

TLC, INVERSIONES E INDUSTRIAS EXTRACTIVAS EN EL PERÚ

José de Echave

1. Antecedentes

- El TLC es mucho más que un acuerdo de comercio libre que promueve el intercambio de bienes y servicios. El acuerdo les ofrece a los países firmantes el acceso al mercado de los Estados Unidos a cambio de una serie de concesiones que condicionan sus economías y restringen el poder de sus gobiernos a definir sus políticas de desarrollo. Debemos remarcar que 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 aún más los flujos de inversión extranjera directa (IED) en condiciones extremadamente favorables para las empresas y en detrimento de las poblaciones y las prerrogativas que deben tener los Estados. Las políticas que promueven los TLC están basadas en dos premisas: primero, que los acuerdos generan mayor inversión extranjera y segundo, que las inversiones aportan al desarrollo del país receptor y el bienestar de su población.
- Todos los TLC firmados han incorporado capítulos específicos referidos al tema de las inversiones. En 1992 se adoptó el controvertido Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), referido a la promoción de la inversión extranjera que concede derechos y poderes sin precedentes a las empresas transnacionales. Desde entonces, estas provisiones han sido un referente para los tratados de libre comercio a todo nivel. Tanto el Acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), como los TLCs de los Estados Unidos con Centro América, Chile y los países andinos, incluyen provisiones sobre la inversión que se basan en el Capítulo 11 del TLCAN.

2. Algunos aspectos a tomar en cuenta

- **El TLC utiliza en relación al tema de las inversiones definiciones amplias y flexibles, que se pueden prestar a múltiples interpretaciones.** Por ejemplo, los recursos que pertenecen a los pueblos indígenas, como tierras y territorios, así como sus licencias y concesiones para el uso de recursos hídricos y forestales, pueden ser comprendidas dentro de la definición de inversiones. Asimismo, las organizaciones económicas, productivas y de servicios de comunidades campesinas e indígenas pueden ser caracterizadas como inversionistas. Por lo tanto, se podría dar el caso que las empresas transnacionales argumenten que los

campesinos e indígenas son inversionistas nacionales y que no deben recibir un trato más favorable que ellas; es decir, **podrían reclamar por trato discriminatorio** y por las facilidades y derechos exclusivos que tienen esas poblaciones respecto al uso de recursos que les otorga la legislación nacional. Un ejemplo está relacionado con el Convenio 169 de la OIT: los gobiernos que quieran implementar este convenio podrían ser demandados por discriminación por parte de las empresas transnacionales con intereses en los mismos territorios.

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

El Artículo 1110 del TLCAN trata de la expropiación. El texto señala:

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 (expropiación), salvo que sea:

- (a) por causa de utilidad pública;
- (b) sobre bases no discriminatorias;
- (c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y
- (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.¹

La expropiación indirecta se extiende e incluye acciones de regulación que pueden limitar expectativas de ganancia futura de una empresa. Es decir, si un gobierno regula la actividad de una empresa, de tal forma que su expectativa de ganancia está afectada -porque la empresa está obligada a asumir un gasto o porque su acceso a los mercados será limitado-, la empresa puede reclamar una indemnización de parte del gobierno. Esta interpretación le da a las ganancias potenciales la misma categoría que a las inversiones efectivas.

La promulgación de una ley u otro instrumento de regulación, sea para la protección del medio ambiente, salud o bienestar público (¿regalías?), que

¹ Ver <http://www.nafta-sec-alena.org>

se perciba como una interferencia a la capacidad de la empresa extranjera de obtener una ganancia futura por sus inversiones, puede ser considerada como una expropiación indirecta.² Ya existen algunos antecedentes al respecto: bajo el TLCAN, los gobiernos firmantes han sido obligados a compensar a empresas extranjeras por pérdidas de ganancias esperadas que resultaron de la aplicación de provisiones legales que regulan el uso de sustancias tóxicas, la gestión de los desechos y el aprovechamiento de los recursos naturales. Tales provisiones fueron diseñadas para proteger el interés y la salud pública.³

Esta nueva y amplia visión de la expropiación ha sido incluida en los textos de subsiguientes acuerdos, estableciendo así un nuevo estándar. Es el caso del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos de América -que se firmó el 28 de mayo de 2004- y el TLC con Chile, firmado el 6 de junio de 2003, que incluyen cláusulas muy parecidas. Al parecer, el TLC Andino sigue esta tendencia: según el sitio web oficial del Gobierno de Ecuador sobre el TLC Andino, la inversión está definida como "[t]odo activo o recurso tangible o intangible comprometido en un proyecto con la expectativa de ganancia y la asunción de riesgo económico."⁴

