

Examinando los Contratos de Inversión Extranjera: Las Implicancias para el Desarrollo Sustentable

Dominic Ayine *Universidad de Ghana/Centre for Public Interest Law* (Ghana);

Hernán Blanco *Recursos e Investigación para el Desarrollo Sustentable* (Chile);

Lorenzo Cotula *International Institute for Environment and Development* (Reino Unido);

Moussa Djiré *Universidad de Bamako* (Mali); Candy Gonzalez (Belice);

Nii Ashie Kotey *Universidad de Ghana*; Shaheen Rafi Khan *Sustainable Development Policy Institute* (Pakistán);

Bernardo Reyes *Instituto de Política Ecológica* (Chile);

Halina Ward *International Institute for Environment and Development* (Reino Unido);

Moeed Yusuf *Sustainable Development Policy Institute* (Pakistán)

Introducción

Este informe trata sobre un aspecto poco conocido y poco comprendido de las relaciones de inversión extranjera que se dan entre corporaciones y gobiernos. Es un aspecto que se mantiene muy al margen del escrutinio público.

Sin embargo, tiene efectos de largo alcance que repercuten en la forma de vida, los derechos y el medio ambiente natural de millones de personas en distintos países del mundo.

Este informe no se refiere a las políticas que se ven reflejadas en los acuerdos bilaterales de inversión entre gobiernos, o en los tratados regionales de libre comercio entre gobiernos. Tampoco trata sobre los polémicos esfuerzos que realizan los gobiernos para diseñar modelos de inversión internacional con miras a proteger los derechos de los inversionistas extranjeros. En cambio, analiza los acuerdos de inversión extranjera en un nivel diferente, enfocándose en los acuerdos suscritos entre inversionistas extranjeros y los gobiernos, conocidos como contratos de inversión extranjera. Las condiciones de estas negociaciones tienen importantes repercusiones, ya que los proyectos de inversión pueden aportar beneficios concretos para los habitantes y el medio ambiente de los países donde éstos se materializan, como asimismo pueden también debilitar la consolidación del desarrollo sustentable.

Basándonos en nuestras investigaciones iniciales en torno a un conjunto diverso de proyectos de inversión extranjera y sus respectivas negociaciones en Belice, Chile, Ghana, Mali y Pakistán destacamos los principales

PUNTOS CLAVE:

- Los contratos de inversión extranjera – negociaciones entre inversionistas extranjeros y gobiernos de países anfitriones – tienen importantes repercusiones en materia de desarrollo sustentable. Por ejemplo, hemos descubierto que algunos contratos eximen a los inversionistas extranjeros de las leyes locales, o comprometen a los gobiernos a no modificar ciertas leyes una vez que la inversión ha tomado curso.
- Los organismos de gobierno interesados en atraer inversión extranjera en algunas ocasiones han modificado la legislación interna específicamente para despejar el camino a proyectos de inversión dañinos para el medio ambiente.
- Muchos contratos de inversión extranjera no son de acceso público y se negocian confidencialmente. Los conflictos entre inversionistas extranjeros y gobiernos por lo general se resuelven entre las cuatro paredes del arbitraje comercial internacional.
- Las disposiciones de un contrato de inversión extranjera deben lograr un equilibrio entre el legítimo interés que tiene el inversionista por un clima de estabilidad para sus inversiones, por una parte, y el objetivo de desarrollo sustentable, por la otra. Con mucha frecuencia la prioridad es la estabilidad de la inversión a expensas del desarrollo sustentable.
- Para hacer que los contratos de inversión extranjera apoyen el desarrollo sustentable se requieren reformas en cuatro niveles: los procesos de negociación de los contratos; los términos de los contratos; los acuerdos para la resolución de conflictos; y un alineamiento entre los amplios contextos políticos en que se negocian los contratos de inversión extranjera y el desarrollo sustentable.



cuestionamientos que generan los procesos de negociación de los contratos de inversión extranjera, las condiciones de tales negociaciones, y sus repercusiones más amplias para el desarrollo sustentable.

Pretendemos 'destapar' este tipo de contratos, aumentar el nivel de conciencia en torno a ellos, y alertar a las partes negociantes sobre el creciente interés que manifiesta la sociedad civil en torno a las repercusiones que estos acuerdos tienen para el desarrollo sustentable. Este informe se basa en nuestro trabajo colectivo preliminar en nuestra calidad de socios de un proyecto de colaboración sostenida. Nuestro objetivo común es el desarrollo sustentable: el imperativo de nivel político que aspira a que los gobiernos, la ciudadanía y las empresas logren un equilibrio entre los intereses económicos, sociales y ambientales, de tal modo que sea posible satisfacer las necesidades de la actual generación sin poner en riesgo la posibilidad de que futuras generaciones logren satisfacer también sus propias necesidades.

El problema con los contratos de inversión extranjera

La inversión extranjera tiene el potencial de aportar beneficios concretos, mejorando las condiciones de vida de muchas personas en todo el mundo, ya que ofrece productos y servicios que satisfacen las necesidades humanas. Al mismo tiempo, las actividades de las corporaciones multinacionales tienen el potencial de dañar a trabajadores, comunidades, medio ambiente e, incluso, instituciones públicas.

