

### III. INVERSIONES

Según los representantes del MINCETUR, el Capítulo de inversiones del TLC establece reglas de juego claras y predecibles para promover las inversiones en nuestro país. Por ello, una de las principales promesas del TLC es el aumento de los flujos de inversión directa extranjera (IED) de EEUU hacia el Perú, lo que tendría el potencial de hacer una importante contribución al desarrollo sostenible del país.

Sin embargo, algunos estudios<sup>64</sup> muestran que no existe evidencia de que un tratado internacional vaya a generar mayores niveles de inversión, y hay otras variables como: tamaño de mercado, crecimiento del mercado, estabilidad institucional, que tienen mayor relevancia. Además, el hecho de que la IED sea beneficiosa o perjudicial para el desarrollo de un país, depende en gran parte de la calidad y del tipo de inversión que se de, así como del sistema regulatorio del país. De este modo, resulta importante considerar hasta qué punto, las propuestas de EEUU propiciarán una inversión de mayor calidad en Perú.

En este sentido, muchos han señalado que el TLCAN ha generado un enorme flujo de IED hacia México, creando muchas oportunidades de desarrollo. Sin embargo, una parte muy importante fue inversión de cartera de corto plazo, que no se tradujo en proyectos productivos. Además, el 20% de la IED se dio en la forma de fusiones y adquisiciones, que no significan inversiones nuevas. Esto suele ir acompañado de medidas de racionalización que producen pérdidas de empleo<sup>65</sup>.

Es claro que para México, el TLCAN no ha propiciado un flujo de IED de buena calidad que asegure un desarrollo sostenible para el país. La IED en México, no ha conducido a un fortalecimiento significativo de la competitividad del sector industrial, ni a una transferencia significativa de tecnología a las empresas locales.

Como veremos en las siguientes secciones, el Capítulo sobre inversiones del TLC incluye una serie de disposiciones que en vez de fomentar mejores prácticas de inversión, reduce la capacidad del país para regular la IED y ligarla con las metas de desarrollo nacional. El Perú, quedará imposibilitando de exigir un comportamiento responsable a los inversionistas extranjeros<sup>66</sup>, y será muy vulnerable a caer en controversias entre inversionistas y el Estado.

---

<sup>64</sup> Ver por ejemplo: Hallward Driemeier y UNCTAD (1999)

<sup>65</sup> NADAL, A. y otros. "Los Siete Mitos del TLC". EN: La Jornada. 12 de diciembre del 2003.

<sup>66</sup> OXFAM. "El traje nuevo del emperador". 2003

## 1. Definiciones

Se habla de un *concepto de inversión* demasiado amplio<sup>67</sup>, que cubre:

*“... todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo...”* (Artículo 10.28: Definiciones)

Asimismo, se mencionan las siguientes formas que puede adoptar una inversión:

*“...(a) una empresa; (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa; (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;<sup>12 13</sup> (d) futuros, opciones y otros derivados; (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares; (f) derechos de propiedad intelectual; (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna;<sup>14 15</sup> y (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles...”* (Artículo 10.28: Definiciones)

En términos generales, el concepto de inversión contenido en el TLC es compatible con la Normativa Andina (Decisión 291), así como con la legislación nacional (Decreto Legislativo 662)<sup>68</sup>. Sin embargo, habría que analizar la inclusión en el TLC, de diversos pie de páginas aclaratorios del sentido de algunas de las modalidades de inversión. Por ejemplo, se menciona que es más probable que algunas formas de deuda, como bonos, obligaciones y pagarés a largo plazo, tengan las características de una inversión, mientras que es menos probable que otras formas de deuda, tales como reclamos de pago de vencimiento inmediato y como resultado de la venta de bienes o servicios, tengan estas características. Se limita el que se tenga como inversión a ciertos créditos y préstamos y a las inversiones en cartera de corto plazo, lo que no se ajusta a lo establecido por los países andinos –esto está en el Capítulo de servicios financieros–.

El concepto de inversión, incluye explícitamente a todos los derechos de propiedad intelectual. Esto va más allá de la Normativa Andina, la que considera como aporte de capital *“...las contribuciones tecnológicas intangibles, tales como marcas, modelos industriales, asistencia técnica y conocimientos técnicos patentados o no patentados que puedan presentarse bajo la forma de bienes físicos, documentos técnicos e instrucciones”* (Decisión 291 de la CAN, Artículo 1).

---

<sup>67</sup> Que entre otros, incluye instrumentos de deuda (incluyendo la deuda pública, salvo la deuda bilateral), contratos de concesión, producción y similares; los derechos de propiedad intelectual y las licencias, autorizaciones y derechos similares conferidos de conformidad con la ley del país.

