiación indirecta”⁷⁴. Así también, el artículo 10.5 del TLC firmado entre estos dos países incorpora explícitamente excepciones y exclusiones a la prohibición de los “requisitos de desempeño”. Si bien ello no impedirá que Chile sea sujeto de demandas ante tribunales arbitrales internacionales, al menos constituiría un avance con respecto al TLCAN en la medida que entrega argumentos jurídicos adicionales al Estado chileno contra las probables denuncias de inversionistas extranjeros.

Además, la firma de estos tratados no tiene por qué incluir la pérdida de soberanía. Por ejemplo, en el TLC firmado entre EEUU y Australia en 2004, la Administración Bush no incluyó el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado debido a la enorme presión política de los ciudadanos de este último país.

Por tanto, la experiencia internacional nos alecciona sobre los riesgos que implica tomar la firma de un TLC como la última tabla salvadora para nuestros países, sin antes evaluar –objetivamente– sus costos y beneficios. Pero también nos muestra que sí es posible negociar con Estados Unidos, en el marco de un TLC, condiciones socio-económicas menos desfavorables para nuestro país.

Estados Unidos es el principal socio comercial del Perú, país con el que mantenemos el mayor superávit en nuestra balanza comercial. Es obvio que en la posible firma de un TLC con dicho país el gobierno y los exportadores peruanos tienen como principal interés el acceso que este tratado permitiría a un mercado cercano a los 300 millones de habitantes, con un ingreso per cápita de aproximadamente US\$ 35,000 anuales. Sin embargo, insistimos, en las negociaciones de un TLC con dicho país no debe descuidarse el modelo de tratamiento al inversionista extranjero y sus implicancias en el proceso de descentralización y regionalización que vive el país.

Si bien el Perú ha desregulado, desde inicios de los años noventa, el tratamiento al capital extranjero, y su legislación contempla buena parte de las provisiones sobre las inversiones presentes en los TLC, dos aspectos constituyen ingredientes novedosos:

- 1) De un lado, la prohibición de los “requisitos de desempeño” no está contemplada en los APPI firmados por el Perú; por tanto, recién se conocería sus efectos con la firma de un TLC con Estados Unidos.
- 2) De otro lado, los pocos casos en los que el Perú ha sido denunciado por inversionistas extranjeros ante tribunales internacionales (en tres

⁷⁴ “En el anexo interpretativo, Anexo 10–D Expropiación, en su inciso 4 parte b se señala que “salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente” “. PIZARRO (2003), pág.2.

oportunidades, según el CIADI), se han dado en el marco de los APPI y de las leyes de fomento a la inversión extranjera, que ya contemplan este beneficio. En cambio, con la firma de un TLC, es éste el que se constituiría en el marco legal que obligaría al Estado peruano a tener que responder ante un Tribunal Internacional.

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. Sin embargo, el auge que la IED registra en el Perú a mediados de la década de los noventa, la tendencia descendente que se inicia en 1997 y la ligera recuperación de los últimos tres años, evidencian que los factores que determinan su llegada al Perú, en particular la proveniente de EEUU, no dependen –principalmente- de si el país tiene firmado un acuerdo de protección a la inversión extranjera (APPI) o si otorga mayores ventajas tributarias.

En cuanto a los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras (APPI), el Perú los ha venido firmando cada vez con más países; sin embargo, la IED ha seguido el comportamiento cíclico descrito en el párrafo precedente. En el caso de la política tributaria, ésta ha tendido a eliminar algunos beneficios al capital privado durante los últimos años, y aún así los flujos de IED se han recuperado en dicho período. En consecuencia, los factores que determinan las inversiones norteamericanas en el Perú tienen que ver, fundamentalmente, con la recuperación de la economía de ese país, nuestra oferta de recursos naturales, la evolución de las cotizaciones internacionales de los minerales, entre otras variables como la de la estabilidad jurídica que el Perú ha sabido respetar. Por tanto, esta evidencia nos muestra el especial cuidado que hay que tener en no exagerar los efectos positivos de la firma de un TLC con Estados Unidos, y sopesar adecuadamente sus externalidades negativas en materia de inversiones.