La existencia de sistemas de comunicación más expeditos en todo el mundo ha servido para aumentar la conciencia pública en torno a los impactos negativos que tienen algunas compañías extranjeras en países pobres. Sin embargo, los intentos por promover una conducta empresarial responsable a través de presiones de mercado hasta el momento han surtido efectos hasta ahora superficiales. Las condiciones básicas para la inversión extranjera directa en algunos de los proyectos más polémicos del mundo (como oleoductos, yacimientos mineros, centrales energéticas y represas) se definen en contratos negociados privadamente entre las grandes compañías y los representantes de gobierno de los países que reciben este tipo de proyectos de inversión.

Un contrato de inversión extranjera, para nosotros, es un acuerdo entre una compañía u otro tipo de empresa y un estado, con el fin de llevar a cabo un proyecto de inversión en dicho estado. El acuerdo fija términos y condiciones aplicables al proyecto de inversión. Un contrato de inversión es 'extranjero' cuando a él está asociada una compañía extranjera (que no necesariamente tiene que ser una parte directa del contrato) con capacidad para controlar importantes decisiones de gestión o sus impactos asociados.

Los contratos de inversión extranjera adoptan una diversidad de formas. En un extremo están los contratos de minería que se suscriben en Mali, y que se basan en un acuerdo modelo anexo al Código de Minería de ese país. En cambio, el 'Tercer Acuerdo Maestro' (*Third Master Agreement*) para la construcción de la polémica

represa Chalillo en Belice fue negociada totalmente entre las partes.

En teoría, el contexto político para la negociación de contratos de inversión extranjera en los países anfitriones debiera reflejar los principios del desarrollo sustentable, incorporando la protección ambiental, el desarrollo económico, la disminución de la pobreza y el desarrollo humano. Pero los contrastes entre teoría y práctica se dan con demasiada frecuencia.

Es posible que existan importantes discrepancias entre las opiniones que se expresan en torno a los impactos positivos de la inversión extranjera en el nivel macro (donde se toman las decisiones respecto de los contratos de inversión) y los impactos reales que se observan en el nivel local. En la mayoría de los casos, las comunidades locales afectadas por proyectos de inversión no tienen voz en la negociación y posterior implementación de los acuerdos que rigen los proyectos, en circunstancias que frecuentemente sufren impactos negativos derivados de tales proyectos. Sólo gracias a una verdadera valoración de los contextos locales es posible que los responsables de las políticas públicas y las compañías comprendan cuál es la mejor manera para obtener el equilibrio justo para el desarrollo sustentable en los niveles nacional y local.

Parte del problema se debe a que del ambiente político internacional comprometido con la apertura de los mercados ha surgido un sistema de regulación de las inversiones que apunta a satisfacer los intereses y las necesidades de los inversionistas extranjeros más que los intereses y las necesidades de las comunidades o del medio ambiente. Con mucha frecuencia, los gobiernos se han concentrado en reformas diseñadas para abrir los mercados a expensas de iniciativas que fortalezcan la protección social o del medio ambiente. Los usos de los contratos de inversión extranjera en los países más pobres del mundo comúnmente son el resultado directo de experimentos de política macroeconómica o la aplicación de las últimas ideas emanadas de los programas de asistencia técnica del Grupo del Banco Mundial. En las décadas de 1980 y 1990, los programas de ajuste estructural del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional incentivaban a los gobiernos a desvincularse de la producción directa de bienes y servicios, y promovían en cambio los procesos de privatización. Por ejemplo, en Ghana, el actual modelo de políticas para los contratos de inversión en minería es una evolución lógica de las reformas que emanan del programa de recuperación económica iniciado por el Banco Mundial y el FMI.

Sería un error plantear que los inversionistas extranjeros tienen todas las cartas en sus manos cuando negocian con los países anfitriones; pero generalmente cuentan con el mejor apoyo profesional posible de asesores encargados de actuar de acuerdo con los intereses comerciales prioritarios de la compañía. Los estados anfitriones probablemente carezcan de los recursos necesarios para hacer lo mismo y tal vez se vean tentados dolorosamente a transar su derecho de regular a los inversionistas extranjeros en el largo plazo a cambio de las ganancias a corto plazo que generen las inversiones.

Los contratos de inversión extranjera generan cuestionamientos en tres niveles:

- **Transparencia:** muchos contratos no son de acceso público, o sólo llegan a serlo cuando ya se han suscrito. Sólo unos pocos contratos permiten comentarios o revisiones públicas durante el proceso de negociación. Estos asuntos salen a la luz en los estudios de caso de Belice, Pakistán y Ghana.
- **El contenido de los contratos:** en particular el equilibrio que reflejan entre la inquietud de los inversionistas extranjeros respecto de la estabilidad de sus proyectos, y las disposiciones que son acordadas por los representantes de los estados anfitriones respecto de cómo potenciar los objetivos de las políticas públicas. Estas preocupaciones se ven destacadas en el trabajo que hemos realizado en Belice y Ghana.
- **Los impactos incidentales que tienen los contratos** en el desarrollo sustentable en los países donde tienen lugar los proyectos de inversión. Estos impactos son el resultado de procesos legales y de otro tipo que, aunque no formen parte de un contrato de inversión propiamente tal, están vinculados directamente a dicho contrato. Por ejemplo, entre los impactos incidentales pueden incluirse cambios en la legislación nacional con el fin específico de despejar el camino para proyectos polémicos. Este tipo de preocupaciones se observan en los estudios de caso que hemos realizado sobre Chile, Mali, Pakistán y Belice.