<sup>68</sup> Gonzalo Capriles. *Impacto de las Negociaciones Hemisféricas: Implicancias en Inversiones*. Secretaría General de la CAN. Documento Informativo SG/di 717. Marzo de 2005

De otro lado, el hecho de considerar como inversión a las “*licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna*”, significa que si un gobierno revoca una licencia (protegida mediante la legislación interna), por cualquier razón, también quedaría sujeto a ser demandado bajo un proceso de resolución de controversias entre inversionista y Estado contemplado en este Capítulo<sup>69</sup>.

El *concepto de inversionista* usado en el TLC, al igual que el concepto de inversión, es bastante amplio, incluyendo lo siguiente:

*“...una empresa del Estado, o un nacional o empresa de la Parte, que intenta realizar, a través de acciones concretas, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte; considerando, sin embargo, que una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva”* (Artículo 10.28: Definiciones).

Dentro de la Normativa Andina (Decisión 291), no existe una definición general sobre el concepto de inversionista extranjero. Se definen específicamente los conceptos de inversionista nacional (el Estado, las personas naturales nacionales y las personas jurídicas definidas como nacionales por las legislaciones de los Países Miembros), subregional (inversionista nacional de cualquier País Miembro) y extranjero (propietario de una inversión extranjera directa). Esto debido al enfoque empleado, en el que una empresa puede ser nacional, mixta o extranjera. En general, según la Normativa Andina, un inversionista extranjero es aquel que conjuga elementos de aportes de capital y de control, sobre las operaciones de la empresa a la que ese capital es aportado.

Sin embargo, según la definición contenida en el TLC, se considera inversionista extranjero incluso a quien intenta, a través de acciones concretas, realizar una inversión en el país de la otra parte. De este modo, el inversionista es considerado como tal, antes de realizar efectivamente la inversión, lo cual no es conforme con la Normativa Andina. Otro punto disconforme con esta normativa, tiene que ver con la mención que se hace sobre la doble nacionalidad, tema que no es tocado por los países de la CAN.

## 2. **Ámbito de aplicación**

Según el Artículo 10.1, sobre el ámbito de aplicación, el Capítulo sobre inversiones se aplica a:

*“(a)...las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a: los inversionistas de otra Parte; (b) inversiones cubiertas; y (c) todas las inversiones en el territorio de la Parte, en lo relativo a los Artículos 10.9 y 10.11”* (Artículo 10.1: Ámbito de aplicación y cubrimiento, literal 1).

---

<sup>69</sup> Henry Ml. Mora Jiménez. “101 Razones para Oponerse al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos”. Escuela de Economía, Universidad Nacional. Septiembre de 2004.

Este Artículo, que también ha estado presente en otros TLCs (como es el caso de Chile y Centro América), ha sido señalado por varios críticos<sup>70</sup> como una grave violación a la soberanía del país firmante. Según el literal 1 (c), Perú deberá suprimir los Requisitos de Desempeño (Artículo 10.9) e implementar las medidas contenidas en el Artículo sobre Alta Dirección Empresarial y Directorios (Artículo 10.11), a las inversiones de cualquier país del mundo. De este modo, al firmar el TLC con Estados Unidos, se nos han impuesto condiciones adicionales, en relación con el tratamiento que le demos a las inversiones de otros países.

Esto ha limitado la soberanía del Estado, en cuanto a la posibilidad de exigir requisitos de desempeño a determinadas actividades, así como de limitar la participación de extranjeros en puestos de alta dirección.

De otro lado, también hay que notar que, el Capítulo se aplica a cualquier *medida* que adopte o mantenga una Parte. Según el primer Capítulo del Tratado (Disposiciones Iniciales y Definiciones Generales), una *medida* incluye “*cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica*”. De este modo, el Capítulo sobre inversiones cubre cualquier nuevo acto que ejecute el Estado (sea a nivel regional o nacional), que tenga algún efecto sobre las inversiones cubiertas<sup>71</sup>.

### 3. Principio de Trato Nacional y Nivel de Trato Mínimo

Según el Artículo correspondiente al principio de Trato Nacional, cada país firmante deberá conceder a los inversionistas de la otra parte y a las inversiones cubiertas, un trato no menos favorable que el brindado a sus propios inversionistas en lo referente a:

“...el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones en su territorio” (Artículo 10.3: Trato Nacional, literal 1).

Como vemos, el principio de Trato Nacional contenido en el TLC abarca la etapa de establecimiento de la inversión. Esto es contrario a la Normativa Andina, según la cual, para que una inversión extranjera pueda registrarse como tal, debe cumplir con las condiciones establecidas en la Decisión 291 (que no considera la etapa de establecimiento).

Tal como menciona Capriles<sup>72</sup>, en la etapa de admisión y establecimiento de una inversión, aún no se ha producido la transferencia de ningún activo al territorio del país donde se va a invertir. Por ello, la aplicación del principio de Trato Nacional en la etapa de

---

<sup>70</sup> Como por ejemplo: Julián Alcayaga. “La Inconstitucionalidad del TLC con EEUU” y <sup>70</sup> Henry Mora Jiménez. “101 Razones para Oponerse al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos”. Escuela de Economía, Universidad Nacional. Septiembre de 2004.

