



- **Alianza Social Continental**
 - **Hemispheric Social Alliance**
 - **Aliança Social Continental**
 - **Alliance Sociale Continental**
-

El Proyecto del ALCA y los Derechos de los Inversionistas “un TLCAN Plus”

Un Análisis del Borrador del Capítulo de Inversiones del ALCA

19 de junio de 2001

Realizado y patrocinado por la

Alianza Social Continental
<http://www.asc-hsa.org>

Contenido

Introducción.....	1
Principales Hallazgos de la Investigación.....	2
Análisis del Borrador del Texto.....	3
1. Mecanismos de Solución de Controversias.....	3
2. Expropiación y Estándares Mínimos de Trato	5
3. Controles de Capital	7
4. Trato Nacional	8
5. Requisitos de Desempeño.....	10
6. Definición de Inversión.....	11
Conclusiones.....	12

Como se ha Desarrollado de este Análisis

Este documento es un primer paso dentro de los esfuerzos que hace la Alianza Social Continental en examinar y evaluar las negociaciones en torno al Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA). El análisis del capítulo de inversiones ha sido producido por individuos activos en las tres redes ciudadanas afiliadas a la Alianza Social Continental que forman parte de los tres países pertenecientes al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN): la Red Mexicana de Acción frente al Libre Comercio (RMALC), la Alianza por un Comercio Responsable de Estados Unidos y Fronteras Comunes de Canadá.

Las contribuciones individuales a este análisis incluyen: Manuel Pérez Rocha L (*RMALC*); Steve Porter, *Center for International Environmental Law*; Sarah Anderson, *Institute for Policy Studies*; John Dillon, *Ecumenical Coalition for Economic Justice*; Marc Lee, *Canadian Centre for Policy Alternatives*; Scott Sinclair, *Canadian Centre for Policy Alternatives*; Ken Traynor, *Canadian Environmental Law Association*; y Steve Shrybman, *Sack, Goldblatt and Mitchell*. Otros miembros de la Alianza Social Continental contribuyeron con comentarios de utilidad y su visión.

Mientras el resto del borrador del ALCA se hace público, la ASC continuará realizando análisis conjuntos que se enfocarán en las implicaciones que el acuerdo tiene para los trabajadores, el medio ambiente, los pueblos indígenas, las mujeres, los niños y los esfuerzos que se llevan a cabo en nuestro hemisferio para llegar a sistemas que tengan como objetivos la justicia y la sustentabilidad por encima de las ganancias de las corporaciones.

INTRODUCCIÓN

El 18 de abril del 2001, los ciudadanos del hemisferio americano vieron por primera vez las posiciones de los negociadores gubernamentales del ALCA. Una ONG de los Estados Unidos, el *Institute for Agriculture and Trade Policy*, hizo público el borrador del capítulo de inversiones del ALCA al poner en su página de Internet una copia que lograron filtrar.

Ha existido una gran especulación sobre las negociaciones en torno a inversiones en el ALCA, particularmente en torno a que tan parecido son los planes de este capítulo al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). El Capítulo 11 del TLCAN va más allá que ningún otro acuerdo o tratado comercial en el mundo al extender una serie de derechos y protecciones a los inversionistas internacionales. El aspecto más controversial del TLCAN es que permite a inversionistas privados el demandar a los gobiernos miembros del TLCAN de manera directa y a exigirles compensaciones cuando estos incumplan cualquiera de las muchas obligaciones del Capítulo 11. Este poder sin precedentes otorgado a las corporaciones restringe la habilidad de los gobiernos para proteger el bienestar público y el medio ambiente, así como poder asegurar que las inversiones ayuden a alcanzar objetivos para el desarrollo social y económico de los pueblos.

En 1998 las preocupaciones por los efectos del Capítulo 11 del TLCAN alimentaron una gran oposición mundial que contribuyó a derrotar al Acuerdo Multilateral para las Inversiones (AMI o MAI por sus siglas en inglés), que se negociaba a puertas cerradas por los países miembros de la OCDE. Las mismas preocupaciones han creado una fuerte oposición de amplios sectores productivos y de la sociedad civil a una nueva ronda de negociaciones comerciales dentro de la OMC. El texto del ALCA revela que los gobiernos tratan de nuevo de expandir las reglas sobre inversión de TLCAN, ahora a través del ALCA. **A pesar de que prácticamente todo el texto está en corchetes (lo que indica puntos y áreas en las que los gobiernos aun no llegan a un consenso oficial), el borrador del capítulo se asemeja de gran manera al texto del Capítulo 11 del TLCAN, incluyendo a la cláusula relativa a la nueva relación entre “inversionistas y estado”.**

La Alianza Social Continental ha trabajado en proponer alternativas a las reglas en inversiones para asegurar que estas respeten los derechos humanos, los derechos laborales, el medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas, tal y como se define por protocolos internacionales que deben de quedar como un precedente por encima de los derechos de los inversionistas¹. A pesar de esto, el borrador del ALCA demuestra que se están ignorando estas recomendaciones. Tal parece que los negociadores no han aprendido nada de la derrota del AMI o del preocupante uso que se le ha dado al capítulo de inversiones del TLCAN en el sentido de que se ha permitido que se ponga en riesgo a las regulaciones legítimas que defienden el interés público. De hecho, en varias áreas, los negociadores están tratando de usar el ALCA para otorgar a los inversionistas protecciones aun más fuertes que aquellas que ya gozan con el TLCAN.

Las posiciones de los negociadores reflejan las exigencias de las corporaciones más grandes y poderosas del hemisferio. El 19 de abril del 2001, 29 corporaciones de Estados

¹ Ver “Alternativas para las Américas”: (www.asc-hsa.org).

Unidos y sus asociaciones, incluyendo a las firmas petroquímicas y farmacéuticas, firmaron una carta para los funcionarios de más alto rango de los Estados Unidos, haciendo manifiesto su apoyo por que las cláusulas del ALCA tuvieran como modelo el TLCAN². Esta carta describe una lista de exigencias que incluye las cláusulas del TLCAN que más criticadas han sido por la opinión pública.

