

EL TLC CHILE-EE.UU., ¿UN PRECEDENTE PARA EL ALCA?

FUNDACIÓN FRIEDRICH EBERT*

Las negociaciones comerciales del ALCA pasan por un momento crítico que, sin duda, marcará un punto de inflexión en este proceso. Los plazos ya acordados para concluir estas negociaciones se acercan sin que los actores centrales en este proceso den señales de acercamiento. La co-presidencia entre Brasil y EE.UU. fue concebida para dar el impulso final al proceso de negociación. Sin embargo, más bien ha servido para poner en evidencia las grandes diferencias en las posiciones de negociación entre los dos países más relevantes del ALCA respecto al enfoque, alcance y profundidad temática en negociación.

La etapa reciente de presentación de las ofertas en los grupos de acceso a mercados, inversión, servicios y compras públicas ha sido una clara señal respecto a las dificultades que han surgido en el proceso. Un número importante de países no cumplió este compromiso de presentación de ofertas en varios de los grupos de negociación. Mercosur ha indicado no estar preparado para iniciar la negociación de las ofertas sectoriales concretas en temas tan importantes como inversión, servicios y compras públicas.

Por su parte, EE.UU. se ha negado incorporar en la negociación del ALCA áreas muy importantes para la mayoría de los países de la región, como son los subsidios y apoyos a la exportación de bienes agrícolas, y la normativa de derechos *antidumping*. Desde los inicios de la negociación de ALCA, Mercosur,

* Fundación Friedrich Ebert (www.fes-alca.cl) Este estudio se basa en el análisis de un experto chileno que participó activamente en el proceso de negociación del Tratado de Libre Comercio Chile – EE.UU.

la Comunidad Andina (en adelante CAN) y otros países latinoamericanos han planteado que para configurar una negociación realmente balanceada, es fundamental negociar normas en el área de subsidios agrícolas y antidumping.

El único grupo del ALCA que ha cumplido los compromisos adquiridos y ha completado el proceso de presentación de ofertas es el de acceso a mercados. Todos los países cumplieron con el plazo para la presentación de las ofertas arancelarias¹. La evaluación de estas ofertas muestra que los países han adoptado posiciones conservadoras e, incluso, en muchos casos, parecieran estas ofertas menos favorables que las condiciones ya negociadas en los múltiples arreglos bilaterales a subregiones existentes en la región.

Para la mayoría de los países del ALCA, la negociación se concibe con un enfoque multilateral, con la excepción de Estados Unidos. En efecto, para evitar que este acuerdo hemisférico se convierta en la simple sumatoria de acuerdos bilaterales, todos los participantes del ALCA presentaron una única e igual oferta arancelaria al resto de los países. Por su parte, EE.UU. decidió clasificar arbitrariamente a los países del ALCA en cuatro categorías y, por ende, presentar 4 diferentes ofertas arancelarias. El enfoque estadounidense ha sido resistido, por cuanto conlleva una segmentación del ALCA y, en consecuencia, la pérdida de los beneficios de una negociación multilateral, en especial para los países más pequeños. Particularmente afectados con este enfoque se sienten los países del Mercosur, por cuanto la oferta arancelaria de EE.UU. es la menos atractiva de las cuatro diferentes que este país presentó en el ALCA.

En este contexto de negociación, recientemente se han producido diversos encuentros entre los Presidentes y autoridades políticas responsables de los temas comerciales de Brasil y EE.UU. Las conclusiones de estas reuniones señalan el nuevo rumbo que tomará el ALCA. Ambos países han declarado que solamente será posible cumplir el plazo del año 2005 si el ámbito de las negociaciones se acota a bienes. Es decir, se habría acordado concluir inicialmente un "ALCA light". Más aún, esta negociación podría ser abordada en la modalidad 4+1, es decir, una negociación independiente entre Mercosur y EE.UU. El resto de los temas tratados en el ALCA debieran ser postergados o negociados en la OMC.² Este enfoque supone un cambio radical respecto de la idea original del ALCA y, por ende, significaría un duro golpe a los promotores de este proyecto.

-
1. Este grupo ya ha avanzado incluso en las solicitudes de mejoras en las ofertas arancelarias entre países del ALCA.
 2. Brasil plantea que así como EE.UU. solo negociará algunos temas en la OMC, las áreas de propiedad intelectual, inversiones, servicios y compras públicas, debieran ser negociadas en ese foro.

En todo caso, EE.UU. no renunciará a avanzar con su proyecto de libre comercio en el hemisferio; por ello, en este nuevo escenario, con el ALCA debilitado, su estrategia de negociaciones bilaterales cobrará mayor dinamismo. De hecho, ya existirían algunos proyectos de negociación de Tratado de Libre Comercio (TLC), con algunos países pertenecientes a la CAN. EE.UU. ha indicado muy claramente que continuará su proyecto de libre comercio con el país que se muestre dispuesto, es decir, de manera unilateral EE.UU. estaría dispuesto a formar su propia OMC y ALCA.

En este contexto, no se puede eludir el hecho de que mientras al ALCA continúa en sus deliberaciones respecto a su futuro, EE.UU. ha suscrito un TLC con Chile y se encuentra en negociaciones para concluir un Tratado similar con Centroamérica. El gobierno norteamericano se ha encargado de destacar que el TLC con Chile constituye un precedente para las normativas que deberán ser acordadas en el ALCA. Es decir, EE.UU. negoció con Chile, pero teniendo en vistas durante toda esta negociación bilateral el tipo de instrumento estándar que desea negociar con los países del ALCA. Por su parte, Brasil ha planteado reiteradamente que el acuerdo entre EE.UU. y Chile no constituye un modelo para sus intereses comerciales y, por ello, en ningún caso este Tratado se debiera convertir en un precedente para la negociación comercial en curso en el ALCA.

El TLC con Chile es el primer acuerdo que EE.UU. negocia en el marco de la ley comercial TPA³ la que delega en el Ejecutivo estadounidense la facultad de negociar acuerdos comerciales que posteriormente solamente podrán ser aprobados (o no) en su totalidad sin capacidad de modificarlos. Esta ley provee de un marco político preciso que refleja los intereses de los congresistas norteamericanos y que restringe enormemente a los negociadores estadounidenses. Es por ello que EE.UU. fue muy inflexible en algunas áreas de negociación con Chile lo que anticipa una negociación ardua en el ALCA.

La incorporación del TLC a la normativa chilena significará la adopción de una nueva reforma económica. La amplitud de los temas negociados y la profundidad de las disciplinas comerciales acordadas, junto con las normas de transparencia y observancia, tendrán el efecto indicado. En este sentido, es muy probable que muchos países del ALCA ni siquiera estén hoy en condiciones de adoptar este nivel de normas acordadas en el TLC.