<sup>71</sup> Incluye por ejemplo: los procedimientos para la adopción de una ley, los procesos administrativos para dar un permiso, la autorización de emplazamiento, el resultado de juicios en los tribunales nacionales, entre otros.

<sup>72</sup> Gonzalo Capriles. *Impacto de las Negociaciones Hemisféricas: Implicancias en Inversiones*. Secretaría General de la CAN. Documento Informativo SG/di 717. Marzo de 2005

establecimiento de la inversión, es contraria a la Normativa Andina. Los países de la CAN, consideran que hay inversión cuando existe un aporte al capital social de una empresa. De igual modo, la normativa nacional considera que existe una inversión cuando existen activos comprometidos en actividades tendientes a producir rentas en el territorio.

Adicionalmente, en el Artículo 10.5 se incorpora un estándar absoluto (que se otorga independientemente del nivel que se provean a las inversiones nacionales), denominado Nivel Mínimo de Trato, que menciona lo siguiente:

*“Cada Parte **concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario**, incluido el trato justo y equitativo así como protección y seguridad plenas”* (Artículo 10.5: Nivel Mínimo de Trato, literal 1).

Además, se establece que, conforme al derecho internacional consuetudinario, el Nivel Mínimo de Trato es aquel que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. De este modo, según las obligaciones del Nivel Mínimo de Trato, se debe proveer:

*“(a) **trato justo y equitativo**” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y (b) **protección y seguridad plenas**” exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario”* (Artículo 10.5: Nivel mínimo de trato, literal 2)

Según se menciona en el texto (como nota a pie de página), el Artículo 10.5 será interpretado de conformidad con el Anexo 10-A. Este anexo menciona, en pocas palabras, que el “derecho internacional consuetudinario” (que se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que ***protegen los derechos económicos e intereses de los extranjeros***) debe seguirse como una obligación legal. Pero, no queda claro qué nivel de trato mínimo, según el derecho internacional consuetudinario, debe ser aplicado por el gobierno.

En general, se han presentado algunos conflictos en otros TLC, en relación con la violación del principio de Trato Mínimo. Uno de los más conocidos, que se dio en el TLCAN, es el de la empresa Metalclad en contra del gobierno mexicano. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión, terminó estableciendo una sanción de US\$ 16.7 millones al gobierno de México por no autorizar a la empresa la instalación del confinamiento para desechos peligrosos en Guadalcázar<sup>73</sup>, lo que podía representar serios daños contra el medio ambiente. Otros ejemplos son: 1) el caso de la empresa S.D. Myers,

---

<sup>73</sup> Par mayor detalle del caso ver: Caso No. ARB(AF)/97/1. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Metalclad Corporation (Demandante) y Estados Unidos Mexicanos (Demandado). Laudo ante el Tribunal Arbitral constituido con base en el Capítulo Once del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. 30 de agosto de 2000

que denunció una medida aplicada por Canadá, que prohibía de manera temporal la exportación de residuos de PCB; y 2) la empresa Pope and Talbot contra Canadá<sup>74</sup>.

#### 4. Nación Más Favorecida

En relación al principio de Trato de Nación Más Favorecida (NMF), el Artículo 10.4 establece que:

*“1. Cada país parte del acuerdo concederá **a los inversionistas** (o a las inversiones cubiertas, según dicta el literal 2) de otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de un país que no sea Parte en lo referente al **establecimiento**, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.”*

En la Normativa Andina, el Trato NMF abarca a las inversiones, pero no se mencionan a los inversionistas, aunque en los Acuerdos sobre protección de inversiones de los países andinos si se menciona. Otro punto de divergencia, tiene que ver –al igual que con el principio de Trato Nacional- con el hecho de extender el Trato NMF a la etapa de establecimiento de la inversión.

#### 5. Expropiaciones

Según el Artículo 10.7 sobre expropiación e indemnización,

*“Ninguna de las Partes puede expropiar ni nacionalizar una inversión cubierta, sea directa **o indirectamente** mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo que: (a) sea por motivos de propósito público; (b) de una manera no discriminatoria; (c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización; y (d) con apego al principio del debido proceso y a los Artículos del 10.5.1 al 10.5.3.”*

A simple vista, este Artículo no representaría mayor problema. Sin embargo, hay que notar que el Artículo distingue entre expropiación directa (que se refiere a la nacionalización de una inversión o a la transferencia formal del título o del derecho de dominio) y la “expropiación indirecta” que puede tener serias repercusiones sobre el margen de maniobra del Estado.