Transparencia

En muchas partes del mundo, hasta las disposiciones básicas de los contratos de inversión extranjera no se hacen públicas. Por el contrario, es posible que estén disponibles una vez que los acuerdos ya se hayan materializado, instancia en que la opinión pública ya no puede aportar sus puntos de vista a la negociación.

La transparencia, el acceso a la información y los derechos a la participación pública son principios centrales del desarrollo sustentable. La falta de transparencia es terreno fértil para la corrupción. La falta de transparencia debilita la democracia participativa, ya que a los ciudadanos y las comunidades que probablemente se vean afectados por un proyecto se les niega la posibilidad de opinar sobre la conveniencia y la forma de llevar a cabo un proyecto de inversión.

Cuando los contratos de inversión extranjera quedan al margen del escrutinio público, es imposible que los ciudadanos juzguen si los gobiernos que ellos han elegido están actuando en defensa de sus intereses y si están alcanzando con efectividad los objetivos en materia de políticas públicas. También se torna imposible que la ciudadanía solicite a sus gobiernos rendir cuentas por las consecuencias de la inversión extranjera directa. Incluso en los casos en que los parlamentarios tienen la oportunidad de revisar los contratos, los riesgos de co-opción, además de cuestiones de experiencia y capacidad, apuntan a la importancia que tiene contar con una amplia opinión pública en las negociaciones de un contrato de inversión extranjera y con una cuidadosa revisión de los borradores de tales contratos.

En Chile, los contratos asociados con la privatización

del agua no son transparentes ni tampoco la opinión pública tiene acceso a ellos. Esta falta de transparencia estimula una percepción generalizada de que no existen los mecanismos adecuados para garantizar la rendición de cuentas de las compañías, sobre todo en relación con sus planes de inversión en infraestructura para mejorar y extender los servicios de agua.

En Belice, en abril de 2004 se suscribió un contrato entre el Gobierno de Belice y Belice Cruise Terminal Limited (BCTL). BCTL se había creado como una operación conjunta entre Carnival Corporation de Panamá y Belice Ports Ltd. El contrato contemplaba la construcción de un puerto para cruceros además de las instalaciones asociadas en la Zona Libre de Puerto Loyola, Belize City.

Las condiciones del contrato del puerto para cruceros no se hicieron públicas. Posteriormente, en octubre de 2004 el acuerdo se filtró, lo que abrió un amplio debate público. El temor generalizado, de acuerdo con el Ministro de Turismo, Mark Espot (que señaló no haber sido consultado sobre el acuerdo), consistía en que 'los pasajeros de cruceros, que llegan por cientos y miles coparían los destinos populares, lo que disminuye las posibilidades de cobrar tarifas premium, termina con la exclusividad de Belice y después de unos pocos años, Belice podría perder los encantos de su industria del turismo de cruceros, y con ello vendría la pérdida de un sector turístico de vida nocturna que ha mostrado un sostenido crecimiento'. Tras una intensa presión surgida desde la industria del turismo, se suscribió un 'acuerdo de aclaración' en el que se abordaron algunas de las inquietudes, como las que generaba las cláusulas del contrato respecto de la aplicabilidad de la legislación ambiental a BCTL. El 'acuerdo de aclaración' no tan sólo no se hizo extensivo a toda la Asociación de Turismo de Belice, una organización que agrupa a los operadores de turismo, sino que además quedó pendiente determinar si la 'aclaración' también se había incorporado legalmente a las condiciones del contrato. La Asociación de Turismo de Belice inició un proceso judicial de revisión a fines de 2004, argumentando que el contrato no era razonable y era ilegal. La causa todavía está a la espera de una resolución.

La difusión del contrato para la construcción del puerto de cruceros claramente gatilló inquietud en la opinión pública, producto de las condiciones como de la reserva en que se mantuvo un acuerdo que tendría efectos de largo alcance para el país. También incentivó un amplio debate que sobrepasó incluso a la industria del turismo respecto del modelo de desarrollo por el que Belice optaría en sus esfuerzos por promover el turismo en el país. Sin participación pública, las decisiones en materia de políticas públicas que se veían reflejadas en el acuerdo, y la prioridad que se daba a la visita de grandes cantidades de pasajeros de cruceros, se habrían materializado sin oportunidades significativas para un análisis público del proyecto.

En Pakistán, en 1997 el Ministerio de Petróleo y Recursos Naturales otorgó una licencia a Premier Exploration Pakistan Limited, que en ese entonces era una operación conjunta entre Anglo-Dutch Shell y English Premier Oil, permitiéndole realizar exploraciones de petróleo y gas en el Parque Nacional Kirthar, que es el

parque de mayor extensión del país. Además de figurar en la lista de áreas protegidas por Naciones Unidas, dada la cantidad de especies amenazadas que ahí viven, el Parque es de vital importancia para el abastecimiento de agua de Karachi, que cuenta con una población de 14 millones de personas. A pesar de la polémica que surgió a raíz de la exploración de petróleo en el Parque Nacional Kirthar y una proliferación de causas judiciales relacionadas con la inversión de Shell-Premier, nuestros investigadores no pudieron acceder a documentos de importancia. Y esta sigue siendo la situación hoy en día, incluso después que la operación conjunta entre Premier y KUFPEC (Shell se retiró del proyecto una vez que se desató la polémica) terminara las actividades de exploración en el Parque.