- Otro aspecto a tomar en cuenta tiene que ver con los **mecanismos de resolución de disputas**. El TLC otorga a las corporaciones extranjeras el derecho de exigir compensación monetaria en el caso que consideren que sus derechos como inversionistas están siendo afectados por decisiones que tomen los gobiernos receptores. Además, estos casos son evaluados por tribunales especiales fuera del país receptor de la inversión⁵, bajo un régimen de audiencias que son usualmente secretas y que no tienen la obligación de permitir la participación de ciudadanos particulares u organizaciones de la sociedad civil que son afectadas por sus actividades. Dichos tribunales suplantán la autoridad de los sistemas judiciales nacionales y sus disposiciones no pueden ser apeladas.

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

² Oxfam Internacional, 2003. *Comercio con Justicia para las Américas*.

³ Ver Swenarchuk, M., 2001. *Civilizing Globalization: Trade and Environment, Thirteen Years On*. Canadian Environmental Law Association.

⁴ <http://www.tlc.gov.ec>

⁵ Por ejemplo, desde 1966 funciona el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) que fue establecido para facilitar la resolución de disputas sobre las inversiones entre gobiernos y inversionistas extranjeros. El CIADI es una organización internacional autónoma con vínculos con el Banco Mundial. El Centro fue creado bajo el *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*. Todos los países firmantes al Convenio están obligados a hacer cumplir con las decisiones de los árbitros del Centro.

Algunos casos de denuncias de empresas ligadas a actividades extractivas:

- Un ejemplo es el de la empresa minera canadiense Glamis Gold que enjuició el 2003 al gobierno de los Estados Unidos porque el Estado de California adoptó una serie de requisitos que buscan minimizar el impacto ambiental y social de las minas a tajo abierto en su territorio. Según Glamis la imposición de la nueva ley perjudica su inversión y sobre todo sus expectativas de ganancia. Por ello inició, por primera vez bajo la protección del capítulo 11 del TLCAN, un juicio contra el gobierno de los Estados Unidos exigiendo una compensación por US\$ 50 millones.

- Recientemente, otra 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 de 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.

- Finalmente, otro aspecto a tomar en cuenta está referido a la prohibición, que promueven los TLC, de los denominados **requisitos de desempeño**. Estos requisitos son utilizados por los gobiernos en la promoción de las políticas públicas con el objetivo de ajustar el funcionamiento del mercado en beneficio del bien común. Algunos ejemplos de estos requisitos son: la promoción de las economías locales, a través por ejemplo de la adquisición de suministros de fuentes locales, la contratación preferencial de mano de obra local, entre otros. El Artículo 1106 del TLCAN prohíbe por ejemplo que los gobiernos firmantes exijan de las empresas extranjeras (1) exportar un determinado nivel de bienes o servicios; (2) alcanzar un determinado grado de contenido nacional en sus productos; (3) otorgar preferencia a bienes producidos o a servicios prestados en su territorio; (4) relacionar 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; (5) restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que una inversión produce, relacionando dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a ganancias que generen en divisas; (6) transferir tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento reservado (con

excepciones); (7) o actuar como proveedor exclusivo de los bienes que produce o servicios que presta para un mercado específico, regional o mundial. El texto del Artículo 10.9 del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos de América es muy parecido.

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.

3. TLC, inversiones e industrias extractivas en el Perú: el mensaje de los conflictos sociales relacionados con la actividad minera

En los antecedentes hemos remarcado el hecho que la firma de un TLC tiene implicancias que van más allá de aspectos puramente comerciales y abordan temas claves relacionados con las inversiones. Desde 1992, con la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), se incluyeron acuerdos específicos relacionados con las inversiones de empresas transnacionales, línea que ha sido seguida en los posteriores TLC firmados por los Estados Unidos. Por lo tanto, el TLC que viene siendo negociado por los países andinos tiene un importante componente referido al tema de las inversiones que hasta el momento no ha sido lo suficientemente destacado.

En los últimos años la gran mayoría de países en vías de desarrollo han buscado promover IED como un mecanismo determinante para promover su desarrollo. América Latina es un buen ejemplo de ello: durante la década pasada, con la aplicación de las recomendaciones del Consenso de Washington, se pusieron en marcha diversas reformas en el marco normativo que crearon condiciones de apertura muy favorables para que diera un flujo de inversiones positivo.