Según el Anexo 10-B, la expropiación indirecta se da cuando una medida aplicada por el gobierno tiene un efecto equivalente al de una expropiación directa, sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio. Para determinar en que casos se da una expropiación indirecta, es necesario hacer una investigación factual, que considere:

---

<sup>74</sup> Para mayor detalle sobre los conflictos surgidos en el marco del principio de trato mínimo ver: Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable (IIDS). *Derechos privados, problemas públicos: Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas*. 2001. Pág.32-34

*“(i) el impacto económico del acto gubernamental, ... que por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido; (ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y (iii) el carácter de la acción gubernamental” (Anexo 10-B Expropiación, literal 3).*

De este modo, se protege al inversionista frente a eventuales riesgos no comerciales, como medidas gubernamentales que pudieran afectar la propiedad sobre su inversión, la libre transferencia de los flujos relacionados con la inversión o la normal gestión y explotación de la misma, previendo obligaciones compensatorias. El Estado también deberá compensar en caso de contiendas civiles. Se menciona que salvo en *circunstancias excepcionales*, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte. De este modo, queda poco espacio para la libertad en la aplicación de políticas.

La expropiación indirecta, es uno de los temas más preocupantes sobre la relación entre la protección a la inversión y las políticas de desarrollo de cada país. Bajo este criterio, las medidas aplicadas por el Estado -de manera no discriminatoria- para proteger el medio ambiente, la salud u otros intereses sobre el bienestar público, quedan dentro del alcance de lo que significa una expropiación.

Esta medida puede limitar la capacidad tributaria del Estado, bajo el argumento de que un impuesto puede tener un carácter expropiatorio. Aunque, podría parecer que las medidas tributarias quedan fuera del Tratado, ya que el Capítulo 23 sobre excepciones señala, en su Artículo 23.3 (Tributación), que *“salvo lo dispuesto en este artículo, ninguna disposición de este Tratado se aplicará a medidas tributarias”*. Sin embargo, en el literal 6 del artículo 23.3, se menciona que: *“el Artículo 10.7 (Inversión -Expropiación y Compensación)..., se aplicará a una medida tributaria supuestamente de expropiación o de una violación de un convenio sobre inversión o una autorización de inversión...”*. Así, un inversionista podrá invocar el Artículo 10.7 con respecto a una medida tributaria, para que las autoridades competentes<sup>75</sup> determinen si la medida constituye o no una expropiación.

De este modo, este principio puede propiciar las disputas entre empresas estadounidenses y el Estado peruano, tal como a sucedido en el TLCAN, donde varias empresas han entablado juicios aduciendo que las políticas reguladoras restringen sus actividades.

## **6. Prohibición de establecer requisitos de desempeño**

Este compromiso no es sólo aplicable a nivel bilateral, sino que se trata de un compromiso horizontal. Según el Artículo 10.9 del Tratado, Perú no podrá imponer ni hacer cumplir ningún compromiso en relación con *“el establecimiento, adquisición, expansión,*

---

<sup>75</sup> En Perú será el Ministerio de Economía y Finanzas; y en EEUU el Assistant Secretary of the Treasury (Tax Policy), del Department of the Treasury.

*administración, conducción, operación, venta u otra disposición de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país que no sea Parte en su territorio”.*

En general, la política sobre inversiones en Perú es liberal, por lo que la aplicación de requisitos de desempeño es mínima. Sin embargo, nuevas administraciones políticas del país podrían considerar cambiar esto, para tener más instrumentos desde otra estrategia de desarrollo. Con el TLC, esta posibilidad quedaría descartada.

También, es importante diferenciar aquellos requisitos que constituyen medidas restrictivas en el marco del TLC, de aquellas políticas públicas que buscan impulsar mejores condiciones de desarrollo. Así, la interpretación de lo que constituye un requisito de desempeño puede ser muy amplia, lo que podría limitar en gran medida la capacidad del Perú para proteger la salud humana y el medio ambiente.

En el caso de políticas para la protección del medio ambiente, el literal 3 (c) del Artículo 10.9 menciona que, se podrán emplear requisitos de desempeño siempre que: *“dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada y a condición que esas medidas no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales”*. Sin embargo, a pesar de esta aclaración, pueden existir problemas relacionados con las limitaciones para restringir importaciones o exportaciones indeseables.

## **7. Solución de controversias**

Uno de los puntos sensibles en el TLC, es el sistema de solución de controversias inversionista-Estado, que le otorga a las transnacionales el derecho de exigir compensaciones monetarias por el impacto de las acciones gubernamentales.

Es claro que los acuerdos bilaterales y todas sus normas, pueden incrementar las disputas entre Estado e inversionistas extranjeros. Según un estudio de la UNCTAD (2005)<sup>76</sup>, las controversias sobre la inversión internacional originadas en los acuerdos bilaterales sobre inversión, han ido en aumento desde el impulso de los TLCs. A la fecha del estudio, más de 50 Estados habían sido demandados ante un tribunal internacional, de los cuales 31 eran países en desarrollo. Las causas abarcan una amplia variedad de actividades económicas, distintos tipos de participación extranjera, y guardan relación con disposiciones fundamentales de los acuerdos sobre inversiones.