El análisis de la ASC se centra en estas áreas controversiales, recalando los aspectos del borrador del ALCA que más en riesgo ponen la democracia, la justicia social y económica, así como la sustentabilidad ecológica en nuestro hemisferio.

PRINCIPALES HALLAZGOS

Mecanismos de Solución de Controversias: el texto del borrador incluye prácticamente una copia fiel de los mecanismos de solución de controversias del TLCAN, que son antidemocráticos y sin ningún balance social pues atienden tan sólo a los intereses de las grandes corporaciones. Estos mecanismos otorgan a las corporaciones extranjeras derechos especiales para el uso de arbitrajes internacional en forma por demás secreta y al margen de verdaderos controles públicos. Este arbitraje internacional sustituye a las legislaciones nacionales y por ende a las cortes jurídicas de los países huéspedes de la inversión extranjera. De esta manera el hemisferio corre el riesgo de que, como en el TLCAN, se deroguen de hecho leyes y regulaciones nacionales erigidas a través de años de procesos democráticos.

Expropiación: El borrador del capítulo de inversiones del ALCA propone definiciones de expropiación tan amplias como aquellas en el TLCAN. Estas definiciones cubren tanto expropiaciones directas como indirectas, e incluso cualquier medida pública cuyos efectos puedan ser considerados equivalentes a una expropiación por las corporaciones, ya que afectan sus intereses. De esta manera, las corporaciones podrán, como en el TLCAN, demandar a cualquier gobierno cuyas acciones provoquen una disminución de las ganancias esperadas.

Nivel Mínimo de Trato: El borrador del capítulo de inversiones del ALCA incluye también una obligación abierta e indeterminada del TLCAN en cuanto a niveles mínimos de trato, que las corporaciones han utilizado con mucho éxito hasta la fecha. Esta obligación es particularmente problemática pues los inversionistas han intentado utilizarla dentro del TLCAN para expandir el ámbito de la cláusula “inversionistas y el Estado” y llevar estos privilegios más allá de las regulaciones puramente en torno a inversión extranjera.

Controles de Capital: El borrador del capítulo de inversiones del ALCA propone ir más allá del mismo TLCAN en el sentido de prevenir que los gobiernos utilicen formas de control de movimientos de capitales. Esto a pesar del aparentemente creciente consenso entre funcionarios financieros en el sentido de que estas medidas son necesarias para combatir efectivamente las crisis financieras internacionales. El texto del ALCA expande el tipo de transferencias de capital que deben ser permitidas y a las cuales no se les debe poner obstáculo alguno para su inmediata transferencia. El texto incluye contribuciones al

² Publicado en “Inside US Trade”, 27 de abril del 2001.

capital, regalías, honorarios y cualquier otro pago relacionado con derechos de propiedad intelectual y regalías derivadas de la explotación de los recursos naturales.

Trato Nacional: Como en el TLCAN, el ALCA obligará a los gobiernos a que den a los inversionistas extranjeros el mismo trato o mejor que a los inversionistas domésticos. Actualmente los gobiernos tienen una oportunidad única de negociar excepciones en esta cláusula para sectores específicos. Sin embargo, las prospectivas de obtener excepciones significantes son casi nulas dada la falta de consultas públicas entre los negociadores y la población en general en la mayoría de los países, así como con los parlamentos y los gobiernos sub-nacionales.

Requisitos de Desempeño: La propuesta del borrador del capítulo de inversiones del ALCA es asimismo prácticamente una copia fiel del TLCAN y de su amplia serie de prohibiciones a los requisitos de desempeño a la inversión extranjera. Estos requisitos deberían servir para asegurar que las inversiones sirvan para alcanzar objetivos económicos y sociales en los ámbitos nacionales y locales. Sin duda, el prohibir que los gobiernos puedan imponer estos requisitos se traduce en que no puedan promover en forma soberana y democrática el desarrollo económico y social para sus pueblos, y por lo tanto es una amenaza para la formulación democrática de las políticas públicas.

Definición de Inversión: El actual borrador del capítulo de inversiones del ALCA incluye en forma alternante ocho definiciones de "inversión". Esto revela que hay un nivel de desacuerdo considerable entre las partes negociadoras en torno a que y quien debe ser protegido por las reglas del ALCA. Sin embargo, casi todas las definiciones proponen ir más allá del TLCAN. Por ejemplo, algunas definiciones extienden la cobertura a derechos de propiedad intelectual, derivados, licencias y contratos comerciales. En muchos casos las propuestas replican el lenguaje contenido en el derrotado AMI.

ANÁLISIS DEL BORRADOR DEL TEXTO

1. Mecanismos de Solución de Controversias

Las reglas para la inversión del ALCA otorgarían de manera innecesaria a las corporaciones fuertes derechos que desafiarían leyes nacionales erigidas de manera democrática. Estos derechos a las corporaciones se pondrían en práctica a través de tribunales secretos y ajenos a la jurisdicción propia de los países.

El texto del borrador del capítulo de inversiones del ALCA incluye prácticamente el mismo lenguaje que el Capítulo 11 del TLCAN en lo referente al mecanismo de solución de controversias entre inversionistas y estados. Este mecanismo tiene un fuerte sesgo a favor de los inversionistas. Dada la amplitud de los aspectos considerados, el mecanismo de resolución de controversias daría a los inversionistas extranjeros, como en el TLCAN, derechos especiales para utilizar discrecionalmente a tribunales internacionales que no gozan de legitimidad democrática dentro de cada uno de los países, en lugar de que se tengan que atener a las cortes nacionales y al derecho interno de cada país. De esta manera las corporaciones pueden echar para atrás leyes y reglamentos nacionales alcanzados democráticamente.

