



Documento de análisis

Tratado de Promoción y Protección de Inversiones Uruguay – Estados Unidos

Montevideo, mayo de 2005

Tratado de Promoción de Inversiones con Estados Unidos a discusión del Parlamento

El pasado 22 de febrero el Poder Ejecutivo remitió a consideración del Poder Legislativo, el texto del “Tratado sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones” entre Estados Unidos y Uruguay, que fue suscrito entre las partes el 25 de octubre de 2004 a solo 6 días de la primera vuelta de las elecciones presidenciales en Uruguay.

Cabe recordar que las negociaciones para este Acuerdo se cerraron a menos de dos meses antes que se llevara a cabo la primera vuelta (que a la postre fue definitiva) de las elecciones presidenciales en Uruguay. Mas precisamente las negociaciones culminaron el 7 de septiembre del 2004. Luego de suscrito y a fin de que entre efectivamente en vigor, el Acuerdo debe ser refrendado por el Congreso de Estados Unidos y por el Parlamento uruguayoⁱ.

Según refiere la justificación del texto remitido al Parlamentoⁱⁱ, *“la suscripción del referido Convenio se enmarca dentro de los esfuerzos realizados por el país en las últimas décadas para estimular las inversiones en general y las extranjeras en particular”*. Cabe recordar que el inicio de las negociaciones por las cuales cristalizó el referido acuerdo data del 18 de noviembre del año 2003, luego de culminada la Reunión Ministerial para la creación del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) que se realizó en la ciudad de Miami.

En esa oportunidad, las diferencias entre los puntos de vista de Estados Unidos por un lado y Argentina y Brasil por otro, generaron como resultado concreto la intención de flexibilizar los términos del acuerdo futuro del ALCA, dejando librada la vía de los acuerdos bilaterales para que los países que lo desearan pudieran convenir términos más ambiciosos en la liberalización comercial. Días antes de iniciarse esta Cumbre Ministerial, la administración Bush anunció que promovería acuerdos comerciales bilaterales con países como Colombia, Perú y Bolivia.

En su definición mas amplia, un acuerdo de Protección de Inversiones como el suscrito por Uruguay y Estados Unidos establece mecanismos por los cuales las inversiones realizadas por nacionales de una parte en el territorio de la otra son garantizadas en función de la seguridad jurídica recíprocamente acordada, procurando otorgarle mayores certezas así como cláusulas de no discriminación en perjuicio de los inversores extranjeros. Este marco tiende a reducir el “riesgo del inversor”.

El Documento remitido al Parlamento señala que *“a menor riesgo menor será el retorno requerido por el inversionista del emprendimiento que realiza, lo que posibilita un mayor volumen de inversión además de una mejor calidad de la misma”*.

El argumento que subyace esta descripción de propósitos identifica al acuerdo suscrito como mecanismo de protección de inversiones con la concreción real de mayores y mejores inversiones. Este es un primer elemento que no se sustenta en la realidad, ya que el acuerdo no garantiza la llegada de inversiones. Como tampoco se sustenta el argumento que la entrada en vigor del Acuerdo *“nos permite ingresar en el virtuoso círculo de mas empleo, abatimiento de la desocupación, mejores salarios y por ende mejores jubilaciones y pensiones, mas requerimiento de mano de obra calificada, que*

se traduce en imprescindibles mejoras a la currícula de la educación y por supuesto mayor capacidad de competencia e inserción internacional del país”.

Finalmente, resulta ilógico pensar en una igualdad absoluta de las implicancias que el Acuerdo tendrá para ambas partes. Como el propio documento reconoce en un supuesto de segundo grado, el caudal de inversiones provenientes de Estados Unidos es incomparablemente mayor al que inversores uruguayos podrían eventualmente establecer realmente en ese país.

La estructura del Acuerdo consta de tres secciones; la primera de ellas establece la definición utilizada de “inversión”, los alcances y ámbitos de aplicación del Acuerdo y los principios de Trato Nacional y de Nación más Favorecida por los cuales opera el convenio. También están desarrolladas las reglas y condiciones de los mecanismos de Expropiación e Indemnización.

La segunda sección desarrolla los mecanismos y plazos para la Solución de Controversias, entre los cuales efectivamente se encuentra el pedido de arbitrajes comerciales ante organismos internacionales como vía para saldar las diferencias entre las partes. La tercera sección se refiere a los mecanismos y condiciones para la Solución de Controversias entre los Estados.

