



Eje Democratización de las Relaciones Laborales Empresas Multinacionales: RSE e Inversión regulada

LAS AMERICAS

Nota 9

CIOSL-ORIT: EL MODELO NEOLIBERAL DE INVERSIÓN Y RESPUESTA SINDICAL EN LAS AMERICAS

Presentación

En las últimas tres décadas, la perspectiva sindical en la región sobre la inversión extranjera directa (IED) se vinculaba netamente al comportamiento de las empresas multinacionales (EMN), sobre todo en cuanto empleadoras, siguiendo el enfoque de la Declaración Tripartita de OIT sobre la Política Social y las EMN (de 1977).

También, el comité sindical asesor (TUAC) en la OCDE, había aprobado las Directrices sobre EMN (de 1976), que incluían otros temas vinculados al desempeño de estas empresas en un sentido más amplio. Finalmente, en América Latina y Caribe, se prestaba especial atención al comportamiento de las empresas instaladas en zonas francas de exportación, las que tendían a establecer condiciones excesivamente favorables en el campo laboral.

En los años noventa, el enfoque sindical sobre el tema de la IED tiene una dimensión muy superior, como reacción a un conjunto de manifestaciones de una estrategia gubernamental (claramente motorizada por las EMN) en distintos ámbitos de la globalización¹:

- la firma de tratados bilaterales de inversión (TBI), los cuales ya contenían, en esencia, los temas claves: definición de Inversión, mecanismos de solución

¹ Otros antecedentes en el plano regional y multilateral son: el Tratado de Roma, que establece la necesidad de contar con un libre flujo de capitales a efectos de cimentar la Unión Europea; los Códigos de Liberalización y la Declaración sobre Inversión Externa y EMN de la OCDE, y el Acuerdo sobre Medidas relacionadas con la Inversión que afectan el Comercio (TRIMS) en la OMC.

de controversias, expropiaciones, trato nacional, controles de capital, requisitos de desempeño. En el 2002, existían más de 1000 tratados de este tipo.

- el capítulo 11 del TLCAN, referido a la desregulación de las inversiones entre los países miembros.

A su vez, estos fenómenos se vinculaban de forma directa con tendencias a nivel mundial, sobre las cuales se presenta en un desarrollo en otra nota referida al plano mundial.

Esta nota presenta una descripción del capítulo de inversión del ALCA, y las respuestas sindicales derivadas, desde la Alianza Social Continental (ASC) de la que participa la ORIT

I. EL CAPITULO DE INVERSION EN EL ALCA

El capítulo sobre inversiones en el ALCA ha tenido un desarrollo particularmente poco transparente: hasta abril del 2001⁵ los términos de la negociación eran secretos. Una ong consiguió filtrar el texto y lo divulgó por Internet. Al conocerse, quedó en evidencia que el modelo de trabajo era el capítulo 11 del TLCAN, favorable a otorgar una serie de derechos y protecciones a los inversionistas internacionales muy superiores a las que los gobiernos nacionales permitían en el pasado. Sobre esta base, el borrador para el ALCA hacía agregados que iban más allá de aquellas normas. La ASC se ha destacado en el estudio de las cláusulas en negociación, que se sintetiza a continuación⁶.

1. Definición de Inversión. Los debates en torno a la Definición de Inversión determinarán qué y quién disfrutará de las protecciones establecidas en el resto del capítulo.

Existe un acuerdo considerable entre los negociadores de que el ámbito de la definición debe ser muy amplio, superando la utilizada en el TLCAN. La base tomada del ALCAN ya es muy amplia, cubriendo prácticamente todos los tipos de intereses de propiedad, ya sean directos o indirectos, reales o contingentes.

Todas las definiciones propuestas en el ALCA 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 ALCA podría cubrir cualquier tipo concebible de inversión. Las extensiones propuestas se refieren a aspectos tales como: derechos de propiedad intelectual, concesiones, licencias, autorizaciones, permisos, y a derechos similares, contratos comerciales para la venta de bienes y servicios.

2. Mecanismos de solución de controversias (entre inversionistas y Estados). El borrador sigue al TLCAN, en cuanto a otorgar derechos

⁵ En esa misma fecha, una carta publicada por 29 corporaciones, dirigida a los funcionarios de más alto rango de los EEUU hizo manifiesto su apoyo por que las cláusulas del ALCA tuvieran como modelo el TLCAN.

⁶ Consultar también un trabajo reciente de opinión: “Más allá del comercio: los problemas de fondo del ALCA”, por Ernst Hillebrand, FES Chile, Estudios sobre el ALCA 17, octubre 2003

especiales para arbitraje internacional. Este arbitraje internacional sustituye a las legislaciones nacionales y a las cortes jurídicas de los países huéspedes de la inversión extranjera. Se corre así el riesgo de que se deroguen de hecho leyes y regulaciones nacionales. Estos derechos se pondrían en práctica a través de tribunales secretos y ajenos a la jurisdicción propia de los países.

Este mecanismo tiene un fuerte sesgo en favor de los inversionistas extranjeros, al darles derechos especiales para utilizar tribunales internacionales de forma discrecional, en lugar de que tengan que atenerse a las cortes nacionales y al derecho interno de cada país.

