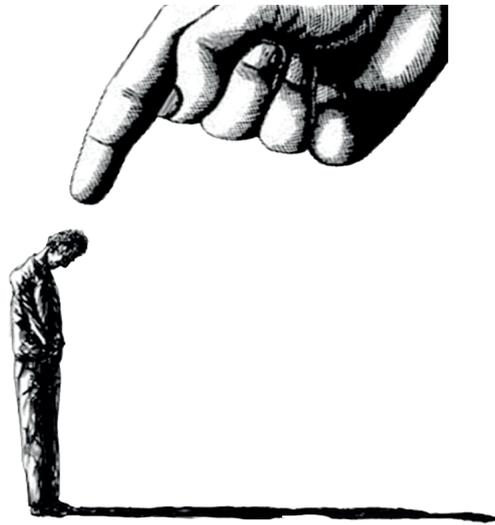




**“CULPABLE
HASTA QUE SE
DEMUESTRE LO
CONTRARIO”:**

AMENAZAS Y DEMANDAS DE
EMPRESAS TRANSNACIONALES
A LAS POLÍTICAS
PÚBLICAS EN URUGUAY



**“CULPABLE
HASTA QUE SE DEMUESTRE LO CONTRARIO”:**

AMENAZAS Y DEMANDAS DE EMPRESAS TRANSNACIONALES A
LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN URUGUAY

NATALIA CARRAU – REDES-AT

DICIEMBRE 2017



Introducción

La lógica del libre comercio y la liberalización de las inversiones cuestiona directa e indirectamente el papel y el alcance del Estado. Lo hace a través de incidir en numerosos instrumentos: legislación nacional, regional, internacional y multilateral, apelando a normativas específicas que regulan temáticamente y a nivel sectorial.

En este proceso, los primeros síntomas de afectación en la capacidad del Estado para actuar se hacen evidentes a través de la restricción que sufre la política doméstica. Ésta encuentra en las políticas públicas su expresión más directa. Las políticas públicas se traducen en leyes, decretos, reglamentaciones o regulaciones. No siempre se trata de una política constituida, con infraestructura y/o arreglos institucionales generados para llevarla adelante o un equipo técnico que la ejecuta en el territorio. A menudo se tratan de políticas que solapan diferentes niveles de gobierno y combina diferentes carteras y, que eventualmente entran en tensión con otras políticas que se dirigen a promover las inversiones y proteger a los inversionistas.

La agenda de derechos que los gobiernos del Frente Amplio han expandido y potenciado se puede ver expresada en diversas políticas públicas con diferentes niveles de desarrollo y complejidad. Como lo demuestran muchas declaraciones públicas de autoridades, la importancia de implementar políticas también está relacionada con la necesidad de instrumentar materialmente esa agenda de derechos.

Las políticas públicas ofrecen una trayectoria a una línea de trabajo, un programa de gobierno o una plataforma programática. También establecen mecanismos concretos para hacer efectivos ese programa en la práctica. Contar con políticas públicas que regulen y controlen actividades, promuevan buenas prácticas, establezcan estándares y criterios que, en conjunto, busquen asegurar el interés y bienestar público general y los derechos de la población, constituye parte medular de un gobierno.

Es sumamente complejo medir con precisión hasta dónde los instrumentos internacionales de comercio e inversiones inciden modificando e interviniendo la política doméstica. Al mismo tiempo, estos instrumentos son considerados legítimos al ser sancionados en plena soberanía. Sin embargo, cuando se disparan los mecanismos previstos que protegen la inversión o al inversionista, se pueden apreciar los movimientos e intervenciones que suelen impactar en las políticas públicas.

La restricción a la actuación del Estado puede operar ex post. Es decir, una vez implementada la política pública, ciertas líneas de acción e intervención se interpretan en tensión con el derecho del mercado o el derecho de los inversionistas (amparados en estos instrumentos). La restricción también

puede operar ex ante dando lugar a lo que habitualmente se conoce como el efecto de “enfriamiento regulatorio”.

La tensión presiona los derechos consagrados en los entramados jurídicos nacionales de los países y protegidos por la gobernanza global: Derecho a la Alimentación, Derecho a la Salud, Derecho a la Información, Derecho a un Medio Ambiente adecuado, entre otros.

Bajo este esquema se configura una asimetría que puede calificarse de escandalosa: los Estados, entidades sometidas al escrutinio público, al voto democrático de ciudadanos/as, a las obligaciones de garantizar y respetar los derechos, quienes deben rendir cuentas frente a la población pero también frente a diversos tribunales, son llevados a juicio por actores que operan en el ámbito privado transnacional, quienes desde la órbita del mercado reclaman por la defensa de sus derechos individuales, derechos privados, derechos de mercado, asociados a la propiedad.

No importa cuántos instrumentos internacionales los Estados pueden negociar y firmar para la promoción de las inversiones. Ninguno de ellos debería ni directa ni indirectamente cuestionar la política doméstica. Y si esto ocurriera, valdría la pena denominar de forma diferente las esferas de actuación de los actores y redefinir los escalafones en donde colocamos a los Estados en la arena internacional, reconociendo de ese modo, que los Estados no ocupan un lugar de jerarquía y que quienes diseñan las reglas de juego son actores privados y transnacionales: empresas transnacionales (ETN).

En los siguientes apartados se analizan dos esferas de impactos específicos sobre políticas en Uruguay. Por un lado, las Amenazas que podemos observar cuando las ETN comienzan a configurar un caso a su favor y llevan adelante determinadas estrategias y acciones para establecer su posición y sus argumentos frente a la política doméstica. Analizaremos en particular cuatro casos de Amenazas a determinadas políticas y los elementos más importantes de los mismos. El apartado finaliza con una Tabla Resumen que concentra los elementos claves de las amenazas.

Por otro lado, las Demandas que configuran el destino “natural” de la amenaza cuando no se obtienen modificaciones en las políticas cuestionadas o cuando los resultados a las acciones en tribunales domésticos no tienen el resultado esperado por parte de las ETN. El apartado finaliza con dos Tablas Resumen que reflejan tanto las políticas públicas y los derechos afectados, como los instrumentos internacionales utilizados y las cláusulas consideradas como violadas por las políticas.

También parece importante detenerse a observar los sectores económico-productivos afectados en el caso de Uruguay. Muchos de los casos se enmarcan en sectores fundamentalmente extractivos, agroalimentarios o, en el ámbito de la actividad comercial que también es objeto de regulación por parte del Estado.

Es importante poder observar el tipo y cantidad de Derechos afectados. De lo contrario, parecería que esta temática cons-

tituye simplemente objeto de controversia comercial, de actores privados que ven vulnerado su derecho a la propiedad privada. El relato construido a partir de la teoría económica dominante legitima el derecho de la propiedad privada, el derecho del inversionista por la obtención de su lucro y, al mismo tiempo, invisibiliza los derechos humanos que las políticas públicas y la soberanía del Estado buscan promover, garantizar y respetar.

AMENAZAS

En la trayectoria de las amenazas operan diferentes restricciones al accionar del Estado, las políticas en cuestión y los derechos humanos. La principal ventaja de analizarlas es poder corroborar los “modus operandi” que habitualmente utilizan las ETN para configurar su caso. Asimismo, aporta información sobre la perspectiva y racionalidad desde la cual se paran los inversionistas frente a las políticas públicas, los derechos humanos y la soberanía del Estado para regular y legislar.

1. ETIQUETADO DE ALIMENTOS CONTENIENDO TRANSGÉNICOS / Sector Agroalimentario

Los transgénicos son definidos por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) como *“cualquier organismo vivo que posea una combinación nueva de material genético que se haya obtenido mediante la aplicación de la biotecnología moderna.”* Estos hacen parte de un paquete tecnológico impulsado por la agroindustria con el objetivo declarado de incrementar la productividad de los cultivos. Sin embargo, existen otros objetivos, no publicitados y más encubiertos que están asociados con la imposición de un modelo de producción de cultivos y alimentos. Las implicancias que tiene este modelo son parte central del debate y controversia que existe alrededor de este tipo de productos tanto para la producción como para el consumo.

Algunos aspectos de este debate inciden en una serie de derechos humanos como: Derecho a la Alimentación Adecuada (DAA), Derecho a la Información (DI) y Derecho del Consumidor (DC). Los aspectos vinculados al DI se relacionan con los consumidores y con las entidades públicas dedicadas al

contralor y regulación de alimentos. Sin embargo, desde un punto de vista más amplio, existen otros derechos vinculados como por ejemplo el Derecho a la Salud (DS) aunque no solamente¹.

La experiencia de etiquetado de alimentos, específicamente el etiquetado de productos conteniendo transgénicos, no es una novedad ni en la región ni en el mundo: *“Más de 60 países, incluyendo la Unión Europea, Corea del Sur, Japón, Australia, India, China y Brasil cuentan con normativas que obligan el etiquetado advirtiendo la presencia de transgénicos.”* (Barreto y Carrau, 2015: 10)

Los cultivos transgénicos para uso comercial más extendidos en América del Sur son la soja y el maíz. En Uruguay estos dos cultivos han sido aprobados² para uso comercial y constituyen además, a nivel regional y mundial, base constitutiva de numerosos alimentos procesados y ultra procesados³ que se encuentran en el mercado nacional.

Por otra parte, los avances tecnológicos por lo general superan con creces el desarrollo de normativa regulatoria y las capacidades institucionales instaladas en los países. Uruguay llevaba un atraso considerable en regulación respecto a todo lo relacionado al medio ambiente y la biotecnología/bioseguridad.

Desde 2008, Uruguay cuenta con una nueva estructura orgánica en materia de Bioseguridad definida como Gabinete Nacional en Bioseguridad (GNBio)⁴, dedicada a la evaluación de riesgo de cultivos que solicitan ingreso al país, control y autorización/rechazo de las solicitudes. Así concebido, el GNBio tiene una relación directa con la regulación en la producción agrícola. Sin embargo, el Decreto N° 353/008 también contemplaría los derechos de los consumidores al establecer la promoción de acciones para implementar un etiquetado voluntario.

Como política pública, el etiquetado busca garantizar el DI y el DC a conocer lo que está consumiendo cuando adquiere determinados alimentos. Basados en esta preocupación y orientados por estos derechos, muchos países implementaron sistemas de etiquetado que ofrecen diferentes niveles de información y diferentes formatos en el diseño de los mismos. De hecho, el etiquetado se enmarca en una línea de trabajo en torno al DAA que se vincula a lo establecido en el programa de gobierno del Frente Amplio 2005-2010 que buscaba crear una Agencia Nacional de Alimentación a nivel nacional.

A nivel subnacional, la Intendencia de Montevideo (IM) aprobó a fines de 2013 el Decreto N° 34.901 que establece

1. Otros derechos involucrados que se pueden mencionar son: derecho ambiental o el derecho al acceso a la tierra.

2. Los eventos transgénicos aprobados son propiedad de empresas líderes a nivel mundial y, como sucede en el resto de la cadena agroalimentaria, existe mucha concentración del mercado lo que equivale a una acumulación también de poder. Este hecho da lugar a importantes asimetrías entre estas ETN y los Estados nacionales cuando se trata de regulación y contralor.

3. Si se observan los componentes e ingredientes de una gran variedad de productos procesados que se encuentran en todas las grandes superficies de mercados, se encontrará que la enorme mayoría poseen componentes derivados de la soja o el maíz (frankfruters, enlatados derivados de la carne bovina, porcina y avícola, harinas procesadas de diversa índole, productos con harinas de maíz, productos lácteos, panificados de diverso tipo, entre otros).

4. La estructura está compuesta por cuatro espacios principales diferenciados por jerarquía, competencias y complementarios en cuanto a roles y técnicos. Involucra en sus diferentes espacios representantes de diferentes ministerios e instituciones.

como obligatorio el etiquetado de productos alimenticios con contenidos transgénicos: “los alimentos que han sido manipulados genéticamente o que contienen uno o más ingredientes provenientes de éstos que superen el 1% del total de cada ingrediente considerado individualmente, deberán ser etiquetados especialmente conforme lo dispuesto en las presentes normas.”⁵ El Decreto se ampara en la competencia soberana de la IM de regular y controlar la venta de alimentos en locales comerciales⁶. La entrada en vigencia de la reglamentación se estableció para el 1 de Enero de 2015.

A pesar de los marcos legales que amparaban a la IM a implementar esta política, una de las primeras dificultades a las que se enfrentó la política fueron los cuestionamientos surgidos del ámbito empresarial. Hacia finales de 2014, empresas importadoras de alimentos y luego cámaras empresariales de alimentos ingresaron notas tanto a la IM como a través de Cancillería. En el caso de Pepsico y Nestlé que cursaron notas directamente a la IM, las mismas cuestionaban la legitimidad del gobierno departamental para establecer un etiquetado obligatorio, teniendo en cuenta que el Decreto N° 353/008 que crea el GNBio establecía la promoción de acciones para la implementación de un etiquetado de carácter voluntario⁷.