Con el TLCAN los inversionistas ya han hecho un uso considerable de estos mecanismos de solución de controversias para desafiar de manera agresiva una serie de leyes y reglamentos que interfieren con sus ganancias. Por ejemplo, Canadá tuvo que pagar a Ethyl Corporation, una empresa basada en los Estados Unidos, 13 millones de dólares en compensación, además de que tuvo que retirar una prohibición al uso del aditivo MMT de las gasolinas, que es perjudicial para la salud. Los paneles de arbitraje internacionales han encontrado en las siguientes decisiones gubernamentales violaciones a las reglas de inversiones contenidas en el Capítulo 11 del TLCAN:

- ❑ La decisión de un gobierno local mexicano (San Luis Potosí) de no permitir a Metalclad Corporation instalar una planta de desechos tóxicos.
- ❑ Una medida del gobierno de Canadá que obedece a un acuerdo con Estados Unidos, que fue desafiada por la empresa Pope and Talbot, pues incorpora una serie de cuotas de exportación y costos para ciertos tipos de maderas suaves
- ❑ Otra medida del gobierno de Canadá que fue desafiada por la empresa S.D. Myers, que prohibía de manera temporal la exportación de residuos de PCB³.

En la actualidad aun permanecen pendientes los siguientes desafíos por parte de los inversionistas:

- ❑ La demanda de la Methanex Corporation al gobierno de California por su decisión de abolir un aditivo de gasolina que contamina las aguas.
- ❑ La demanda de la empresa Loewen Group sobre un juicio civil en los Estados Unidos, pues reclama que el jurado fue influenciado por el hecho de que un servicio funerario es de propiedad canadiense. Existe una demanda parecida por parte de la empresa Mondev International que se relaciona a los procedimientos legales resultantes de la

³ Este y otros retos de inversionistas a las leyes nacionales se pueden encontrar en detalle en *Private Rights, Public Problems: A guide to NAFTA's controversial chapter on investor rights* (International Institute for Sustainable Development y World Wildlife Fund, 2001).

- negativa de la ciudad de Boston a permitir que la firma adquiriera parte de sus propiedades públicas.
- ❑ Los alegatos de la empresa United Parcel Service en contra de Canada Post, la empresa pública de correos del Canadá, pues según la primera la segunda utiliza su “infraestructura monopólica de entrega de correos” para subsidiar sus servicios de mensajería no monopólicos.
 - ❑ La decisión de la provincia canadiense de la Columbia Británica de no otorgar licencias a la empresa Sun Belt Water para exportar agua fresca en cantidades industriales.
 - ❑ La aplicación de “Buy American” (compra lo producido en Estados Unidos) en las decisiones gubernamentales en torno a la procuración de compras públicas.

Tomando estos casos en conjunto, los gobiernos pertenecientes al TLCAN son forzados a pagar y gastar recursos muy importantes para defender sus propios procesos jurídicos y legislativos de los embates por parte de inversionistas sin escrúpulos. Ya que la compensación que estos empresarios buscan va de unos cuantos millones a miles de millones de dólares, según el caso, los tres países del TLCAN se enfrentan a la obligación de pagar a los inversionistas de las grandes corporaciones vastas sumas de dinero para poder regular sus actividades.

La inclusión de estos mecanismos de solución de controversias hace ver que la retórica utilizada por los gobiernos en Québec, en torno a que el ALCA aumentará la democracia en el hemisferio, no es sino una burla. Este mecanismo es la herramienta más poderosa para otorgar a los intereses corporativos la oportunidad de hacer pasar por alto políticas sociales y de desarrollo, así como de protección al medio ambiente, erigidas democráticamente. Para que las promesas que hicieron nuestros presidentes en la Ciudad de Québec signifiquen algo, es necesario que dirijan a sus negociadores en forma inmediata la orden de eliminar de las negociaciones del ALCA este mecanismo de desregulación por demás antidemocrático.

El texto del borrador demuestra que a pesar de años de objeciones, críticas, y un conjunto creciente de casos sumamente problemáticos dentro del TLCAN, los negociadores del ALCA son incapaces y no muestran ningún deseo de buscar nuevas fórmulas que otorguen un mejor balance entre los intereses de las corporaciones, cuando estos sean legítimos, y el interés nacional y público de promover y establecer políticas de desarrollo nacionales que alcancen objetivos sociales y económicos. Bajo los injustos procesos de arbitraje del TLCAN, los “jueces”, que son escogidos por las partes, no son sujetos a las reglas éticas y jurídicas comunes, y asimismo no deben rendir cuentas de sus decisiones a nadie. En este sentido, el público está totalmente excluido de sus procedimientos. No existen las instancias de apelación para asegurar que los errores cometidos en la interpretación de las leyes puedan ser corregidos⁴. El hecho de que estos tribunales supranacionales puedan decidir asuntos de importancia Constitucional debe poner en alerta a todos los pueblos y a cada uno de sus ciudadanos.

⁴ Una Corte canadiense desechó una parte del laudo arbitral en el caso Metalclad (ver los Estados Unidos Mexicanos vs. la Metalclad Corporation, 2001 BCSC 664, 2 de mayo del 2001). Este fallo demuestra cuán limitadas son las opciones disponibles para anular o revisar estos fallos de arbitraje. Las revisiones son muy estrechas. Generalmente las cortes no pueden aceptar nuevas evidencias o si se llegaron a cometer errores legales, sino tan solo problemas más fundamentales como fraude o excesos jurídicos. En consecuencia, estos mecanismos de revisión proveen un control tan solo en los casos más atroces y en cambio no aseguran el desarrollo de principios legales coherentes y consistentes.

El texto del borrador indica claramente que los inversionistas podrán recurrir directamente a estos mecanismos de arbitraje internacional, pasando por alto los procesos de jurisdicción interna de las naciones tan solo mostrando su nuevo derecho a hacerlo. Hemos de preguntarnos: ¿Por que los países del continente americano tienen tanto miedo a confiar en sus propios procesos jurídicos? Seguramente una mejor alternativa sería un sistema que requiera que se haga un uso exhaustivo de las soluciones jurídicas nacionales, y que se apoye en mecanismos de solución de controversias entre los Estados para aquellos casos escasos que los sistemas legales nacionales no puedan resolver.