No en todos los países sucede que la opinión pública no tenga acceso a los contratos de inversión. Por ejemplo, en Ghana, la Constitución dispone la participación de miembros del Parlamento en la otorgación de derechos o concesiones de explotación de minerales. Toda transacción, contrato o iniciativa debe ratificarse en el Parlamento por dos tercios de los votos. En el ámbito de gobierno, las negociaciones generalmente las lleva a cabo la Comisión de Minerales. Por lo general, antes de que se ratifique un acuerdo de inversión minera, el Comité Parlamentario sobre Minerales y Recursos Naturales ha tenido la oportunidad de revisar el acuerdo y de formular preguntas a los funcionarios de la Comisión de Minerales sobre determinados aspectos del acuerdo. La decisión de difundir los contratos a la opinión pública y la etapa del proceso en que esto pueda llevarse a cabo corresponde al Comité Parlamentario, y dependerá de si este organismo solicita nuevos puntos de vista sobre los contenidos de un contrato; no obstante, para la mayor parte de los acuerdos que se presentan ante el Parlamento ello no sucede. La ratificación de parte del Parlamento tienen escaso impacto en el contenido central de los acuerdos que ha negociado la Comisión de Minerales. Es más bien un último recurso de veto.

El derecho público de acceso a la información claramente no es lo mismo que un derecho público de participación. En el caso de Ghana, las posibilidades que tiene la opinión pública de expresar sus puntos de vista está por lo menos en manos de un Comité Parlamentario. En la práctica, no obstante, el ejercicio de esta apertura en contadas ocasiones se ha traducido en oportunidades para que la opinión pública haga aportes significativos a los contratos, mientras que el grueso de las negociaciones ya está en ejecución. Los grupos de la sociedad civil y las comunidades que viven en posibles recintos mineros o en sus alrededores rara vez tienen la oportunidad para expresar sus opiniones durante el proceso de negociación.

Otra modalidad para que los gobiernos de los países anfitriones de la inversión extranjera dispongan de un acceso público a la información referida a los contratos de inversión extranjera consiste en incorporarlos formalmente en su legislación. Este modelo se ha utilizado, por ejemplo, en el caso de proyectos de petróleo y gas en Camerún y en Azerbaiyán. Esta modalidad tiene diversas consecuencias: además de ofrecer una seguridad adicional a los inversionistas extranjeros, puede también tener repercusiones legales amplias que surgen del hecho de que

la acción que emprende el estado anfitrión para ratificar el contrato mediante su legislación tiene mayor peso que una ley contractual, entendida como ejercicio de autoridad soberana. Y si los contratos quebrantan otros tipos de leyes nacionales, su aprobación a través de la legislación también puede llegar a abrir el camino para que la ciudadanía cuestione las condiciones de tales contratos en las cortes nacionales.

Aparte del problema general de falta de acceso a los términos de los contratos de inversión extranjera, algunos acuerdos incluyen disposiciones que impiden el acceso público a la información necesaria para evaluar las consecuencias socio-económicas del proyecto. En Ghana, por ejemplo, una concesión minera típica probablemente obligaría al Gobierno a tratar toda la información presentada según las obligaciones de la concesión, es decir, como información confidencial por un período de cinco años, o hasta el término de la concesión. Incluso en ese caso, podría requerirse el consentimiento de la compañía.

La falta de transparencia en la negociación de los contratos de inversión extranjera puede orientar la preocupación de la opinión pública a procesos y foros cuyos ámbitos de acción no corresponden al tipo de inquietudes que generan los proyectos, pero que al menos permiten un cierto grado de participación pública. Por ejemplo, en algunos casos, entre los que se incluye el proyecto de la Represa Chalillo en Belice y la exploración de Shell-Premier en Pakistán, las demandas públicas en torno a la falta de transparencia han encontrado expresión a través de cuestionamientos legales a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental que los países han asumido para evaluar los impactos ambientales de proyectos de gran envergadura. Pero estos procedimientos de evaluación de impacto no están diseñados para permitir un análisis efectivo de las cuestiones que escapan a la esfera ambiental. Son instancias que reemplazan deficientemente una mayor transparencia o mayores oportunidades para que la opinión pública defina los términos en que se plantean los contratos.

El contenido de los contratos de inversión extranjera

Los contratos de inversión extranjera deben lograr un equilibrio entre el legítimo interés que los inversionistas tienen en la estabilidad, por una parte, y la búsqueda del desarrollo sustentable, por la otra. Cuando es prolongado el período de tiempo entre la inversión inicial y la materialización de las utilidades, los inversionistas necesitan contar con resguardos adecuados ante riesgos no comerciales, como el riesgo de que su inversión sea expropiada en un eventual proceso de nacionalización. Con demasiada frecuencia en los casos de los cuales estamos al tanto, el equilibrio de los contratos de inversión extranjera parece favorecer de manera desproporcionada al inversionista extranjero, y no al gobierno del país anfitrión en su calidad de garante de los objetivos generales de las políticas públicas. Más abajo se destacan algunos ejemplos de cláusulas contractuales que generan especial inquietud. Las consecuencias precisas que los contratos tengan para el desarrollo sustentable sólo podrán evaluarse si éstos se

analizan en la ronda de negociaciones, y si se complementan con las exigencias legales internas de mayor alcance y las disposiciones de los acuerdos de inversión intergubernamental pertinentes.