PROINVERSION tiene entre sus funciones “proponer y ejecutar la política nacional de tratamiento a la inversión privada, en concordancia con los planes económicos y la política de integración”. En el caso de la inversión extranjera, la referida política nacional se ha concentrado básicamente en otorgarle estabilidad jurídica y beneficios tributarios, más no en negociar sus estrategias corporativas en función del desarrollo nacional. Asimismo, dicha institución tiene la función de llevar un registro de la inversión extranjera, lo cual tampoco viene cumpliendo.

El no contar con un registro adecuado de la inversión extranjera directa que llega al país limita considerablemente el valor de la información estadística de los organismos oficiales. Ello impide una adecuada transparencia en las operaciones financieras y productivas que realizan las empresas extranjeras, en particular las industrias extractivas; y cuestiona la función reguladora que debería cumplir el Estado peruano. En este contexto, son limitadas las posibilidades que como país tenemos para determinar qué esperamos de la IED y qué papel debemos desempeñar con respecto a la inversión extranjera en el marco de una estrategia nacional de desarrollo.

De firmarse un TLC con Estados Unidos, lo más probable es que esta falta de institucionalidad se agudice, y si PROINVERSION quisiera cumplir a cabalidad con sus funciones podría ser denunciada ante tribunales internacionales por imponer “requisitos de desempeño”.

Ahora bien ¿los cambios al actual marco legal que rige la minería y que vienen siendo propuestos por comunidades, organizaciones sociales diversas, organismos no gubernamentales, sectores académicos, entre otros, serían posibles en el marco de un TLC firmado?

Sin duda, las reformas que se requieren para recuperar gobernabilidad y proteger los derechos de poblaciones frente al crecimiento de industrias extractivas como la minería, serán menos factibles bajo el régimen del TLC. Poblaciones enteras carecerían de mecanismos efectivos de protección para acceder y gestionar recursos naturales frente al avance de las inversiones en sus territorios. Por otro lado, la prohibición de los “requisitos de desempeño” limitaría severamente la posibilidad de poner en marcha regulaciones efectivas para empatar las inversiones con objetivos de desarrollo local que beneficien a las comunidades; dejando todo en manos de los denominados mecanismos voluntarios que implementan las empresas.

Asimismo, las provisiones sobre la expropiación, con criterios tan flexibles como los que se manejan en los TLC ya firmados, crean un clima que limita a los gobiernos, que temen ser demandados por las empresas si introducen controles que afecten sus actividades y posibles ganancias futuras. De hecho, como ha sido señalado, ya se han presentado casos de demandas de empresas transnacionales a gobiernos firmantes de tratados similares, que se procesan en tribunales especiales, fuera del país receptor de la inversión, suplantando de esta manera la autoridad de los sistemas judiciales nacionales.

Además, la eventual firma de un TLC tendrá que venir acompañada de una revisión global de la legislación nacional si se quiere evitar conflictos legales potenciales denuncias ante tribunales internacionales por parte de empresas norteamericanas. Así, por ejemplo, la firma del TLC podría llevar a que las transnacionales cuestionen los Decretos Legislativos N°s 662 y 757 de promoción a la inversión extranjera, en los cuales se establece como requisito que el aporte dinerario para los sectores de minería e hidrocarburos no debe ser inferior a US\$ 10 millones. Es decir, los inversionistas norteamericanos podrían argumentar que dichas normas constituyen “requisitos de desempeño” prohibidos en los TLC.

De otro lado, ¿cuál es el futuro de las regalías?. En Chile se ha estado evaluando la posibilidad de que las empresas mineras norteamericanas puedan denunciar al Estado Chileno, en el marco del TLC firmado entre ambos países, por el pago de regalías. El riesgo es latente en nuestro país, pues – incluso sin TLC- los empresarios mineros han denunciado que las regalías son confiscatorias. Por tanto, el camino estaría expedito para que éstas sean denunciadas como medida de “expropiación indirecta”, bajo el argumento que afectarían las ganancias futuras de los inversionistas mineros.