La inclusión de mecanismos de solución de controversias entre inversionistas y Estados en el ALCA representa un paso más de la estrategia a largo plazo de las corporaciones multinacionales, y de los gobiernos que actúan para satisfacer sus intereses, para alterar la naturaleza del derecho internacional y convertirlo de una serie de acuerdos entre Estados a un sistema en el cual las corporaciones, más no los ciudadanos, reciban un trato preferencial. Este cambio radical del panorama internacional ya se ha ido imponiendo, además de en el TLCAN, a través de una serie de acuerdos bilaterales para la protección de los inversionistas que siguen al pie de la letra las cláusulas del Acuerdo Multilateral para las Inversiones (AMI). El AMI no existe aun como tal gracias a la acción de organizaciones sociales y civiles de todo el mundo que lograron derrotar el progreso de su negociación. Sin embargo, una vez más sus cláusulas hacen su aparición a través del ALCA y por lo tanto debe ser resistido.

2. Expropiación y Niveles Mínimos de Trato

Uno de los aspectos más controversiales del Capítulo 11 del TLCAN es la extremadamente amplia definición de “expropiación”. Tradicionalmente este término se ha usado para describir la toma de una propiedad para satisfacer un propósito público sin el consentimiento del dueño (por ejemplo cuando el gobierno toma posesión de algún predio para construir un camino público). Las leyes nacionales proveen disposiciones para compensar justa y prontamente al afectado en estos casos extraordinarios. Sin embargo, en adición a este tipo de expropiación directa, el TLCAN también requiere que se compense las expropiaciones indirectas así como las medidas “equivalentes a una expropiación”. Estas nuevas disposiciones han permitido a corporaciones extranjeras e inversionistas individuales el hacer demandas frente a cualquier acto gubernamental que pueda hacer que las ganancias que esperan obtener disminuyan.

El texto del borrador del ALCA presenta cuatro propuestas alternativas en torno a expropiación y compensación, pero cada una de ellas les define tan ampliamente como en el TLCAN.

Existen, sin embargo, algunas diferencias menores. Bajo el Artículo 1110 del TLCAN, las “expropiaciones” directas e indirectas y las medidas “equivalentes a una expropiación” tan solo pueden llevarse a cabo en aras de satisfacer un fin público, sobre la base de la no discriminación, de acuerdo con procesos legales y las disposiciones del TLCAN en torno a un trato justo, y cuando exista una compensación. Una propuesta del texto del ALCA incluye que estas se puedan llevar a cabo por “razones de orden público [y] [o] interés social”. Otra propuesta incluida en el texto indica que la expropiación puede ser permitida cuando las medidas estén sustentadas en las constituciones políticas de los gobiernos.

Sin embargo, ninguna de estas propuestas cambiaría los problemas fundamentales de las disposiciones sobre expropiación dentro del TLCAN. Los inversionistas del TLCAN y algunos paneles de arbitraje para los conflictos inversionista-Estado han dado un significado a la expropiación que va mas allá de las leyes nacionales de cualquiera de los tres países signatarios. Generalmente bajo las leyes nacionales las regulaciones para el interés público que restringen el uso de una propiedad (como en el caso de Metalclad en México), o que afectan de manera adversa los activos de un inversor (como en la prohibición de sustancias tóxicas en los casos del MMT y el MTBE, por sus siglas en inglés) no se han considerado como expropiaciones que deban ser compensadas. Normalmente, mientras ciertos intereses de propiedad pueden ser afectados de manera adversa por medio de ciertas regulaciones gubernamentales, se pone en una balanza estos intereses frente a otros intereses legítimos al tener que decidir si la compensación debe ser hecha.

En sociedades democráticas, estos asuntos de tal complejidad y controversia deben de ser decididos por legislaturas electas y por cortes domésticas. En una carta publicada durante la Cumbre de Québec, un consorcio de intereses empresariales de los Estados Unidos hizo manifiesto de manera vehemente su apoyo a la inclusión de protecciones para los inversionistas en el ALCA bajo el modelo del TLCAN. En esta carta se hizo explícita la “protección de activos de expropiaciones directas e indirectas, incluyendo protecciones a regulaciones que disminuyan el valor de los activos de los inversionistas”. Estas corporaciones ven en el TLCAN una serie de disposiciones en torno a expropiaciones que les ayuda a en la práctica a ejercer golpes de Estado mediante los cuales los inversionistas se puedan defender frente a las llamadas “tomas reglamentarias”. Esta nueva doctrina ha sido rechazada en forma repetida en los debates democráticos y por las mismas leyes nacionales. Los ciudadanos y los gobiernos del hemisferio deben trabajar para asegurar que esta peligrosa doctrina no sea adhiere al ALCA, así como por que sea eliminada del Capítulo de Inversiones del TLCAN.

Mientras que las reglas del TLCAN en torno a expropiación han provocado considerable preocupación y notoriedad, otro derecho para los inversionistas es altamente problemático. Este es el derecho a Niveles Mínimos de Trato establecido en el Artículo 1105 del TLCAN e incluido en el borrador del capítulo de inversiones del ALCA.

No hay nada en el lenguaje, entre corchetes, del Artículo 6 del capítulo de inversiones en torno a “Trato Justo y Equitativo” que pudiera amortiguar los perjuicios que esta provisión pudiera tener en las políticas públicas y las leyes nacionales. Si acaso, algunas versiones del texto servirían tan sólo para embellecer, en lugar de moderar los impactos de esta obligación.

Esta disciplina ya ha sido aplicada ampliamente en el TLCAN. Partes del 1105 son encontrados en cada uno de los tres casos del TLCAN que han sido resueltos en favor de las empresas Metalclad, S.D.Myers y mas recientemente Pope and Talbot. El lenguaje tan amplio y vago de esta cláusula se presta a que los equipos de resolución de controversias puedan aplicar toda su subjetividad y labia, como lo han hecho recurrentemente, cuando perciben que los gobiernos han interferido con los derechos de los inversionistas.

Es preocupante que esta obligación sea tan vaga y general pues sus fronteras son tan poco definidas que buscar caminos seguros a través de las disciplina del comercio internacional se torna muy difícil. Sin embargo, lo mas preocupante es que sea utilizada

para expandir en forma dramática el ámbito de las demandas de los inversionistas a los Estados. Esto es por que bajo el TLCAN el derecho unilateral de los inversionistas extranjeros para demandar a los Estados es limitado, cuando menos hasta cierto grado. Aunque demandas pueden ser hechas por supuestas violaciones a las reglas sobre inversión del TLCAN, el resto del tratado (con dos excepciones menores) se encuentra fuera de los límites de las disputas que pueden iniciar los inversionistas⁵.