El mecanismo para la solución de controversias inversionista-Estado, contenido en el Capítulo de inversiones, dicta lo siguiente:

*“En caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado **deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación.** (...) **En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia** relativa a una inversión mediante*

---

<sup>76</sup> UNCTAD. “Cuestiones relacionadas con los acuerdos internacionales: Controversias entre inversores y Estados y repercusiones en las políticas”. 2005



*consultas y negociación: (a) el demandante, por cuenta propia, puede someter a arbitraje una reclamación en la que se alegue; (b) el demandante, en representación de una empresa del demandado..., puede, ..., someter a arbitraje una reclamación en la que alegue...*” (Sección B, Artículo 10.16)

Así, se privilegia la solución negociada. Luego, en caso de no llegar a un acuerdo, se somete a arbitraje internacional, lo cual sustituye las legislaciones nacionales y por ende las cortes jurídicas de los países huéspedes de la inversión. El hecho de insistir en una solución negociada, implica una mayor duración del proceso, lo que genera más costos. Además, hay que notar que países como Perú se encuentran en desventaja frente a una negociación con las empresas de EEUU, ya que estas poseen mayores recursos y pueden ejercer mayor presión política.

De este modo, la solución de controversias inversionista – Estado, es perjudicial para los países en desarrollo. En el TLC –a diferencia del ALCA–, no se han planteado dispositivos para compensar las desigualdades entre los países, durante el proceso y principalmente a la hora de establecer la compensación.

El arbitraje internacional, constituye un derecho especial otorgado a las corporaciones extranjeras, que deja sin efecto los controles o regulación pública. En el TLC se plantea que las demandas sean llevadas en tribunales extranjeros, lo cual suplantaría el sistema judicial nacional o, mejor dicho, a las cortes jurídicas del Perú. Además, las disposiciones finales no podrán ser apeladas. La prohibición de someter la controversia a tribunales nacionales es contraria a las disposiciones constitucionales de los Países Miembros de la CAN.

Un convenio de estabilidad jurídica, puede constituir uno de los múltiples instrumentos suscritos que conforman un acuerdo de inversión. En ese caso, una violación del referido convenio de estabilidad jurídica por el Gobierno del Perú, puede constituir una violación del acuerdo de inversión del que forma parte.

## **8. Medio Ambiente**

Una de las principales preocupaciones del Tratado, tiene que ver con el cuidado del medio ambiente, ya que muchas de las medidas contenidas limitan la adopción de controles o regulaciones ambientales por parte del Estado (tales como tributos, pago de regalías por uso de recursos naturales, etc).

Al respecto, en el Artículo 10.11 (Inversión y el Medio Ambiente) del Tratado, se menciona lo siguiente:

*“Nada en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida por lo demás **compatible con este Capítulo**, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental”.*

De este modo, aparentemente el Estado mantiene la facultad de adoptar medidas para asegurar que las inversiones se manejen conforme a las sensibilidades ambientales, siempre que se haga de forma consistente con el Capítulo. Así, no queda claro en que medida se podrán aplicar nuevos tributos o regalías sin violar el Capítulo, dado el principio de expropiación indirecta.

Además, según el Artículo 10.2 (Relación con otros Capítulos), en caso de que ocurra una incompatibilidad entre el Capítulo de inversiones y otro Capítulo, el otro Capítulo prevalecerá en la medida de la incompatibilidad. De este modo, el Capítulo 22 (excepciones), que menciona que una medida tributaria puede tener el carácter de una expropiación indirecta, prevalecerá sobre el Artículo 10.11 (Inversión y el Medio Ambiente) del Capítulo de inversiones. En suma, el Artículo 10.11 no asegura efectivamente que una inversión sea compatible con el cuidado del medio ambiente.

En general, el texto del Tratado parece privilegiar los intereses de los inversionistas sobre el medio ambiente y el desarrollo sostenible. Un ejemplo de esto, lo constituye el hecho de que el Artículo 22.1 (Excepciones Generales), que incorpora las medidas del Artículo XIV del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS, 1994), no es aplicable al Capítulo sobre inversiones<sup>77</sup>. Cabe mencionar que, el Artículo XIV del AGCS incluye medidas ambientales necesarias para proteger la vida y la salud humana, animal o vegetal, y medidas para la conservación de los recursos naturales.