3. EE.UU. suscribió previamente un Acuerdo con Jordania, pero éste es un acuerdo eminentemente político sin mayores intereses comerciales en juego.

En consecuencia, resulta pertinente analizar la experiencia de la negociación del TLC entre Chile y EE.UU. (en adelante solo TLC) y estudiar con algún grado de detalle los contenidos técnicos de este TLC y su impacto en las negociaciones en curso del ALCA.

Acceso a Mercados de Bienes

El TLC incorpora absolutamente todos los bienes en la desgravación arancelaria; es decir, no se excluye ningún producto de la eliminación de las tarifas arancelarias.⁴ En consecuencia, los sectores considerados sensibles en esta negociación no quedan fuera del Tratado sino simplemente afectados a un período de transición más largo hasta alcanzar el arancel 0%. Este enfoque, aunque no acepta las exclusiones, sí tiene en cuenta períodos de adecuación más largos para ciertos tipos de productos que pudieran verse especialmente afectados frente al nuevo escenario de la competencia que significa la apertura arancelaria. El plazo máximo para eliminar totalmente los aranceles en ningún caso superará los 12 años.

Dado que en el TLC no existen exclusiones, por primera vez Chile, luego de más de 10 acuerdos comerciales suscritos, comprometió la eliminación de su sistema de bandas de precios, las que actualmente utiliza para proteger algunos productos agrícolas (trigo, azúcar y aceites de oleaginosas). Este sistema pretende proteger estos bienes frente a las fluctuaciones de los precios internacionales por medio de la aplicación de impuestos específicos variables. En el año 12, Chile deberá eliminar totalmente este sistema, lo cual se convertirá, sin duda, en uno de los temas más controvertidos durante la discusión parlamentaria para la aprobación del TLC. Hay que tener en cuenta que muchos países del ALCA hoy aplican sistemas similares para proteger sus sectores agrícolas sensibles. Algunos países de la CAN utilizan las franjas de precios como un elemento central en su política agrícola. En las ofertas arancelarias de estos países en el ALCA se han excluido estos regímenes de la desgravación arancelaria y, por lo tanto, está por verse hasta dónde esta postura es sostenible.

No obstante lo anterior, en el TLC sí existe la exclusión del azúcar. Lo anterior, debido a la fuerte presión de EE.UU. de exigir como condición de que ambos países deben ser superavitarios en producción de azúcar (más que el consumo doméstico) para aprovechar las rebajas arancelarias. Ni EE.UU., ni Chile cumplen esta condición, por lo que, *de facto*, se excluye este producto del

4. Salvo el azúcar, que *de facto* se excluye del Tratado. Se explica en el texto.

Tratado. La exigencia de esta condición de superávit en producción de azúcar la cumplen sobradamente países como Brasil o Guatemala, por lo que a EE.UU. no le servirá esta cláusula para excluir el azúcar del ALCA.

Consecuentemente, los resultados de la negociación arancelaria del TLC indican que la gran mayoría de los productos y las exportaciones de ambos países, gozarán de una apertura total e inmediata al momento de la entrada en vigencia del Tratado. Alrededor de un 90% de las exportaciones de Chile y EE.UU. se encuentran en esta situación. Tan solo un 4% son productos que eliminarán su arancel en el plazo más largo de 12 años. Adicionalmente, aún es un tema duro en la negociación del ALCA la existencia de la categoría de productos excluidos. Países como Canadá, CARICOM y los miembros de la CAN sostienen la existencia de excepciones como un principio central en la negociación de este acuerdo.

En consecuencia, los parámetros de apertura de negociación arancelaria del TLC conllevan un grado mucho mayor de ambición en relación a lo que hasta la fecha se vislumbra en el ALCA. En este sentido, no aparece que el TLC sea un precedente en relación al nivel de la apertura arancelaria.

En segundo lugar, una dificultad adicional que deberán enfrentar los países del ALCA serán las reticencias por parte de EE.UU. para abrir ciertos sectores de manufacturas que gozan de aranceles altos que actualmente dificultan el acceso actual de las exportaciones de los países del ALCA a ese mercado norteamericano. En particular, el sector agroindustrial goza de una alta protección, por lo que fue muy difícil su incorporación en el TLC y solamente se desgravará en 12 años.

En tercer lugar, para casi la totalidad de los países del ALCA los beneficios que otorga el Sistema General de Preferencia son fundamentales en sus flujos de exportación; sin embargo, al ser éste un sistema que EE.UU. concede de manera discrecional, un objetivo central en el ALCA debiera ser su consolidación permanente. La experiencia del TLC indica que este fue un punto duro por el cual hubo que realizar concesiones en la negociación.

Agricultura

La agricultura fue un tema central a lo largo de la negociación del TLC. La política de apoyos y subsidios a los productores agrícolas en EE.UU. fue de los asuntos más complejos y sensibles en la negociación del TLC. Los sectores agrícolas en Chile se resistieron a conceder ventajas a los productos subsidiados

provenientes de EE.UU. Más complejo resultó este tema en consideración al hecho de que durante el transcurso de las tratativas, el Congreso de EE.UU. aprobó la Farm Bill, que incrementó los recursos de apoyo al sector hasta US \$180.000 millones por un período de 10 años. Este nuevo antecedente complicó aun más la negociación agrícola que, tradicionalmente, suele ser un sector extremadamente sensible frente a estas iniciativas de libre comercio.

En consideración de la gran distorsión que provoca en el comercio internacional, los productos subsidiados no debieran beneficiarse de las rebajas arancelarias y, por ende, quedar excluidos de los beneficios del Tratado. Este fue el planteo inicial de Chile; sin embargo, a la vez este enfoque significó un costo de menor acceso para sus exportaciones agrícolas en el mercado estadounidense. En consecuencia, el dilema planteado para Chile fue la no-aceptación de los apoyos agrícolas de EE.UU. versus un enfoque pragmático que acepte que este tema debe ser negociado en la OMC y, con ello, se asegure algún acceso mínimo a sus exportaciones agrícolas.

Para Chile, las concesiones obtenidas para sus exportaciones agrícolas constituyeron un elemento fundamental en el balance del Tratado; por ello, se adoptó un enfoque pragmático que concedió que tanto los apoyos internos, como la normativa antidumping debieran negociarse, ya fuera en el ALCA y/o en la OMC, y no en el ámbito bilateral. Con todo, la oferta arancelaria agrícola de EE.UU. fue atractiva, ya que el 85% de las ventas agrícolas actuales de Chile a ese país eliminarán sus aranceles inmediatamente. Este resultado debiera ser un precedente positivo para las negociaciones del ALCA.

