

# Estudios sobre el ALCA

Santiago, octubre de 2003

## Más allá del Comercio: Los Problemas de Fondo del ALCA

*Ernst Hillebrand*

El problema fundamental del ALCA, tal como queda actualmente formulado en el segundo borrador del contrato, no es necesariamente que crea una zona de libre comercio entre países o economías sumamente desiguales. Ya hoy una parte importante del comercio hemisférico está liberada de aranceles y expertos estiman que en el año 2005 -con o sin el ALCA - hasta el 80% del comercio continental podría quedar libre de aranceles.

Mucho más problemático en el largo plazo parece entonces el hecho que el ALCA tiene rasgos de una suerte de «*Constitución Económica*» continental, que define y fija un orden económico neoliberal en todos los países del hemisferio, socavando la soberanía de los estados miembros (Warren 2003), reduciendo el rol económico y social del Estado y otorgando amplios privilegios a empresas transnacionales.

Este regulamiento neoliberal es particularmente preocupante en una conyuntura política en la cual - dada la deslegitimación creciente del paradigma neoliberal por su incapacidad a generar crecimiento y desarrollo - semejantes medidas serían muy difíciles de imponer a través de procesos políticos democráticos en el marco de los sistemas políticos nacionales del continente.

En el paquete de negociación figuran varios temas que tienen potencialmente importantes impactos y consecuencias políticas, jurídicas y económicas. Como casi todo el texto del borrador está todavía en corchetes, no es posible describir con exactitud las consecuencias del ALCA. Sin embargo, es posible denominar los riesgos y peligros que contienen las formulaciones del borrador actual y el rumbo que están tomando las negociaciones.

### Fomento Tecnológico y Desarrollo de Empresas Nacionales

El borrador del ALCA dificulta o imposibilita la aplicación de medidas selectivas para proteger empresas, ramas productivas o economías nacionales ante la competencia

de competidores más avanzados extranjeros. Fundamental para esto es la transversalidad de dos principios que se extienden por todos los capítulos del borrador del ALCA: el "*trato nacional*" y "*el tratamiento de nación más favorecida*". En conjunto, estos principios constituyen una obligación a la "no-discriminación", lo que significa que ningún estado miembro puede aplicar medidas específicas a favor de empresas o proveedores nacionales. Este principio no sólo se refiere al acceso al mercado, sino también debe aplicarse a compras gubernamentales (que ya no pueden privilegiar proveedores locales o nacionales), a subsidios y a preferencias tributarias.

---

*El ALCA tiene rasgos de una "Constitución económica" continental, que define y fija un orden económico neoliberal en todos los países del hemisferio*

---

#### FES Chile

Darío Urzúa 1763,  
Providencia,  
Santiago, Chile  
Tel.: (56-2) 341 4040  
Fax: (56-2) 223 2474  
feschile@fes.cl  
www.fes.cl

*Ernst Hillebrand, politólogo, director de la FES en Chile*

a) El principio del "Trato Nacional": El trato nacional – que en los acuerdos de libre comercio clásicos significaba que bienes extranjeros, una vez pasada la frontera y los bienes internados al mercado nacional, no deben ser tratados de una manera diferente a bienes de origen nacional – en el borrador del ALCA se refiere no sólo a bienes, sino también a servicios y a inversiones. El trato nacional se dirige a establecer condiciones competitivas de igualdad entre el productor o proveedor extranjero y nacional. Esto significa una limitante a la capacidad, por parte de gobiernos, a aplicar algún instrumento de política económica que le permita fomentar cualquier tipo de actividad productiva, en tanto obliga a homogeneizar los impuestos domésticos o cualquier tipo de regla entre el productor nacional y el extranjero (Lara Cortes 2003).

---

**Con el ALCA, las empresas transnacionales estarían casi "inmunizadas" contra medidas de los Estados Nacionales**

---

Estados Nacionales, creando entidades económicas casi "extra-territoriales" que en muchos aspectos ya no estarán sometidas a la jurisdicción nacional de los países en los cuales operan. La meta es clara: Dar un máximo de seguridad y de autonomía a las empresas transnacionales norteamericanas. Esta estrategia ya

ha creado algunas complicaciones imprevistas: Dada la profundidad y amplitud de los derechos de inversionistas, los legisladores de los Estados Federales de EE.UU. indicaron al *US-Trade Representative* no otorgar – a través del ALCA – a inversores extranjeros mayores derechos que los que detengan empresas y propietarios nacionales según la constitución de los EE.UU. (... "will not

*grant foreign investors greater rights than those afforded to U.S. businesses and property owners under the U.S. Constitution"*, Warren 2003: 12).

b) El principio del "Tratamiento de nación más favorecida" establece que cualquier ventaja, favor o privilegio o inmunidad concedido a un otro país (o una empresa o un prestador de servicio originario de otro país) será concedido inmediata e incondicionalmente a todos los demás países.