Una definición sumamente amplia de las “inversiones”

El concepto de “Inversión” que emplea todo el texto del Acuerdo es lo suficientemente amplio como para incluir muy diversas cuestiones inherentes a la actividad comercial de un agente económico. Por “Inversión” se entiende *“todo activo de propiedad de un inversor o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión”*. Están comprendidos en esta definición las empresas, acciones y capitales, documentos de deuda y préstamos, contratos de gestión, de producción, de construcción, de concesión, los derechos de propiedad intelectual, bienes tangibles como los inmuebles, derechos de propiedad como arrendamientos, hipotecas, permisos, autorizaciones, o incluso las expectativas de obtener ganancias o utilidades.

Al extender por ejemplo el concepto de Inversión a *“derechos otorgados de conformidad con la legislación interna, tales como licencias, autorizaciones, permisos...”*, significa directamente que si un Gobierno revoca una licencia por cualquier razón pasa a ser pasible de ser demandado bajo un proceso de Solución de Controversias entre inversionista y Estado.

Por “Acuerdo de Inversión” se entiende un *“acuerdo escrito entre una autoridad nacional de una Parte y una Inversión cubierta o un inversor de la otra Parte”*. Los ámbitos de aplicación posible para este tipo de acuerdos de inversión pueden establecerse:

- a) *“con respecto a los recursos naturales u otros activos controlados por las autoridades nacionales tanto para su exploración, extracción, refinación, transporte, distribución o venta”;*

- b) *“para proporcionar servicios al público (...) tales como generación o distribución de energía, tratamiento y distribución de agua, o telecomunicaciones”*
- c) *“para llevar a cabo proyectos de infraestructura, tales como construcción de carreteras, puentes, canales, represas, cañerías, que no sean para el exclusivo o predominante uso y beneficio del gobierno”.*

Teniendo este esquema trazado en base a estos dos simples componentes (Inversión y Acuerdo de Inversión), queda claro que el acuerdo suscrito entre Estados Unidos y Uruguay supone como su propio título establece un “Tratado sobre Promoción y Protección recíproca de Inversiones”, pero que es lo suficientemente abarcativo como para considerarlo un marco global que proporciona amplias seguridades a los agentes económicos y sus áreas de acción, también ellas sumamente amplias.

El “Trato Nacional” y la “Nación mas Favorecida”

Estos principios son las piezas fundamentales sobre las que se cimentan los derechos de los inversores, una vez que se reconoce que su esfera de aplicación así como su propia definición fueron establecidos conforme a los elementos consignados en el apartado anterior.

El Artículo 3º define el principio de Trato Nacional.

- i) *Cada Parte otorgará a los inversores de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a sus propios inversores en lo que refiere al establecimiento, adquisición , expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio.*
- ii) *Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de sus propios inversores en lo que refiere al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones*
- iii) *El trato otorgado por una parte conforme a los párrafos 1 y 2 significa, respecto a un gobierno de nivel regional, un trato no menos favorable que el trato que ese gobierno (...) otorgue en circunstancias similares, tanto a las personas físicas residentes en como a las empresas constituidas conforme a la legislación de otros niveles regionales de gobierno de la Parte (...) y a sus inversiones.*

El Artículo 4º define el principio de Trato de Nación Mas Favorecida.

- i) *Cada Parte otorgará a los inversores de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversores de cualquier país que no sea Parte, en lo que refiere al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.*
- ii) *Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones*

en su territorio de inversiones de cualquier país que no sea Parte, en lo que refiere al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones.

El Artículo 6° establece las reglas para la Expropiación e Indemnización. Por el se establece que *“ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, directa ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes, salvo que sea:*

- i) por causa de utilidad pública*
- ii) de manera no discriminatoria*
- iii) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización*
- iv) de conformidad con el debido proceso legal*

Medio Ambiente y Legislación Laboral

Supuestamente las relaciones entre las Inversiones y el Medio Ambiente por una parte, y las Inversiones y la Legislación Laboral por otra, están signadas por el criterio del mantenimiento de altos estándares de protección y respeto de ambas esferas. Sin embargo, los amplios derechos concedidos a los agentes inversores en casos concretos – de los tantos posibles que pueden caer bajo la amplia definición de inversiones- de hecho pueden poner en entredicho este criterio general, de forma idéntica a lo que sucedió en México y Canadá una vez que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte entró plenamente en funcionamiento.

El Artículo 12° del Acuerdo hace referencia a Inversión y Medio Ambiente. Este apartado consta de dos incisos; el primero supone un reconocimiento y el segundo una posibilidad de acción, regulando la relación entre ambas esferas. Incluso puede manejarse que leídos en su conjunto presentan una contradicción.