En el caso de las “protestas” llegadas a Cancillería, en medios de prensa se informó que las mismas provinieron de Argentina de parte de una de las cámaras de productos alimenticios que comercian con importadores de Montevideo. Además de solicitar los decretos departamentales que regulan el etiquetado y los fundamentos para su implementación, estos actores también comunicaron “las dudas que despierta en los empresarios la validez jurídica de una norma de menor rango que modifique las reglas de juego establecidas por un decreto de alcance nacional, que dejaba en libertad al empresario para informar o no al consumidor cómo se compone lo que quiere comprar.”⁸

La consulta en tono de “protesta” como menciona la nota de prensa pareciera haber llegado a Cancillería porque “el etiquetado es percibido como una suerte de barrera no arancelaria y, por tanto, pasible de ser denunciada ante los orga-

nismos de integración regional que dirimen estas cuestiones.” La nota de prensa es aún más explícita en la presunción de represalias contra el país por implementar esta política al señalar que: “El eventual inicio de demandas ante la Organización Mundial del Comercio forma parte de los escenarios posibles que maneja la comuna y, en caso de efectivizarse, se afrontará con la certeza de que el gobierno de Montevideo dispone de las facultades suficientes y el respaldo jurídico como para defender su política en favor de respetar y hacer cumplir los derechos de los consumidores.”⁹

Otras reacciones fuera de fronteras provinieron de la Cámara Costarricense de la Industria Alimentaria (CACIA) que en Enero de 2016 “solicitó al servicio de Comercio Exterior (Comex) que Costa Rica eleve su preocupación comercial ante el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) de la OMC “por ser un reglamento que carece de sustento científico y que dificulta la transacción de mercancías entre los países.” Según la información en prensa, la CACIA consideró dejar clara su posición afirmando que el problema que observan es que Uruguay y su normativa podría servir de referencia para que otros países de América Latina establecieran reglamentaciones similares.¹⁰

En agosto de 2015, luego de haber asumido las nuevas autoridades departamentales derivadas de las elecciones de Mayo 2015, diversas noticias de prensa informaron que la política de etiquetado estaría suspendida por tiempo indeterminado. En ese momento no parecieron haber muchos argumentos públicos que sostuvieron con claridad por qué las nuevas autoridades de la IM decidieron suspender la medida. Por un lado, autoridades de la IM sostuvieron públicamente que la voluntad era revisar el decreto en coordinación con el gobierno nacional y no derogarlo: No estamos pidiendo derogar el decreto, queremos revisarlo y ponernos a tono con el gobierno nacional”¹¹.

En ese sentido, estaría primando las diferencias entre ciertas carteras del ejecutivo nacional en relación al carácter obligatorio de un etiquetado, y no los pronunciamientos expresados en párrafos anteriores, de parte de ETN y gremiales empresariales respecto a la medida. Al mismo tiempo y

5 . La letra original del Artículo D.1774.83 del Decreto N° 34.901 de 2013 establecía el “1% del total de componentes”. Posteriormente, en el Decreto N° 35.099 de 2014, el texto fue sustituido. La normativa excluye específicamente los alimentos comercializados en restaurantes y las levaduras u otras enzimas.

6 . Esta competencia está dispuesta en la Ley Orgánica Municipal que recae sobre la Dirección de Desarrollo Social y dentro de ésta, en la Dirección de Salud de la IM. Además, la IM desarrolló infraestructura institucional con unidades específicas para el desarrollo y ejecución de esta competencia. La IM es el único gobierno subnacional con capacidad analítica y de infraestructura para controlar la aplicación de una norma de estas características. Cuenta con un convenio con la Facultad de Ciencias para la realización de análisis para determinar los componentes transgénicos en alimentos, un cuerpo inspectivo y laboratorios. Estos hechos justificaban también que la IM llevara adelante un etiquetado obligatorio.

7 . La IM dio respuesta a las preocupaciones planteadas por las empresas y comenzó un proceso de diálogo con todas aquellas empresas que establecieran dificultades operativas para adecuarse a la reglamentación. Según Anzalone, se abrieron instancias de diálogo previo y posterior a la aprobación del Decreto. Durante el proceso de reglamentación también se abrió al diálogo con diversas instituciones y con empresas. Los argumentos esgrimidos por las empresas fueron de tipo operativo y otros de fundamentos sobre el desacuerdo con la norma. Respecto a los argumentos operativos, algunas empresas plantearon tener dificultades para implementar la medida porque los alimentos son muy pequeños o tenían mucho stock de los mismos y venían del exterior. Otras afirmaron desconocer si los productos contenían o no OGM porque son importadoras o porque no conocían todos los componentes de los alimentos que elaboran. A las cuestiones operativas la IM ofreció que las empresas plantearan las dificultades por escrito, planteando un plazo para poder realizar los ajustes. Si los argumentos son razonables se estudiaría la solicitud y se concederían eventualmente los plazos. Información relevada en entrevista realizada en 2016 a Pablo Anzalone, ex Director de Salud de la IM en la administración departamental 2010-2015 en el marco del Trabajo Final: Carrau, N., “Política de bioseguridad en Uruguay, competencias ministeriales y competencias subnacionales: El caso del Etiquetado de Transgénicos de la Intendencia de Montevideo”, Asignatura Gobierno, Política y Gestión Subnacional – Maestría en Ciencia Política, Facultad de Ciencias Sociales – UdelaR, Feb. 2016.

8 . Nota de Prensa “Difícil de digerir”, Caras y Caretas Edición Online, 8 de Febrero de 2015.

9 . Nota de Prensa “Difícil de digerir”, Caras y Caretas Edición Online, 8 de Febrero de 2015.

10 . Esta preocupación fue establecida por Mónica Elizondo, Directora de Asuntos Científicos y Regulatorios de la Industria Alimentaria. Nota de Prensa “Difícil de digerir”, Caras y Caretas Edición Online, 8 de Febrero de 2015.

11 . Nota de Prensa “Lo mejor es no saber”, Semanario Brecha, 6 de Agosto de 2015. En declaraciones a prensa, las nuevas autoridades afirmaron que las coordinaciones a nivel nacional comenzarían con Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca (MGAP) y con el Ministerio de Salud Pública (MSP) y que también iniciarían un intercambio sobre el tema con otros gobiernos departamentales.

luego de idas y vueltas la imagen del rotulado que tomaría el etiquetado fue modificada también a instancias de planteos de las empresas que percibían que el rotulado definido en la administración anterior inducía al consumidor a una creencia de un alimento negativo para la salud¹².

2. KATOEN NATIÉ / Sector Logística y Puertos

El grupo Katoen Natié llega a Uruguay en 1996 como accionista principal de dos grandes inversiones: la zona franca Zonamérica y la empresa de logística Costa Oriental. Uno de los aspectos tenidos en cuenta por la empresa para instalarse en Uruguay fue el régimen de puerto libre consagrado en la Ley N° 16.246¹³. Según información institucional de la misma empresa el marco legal vigente en Uruguay fue considerado “necesario para almacenar, procesar, agregar valor y distribuir sus productos desde y hacia cualquier parte del mundo desde un puerto libre ubicado en la puerta de entrada de la principal hidrovía del sur de América.”¹⁴

En 2001, Katoen Natié obtiene un llamado a licitación para la concesión por un plazo de 30 años de la terminal de contenedores del puerto de Montevideo. Los términos de contrato establecieron que la empresa poseería un 80% del paquete accionario, mientras que el Estado, de la mano de la Administración Nacional de Puertos (ANP) controlaría el restante 20%. Las tareas de operación y administración de la terminal quedan bajo responsabilidad de Katoen Natié.

En septiembre de 2007, la empresa presenta un proyecto para ampliar la Terminal Cuenca del Plata (TCP) ante el Banco Europeo de Inversiones (BEI) el cual le es otorgado en Diciembre de ese mismo año por un total de 28.3 millones de euros. (Carrau y Valdomir, 2009: 41) En este caso, el BEI jugará, llegado el momento, un papel fundamental a favor de la empresa, subrayando los argumentos de “daño” y “perjuicio” de la inversión de Katoen Natié, en la que estaban directamente involucrados como financiadores. No se trata de un hecho aislado. Muchos emprendimientos de inversiones en el extranjero reciben fondos públicos nacionales o regionales de los países/regiones de origen del inversionista. Por tanto, los intereses de las ETN como inversionistas son defendidos también por importantes financiadores que derivaron recursos públicos para que esa inversión se lleve adelante.

Durante el primer gobierno del Frente Amplio (2005-2010) se anuncia la posibilidad de expandir la terminal de conte-

nedores construyendo una segunda terminal a través de una nueva licitación. El argumento detrás de este anuncio se basó en los pronósticos de aumento de la actividad económica los cuales exigirían una mayor infraestructura portuaria. El anuncio disparó las críticas de Katoen Natié. En ese momento Katoen Natié sostuvo que la construcción de esta segunda terminal de contenedores le perjudicaría económicamente por la competencia que implicaría y, que no estaba previsto en los términos establecidos en el contrato inicial. La empresa consideraba por tanto que Uruguay estaba incumpliendo con los términos del contrato y por tanto podría ser demandado internacionalmente.

Si bien el llamado a licitación para la nueva terminal se realizó, éste fue considerado desierto y Katoen Natié no avanzó en sus amenazas. A pesar de que la amenaza no llegó a su destino natural que es la demanda ante un tribunal arbitral internacional, es interesante reparar en el modus operandi llevado adelante por la empresa. Katoen Natié no solo amenazó con demandar al país amparándose en el supuesto incumplimiento del contrato por parte del Estado sino que además salió a la opinión pública planteando claramente su posición y argumentos respecto a la situación. Para ello se valió de una agresiva estrategia de comunicación en donde pautó publicidad y además desarrolló su visión y posición en diferentes espacios en medios de comunicación.

Las expresiones del BEI respecto al perjuicio que sufriría Katoen Natié debido a la construcción de una segunda terminal especializada son elocuentes: “podría comprometer la motivación de TCP para seguir invirtiendo”, ocasionaría “un daño severo e innecesario al plan de negocios de TCP, lo que pondría en riesgo su capacidad de hacer frente a sus obligaciones”. El BEI sostuvo estas expresiones en una comunicación dirigida al entonces Ministro de Economía Danilo Astori, luego de que no tuviera frutos un encuentro celebrado entre representantes del BEI para América Latina y el entonces Ministro.¹⁵

En el momento de esta comunicación (Junio 2008), las autoridades de TCP afirmaron su voluntad de iniciar un arbitraje internacional contra Uruguay si se mantenía la decisión de adjudicar una nueva terminal especializada.¹⁶ La comunicación del BEI es relativamente extensa y precisa respecto a sus consideraciones como financistas de Katoen Natié, respecto a la decisión del gobierno: “En lo que respecta a la política portuaria del gobierno uruguayo, no tenemos elementos que nos aseguren que la implantación de un segundo operador privado en las circunstancias actuales fuera a ser beneficioso para el puerto de Montevideo.”

12. Al respecto del rotulado definido en la administración departamental del periodo anterior, la Directora de Desarrollo Social de la IM, Fabiana Goyeneche sostuvo que: “Desde el gabinete de bioseguridad y desde la industria alimentaria se planteaba que en realidad no era de fácil interpretación el triángulo amarillo, como que daba la sensación de peligro, y la gente lo que menos interpretaba era que tuviera organismos genéticamente modificados [...] Por lo tanto, se pensó “en una etiqueta diferente, que no indujera a error pero que señalara con claridad qué era lo que estábamos informando”, agregó. De común acuerdo con la industria, se estableció que la etiqueta será un círculo con una “T” en negro sobre fondo blanco, y debajo la leyenda: “Contiene organismos genéticamente modificados”. Nota de Prensa “El año próximo, alimentos tendrán etiquetado de transgénicos y de exceso de azúcares, sodio y grasas”, La Diaria, 21 de Noviembre de 2017.

13. La Ley de 1992 consagra la libre circulación en régimen de puerto libre y consigna a la ANP como servicio descentralizado, el contralor del dominio comercial e industrial del Estado en materia portuaria. Esta es una de las tantas leyes parte de un paquete de reformas (algunas llevadas adelante, otras rechazadas por la población) que durante la década del noventa intentaron liberalizar, desregular y abrir en diferentes formatos y espacios servicios y empresas bajo dominio y/o monopolio público.

14. Citado en: Carrau y Valdomir, 2009: 41. Información institucional de la empresa en su sitio oficial: www.terminalcuencadelplata.com.uy. Consultada en 2009.

15. Expresiones citadas en Nota de Prensa, “Dura queja de Banco Europeo a Astori por terminal portuaria”, Últimas Noticias, 19 de Junio de 2008.

16. Nota de Prensa, “Dura queja de Banco Europeo a Astori por terminal portuaria”, Últimas Noticias, 19 de Junio de 2008.

Desde la visión del BEI pareciera ser que las políticas domésticas de un país receptor de un inversionista que cuenta con su financiación, es materia de debate para actores extranjeros. La evaluación sobre la política portuaria en general y en especial la decisión de abrir una licitación para una segunda terminal, debería garantizar, en la visión del BEI, beneficios para todas las partes y no remitirse tan solo a una política de gobierno: “Una decisión que no está bien sustentada con estudios de tráfico podría no resultar en beneficio alguno de mayor actividad para el sistema portuario de Montevideo, pero sí podría hacer un daño severo e innecesario al plan de negocio de TCP, lo que podría poner en riesgo su capacidad de hacer frente a sus obligaciones.”

El juicio de valor de que la decisión gubernamental es equivocada e impone un prejuicio da paso a una exigencia que el gobierno debería cubrir: “[...] estaríamos muy agradecidos si nos pudieran aportar elementos adicionales sobre la propuesta segunda terminal (capacidad, plazo de implementación, tipo de terminal, etc.) que justifiquen en qué medida es posible licitación en esta fase de desarrollo del puerto de Montevideo y de exceso de capacidad, pudiera resultar en un impacto positivo para el sistema portuario. Por otro lado, agradeceríamos una indicación de qué medidas se plantearía el Ejecutivo para minimizar el impacto negativo que una eventual decisión en este sentido podría tener para TCP.”¹⁷ Una de las principales conclusiones respecto a esta polémica instalada por Katoen Natie y el BEI es el derecho que se arrogan las ETN y sus financiadores de “revisar” críticamente las políticas internas de los países donde están instalados y de operar como una especie de “contralor” de que estas políticas no generen o, eventualmente impliquen daños, o perjuicios a la inversión que tienen instalada. Las expresiones utilizadas por las autoridades del BEI evidencian este derecho arrogado.