Aunque en el caso Metalclad, en el que el tribunal internacional encontró a México culpable de violar el Artículo 1105 ya que su régimen regulador no fue lo suficientemente transparente, las disposiciones en torno a transparencia en el TLCAN no tienen nada que ver con las disposiciones en cuanto a inversión y residen en otro lugar del tratado. En otras palabras, en el caso Metalclad el tribunal uso el 1105 como un mecanismo para importar a la órbita de las demandas de los inversionistas obligaciones que debieron estar mas allá de dadas demandas. Sin embargo, en su reciente revisión del caso Metalclad la Suprema Corte de la Columbia Británica estuvo en desacuerdo con la decisión del tribunal de incorporar las provisiones del TLCAN en torno a transparencia contenidas en el Artículo 1105, y en forma parcial hizo a un lado el fallo del tribunal. Sin embargo, esta decisión de la corte no tiene un efecto obligatorio en subsecuentes tribunales del TLCAN y por lo tanto no cierra este camino tan amplio que expande el ámbito de las protecciones a los inversionistas.

Actualmente, por ejemplo, la empresa United Parcel Service of America (UPS) está desarrollando un argumento similar para desafiar a los servicios postales públicos de Canadá. UPS está intentando reclamar pagos por supuestos perjuicios ya que, dice, los correos del Canadá no han cumplido con disposiciones que están fuera de las reglas en torno a inversiones en el TLCAN; por lo tanto Canadá no debe quedar sujeta a tales demandas⁶. El argumento del UPS se basa entonces en el artículo 1105. Si UPS gana el caso, significará que los inversionistas extranjeros podrán de ahora en adelante hacer valer disposiciones del TLCAN más allá del capítulo de inversiones o incluso los acuerdos de la OMC. Así, en lugar de tener docenas de demandas por parte de inversionistas como en la actualidad tendremos cientos de ellas.

3. Controles de Capital

El texto del borrador del Capítulo de Inversiones del ALCA sugiere que este iría mas allá que el TLCAN en prevenir que los gobiernos utilicen controles a los movimientos de capital para promover la estabilidad financiera. Esto contradice en forma directa la posición de la Alianza Social Continental (ASC), e incluso de un numero creciente de funcionarios financieros.

En nuestro documento “Alternativas para las Américas”, la ASC establece que los gobiernos deben tener el poder de evitar el efecto desestabilizador de los retiros simultáneos y masivos de capital golondrino de portafolio, requiriendo que las inversiones

⁵ El Artículo 1116 del TLCAN permite a los inversionistas el presentar demandas en torno a violaciones a dos disposiciones del Capítulo 15 sobre Políticas de Competencia, Monopolios y Empresas del Estado.

⁶ La empresa UPS argumenta que Canadá, al violar el Artículo 1502 (3) (c) y (d) en torno a Monopolios y Empresas del Estado no ha podido cumplir la cláusula de Estándar Mínimo de Trato del Capítulo 11.

de capital o inversiones en los mercados de capital permanezcan en un lugar por un periodo mínimo. Nuestro documento sugiere que una manera de alcanzar esta meta es requiriendo que una porción de las inversiones de capital (por ejemplo de un 20 a un 30%) se depositen por algún tiempo (por ejemplo un año) en el banco central de un país determinado.

Esta recomendación describe el tipo de controles de capital que se han usado de forma exitosa en Chile (conocidos como el “encaje”) entre 1991 y 1998 para estabilizar sus cuentas financieras. La crisis del 1994-95 de México fue mas profunda y severa de lo que pudo haber sido ya que el TLCAN obligó al país a no imponer controles de capital. El Artículo 9 del borrador del Capitulo de Inversiones del ALCA, aún mas claro que el Artículo 1109 del TLCAN, obligaría a los Estados a no usar los diferentes tipos de controles de capital que pudieran requerir.

Aunque mucho del Artículo 9 siga en corchetes, la esencia del artículo es obligar a cada país que permita de manera libre y sin retraso alguno todas las transferencias de inversiones de capital, en su mas amplia definición. El Artículo 9 del borrador del ALCA va mas allá del Artículo 1109 del TLCAN al incluir de manera explícita dentro del tipo de transferencias que deben ser permitidas: “contribuciones al capital” y “regalías, honorarios y cualquier otro tipo de pago relacionado con derechos...de propiedad intelectual..y regalías.. derivadas de la explotación de recursos naturales”.

La única excepción relevante continúa entre corchetes en el Artículo 9.9. Esta excepción permitiría a los países limitar en forma temporal la transferencia de capitales en caso de “excepcionales” o “graves” o “severas” dificultades de la balanza de pagos. Estos términos, sin embargo, no son claramente definidos en el borrador.

Una versión del texto entre corchetes dice que estas medidas “apuntan criterios aceptados internacionalmente”. Otra versión se refiere a “las disposiciones contenidas en este acuerdo relacionadas con balanza de pagos”, implicando que habría un artículo tal en algún otro lado del acuerdo. Este es el caso del TLCAN en el que el capitulo de inversiones no se refiere a controles temporales en el caso de una crisis en la balanza de pagos de un país. En cambio, el Artículo 2104 del Capitulo de Excepciones del TLCAN se encarga ampliamente de este tema al indicar que los países deben remitir cualquier restricción a las cuentas corrientes de intercambio al Fondo Monetario Internacional y adoptar las medidas de ajuste económico acordadas con esta institución. Sin duda para nadie, estas medidas ortodoxas de programas de Ajuste Estructural involucran en forma invariable medidas de austeridad que castigan en forma desproporcionada a la gente más pobre de nuestros países.