La estrategia de inmunización reposa en tres pilares:

- Una definición amplísima de lo que es una "inversión";
- La creación de mecanismos de resolución de conflictos entre inversionistas y estados al margen de los sistemas jurídicos nacionales;
- Una definición amplia de la noción de la "expropiación".

Ambos principios conjuntos, completados por definiciones precisas y amplias sobre el acceso al mercado, hacen casi imposible – salvo en casos estrechamente definidos de la aplicación de salvaguardias por ramas productivas específicas (que deben ser definidos al momento de la entrada en vigor del ALCA por un tiempo definido) – la protección de empresas o proveedores nacionales y abren los mercados de las Américas a la competencia irrestricta de las grandes empresas transnacionales.

La definición de lo que es una inversión: Hay varias propuestas en el borrador; pero todas comienzan con textos tales como "todo tipo de activo y derecho de cualquier naturaleza" o "todo activo de propiedad o controlado directa o indirectamente". Una formulación se refiere también 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. (Perez Rocha et. al., p. 59/60).

## Derechos de Inversionistas

El borrador del ALCA sigue y sobrepasa en varios aspectos el modelo del TLCAN. Con respecto a los derechos de inversionistas, las propuestas más extremas significarían que las empresas transnacionales estarían casi "inmunizadas" contra medidas de los

La definición de inversión cubre también títulos financieros. Una propuesta incluye hasta “futuros, opciones y derivados” en la definición de inversiones (ibid. 60).

La creación de mecanismos de resolución de conflictos entre inversionistas y estados al margen de los sistemas jurídicos nacionales: El modelo en este caso es el TLCAN y su capítulo 11, que define qué contingencias comerciales entre inversionistas extranjeros (no nacionales, por supuesto) y Estados miembros deben ser resueltas no por los sistemas judiciales nacionales según la legislación del país respectivo, sino por juzgados de arbitraje internacionales. Estos juzgados consisten en tres personas privadas nombradas por las partes y funcionan en el marco y según las reglas de dos instituciones internacionales (el International Center for Settlement of Investment Disputes del Banco Mundial y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional que define las reglas y procedimientos). Este arbitraje internacional substituye a las legislaciones nacionales y por ende a las cortes jurídicas de los países huéspedes de la inversión extranjera (ibid. 47). Base para la invocación del sistema de arbitraje puede ser toda medida a cualquier nivel del estado (nacional, regional, municipal) que baja las ganancias o las expectativas de ganancias de una “inversión”.

Expropiación: Tercer pilar de la inmunización sistemática de inversiones extranjeras contra medidas políticas, administrativas o judiciales adversas es una definición amplísima de las “expropiaciones” que deben ser compensadas. “Expropiación” o “equivalente a una expropiación”, según una de las formulaciones del borrador es toda medida que baja las ganancias o sus expectativas. Todas estas fórmulas van más allá de las formulaciones que existen hoy día en las leyes nacionales, dado que cualquier país se reserva el derecho de proceder a expropiaciones en el interés público. El balance entre estos intereses públicos y privados, en sociedades democráticas, es tarea de legislaturas electas y cortes domésticas. Según las propuestas de los EE.UU., en el marco del ALCA, estas decisiones fundamentales también recaerían en las instituciones internacionales de arbitraje.

(Perez Rocha et. al., p. 51)

Algunas propuestas con referencias a los derechos de inversionistas se refieren a las transferencias de capitales. Como en el ALCA la definición de «inversión» es amplísima, esta propuesta dificultaría considerablemente cualquier tipo de control de los flujos de capitales.

## El Tema de los Servicios Públicos

Según el borrador del ALCA, en el ámbito de los servicios debe regir en el futuro casi únicamente el principio del mercado y de la competencia. Casi todos los servicios a todos niveles del estado (nacional, regional, municipal) deben ser abiertos a la libre competencia del mercado. La definición de los servicios en los cuales el principio del mercado no debe regir es estrechísima: servicios no competitivos y no comerciales, como el Ban-

co Central de un país. Pero todos los sectores de los servicios en los cuales hay – al lado de un sector público – un sector privado, deben ser considerados como comerciales y competitivos y por ende abiertos a la lógica del mercado. Eso abre casi todas las áreas de los servicios a la lógica del mercado: un sector privado, aun sea mínimo, hay en casi todos los países y en todos los servicios. Eso es particularmente significativo por los dos sectores en los cuales todavía existen sectores públicos predominantes: el sistema educativo y el sistema de salud. Esta apertura forzada de los servicios a la lógica del mercado debe ser vista en conjunto con los principios de la no-discriminación, del trato nacional y de la prohibición de medidas que favorecen empresas públicas: En conjunto, abren los sectores de los servicios a las grandes empresas de servicios transnacionales que se han constituido en las últimas décadas (Lara Cortes 2003).