La estrategia de utilizar presiones directas o indirectas, formales o informales hacia autoridades públicas de un país pareciera ser parte de una política “blanda” típica de las ETN cuando se presenta una tensión con una política o decisión gubernamental. Una política más dura pasa a ser protagonista cuando se instala efectivamente la demanda ante un tribunal arbitral internacional y la construcción del caso y los argumentos ya pasa a ser prerrogativa no solo de las ETN que demandan sino, fuertemente de los bufets de abogados contratados para estos efectos.

Tanto los tribunales arbitrales como los bufets de abogados y los jueces que operan en estas instancias forman parte de los actores asociados al régimen y, como tales, operan para promoverlo, consolidarlo y defenderlo. En este régimen también intervienen bancos regionales o instituciones financieras internacionales que canalizan importantísimos fondos a estas inversiones.

Muchas veces estas instituciones operan con una doble cara: promueven e instalan políticas de ayuda y cooperación en países receptores de inversión del norte global y, a la vez, financian proyectos de inversión de ETN en estos territorios. No existe al momento ningún tipo de instancia de la gobernanza global que dirima las tensiones y conflictos de interés que operan en estas decisiones. Tampoco existe un procedimiento público y accesible que controle las operaciones¹⁸ de las ETN en estos territorios. Cómo estas decisiones impactan en los derechos humanos y en los territorios es una pregunta no respondida a cabalidad pero que sí tiene amplia evidencia empírica de estar ocurriendo, muchas veces en forma muy agresiva.

3. FARMASHOP / Sector Farmacéutico / Salud

Como se expresara en análisis previos de REDES-AT, “La efectividad de la herramienta no siempre está asociada con su uso específico, en muchos casos la mera posibilidad de su implementación genera efectos concretos y a un plazo más inmediato.” (Barreto y Carrau, 2015: 13) Este es el caso del Decreto de “Regulación de la normativa vigente en materia de la actividad de farmacia” aprobado en 2013 por el Poder Ejecutivo de la segunda administración del FA.

El Decreto N° 369/013 buscaba regular la actividad farmacéutica limitando a 15 la cantidad de establecimientos por persona física, jurídica o grupo económico y, prohibía la titularidad de dos o más “Farmacias de primera categoría” en un radio menor a los 1000 metros. Asimismo, prohibía la venta a través de internet, call center e impedía que las farmacias poseyeran un centro de distribución. El objetivo de la normativa se enfocaba en evitar la concentración de mercado (posición dominante de mercado) en una sola firma, afectando de ese modo, la accesibilidad y asequibilidad de los medicamentos para la población.

El Decreto se extiende en sus justificaciones respecto a la medida, aludiendo a los deberes del Estado para con el interés público y la salud pública mencionando específicamente la competencia del Estado en materia de regulación y fiscalización y subrayando las tensiones que se generan cuando colisionan el interés privado orientado al lucro y el interés público sanitario:

“RESULTANDO: I) Que dicha actividad, si bien es desarrollada por particulares al amparo del principio de libertad de trabajo, su fin último no es satisfacer meramente intereses individuales, sino necesidades colectivas, que por sus características ponen en juego el interés trascendente de la Salud Pública;

II) Que dada la importancia de la actividad mencionada, el Estado, en ejercicio de su cometido de policía sanitaria, debe

17 . La comunicación del BEI fue transcripta en su totalidad en la Nota de Prensa, “Dura queja de Banco Europeo a Astori por terminal portuaria”, Últimas Noticias, 19 de Junio de 2008.

18 . Las operaciones no solo refieren a las decisiones comerciales y productivas de las empresas, sino a las decisiones respecto a toda la cadena de producción y las tercerizaciones y contrataciones que ocurren en la misma.

regularla determinando la forma de su ejercicio, imponiendo condiciones técnicas, autorizaciones previas, y ejerciendo las fiscalizaciones correspondientes;

III) Que la realidad actual en la materia ha demostrado que resulta inconveniente al interés de la Salud Pública, que la actividad de farmacia sea ejercida por agentes que por gozar de posiciones dominantes en la misma, puedan alterar algunas de las variables que rigen la dispensación de medicamentos, priorizando elementos ajenos al fin primordial de preservación del bien a tutelar en la especie;¹⁹ (Subrayado propio)

En mayo de 2016, la cadena Farmashop cuyo accionista mayoritario es el fondo inversor Linzor Capital Partners, declaró a medios de prensa que consideran que el decreto infringirá un perjuicio importante para la empresa. Además de anunciar que presentará un pedido de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) afirma que espera que el decreto haya sido una “excepción a la regla” que impone el respeto al inversor en Uruguay²⁰. El Fondo Inversor posee 3 fondos de capital (fondos de pensión, compañías de seguros, entre otros).

En Abril de 2016, durante el procesamiento del pedido de nulidad ante el TCA, la tercera administración del FA modifica las disposiciones derogando el Decreto N° 369/013 y sustituyéndolo por el Decreto N° 96/016 “Regulación de la normativa en materia de la actividad de Farmacia y Derogación del Decreto 369/013”. En el nuevo decreto desaparecen algunas restricciones planteadas para las formas de venta de las farmacias como la venta a través de internet y se modifica la forma de limitar la presencia en el mercado. Ésta pasa de un número absoluto a un porcentaje del mercado y no incluye los depósitos de distribución de las firmas farmacéuticas:

“Artículo 1: *“Ninguna persona física o jurídica, conjunto económico o grupo de sociedades, podrá ser titular de más del 10% (diez por ciento) del total de los establecimientos de Farmacia de primera categoría autorizados por el Ministerio de Salud Pública, sin perjuicio de la facultad del citado Ministerio para denegar la instalación y funcionamiento de establecimientos que infrinjan, por cualquier medio, las reglas de promoción y defensa de la competencia (Ley N° 18.159 de 20 de julio de 2007) en cuyo caso, se actuará en consulta con la Comisión creada por la citada norma.”*

La nueva norma menciona explícitamente en sus primeros párrafos el cuestionamiento del decreto por parte de actores empresariales ante el TCA y la afectación de los derechos de propiedad privada y de libre competencia de actores em-

presariales: *“RESULTANDO: I) que el mismo fue cuestionado ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo por varios actores, invocándose la transgresión de disposiciones vinculadas a la libertad de comercio, la libre concurrencia y la defensa de la competencia [...]”*

Asimismo, se menciona el dictamen del TCA y las apreciaciones del Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo quien pareciera dar razón a las objeciones de las que fue objeto el decreto por parte de Farmashop al suspender el plazo de 180 días establecido en la norma para la adecuación del tope de 15 establecimientos y al argumentar que la disposición *“daña de manera grave la estructura del grupo empresarial, obstaculizando el funcionamiento de las 92 farmacias que lo constituyen”*.

Sin embargo, las nuevas disposiciones tampoco han resultado de conformidad para Farmashop. Según menciona un medio de prensa: *“en Uruguay hay en el entorno de 1.000 farmacias, y si se toma en cuenta el 10% de ese total arroja prácticamente el número de locales que tiene Farmashop en todo el país, que suman 92.”*²¹

En Mayo de 2016, el CEO de Linzor Capital Partners, Tim Purcell, aclaró a medios de prensa que si bien algunos “vicios” se corrigieron con el nuevo decreto, el más importante de todos —en referencia a la limitación de presencia en el mercado— se mantuvo y Farmashop está muy cerca de alcanzar el 10% establecido. En la entrevista al medio de prensa, Purcell considera que la aprobación del nuevo decreto se realizó de forma *“sigilosa”* y *“sin consulta con los actores del mercado.”*²²

Según la empresa, las reglamentaciones que sanciona el Estado deben pasar por el escrutinio de actores privados interesados en la materia, en una suerte de “lobby institucionalizado” que recuerda las condiciones establecidas en los Acuerdos Megarregionales como el Acuerdo sobre Comercio de Servicios (TiSA) o el Acuerdo Transpacífico (TPP)²³.

La empresa también resalta la inexistencia de un estudio de mercado que justifique el tope establecido en la reglamentación, subrayando que el decreto colisiona directamente contra los intereses de Farmashop: *“Este decreto nuevo, al que más afecta es a Farmashop, somos la única cadena del mercado que como resultado del mismo no puede crecer, nuestros competidores sí.”*²⁴ A pesar de considerar la situación del decreto como una “excepción a la regla”, Purcell deja entrever el malestar de inversores de la empresa por haber invertido en Uruguay.

19. Decreto 369/013, Promulgado 18/11/2013, Publicado 25/11/2013. Registro Nacional de Leyes y Decretos, Tomo 2, Página 2057. Derogado por Decreto 96/016 del 04/04/2016.

20. Nota de Prensa, *“Hay fondos que cuestionan haber invertido en Uruguay”* El CEO del principal accionista de Farmashop y las respuestas que tuvo que dar”, 3 de Mayo de 2016.

21. Nota de prensa, *“Vázquez deroga decreto de Mujica y cambia regulación de farmacias en pleno juicio de Farmashop en el TCA”*, Diario El Observador, 19 de Abril de 2016.

22. Nota de prensa, *“Hay fondos que cuestionan haber invertido en Uruguay”* El CEO del principal accionista de Farmashop y las respuestas que tuvo que dar”, 3 de Mayo de 2016.

23. Al respecto, el Anexo sobre Transparencia del TiSA establece la obligatoriedad para los Estados de “publicar con anticipación la normativa que estuviera en proyecto de entrar en vigencia o cualquier modificación a la normativa vigente. La publicación debe considerar un periodo de tiempo para que los interesados se informen, presenten propuestas y pidan cuenta a las autoridades. Las autoridades estatales deben dar explicaciones y responder las requisitorias de los actores privados en torno al proceso normativo.” Barreto, 2015: 8.

24. Nota de prensa, *“Hay fondos que cuestionan haber invertido en Uruguay”* El CEO del principal accionista de Farmashop y las respuestas que tuvo que dar”, 3 de Mayo de

Con estas declaraciones la empresa se asegura de dejar clara su posición y su malestar, apelando, entre otros elementos, a los “mitos” de las inversiones y mencionando las bondades que el país estaba ofreciendo y que están en entredicho producto de una reglamentación. Este planteo no es muy diferente del adoptado por otras ETN en otros casos cuando alegaban que “las reglas de juego habían cambiado”. Farmashop de la mano de Linzor Capital Partners y su CEO Purcell plantean la claridad de las reglas de juego en Uruguay a mediano y largo plazo, para luego enfatizar que ésta consideración es modificada por una reglamentación. La manutención del status quo en materia de regulaciones y de políticas públicas parece ser una condición sine qua non para los inversionistas. Un planteo que desde el punto de vista del interés público implica un status de “no innovar”, congelando el tipo y nivel de intervenciones del Estado en la actividad económico-productiva.

Se trata de una posición que, en cierta forma, apela a una involución en la potestad de regular del Estado y en su capacidad de legislar para garantizar y hacer respetar los derechos. Desde este punto de vista, la pregunta acerca de cuáles políticas o reglamentaciones podrían pasar el filtro de no colisionar con algún interés de algún actor empresarial, quedaría sin respuesta. O, en todo caso, valdría decir “ninguna”, puesto que la competencia de regular implica establecer límites, requisitos, condiciones, procedimientos, actos administrativos, entre muchos otros dispositivos y arreglos institucionales. Por tanto, cualquier avance en esta materia, cualquier modificación que el Estado decida realizar, cualquier proceso de política que se inicie podría implicar según las empresas y el entramado de garantías que los TBI les ofrece, dañar parcial o totalmente sus “derechos” como inversionista.

Respecto a la posibilidad de iniciar un arbitraje contra Uruguay, la empresa plantea que están siguiendo los procedimientos en etapas: “Tenemos un recurso en el TCA que sigue su curso, creemos que este nuevo decreto no altera la obligación del tribunal de seguir estudiando el tema y pronunciarse. Ese proceso lo vamos a seguir hasta el final. Esperamos tener una respuesta positiva. En la medida que no ocurra, las otras opciones que tenemos siguen abiertas, una de las cuales es un posible arbitraje ante el CIADI.”²⁵ Las palabras y mensajes claves que acaparan la atención son:

1. Esperamos una respuesta positiva.
2. Si la respuesta no es positiva, es posible un arbitraje ante el CIADI.

De esta manera la empresa traza la trayectoria de esta controversia, ubicando en el inicio las tácticas tendientes a colocar en la opinión pública su posición respecto a la reglamentación, pasando por las amenazas directas e indirectas de política más o menos “blanda” hasta llegar a colocar un destino que se presenta como ineludible: la demanda ante el CIADI.

4. DIRECT TV / Sector Comunicación Audiovisual

En Diciembre de 2014, el segundo gobierno del FA aprueba la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (LSCA) N° 19.307. Un año después, la misma fue promulgada y en ese momento, desde Presidencia se difundía el interés por la misma como instrumento para cumplir “con la obligación de garantizar y promover el derecho a la libre expresión y el de acceso a la información.”²⁶

Los objetivos de la LSCA están establecidos en el Artículo 1: “tiene por objeto establecer la regulación de la prestación de servicios de radio, televisión y otros servicios de comunicación audiovisual.”²⁷ En su Artículo 2 se relacionan los principios rectores para interpretar la ley con una serie de disposiciones establecidas en declaraciones y convenciones internacionales e interamericanas de derechos humanos. La norma aplica a titulares de servicios de comunicación audiovisual que presten servicios en el país, titulares de señales de radio o televisión establecidos en el país pero también aquellos titulares de servicios de comunicación audiovisual que no estando establecidos en el país, comercializan sus servicios parcial o totalmente en Uruguay.