No obstante, en el TLC se acordó la no-aplicación de los subsidios agrícolas en el comercio bilateral, lo que constituye un excelente precedente en materia de disciplinas comerciales en esta área. Sin embargo, aunque es un avance, este compromiso solo se refiere a los subsidios conocidos que aplica EE.UU., es decir, aquellos notificados a la OMC y sujetos a compromisos de reducción. En el TLC no fue posible acordar normativa que discipline la aplicación de los varios programas de apoyos internos al sector y menos a las medidas de efectos equivalentes a subsidios agrícolas⁵

Al igual que Chile, para el resto de los países latinoamericanos obtener un buen resultado en el sector agrícola es un tema central para el logro de un acuerdo balanceado en el ALCA. La negativa de EE.UU. de no incorporar los apoyos

5. De hecho, los subsidios agrícolas de EE.UU. notificados a la OMC representan menos del 1% de los apoyos internos al sector.

internos y medidas de efectos equivalentes a los subsidios agrícolas en esta negociación, es uno de los puntos centrales que separan a este país con el resto de los países del ALCA. En este sentido, dado que Chile tiene una economía muy abierta –arancel general 6%–, no pareciera que el enfoque pragmático adoptado en el TLC sea recomendable para el resto de los países de la región, pues los niveles de protección a sectores agrícolas sensibles son considerablemente mayores, con aranceles de más de 100% en algunos sectores.

Por último, y en relación con la negociación agrícola, el tratamiento que se le dará a las contenciones en el ámbito fitosanitario será seguramente un tema sensible en el ALCA. EE.UU., además de solicitar acceso por la vía de las rebajas arancelarias, ejerció una gran presión durante la negociación del TLC para la solución de asuntos pendientes en este ámbito. Es decir, la negociación del tema fitosanitario no se agota en el tratamiento de un capítulo que incluya un marco general en lo normativo basado en las disciplinas del acuerdo SPS de la OMS, sino que también, los países del ALCA debieran prepararse para trabajar en algunas medidas concretas aplicadas por los organismos sanitarios.

Normas de Origen y Asuntos Aduaneros

Los resultados de la negociación de normas de origen del TLC fueron satisfactorios. En muchos sectores las normas acordadas fueron más flexibles que las existentes en el NAFTA. En este sentido, las normas consensuadas se ajustan a la realidad del sector productivo y exportador de Chile. La certificación de estas normas es bastante liberal, por cuanto ya sea el productor, exportador o incluso el importador, pueden firmar y hacerse responsable de la certificación de origen.

En el ALCA, el enfoque respecto a esta negociación de normas de origen es bastante diverso. Actualmente se encuentra avanzado un proceso de negociación en un grupo de trabajo ad-hoc que ha logrado encontrar una metodología eficiente de trabajo. Al parecer, la modalidad de negociación será, al igual que el TLC, normas específicas por productos o sectores. Las diferencias también persisten en el ALCA en el tipo de certificación de origen; los países de la CAN insisten en una entidad gubernamental, mientras otros sostienen que deben ser los operadores comerciales quienes deben asumir esta responsabilidad.

En todo caso, el tema más sensible en la negociación de normas de origen en el ALCA es el tratamiento que se dará a la acumulación dentro de la región. La esencia de un acuerdo de libre comercio es que los países aumenten sus niveles de integración y, para ello, la opción de acumular materias primas, bienes

intermedios y procesos productivos es fundamental. Para países pequeños con estructuras productivas acotadas, un beneficio evidente del ALCA es aprovechar bienes del resto de los países del hemisferio para incorporar sus exportaciones hacia la región. La postura estadounidense de restringir esta posibilidad de acumular materiales al interior del ALCA, sin duda le quita atractivo a este acuerdo para algunos países.

Asimismo, introduce incertidumbre en el ALCA la postura de EE.UU. de exigir que, al cabo de cierto plazo, los acuerdos bilaterales y subregionales existentes en el hemisferio deberían ser reemplazados por el ALCA. No es posible aceptar este principio si no se conocen ni las normas de origen del ALCA, ni las disposiciones en el ámbito de la acumulación.⁶

En relación con los procedimientos aduaneros normales, EE.UU. indicó a Chile su interés en establecer programas para mejorar y modernizar el funcionamiento de las aduanas nacionales; por lo tanto, el ALCA debería ser una oportunidad en este sentido, incluso podría concebirse programas de cooperación en este ámbito desde los países con mayor desarrollo en esta área.

Inversión

El principio básico en la negociación en estos temas es la consolidación de las legislaciones domésticas en estas materias. No obstante, el acuerdo contempla excluir sectores o medidas específicas a este principio general. Chile tiene alguna experiencia en la negociación de estos temas, además de ser una economía abierta en estas áreas. EE.UU., por su parte, negoció estas áreas en el NAFTA por lo que allí también existe experiencia y jurisprudencia en estas materias.

Los temas sensibles en la negociación del capítulo de inversiones del TLC fueron, justamente, los temas que más se han debatido luego de suscrito el NAFTA. El mecanismo ad-hoc de solución de controversia de este capítulo entre el inversionista extranjero y el Estado receptor fue un tema de mucho debate en la negociación. La definición de inversionista como aquel que tiene intenciones de invertir también fue un punto de negociación muy sensible. La inclusión del concepto de expropiación indirecta fue quizás el tema más delicado a lo largo de la negociación, pues ambos países buscaron evitar disciplinas muy laxas que pudieran propiciar en el futuro la presentación por parte de inversionistas extranjeros de demandas frívolas, sin sustento jurídico real.

6. La verdad es que muchas otras cláusulas tampoco se conocen aún en el ALCA- El principio debiera ser que el ALCA no debería retroceder en ningún derecho ya adquirido en los acuerdos ya suscritos.

Los negociadores chilenos han sostenido que alcanzar un acuerdo con EE.UU. en estas áreas traerá beneficios por el impulso que esto generará sobre la inversión extranjera. Las disciplinas incluidas en estos capítulos contribuirían a generar un marco de mucho mayor incertidumbre jurídica para quien decida invertir y /o hacer negocios en /con Chile. Por esta vía se consolidan las regulaciones domésticas en estas áreas y se eleva el estándar de estas normativas al nivel de compromisos internacionales donde EE.UU. pasa a tener derechos no obtenidos anteriormente. En consecuencia, se pierden grados de libertad para regular estos sectores y, por ende, se renuncia en parte a la soberanía en el manejo independiente de estos ámbitos regulatorios. Por cierto, aunque para ambos socios rige estos compromisos, lógicamente el efecto práctico es significativamente distinto para el país pequeño.

En el ALCA, salvo Canadá, EE.UU., Chile y Centroamérica, el resto de los países no han suscrito acuerdos en estas áreas. De hecho, Mercosur y la CAN no han incorporado aun estas áreas en sus proyectos subregionales. En el Mercosur, algo se ha avanzado en incorporar el comercio de servicios, pero aún en un nivel de grupo de trabajo, sin asumir compromisos políticos en la materia.