## 9. Medidas disconformes

El Capítulo ha sido negociado bajo el principio denominado “lista negativa”, es decir, las obligaciones se aplican horizontalmente en todos los sectores de la economía, salvo en aquellos donde haga alguna reserva, o donde no se asuma compromiso alguno. Las medidas disconformes en materia de inversiones y servicios impuestas por cada país, se encuentran en los anexos I y II del Tratado, tal como se señala en el Artículo 10.13 del Capítulo de inversiones:

*Los Artículos 10.3, 10.4, 10.9 y 10.10 no se aplicarán a cualquier medida disconforme existente mantenida por una Parte en: (i) el nivel central de gobierno, según lo estipulado por esa Parte en su Lista del Anexo I; (ii) el nivel regional de gobierno, según lo estipulado por esa Parte en su Lista en el Anexo I, o (iii) un nivel de gobierno local (Artículo 10.13, Literal 1).*

*Los Artículos 10.3, 10.4, 10.9, y 10.10 no se aplicarán a cualquier medida que una Parte adopte o mantenga, en relación con los sectores, subsectores o actividades, tal como se indica en su Lista del Anexo II (Artículo 10.13, Literal 2).*

---

<sup>77</sup> Sólo son aplicables para los Capítulos Undécimo (Servicios Transfronterizos), Décimo Cuarto (Telecomunicaciones) y Décimo Quinto (Comercio electrónico).

Sin embargo, se trata de excepciones puntuales y limitadas que no han surgido de una consulta pública y abierta a los parlamentos, a los gobiernos locales y a la ciudadanía en general. Además, todas las medidas disconformes se refieren al nivel del Gobierno central, lo que significa que los niveles municipales no gozan de ninguna de estas excepciones. Tampoco se incluye ninguna medida disconforme respecto al Artículo sobre expropiaciones, que puede tener serias implicancias.

Entre las medidas disconformes, se tiene que el Decreto Legislativo N° 689 (Ley para la Contratación de Trabajadores Extranjeros), que establece un límite en el número de trabajadores extranjeros que una empresa puede contratar, no es consistente con el Artículo 10.10 del capítulo de inversiones (Anexo I: Medidas Disconformes Sobre Inversión y Comercio Transfronterizo de Servicios, literal 7). De este modo, en marco del TLC, se suprimen los requisitos de participación mínima de nacionales contenidos en la Ley 689.

Así, la Ley queda a reducida a *“Los empleadores darán preferencia a la contratación de trabajadores nacionales. Los extranjeros proveedores de servicios pueden prestar servicios en el Perú a través de un contrato de trabajo, por un período máximo de 3 años prorrogables, sucesivamente, por períodos iguales, debiendo constar además el compromiso de capacitar al personal nacional en la misma ocupación”*.

En el Anexo I sobre medidas disconformes de Perú<sup>78</sup> al Capítulo de inversiones, se tienen los siguientes sectores: servicios de radiodifusión; servicios audiovisuales; servicios jurídicos; servicios de arquitectura; servicios de seguridad; servicios de transporte aéreo y marina mercante. Además, para todos los sectores se mantiene el Decreto Legislativo N° 757. Perú se reserva el derecho de mantener medidas restrictivas existentes o adoptar unas nuevas, en los sectores que se muestran en el Anexo N°2.

De otro lado, en el caso de EEUU, se han guardado reservas a nivel de gobierno central en los siguientes sectores: energía atómica, servicios suministrados a las empresas (Export Trading Company Act of 1982), minería, transporte aéreo, servicios de transporte (agentes aduanales), comunicaciones (radiocomunicaciones) y servicios profesionales (abogados y agentes de patentes). En cuanto a la inversión, se especifica que los seguros y garantías de préstamo de la “Overseas Private Investment Corporation” no están disponibles para personas y empresas extranjeras, o empresas constituidas en EEUU controladas por extranjeros. Además, las empresas extranjeras no podrán utilizar la forma de registro de pequeña empresa.

Finalmente, para todos los sectores y a nivel regional de gobierno, EEUU prevé que Todas las medidas existentes disconformes de todos sus estados, del Distrito de Columbia, y de Puerto Rico, no se verán afectadas por el Trato Nacional, Trato de Nación Más Favorecida, Presencia Local, Requisitos de Desempeño, Altos Ejecutivos y Juntas Directivas.

Lo anterior implica que, todos los estados de EEUU mantienen sus leyes y otras medidas disconformes, a fin de obviar las obligaciones afectadas. Bajo este esquema, el acceso de

---

<sup>78</sup> Ver Anexo N° 1

las pymes peruanas a las Compras Públicas de estos estados será sumamente difícil, más aún cuando se le suma los problemas en la obtención de visas.

## 10. Conclusiones

Después de analizar algunas de las medidas sobre inversión contenidas en el TLC, se concluye que este acuerdo, en vez de fomentar mejores prácticas de inversión, reduce la capacidad del Perú para regular la inversión extranjera en detrimento de un desarrollo sostenible. Así, el Estado peruano queda severamente limitado en su capacidad de exigir un comportamiento responsable a los inversionistas extranjeros.