Incluso, en marcado contraste con la prohibición a controles de capital contenidos en el borrador del Capitulo de Inversiones del ALCA, los ministros de finanzas han empezado a reconocer que estos controles pueden ser un arma útil para combatir las crisis financieras internacionales. El ministro de finanzas de Canadá ha llamado a que se introduzca a manera de emergencia una cláusula de inmovilidad (“Stand Still”) que permitiría a los países suspender los pagos en situaciones de crisis, mientras renegocian términos para los pagos de deudas con sus acreedores. En 1999 el FMI emitió un reporte que contenía un recuento de las experiencias en el uso de controles de capital demostrando que los controles usados por Chile, Brasil y Colombia habían sido útiles, y que los controles de emergencia de flujos de salida de capital en Malasia le habían dado al país el espacio necesario para enfrentar los desbalances macroeconómicos. Recientemente, el FMI

apoyo el uso de controles de capital en Túnez y Rusia, cuando menos por periodos limitados. Así, aunque los funcionarios en materia financiera han comenzado a reconocer la legitimidad de los controles a los movimientos de capital, el ALCA se perfila a prevenir su utilización.

4. Trato Nacional

El Trato Nacional es una de las obligaciones centrales del proyecto del ALCA. Significa que los gobiernos deben tratar a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones cuando menos en forma tan favorable como a los inversionistas nacionales y sus inversiones.

Durante la mayor parte del periodo de la post guerra, el trato nacional en los acuerdos comerciales significó tan solo que una vez que las mercancías extranjeras entraran a un país debían de ser tratadas en forma no menos favorable que los productos producidos domésticamente. El TLCAN fue el primer tratado en aplicar la cláusula de trato nacional a las inversiones, en su definición mas amplia. Esto aumentó en forma dramática el campo de acción y los impactos de esta poderosa obligación.

El texto del borrador del capítulo del ALCA en inversiones contiene, en corchetes, prácticamente el mismo lenguaje que el Capítulo 11 del TLCAN en cuanto a Trato Nacional: [1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte y con las inversiones de los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue [en circunstancias similares] a sus propios inversionistas y las inversiones de esos inversionistas [en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones]] (Texto del TLCAN subrayado).

Reconociendo que casi todas las economías exitosas se han desarrollado al abrirse en forma gradual y selectiva a la inversión extranjera, la ASC se pronunciado en el documento “Alternativas para las Américas” a favor de que los gobiernos preserven la capacidad de:

- implementar políticas de desarrollo nacionales viables y apropiadas a las necesidades de la gente, permaneciendo abiertas a la economía mundial;
- promover la inversión productiva que aumente los vínculos entre la economía local y nacional y eliminar las inversiones que no hagan contribuciones netas al desarrollo
- hacer que las inversiones extranjeras jueguen un papel activo en la creación de condiciones macroeconómicas para el desarrollo.
- proteger a las empresas pequeñas, locales, familiares y comunitarias de la competencia extranjera injusta: y
- permitir el uso de medidas legales que preserven la propiedad publica o estatal en algunos sectores (por ejemplo petróleo); propiedad exclusivamente nacional en otros sectores (por ejemplo en telecomunicaciones); y participación nacional obligatoria en la propiedad de otros sectores (por ejemplo en el sector financiero).

El aplicar trato nacional en forma indiscriminada a la nueva y vasta área de inversiones interferiría en forma inaceptable con la capacidad de los gobiernos a través del hemisferio de orientar las inversiones para que sirvan a las metas del desarrollo.

Como otros tratados de inversión, el texto del borrador del ALCA permitiría a los miembros de tratados de integración económica a nivel regional, tal y como el TLCAN o MERCOSUR, el liberalizar sus economías aun mas que bajo el mismo ALCA. El Artículo 4 (Excepciones a Trato Nacional y Nación Más Favorecida) permitiría a los gobiernos otorgar un trato mas favorable como parte del presente o futuros acuerdos relacionados con áreas de libre comercio, uniones aduaneras, mercados comunes, uniones económicas o monetarias e instituciones similares. En otras palabras, el ALCA serviría de base de iniciativas de liberalización regional a través del hemisferio.

Como el TLCAN, el borrador del Capitulo de Inversiones del ALCA es un acuerdo negociado en forma vertical y que asume que se cubren todas las medidas y todos los sectores a menos de que explícitamente sean excluidos. También como en el TLCAN, el ALCA restringiría el uso de medidas tomadas por todos los niveles de gobierno (nacional, estatal, local etc.).

La introducción del borrador del Capitulo de Inversiones identifica la posibilidad de establecer reservas y excepciones como un elemento clave de la próxima fase de las negociaciones; "el asunto de reservaciones y excepciones fueron discutidas por el GNI (Grupo de Negociaciones en Inversiones) y propuestas iniciales son incluidas en el borrador del texto. Las modalidades precisas y los procedimientos de negociación serán determinados por el Grupo tan pronto como sea posible dentro de la próxima fase de negociación".

A diferencia del TLCAN, el texto del borrador del ALCA incluye algunas excepciones generales como proteger la "moralidad publica, prevenir el crimen y mantener el orden público; o proteger la vida humana, animal y vegetal (Articulo 12 sobre Excepciones Generales y Reservas)". Sin embargo, aún si estas excepciones generales permanecen en el texto final, es necesario hacer notar que excepciones similares que se aplican al TLCAN y otros acuerdos de la OMC han sido interpretados de manera muy restrictiva.

El ALCA obligaría a los gobiernos a depender casi exclusivamente de las excepciones y reservas que cada uno haya hecho de manera especifica para proteger áreas importantes de sus propias economías y políticas de desarrollo. Bajo el Articulo 12 del borrador del ALCA, se le otorga a los gobiernos una oportunidad única para establecer excepciones al trato nacional. Estas excepciones se ubicarían en un anexo especial. La clave es que cada país identifique sus propias excepciones y que negocie su inclusión y protección. Cualquier medida, área o sector que no quede explícita y específica en el anexo perderá la posibilidad de ser exceptuada del ALCA.

De cualquier manera, los paneles de resolución de controversias son obligados a interpretar las reservas y excepciones de manera muy limitada. El texto del ALCA permite reservas solo en cuatro artículos específicos (trato nacional; nación mas favorecida; requisitos de desempeño; y altos ejecutivos y consejos de administración). Como en el TLCAN, las medidas que pueden ser inconsistentes con otros artículos, como en el caso del controversial artículo sobre expropiaciones, no pueden presentar reservas o excepciones. El texto del ALCA no dice si los gobiernos podrán proteger tan solo medidas existentes, o si tendrán la capacidad de preservar su flexibilidad para adoptar nuevas medidas en sectores específicos. Esta falta de claridad, por ejemplo en torno a la posibilidad de proteger la capacidad de formular políticas en sectores tan sensibles como la salud, la educación y los servicios sociales, significará sin duda un problema que generará grandes debates.

