

DISCURSO CONTRA LA AMNESIA

TBI-Japon-Uruguay

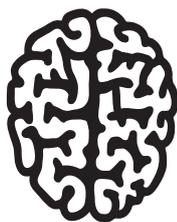
DOCUMENTO DE TRABAJO

5



REDES AT URUGUAY

NOVIEMBRE 2016



Maldonado 1390 Bis
Montevideo, Uruguay
Tel.: 904 2661
e mail: admin@redes.org.uy
www.redes.org.uy

ALBERTO VILLARREAL
REDES-Amigos de la Tierra Uruguay

Co-coordinador regional de Amigos de la Tierra Internacional para América Latina y Caribe-Programa Internacional de Justicia Económica y Resistencia al Neoliberalismo.

:: ¿Por qué el Parlamento uruguayo no debe ratificar el Tratado Bilateral de Inversiones Uruguay-Japón?

Habiendo concluido recientemente el juicio de Philip Morris contra Uruguay, ya se está dirimiendo otra demanda contra Uruguay en el CIADI, esta vez de la empresa estadounidense de telecomunicaciones Italtel, y existen presiones para firmar y ratificar nuevos tratados bilaterales de inversiones y TLCs.

Uruguay tiene casi 30 TBIs en vigor, casi todos ellos firmados y ratificados bajo gobiernos neoliberales blancos y colorados, y algunos pendientes de ratificación, entre ellos uno entre Japón y Uruguay suscrito en enero de 2015 y que el Ejecutivo remitió al Parlamento en Octubre de 2015 para su ratificación.

Antes de firmar o ratificar nuevos TBI se impone una evaluación de los impactos de los tratados vigentes, así como un análisis de sus disposiciones, que tome en cuenta el debate internacional en curso que estos tratados han suscitado debido a los amplios beneficios que le otorgan a las empresas transnacionales en detrimento de las políticas públicas, los derechos humanos y la soberanía nacional, y a la multiplicación de demandas y laudos que los tribunales de arbitraje de inversiones han dictado contra Estados soberanos.

Si bien en el caso de la demanda de Philip Morris contra Uruguay el CIADI finalmente falló a favor de nuestro país, no podemos olvidar el costo que la misma tuvo, ni que dicho tribunal en una primera instancia dictó tener jurisdicción en la causa cuando en realidad debería haber desestimado la demanda por falta de méritos.

Además se trató de un caso muy especial, que fortaleció los cuestionamientos respecto a la legitimidad del CIADI, por lo que los árbitros seguramente se vieron obligados a cuidar la reputación del sistema de solución de controversias inversionista-Estado y el régimen internacional de protección de inversiones.

Esta demanda fue identificada inmediatamente a nivel internacional como una de las más arbitrarias y descabelladas. La misma dejó en evidencia una vez más los excesos del sistema de solución de controversias inversionista-Estado que este tipo de tratados habilita, y la pujante e inmoral industria de bufetes de abogados que lucran con ese sistema y promueven y se benefician de la multiplicación de las demandas de inversionistas contra Estados. Los profesionales de esa industria actúan unas veces como árbitros (incluso en casos de empresas en las cuales ocupan cargos o tienen intereses), otras como abogados de las empresas e inversionistas, y otras veces como abogados defensores de los Estados. Nuestro país contó incluso con el poderosísimo apoyo de la OMS y la OPS que se presentaron como amigos de la corte en defensa de Uruguay.

Una razón de peso para no ratificar nuevos acuerdos de este tipo que habilitan a los inversionistas a demandar a Uruguay, son las numerosas amenazas de demandas internacionales que ya sufrió nuestro país amparadas en algunos de los TBI que tenemos vigentes, como Katoen Natie (TBI con Bélgica), Farmashop (TBI con Chile), que tuvieron conocidas e importantes consecuencias inmediatas.

:: Debate internacional en torno a los TBI

El debate internacional y las acciones que ya numerosos países han tomado frente al régimen actual de protección de inversiones constituyen un llamado de alerta. Países de la región ya denunciaron y se retiraron del CIADI y otros están considerando hacerlo. Ecuador llevó a cabo una auditoría de sus tratados para evaluar sus impactos. Países como Sudáfrica, Indonesia e India, ya denunciaron todos o algunos de sus TBI o están planteando su renegociación. Otros como Polonia, Eslovaquia e Irán, están cuestionando y reformulando muchas de las cláusulas centrales de los TBI y la pertinencia de las disposiciones de solución de controversias que habilitan a los inversionistas extranjeros a demandar a los Estados ante tribunales internacionales de arbitraje como el CIADI.