La ley fue objeto de fuertes críticas, primero por parte de DIRECTV (DTV), una ETN dedicada a servicios de comunicación audiovisual presente en el país. Luego, recibió las críticas y resistencia por parte de la oposición y de actores privados nacionales dueños de medios de comunicación que entendían que la implementación de la misma estaba imprimiendo un estado de censura a la libertad de expresión en el país. DTV es de origen estadounidense con una historia relativamente reciente. Fue fundada en 1990 y rápidamente se expandió en el continente latinoamericano mediante la adquisición del 100% de la propiedad de DIRECTV Latinoamérica en 2007. DTV Latinoamérica es proveedora de servicios de televisión satelital en América Latina y el Caribe y según el sitio oficial de DTV posee más de 19 millones de clientes en más de 10 países que incluyen Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Perú, Puerto Rico, Uruguay, Venezuela y países del Caribe. Asimismo, en este camino de

25 . Nota de prensa, “Hay fondos que cuestionan haber invertido en Uruguay” El CEO del principal accionista de Farmashop y las respuestas que tuvo que dar”, 3 de Mayo de 2016.

26 . Nota de prensa, “Ejecutivo promulgó ley de Servicios de Comunicación Audiovisual que garantiza derechos”, Archivo de Presidencia de la República, 30 de Diciembre de 2015.

27 . Ley N° 19.307, Art. 1 Objeto de la ley.

fusión y adquisición que habitualmente se observa en estas empresas, en 2015 fue adquirida por la gigante de las telecomunicaciones AT&T Inc²⁸.

Tanto la cantidad de subsidiarias a las que accede con estas adquisiciones, como el control de mercado que obtiene al ofrecer televisión satelital además de servicios de banda ancha y telefonía móvil, determina el alcance del poder e influencia que tiene la empresa en América Latina. Las diferentes legislaciones denominadas comúnmente como Ley de Medios no son objeto de simpatía por parte de este tipo de actores que entienden que su expansión en el mercado llega a un límite con estas regulaciones. Es habitual encontrar férreas resistencias y diversas acciones para frenar estas regulaciones que son acusadas de querer coartar la libertad de expresión y comunicación.

La sensibilidad que despierta la regulación de este tipo de servicios, que incluye el control sobre los contenidos, encuentra en estos grandes conglomerados dedicados a las telecomunicaciones y comunicación audiovisual, un enemigo sustantivo. Aun así, el proceso de convergencia que a nivel mundial está teniendo lugar en este sector, ofrece importantes razones que justifican la necesidad de pensar en la regulación y contralor en pos del interés público general.

DTV fue la primera empresa en interponer acciones en contra de la LSCA, presentando un pedido de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia (SCJ) impugnando 27 artículos de la ley²⁹. En su acción, DTV impugna artículos relativos al horario de protección a la infancia el cual considera “desproporcionado”, a las limitaciones para la cantidad de suscriptores³⁰ que considera una suerte de expropiación, a la incompatibilidad para la prestación de determinados servicios³¹ que según la empresa determina un monopolio exclusivo a favor de la empresa pública de telecomunicaciones (ANTEL), aquellos que regulan los contenidos de las señales que se emiten así como la obligatoriedad de incluir entre las señales emitidas aquellas de origen público-estatal, entre otros.

Entre los argumentos esgrimidos para solicitar la inconstitucionalidad, DTV señala que la ley le impone un prejuicio evidente y que fue diseñada para dañar a la empresa puesto que es la única que posee licencia y opera prestando servicios de televisión satelital para abonados en todo el territorio nacional. DTV afirma que tanto la libertad de expresión y comunicación como la libertad de empresa y comercio son violentadas por estos artículos. Además, considera que se ha vulnerado su derecho de propiedad de forma arbitraria, y

que se perdió la seguridad jurídica porque las reglas de juego existentes al momento de su instalación fueron modificadas privándole de su estrategia comercial³².

La SCJ finalmente emite Sentencia en abril de 2016 confirmando la inconstitucionalidad de algunos artículos: Artículo 39 inc. 3 (Eventos de interés general) en donde se considera que implica la expropiación de derechos patrimoniales de la empresa al exigir la transmisión abierta de eventos de interés general sin la compensación debida, el Artículo 55 (Limitación de suscriptores) donde se considera que también existe una pérdida de patrimonio sin compensación, y lesiona la seguridad jurídica, el Artículo 60 lit. C que establece un porcentaje de producción de contenido nacional a transmitirse por los servicios de comunicación audiovisual, por considerarla una violación de la libertad de expresión, y el Artículo 98 inc. 2 que refiere al contralor por parte de la URSEC y los procedimientos establecidos en caso de constatare irregularidades, por considerar que “colida con el derecho al debido proceso”³³.

El caso de DTV es similar al de Farmashop en tanto la ley en cuestión busca regular la potencial concentración de mercado que pudiera ocurrir en manos de una o pocas empresas. La LSCA regula, entre otros aspectos, el mercado generando una limitación a la cantidad de abonados por empresa y no permitiendo que las empresas que ofrecen servicios de comunicación audiovisual también posean servicios de telefonía o transmisión de datos.

Autoridades de la tercera administración del FA afirmaron que aguardarán a los fallos de la SCJ para iniciar el proceso de reglamentación de la ley. Al 1 de Noviembre de 2016, la SCJ había emitido ya 13 pronunciamientos sobre inconstitucionalidad de la ley. El total de acciones ingresadas a esa fecha eran 29 provenientes de partidos políticos de la oposición, empresas de comunicación audiovisual, de radiodifusión, de abonados por cable, entre otros.

El camino recorrido por DTV también es similar al caso de Farmashop: “[...] inicio de procedimiento en el ámbito administrativo o judicial local, construcción de una posición de denuncia de la normativa y disputa con las autoridades locales y amenaza con el recurso a ámbitos internacionales de solución de disputa inversionista-Estado [...] También en ambos casos las posiciones de las empresas logran rápida difusión pública en los medios de información nacional.” (Barreto y Carrau, 2015: 14)

28 . Información obtenida del sitio oficial de DTV US y Latinoamérica: https://www.directv.com/DTVAPP/content/about_us/company_profile y <http://www.directvla.com/>

29 . Artículos 32, 33, 39 inciso 3, 40, 55, 56, 60, 66, 68, 97, 98, 115 a 117, 139, 142 y 176 a 186. En su acción, DTV sostiene que los Artículos 7, 8, 10, 28, 29, 32, 36, 77 numeral 7 y 85 numeral 17 de la Constitución de la República son violentados por esta ley por lo que promueve la declaración de inconstitucionalidad.

30 . El Art. 55 establece dos limitaciones porcentuales: “el total de suscriptores de las empresas [...] autorizadas [...] no podrá superar el 25% del total de hogares con televisión para abonados [...]” y “El total de suscriptores de las empresas [...] no podrá superar el 35% del total de hogares con televisión para abonados de cada territorio donde existan otras autorizaciones o licencias de menor alcance.” Ley N° 19.307, Art. 55 Limitaciones a la cantidad de suscriptores de servicios de televisión para abonados.

31 . El Art. 56 “Incompatibilidades para la prestación de servicios de comunicación audiovisual” establece que una misma empresa comprendida por la ley no puede prestar además servicios de comunicación telefónica, transmisión de datos así como tampoco ser titular simultánea de servicios de televisión satelital y de radiodifusión abierta, entre otros. En sus argumentos, la empresa expone además que la ley otorga a la empresa pública de telecomunicaciones ANTEL una ventaja respecto a las empresas privadas porque le permite ser la única empresa que opera en simultáneo ambos tipos de servicios.

32 . Estos argumentos son repasados en los “Resultando” de la Sentencia Final de la Suprema Corte de Justicia para la Acción de Inconstitucionalidad presentada por la empresa. Sentencia 79/2016 del 5 de Abril de 2016. Disponible en: <http://www.poderjudicial.gub.uy/>

33 . Sentencia 79/2016 del 5 de Abril de 2016, pag. 41. Disponible en: <http://www.poderjudicial.gub.uy/>

En el caso de DTV, las amenazas de iniciar una demanda ante el CIADI se expresaron incluso previo a la aprobación de la ley, durante la discusión parlamentaria en 2013. Representantes y asesores legales de la empresa expresaron ante la Comisión de Industria de Diputados, que *“el proyecto es violatorio del Acuerdo de Protección Recíproca de Inversiones entre Estados Unidos y Uruguay, que protege la inversión de DIRECTV contra este tipo de conductas.”* Según estos representantes, la ley estaría violando las garantías que el TBI ofrece frente a una expropiación indirecta a través de medidas gubernamentales y que modifica las condiciones bajo las cuales la empresa invirtió inicialmente: *“Desde ese punto de vista, tener un mercado donde era libre competir y donde hoy se proyecta que tenga un techo, a nuestro criterio significa una clara modificación de las condiciones”*³⁴. Una conclusión automática del planteo es que de instalarse un conflicto, la empresa podría presentar una demanda ante el CIADI.

Además, DTV ha logrado magnificar su preocupación al punto de que esta ley pasó a ser una preocupación del gobierno de Estados Unidos en 2013, en el mismo momento en que Uruguay solicita el ingreso a las negociaciones del TISA. Esta preocupación se conoce a través de comunicaciones³⁵ que enviara la Misión Permanente de Uruguay ante la OMC y otros organismos económicos internacionales en 2013 y 2014. En estas comunicaciones, la Misión informa a las autoridades uruguayas la expresa preocupación de Estados Unidos respecto al sector de telecomunicaciones, sector

audiovisual y comercio electrónico. Allí se expresan específicamente los aspectos que preocupan a las autoridades de Estados Unidos: cuotas de contenido nacional, televisión por abonados y, más detalladamente la preocupación de parte de una empresa estadounidense que opera en el país por la modificación de la regulación de este sector.

En una segunda comunicación a inicios de 2014, la Misión Permanente de Uruguay reitera la preocupación del representante de Estados Unidos al respecto y subraya que las mismas ya estuvieron presentes en 2008 cuando la negociación del TIFA³⁶ y que probablemente presente conflictos con los avances establecidos en las negociaciones del TISA.

¿Qué es lo que podía conflictuar las negociaciones del TISA? Justamente, las regulaciones, la competencia del Estado en avanzar en contralores para garantizar con políticas públicas el goce de los derechos de una población.

34 . Nota de Prensa, “Según DIRECTV la Ley de medios viola tratado con EEUU”, Espectador, 14 de Julio de 2013.

35 . El acceso a esta comunicación de carácter reservada ocurre en el marco de la campaña pública que organizaciones y movimientos sociales, encabezados por el PITCNT, realizaron para denunciar y sensibilizar sobre los temas en negociación en el TISA. Uruguay ingresa a este acuerdo en Febrero de 2013 y esta decisión toma conocimiento público a fines de 2014, inicios de 2015.

36 . Trade and Investment Framework Agreement, por su sigla en inglés. Este acuerdo fue suscripto entre Uruguay y Estados Unidos a inicios de 2007 como antesala a la firma de un TBI propiamente dicho y luego de haber fracasado la propuesta que Bush hijo, entonces presidente de Estados Unidos, le hiciera a Tabaré Vázquez al asumir el primer gobierno del Frente Amplio en 2005.

TABLA RESUMEN 1: AMENAZAS, POLÍTICAS PÚBLICAS Y DERECHOS AFECTADOS

INVERSIONISTA	POLÍTICA PÚBLICA	DERECHOS AFECTADOS	RESULTADO
<p>Cámara de productos alimenticios Argentina que comercia con importadores uruguayos</p> <p>CACIA</p> <p>Nestlé y Pepsico</p>	<p>Decreto departamental estableciendo etiquetado obligatorio a alimentos conteniendo ingredientes transgénicos</p>	<p>Derecho a la Alimentación Adecuada</p> <p>Derecho del Consumidor (Ley de Defensa del Consumidor)</p> <p>Afectación de la competencia de los gobiernos subnacionales para regular y legislar</p>	<p>Etiquetado en revisión. Modificación de la imagen a imprimir en empaquetados.</p> <p>Otras intendencias evalúan aplicar medida similar.</p>
<p>Katoen Natié</p>	<p>Llamado a licitación para construcción de II Terminal de Contenedores</p>	<p>Afectación de la competencia del Estado para regular y legislar</p>	<p>Llamado quedó desierto.</p> <p>No se retomó la posibilidad de construir una II Terminal de Contenedores.</p> <p>Katoen Natié mantiene una relación conflictiva con otro operador portuario.</p>
<p>Farmashop (Linzor Capital Partners)</p>	<p>Decreto 369/013 derogado por el Decreto 96/016</p>	<p>Derecho a la Salud</p> <p>Derecho del consumidor</p> <p>Afectación de la competencia del Estado para regular y legislar</p>	<p>Decreto impugnado por TCA, derogado y sustituido por Poder Ejecutivo.</p> <p>Linzor Capital Partners evalúa iniciar demanda ante el CIADI.</p>
<p>DTV</p>	<p>Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (LSCA)</p>	<p>Derecho del consumidor</p> <p>Afectación de la competencia del Estado para regular y legislar</p>	<p>Acción de Inconstitucionalidad para 27 Artículos.</p> <p>4 Artículos declarados total o parcialmente inconstitucionales por parte de la SCJ. Fallo aplica solamente a DTV.</p> <p>LSCA sin reglamentar</p>

DEMANDAS

El recorrido de las demandas es mucho más estructurado que el de las amenazas. En parte porque está más determinado y atravesado por las formas que toman los casos en las instituciones elegidas, dedicadas a dirimir este tipo de controversias: CIADI, Cámara de Comercio Internacional, UNCTRAL. Al analizar una demanda se puede observar el alcance que tienen los procesos e interacciones en el marco de un sistema que comúnmente se lo califica como impune por las asimetrías que presenta para el espacio público y para los Estados y por el enorme poder que ayuda a perpetuar.