En la mayoría de los países del hemisferio, EE.UU. es la principal fuente de inversión extranjera; en consecuencia, establecer compromisos en un capítulo de inversión en el ALCA tendrá un tremendo impacto en relación con la capacidad de modificar la política pública en esta área.

Servicios Financieros

Respecto a esta área, los países en general aplican regulaciones con el objeto de desarrollar un mercado financiero eficiente. Un aspecto central de estas regulaciones son aquellas medidas prudenciales que buscan desarrollar este mercado y evitar las crisis. El objetivo de estas negociaciones debería ser la consolidación de estas medidas. No obstante, EE.UU. consideró que algunas de estas medidas prudenciales aplicadas por Chile se aplican con fines proteccionistas y no como medida de resguardo. En este sentido, áreas como la banca, los fondos de pensiones y los seguros debieron ser abordadas en la negociación con un resultado satisfactorio para Chile, por cuanto no fue necesario modificar el marco regulatorio doméstico.

En esta área de negociación se abordó uno de los temas más sensibles y complejos del TLC. Chile cuenta con un instrumento que tiene por objeto desincentivar el ingreso a su mercado financiero de capitales especulativos de

corto plazo mediante la exigencia del depósito de un porcentaje de la operación (tasa de encaje) al ingresar estos capitales al país. La aplicación de este encaje ha probado ser un instrumento fundamental para proteger el mercado de capitales local frente a crisis financieras internacionales. Los análisis reconocen que la aplicación de este encaje fue clave en la estabilidad de la economía chilena durante las crisis de los últimos años, desde el efecto tequila hasta la crisis asiática.

La utilización de esta tasa de encaje ha sido alabada recientemente, como una política adecuada por varios analistas y organismos internacionales, incluyendo al FMI, EE.UU., sin embargo, no atendió estas recomendaciones políticas; más bien se alineó según sus intereses económicos, por lo que presionó fuertemente por la eliminación de esta medida prudencial aplicada por Chile, desatendiendo incluso el argumento de que esta eliminación haría más vulnerable la economía chilena frente a crisis de los mercados financieros internacionales. El resultado final de esta negociación fue que Chile podrá aplicar esta medida en períodos de crisis y, en todo caso, durante un período máximo de un año.

Compras Públicas

En el marco de la OMC, las compras que realizan los gobiernos constituyen una excepción al principio de trato nacional. Es decir, es perfectamente legítimo que los gobiernos privilegien explícitamente a los productores nacionales en sus compras.

En consideración de lo anterior, la esencia de la negociación en esta área es la extensión del trato nacional a los proveedores del país socio. Es decir, las reglas de este capítulo obligan a tratar en igualdad de condiciones al productor local y al proveedor del otro país; no es posible discriminar al proveedor extranjero.

Adicionalmente, el capítulo obliga a adoptar procedimientos de transparencia en los procesos de licitación y compras de los gobiernos, lo que debiera facilitar la participación de proveedores extranjeros en estas compras.

En países descentralizados como EE.UU., las compras que realizan los Estados representan volúmenes tan importantes como las que realiza el Gobierno a nivel federal. En el TLC solo se incluyeron 37 estados de EE.UU. Es probable que países federales como Argentina y Brasil deban enfrentar esta misma complicación.

La negociación de las compras gubernamentales en el ALCA podría significar grandes oportunidades, especialmente para los países más pequeños, pues con ello se accedería a mercados hasta la fecha cerrados a la competencia externa. Sin embargo, para muchos países del ALCA abrir sus compras gubernamentales a la competencia extranjera podría provocar efectos inciertos en sus sectores domésticos históricamente proveedores de sus aparatos públicos. Algunos países del ALCA conciben las compras del Gobierno como un instrumento de apoyo a sus sectores productivos, por lo que abrirlas a la competencia internacional podría provocar una gran resistencia. Lo anterior, explicaría que la gran mayoría de los países de Sudamérica no hayan incorporado aun este aspecto en sus acuerdos comerciales, a la vez que no son parte del “acuerdo Multilateral de Contratación Pública” suscrito en el marco de la OMC.

Propiedad Intelectual

La negociación de este capítulo fue uno de los aspectos más difíciles de todo el TLC. Los compromisos asumidos en esta área obligarán a Chile a implementar una reforma de gran envergadura en las regulaciones relacionadas con estas materias. Los temas negociados fueron los siguientes: marcas, nombres de dominio de Internet, indicaciones geográficas, derechos de autor y derechos conexos, protección señales satélites portadoras de programas codificados y patentes, productos regulados y normas de observancia. EE.UU. presionó fuertemente a Chile para asumir disciplinas de un moderno estándar en estas áreas. La prioridad estadounidense en esta negociación cambió desde la protección a las patentes farmacéuticas hacia los temas de propiedad intelectual que surgen como consecuencia del desarrollo de la economía digital. En este sentido, normativas efectivas contra la piratería fueron acordadas en este capítulo; a la vez ellas son también concebidas para proteger los intereses de la industria cultural y tecnológica.

En el ámbito de la economía digital, este capítulo incorpora normas innovadoras relacionadas con el uso de *Internet* y su relación con los proveedores de este servicio en relación con la responsabilidad legal de los proveedores de *Internet* por material pirateado publicado en sus sitios. Además, sanciona la infracción de medidas tecnológicas que protegen el acceso ilegal a material protegido por derecho de autor.

Las disciplinas acordadas en este capítulo configuran un material inédito en estas materias, con compromisos que van mucho más allá de los ya asumidos en un plano unilateral en el acuerdo TRIPS, en el marco de la OMC. Es decir, son

normas innovadoras y *state of the art* en cualquier acuerdo comercial suscrito hasta la fecha. En este sentido, muchas de las normas que incluye este capítulo tendrán un impacto aún desconocido en la economía chilena.

El propio capítulo, así como la exigencia de suscribir ciertos acuerdos internacionales en estas materias, obligará a Chile a intervenir su institucionalidad en esta área, mediante la modernización, tanto de los organismos nacionales encargados de este tema, como en sus procedimientos. Incluso en materia de lucha contra la piratería, Chile asumió estrictas normas de observancia de los compromisos asumidos.

En consideración de lo indicado, la negociación de este tema será sumamente compleja en el ALCA. Muchos países del hemisferio ni siquiera han incorporado a su normativa nacional las obligaciones que surgen de TRIPS, negociadas en la Ronda Uruguay de la OMC concluida a mediados de la década pasada. La institucionalidad de la mayoría de los países del ALCA sigue siendo débil en estos ámbitos, por lo que no existe capacidad alguna para que sea posible incorporar fuertes disciplinas como las acordadas en el TLC y asumirlas en el marco institucional actual. Incluso, si se acordasen obligaciones como estas en el ALCA, esta área sería el primer desafío para la administración de este acuerdo, por cuanto es seguro que muchas de ellas serán imposibles de cumplir sin un proceso previo de modernización de la institucionalidad en estas áreas.