La posibilidad para cada país de obtener reservas específicas para la obligación de trato nacional es aun más limitada dada la carencia total de consultas con el público en general y con los sectores productivos en la mayoría de los países en los que se negocia al ALCA. Hasta el momento no se han generado los debates públicos ni se ha generado la información necesaria a partir de los cuales los gobiernos puedan establecer de manera efectiva sus reservas y excepciones. En la mayoría de los países incluso los parlamentarios o congresistas, así como los gobiernos estatales y locales, han sido de manera muy preocupante excluidos no solo de las negociaciones sino de la información y consulta en torno a los procesos de negociación del ALCA.

5. Requisitos de Desempeño

El término “requisitos de desempeño” se refiere a las condiciones que se les impone a los inversionistas para asegurar que el país receptor de la inversión se beneficie de esta. El TLCAN estableció una prohibición muy amplia del uso de tales requisitos, bajo la base de que estos “distorsionan el mercado”. Esta disposición del TLCAN entra en conflicto con la posición de la Alianza Social Continental expresada en el documento “Alternativas para las Américas” en el cual se establece que los gobiernos deben de tener la opción de usar requisitos de desempeño como parte de sus procesos de planeación del desarrollo y para el apoyo de sus propios objetivos económicos, sociales y medioambientales.

El TLCAN prohíbe siete tipos específicos de requisitos de desempeño. Estos se repiten prácticamente al pie de la letra en el texto del borrador del Capítulo de Inversiones del ALCA e incluyen:

- ❑ exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios
- ❑ alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional
- ❑ adquirir o utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos o a servicios prestados en su territorio, o adquirir bienes de productores o servicios de prestadores de servicios en su territorio
- ❑ relacionar de cualquier manera el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión
- ❑ restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a ganancias que generen en divisas
- ❑ transferir a una persona en su territorio, tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento reservado, salvo cuando el requisito se imponga o el compromiso o iniciativa se hagan cumplir por un tribunal judicial o administrativo o autoridad competente para reparar una supuesta violación a las leyes en materia de competencia o para actuar de una manera que no sea incompatible con otras disposiciones de este tratado; o
- ❑ actuar como el proveedor exclusivo de los bienes que produce o servicios que presta para un mercado específico, regional o mundial

Hay una diferencia potencialmente significativa entre el lenguaje del TLCAN en cuanto a requisitos de desempeño y el texto del borrador del ALCA. Las prohibiciones del TLCAN en este sentido se aplican tanto a inversionistas extranjeros como domésticos. En contraste, el Artículo 1 (Ámbito de Aplicación) del borrador del ALCA indica que la

prohibición en estos requisitos solo aplicarían a inversionistas extranjeros (“todas las inversiones de los inversionistas de cualquier Parte en el territorio de otra Parte”). Este lenguaje es menos intruso que en el TLCAN ya que no afectaría el poder de los gobiernos de aplicar requisitos de desempeño a las empresas domésticas. Al mismo tiempo, sin embargo, este doble estándar podría crear mas ventajas para las firmas multinacionales que para las locales.

De cualquier manera el lenguaje en el Artículo 1 parece entrar en conflicto con el lenguaje expuesto en el Artículo 7 en torno a Requisitos de Desempeño, que en efecto no parece distinguirse en lo absoluto del TLCAN al no hacer distinción alguna entre inversionistas extranjeros y domésticos. En el Artículo 7 se establece que: 1. Ninguna de las Partes podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir ningún compromiso o iniciativa en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u [operación] [operación o otra disposición] de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país no Parte [en conexión con una inversión de un inversionista de cualquier Parte] en su territorio para]: (ver requisitos de desempeño descritos arriba) (texto del TLCAN subrayado).

Por lo tanto la cuestión de si el ALCA prohibirá requisitos de desempeño tanto a firmas extranjeras como domestica permanece irresuelta.

Como en el TLCAN, el texto del ALCA permitiría a los gobiernos el usar requisitos de desempeño a las inversiones para el uso de tecnología que cumpla con requerimientos ‘generalmente aplicables’ en torno a la salud, el medio ambiente y la seguridad. Sin embargo, en cuyo caso no existe alusión a mecanismos de verificación y cumplimiento, y menos a sanciones por la inobservancia de lo exigido. Esto queda un tanto vago cuando no se permite a los gobiernos el exigir a las empresas que introduzcan tecnologías mas avanzadas.

Las posiciones presentes en el borrador del ALCA en torno a requisitos de desempeño dejan en claro que las políticas que se requieren para asegurar que los países y las comunidades se beneficien directamente de la inversión extranjera no encontrarán los espacios necesarios que hagan frente a la esencia del ALCA que no es otro que la maximización de las ganancias de las grandes corporaciones. Se requieren de las herramientas esenciales para el desarrollo social y económico a niveles nacionales y locales, sin embargo se prohíbe que estas herramientas sean obligatorias para la inversión extranjera directa. Estas prohibiciones no son tan solo inconsistentes con el desarrollo económico y social soberanos, sino también con la capacidad total de las autoridades locales de promover el bienestar de su población, y por lo tanto significan un grave desafío a las formas democráticas de formular políticas publicas.

Existe una propuesta alternativa que se presenta en esta sección que requeriría que las Partes simplemente tengan que cumplir con los TRIMS⁷ de la OMC y cualquier desarrollo subsiguiente de estas medidas. Los TRIMS tienen un campo de acción mas estrecho que el TLCAN; En cuanto a Requisitos de Desempeño, prohíbe aquellos que son inconsistentes con las reglas de la OMC en cuanto a trato nacional y restricciones cuantitativas, pero, por ejemplo, no se refiere a requisitos en torno a transferencia de tecnología. La propuesta de utilizar a la OMC como modelo para la Prohibición de

⁷ Siglas en inglés de *Trade Related Investment Measures* que quiere decir Medidas en materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio

Requisitos de Desempeño en el ALCA entra en conflicto con la posición del gobierno de los Estados Unidos y no queda claro aun que tanto apoyo tiene por parte de los negociadores de otros países.