1. PHILIP MORRIS INTERNATIONAL / Sector Salud

En 2008, Uruguay se convierte en el primer país de América Latina que pone en funcionamiento el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para el Control del Tabaco (CMCT). Dicho Convenio³⁷ constituye en palabras de la OMS “un tratado basado en pruebas que reafirma el derecho de todas las personas al máximo nivel de salud posible.” (OMS, 2003: v) El CMCT es diferente a otros asociados al control de drogas porque involucra las estrategias para abordar la demanda además de involucrar cuestiones sobre suministro. (OMS, 2003: v)

Uruguay también se convirtió en el primer país en América Latina en implementar espacios laborales y públicos 100% libres de tabaco, en prohibir las inscripciones publicitarias engañosas en los empaquetados de tabaco y en adoptar pictogramas de advertencia que cubrieran el 50% de las cajas de cigarrillos y luego el 80% de las mismas.

Todas estas medidas y regulaciones se enmarcan en la política antitabaco implementada por el país que está comprendida en la Ley N° 18.256 de Control del Tabaquismo de 2008, en los Decretos N° 284/008 y 287/009³⁸ que la reglamentan y en la Ordenanza 514/008 del Ministerio de Salud Pública (MSP). El Artículo 2 de la ley establece como objeto de la misma “proteger a los habitantes del país de las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco.”³⁹ Dicha ley también menciona el CMCT ratificado por Uruguay mediante la Ley N° 17.793 de 2004.

En 2014, en el marco de una actividad sobre impacto del tabaquismo, autoridades del MSP afirmaban que la política desarrollada había tenido al momento una amplia repercusión positiva en la población, mejorando la calidad del aire de los espacios públicos y de trabajo y la reducción de los ingresos hospitalarios debidos a infartos agudos de miocardio en un 22%. Asimismo, la prevalencia del consumo de tabaco en personas jóvenes entre 12 y 17 años pasó del 30% en 2003 al 13% en 2011⁴⁰.

Por otra parte, el Derecho a la Salud (DS) comprendido en el espíritu y objeto de la ley mencionada, está consagrado dentro del sistema de Convenciones de Derechos Humanos tanto a nivel de las Américas como a nivel global: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”. En estos instrumentos los Estados reconocen este derecho y se obligan a respetar, proteger y cumplir con las disposiciones para alcanzar el pleno goce del mismo para todas las personas.

Es decir, estamos frente a una política implementada para dar cuenta y garantizar el DS. No solo los instrumentos regionales e internacionales sancionados por el Estado se incorporaron a la legislación doméstica sino que Uruguay puso en marcha mecanismos y procesos específicos para incidir en el consumo de tabaco, como forma de respetar, proteger y cumplir con el DS. La política pública dirigida al control de tabaco se hace en este marco de legitimidad regional e internacional y, sobre todo, bajo la potestad y soberanía del Estado de hacerse cargo de sus obligaciones.

A inicios de 2010, Philip Morris International (PMI) registra una demanda contra Uruguay ante el CIADI. Los procedimientos arbitrales inician oficialmente un año después, en 2011. En el transcurso del arbitraje, Uruguay recibió el apoyo público de diversas instituciones dedicadas al DS y al control del tabaco: la misma OMS, el Centro de Investigación para la Epidemia del Tabaquismo (CIET), la Conferencia de las Partes para la CMCT, Campaign for Tobacco Free Kids (TFK), entre otras.

37 . La creación del CMCT fue apoyado por una red pro control del tabaco conformado por activistas y organizaciones de la salud, académicos, abogados, entre otros. Esta red también se conforma como respuesta a las crecientes demandas y controversias de la que estaban siendo objeto muchos Estados a partir de ETN e instrumentos de comercio e inversión que permitían a las ETN demandarlos por implementar políticas al respecto. Esta red estuvo muy involucrada en el CMCT y en la asistencia a gobiernos que quería implementar regulaciones de control del tabaco.

38 . Este Decreto extiende las advertencias sanitarias en los productos de tabaco de 50% como establecía el Decreto N° 284/008 a 80% de la superficie de las cajillas.

39 . Ley N° 18.256, Control del Tabaquismo, 2008.

40 . MSP, “Muñiz destacó impacto positivo de la política de control de tabaco y dijo que ahora el desafío es llegar con las acciones a la población vulnerable”, 30 de Abril de 2014. <http://www.msp.gub.uy/noticia/mu%C3%B1iz-destac%C3%B3-impacto-positivo-de-la-pol%C3%ADtica-de-control-de-tabaco-y-dijo-que-ahora-el>

El proceso de campaña de denuncia de PMI y el apoyo a Uruguay

Cuando se conoce la decisión de la empresa de demandar al país, REDES-AT manifestó explícitamente su voluntad de colaborar con la administración del Frente Amplio. Una de las primeras acciones fue mantener una reunión con el entonces Ministro de Salud Pública, Daniel Olesker manifestando el rechazo de la demanda y ofreciendo apoyo a nivel nacional e internacional para apoyar la construcción del caso de defensa del país. Asimismo, se puso a disposición el acumulado de análisis de la organización respecto a los TBI y los mecanismos que habilitan a las ETN a demandar a los países así como también la necesidad de revisar la política de atracción de inversiones que tiene el país.

Por otra parte, REDES-AT también realizó un pedido de información a las autoridades competentes del país para acceder a los escritos presentados por la defensa como por la empresa con la intención de presentar un escrito de “amigos de la corte” planteando la postura de la organización respecto a los argumentos de fondo y reclamando que la terna arbitral del CIADI desestimase la demanda.

Desde muy temprano, REDES-AT comenzó a colaborar con organizaciones aliadas en Suiza, concretamente la Alliance Sud (coalición de organizaciones de desarrollo más importantes de este país). Invitados por esta coalición REDES-AT participó de la conferencia de prensa convocada en Berna para el lanzamiento de la campaña contra la demanda de PMI a Uruguay. A través de un comunicado de prensa conjunto, REDES-AT se manifestó públicamente en contra de que el CIADI finalmente aceptase jurisdicción en el caso. Asimismo, mantuvo reunión en Berna en la Cancillería Suiza con encargados directos del TBI Suiza-Uruguay para plantear junto a Alliance Sud la necesidad de revisar el TBI para eliminar las cláusulas de solución de controversias y otros elementos que ofrecen derechos extraordinarios a los inversionistas extranjeros. La respuesta de la Cancillería Suiza fue de apertura a los planteos de revisión del TBI siempre y cuando el planteo viniera del gobierno de Uruguay. Esto no ocurrió finalmente.

En 2011 REDES-AT invitó a especialistas del Centro del Sur (organismo intergubernamental de apoyo a las causas de los países en desarrollo en contexto de las negociaciones multilaterales) a una actividad pública de denuncia del CIADI y los TBI y de discusión de las argumentaciones de la empresa demandante. Además, se aprovechó la presencia de los especialis-

tas para ofrecer un taller de información y capacitación dirigido a periodistas sobre los detalles de esta demanda en particular y en general sobre el sistema de solución de controversias inversionista-Estado, los TLC y los TBI.

En 2012, REDES-AT participó junto al Centro del Sur en la 5ta. Conferencia de las Partes (COP) del CMCT, con el propósito de conseguir que la COP adoptase una postura y/o una declaración de condena firme a las demandas de tipo inversionista-Estado entabladas por PMI contra Uruguay y Australia, y que reclamase ser el espacio de jurisdicción adecuado para dirimir controversias relativas a la legislación anti-tabaco adoptadas por los países en cumplimiento con el CMCT. Junto al Centro del Sur se logró que el gobierno de Filipinas apoyara estas posiciones y las planteara en varias propuestas de declaraciones, a pesar de que estas finalmente no fueron aprobadas.

A partir de 2013, cuando se presentó en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU la iniciativa de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre ETN y derechos humanos, REDES-AT presentó (como parte de la Campaña por la Soberanía de los Pueblos, por el Desmantelamiento del Poder de las Transnacionales y para poner fin a su Impunidad – ver: www.stopcorporateimpunity.org) el caso de la demanda de PMI como un caso de violación del derecho humano a la salud en casi una decena de instancias en la ONU. REDES-AT compartió paneles con Jean Ziegler y Alfred de Zayas (Relatores Especiales en ese entonces de la ONU) y embajadores de varios países del Sur en Ginebra. En 2016 la organización fue invitada por la Cancillería de Ecuador a su primera consulta regional intergubernamental sobre el proceso de negociación del instrumento internacional vinculante.

Cuando el CIADI finalmente emitió su veredicto sobre la demanda eximiendo a Uruguay de los cargos, REDES-AT publicó diversos comunicados de prensa conjuntos, por un lado con la Alliance Sud y, por otro lado con el Transnational Institute (TNI). The Guardian incluso reprodujo el comunicado de prensa emitido con el TNI. En estos comunicados se reconoce el resultado del juicio como una victoria al tiempo que señala enfáticamente que en estas demandas inversionista-Estado, los pueblos y el Estado siempre pierden, aun cuando los paneles de arbitraje fallen a favor del Estado como ocurrió en este caso.

Previo al registro de la demanda ante el CIADI, PMI inició un pedido de nulidad ante el TCA respecto a la Ordenanza 514/008 del MSP. Dicha Ordenanza establece una serie de disposiciones obligatorias para el empaquetado y comercialización de cigarrillos: uso de pictogramas reflejando los efectos nocivos del consumo de tabaco en la salud, para las cajas de cigarrillos (Art. 1), la presentación única por marca comercial y la prohibición de diferentes presentaciones para cigarrillos vendidos bajo una misma marca (Art. 3). El TCA falló en contra de PMI, confirmando la Ordenanza así como algunos artículos de la Ley N° 18.256 que también fueran impugnados y enfatiza la potestad tanto del Poder Ejecutivo como de la cartera ministerial para implementar estas disposiciones.

PMI no fue la única ETN que recurrió al TCA. El TCA recibió con posterioridad al pedido de nulidad de PMI, una solicitud de parte de otra tabacalera presente en el país: British American Tobacco Limited (BAT). En su exposición de motivos, BAT sostiene que la Ordenanza *“es manifiestamente ilegal porque excede y contradice las normas que pretendió reglamentar; porque crea una prohibición que el MSP no tiene competencia para imponer, y por la limitación de derechos constitucionalmente tutelados como la propiedad y el comercio.”*⁴¹ Para BAT, la consideración de la legalidad o ilegalidad de la norma solo se refiere a si limita o no el ejercicio de los derechos de propiedad y comercio. Así, se considera de forma implícita una especie de superioridad de los derechos de propiedad y comerciales de la firma respecto al DS de la población y al derecho y competencia de legislar del Estado. En otro párrafo del fallo emitido por el TCA se sostiene que la empresa consideró que la Ordenanza *“contiene implícitamente la idea de que el Ministerio puede establecer cualquier limitación a derechos fundamentales de la accionante en pro de una supuesta protección de la Salud.”*⁴² El énfasis que la empresa hace a la superioridad de sus derechos de propiedad y comerciales por sobre los derechos de la población refleja con claridad la racionalidad desde la cual ordena los derechos humanos.

El fallo también registra la mención que hace la empresa respecto a cómo la Ordenanza también viola el TBI vigente entre Uruguay y Reino Unido ya que las inversiones británicas *“se ven amenazadas de privarlas de su valor económico, vaciándolas de los derechos de propiedad de su contenido [...]”*⁴³ El accionar de la empresa constata una sistemática reiteración de líneas argumentales para desestimar regulaciones y legislación construida para proteger el interés común y los derechos de la población. La insistencia respecto a la idea de que el Estado no tiene la potestad de establecer regulaciones que restrinjan en alguna forma el “derecho” de propiedad y comercial de las empresas, es una constante.

También lo es la mención a los tratados internacionales que amparan estos derechos. En el medio, se deja ver una creencia respecto a que estos “derechos” poseen una superioridad que no puede equipararse a los de la población, aun cuando éstos últimos también estén amparados en tratados internacionales y regionales y sancionados y protegidos por instrumentos legales vigentes.

Este tipo de pedidos de nulidad o procedimientos iniciados en la jurisdicción nacional, no solo buscan disuadir al Estado de continuar con la normativa. También son considerados pasos previos al registro de la demanda en un tribunal internacional, ya que muchos TBI exigen el haber establecido procedimientos previos ante tribunales nacionales. La presentación de recursos en tribunales domésticos se parece más a una formalidad prevista en los tratados que a una real voluntad de atender los procedimientos domésticos y acatarlos. Con esto, los TBI también evidencian el doble acceso a la justicia que tienen los inversionistas y del cual carecen los Estados. Constituye entonces, otra muestra de asimetría e inequidad del sistema de solución de controversias inversionista-Estado que opera consolidando el poder de las ETN.

PMI está presente en Uruguay a través de la firma Abal Hermanos, empresa establecida en 1945 y adquirida por PMI en 1979⁴⁴. En su demanda, PMI se ampara en el TBI entre Uruguay y Suiza considerando que posee una oficina constituida en Suiza. En la demanda, la empresa sostiene que la política obligó el retiro del mercado de siete –de sus trece variedades de cigarrillos, además de que socavó el valor de las siete variedades que pudieron permanecer en el mercado. Esta acción constituye, según PMI un acto de Expropiación indirecta de sus derechos de propiedad intelectual, que viola el Artículo 5 (1) del TBI entre Uruguay y Suiza.