Hemos constatado que Estados Unidos es uno de los países que más invierte en minería en el Perú y algunas de estas inversiones, como es el caso de Newmont y Minera Yanacocha en Cajamarca o la de Doe Run en la localidad de La Oroya, se encuentran envueltas en serias controversias todavía no resueltas. Como hemos destacado, bajo el régimen de un TLC firmado y según los antecedentes con los que se cuenta en el ámbito internacional, las posibilidades de encontrar soluciones adecuadas a éstos y otros casos, se verían seriamente afectadas.

Lejos de lograr una conciliación de intereses en los conflictos mineros, como hasta el momento se ha intentando en algunos casos, la firma de un TLC con Estados Unidos puede convertirse en un acicate para el enfrentamiento abierto entre inversionistas norteamericanos y comunidades mineras. Es decir, en las negociaciones que se vienen llevando a cabo están en juego no sólo variables económicas, sino también aspectos sociales, ambientales y culturales que se han manifestado a través de diversos conflictos que representan todo un desafío y que han puesto en evidencia serios problemas de gobernabilidad en el país.

Si las reformas estructurales de primera generación, implementadas en América Latina durante la década de los noventa, fracasaron porque agudizaron los niveles de pobreza y la desigual distribución de la riqueza, es probable que las reformas de segunda generación, abocadas a desarrollar instituciones democráticas vía la descentralización política, económica y administrativa del Estado, corran la misma suerte socavadas –en parte– por los TLC. La experiencia internacional ilustra en cuanto a que un TLC limitaría las decisiones democráticas de los gobiernos regionales y locales del país en defensa de la salud y el medio ambiente, además de agudizar la poca transparencia observada en el tratamiento de la IED en la actividad minera.

Uno de los aspectos determinantes de la agenda de desarrollo en el Perú es la construcción de una nueva gobernabilidad para actividades como la minería, que permita manejar la dimensión social y ambiental del desarrollo sostenible en sus zonas de influencia.

Por ello, en una carta enviada a los parlamentarios de los países que actualmente están negociando el TLC con EEUU, un gran número de organizaciones de la sociedad civil de los Estados Unidos ha propuesto las siguientes recomendaciones⁷⁵:

- Excluir la prohibición de los “requisitos de desempeño” y los aspectos referidos al “trato nacional”, que limiten los objetivos de desarrollo de los países donde se lleva a cabo la inversión.

⁷⁵ Comunicación enviada el 13 de septiembre de 2004 a los Congresos de los países de la región andina y firmada por: Action Aid International USA, Center for International Environmental Law Development GAP, Earthjustice, Friends of the Earth - United States, Institute for Agriculture and Trade Policy, Natural Resources Defense Council, Oxfam América, Public Citizen, Sierra Club, Washington Office on Latin América.

- Rechazar la inclusión de un mecanismo de disputa entre los inversionistas y los estados que eluda los procesos legales domésticos.
- Prohibir la presentación de controversias hasta que el inversionista haya agotado todos los recursos legales domésticos razonablemente disponibles.
- Incluir excepciones específicas para la protección del interés público, incluyendo objetivos de desarrollo: seguridad, salud y medio ambiente, entre otros.
- Rechazar la aplicación de cualquier mecanismo de arbitraje inversionista-Estado sobre aquellos aspectos relacionados con los recursos naturales.

Estos aspectos han debido ser tomados en cuenta en las negociaciones del TLC, acuerdo que no puede ir a contracorriente de los esfuerzos que vienen desarrollando poblaciones enteras, diversas redes sociales, autoridades estatales e incluso algunas empresas por encontrar puntos de equilibrio entre la presencia de la minería y los objetivos de desarrollo sostenible.

TABLA DE ABREVIATURAS

APPI: Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras

BIT: Bilateral Investment Treaties

BCRP: Banco Central de Reserva del Perú

CAFTA: Central American Free Trade Agreement

CEPAL: Comisión Económica para América Latina

CIADI: Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relacionadas con las Inversiones

CNUDMI: Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional

CONITE: Comisión Nacional para la Inversión y Tecnología Extranjera

GATT: Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio

ICC: International Chamber of Commerce

IED: Inversión Extranjera Directa

MEM: Ministerio de Energía y Minas

MIGA: Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones

MMT: Tricarbonilo Metilciclopentadienilo de Manganeso

OMC: Organización Mundial del Comercio

PROINVERSION: Agencia de Promoción de la Inversión Privada

TLC: Tratado de Libre Comercio

TLCAN: Tratado de Libre Comercio de América del Norte

BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA DE DESARROLLO DE INVERSIONES: ***Inversión extranjera: Comparación del marco jurídico en América Latina***; Buenos Aires, ADI. www.inversiones.gov.ar. , septiembre 2005.