En primer lugar, un “reconocimiento”:

- i) “las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación ambiental interna.”*

Tanto Uruguay como Estados Unidos procurarán asegurar que no declinará ni se derogará la legislación interna, leyes o reglamentos, sobre protección ambiental en el afán de incentivar *“el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio”*.

En segundo término y por otra parte se establece una posibilidad de acción que postula, omitiéndolo, el proceso de deterioro y destrucción del medio ambiente generado por la actividad de las inversiones privadas extranjeras en proyectos de explotación de recursos naturales. La *“actividad de inversiones”* en el medio ambiente se consagra.

- ii) *“Nada de lo dispuesto en el presente Tratado se interpretará como un impedimento para las Partes de adoptar, mantener o hacer cumplir cualquier medida de otra forma compatible con este Tratado que consideren pertinente para asegurar que la actividad de inversiones en su territorio sea realizada en atención a los problemas ambientales.”*

Por su parte, el Artículo 13° reconoce la misma protección para los estándares de la legislación laboral, leyes, disposiciones o reglamentos vinculados a los derechos laborales internacionalmente reconocidos, tales como el derecho de asociación, de organización y negociación colectiva, la prohibición de cualquier tipo de trabajo forzoso. Asimismo reconoce exigir condiciones aceptables de trabajo en materia de salarios mínimos, jornada laboral, seguridad y salud en el trabajo.

No obstante este reconocimiento, similares cláusulas de protección a los derechos laborales en el marco del TLCAN no han logrado impedir que el boom del empleo en México haya sido bajo el formato del trabajo en las maquilas, verdaderos centros de reclusión laboral, sin ningún tipo de derechos laborales reconocidosⁱⁱⁱ.

Inversiones y Compras Gubernamentales

El Artículo 8° del texto del Acuerdo hace referencia a los denominados Requisitos de Desempeño. Por el se dispone la prohibición a las Partes de imponer requisitos tales como niveles de exportación, contenido nacional, utilización de bienes y servicios domésticos, transferencias de tecnología, etc. Ello es muy relevante para el caso de las Compras del Sector Público.

En lo que hace a la estructura de este tema, dicho artículo utiliza el mismo esquema de prohibición de dichos requisitos que rige para el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Los Requisitos de Desempeño suponen los criterios generales por los cuales las inversiones provenientes del exterior se relacionan con las políticas sociales y económicas globales definidas como estratégicas por un país. Son en sí mismos condiciones impuestas a los agentes inversores para que el país receptor se beneficie realmente por su accionar.

Según consigna este Artículo 8°, *“en lo que respecta a la creación, adquisición, expansión, administración, conducción, operación o venta u otra forma de disposición de inversiones de un inversor de una Parte o de un país que no sea Parte en su territorio, ninguna de las Partes podrá imponer ni exigir ningún requisito ni exigir compromisos u obligaciones en cuanto a:*

- i) *exportar un determinado nivel o porcentaje de mercancías o servicios;*
- ii) *alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;*
- iii) *adquirir, utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio, o adquirir mercancías de personas en su territorio;*
- iv) *relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto del ingreso de divisas asociadas con dicha inversión*
- v) *restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas*

- al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas;*
- vi) transferir a una persona en su territorio tecnología, procesos de producción, u otros conocimientos de su propiedad;*
 - vii) suministrar en exclusividad desde el territorio de la Parte las mercancías producidas por tal inversión o los servicios prestados por la misma a un mercado regional específico o al mercado mundial,*

Este esquema de prohibición de siete tipos específicos de Requisitos de Desempeño es idéntico al que rige para el TLCAN y al que está propuesto en el borrador del capítulo de Inversiones del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

La prohibición establecida a que los gobiernos dispongan Requisitos de Desempeño atenta por lo tanto contra la formulación soberana de políticas sectoriales que sirvan para alentar la producción nacional, por ejemplo en relación a las compras del sector público (Compras Gubernamentales). De ratificarse el Acuerdo se deben asumir principios de no discriminación muy estrictos a fin de no favorecer servicios o bienes nacionales, y también una serie de procedimientos muy transparentes en lo que hace a las licitaciones y llamados del Estado a proveedores, el manejo de información a ello vinculado, plazos específicos para la participación extranjera, procedimientos diferenciados para la adjudicación de contratos, etc.