En el fallo final del tribunal⁴⁵ se consideró que las medidas implementadas por Uruguay, no implicaron un impacto adverso sustancial para la empresa y, que la política no constituye, por esta misma razón, una Expropiación indirecta⁴⁶. La equiparación de derechos de propiedad intelectual a una inversión es una de las novedades que presenta el caso. La referencia que realiza la empresa es sobre una serie específica de derechos y no sobre una inversión material específica. En el fallo se considera que el registro de las marcas en el país es diferente a la utilización de las marcas comerciales.

A su vez, en relación al Trato Justo y Equitativo (TJE), PMI sostuvo que las medidas violaron esta cláusula y derecho consagrados en el TBI porque: 1) la regulación es considerada arbitraria al entender que no sirven a un objetivo público al tiempo que le causan un daño sustancial a la empresa, 2) las medidas socavan las legítimas expectativas de PMI sobre

41 . TCA, Acción de nulidad, Ficha N° 298/09, 26 de Julio de 2011.

42 . TCA, Acción de nulidad, Ficha N° 298/09, 26 de Julio de 2011.

43 . TCA, Acción de nulidad, Ficha N° 298/09, 26 de Julio de 2011.

44 . Abal Hermanos, como subsidiaria de PMI, pasa a formar parte del FTR Holding SA en 1999 y en 2010, Philip Morris Brands pasa a nuclear todas las subsidiarias de FTR Holding SA. Philip Morris Brands es la sucesora del holding mencionado. La constatación de la propiedad de las empresas, incluyendo las subsidiarias, es tenido en cuenta en el análisis para determinar las inversiones que posee la empresa y que se ven supuestamente afectadas por las medidas gubernamentales.

45 . El fallo del caso como los detalles del mismo se encuentran en el sitio web del CIADI: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/10/7>

46 . El Artículo 5 “Expropiación, compensación” del TBI Uruguay-Suiza establece: “(1) Ninguna de las Partes Contratantes tomará, directa o indirectamente, medidas de expropiación”

sus inversiones al haberlas despojado de su valor de marca, y 3) las medidas destruyen la estabilidad legal del país establecida en el TBI. Estabilidad en la que, según PMI, confió la empresa al momento de desarrollar sus inversiones. Aparentemente, PMI consideró que las instancias nacionales a las que recurrió no actuaron de forma adecuada y por tanto, los fallos del TCA constituyeron además una denegación de justicia.

El TJE, la Arbitrariedad y la Denegación de Justicia constituyen cláusulas y argumentos habituales para las ETN en sus demandas contra los Estados. El alcance de lo que implica una acción arbitraria puede constituir una arbitrariedad en sí mismo y a partir de estos mecanismos de solución de controversias, la decisión recae en un tribunal internacional, externo y ajeno a la legislación doméstica, que evalúa bajo una aparente neutralidad políticas públicas y la garantía de que éstas garantizan el goce de derechos. La sola consideración de que los Estados son evaluados en sus acciones y regulaciones por un tribunal externo al país a instancias de la disconformidad presentada por una ETN, resulta arbitrario y profundamente asimétrico.

El fallo del tribunal confirma la legitimidad y no arbitrariedad de las acciones implementadas por Uruguay en consideración con los efectos nocivos del consumo de tabaco en la salud de las personas y amparado en los diferentes tratados internacionales a los que adhirió Uruguay. Asimismo y respecto al reclamo de denegación de justicia, en el fallo se sostiene que los tribunales de inversión no actúan como instancias de apelación a medidas rechazadas o denegadas en instancias nacionales. (Crosbie, Sosa y Glantz, 2017:6)

El caso de PMI no solo es la primera demanda recibida por Uruguay sino también el primer caso finalizado para el país con un laudo de parte del CIADI. Por tanto, nos ofrece un caso empírico del cual extraer eventualmente lecciones y evidencia de cómo opera práctica y materialmente el sistema de solución de controversias inversionista-Estado y qué ofrecen los tratados de inversiones para las partes en el marco del sistema.

El fallo a favor de Uruguay también se debe interpretar a la luz de la notoriedad que tomó el caso a nivel internacional: “[la demanda] fue identificada a nivel internacional como una de las más arbitrarias y descabelladas- y abonó el debate mundial sobre los excesos del sistema de solución de controversias inversionista-Estado [...]”⁴⁷ Asimismo, Uruguay contó con reconocidos apoyos internacionales que abogaron por defender la política antitabaco: la OMS y la Organización Panamericana de la Salud fueron partícipes del juicio como “amigos de la corte en defensa de Uruguay”. Estas circunstancias, para nada habituales, hacen suponer que el CIADI

habría valorado estos elementos como una oportunidad para fallar a favor de un Estado y “salvar así su reputación y la del régimen internacional de protección de inversiones en su conjunto.”⁴⁸

Habitualmente se sostiene que los Estados hacen parte del sistema de solución de controversias. Sin embargo, esto es parcial o totalmente falso. El sistema ofrece una vía unilateral de resolución de controversias ya que los Estados no pueden iniciar una demanda contra ETN que violan derechos en sus territorios. Para ello, los Estados cuentan con el entramado jurídico nacional, sea este comprensivo o restrictivo, contemple o no a cabalidad el respeto a los derechos humanos. Al mismo tiempo, existen ciertas instancias de juicio regionales o internacionales donde las víctimas pueden ingresar un caso contra una ETN pero ninguno de ellos tiene la fuerza, la legitimidad y el amparo con el que cuentan la solución de controversias inversionista-Estado. Esto plantea una primera gran asimetría a favor de actores privados transnacionales o que operan de forma transnacional. Aquí no señalamos solamente a las ETN sino también a los bufets de abogados dedicados a estos casos y a los árbitros que habitualmente operan en los mismos. Éstos constituyen parte del sistema y por tanto, lo legitiman, avalan y consolidan de forma directa o indirecta.

El caso de PMI también es muestra de los montos de las remuneraciones por concepto de honorarios que circulan en estos casos y de los que se reflexiona muy poco a pesar de constituir uno de los primeros obstáculos a la justicia económica y social de los países que se ven enfrentados a juicios.

“En el caso Philip Morris, el tribunal falló que Uruguay no le debe indemnización a la compañía. Esto sin duda es una buena noticia, ya que los 22.000.000 de dólares más intereses que Philip Morris pedía en compensación hubieran salido de las arcas públicas. El tribunal también ordena a Philip Morris contribuir con 7.000.000 de dólares para cubrir los costos en que incurrió el gobierno en el caso. Pero Uruguay declaró haber gastado más de 10.000.000 de dólares durante el proceso, lo cual implica que el gobierno debe hacerse cargo, de por lo menos, 2.6000.000 dólares. El hecho de que después de seis años de litigio, en una demanda que no debería haber existido, Uruguay tenga que pagar más de 2.000.000 de dólares, y esto sin contar todos los costos no materiales para el Estado, indica que este caso es, antes que nada, una gran victoria para los abogados especializados en inversiones.”⁴⁹

47 . Columna de opinión, “Reflexiones contra la amnesia”, Alberto Villareal, publicado en La Diaria, 16 de Agosto de 2016.

48 . Columna de opinión, “Reflexiones contra la amnesia”, Alberto Villareal, publicado en La Diaria, 16 de Agosto de 2016.

49 . Nota de Opinión, Villareal, A. y Olivet, C., “Falso positivo”, La Diaria, 14 de Julio de 2016.

2. ITALBA CORPORATION / Sector Telecomunicaciones

La empresa Italba de origen estadounidense está presente en Uruguay a través de la firma Trigosul SA y se dedica a la provisión de servicios de banda ancha satelital. En 2011, durante el segundo gobierno del FA, la Unidad Reguladora de los Servicios de Comunicaciones (URSEC) revoca la licencia que poseía la empresa desde el año 2000. La URSEC se ampara en el *“incumplimiento de la principal obligación inherente a la calidad de un prestador de servicios, prestación que en el caso involucra la asignación de espectro radioeléctrico”*⁵⁰ para proceder a esta revocación.

En respuesta, Italba recurre ante el TCA impugnando la decisión de la URSEC y el Tribunal falla a su favor en 2014 ordenando restituir la licencia que le fuera revocada. Sin embargo, la URSEC no procede según la decisión del TCA. Según información en medios de prensa, en 2015 Italba solicita a la URSEC la devolución de la licencia y según la empresa no solo el organismo ignoró su pedido sino que transfirió la licencia a otra empresa⁵¹. En abril de 2016, el Poder Ejecutivo de la tercera administración del FA instruye a la URSEC con la Resolución N° 176/016, a reasignar las frecuencias correspondientes a Italba. La medida del Poder Ejecutivo que se impone con urgencia pareciera haber intentado, de cierta manera, disuadir a la empresa de su voluntad de demandar al país ante el CIADI. (Carrau, 2017: 4)

Sin embargo, Italba ya había resuelto presentar una demanda contra Uruguay amparándose en el TBI entre Estados Unidos y Uruguay vigente desde Noviembre de 2006. La demanda es registrada en el CIADI alegando la violación de la cláusula de TJE y la Denegación de Justicia a la empresa.

Luego de haber ingresado la demanda al CIADI, y durante el proceso de intercambio de documentación (méritos) que habitualmente sucede en las primeras fases, la justicia uruguaya inicia una investigación de carácter criminal a testigos que fuesen presentados por la empresa en la documentación ante el CIADI. La investigación es motivada por la presunción de que la documentación presentada por la empresa ante el CIADI contendría un acto de falsificación. Italba reacciona a esta decisión de la justicia uruguaya y solicita lo que, en la jerga especializada en estos casos se conoce como “Medidas Provisionales”, con el *“objetivo de detener temporalmente la investigación iniciada por Uruguay considerando que la misma perjudica la defensa de su caso y*

acusa al país de mantener una actitud intimidatoria y hostil con respecto a otros testigos de Italba.” (Carrau, 2017: 4)

En Febrero de 2017, el CIADI da respuesta a las Medidas Provisionales sosteniendo que la investigación de la justicia constituye una acción realizada en el marco de la soberanía nacional del país y que el CIADI no puede impedirlo. También se deja constancia que el CIADI no tendrá en cuenta los resultados de la investigación de la justicia uruguaya en la demanda en curso iniciada por Italba contra Uruguay. En este sentido, el CIADI remarca los dichos de las autoridades uruguayas acerca de que la investigación se realiza en un marco de derecho en un país donde existe plena separación de poderes y que de ninguna manera la investigación es motivada por fines políticos relacionados a la demanda. Uruguay asegura además que esa investigación no impedirá la participación del testigo ante las instancias establecidas por la demanda en el CIADI.

Las razones esgrimidas por el CIADI para negar las Medidas Provisionales solicitadas por Italba se basan en condiciones obvias que muchas veces el mismo tribunal no las considera a efectos de fallar en contra de Estados por políticas públicas llevadas a cabo:

“115. [...] Uruguay tiene el derecho y el deber soberanos de investigar supuestos actos delictivos que han tenido lugar en su territorio.”

“117. [...] el Tribunal no tiene facultad de ordenar o recomendar el cese de una investigación penal que estén conduciendo los órganos competentes de Uruguay [...]”

“118. [...] el Tribunal está satisfecho de que sus funciones no serán usurpadas por la Investigación. La Demandada ha aceptado, tal como debe hacerlo, que el Tribunal no está sujeto de manera alguna a cualquier determinación final de los tribunales uruguayos en relación a la autenticidad u otra característica de los documentos en cuestión. [...]”

Fuente: CIADI, Decisión Sobre la Solicitud de la Demandante de Medidas Provisionales y Medidas Cautelares, Caso CIADI N°ARB/16/9.

Respecto al objeto central de la demanda de la empresa, las cláusulas o disposiciones del TBI entre Estados Unidos y Uruguay que Italba considera que Uruguay viola están com-

50 . Resolución N° 335/011 “Revocación de la Autorización transferida a Trigosul SA relativa a la Transmisión de datos a través de líneas dedicadas digitales inalámbricas”, publicada el 25/07/2011.

51 . Nota de Prensa, “Secretario de Presidencia viajó a Estados Unidos para preparar defensa ante el CIADI en juicio por telecomunicaciones”, La Diaria, 05 de Abril de 2017.

52 . Información de fuentes cercanas al juicio ofrecidas a un diario de prensa nacional confirma que el testigo de la empresa indagado es Luis Herbón, apoderado de Italba en Uruguay. La justicia uruguaya le solicita comparecer ante un juzgado penal por un presunto delito de falsificación y fraude. El documento objeto de la falsificación es uno de los presentados por Italba ante el CIADI como prueba de que la empresa mantiene negocios en el país. Nota de Prensa, “Secretario de Presidencia viajó a Estados Unidos para preparar defensa ante el CIADI en juicio por telecomunicaciones”, La Diaria, 05 de Abril de 2017.

prendidas dentro de lo que se conoce como Nivel Mínimo de Trato. El TJE, El Trato Nacional (TN), el Trato no Discriminatorio y la Protección y Seguridad Plena caen por lo general bajo la denominación del concepto de Nivel Mínimo de Trato. En algunos TBI se pueden ver como cláusulas presentadas de forma individual y, en otros, se las presenta dentro de esa aproximación conceptual que las englobaría a todas.

