

Fundación Promoción Humana



Empresas y derechos Humanos

**Los derechos del inversionista
y los derechos humanos**

Un nuevo Derecho Internacional

Libre Comercio y Derechos Humanos

En 1948, mediante la Declaración Universal de Derechos Humanos, las Naciones Unidas establecieron por primera vez que los Derechos Humanos son principios universales que tienen precedencia sobre las soberanías nacionales.

En la última década se ha gestado una enorme operación tendiente a declarar los intereses de las corporaciones transnacionales como un nuevo derecho que subordine a los anteriores a través de acuerdos y tratados instrumentados para imponer un sistema de libre comercio en el mundo que se viene gestando a través de tratados bilaterales, tratados regionales o acuerdos multilaterales. Estos nuevos derechos, denominados “derechos del inversionista”, al entrar en vigencia harán desaparecer o transformarán en textos de museo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de discriminación Contra la Mujer, la Convención Contra la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención americana de Derechos Humanos, así como otros pactos y tratados específicos o derechos propios de la constitución de cada país.

El libre comercio y los acuerdos sobre inversión

Los esfuerzos por proteger la inversión extranjera se remiten a los tratados de amistad navegación y comercio que aparecieron a finales del decenio de 1700.

En el caso de Argentina el primer tratado comercial el tratado de “Amistad, Comercio y Navegación” celebrado entre las Provincias Unidas del Río de la Plata y Su Majestad Británica en 1825 es una muestra clara de los abusos de una potencia comercial encubiertos en un acuerdo aparentemente equitativo. La libre navegabilidad de los ríos de Argentina por la flota Inglesa y su contraparte de la libre navegabilidad de los ríos de Inglaterra por la flota Argentina era lisa y llanamente un abuso por lo que significaba la incursión de la flota inglesa en la Argentina y una burla por el simple hecho de que Argentina no tenía flota. Esta historia de falsas reciprocidades se repite actualizándose hasta nuestros días.

Los Tratados Bilaterales de Inversión -TBI- el antecedente del NAFTA y el ALCA

El derecho internacional en materia de inversión evolucionó con el tiempo en respuesta a los dinámicos patrones comerciales y las cambiantes realidades políticas, de modo que a finales de la década de 1970 Estados Unidos comenzó a promover la firma de los denominados Tratados Bilaterales de Inversión (TBI).

Las disposiciones de protección de la inversión de los modernos TBI son en esencia las mismas que las propuestas en el TLCN, en el AMI y en el capítulo sobre inversiones del ALCA

Los TBI se originaron ante la necesidad de proteger la inversión estadounidense ya existente respecto de amenazas, como el trato discriminatorio, el control de cambios o la expropiación.

Políticamente significó disminuir la presión del Congreso y la comunidad empresarial de EU en relación con la protección de la inversión en el extranjero y probar a los gobiernos extranjeros que Estados Unidos estaba comprometido con la protección de dicha inversión.

La Importancia de los TBI para el inversionista

Las empresas que pertenecen a los países exportadores de capital cuentan, a la hora de invertir en el extranjero, con seguros ante riesgos políticos. Pero para obtenerlos, la aseguradora exige que el país donde instalen su inversión haya suscrito TBI.

Estos acuerdos establecen ciertos estándares de protección de inversión: el inversionista tiene el beneficio de acudir a una jurisdicción arbitral internacional para resolver eventuales conflictos con el Estado receptor de inversiones”.

¿De qué protegen al inversor extranjero los TBI?

De cualquier acto arbitrario del Gobierno que perjudique a la inversión, ya sea una expropiación directa o indirecta. La expropiación directa se da por actos del Gobierno, legítimos o ilegítimos que interrumpan la inversión. La compañía merece, entonces, una indemnización. La indirecta surge por medidas que, si bien no interrumpen la inversión, de a poco sacan rentabilidad al negocio y lo vuelven ruinoso. La clave para decidir si una medida de gobierno es una expropiación indirecta es la evaluación de que si como resultado de la misma ha habido una disminución del valor de la inversión, más allá de que la acción del gobierno esté justificada por razones económicas o sociales. Una campaña

de " compra Nacional " que afectaría por su discriminación a compañías extranjeras también esta explícitamente prohibido en los TBI porque la inversión extranjera debe tener el mismo trato que la local.

Que diferencia existe sobre el tema de inversiones entre los TBI el NAFTA el ALCA y la OMC?