En todo caso, la experiencia de la negociación del TLC sugiere la importancia de negociar y avanzar en algunos temas en el ámbito multilateral y las implicancias que esto tiene en estas negociaciones regionales. El triunfo de algunos países en desarrollo en la ocasión del lanzamiento de la Ronda Doha de negociaciones en la OMC, respecto a la mantención del derecho consagrado en TRIPS de autorizar a los países el otorgamiento de licencias obligatorias respecto de medicamentos en caso de enfermedades que afecten de manera masiva la salud pública, explicaría en parte que EE.UU. bajara en algo su grado de ambición en su exigencia del pago de patentes farmacéuticas a sus laboratorios transnacionales. En este sentido, en el ALCA los países en desarrollo, apoyados por el liderazgo de Brasil en estas materias, debieran persistir en su posición de permitir, por ejemplo, la venta a terceros países con inexistente o insuficiente capacidad de producción farmacéutica, de remedios producidos bajo licencias obligatorias.

Temas Laborales y Medioambientales

El mayor desafío de la negociación de estos temas fue evitar que las normas laborales y medioambientales comprometieran los flujos comerciales. El objetivo de Chile fue evitar que el TLC contemplase disciplinas en estas áreas que podrían ser utilizadas con relativa facilidad con fines proteccionistas, afectando sus intereses exportadores. En este sentido, el objetivo central de Chile fue eludir las sanciones comerciales para el país que incumpla con la normativa laboral y medio ambiental. Finalmente, aunque de una forma bastante diluida y con bastantes condiciones, las sanciones comerciales sí fueron incluidas en el TLC.⁷ La consecuencia de esta situación es que, en el marco tan dispar de poderes de negociación entre Chile y EE.UU., pareciera que solamente este último podrá hacer uso de este instrumento.

El principal compromiso en estos capítulos es la obligación de ambos países de cumplir sus legislaciones domésticas sobre la materia; es decir, no existe compromiso alguno de homogenización o armonización del marco regulatorio en estas áreas. Esto es positivo, por cuanto los estándares deben estar sujetos a la realidad socioeconómica de cada país. En consecuencia, el compromiso esencial es el *enforcement* que provoca el compromiso internacional del TLC para cumplir las normas internas de que cada país se ha dotado.

Durante la negociación del TLC, la sociedad civil en Chile participó activamente en el debate de la conveniencia de suscribir un tratado con EE.UU. Tanto organizaciones relacionadas con el tema medioambiental como organizaciones de trabajadores siguieron atentamente el desarrollo de las discusiones de estos temas en el TLC. El sentido del compromiso asumido pareciera que fue bien recibido por estas organizaciones por cuanto con ello existirá una legislación internacional que animará a los agentes económicos involucrados a cumplir las normas existentes. Adicionalmente, nada impide que cada país cambie sus normas en estas materias, con la condición que no se retroceda respecto a los derechos adquiridos, es decir que no se relaje la norma.

En muchos de los países del ALCA existen serias debilidades en el cumplimiento de las normas laborales y medioambientales, por lo que asumir compromisos como los negociados en el TLC podrían contribuir al respeto de los derechos laborales y del medio ambiente. El desafío, sin embargo, sigue siendo

⁷ En todo caso, cualquier incumplimiento de las normas laborales y medio ambientales deben afectar reiterada y sistemáticamente los flujos comerciales para ser sujeto de una controversia.

que estas nuevas normas no se utilicen con fines proteccionistas, especialmente en los países norteamericanos, pues con ello los resultados sociales serían aun peores.

Está por verse cómo procesará la sociedad civil de los países del ALCA este compromiso de cumplir solamente las legislaciones nacionales en estas áreas. Es probable que sectores críticos exijan mucho más de este simple compromiso, solicitando incluso participación en el proceso de negociación para hacer valer sus puntos de interés. Además, muchos gobiernos latinoamericanos han sido entusiastas promotores de la participación de la sociedad civil en estos procesos por lo que su ámbito de influencia podría ser mayor. En el ALCA existe un espacio para la participación de la sociedad civil, pero la reflexión se ha centrado más bien en lo académico y no en un espacio de decisión política respecto al futuro de este proceso de integración.

Otros Temas

En el TLC se acordó un capítulo de **comercio electrónico**. El elemento central de este capítulo fue el compromiso de no-aplicación de aranceles al comercio electrónico. El impacto actual de esta medida es nulo por cuanto *de facto* no es posible aún tecnológicamente implementar una solución que permita el cobro de esos impuestos de frontera. Esta solución, en el caso de Chile, fue coherente con su estructura de aranceles bajos aplicados a los bienes.

En el ALCA, el trabajo iniciado en esta área más bien ha estado orientada a conocer la realidad del comercio electrónico de los países de la región. Quizás existan países que no quieran asumir la eliminación arancelaria, previendo que en el futuro sí será posible implementar una solución tecnológica para este efecto.

Por otra parte, el TLC establece un capítulo de **solución de controversias** estándar, con procedimientos transparentes y ágiles. El sistema contempla expertos y un panel que emitirá un fallo que, de cumplirse, podrá activar la retaliación. Aunque un mecanismo de este tipo nunca resolverá la diferencia obvia en los tamaños relativos y, por ende, en la brecha de los poderes de negociación, la ventaja de contar con un mecanismo de este tipo debiera ser la despolitización en la solución de los conflictos comerciales. Si se cumple con este objetivo, contar con este mecanismo sería un gran beneficio, especialmente para los países pequeños.

En consecuencia, la negociación de este tema en el ALCA debiera ser un tema central y un elemento fundamental en el marco institucional que administre este Acuerdo. Será un desafío mayor si consideramos que debe conciliar intereses de 34 países tan diversos.

TLC CHILE-EE.UU. UN ANÁLISIS DEL CAPÍTULO DE INVERSIONES: LAS RESTRICCIONES A LA POLÍTICA PÚBLICA*

RODRIGO PIZARRO**

En otros documentos se han analizado detalladamente las implicaciones del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estado Unidos. La conclusión de estos trabajos ha puesto de manifiesto que, más que un acuerdo comercial, el TLC con el país del Norte significa compromisos profundos respecto a la estrategia de desarrollo vigente¹. En consecuencia, la evaluación de los beneficios ineludiblemente va de la mano con una evaluación más general sobre el actual modelo de desarrollo.

Si bien estas inquietudes han sido acogidas por los distintos actores políticos, no se les ha otorgado el peso necesario. Se estima que éste sería un argumento insuficiente para desechar los demás beneficios del TLC o, en su defecto, que no afecta los elementos centrales de la política pública. Lo anterior queda claramente de manifiesto en la última declaración del Partido Socialista, quizás la colectividad más crítica del Acuerdo Comercial, que señala: “los parlamentarios del Partido Socialista quedan mandatados para aprobar el TLC en EE.UU., entendiendo que no implica la pérdida de autonomía de su política internacional y de su política económica, especialmente de materia de política monetaria, en materia tributaria (particularmente en lo que se refiere a atribución minera); en materia de fomento productivo; en materia de regulación de la activada productiva financiera privada y en materia de restricciones eventuales a los movimientos de capitales por períodos inferiores a un año.²

* Documento preparado para la Comisión Especial.