En este sentido, Italba sostiene que Uruguay violó el TJE dentro del Nivel Mínimo de Trato, incluyendo la Denegación de Justicia y la Protección y Seguridad Plena. Todos estos “derechos” para los inversionistas se encuentran consagrados en los TBI y, como ya se vio en el caso de PMI, son muy utilizados por las ETN para demandar a los Estados. En el caso del TBI con Estados Unidos, el Artículo 5 define el TJE como “la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, o contencioso administrativo, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo [...]”⁵³.

Las obligaciones que estas cláusulas plantean a los Estados son amplísimas y amparan la arbitrariedad con la que ETN demandan a los Estados. Casi cualquier acción puede ser entendida como Denegación de Justicia y las formas de definir el Nivel Mínimo de Trato⁵⁴ amplifican los “derechos” de los inversionistas.

El CIADI, al igual que otras instituciones que operan en el marco del sistema de solución de controversias inversionista-Estado, opera bajo un fuerte secretismo. La obligación de reserva que impone el CIADI, restringe fuertemente la información pública sobre el caso. Por tanto, el análisis del mismo así como el acceso a los méritos presentados por las partes de la controversia que incluyen la interpretación que la demandante realiza sobre la cláusulas consideradas violadas, queda restringido a información de prensa u otra información proveniente de centros e institutos especializados en la materia y que podrían eventualmente acceder a más información. Esta es una de las varias dificultades con las que se enfrenta el trabajo de seguimiento y análisis de estos temas, lo que dificulta muchísimo poder generar información calificada en la materia que vaya más allá de lo establecido en medios de prensa.

El caso de Italba al igual que el de PMI corroboran las formas en las que se de interpretación a las cláusulas de los TBI. Esto no es nuevo. De hecho, las formas de interpretar como opera el universo de derechos y obligaciones comprendidos en tratados internacionales de libre comercio o libre inversión, son moneda corriente en todos los casos en que los Estados

han sido demandados por políticas y/o reglamentaciones. Esto es una constante en el mundo de los instrumentos de libre comercio y libre inversión y, más aún en los actuales formatos de instrumentos propuestos como el TISA, el TPP o los nuevos TLC que se están negociando e impulsando.

3. ZAMIN FERROUS (ARATIRÍ) / Sector Minería extractiva

A inicios de Septiembre de 2013, el parlamento uruguayo aprueba la Ley de Minería de Gran Porte N° 19.126. La ley fue objeto de muchas críticas sobre todo porque significaba la apertura a una actividad productiva nueva en su alcance, fuertemente extractiva y primaria y con impactos estructurales en el medio ambiente y los territorios. La legislación existente en Uruguay antes de la sanción de esta ley (Código de Minería) no consideraba los mega-emprendimientos actuales. El debate respecto a esta nueva legislación estuvo también atravesada por la propuesta de inversión de una empresa transnacional dedicada a la minería.

La ley “establece un régimen legal especial aplicable a los proyectos de explotación minera que sean calificados como Minería de Gran Porte.” Y define la Minería de Gran Porte en función del área de intervención directa, el monto de la inversión y el valor anual de comercialización⁵⁵. El Código de Minería (Ley N°15.242) también fue actualizado en función de esta ley.

A partir del anuncio de la instalación del inversionista Zamin Ferrous de origen indio para la exploración y explotación de hierro, autoridades públicas entendieron que debían actualizar y mejorar el marco regulatorio que regulará la actividad que realizaría este inversionista.

Zamin Ferrous está presente en Uruguay como Aratiri. Al momento de aprobación de la ley, la empresa planeaba invertir alrededor de 3 millones de dólares con una previsión de exportación de 18 millones de toneladas anuales de hierro. Los yacimientos que explotaría cubrían 148 padrones de 76 propietarios con una estimación de vida útil de entre 20 y 30 años⁵⁶. Su plan de negocios planificó la explotación de hierro en dos localidades del departamento de Treinta y Tres: Valentines y Cerro Chato. Incluyó además la construcción de un mineroducto que trasladaría el mineral hasta un puerto de aguas profundas que daría salida a la exportación.

53 . TBI Estados Unidos-Uruguay. Ley N° 17.943. Vigente desde 2006.

54 . El Nivel Mínimo de Trato es definido en el Artículo 5, Párrafo 2 del TBI con Estados Unidos como lo que establece el Derecho Internacional Consuetudinario. A su vez, el Anexo A del Tratado establece el nivel mínimo de trato a extranjeros como “todos los principios de derechos internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros.” TBI Estados Unidos-Uruguay. Ley N° 17.943. Vigente desde 2006.

55 . El Artículo 3 de la ley expresa en sus criterios: A) Ocupar una superficie superior a cuatrocientas hectáreas de; área de intervención directa. B) Contar con una inversión superior a 830.000.000 UI [...] en fase de construcción y montaje de las obras e infraestructuras necesarias para la explotación. C) Tener un valor anual de comercialización (plaza o exportación) del producto obtenido de actividad minera (producción) mayor a 830.000.000 UI [...]. Ley N° 19.126, “Minería de Gran Porte”, 2013.

56 . Nota de Prensa, “Aprueban ley y Aratiri ya cuenta con marco legal para producir”, Diario El País, 4 de Septiembre de 2013.

Una vez aprobada la ley, la empresa inició un proceso de negociación con el Poder Ejecutivo para la instalación de su inversión y para la firma de un contrato de inversión que incluía los estímulos que obtendría la empresa por instalarse en el país. Estímulos que van más allá de lo establecido en las leyes de promoción de inversiones ya existentes en el país. Este proceso es clave en la trayectoria de las demandas que tiene el país porque las ETN habitualmente utilizan lo sucedido en estas negociaciones para aportar a su caso de demanda contra el Estado. Este proceso actualmente es el que el Poder Ejecutivo lleva adelante en el caso de la instalación de una nueva planta de producción de pasta de celulosa de parte de la transnacional UPM.

En este proceso de negociación, el puerto de aguas profundas para la salida del hierro fue uno de los puntos críticos y más difíciles de resolver. Aratirí quería localizar este puerto minero en la zona de La Angostura en el departamento de Rocha y así lo proyectó en el estudio de impacto ambiental. Sin embargo, las autoridades nacionales decidieron no permitir la construcción en esa zona entendiendo que la construcción de dos terminales portuarias en la misma zona costera de Rocha elevaba la presión sobre el territorio. En cambio, propuso modificar la ubicación de la terminal portuaria y que la salida del mineral se diera por el puerto de aguas profundas en El Palenque en la misma zona costera de Rocha. Ya existía un proyecto de construcción de un puerto de aguas profundas multipropósito en esta zona por lo cual la propuesta buscaba incluir la necesidad de la inversión de Aratirí.

En el 2015, cuando tuvieron lugar estas conversaciones, el precio internacional del hierro se modificó drásticamente sufriendo una importante caída y frente a esto, la empresa replanteó la propuesta inicial de localizar el puerto en La Angostura *“argumentando que el suelo en el Palenque es más duro, lo que implicaría mayores costos”*⁵⁷. El Poder Ejecutivo no dio lugar a esta solicitud basándose en que esa elevación de los costos no es real y que la diferencia existente no compromete la viabilidad del proyecto. En ese momento, el entonces presidente José Mujica decidió extender el plazo para la firma del contrato con la empresa por 12 meses más buscando evitar así un juicio de la empresa que considerara que las reglas de juego le fueron modificadas al cambiar el puerto de lugar. Esta extensión implicó incluso la modificación de la ley aprobada en 2013⁵⁸. La empresa pasó a una búsqueda de un eventual inversionista que se hiciera cargo del proyecto. Sin embargo en 2015, las autoridades uruguayas consideraron que en materia ambiental no existían las garantías suficientes de parte del proyecto ya que la

Dirección Nacional de Medio Ambiente (DINAMA) no había recibido de parte de la empresa respuestas a una serie de interrogantes y precisiones que le solicitara. Las dudas sobre el manejo ambiental del proyecto habrían pesado a su vez para que el proyecto terminara de caer⁵⁹.

El proyecto de instalación de Aratirí no estuvo exento de resistencia local. Vecinos y vecinas de la zona destinada para la inversión de la empresa (incluido sus infraestructuras anexas), enfatizaron con movilizaciones y pronunciamientos públicos, su rechazo al proyecto por las potenciales afectaciones ambientales que podían existir.

El sector de la minería es muy activo en la región a través de ETN instaladas en territorios con emprendimientos extractivos muy variados. A nivel mundial y regional las gigantes BHP Billiton, Río Tinto y Vale son consideradas líderes. Todas han sido denunciadas públicamente por los fuertes impactos generados en los territorios donde desarrollan emprendimientos. El caso más resonante en la región fue la rotura del dique de desechos minerales de la empresa Samarco Mineracao SA (propiedad de Vale SA y BHP Billiton) que en 2015 provocó lo que se dio en llamar el peor crimen ambiental en la historia de Brasil arrasando con un pueblo entero en la localidad de Mariana, en el Estado de Minas Gerais y generando un extensísimo territorio prácticamente muerto. Los impactos de la minería son de los más publicitados a nivel mundial y vinculan en todos los casos a grandes ETN con una capacidad de influencia y un poder exponencial. Los territorios donde se instalan estas empresas se convierten en zonas de conflicto y muchas veces lo hacen a costa de invadir, acaparar y ocupar (incluso cuando existe una legislación que permita la instalación del emprendimiento) territorios donde habitan comunidades locales e indígenas. La militarización de las zonas (sea por la presencia del ejército o por equipos de seguridad privados fuertemente armados) es una constante que se observa en los territorios donde estas empresas se instalan.

El 20 de Julio de 2017, Aratirí anuncia públicamente mediante un comunicado de prensa, que la empresa decidió iniciar una demanda contra Uruguay por incumplimiento de las condiciones del TBI entre el país y el Reino Unido. Según el comunicado de prensa la notificación de la demanda fue presentada el 19 de Julio al Estado uruguayo. En su comunicado, la empresa expresa: *“Los señores Ritika Mehta y Prenay y Vinita Agarwal, nacionales ingleses inversores en Minera Aratirí y sus subsidiarias, iniciaron un arbitraje de inversión contra el Estado Uruguayo por incumplimiento del Tratado para la Protección y Promoción de Inversiones [...]”*

57 . Nota de Prensa, “La nueva ley de la minera Aratirí”, Diario El País, 16 de Febrero de 2015. En esta misma nota se recogen declaraciones de Pedro Buonomo, integrante de la comisión interministerial que analizaba el tema y que en su momento sostuvo: “Lo cierto, es que en el año 2011 cuando la empresa presentó el estudio de impacto ambiental, la tonelada de hierro valía U\$S 187 y cuando se sancionó la Ley de Minería de Gran Porte en setiembre de 2013, la tonelada valía más de U\$S 130.”

58 . El Artículo 24 (Procedimiento) y el Artículo 25 (Exigencia de contrato) establece la exigencia de una solicitud de concesión en términos de “minería de gran porte”, un periodo de 360 días para alcanzar un acuerdo sobre las condiciones del contrato y, en caso de no alcanzar el acuerdo en ese plazo, la posibilidad de extenderlo o incluso de presentar un interesado para hacerse cargo del proyecto.

59 . Nota de Prensa, “Aratirí busca un socio que reflote el proyecto de Valentines”, Diario El Observador, 25 de Noviembre de 2015.

60 . Comunicado de Aratirí publicado en Semanario Búsqueda, 20 de Julio de 2017.

*La base del reclamo es la conducta arbitraria y no transparente del Gobierno Uruguayo, contraria a las legítimas expectativas de los inversores en el Proyecto Valentines. Este tipo de conducta es violatoria del Tratado internacional de protección a las inversiones entre el Reino Unido y la República Oriental del Uruguay.”*⁶⁰

Zamin Ferrous se ampara en el TBI que Uruguay tiene con Reino Unido a pesar de ser una empresa de origen indio. Esto es así porque el TBI que Uruguay tiene con India no fue ratificado, por tanto, nunca entró en vigor a pesar de haber sido firmado en Febrero de 2008. La posibilidad que la ingeniería de los TBI le ofrece a las ETN, incluye la práctica de lo que en la literatura especializada en la materia se conoce como “cherry picking”.

El cherry picking se puede definir como la práctica de elegir entre diferentes instrumentos, cuál de ellos ofrece mejores posibilidades y beneficios a la ETN en relación a su controversia. Así, PMI optó por ampararse en el TBI que Uruguay tiene con Suiza y no en el TBI entre Uruguay y Estados Unidos y Zamin Ferrous aun sin contar con un contrato firmado con el Estado y sin tener un TBI que ampare sus intereses como empresa india, puede demandar al país a través del TBI con Reino Unido. Esta posibilidad le es permitida porque los titulares de la empresa son ciudadanos del Reino Unido por tanto son considerados inversionistas del Reino Unido y como tales, pueden ampararse en el instrumento. Esta situación demuestra claramente el estiramiento del alcance de las reglas y los marcos jurídicos establecidos por el régimen de promoción y protección de inversiones.