ARAOZ FERNÁNDEZ, Mercedes y Carlos CASAS TRAGODARA (2001): ***Atracción de la inversión extranjera directa en el Perú***; Proyecto Andino de Competitividad, Lima, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.

CAMINO DE VILLA, José Andrés (2004): ***TLCAN a 10 años: Estudio comparativo***, Centro Latinoamericano de la Globalidad.

CEPAL (2005): ***La inversión extranjera en América Latina y el Caribe 2004***, Documento Informativo, Santiago de Chile, Naciones Unidas, marzo de 2005.

CEPAL (2004): ***La inversión extranjera en América Latina y el Caribe 2003***, Santiago de Chile, Naciones Unidas, mayo de 2004.

CEPAL (2003): ***La inversión extranjera en América Latina y el Caribe 2002***, Santiago de Chile, Naciones Unidas, marzo de 2003.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (2005): ***Manual para la construcción de la paz. Negociación en escenarios de conflicto social***. Segundo capítulo, Lima, CAF, abril de 2005- marzo de 2006.

CUADROS, Julia, Jaime CONSIGLIERI y José DE ECHAVE (2005): ***Mapeo de la situación social e institucional del proyecto Las Bambas***, Lima, CooperAccion.

DE ECHAVE, José y Víctor TORRES C. (2005): ***Hacia una estimación de los efectos de la actividad minera en los índices de pobreza en el Perú***; Lima, CooperAccion.

DE ECHAVE, José, Karyn KEENAN, Kathia ROMERO y Angela TAPIA (2005): ***Los procesos de diálogo y la administración de conflictos en territorios de comunidades: el caso de la mina de Tintaya en el Perú***, Lima, CooperAccion.

FAIRLIE REYNOSO, Alan (2005): ***Costos y beneficios del TLC con Estados Unidos*** (documento en PDF). Lima, marzo.

MACROCONSULT (2005): ***¿Minería divino tesoro?. Retos y perspectivas de la actividad minera peruana***, REM Sectorial, Lima, Macroconsult, junio 2005.

MEDELLÍN MILAN, Pedro y Luz María NIETO CARAVEO (2001): ***Caso Metalclad: "Expropiación de los derechos de los mexicanos. Correcciones al TLCAN y repercusiones en el ALCA"***, en: Pulso, Diario de San Luis, Sección Ideas, Pág. 4a del jueves 17 de mayo de 2001, México. URL: <http://ambiental.uaslp.mx/productos/caso.html>

PERU TOP PUBLICATIONS SAC (2005): *Peru the top 10,000 companies 2005*, Lima.

PIZARRO, Rodrigo (2003): "Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos. Un análisis del capítulo de inversiones: Las restricciones a las políticas públicas", *Análisis de Políticas Públicas*, Serie APP, número 21, octubre 2003. Publicaciones Terram.

PUBLIC CITIZEN (2005): *Capítulo 11 del TLCAN y los litigios de inversionistas contra Estados. Lecciones para el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica*, Washington, Observatorio Mundial del Comercio.

TEITELBAUM, Alejandro (2005): *Los tratados bilaterales de libre comercio (El ALCA está entre nosotros)*, Lyon, América Latina en Movimiento, 16 de abril de 2005. <http://www.choike.org/documentos/teitelbaum.pdf>

TORRES C., Víctor y Fernando O'PHELAN (1990): *Inversión extranjera directa en el Perú. Década del ochenta: Balance y perspectivas*, Lima, IPRI-PNUD.

UNCTAD (2005): *World Investment Report 2005. Transnational corporations and the internationalization of RD*, New York and Geneva, UNCTAD.

VEGA, María del Carmen (1998): "Convenios internacionales de promoción y protección de inversiones", en BOZA, Beatriz (editora), *Guía Legal de Negocios*, Lima, PromPerú, Págs. 117-136.