No hay mayores diferencias, en todos los casos el inversionista puede apelar a un tribunal internacional, el conflicto se dirime entre el inversionista y un estado, el concepto de expropiación es semejante, los fallos son inapelables y están por encima de la legislación nacional.

La falta de acuerdos regionales o multilaterales ha hecho que proliferaran los BIT. Se estima que hay firmados en el mundo 2000 tratados de este tipo.

La Argentina y los TBI

Durante el gobierno de Menem, en la década del 90, Argentina firmo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones y posteriormente firmo un total de 53 tratados bilaterales de protección recíproca de inversión. Esto significa que los signatarios de esos tratados tendrán protección de sus inversiones en nuestro país y los inversores argentinos tendrán protección de sus inversiones en los países firmantes de los acuerdos, como ser EE.UU. o Francia. Más allá de la posibilidad de cumplimiento (sobre todo por la falta de inversores argentinos en el exterior) el tratado firmado con EE.UU. no se caracteriza por su reciprocidad ya que otorga al inversor estadounidense derechos en la argentina que niega expresamente al inversor argentino en EE.UU.

Existen muchos casos contra Argentina por incumplimiento de contratos, varios de los cuales están en curso Y las empresas privatizadas pretenden reclamar millonarias compensaciones por la pesificación y el congelamiento de las tarifas amparándose en estos tratados que se han convertido en una formidable herramienta de presión.

Las Inversiones y su protección por la Justicia Internacional

La solución de los conflictos (Solución de Controversias) en la relación del estado con los inversionistas

Jurisdicción Nacional.

Todos los países, conforme al principio de igualdad ante la ley, contemplan para el inversionista extranjero garantías procesales y acceso al sistema judicial similar al que disponen sus nacionales. No obstante lo anteriormente expuesto, y como complemento de lo previsto en las legislaciones locales, debe tenerse en cuenta que los Convenios de Protección de Inversiones, en relación a los países que los han suscrito, establecen la instancia arbitral internacional para el inversionista extranjero. En algunos convenios se proponía el agotamiento de los recursos internos como requisito previo para acceder al arbitraje internacional. Dicho requisito ha ido siendo eliminado en la mayoría de los acuerdos internacionales convenios de protección de inversiones suscritos el último tiempo entre algunos países.

Arbitraje Internacional.

El CIADI

El CIADI es una institución que, en el marco del Banco Mundial, facilita a los inversores extranjeros medios internacionales de conciliación y arbitraje para resolver sus diferencias con los Estados receptores de la inversión. El recurso CIADI está previsto en la mayoría de los tratados de promoción y protección de inversiones y el número de asuntos que se someten a su sistema arbitral es cada vez mayor.

El sistema del CIADI se califica como un régimen autónomo de responsabilidad de los Estados en materia de inversiones extranjeras, al que tienen acceso directo los inversores extranjeros al excluir la aplicación de las normas de Derecho nacional

El Mecanismo del CIADI

Los casos que se presentan en el CIADI duran un promedio de 2 a 3 años. En el caso de que el fallo favorezca a los inversores (lo cual es común) el acuerdo final obliga a los estados a pagar el 50% de lo que se solicitaba en la demanda.

Las partes eligen una terna de árbitros, para el caso de no existir acuerdo sobre el panel de árbitros, cada parte elige uno y se busca un tercero de consenso.

El costo para iniciar un caso es de 3000 dólares. Entre la presentación de la demanda y la conformación del tribunal pueden pasar entre 3 y 4 meses. Los

honorarios de los árbitros son de 60.000 Dólares. El fallo del tribunal es inapelable. Solamente se puede pedir la anulación por errores del proceso

La Protección de Inversiones en los Tratados Regionales y Multilaterales

La Protección de Inversiones en la OMC

El Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI)

El AMI ha sido el más ambicioso esfuerzo para eliminar las barreras y los controles a la libre movilidad del capital y con ello terminar de trasladar al gran capital el comando directo de la economía mundial. El AMI había sido concebido para aplicarse a todos los países del mundo.

En 1996 el Director General de la OMC, Renato Ruggerio dijo en relación al AMI *" estamos redactando la constitución de la economía global"*

En 1998 la difusión del acuerdo hasta ese momento secreto por parte del movimiento antiglobalización y la movilización internacional hizo dar marcha atrás con los planes de la OMC.