El comunicado expresa cierta frustración por considerar que fueron objeto de un incentivo de las negociaciones para que el proyecto se concretara, para luego desconocer las reglas planteadas inicialmente y afectar la inversión: *“El Gobierno incentivó a los inversores desde el comienzo a que desarrollarían el Proyecto. Incluso se llegaron a negociar (y estuvieron a punto de firmarse) varios acuerdos para facilitar su implementación. Minera Aratirí y sus subsidiarias contaban con varios permisos de prospección y exploración, que les otorgaban un derecho exclusivo a obtener la concesión de explotación del Proyecto Valentines. Pero el Gobierno implementó cambios a las reglas de juego afectando específicamente el Proyecto, y de forma retroactiva.”*⁶¹

Más adelante en el comunicado la empresa expresa haberse sentido engañada cuando le fuese anunciada la entrega de un lote de propiedad del Ministerio de Defensa en La Angostura y luego de que la empresa hubiese invertido en realizar los planes de diseño, el gobierno retirara el lote para estos fines y decidiera “unilateralmente” la ubicación del puerto en otro lugar. La empresa considera que el listado de sucesos (los cuales relata en el comunicado) y las “idas y venidas” sobre el lugar del proyecto y los aspectos logísticos y opera-

tivos constituyen “algunos ejemplos de acciones violatorias del Tratado.”⁶²

El comunicado también expresa decepción por haber convalidado “en la conducta del Gobierno y en sus promesas con respecto al Proyecto”. Adjudica al gobierno la culpa de que el proyecto no se hubiese instalado a pesar de que en su momento llegó incluso a emplear casi 200 personas y proyectaba emplear miles de uruguayos. *“Lamentablemente, ello no fue posible debido a la conducta del Gobierno, que no cumplió con sus promesas ni sus obligaciones, frustrando así el desarrollo del Proyecto y causando muy importantes pérdidas [...]”*⁶³

El Artículo 8 “Arreglo de Controversias entre un Nacional o Sociedad y un Estado Receptor” del TBI Uruguay-Reino Unido establece los procedimientos y tipo de solución de controversias que prevé el tratado. Allí se considera la posibilidad de un arbitraje internacional cuando la controversia no pudiera resolverse de “forma amigable” en un plazo de 3 meses luego de haber notificado por escrito el reclamo. El Artículo establece las posibilidades para ese arbitraje cuando transcurrieron 18 meses desde el momento de sometimiento de la controversia en el tribunal competente doméstico donde se realizó la inversión o en el caso de que el fallo de ese tribunal nacional “sea notoriamente injusta o infrinja las disposiciones de este Convenio.” El Artículo en su párrafo 3 también establece a la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil (CNUDMI) y al CIADI como los espacios para dirimir controversias.

La demanda no aparece pública ni en el CNUDMI ni en el CIADI. Como explicáramos en párrafos anteriores, el acceso a la información es extremadamente restrictivo por lo que el análisis queda, muchas veces, trunco producto de no poder conocer los méritos presentados por la demandante o por el Estado que es demandado. Parte de la información volcada en las Tablas Resumen que siguen a este apartado de Demandas describen, con la información existente, las reglas a las que se atiene la empresa para demandar pero en los casos en los que no se accede a los méritos es imposible un análisis detallado. El caso de Zamin Ferrous versus Uruguay entra en estas apreciaciones.

4. PETROBRAS / Sector Hidrocarburos

En este empuje de demandas que Uruguay está recibiendo, la última en conocerse involucra también al sector extractivo, específicamente hidrocarburos. El 16 de Agosto Petrobras publica un comunicado en su página de Brasil anunciando la decisión de dos concesionarias en Uruguay de iniciar un

61 . Comunicado de Aratirí publicado en Semanario Búsqueda, 20 de Julio de 2017.

62 . Comunicado de Aratirí publicado en Semanario Búsqueda, 20 de Julio de 2017.

63 . Comunicado de Aratirí publicado en Semanario Búsqueda, 20 de Julio de 2017.

arbitraje internacional contra el país. Las concesionarias en Uruguay son Conecta y Montevideo Gas de las cuales Petrobras es propietaria del 55% del paquete accionario en el primer caso y del 100% en el segundo caso. En Uruguay, Petrobras está presente a través de dos distribuidoras de gas: Montevideo Gas y Conecta. Estas empresas tienen contratos de inversión con el Estado uruguayo.

La demanda anunciada se ampara en un instrumento diferente: un contrato inversor-Estado. Este formato oficial de TBI ya que establece los derechos y obligaciones de las partes respecto a la actividad específica. Al mismo tiempo, los contratos inversor-Estado también consideran un mecanismo de solución de controversias que es el dispositivo que da lugar a que la empresa pueda demandar al Estado en un tribunal arbitral, incluso sorteándose las etapas previas y administrativas de instancias nacionales que muchas veces son pasos obligados previos a la instancia de arbitraje internacional.

Este caso refleja la vulnerabilidad a la que está expuesta el país. No solo se deben considerar las restricciones de los TBI que se firman y la adhesión a tribunales de solución de controversias. También hay que considerar las implicancias y restricciones que otros instrumentos asociados imponen a la política doméstica, como es el caso de los contratos inversor-Estado.

Los argumentos que la empresa da a conocer en su comunicado y que ampararían sus demandas se relacionan al precio con el que Uruguay importa gas desde Argentina. En su comunicado publicado en Agosto, Petrobras realiza una serie de "aclaraciones" sobre las condiciones iniciales de las concesiones: "*Los cambios en las condiciones de las exportaciones del gas argentino para Uruguay, única fuente de abas-*

tecimiento de gas del país, causaron restricción de abastecimiento y desequilibrio económico-financiero en los contratos de las distribuidoras en Uruguay, principalmente a partir de 2008."⁶⁴ Las concesiones originales datan de 1994 y 1999, es decir entre 23 y 19 años atrás.

También mencionan la expectativa por la Planta Regasificadora que estaba prevista para funcionar en 2015 y que el proyecto finalmente fue interrumpido. El aumento de los precios del gas importado de Argentina así como los costos que no pudieron verse reflejados en el aumento de tarifas son también menciones importantes del comunicado. Por último mencionan la ejecución que realizarán autoridades de la garantía bancaria de Montevideo Gas basándose en el no cumplimiento del pago completo del canon establecido. Aparentemente la empresa estaba abonando la parte que consideraba no controvertida del canon ya que consideraban que parte del mismo carecía de legitimidad lícitud porque "*se origina de la inclusión abusiva de impuestos y regalías argentinos en el cálculo del cobro del gobierno uruguayo.*"⁶⁵

Según informa un portal especializado en los arbitrajes internacionales relativos a inversiones, con base en Europa⁶⁶, los casos son llevados a arbitraje internacional por medio de las cláusulas de solución de controversias establecidas en los contratos de concesión. Conecta está reclamando 50 millones de dólares en su demanda que será canalizada a través de la Cámara de Comercio Internacional. Por su parte Montevideo Gas encauzará la demanda a través de un tribunal ad hoc a establecerse en Montevideo.

Los contratos no son públicos por lo que no es posible analizar las cláusulas que permitieron estas demandas.

64 . Comunicado oficial, "Aclaración de Petrobras", Publicado el 16/08/2017. Disponible en: http://www.agenciapetrobras.com.br/Materia/ExibirMateria?p_materia=979508
65 . Comunicado oficial, "Aclaración de Petrobras", Publicado el 16/08/2017. Disponible en: http://www.agenciapetrobras.com.br/Materia/ExibirMateria?p_materia=979508
66 . Global Arbitration Review.

TABLA RESUMEN 2: DEMANDAS, POLÍTICAS PÚBLICAS Y DERECHOS AFECTADOS

INVERSIONISTA	POLÍTICA PÚBLICA	DERECHOS AFECTADOS
Philip Morris International 2010	. Política Antitabaco: Ordenanza 514/008, Ley N° 18.256 de 2008, Decretos N° 284/008 y 287/009 . Convenio Marco para el Control del Tabaco de la OMS	. Derecho a la Salud . Afectación de la competencia del Estado para regular y legislar
Italba Corporation (Trigosul) 2016	. Resolución N° 335/011 de la URSEC de 2011	. Afectación de la competencia del Estado para regular y legislar
Zamin Ferrous (Aratiri) 2017	. Ley de Minería de Gran Porte: plazos y procedimientos de firma del contrato de inversión	. Afectación de la competencia del Estado para regular y legislar . Derecho a un Medio Ambiente Adecuado
Petrobras (Montevideo Gas y Conecta) 2017	. Contratos de Inversión para distribución de Gas.	. Afectación de la competencia del Estado para regular y legislar

En la **Tabla Resumen 3** se presentan los instrumentos internacionales que amparan estas demandas en cada caso, así como las cláusulas y reglas que las ETN consideran están siendo violadas por las políticas en cuestión. La principal ventaja de poder apreciar los instrumentos y las cláusulas que llevan las ETN a los arbitrajes, es observar como son reiterados los argumentos y la utilización –y abuso- que se hace a la interpretación de las mismas en los procedimientos. Esto último ha sido ya analizado a lo largo del texto.

TABLA RESUMEN 3: TRATADO, CLÁUSULAS Y REGLAS INVOLUCRADAS EN LAS DEMANDAS

DEMANDA	TRATADO EN EL QUE SE AMPARA	CLAÚSULAS Y REGLAS
PMI versus Uruguay	Uruguay – Suiza (Ley N° 16.176) <i>Firmado en 1988</i> <i>Vigente desde 1991</i>	. Trato Justo y Equitativo Denegación de Justicia Protección y Seguridad Plena
Italba Corporation versus Uruguay	Uruguay-Estados Unidos (Ley N° 17.943) <i>Firmado en 2005</i> <i>Vigente desde 2006</i>	. Trato Justo y Equitativo Arbitrariedad Manifiesta
Zamin Ferrous versus Uruguay	Uruguay – Reino Unido (Ley N° 16.819) <i>Firmado en 1991</i> <i>Vigente desde 1997</i>	. (*) Sin confirmar por no ser pública la demanda y por no estar disponibles los datos de registro de la misma
Petrobras (Montevideo Gas y Conecta) versus Uruguay	Contrato Inversor-Estado Montevideo Gas y Conecta	. (*) Sin confirmar por no ser pública la demanda y por no estar disponibles los datos de registro de la misma

CONSIDERACIONES FINALES

El objetivo de este análisis es múltiple. La evidencia aquí volcada y el análisis que la acompaña busca exponer una clara tensión que tiene lugar en la vida política cotidiana del país. El amparo que reciben los derechos de los inversionistas (derecho a la propiedad privada, seguridad jurídica, justa compensación, libertad de comercio e inversión, etc) es doble frente a medidas gubernamentales: nacional e internacional. Sin embargo, los derechos fundamentales que hacen a la salud, a la alimentación adecuada, al acceso a la información, a la condición de consumidor, a la protección frente a contenidos discriminatorios y publicidad engañosa, Derecho a un Medio Ambiente Adecuado, derechos relacionados con la potestad del Estado para regular y legislar, cuentan con un paraguas protector que se remite al territorio nacional.

Esta tensión se termina dirimiendo a favor de quienes presentan un poder e influencia mayor porque las asimetrías importan mucho en este tipo de negociaciones. Los inversionistas extranjeros – empresas transnacionales- administran y ejecutan un inmenso poder basado en su lucro y en su capacidad de controlar el mercado. Cuando se trata de países pequeños con escaso peso político, económico, comercial y geopolítico a nivel internacional, las asimetrías son todavía más importantes y cruciales. Tanto es así que definen el destino y viabilidad de muchas políticas públicas. Ese es el caso de Uruguay.

Es significativo además poner en perspectiva comparada las políticas y regulaciones que fueron objeto de amenazas y demandas. Todas ellas asumieron el respeto, protección o la garantía de derechos. Una importante conclusión a tener en cuenta de este análisis es que la expansión de la agenda de derechos tiene resistencias específicas y frentes de conflicto y tensión que no son solamente nacionales.

Las cuatro demandas y las cuatro amenazas aquí reseñadas ocurren durante los primeros tres periodos de gobierno del FA, subrayando así la idea de que la expansión de la agenda de derechos tiene en los instrumentos internacionales de comercio e inversiones un obstáculo mayúsculo que se suma a la resistencia conservadora a nivel nacional de avanzar en agendas que expandan los derechos del pueblo, protejan a los más vulnerables o amplíen las oportunidades de la población históricamente relegada.

Los instrumentos internacionales de comercio e inversiones son quizás el obstáculo estructural más importante de las políticas públicas porque opera recortando y adaptando la soberanía del Estado ante intereses privados de capitales transnacionales. Uruguay se debate entre la promoción y protección de inversiones y la búsqueda de mercados para colocar productos y, la apuesta a extender el entramado de políticas públicas, posicionar fuertemente el papel activo del Estado y poner el foco en los derechos humanos como paraguas conceptual y simbólico de la izquierda popular. Entender que estas esferas se ven tensionadas es asumir que hay que resolver la tensión. Quizás las formas de resolverlo sea avanzar en caminos propios, que ensayen respuestas a la necesidad de inversión desde otros paradigmas que respeten la soberanía nacional y la competencia del Estado en la toma de decisiones.

Referencias Bibliográficas

Barreto, V. y Carrau, N., “De cuando la amenaza se hace demanda: el impacto de las reglas de inversiones en las políticas públicas y los derechos”, REDES-AT, Transnational Institute (TNI), Junio 2015.

Carrau, N., “Uruguay estrena su Tratado de Inversiones con Estados Unidos: Italba Corporation inicia demanda contra Uruguay”, REDES-AT, Transnational Institute (TNI), 2017.

Carrau, N. y Valdomir, S., “La incidencia de los tratados de protección de inversiones en el Mercosur”, Cuaderno N°13, CEFIR, 2012.

Crosbie, E., Sosa, P. y Glantz, S., “Defensa de las estrictas reglamentaciones sobre empaquetado y etiquetado del tabaco aplicadas por Uruguay: red transnacional de control del tabaco vs. Philip Morris International”, Documento de Investigación, 2017.

Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, OMS, 2003.

Villareal, A., “Discurso contra la Amnesia. TBI Japón-Uruguay”, Documento de Trabajo N° 5, REDES-AT, 2016.