** Economista, Director Ejecutivo Fundación Terram.

1. Pizarro, R. 2003 y Pizarro, R. 2001.

2. Resolución sobre el TLC con EE.UU., Comisión Política, Partido Socialista de Chile, 30 septiembre, 2003.

Sin embargo, los nuevos tratados de libre comercio en general, y especialmente el suscrito entre Chile y Estados Unidos, significan claros límites a política pública precisamente en los ámbitos señalados por la declaración del Partido Socialista. Por ello, quizás la declaración de este partido debe ser interpretada en el sentido que la pérdida de soberanía es insuficiente para afectar seriamente la capacidad de generar políticas públicas autónomas.

El autor discrepa de esta posición. La actual estrategia de desarrollo se basa en una serie de fundamentos insostenibles en el mediano plazo y que, inevitablemente, serán alterados. La pregunta es si se realizará en el contexto de un conflicto con nuestros socios comerciales, precisamente por la suscripción de estos acuerdos, o si se producirá una transformación menos costosa en el contexto de la institucionalidad vigente. Al suscribir este Tratado, no habrá más opción que un conflicto con Estados Unidos para lograr cambios en la estrategia de desarrollo.

Los Tratados de Última Generación

El Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos puede definirse como de última generación. Esto significa que norma aspectos que van más allá de lo puramente comercial o de la liberalización recíproca de los mercados. Es decir, fija las reglas del juego en relación al comercio. A esto nos hemos referido en otros documentos, por lo que ahora nos concentraremos en especificar e ilustrar de qué manera se afecta la autonomía pública. En esto es fundamental el capítulo de inversión del Tratado.

En el Capítulo 10 del TLC se Regulan las Inversiones

Este es un texto prácticamente idéntico al controversial capítulo 11 del Nafta que trata los mismos temas. No es exactamente igual porque efectivamente existen dos diferencias, a las cuales me referiré más adelante.

El capítulo 10 otorga derechos a los inversionistas de la otra parte y protege sus inversiones. Un inversionista de la misma parte se define como “una parte o una empresa del Estado de la misma, o un nacional o empresa de dicha parte, que tiene el propósito de realizar, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de la otra parte”.³

3. TLC Chile-Estado Unidos, p. 10-28.

A su vez las inversiones se definen ampliamente como “todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por él mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales y otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la presunción de riesgo”.⁴

Las inversiones están protegidas de “medidas”, es decir de acciones de política pública. Éstas se definen como “cualquier ley, regulación, procedimiento, requisito o práctica”, lo cual es una definición amplia que básicamente abarca el conjunto de acciones posibles del Estado.⁵

En consecuencia, la definición de inversionistas e inversión es amplia, prestándose para múltiples interpretaciones. A su vez, las definiciones de “medidas” también son amplias y abarcan la gama de posibles acciones estatales que podrían afectar al inversionista. Lo anterior es claramente un problema, pues abre la puerta para cuestionamientos de todo tipo al quehacer gubernamental.

Por otra parte, el capítulo 10 otorga a los inversionistas un amplio conjunto de derechos de protección y de liberalización de sus inversiones, además de establecer obligaciones para los gobiernos. Muchos de estos derechos son concordantes con aquellos otorgados en el marco de los más recientes acuerdos bilaterales de inversión. Sin embargo, la conjunción de estos derechos y los objetivos generales del tratado así como la posibilidad de demandar directamente al Estado; es lo que permite un cuestionamiento de la capacidad de éste para regular de acuerdo con el bien común. Asimismo, los privados han utilizado estos acuerdos para abrir mercados –lo cual no ha sido la intención de los gobiernos– y para acotar el rol regulador del Estado.

Esta ha sido, en definitiva, la experiencia del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés), lo que ha generado una ácida controversia, pues se argumenta que los derechos han servido para revelar los intereses privados por sobre los públicos.

Es importante señalar que el capítulo 10 del TLC entre Chile y Estados Unidos es prácticamente igual al capítulo 11 del NAFTA. En consecuencia, los “casos NAFTA” serán ilustrativos respecto a qué se puede esperar, o más bien comprender los riesgos contenidos en el actual acuerdo con Estados Unidos y posiblemente en el ALCA.

4. Ibid, p. 10-28

5. Ibid, p. 2-3

No obstante, existen algunas diferencias. Primero se acota la definición, un tanto ambigua, de expropiación indirecta. En el anexo interpretativo, Anexo 10-D Expropiación, en su inciso 4 parte b se señala que “salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente”.⁶

Esto es, sin duda, un avance y consecuencia de la mala experiencia del NAFTA en esta materia. No obstante, se debe señalar que estas cláusulas entregan argumentos jurídicos adicionales a los gobiernos de las Partes, pero no necesariamente significan que aquellas demandas no se realizarán. De hecho, en el caso de Metalclad, tema sobre todo ambiental, la cláusula de excepción ambiental contenida en ambos capítulos fue rechazada como irrelevante.

Una segunda diferencia es que se ha precisado el concepto de trato mínimo para enmarcarlo en lo que se denomina como “acorde con el derecho consuetudinario”. El alcance de esta precisión aún no está claro, sin embargo, los demás aspectos cuestionables del capítulo se mantienen y es aquí donde como autor sostengo mi principal crítica. Si es que aceptamos que el rol del Estado debe mantener la capacidad soberana de ejercer medidas para promover algunos sectores económicos, en el contexto de una estrategia de desarrollo previamente definida, claramente el TLC limita los grados de libertad de la política pública y es, en ese sentido, que se argumenta que el Tratado constituye un anclaje institucional al actual modelo de desarrollo, pues impide generar cambios. A continuación se explicará en mayor detalle esta posición.

Las Cláusulas del NAFTA que Afectan la Política Pública

Los derechos que han generado polémica en el NAFTA y que se repiten en el TLC entre Chile y Estados Unidos son: el trato nacional y trato de nación más favorecida; el nivel internacional mínimo de trato: las prohibiciones sobre los requisitos de desempeño y las prohibiciones de expropiación.