Pero más allá que la firma y aplicación del AMI haya sido postergados los conceptos allí propuestos están presentes en todos los aspectos del comercio internacional. Sobre la inversión , en el AMI se plantea una amplia definición en la que se considera como tal a todo tipo de activo que directa o indirectamente este bajo el control o sea propiedad de un inversionista" lo que incluye entre otras cosas, empresas, acciones, títulos u otras formas de participación en una empresa, como bonos , prestamos, y distintos tipo de deuda, así como los derechos nacidos de ello, derechos derivados de un contrato, derechos de propiedad intelectual, cualquier otra cosa tangible o intangible.

En el apartado de PROTECCION DE INVERSIONES se compromete a dar seguridad y una protección completa, constante para las inversiones extranjeras.

Respecto a las disputas, lo más notable es que el AMI confiere a los inversionistas privados y a las corporaciones transnacionales, y solo a ellos, los mismos derechos y el mismo status legal que a los gobiernos soberanos, pudiendo las corporaciones llevarlos directamente a juicio , demandando el pago de algún monto en un tribunal especial del Acuerdo. Esta situación solo tiene precedente en el TLCN o NAFTA y en los menos divulgados TBI.

La Protección de Inversiones en el TLCN (Tratado de libre comercio Mexico-Canada –EEUU)

El TLCN es el tratado más completo de derechos del inversor. Tanto el AMI diseñado por la OMC como los grupos de negociación del ALCA lo toman como referencia

El capítulo 11 del TLC es considerado el corazón y el espíritu del mismo.

A través de este artículo se permite que una empresa privada cuestione las leyes, políticas y prácticas de cualquier gobierno signatario del tratado si estas políticas afectan a esa empresa, la cual tiene derecho de enjuiciar al gobierno por pérdidas en sus ganancias actuales y futuras. Esta normativa está por encima de cualquier disposición estatal que disponga la protección del medio ambiente, la industria nacional, los derechos laborales o cualquier otra normativa que limite el libre comercio, ya que éstas serán consideradas como “expropiaciones indirectas” a la empresa.

Dentro del marco de esta particular relación inversionista-estado, cualquier posible conflicto se dirime ante un tribunal arbitral internacional que en todos los casos (según la experiencia del NAFTA) ha fallado a favor de la empresa querellante desconociendo cualquier tipo de argumentación del gobierno sustentada en su legislación nacional.

Las disposiciones de protección de inversiones en el capítulo 11

1-Protección contra la expropiación o medidas equivalentes a la

Expropiación (Artículo 1110)

2-□Obligaciones de trato nacional (Artículo 1102)

3-Prohibición de requisitos de desempeño (Artículo 1106)

Protección contra la expropiación

La amplitud del concepto sobre expropiación indirecta es tal que incluye toda medida que afecte los intereses del inversor

Trato nacional

El artículo 1102 establece que cada una de las partes “acordará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas.” El principal motivo de preocupación en este caso es definir cuándo se trata de circunstancias “similares”..

Por ejemplo, si varias empresas están ya contaminando al máximo permitido en cierto ecosistema canadiense, el negar un permiso a un inversionista extranjero para abrir otra planta en el mismo sitio ¿equivaldría al incumplimiento de la cláusula de trato nacional? Ciertamente el inversionista extranjero no está recibiendo el mismo buen trato que las empresas nacionales.

Requisitos de desempeño

El artículo 1106 prohíbe que los países receptores impongan ciertos tipos de requisitos a los inversionistas como condiciones para su entrada y establecimiento. Entre los requisitos prohibidos están las demandas de exportación de un cierto porcentaje de las ventas, los requisitos de comprar en el mercado local ciertos insumos o los de transferencia de determinadas tecnologías al país huésped.

Los Fallos del Arbitraje Internacional

Del TLCN o NAFTA

El caso Metalclad

Un 31 de agosto del 2000 un panel arbitral internacional, constituido al amparo del capítulo 11 de TLCAN impuso a México una sanción de 18,685 millones de

dólares que deberá pagar a la empresa estadounidense Metalclad Corporation con sede en California. El panel considero que México violo las reglas sobre inversión del TLCAN adoptando “medidas equivalentes a una expropiación” al negar a Metalclad la autorización para operar un confinamiento de residuos peligrosos en el municipio de Guadalcazar, San Luis Potosí.