Incluso más allá del ámbito bilateral, uno de los puntos más contenciosos y fuertemente disputados de varios de los acuerdos mega-regionales de nueva generación, como el Tratado de Asociación Transpacífico (TPPA), el TLC Transatlántico entre la UE y EEUU (TTIP) y el TLC entre la UE y Canadá (CETA), es la solución de controversias inversionista-Estado, que concita

una fortísima oposición de la opinión pública europea, canadiense y de Nueva Zelanda, así como de legisladores europeos y los más prestigiosos colegios de abogados de Alemania, entre otros. Incluso en Estados Unidos, el TPPA en su conjunto, y en particular sus disposiciones inversionista-Estado, se han transformado en un tema candente de la campaña electoral en curso.

Asimismo se han expresado en contra del actual régimen varios Expertos y Relatores Especiales de la ONU. La propia UNCTAD que otrora promovía los tratados bilaterales de inversiones, hoy lidera un proceso de reformas (si bien en su mayoría cosméticas en nuestra opinión) del régimen internacional de protección de inversiones, y ofrece un amplio abanico de opciones del que ya se están valiendo muchos países que quieren zafar de la camisa de fuerza en la que se han convertido los TBI suscritos hasta la fecha.

:: Necesidad de comparar las disposiciones del TBI Uruguay-Japón con las del TBI Uruguay-Suiza

En cuanto a la ratificación del TBI de Uruguay con Japón, es fundamental comparar sus disposiciones con las del TBI de Suiza y Uruguay -al amparo del cual Philip Morris demandó a Uruguay por su política de protección de la salud, con el ánimo de evaluar si al ratificarlo no nos estaremos exponiendo innecesariamente a nuevas demandas de empresas extranjeras.

En primer lugar, al igual que el TBI Suiza-UY, el TBI Japón-UY admite la solución de controversias inversionista-Estado y habilita a los inversionistas que puedan identificarse como de nacionalidad japonesa a demandar al Estado uruguayo ante tribunales internacionales de arbitraje de inversiones. Incluso el TBI Japón-UY no exige al inversionista extranjero agotar primero la vía judicial en nuestro país, antes de acudir al arbitraje internacional.

Otro elemento importante a tener en cuenta, es que los TBI más recientes, como el de Japón y UY que se ajusta en buena medida al modelo de TBI impuesto por EEUU en 2004, son mucho más detallados y explícitos en la defensa de los intereses del inversionista extranjero que los firmados en las décadas del '80 y '90. Esto se puede observar al comparar el TBI de Japón y Uruguay con el TBI Suiza-UY.

:: Similitudes y diferencias de las principales disposiciones de ambos tratados

1. La definición de inversión e inversor en el TBI Japón-UY es bastante más amplia que en el TBI Suiza-UY. En lugar de restringirse a la inversión extranjera directa o más explícitamente a las inversiones 'greenfield' o nuevas (por contraste a la compra de activos existentes o las inversiones de cartera), en el TBI Japón-UY "inversión" significa [entre otras cosas] *"todo tipo de activo de propiedad o controlado, directa o indirectamente, por un inversor, los cuales poseen las características de una inversión, tales como el compromiso de aportar capital u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de un riesgo"; "...bonos, obligaciones, préstamos y otras formas de deuda, incluyendo derechos derivados de las mismas, pero que no incluyen un instrumento de deuda soberana de una Parte Contratante, independientemente de su vencimiento o un instrumento de deuda de una empresa estatal"* (subrayado nuestros).

Ambos TBI incluyen además en su definición de inversión elementos que hoy muchos países acertadamente cuestionan porque restringen su derecho al desarrollo, tales como todo tipo de propiedad intelectual, *"derechos conferidos de acuerdo con leyes y regulaciones o contratos tales como concesiones, licencias, autorizaciones y permisos, incluyendo aquellos para la exploración, explotación y extracción de recursos naturales; y cualquier otra propiedad tangible o intangible, mueble o inmueble, y cualquier derecho de propiedad relacionado, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda."* (subrayado nuestro)