● Resolución de disputas

Los inversionistas extranjeros, por lo general, poseen derechos de compensación por parte de los estados anfitriones si sus derechos contractuales se quebrantan. Pero la compensación no es un beneficio que normalmente esté disponible para las empresas nacionales. Cuando surgen disputas entre inversionistas extranjeros y los países anfitriones, en los contratos de inversión extranjera, por lo general, se estipula que éstas deben resolverse dentro de las cuatro paredes del mundo del arbitraje internacional, y no a través de las cortes nacionales. Muchas veces han criticado las oscuras características de los procesos de arbitraje. Restricciones a la difusión de informaciones sobre la disputa, la publicación en detalle de la resolución de la disputa (el 'fallo arbitral') e intervenciones de partes no litigantes pero con algún interés en la resolución de la disputa constituyen la norma. Los miembros de la selecta comunidad de árbitros internacionales normalmente son empleados de firmas legales especializadas en negociar contratos de inversión extranjera para las compañías. Los conflictos de interés son una preocupación verdadera y sistemática. Y cuando surgen disputas de inversión a partir de medidas tomadas por los estados anfitriones para proteger un interés público o los derechos de sus ciudadanos (por ejemplo, legislación ambiental, o acciones a favor de las comunidades indígenas), es posible que los árbitros comerciales internacionales no estén en el mejor pie para tomar en consideración esos intereses de mayor amplitud.

● Cláusulas de estabilización

Las cláusulas de 'estabilización' son instrumentos legales que los inversionistas extranjeros usan con cierta frecuencia para manejar los denominados 'riesgos no comerciales'. Normalmente se usan en contratos con países anfitriones donde existe incertidumbre política, regulatoria o institucional o cuando las normas que abordan los impactos potenciales de la inversión aún no se han elaborado. De hecho, las cláusulas de estabilización operan comprometiendo a los gobiernos anfitriones a no iniciar acciones o a no modificar su sistema legal en una dirección que afecte negativamente al proyecto de inversión. Si un gobierno que es parte de una cláusula de estabilización quiebra el compromiso, es probable que se le exija pagar una compensación. Con la mayor atención que están poniendo los gobiernos de diversos países a los temas ambientales y sociales, éstos ámbitos de las políticas públicas también se han incorporado a la gama de mecanismos de estabilización de los contratos de inversión extranjera, junto con otras áreas de 'estabilización' de larga data como las leyes tributarias. Incluso cuando la cláusula de estabilización se enfoca específicamente en el riesgo de que los proyectos de inversión extranjera sean 'expropiados' por parte del gobierno anfitrión (como por ejemplo sucede en el modelo

de acuerdo minero de Mali), los avances en arbitraje internacional pueden hacer que tales cláusulas tengan un alcance mucho mayor del que parecían tener a primera vista. Algunos fallos arbitrales recientes, en especial en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por sus iniciales en inglés), han demostrado la voluntad de los árbitros de ampliar el concepto de expropiación más allá de la nacionalización u otras medidas gubernamentales hasta incluir medidas ambientales que tienen un significativo impacto en la competitividad o viabilidad de los proyectos de inversión.

El legado que deja una forma particular de acuerdo de estabilización es actualmente materia de considerable polémica en Chile. Después del golpe militar de 1973, el gobierno del general Pinochet comenzó a hacer frente a la reticencia que mostraban las compañías extranjeras para invertir en Chile, sobre todo las del sector minero cuyos intereses previamente habían sido expropiados. El 'Decreto Ley 600' de 1974 fijó una serie de beneficios tributarios y garantías para los inversionistas extranjeros. Los inversionistas extranjeros que se beneficiaban con la ley estarían protegidos gracias a un contrato firmado con el Estado. Debido a la particular forma del contrato, éste no podía modificarse sin el consentimiento del inversionista. E incluso en ese caso, toda modificación debía sortear las mismas exigencias que una modificación constitucional. El efecto, en términos prácticos aunque no legales, es situar a los inversionistas extranjeros al mismo nivel que el Estado soberano. Uno de los principales aportes de la inversión extranjera al desarrollo de los países más pobres, en el nivel macro, se encuentra en su capacidad para generar ganancias de los impuestos. Pero es significativa la presión que afecta a países con niveles de ingreso medios y bajos y que los lleva a competir en una carrera por atraer la inversión extranjera rebajando los impuestos.

El debate actual en torno a la reforma tributaria de la minería en Chile surge tras la mayor conciencia pública ante los sostenidos bajos niveles de impuestos que pagaban las compañías mineras que invierten en el país. Las empresas transnacionales que controlan más del 60% de la industria de la minería en Chile aportan menos del 25% de la carga tributaria. En la última década, las compañías extranjeras que invirtieron en Chile han exportado cobre por un valor que supera los US\$43 mil millones, en circunstancias que han aportado impuestos por una cifra inferior a los US\$270 millones¹. Las propuestas del gobierno apuntan a aplicar sofisticadas estrategias contra la evasión tributaria y a elevar los pagos por concepto de royalty sobre el ingreso generado de la venta de productos mineros. Las propuestas contemplan un método de fases para las inversiones que actualmente están protegidas por el 'Decreto Ley 600'.