6. Definición de Inversión

Los debates en torno a la Definición de Inversión dentro del grupo de negociación sobre inversiones del ALCA son más que un ejercicio meramente semántico. En esta sección, los negociadores definirán qué y quién disfrutará de las enormes protecciones establecidas en el resto del capítulo.

El borrador del texto contiene en corchetes ocho definiciones diferentes sobre inversión. Parece que hay un acuerdo considerable que el ámbito de la definición debe ser muy amplio, aunque hay ciertas áreas de aparente desacuerdo.

Cada definición especifica lo que inversión significa, y le sigue una lista indicativa de lo que esto incluiría (pero que no estaría limitado a ello). La primera de las ocho definiciones repite en esencia el lenguaje del TLCAN en cuanto a la definición de inversión. Existen muy pocos cambios en la terminología, pero que no parecen afectar la interpretación. Es importante hacer notar que la definición de inversión en el ALCA es muy amplia y cubre prácticamente todos los tipos de intereses de propiedad, ya sean directos o indirectos, reales o contingentes. Una regla del Capítulo 11 del TLCAN también extiende la definición de inversión para incluir acciones en el mercado y acceso a mercados; tenga el inversionista una presencia física o no. Esto se ejemplifica con el caso de la firma S.D. Myers que intentaba transportar desperdicios de PCB de Canadá a sus facilidades para desechos en los Estados Unidos, pero que fue prohibido por el gobierno de Canadá.

Sin embargo, parece que las definiciones de inversión en el ALCA van mas allá que el TLCAN de muchas maneras. Todas las definiciones comienzan con textos tales como “todo tipo de activo y derecho de cualquier naturaleza” o “todo activo de propiedad o controlado directa o indirectamente”. Esto indica que el ALAC podría cubrir cualquier tipo concebible de inversión.

Seis de las definiciones incluyen derechos de propiedad intelectual. Es posible que estos también estén incluidos en la definición de inversión del TLCAN, pero no ha sido puesto a prueba. Las propuestas para el ALCA parecen estar diseñadas para hacer explícita la cobertura de derechos de propiedad intelectual.

El borrador de inversiones del ALCA también contiene propuestas en corchetes que van mas allá del trato que se le da a la propiedad en el TLCAN. El TLCAN especifica como inversión, entre otras cosas, “las bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales”. Algunas de las propuestas del ALCA eliminan esta especificación mientras que otras la mantienen, lo que sugiere que hay considerable controversia entre los negociadores. Una propuesta excluye de manera explícita de la definición de inversión lo “no adquirido en la espera o utilización para el propósito de obtener un beneficio económico u para otros fines empresariales”.

También parece haber considerable controversia en torno a que tanto el Capítulo de Inversiones ALCA cubrirá actividades especulativas. Una propuesta incluye “futuros, opciones y otros derivados” en la definición de inversiones, lo cual no está explícito en el TLCAN. No es difícil imaginar acciones futuras por parte de los gobiernos que podrían afectar la valoración de contratos de los mercados de derivados, por lo que su inclusión en la definición parece demasiado peligrosa. Una “contra propuesta” excluiría “acciones (inversión en portafolio) adquiridas para propósitos especulativos y que se retengan por un corto tiempo” pero no menciona a los derivados en forma explícita.

El texto del borrador del ALCA contiene propuestas que extienden la definición de inversión a (como un ejemplo entre muchos) a “concesiones, licencias, autorizaciones, permisos, y a derechos similares conferidos en seguimiento a la ley doméstica aplicable”. Esto significaría que si un gobierno revoca una licencia por cualquier razón, quedaría sujeto a ser demandado bajo un proceso de resolución de controversias entre inversionista y Estado.

Una propuesta en el borrador del ALCA extendería la cobertura a “administración de construcción, producción, concesiones, *revenue sharing*, y otros contratos similares”. Esto va más allá del TLCAN que no incluye en su definición de inversión “contratos comerciales para la venta de bienes o servicios”. Otras propuestas del ALCA sí hacen explícitos estos rubros.

Finalmente es importante hacer notar que muchas de estas propuestas en controversia y que van más allá del TLCAN replican el lenguaje del fallido Acuerdo Multilateral para las Inversiones (AMI), (exceptuando la propuesta en derivados).

CONCLUSIONES

El borrador del Capítulo de Inversiones del ALCA demuestra que el impulso general de las negociaciones ha sido el crear una serie de reglas para el hemisferio basadas en el controversial Capítulo 11 del TLCAN. En varios casos, las propuestas indican que se busca extender estos derechos de manera que se afectaría aún más la capacidad de los gobiernos para proteger a la gente, las comunidades y el medio ambiente. El TLCAN ha demostrado en México como los tratados y acuerdos comerciales y para las inversiones de este tipo imponen un modelo que no permite ni siquiera un crecimiento económico relativamente sostenido, además de que atentan de manera grave contra los procesos democráticos, las soberanías nacionales y el desarrollo local.

La revelación más positiva en el documento son los cientos de corchetes que demuestran que aunque los negociadores van en la dirección incorrecta, aún nada está escrito en piedra. En un comunicado reciente el jefe de las negociaciones de los Estados Unidos dejó en claro que los gobiernos aún tienen la oportunidad de establecer nuevas posiciones que puedan ir más allá de aquellas en el presente borrador. Así, aun es tiempo para que las organizaciones de la sociedad civil hagan públicas sus preocupaciones en torno a los aspectos referentes a la inversión en el ALCA y para exigir caminos diferentes. Si estas demandas y preocupaciones en aras del interés público continúan siendo ignorados por los negociadores, las organizaciones sociales y civiles de todo el hemisferio no tendrán otra opción que comenzar una movilización para vencer este acuerdo de inversiones a todas luces injusto y carente de todo balance social.