2. Otro concepto fundamental de estos tratados es el de expropiación, que tanto en el TBI Suiza-UY como en el TBI Japón-UY está definida indebidamente de manera amplísima. Es decir, además de la expropiación directa entendida tradicionalmente como la nacionalización o confiscación de bienes tangibles, estos TBI amplían esa definición abusivamente para que incluya “cualquier medida equivalente a la expropiación o nacionalización”.(subrayado nuestro)

Cualquier medida de política pública, cualquier ley o reglamentación, y en algunos casos cualquier dictamen de la justicia nacional, pueden ser interpretados por los 3 árbitros del tribunal especialistas en derecho comercial privado como "equivalente a una expropiación" y dar lugar a la aceptación de jurisdicción del CIADI e incluso a un fallo contra el país.

3. Ambos TBI establecen la libre transferencia de ganancias, intereses, amortizaciones, regalías y cualquier otro tipo de activos financieros derivados de la venta o de la liquidación total o parcial de la inversión, incluyendo el eventual aumento de valores, sin admitir la imposición de prácticamente ninguna condición, en particular sin permitir medidas de promoción del desarrollo nacional, como la obligación de las transnacionales o los inversionistas extranjeros de reinvertir en el país receptor parte de sus ganancias. Ese fue uno de los peldaños de la escalera al desarrollo que utilizaron los países ahora desarrollados, que ahora niegan a los países en desarrollo receptores de inversión extranjera como el nuestro.

4. A diferencia del TBI Suiza-Uruguay (que no se expide al respecto), otra innovación sumamente lesiva de los intereses populares incluida en el TBI Japón-UY es la prohibición de establecer requisitos de desempeño al inversionista extranjero. Al respecto este TBI establece que “Ninguna de las Partes Contratantes podrá imponer o hacer cumplir ninguno de los siguientes requisitos...” entre otros “...alcanzar un determinado nivel o porcentaje de contenido nacional; comprar, utilizar u otorgar preferencias a las mercancías producidas o servicios suministrados en su Área, o comprar mercancías o servicios a una persona física o a una empresa en su Área;... transferir tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad a una persona física o empresa en su Área;...”(subrayado nuestro)

Los requisitos de desempeño son considerados una herramienta fundamental para que las inversiones contribuyan a los objetivos estratégicos de un país, que será desmantelada en caso de ratificarse el TBI Japón-Uruguay.

5. Ambos TBI reproducen nociones amplísimas y muy difusas de 'nivel mínimo de trato' o de 'trato justo y equitativo' que son con gran frecuencia utilizadas por las empresas transnacionales y los inversionistas extranjeros para demandar a los Estados, incluido en el caso de Philip Morris contra Uruguay.

6. Además de todas estas disposiciones antedichas que constituyen el núcleo central de casi todos los TBI suscritos en la década del '90, el TBI Japón-UY incluye otra serie de cláusulas nuevas que son típicas de los TLC de última generación -como el TPPA, el TTIP y el TISA.

Es decir, si nuestros legisladores ratifican el TBI Japón-UY estarán aceptando muchas de las cláusulas lesivas que ya antes habíamos rechazado en el TISA, incluidas las que consagran un advenedizo concepto de Transparencia *“respecto a las medidas de carácter general que afecten la implementación del Acuerdo”*, que nada tiene que ver con la transparencia y el acceso a la información que reclamamos desde las organizaciones sociales y populares e incluso desde el Parlamento, sino que refiere en realidad a la transparencia y acceso a la información gubernamental que exigen los inversionistas y las transnacionales.

Dicho concepto hace referencia a *“las formalidades especiales y requisitos de información...y sobre los procedimientos para brindar oportunidades razonables para los comentarios públicos [de los inversionistas] con anterioridad a la adopción, derogación o enmienda de las normas generales que pudiesen afectar el Acuerdo”* (subrayado y corchetes nuestros). La ratificación de este TBI Japón-Suiza significaría abrir una puerta inmensa (que ya habíamos cerrado con el rechazo al TISA) a la injerencia y participación directa y privilegiada de las transnacionales y los inversionistas extranjeros en el proceso legislativo nacional.

:: ¿Es necesario ratificar un nuevo TBI y correr el riesgo de más demandas?

En base a los argumentos arriba expuestos, urge iniciar un proceso de auditoría de los tratados ratificados por nuestro país a la fecha, antes de continuar por esta senda que abre las puertas a la primacía de los intereses de las empresas transnacionales sobre las políticas nacionales.