El fallo del panel representa un muy peligroso precedente en la aplicación de disposiciones comerciales por sobre el interés público. El problema surge por la clausura de una estación de transferencia de residuos peligrosos por haber dispuesto indebidamente de 20.000 toneladas de desechos procedentes de actividades mineras. La clausura fue resultado y en gran medida de las protestas de los habitantes de poblaciones cercanas y de grupos ambientalistas.

El panel arbitral denominado Centro Internacional para la Resolución de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones depende del Banco Mundial.

El Capítulo 11 del TLCAN está diseñado para salvaguardar los intereses de las corporaciones y no de los países y regiones receptoras de inversiones

El artículo 1110 establece que “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 (...).

El caso Metalclad (nombre de la corporación querellante) como tantos otros, ilustra claramente cuál es el modo en el que los tribunales aplican el derecho incorporado en el Tratado de Libre Comercio a los países firmantes

El fallo del panel representa un muy peligroso precedente en la aplicación de disposiciones comerciales por sobre el interés público.

El caso de Corporación Ethyl

El gobierno canadiense cuestionó el que la Corporación Ethyl importe gasolina con el aditivo MMT, peligroso para la salud humana y el medio ambiente. En el juicio, protegido por el TLC, ganó la empresa y Canadá tuvo que pagarle 13 millones de dólares, cambiar su legislación aceptando el MMT y pedir disculpas públicas a Ethyl.

De los Tratados Bilaterales

El caso Aconquija

En 1994, la provincia de Tucumán dio a Aguas del Aconquija, la concesión del servicio de agua potable y desagües cloacales. Pronto surgieron conflictos

entre las partes. Finalmente, ambas rescindieron el contrato, abriendo causas judiciales y culpándose mutuamente: la prestadora acusó a la provincia de subir, arbitrariamente las tarifas y de fomentar la morosidad de los clientes. El gobierno provincial alegó mal servicio e incumplimiento de las obligaciones.

Por primera vez en la Argentina, una empresa extranjera acudió a un tribunal internacional, sin que lo expresara el contrato, para resolver un conflicto con el Estado Nacional (que asume la responsabilidad de las provincias, municipios y entes autárquicos) y éste aceptó. Así, abandonó décadas de una política diferente –la cláusula Calvo que establecía que los problemas con firmas extranjeras se resolvían en sedes judiciales locales–.

Bajo el nombre de *“Compañía de Aguas del Aconquija S. A and Compagnie Générale des Eaux versus República Argentina , ARB/97/5”*, el famoso caso ya tuvo una resolución de los árbitros del Centro Internacional de Arreglo de Diferendos Relativos a Inversiones (CIADI) favorable al país. Por otra parte, Houston Industries Energy (concesión de distribución y venta de energía eléctrica) y la Empresa Nacional de Electricidad (concesión de energía hidroeléctrica) aguardan fallos por conflictos surgidos con la Argentina.

El caso de Aguas del Tunari

El Ciadi abre el arbitraje de Aguas del Tunari contra Bolivia. Se trata del número asignado al caso de corte Aguas del Tunari S.A. versus República de Bolivia. Desde el lunes 25 de febrero de 2002, el caso ya figura en la página web del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), dependiente del Banco Mundial (BM) y la demanda es por 25 millones de dólares que es lo que la empresa reclama por daños y perjuicios por la pérdida de la concesión.

Conclusión y propuestas

La incorporación a tratados comerciales de actividades tradicionalmente no mercantilizadas y la resolución de conflictos o reclamos que nada tienen que ver con el comercio en tribunales comerciales, aparece a partir de los tratados regionales (ALCA,NAFTA) de los tratados bilaterales y en algún momento multilaterales, como una transformación en los derechos de los ciudadanos que

significara un retroceso de 100 años. Existen en América múltiples tratados ya firmados y uno en proceso, sobre los cuales el desconocimiento por parte de la sociedad es total. Urge la difusión de todo aquello referido a esta estrategia de sometimiento, para ello no se puede escatimar esfuerzo. Es necesario superar la simplificación consignística y los círculos de especialistas para transmitir a todo el mundo lo que se programa en secreto.

La protección de inversiones en los tratados es la garantía para la libre expoliación de nuestros países por parte del capital transnacional. Es por eso que es necesario investigar y difundir todo lo referido a los BITS en la Argentina, convocar a la formación de un grupo legislativo con el apoyo de todos aquellos especialistas en las distintas áreas de negociación además promover grupos o foros de discusión en las distintas especialidades.