Inversiones y Servicios Financieros

Los Servicios Financieros están comprendidos en el Artículo 20º, principalmente en lo que respecta a la solicitud de arbitrajes por controversias, y en el Anexo F, donde se detallan las implicancias de la aplicación del Acuerdo en esta área. De forma análoga a las otras disposiciones generales (Trato Nacional), este anexo establece que:

- i) a inversores de la otra Parte, implica un tratamiento no menos favorable que el que concede a sus propios inversores, en circunstancias similares, con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de instituciones financieras e inversiones en instituciones financieras en su territorio; y*
- ii) a instituciones financieras de la otra Parte y a inversiones de inversores de la otra Parte en instituciones financieras, implica un tratamiento no menos favorable que el que concede a sus propias instituciones financieras y a inversiones de sus propios inversores en instituciones financieras en circunstancias similares, con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de instituciones financieras e inversiones.*

También se asegura mediante el principio de Trato de Nación Mas Favorecida que las medidas relacionadas con cualquier variante de servicios financieros adoptadas por cualquiera de las Partes no podrá ser menos favorable que el que se concede a inversores de otros países. En el caso específico del Uruguay, esto mas que cualquier otra cláusula distorsiona el relacionamiento al interior del Mercosur.

El término “institución financiera” supone tanto sucursales como Bancos u otros agentes de intermediación financiera. Por otra parte, el Artículo 7° relativo a las Transferencias, establece que “*cada Parte permitirá que todas las transferencias relacionadas con una inversión cubierta se realicen libremente y sin demora desde y hacia su territorio. Dichas transferencias incluyen:*

- i) aportes de capital*
- ii) utilidades, dividendos, ganancias de capital e ingresos resultantes de la venta de la totalidad o parte de la inversión cubierta o de la liquidación total o parcial de la inversión cubierta*
- iii) intereses, pagos por regalías, comisiones por concepto de administración, asistencia técnica y otras;*
- iv) pagos realizados conforme a un contrato de préstamo*
- v) pagos resultantes de una controversia.*

La “Solución de Controversias”

La Sección B del texto del Acuerdo establece los mecanismos y criterios para la Solución de Controversias. En la medida que la Sección C refiere explícitamente a la Solución de Controversias entre Estados, se infiere que en la Sección B se establecen los mecanismos por los cuales los inversores privados y los Estados tramitan sus diferencias comerciales.

El principio general enunciado en el Artículo 23° dispone que cualquier controversia entre los países firmantes que pueda surgir acerca de la interpretación o aplicación del Tratado, puede ser recurrida -luego de haberse agotado los canales diplomáticos y de negociación- ante Tribunales de arbitraje a solicitud de cualquiera de las partes. Es decir entonces que efectivamente una empresa o corporación privada puede establecer una reclamación ante un Tribunal de Arbitraje en el caso que entienda han sido lesionados algunos de sus intereses comerciales por alguna decisión adoptada por el Estado donde radicó su inversión^{iv}.

Estas instancias de arbitraje tienen el cometido de emitir una decisión o laudo vinculante conforme a las reglas de derecho internacional aplicables. A menos que se disponga especialmente un marco distinto serán aplicadas en primer término las reglas y el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). El CIADI es el tribunal arbitral del Banco Mundial. En segundo término se recurrirá a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Para el caso de la Solución de Controversias entre Estados se recurrirá en primer término a las Reglas del CNUDMI. Ambos mecanismos son por demás excluyentes, vedados a la participación parlamentaria y social y por ende de un profundo carácter antidemocrático, y que por si todo esto resultara poco formulan veredictos irrevocables.

ⁱ El texto íntegro del Acuerdo está disponible en internet:
http://www.ustr.gov/assets/World_Regions/Americas/South_America/Uruguay_BIT/asset_upload_file794_6730.pdf

ⁱⁱ El mensaje que remitió el Poder Ejecutivo a la Asamblea General está disponible en:
<http://www.presidencia.gub.uy/proyectos/2005022304.htm>

ⁱⁱⁱ Ver al respecto <http://www.fes.cl/admin/documentos/alaboral18.doc>

^{iv} Ver al respecto los siguientes trabajos complementarios:

- “El ataque contra la democracia; el historial del Capítulo 11 del TLCAN sobre Inversiones y las demandas judiciales de empresas contra Gobiernos”. Public Citizen – Octubre de 2002, disponible en: <http://www.citizen.org/documents/CH%2011%20Spanish.pdf>
- “El proyecto del ALCA y los derechos de los Inversionistas; un TLCAN plus. Un análisis del Borrador de Capítulo de Inversiones del ALCA”. Alianza Social Continental - Junio de 2001, disponible en: <http://www.ciel.org/Publications/HSAInvestmentAnalysisSpanish.pdf>