Para que esta meta se cumpla, se propone la elaboración de una regulación que evite que se creen “obstáculos innecesarios al comercio de servicios”. Es decir que el ALCA no está para nada contra regulaciones – siempre que éstas sean favorables a la lógica del mercado. “La nueva regulación busca reemplazar en el mediano plazo al Estado por el mercado como agente regulador” (Lara Cortes: 41).

---

*Casi todos los servicios a todos niveles del estado deben ser abiertos a la libre competencia del mercado*

---

## Políticas de Competencia

El ALCA se propone fortalecer y garantizar la libre competencia como el mejor mecanismo que permite el desarrollo económico y tecnológico. Por eso se propone:

- la creación de instituciones de control de competencia, cuya tarea es de vigilar que no se creen o mantengan monopolios u otros obstáculos a la libre competencia;
- la prohibición explícita de todo tipo de monopolios públicos o basados en decisiones políticas. Eso se dirige directamente contra todo tipo de sector público "no competitivo", es decir donde no hay participación de privados. Eso no significa que se prohíba directamente la existencia de empresas públicas. Pero las somete - debido a las regulaciones de la competencia - a "la lógica de mercado, las desnaturaliza, las hace operar como si fueran privadas con única diferencia de que el dueño es el gobierno" (Arroyo Picard: 84). Llama la atención, que el borrador ilegaliza sólo monopolios públicos, pero no privados basados en derechos de propiedad intelectual como patentes. Eso es bastante contradictorio, ya que una patente es básicamente nada diferente que una decisión del Estado de reconocer y proteger legalmente un cierto tipo de conocimiento técnico o científico.

---

***En la práctica el ALCA significaría la pérdida de instrumentos fundamentales de una política de fomento tecnológico y productivo***

---

- d) relacionar el valor o el volumen de importaciones con volumen o valor de exportaciones
- e) Reglas de transferencia de tecnologías o conocimientos.

Lo interesante es que casi todos estos tipos de requisitos de desempeño han sido utilizados sistemáticamente por las economías recientemente industrializadas como Corea, Taiwan, Tailandia, Malasia y - el caso más importante hoy día - la República Popular de China. Sin la aplicación sistemática de medidas de este tipo, probablemente ni *Samsung*, ni *Hyundai*, ni *Acer* o *Malaysia Telekom* existirían hoy como grandes empresas competitivas a nivel mundial. La UNCTAD, en su último "Informe sobre el Comercio y el Desarrollo" (2003) destaca justamente el hecho que los gobiernos asiáticos han sido capaces de fomentar el desarrollo de empresas nacionales competitivas como una de las grandes diferencias entre América Latina y Asia en las últimas décadas (Financial Times, 3/10/2003).<sup>1</sup>

Esta prohibición, junto con las amplias disposiciones de protección de derechos de propiedad intelectual, significan en la práctica la pérdida de instrumentos fundamentales de una política de fomento tecnológico y productivo - en breve, de herramientas importantes de una política de desarrollo y de fomento de un tejido productivo basado en empresas nacionales (Chang/Green 2003).

Esta prohibición, junto con las amplias disposiciones de protección de derechos de propiedad intelectual, significan en la práctica la pérdida de instrumentos fundamentales de una política de fomento tecnológico y productivo - en breve, de herramientas importantes de una política de desarrollo y de fomento de un tejido productivo basado en empresas nacionales (Chang/Green 2003).

## Requisitos de Desempeño

Un aspecto particularmente interesante del capítulo sobre inversiones es la prohibición de aplicar requisitos de desempeño. También aquí la «pauta» es el TLCAN que prohíbe explícitamente requisitos de desempeño como:

- a) Cuotas mínimas de exportación
- b) Grados o porcentajes mínimos de contenido nacional
- c) Preferencias por bienes producidos o servicios prestados en su territorio

## Resumen

En el fondo, el ALCA es un "TLCAN plus", que amplifica aun los derechos de las empresas transnacionales y reduce aún más las facultades de los Estados en temas económicos, medio-ambientales y sociales cuando intereses de empresas transnacionales están afectados. Del otro lado, el ALCA ofrece a las empresas transnacionales un trato especial, que les da derechos que van mucho más allá del trato del cual gozan hasta ahora en los países industrializados.