Hasta la fecha, el autor pudo identificar 24 casos al amparo del Capítulo 11 del NAFTA, seis demandas al Estado mexicano en arbitraje, dos demandas concluidas y cuatro notificaciones de arbitraje⁷. En el caso de Canadá existen tres

⁶ Ibid, p. 1-34

⁷ <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/mexico-an.asp>. Éstas son: Arbitrajes actuales: Fireman's Fund; Marvin Roy Feldamn Karpa, Robert J. Frank; Waste Management; Gami Investment Inc.; International Thunderbird Gaming Corp. Arbitrajes concluidos: Azinan, Metalclad Corporation; Notificaciones de Intención: Calmark; Corn Products; Hass; Santa Fe, Investment.

casos en arbitraje, una demanda concluida, y dos notificaciones de intención⁸. En el caso de Estados Unidos existen 6 casos, uno en arbitraje, tres resueltos y dos notificaciones de intención⁹.

Las primeras inquietudes en relación al Capítulo 11 del NAFTA se relacionan más bien con la temática ambiental. Los dos casos emblemáticos son la demanda de Ethyl contra Canadá, que fue negociada, donde Canadá pagó US\$13 millones y el caso de S.D. Myers que ganó la empresa, pero actualmente se está revisando en las instancias jurídicas canadienses. Luego hubo casos contra medidas relacionadas al manejo de desechos peligrosos, la conservación de agua potable limpia y aditivos de la gasolina prohibidos¹⁰.

Consecuentemente, el NAFTA ha sido fuertemente criticado por las implicaciones sobre las políticas públicas y especialmente sobre la regulación ambiental. Según el IISD, estas inesperadas consecuencias del Capítulo 11 se explican por las interpretaciones relacionadas con otros capítulos del tratado, que permiten interpretaciones amplias de las obligaciones presentes en el Capítulo 11.

“Metalclad contra Mexico”, y “S.D. Myers contra Canadá”, proporcionan ejemplos. “En estos casos se incorporaron disposiciones sobre obligaciones relacionadas con el comercio de otras partes del TLCAN directamente entre las obligaciones del Capítulo 11, aún cuando no hay ninguna referencia a las mismas en el Capítulo 11.”¹¹

Ambas posibilidades se mantienen en el TLC entre Chile y Estados Unidos. Por ejemplo, la cláusula de transparencia se mantiene. El artículo 20.3 señala que “cada Parte notificará a la otra Parte... toda medida vigente o en proyecto que la Parte considere que pudiere afectar sustancialmente al funcionamiento de este Tratado”¹². Este fue el elemento clave en el caso de Metalclad contra México que eventualmente perdió el gobierno mexicano. A su vez, mientras las obligaciones son ampliamente interpretadas, los objetivos del NAFTA que se repiten en el caso

-
8. <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/gov-en.asp> En arbitraje S.D. Myers Inc. v. Government of Canada, Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada y United Parcel Service of America, Inc. (“UPS”) v. Government of Canada; demanda concluida Ethyl Corporation v. Government of Canada; Notificaciones de intención Sunbelt Water, Inc. v. Government of Canada y Crompton Corp. v. Government of Canada.
 9. [Htt://www.state.gov/l/c3741.htm](http://www.state.gov/l/c3741.htm):l, En arbitraje Methanex Corp. v. United States of America, Demandas resueltas: ADF Group Inc. v. United States of America. Loewen Group Inc. and Raymond Loewen v. United States of America Mondeve International Ltd. v. United States of America Notificación de intención: Canfor Corporation v. United States of America, Kenex Ltd. v. United States of America.
 10. Ver IISD, 2001, para una discusión.
 11. IISD, 2001, 19.
 12. TLC Chile-Estados Unidos, p20-1.

de TLC con Estados Unidos han sido interpretados más bien estrechamente. Este también fue el caso de Metalclad, donde el tribunal enunció como justificación los objetivos señalados en el Tratado que son:

- Aumentar la transparencia de los reglamentos y las actividades gubernamentales.
- Aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión, y;
- Asegurar un marco comercial previsible para los inversionistas¹³.

En el caso del TLC entre Chile y Estados Unidos se mantienen estos objetivos generales donde se señala:

1. Los objetivos de este Tratado, desarrollados de manera más específica a través de sus principios y reglas, incluidos los de trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia, son los siguientes:
2. Estimular la expansión y la diversificación del comercio entre las Partes;
3. Eliminar las obstáculos al comercio y facilitar la circulación trasfronteriza de mercancías y servicios entre las Partes
4. Promover las condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio;
5. Aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes;
6. Proteger en forma adecuada y eficaz y hacer valer los derechos de una propiedad intelectual en el territorio de cada una de las Partes;
7. Crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias; y
8. Establecer un esquema para una mayor cooperación bilateral, regional y multilateral con el fin de ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado¹⁴.

No se señalan objetivos, más amplios de desarrollo sustentable, conservación ambiental o promoción del bienestar de los ciudadanos, de manera de permitir ante interpretaciones específicas, atender al objetivo final del comercio que es el bienestar social.¹⁵

Según el IISD, “estos casos muestran cómo los objetivos amplios relacionados con la liberalización comercial pueden repercutir en la interpretación

13. http://www.economía-snci.gob.mx/sep_pages/importa/sol_control/consultoria/Casos_Mexico/Metalclad/laudo/laudo_español.pdf, párrafos 74-6.

14. Tratado Chile-EE.UU.

15. Ibid.

de reglas de inversión (e incluso en la de convenios ambientales internacionales). Cuando los objetivos no son equilibrados, o cuando se invocan de manera desequilibrada, sus interpretaciones son desequilibradas”.¹⁶

Estos casos han generado preocupaciones en organizaciones ambientales, lo que consecuentemente ha obligado a los Estados a prestar mayor atención a la problemática ambiental de los tratados. Como ya se ha señalado, la consecuencia más directa, en el caso del TLC entre Chile y Estados Unidos, ha sido la acotación de la definición de expropiación indirecta y el Derecho Internacional. Uno esperaría que estas precisiones fueran suficientes para contrarrestar las demandas de inversionistas privadas en este ámbito, como fue el caso de las antes señaladas.

Sin embargo, si bien los temas ambientales –o, en general, de interés público– han sido atendidos, aún se mantiene la preocupación general, especialmente para países en desarrollo que buscan tener políticas estatales de promoción e incentivos más activos de manera de saltar a etapas posteriores de desarrollo. En este sentido, la flexibilidad es fundamental, precisamente en los temas regulados y acotados por los capítulos de inversión. Para evaluar esto es necesario revisar en detalle las obligaciones de Chile frente a los inversionistas.

Artículo 10.2: Trato Nacional

1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta y otra forma de disposición de las inversiones en su territorio.
2. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones.
3. El trato otorgado por una Parte de conformidad con los párrafos 1 y 2 significa, respecto a un gobierno de nivel regional, un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese gobierno de nivel regional otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de inversionistas de la Parte a la que pertenecen.¹⁷

¹⁶ IISD, p. 21

¹⁷ TLC Chile- Estados Unidos, p. 10-1,2.