Las repercusiones legales de las cláusulas de estabilización generan controversia, pero los árbitros tienden a interpretarlas como instrumentos que crean compromisos con fuerza legal que deben ser respetados por el país en cuestión. En muchos casos, este tipo de cláusulas se ven reforzadas por las disposiciones de acuerdos bilaterales de inversión que comprometen a los estados que forman parte del acuerdo a cumplir con los contratos de inversión que suscriban con

1 Jorge Lavanderos Illanes (2003), *Royalty, regalía o renta minera (lo que Chile no cobra)*. Santiago de Chile: Impresos y Editorial Lafken Ltda, p132.

particulares del otro estado que participa del acuerdo ('cláusula general'). En algunos contextos, se presentan cuestionamientos legales en torno a la constitucionalidad de las cláusulas de estabilización, y a la legitimidad que tiene la suscripción de ésta por parte de un estado.

● Cláusulas sobre elección del sistema legal

El efecto de las cláusulas de estabilización puede verse reforzado por cláusulas que definen qué sistema legal rige el proyecto. En ocasiones, estas cláusulas 'internacionalizan' el contrato, de tal modo que las partes que los suscriben se rigen por un sistema legal diferente del que opera en el país anfitrión. Más polémico aún es el hecho de que estas cláusulas de 'elección del sistema legal' pueden estipular que las leyes del país anfitrión serán válidas para determinado contrato con la excepción de ciertos cuerpos legales específicos. El 'Tercer Acuerdo Maestro' de la Represa Chalillo en Belice desestima 'todas y cada una de las leyes, normas y regulaciones ambientales', en vigencia o nuevas, excepto aquellas a las que el inversionista específicamente acepta someterse.

● Cláusulas sobre la aplicación de normas

En algunos casos, los contratos de inversión contienen cláusulas que definen la gama de normas, aparte de las del país anfitrión, que habrán de regir el proyecto. Estas pueden incluir referencias a 'buenas prácticas de la industria', o incluso a normas de otro país. El peso de estas disposiciones (que incluyen en particular la claridad con que puedan identificarse los principales compromisos derivados de tales cláusulas) y la pertinencia de éstas son asuntos de especial interés.

● Disposiciones sobre participación local en el proyecto

La calidad de los beneficios en términos de desarrollo económico local que genera un proyecto de inversión extranjera puede depender de los tipos de oportunidades económicas que el proyecto entregue a la comunidad local. En este punto, los estados anfitriones pueden orientarse a elevar su aporte al proyecto a través de bienes y servicios producidos a nivel local, mientras que los inversionistas extranjeros posiblemente pretendan aumentar su nivel de libertad para decidir de dónde obtener bienes y servicios, o contratar trabajadores, de la fuente que les parezca más adecuada.

● Disposiciones relacionadas con los derechos de propiedad

Los contratos de inversión extranjera en algunos casos incorporan los derechos de propiedad, con consecuencias directas para quienes posean derechos de propiedad cercanos a los proyectos de inversión propuestos. Por ejemplo, los gobiernos de países anfitriones en algunas ocasiones incluyen en los contratos de inversión garantías

para los inversionistas extranjeros en cuanto a que los terrenos destinados al proyecto no presentan ningún conflicto por derechos de propiedad.

Los impactos indirectos de los contratos de inversión extranjera

Los contratos de inversión extranjera pueden presentar muchos impactos indirectos asociados, además de los impactos directos derivados de los términos de los contratos propiamente tal. Entre los más severos figuran los casos de la Represa Chalillo de Belice y la concesión para exploración de petróleo en el Parque Nacional Kirthar de Pakistán otorgada a Shell-Premier. Ambos casos estuvieron relacionados con cambios legislativos con el objetivo expreso de eliminar barreras legales a los proyectos de inversión.

El proyecto de la Represa Chalillo fue elogiado por el Gobierno de Belice como una solución para la seguridad energética del país y para reforzar la baja productividad de la Represa Mollejón. Belice satisface sus necesidades energéticas con plantas generadoras a diesel, con la importación de petróleo y con la energía que produce una central hidroeléctrica en el río Macal en Mollejón. Además, casi la mitad de las necesidades energéticas del país se satisfacen en el marco de un contrato preferencial con México, que permite la adquisición de electricidad sobrante (sobre todo de unas instalaciones de gas natural en la región de Yucatán). El Gobierno de Belice intentó conseguir apoyo público para la construcción de una segunda represa y reserva en el Río Macal en Chalillo, planteando que el suministro desde México podía detenerse por decisión del gobierno mexicano, lo que dejaría a Belice totalmente en manos de una fuente de energía externa. La construcción de la represa implicaría inundar cerca de diez kilómetros cuadrados de tierras que anteriormente habían sido declaradas áreas protegidas por el gobierno de Belice. La zona se había descrito como una de las regiones con mayor riqueza y diversidad biológica de América Central. El Gobierno de Belice dio su aprobación a la represa. Mientras que como último recurso la demanda antes rechazada que cuestionaba la evaluación de impacto ambiental pasaba a la máxima corte de apelaciones de Belice (el Consejo Privado en el Reino Unido), el Gobierno proponía una ley que garantizaba el futuro del polémico proyecto, a pesar de lo que cualquier corte o tribunal de donde fuere pudiera señalar al respecto. La sección 4(d) de la Ley Macal River Hydroelectric Development, 2003 señala:

Para evitar dudas y para mayor claridad, [la empresa Belice Electric Company Limited] estará a cargo del diseño, financiamiento, construcción y operación del Proyecto Chalillo ... a pesar de cualquier resolución, orden o declaración de cualquier corte o tribunal, que con anterioridad o posterioridad se resolviera o dispusiera.²

A raíz de lo anterior se desencadenó una serie de

2 [F]or the avoidance of doubt and for greater clarity, [the Belize Electric Company Limited] shall proceed with the design, financing, construction and operation of the Chalillo Project ... notwithstanding any judgment, order or declaration of any court or tribunal, whether heretofore or hereafter granted, issued or made.

protestas en la prensa nacional. La ley fue aprobada y posteriormente derogada tras el dictamen desfavorable del Consejo Privado. Sin embargo, la construcción de la Represa Chalillo ya había comenzado.