Las disposiciones sobre Trato Nacional, trato de Nación más Favorecida, Nivel Mínimo de Trato, prohibición de requisitos de desempeño y las prohibiciones de expropiación, contenidas en el capítulo sobre inversiones del TLC Perú –EEUU, son similares a las que han ocasionado una serie de disputas dentro del TLCAN. Un punto importante tiene que ver con el hecho de que, las distintas medidas son aplicables a la etapa de establecimiento de la inversión. Esto implica que bastará que una empresa extranjera indique intenciones de invertir, para que se le otorguen una serie de garantías y privilegios, incluyendo el derecho a indemnizaciones.

Hasta la fecha, se han identificado más de 24 casos al amparo del Capítulo de inversiones del TLCAN. México es el segundo país en número de demandas conocidas (14) y la mayoría de ellas tienen que ver con el TLCAN, mientras que en EEUU el total de demandas (10) tienen que ver con el TLCAN<sup>79</sup>. Por ejemplo, en relación al tema ambiental, los casos más conocidos son las demandas de las empresas Ethyl y S.D. Myers contra Canadá. En ambos casos las empresas ganaron, y el Estado canadiense tuvo que compensarlas con fuertes sumas de dinero. También, han habido casos contra medidas relacionadas al manejo de desechos peligrosos, la conservación de agua potable limpia y aditivos de la gasolina prohibidos<sup>80</sup>

En suma, el Capítulo sobre inversiones del TLC -en la medida que cubre a prácticamente todos los sectores de la economía-, podría generar en el futuro una serie de disputas entre el Estado peruano y las empresas estadounidenses. Además, privilegia los intereses de las grandes empresas transnacionales, dejando de lado la protección del medio ambiente. Esto puede tener importantes efectos negativos en la conducción de la actividad minera, en la medida que se privilegia a las empresas, desatendiendo los daños ambientales que estas generan.

---

<sup>79</sup> UNCTAD. “Cuestiones relacionadas con los acuerdos internacionales: Controversias entre inversores y Estados y repercusiones en las políticas”. 2005.

<sup>80</sup> Rodrigo Pizarro. *Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos Un Análisis del Capítulo de Inversiones: Las restricciones a la Política Pública*. Documento preparado para la Comisión Especial de evaluación del TLC entre Chile y Estados Unidos del Senado. Octubre 2003.

## ANEXO N° 1

### ANEXO I : Medidas disconformes de Perú al Capítulo 10\*

| Sector                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Medida                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | TN | RD | NMF | AED |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|----|-----|-----|
| Todos                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | En 50 Km de fronteras, los extranjeros no pueden poseer minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía (salvo por necesidad pública). /1.                                                                                                                                                               | X  |    |     |     |
| Servicios de radiodifusión                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Sólo peruanos o domiciliados en Perú pueden ser titulares de licencias de servicios de radiodifusión. La participación de extranjeros no puede exceder el 40% del total de acciones de capital social. /2                                                                                                                   | X  |    |     |     |
| Servicios Audiovisuales                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Establecer una producción nacional mínima de 30% de su programación./3.                                                                                                                                                                                                                                                     | X  | X  |     |     |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Las empresas de radiodifusión deberán destinar mínimo 10% de su programación diaria a la difusión del folclor, música nacional y programas producidos en Perú relacionados con la historia, literatura, cultura o realidad nacional peruana./4                                                                              |    | X  |     |     |
| Servicios de radiodifusión                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | La persona jurídica que tiene como accionista, socio o asociado a un extranjero, no podrá ser titular de autorizaciones para prestar el servicio de radiodifusión dentro de las localidades fronterizas al país de origen de dicho extranjero./5.                                                                           | X  |    | X   |     |
| Servicios jurídicos                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Sólo las personas de nacionalidad peruana por nacimiento pueden ser notarios./6.                                                                                                                                                                                                                                            | X  |    |     |     |
| Servicios de arquitectura                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Para ejercer hay que colegiarse y pagar un derecho de colegiación. Para el registro temporal, los extranjeros no residentes deben asociarse con un peruano./7                                                                                                                                                               | X  |    |     |     |
| Servicios de seguridad                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Los vigilantes y altos ejecutivos de empresas de servicios de seguridad deberán ser peruanos./8.                                                                                                                                                                                                                            |    |    |     | X   |
| Transporte aéreo                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | La Aviación Comercial Nacional está reservada a peruanos. Por lo menos el 51% del capital social de la empresa debe ser de propiedad peruana /9.                                                                                                                                                                            | X  |    |     | X   |
| Marina mercante                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | La Dirección General de Transporte Acuático otorga la licencia administrativa. Por lo menos el 51% del capital social debe ser de propiedad de peruanos. El Presidente del Directorio, la mayoría de Directores y el Gerente General deben ser peruanos. Para obtener la licencia de Práctico se requiere ser peruano. /10. | X  |    |     | X   |
| <p>* Todas las medidas son a nivel de gobierno central.<br/>           TN = Trato Nacional; RD = Requisitos de desempeño; NMF = Nación más favorecida; AED = Altos ejecutivos y directores</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |    |    |     |     |
| <p>/1. D.L. N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Artículo 13<br/>           /2. Ley N° 28278: Ley de Radio y Televisión, Artículo 24<br/>           /3. Ley N° 28278: Ley de Radio y Televisión<br/>           /4. Ley No. 281311: Ley del Artista, Intérprete y Ejecutante, artículos 25 y 45.<br/>           /5. D.S. N° 005-2005-MTC: Reglamento de la Ley de Radio y Televisión<br/>           /6. Decreto Ley N° 26002: Ley del Notariado. Artículos 5<br/>           /7. Ley N° 14085: Ley de Creación del Colegio de Arquitectos del Perú; Ley N° 16053: Ley del Ejercicio Profesional, Autoriza a los Colegios de Arquitectos e Ingenieros del Perú para supervisar a los profesionales de Ingeniería y Arquitectura de la República, Artículo 1; y Acuerdo del Consejo de Arquitectos.<br/>           /8 D.S.N° 005-94-IN: Reglamento de Servicios de Seguridad Privada, artículos 81 y 83.<br/>           /9. Ley N° 28278: Ley de Radio y Televisión, Artículo 24<br/>           /10. Ley N° 28583: Ley de Reactivación y Promoción de la Marina Mercante Nacional, Diario Oficial “EL Peruano”. Artículos 4.1, 6.1, 7.1, 7.2. 7.4, 13.6</p> |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |    |    |     |     |