<sup>1</sup> Sin embargo, es importante señalar que muchos de los requisitos de desempeño más clásicos ya han sido prohibidos por las regulaciones de la OMC y que los países asiáticos tuvieron que adaptar en los últimos años sus leyes comerciales a estas reglas.

**Los “superderechos” de las empresas transnacionales según el borrador del ALCA:**

- Trato nacional a las mercancías y servicios extranjeros, a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones;
  - Apertura y libre circulación de todo tipo de bienes y servicios (incluido los de salud y educación);
  - Protección total a los llamados derechos de propiedad intelectual (propiedad sobre el conocimiento)
  - Derecho a demandar a los Estados Nacionales en instancias internacionales ante cualquier medida que disminuya sus ganancias
  - Reducción del papel del Estado Nacional al del guardián de las leyes del mercado, impidiendo así toda intervención que distorsione la dinámica del mercado
- (Según Arroyo Picard: 84)

**Literatura:**

Alianza Social Continental, El ALCA al desnudo: críticas al texto borrador del Area de Libre Comercio de las Américas de noviembre 2002; Washington D.C., 2003

Arroyo Picard, Alberto: Políticas de competencia en el Segundo Borrador del ALCA, en ASC 2003 p. 82-97

Chang, Ha-Joon/Green, Duncan: The Northern WTO Agenda on Investment: Do as we say, not as we did, South Centre, / CAFOD, June 2003.

Lara Cortés, Claudio: Comentarios críticos al capítulo de servicios del borrador del ALCA, en ASC 2003, p. 35-44

Perez-Rocha, Manuel et. al., El Proyecto del ALCA y los derechos de los inversionistas: Un “TLCAN plus” *ibid.*, p. 45-61.

Warren, William, T.: Parliamentary Democracy and the FTAA, Instituto Harrison de Derecho Publico/Georgetown University, Agosto 2003.



**Publicaciones anteriores de la serie estudios sobre el ALCA:**

- Nr. 1. El Proyecto del ALCA visto desde Europa.  
Susanne Gratius, Octubre 2002
- Nr. 2. Brasil y el ALCA. El estado del debate desde la victoria de Lula.  
Fátima V. Mello, Noviembre 2002
- Nr. 3. El ALCA en la perspectiva de Colombia.  
Jorge R. Pulecio, Noviembre 2002
- Nr. 4. Argentina y el ALCA.  
Pablo Bustos, Diciembre 2002
- Nr. 5. México y el ALCA: Una discusión bajo la sombra del TLCAN y de los EEUU.  
Gerold Schmidt, Febrero 2003
- Nr. 6. La política de cohesión de la Unión Europea - ¿Un modelo a seguir por un ALCA futuro?.  
Christian Weise, Febrero 2003
- Nr. 7. Debate en torno al ALCA: Caso Peruano.  
Alan Fairlie Reinoso, Marzo 2003
- Nr. 8. Bolivia y el ALCA: El debate sobre la integración hemisférica.  
Raúl Barrios, Marzo 2003
- Nr. 9. Ecuador y el ALCA: Un mar de dudas.  
Javier Ponce, Marzo 2003
- Nr.10.El ALCA y las Normas Laborales.  
Pablo Lazo G., Abril 2003
- Nr.11.Las negociaciones agropecuarias en el ALCA.  
Eduardo Gudynas y Gerardo Evia, Mayo 2003
- Nr.12. El ALCA, ¿réquiem a las políticas de desarrollo en América Latina y el Caribe?  
Una mirada desde las economías pequeñas.  
CIECA, Mayo 2003
- Nr.13. El ALCA y los servicios: ¿El mejor de los mundos posibles por las empresas transnacionales?  
Claudio Lara Cortes, Junio, 2003
- Nr.14. El proyecto del ALCA y los derechos de los inversionistas “Un TLCAN Plus” Un análisis del borrador del capítulo de inversiones del ALCA  
Junio 2003
- Nr.15. Tratado de Libre Comercio Chile - EE.UU, ¿Precedente para el ALCA?  
Agosto 2003
- Nr.16. Argentina y el ALCA: ¿qué cambió con Kirchner?  
Pablo Bustos, Agosto 2003

**Estos estudios están disponibles en formato PDF en [www.fes-alca.cl](http://www.fes-alca.cl)**

**FES-ALCA**

Informaciones sobre el Area de Libre Comercio de las Américas

*Le invitamos a visitar el sitio de la  
Fundación Friedrich Ebert sobre el  
tema ALCA : [www.fes-alca.cl](http://www.fes-alca.cl)*