En Pakistán, algunas organizaciones no gubernamentales presentaron sólidos argumentos legales en contra de la exploración de petróleo que realizaba Shell-Premier en el Parque Nacional. Sus argumentos se apoyaban en la legislación provincial del estado de Sindh. La Sección 15 de la Ordenanza sobre Flora y Fauna de Sindh prohibió las actividades que pudieran alterar o dañar la flora y fauna local en todas las zonas designadas Parque Nacional. También prohibió *'la tala u otro tipo de alteraciones en terrenos para actividades agrícolas, mineras o de cualquier otro tipo'* al interior de un Parque Nacional. A pesar de la aparente ilegalidad de su estrategia, el Departamento de Industrias de Sindh, según se ha informado, envió en 1996 un oficio de *'no objeción'* para la exploración de petróleo al interior del Parque. Al año siguiente y en contradicción con el oficio de *'no objeción'*, la prohibición de la actividad minera se vio reforzada a través de una notificación del Gobierno de Sindh.

Las ONGs locales se prepararon para montar una ofensiva legal en contra de las exploraciones de Shell-Premier. Sus esfuerzos se vieron frustrados en el año 2001, cuando el Gobernador de Sindh (quien antes había sido Director de Shell-Premier) modificó la Ordenanza de Protección a la Flora y Fauna de tal modo que no fuera aplicable a *'aquellas actividades que se realizan en un parque nacional relacionadas con la exploración o producción de petróleo o gas y que se lleven a cabo en conformidad con una evaluación de impacto ambiental'*. La notificación del Gobernador tuvo el efecto de legalizar la exploración en la medida que se cumplieran las exigencias impuestas por una evaluación de impacto ambiental.

Los inversionistas de Shell-Premier y posteriormente sus sucesores habían cerrado sus operaciones en el Parque Nacional Kirthar a fines de 2004 después que los pozos exploratorios arrojaran resultados negativos. La legislación diseñada para facilitar la inversión del proyecto es su legado. Y ahora que se han eliminado los obstáculos legales para posteriores exploraciones, el gobierno central de Pakistán, según se ha informado, ha recibido expresiones de interés de numerosas compañías extranjeras que buscan obtener nuevas licencias de exploración.

Los contratos de inversión extranjera tienen también más impactos indirectos. Un ejemplo es la línea férrea Dakar-Níger con sus 1.288 km de largo, que va desde Koulikoro, a orillas del río Níger en Mali, hasta el puerto de Dakar en la costa del Atlántico. Para los habitantes de la región de Kayes en Mali, la línea del tren es la principal conexión con el resto del país. La línea férrea era controlada por compañías públicas que eran propiedad de los gobiernos de Mali y Senegal, hasta que graves circunstancias económicas llevaron a ambos gobiernos a considerar la privatización mediante el sistema de concesiones. Tras varios años de negociación, en septiembre de 2003, se entregó una concesión a Transrail SA. Transrail es una compañía privada, con fines de lucro y de responsabilidad limitada de acuerdo con las leyes de Mali, y su estructura de propiedad incluye a los gobiernos de Mali y Senegal, a los empleados de la empresa creada para

operar la línea, y un inversionista canadiense, Canac, que pertenece a Canadian National Railway Company.

A partir de la privatización, la nueva compañía ha priorizado los servicios de carga por sobre los de pasajeros. Ello se ha traducido en menores oportunidades para que los ciudadanos se desplacen libremente, lo que genera frustración entre la población afectada y posibles efectos negativos para el desarrollo socio-económico de la región. Aunque el acuerdo de concesión se refiere expresamente a desarrollar servicios de pasajeros, la implementación de esta cláusula parece no haber tenido mayor prioridad para el inversionista. Estos asuntos se podrían haber tratado de mejor manera, ya sea en la legislación que rige la privatización o en los términos en que se definió la concesión propiamente tal; por ejemplo, a través de mecanismos más efectivos para solicitar al inversionista que rinda cuentas ante un eventual incumplimiento de contrato. El equilibrio al que a la larga se llegó puede haber sido la única manera de garantizar un futuro para la línea férrea. Pero sin una cabal transparencia en las negociaciones, es difícil verificar esta conclusión.

Algunos contratos de inversión extranjera generan grandes impactos en los derechos de propiedad o en los medios de subsistencia de las comunidades locales. En Ghana, por ejemplo, un sub-producto clave de los acuerdos mineros ha sido la toma de terrenos y el daño a la propiedad asociada con la actividad minera. La legislación dispone el pago de compensaciones ante la violación de derechos relacionados con la superficie de los terrenos y la apropiación de los mismos. Pero incluso quienes ejercen la actividad de la minería concuerdan en que los niveles de las compensaciones son inadecuados. Un número significativo de las demandas presentadas ante el Tribunal Supremo de Ghana en Tarkwa, una ciudad minera de importancia, corresponden a causas de incumplimiento en el pago o pagos de compensaciones inadecuadas.