Con el TLCAN los inversionistas ya han hecho un uso considerable de estos mecanismos para desafiar de manera agresiva una serie de leyes y reglamentos que interfieren con sus ganancias. En el TLCAN, los gobiernos son forzados a gastar muchos recursos para defender sus propios procesos jurídicos y legislativos de los embates por parte de los inversionistas extranjeros.

En los procesos de arbitraje del TLCAN, los “jueces” son escogidos por las partes, no son sujetos a las reglas éticas y jurídicas comunes, y no deben rendir cuentas de sus decisiones a nadie. El público está totalmente excluido de estos procedimientos. No existen las instancias de apelación para asegurar que los errores cometidos en la interpretación de las leyes puedan ser corregidos. Así, se altera la naturaleza del derecho internacional y se los convierte, en vez de una serie de acuerdos entre Estados a un sistema en el cual las corporaciones reciben un trato preferencial.

3. Expropiaciones. El término expropiación tradicionalmente 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. Pero el TLCAN también requiere que se compense las expropiaciones indirectas, así como las medidas “equivalentes a una expropiación”.

Estas nuevas disposiciones han permitido, en el TLCAN, a corporaciones extranjeras e inversionistas individuales hacer demandas frente a cualquier acto gubernamental que pueda reducir las ganancias que esperan obtener disminuyan.

El TLCAN considera que las expropiaciones directas e indirectas y las medidas “equivalentes a una expropiación” tan solo pueden llevarse a cabo para satisfacer un fin público, sobre la base de la no discriminación, de acuerdo con procesos legales con un trato justo, y cuando exista una compensación.

Ahora se dice que las expropiaciones: pueden llevarse a cabo por “razones de orden público y/o interés social”, y pueden ser permitidas cuando las medidas estén sustentadas en las constituciones políticas de los gobiernos.

El problema es que en el TLCAN los inversionistas 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.

Generalmente bajo las leyes nacionales las regulaciones para el interés público que restringen el uso de una propiedad, o que afectan de manera adversa los activos de un inversor (como en la prohibición de sustancias toxicas) no se han considerado como expropiaciones que deban ser compensadas.

Normalmente, ciertos intereses de propiedad pueden ser afectados de manera adversa por medio de ciertas regulaciones gubernamentales, pero ahora, al tener que decidir si la compensación debe ser hecha, estos intereses son puestos en una balance frente a otros intereses legítimos.

Se retoma también otro derecho para los inversionistas que figura en el TLCAN: el derecho a Niveles Mínimos de Trato.

La cláusula tiene un lenguaje amplio y vago, que se presta a que los equipos de resolución de controversias puedan aplicar toda su subjetividad. Esta obligación puede ser utilizada para expandir en forma dramática el ámbito de las demandas de los inversionistas a los Estados, modificando el hecho de que bajo el TLCAN el derecho unilateral de los inversionistas extranjeros para demandar a los Estados es limitado, cuando menos hasta cierto grado.

4. Trato Nacional. El Trato Nacional 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. Repitiendo este esquema, ahora se determina que cada parte otorgará a los inversionistas un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios inversionistas y a las inversiones de esos inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones. Esto aumentó en forma dramática el campo de acción y los impactos de esta poderosa obligación.

El tratamiento dado a 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.

El borrador identifica, a diferencia del TLCAN, la posibilidad de establecer reservas y excepciones como un elemento clave de la próxima fase de las

negociaciones: proteger la “moralidad pública, prevenir el crimen y mantener el orden público; o proteger la vida humana, animal y vegetal”. Sin embargo, 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 específica para proteger áreas importantes de sus propias economías y políticas de desarrollo.

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 borrador permite reservas solo en cuatro artículos específicos: trato nacional; nación más 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 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 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.

5. Controles de capital. Ya el TLCAN obligó a México a no imponer controles de capital, lo que agravó la crisis del Tequila en 1994-5. La propuesta del ALCA obliga a los Estados a no usar los diferentes tipos de controles de capital que pudieran requerir. Cada país debe permitir de manera libre y sin retraso alguno todas las transferencias de inversiones de capital, en su más amplia definición.

Se incluye 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”.

Se mantiene una excepción que permitiría a los países limitar en forma temporal la transferencia de capitales en caso de dificultades “excepcionales”,

“graves” o “severas” de la balanza de pagos. Pero estos términos no son claramente definidos en el borrador.

6. Requisitos de desempeño. El término Requisitos de Desempeño se refiere a las condiciones impuestas 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, sobre la base de que estos “distorsionen el mercado”. En el borrador se repiten los siete tipos específicos de requisitos de desempeño fijados por el TLCAN:

- 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;
- 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 borrador del ALCA.

- las prohibiciones del TLCAN en este sentido se aplican tanto a inversionistas extranjeros como domésticos.
- el borrador indica que la prohibición en estos requisitos solo se aplicaría a inversionistas extranjeros, 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.

Como en el TLCAN, el texto del ALCA permitiría a los gobiernos 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, no existe alusión a mecanismos de verificación y cumplimiento, y menos a sanciones por la inobservancia de lo exigido. Tampoco se permite a los gobiernos el exigir a las empresas que introduzcan tecnologías mas avanzadas.