En el Perú, desde inicios de la década del 90, se apostó por la implementación de un conjunto de políticas que tuvieron como orientación principal la apertura de su economía: a las políticas de estabilización le siguieron un conjunto de reformas estructurales que redefinieron el funcionamiento de la economía peruana. En este sentido uno de los aspectos centrales del proceso de reforma estructural, auspiciado por el Banco Mundial, fue priorizar las actividades productivas en las que en principio se contaba con ventajas para competir en

los mercados externos. Dentro de esta estrategia, actividades como la minería debían jugar un rol estelar en la salida productiva que proponía el nuevo esquema de funcionamiento económico para el Perú.

Las cifras globales del *boom* minero en el Perú son bastante conocidas: la minería creció en los últimos diez años a una tasa promedio de 8%, aportando alrededor de 6% del Producto Bruto Interno del Perú, al mismo tiempo que ha contribuido con el 50% de las divisas que ingresan por concepto de exportaciones – las exportaciones mineras pasaron de 1,500 millones de dólares, a comienzos de la década, a cerca de US\$ 6,800 millones el 2004- y da cuenta del 15% de la Inversión Extranjera Directa.

Sin embargo, al lado del *boom* minero también se registró una explosión de conflictos sociales en las diferentes zonas de influencia de la actividad minera. Y el mismo marco legal, que demostró ser muy eficiente y eficaz para generar inversiones por más de 7 mil millones de dólares, demostró serias limitaciones para hacer frente a los múltiples conflictos que esas inversiones han provocado.

Uno de los aspectos determinantes de la agenda de hoy en día es cómo se construye una nueva gobernabilidad para el sector minero. La evolución reciente de la minería y la de los propios conflictos, muestran serios problemas de gobernabilidad y la carencia de una institucionalidad adecuada que pueda impulsar una actividad minera vinculada con los objetivos del desarrollo. El Perú es un país que presenta una débil gobernabilidad que se expresa tanto a nivel macro como a nivel sectorial. El conjunto de instituciones vinculadas a la minería, a la gestión ambiental y al desarrollo del país, no han contado con las capacidades ni con las herramientas para gestionar de manera adecuada los conflictos y convertirlos en una oportunidad.

Algunos de los componentes de una nueva gobernabilidad para la minería pasan por ejemplo por propuestas que buscan: (1) el establecimiento de una autoridad autónoma ambiental cuya gestión incorpore la participación ciudadana desde la fase de exploración hasta la del cierre de minas; (2) la puesta en marcha de un mecanismo de consulta libre, previa e informada, a las poblaciones en las zonas de influencia de la minería; (3) definir mecanismos que permitan mitigar los niveles de pobreza en las regiones mineras y empatar la presencia de esta actividad con las expectativas que existen por mejorar las condiciones de vida de estas poblaciones. Esto significa mejorar los instrumentos de distribución ya existentes, como el canon minero; el pago efectivo de las regalías mineras para las empresas del sector, consolidar las buenas prácticas que generan algunos contratos de transferencia de proyectos mineros y los acuerdos que vienen alcanzando comunidades y empresas mineras a través de procesos de diálogo; (4) revisar los beneficios tributarios del que gozan las empresas del sector, (5) promover los mecanismos de transparencia financiera e (6) impulsar la mejora sustancial de las condiciones

y el medio ambiente de trabajo, la seguridad y la salud, en general de todos los trabajadores mineros.

4. Algunas conclusiones preliminares

¿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 un marco de un TLC firmado?

Sin duda, las reformas que se requieren serán menos factibles bajo el régimen del TLC. Poblaciones indígenas y comunidades locales en general carecerían de mecanismos efectivos de protección para acceder y gestionar recursos naturales frente al avance de las inversiones de empresas transnacionales 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 hemos 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.

Por lo tanto, el TLC representa la última de una serie de reformas estructurales que busca consolidar un escenario de mayor apertura económica en países como el Perú, creando condiciones extremadamente favorables para las inversiones de empresas transnacionales de industrias como la minera.

Los Estados Unidos es uno de los países que más invierte en minería en el Perú. Las inversiones de empresas de este país figuran en el segundo lugar en importancia, luego de las del Reino Unido. Muchas de estas inversiones han estado envueltas en conflictos importantes: Doe Run en La Oroya y su negativa de cumplir con sus compromisos de inversiones ambientales en los plazos estipulados; y la Newmont, accionista de Minera Yanacocha en Cajamarca, que también ha estado envuelta en varios conflictos ambientales y sociales en los últimos años; son algunos ejemplos.

Como hemos destacado, bajo el régimen de un TLC firmado y según los antecedentes con los que se cuenta a nivel internacional, las posibilidades de control y de exigir mejoras sustanciales en las prácticas de estas empresas,

por parte de nuestras autoridades y poblaciones locales, se verían seriamente limitadas.

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 (entre ellas OXFAM) han propuesto las siguientes recomendaciones:

- 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.
- 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.