Fuente: Elaboración propia. Texto del Tratado de Libre Comercio. Anexo I

## ANEXO N° 2

### ANEXO II : Medidas disconformes de Perú al Capítulo 10\*

| Sector                 | Medida                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | TN | RD | NMF | AED |
|------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|----|-----|-----|
| Todos                  | Mantener cualquier medida que otorgue trato diferente a países de conformidad con cualquier tratado internacional.                                                                                                                                                                                                                                                     |    |    | X   |     |
| Asuntos sobre minorías | Adoptar o mantener cualquier medida que otorgue derechos o preferencias a minorías social y económicamente en desventaja (incluye comunidades campesinas) y a sus grupos étnicos (comunidades indígenas y nativas).                                                                                                                                                    | X  | X  | X   | X   |
| Pesca                  | Adoptar o mantener cualquier medida relacionada con la pesca artesanal.                                                                                                                                                                                                                                                                                                | X  | X  | X   |     |
| Industrias Culturales  | Reservar el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue trato preferencial a otros países conforme a cualquier tratado que contengan compromisos específicos sobre cooperación o coproducción cultural con respecto a las industrias culturales.                                                                                                        |    |    | X   |     |
|                        | Programas gubernamentales de apoyo para la promoción de actividades culturales.                                                                                                                                                                                                                                                                                        | X  |    | X   |     |
| Artesanía              | Adoptar o mantener cualquier medida con respecto al diseño, distribución, venta al por menor o exhibición de artesanías peruanas. Los requisitos de desempeño deberán ser consistentes con el TRIMS de la OMC.                                                                                                                                                         |    | X  |     |     |
| Industria Audiovisual  | Adoptar o mantener cualquier medida que establezca un porcentaje específico (hasta el 20%) del total de las obras cinematográficas exhibidas anualmente en cines o salas de exhibición para obras peruanas. Esta reserva no aplica a publicidad.                                                                                                                       |    | X  |     |     |
| Varios                 | Derecho de adoptar o mantener cualquier medida condicionando la recepción o continuidad de la recepción de apoyo del gobierno para el desarrollo y producción de diseño de joyería, artes escénicas, artes visuales, música e industria editorial, al logro de un determinado nivel o porcentaje de contenido creativo doméstico. Esta reserva no aplica a publicidad. |    | X  |     |     |
| Varios                 | Se puede adoptar o mantener cualquier medida que otorgue a una persona de otra Parte el mismo trato otorgado a una persona peruana en el sector audiovisual, editorial y música por esa otra Parte.                                                                                                                                                                    | X  |    | X   |     |
| Servicios Sociales     | Derecho de adoptar o mantener cualquier medida con respecto a la ejecución de leyes y al suministro de servicios de readaptación social; así como en los siguientes servicios: seguro y seguridad de ingreso, servicios de seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud y atención infantil.                                     | X  | X  | X   | X   |

\* TN = Trato Nacional; RD = Requisitos de desempeño; NMF = Nación más favorecida; AED = Altos ejecutivos y directores

Fuente: Elaboración propia. Texto del Tratado de Libre Comercio. Anexo II