En la mayoría de los países africanos, sólo una pequeña proporción de las tierras de zonas rurales está registrada o posee títulos de dominio. La mayoría de los agricultores africanos obtienen acceso a tierras a través de derechos tradicionales, los que rara vez cuentan con una protección adecuada de parte de los sistemas legales de los distintos países. Aunque algunos países, incluyendo Mali, han adoptado un enfoque legislativo que garantiza una mayor sensibilidad a estas realidades locales, muchos otros aún no lo han hecho, lo que aumenta la posibilidad de que esfuerzos físicos destinados a *'despejar el camino'* a la inversión extranjera o a garantizar libre acceso a los inversionistas extranjeros mediante contratos de inversión extranjera vayan a generar dificultades entre la comunidad local.

Este tipo de impactos indirectos resultan estar relacionados con los contratos de inversión extranjera. Pero los problemas tienen una importancia mayor, ya que son el reflejo de problemas sistemáticos que se presentan en la manera como se regula la inversión extranjera directa. Esperamos que nuestros esfuerzos por comprender los más amplios impactos de los contratos de inversión extranjera generen valiosos aportes para otros actores que analizan con un enfoque más amplio las repercusiones que tiene la inversión extranjera directa en el desarrollo sustentable.

¿Qué acciones se necesitan después?

Este informe ha destacado una variedad de preocupaciones referidas a la inversión extranjera directa que se rige por contratos de inversión extranjera. Los asuntos específicos destacan por una falta generalizada de transparencia en la negociación y en las formas para acceder a estos contratos de inversión extranjera, por la tendencia a favorecer la resolución de disputas en tribunales internacionales de arbitraje y no en las cortes nacionales, y por su potencial de debilitar los objetivos de las políticas públicas relacionadas con el desarrollo sustentable.

Junto con una mayor transparencia, será necesario elaborar nuevos instrumentos que faciliten el control y la evaluación de los contratos de inversión extranjera a través del lente del desarrollo sustentable, y que se vinculen con disposiciones que permitan la revisión de los contratos de inversión extranjera.

Algunas de estas inquietudes pueden abordarse haciendo modificaciones en los términos de los propios contratos. Otras podrían abordarse de mejor manera haciendo cambios en la legislación de los países anfitriones vinculados al proyecto, o mediante gestiones de parte de los países anfitriones que aseguren que las corporaciones multinacionales con oficinas en sus territorios mantengan una conducta apropiada. Las instituciones financieras internacionales y otros actores que aportan el financiamiento necesario para que las negociaciones sigan adelante también constituyen importantes puntos de influencia. Las condiciones que fijan para la repactación de préstamos pueden afectar de manera fundamental la estructura de los propios contratos de inversión extranjera, pero también pueden servir para mejorar los términos de los contratos adjuntando condiciones sociales y ambientales a la entrega de financiamiento. Para abordar algunos de estos asuntos, y para evaluar qué es comercialmente factible se necesitarán sólidos análisis económicos respecto de los términos de diferentes negociaciones.

Lo que tenga el mayor sentido a la hora de fortalecer el aporte de los contratos de inversión extranjera al desarrollo sustentable será diferente de un sector a otro, de un país a otro y de un proyecto a otro. Esta es una razón por la cual es

importante evaluar las repercusiones en materia de desarrollo sustentable de estos acuerdos desde el inicio, aplicando una mezcla de conocimiento político y práctico tanto del país anfitrión como del país huésped. Nosotros trabajaremos en alianzas con la sociedad civil, la empresa, las instituciones financieras y los gobiernos para alcanzar un equilibrio entre una transparencia total y la confidencialidad comercial de tal modo que se satisfagan las necesidades del desarrollo sustentable. Vamos a generar un conocimiento mayor de los diferentes tipos de contratos de inversión extranjera, de las razones por qué se utilizan, y de las tendencias legales y económicas a nivel global y sectorial. Apoyaremos nuestras recomendaciones en un conocimiento de las realidades comerciales y los impactos locales. Y finalmente utilizaremos una mezcla equilibrada de investigación, defensa y participación para tener certeza de que los contratos de inversión extranjera hagan el mejor aporte posible al desarrollo sustentable. ●

Más información

Para obtener mayor información sobre este proyecto y nuestros planes para los próximos tres años, por favor póngase en contacto con la coordinadora del proyecto, Halina Ward, halina.ward@iied.org, o con los siguientes puntos de contacto para los países que se indican: en Chile, Hernán Blanco, hblanco@rides.cl o Bernardo Reyes, bjreyescl@yahoo.com; en Ghana, Nii Ashie Kotey, enakotey@yahoo.com; en Mali, Moussa Djiré, djiremous@yahoo.fr; en Pakistán, Shaheen Rafi Khan, shaheen@sdpi.org. Los socios del proyecto desean agradecer a Candy González (belpobz@starband.net) por su colaboración y apoyo en las etapas iniciales de nuestro trabajo.

Donantes

La elaboración de este documento informativo y la investigación en que se basa han sido posibles gracias al apoyo financiero de la Agencia Internacional Sueca de Cooperación para el Desarrollo, la Agencia Noruega de Cooperación para el Desarrollo, y el Joseph Rowntree Charitable Trust.