Artículo 10.3: Trato de Nación Más Favorecida

1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.
2. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de inversionistas de cualquier país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones.¹⁸

El trato nacional y trato de nación más favorecida son principios fundamentales en este tipo de acuerdos. Sin embargo, cómo se aplicarán estos principios depende decisivamente de la expresión “en circunstancias similares”. Para el IISD, la clave es determinar que “similar” no es equivalente a “igual”; por lo tanto, no se puede considerar de la misma forma a un inversionista que se instala en torno a un área virgen que aquel que lo hace en un ciudad¹⁹. De la misma manera surge la pregunta sobre hasta qué punto se puede promover un sector que genera mayor valor agregado, por medio de algún tipo de incentivo, versus otro que genera menos ¿Pueden existir cuestionamientos a la política pública como consecuencia de estos derechos?

En el caso de S.D. Myers, el tribunal falló a favor de la empresa ante el reclamo de ésta de que se había violado el trato nacional y nivel mínimo de trato. S.D. Myers es una empresa de tratamiento de desechos tóxicos, que exporta desde Canadá hacia Estados Unidos PCB's para su tratamiento. En 1995 Canadá prohibió la exportación de PCB temporalmente hasta 1997, “medida” que fue cuestionada por la empresa y que logró la indemnización porque se consideró que de esta manera se beneficiaba a empresas de tratamiento de residuos canadienses.²⁰

En este caso, el tribunal decidió que existían “circunstancias similares” con empresas canadienses, a pesar de que el tratamiento se realizaba en Estados Unidos y no en Canadá como las demás empresas. En consecuencia, eran comparables y, por tanto, había un menoscabo al inversionista extranjero.

¹⁸ TLC Chile-Estados Unidos, p. 10-2

¹⁹ IISD, pg. 30

²⁰ http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/myersvcnadapartialaward_final_13-1100.pdf

Artículo 10.4: Nivel Mínimo de Trato²¹

1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.
2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos substantivos adicionales. La obligación en el párrafo 1 es de otorgar:
 - a. “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y
 - b. “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar un nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.

Como en la mayoría de los acuerdos bilaterales de inversión, se establece el trato mínimo; éste normalmente se consagra con un lenguaje ambiguo pero, como ya se señaló en el caso del TLC entre Chile y Estados Unidos se ha precisado para enmarcarlo en lo que se denomina como “acorde con el derecho consuetudinario”

El alcance de esta precisión aún no está claro. En el anexo 10-A del Acuerdo se define lo que “resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. Con respecto al artículo 10.4 el nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen a los derechos e intereses económicos de los extranjeros.”²²

Si esta precisión es suficiente para acotar las demandas en esta materia, está por verse. En cualquier caso, la interpretación de trato mínimo ha sido fundamentalmente y un derecho sistemáticamente relevado en las demandas al amparo del capítulo 11 del NAFTA. Por ejemplo, en el caso de Metalclad vs

²¹ Para mayor certeza, el artículo 10.4 se interpretará de conformidad con al Anexo 10-A.

²² TLC Chile- Estados Unidos, p 10-30

México fue clave. El tribunal argumentó que México no habría logrado proporcionar un marco transparente ni previsible para la inversión de la empresa, demostrando falta de orden en los trámites y de disposición oportuna hacia el inversionista, lo que sería violatorio de las obligaciones de trato mínimo consagrados en el capítulo.

Además, el fallo cuestiona e interpreta la legislación mexicana vigente. El problema radica en que Metalclad tenía la intención de operar una empresa de tratamiento de residuos peligrosos. Inició la inversión con los permisos federales, pero no los municipales. Al respecto, el fallo señala: “85. Se dejó creer a Metalclad, y creyó, que los permisos federales y estatales le permitían la construcción y operación del confinamiento. Metalclad alega que el Municipio otorgó el permiso haciendo referencia a consideraciones de impacto ambiental sobre lo que era básicamente un confinamiento de disposición de residuos peligrosos; eso fue inadecuado, como lo fue también la negativa para otorgar un permiso por cualquier razón que no fuera otra que alguna relacionada con la construcción física o defectos del sitio.”²³

En consecuencia y especialmente debido a los temas de transparencia el fallo del tribunal fue a favor de la empresa. “México no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de Metalclad. Estas circunstancias, en su totalidad, demuestran una falta de orden en el proceso y disposición en tiempo en relación con un inversionista de una Parte que actuó con la expectativa de que recibiría un trato justo y equitativo de conformidad con el TLCAN.”²⁴. El tribunal también consideró que el accionar de México, en esta materia era violatorio del derecho a no ser expropiado directamente²⁵; en ambos casos, incluso, a pesar de que el NAFTA cuenta con una expresa excepción ambiental al igual que el TLC entre Chile y Estados Unidos.²⁶

Según el IISD, “Esta lectura sumamente amplia de los requisitos del nivel mínimo de trato fue innovadora en el derecho internacional de la inversión (...)

23. http://www.economía-snci.gob.mx/sep_pages/importa/sol_control/consultoria/Casos_Mexico/Metalclad/laudo/laudo_español.pdf

24. http://www.economía-snci.gob.mx/sep_pages/importa/sol_control/consultoria/Casos_Mexico/Metalclad/laudo/laudo_español.pdf, párrafo 99.

25. http://www.economía-snci.gob.mx/sep_pages/importa/sol_control/consultoria/Casos_Mexico/Metalclad/laudo/laudo_español.pdf, párrafo 101.

26. El artículo 1114 del TLCAN, que permite que una Parte se asegure que las inversiones se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental no afecta esta conclusión. La celebración del Convenio y el otorgamiento de los permisos federales muestran claramente que México estaba satisfecho con el hecho de que el proyecto era acorde con y tomaba en cuenta inquietudes en materia ambiental, *ibid*, párrafo 98.

tal lectura se basó de manera significativa en las disposiciones sobre transparencia enunciada en otras partes del TLCAN, que no se mencionan en el capítulo XI”²⁷

La pregunta mayor es si los Estados pueden responsabilizarse de que los inversionistas extranjeros sean mal asesorados o, peor aún, que los Estados pongan su legislación –con las debilidades y vacíos con que cuentan en países en desarrollo– a disposición para que un tribunal externo, con *expertise* esencialmente en el ámbito comercial, la interprete.

Artículo 10.5: Requisitos de Desempeño

El objeto detrás de este articulado es prohibir que el gobierno de la Parte imponga requisitos de desempeño al inversionista. La argumentación contra estos requisitos es débil, pero es la más reciente recomendación de los economistas para, supuestamente, evitar ineficiencias. Asimismo, se argumenta que muchas veces no se cumplen los objetivos de establecer requisitos como, por ejemplo, la intención de asegurar una adecuada transferencia tecnológica. No obstante, ¿por qué dos partes, gobierno e inversionistas, no pueden llegar a un acuerdo de obligaciones del gobierno?. Además de responsabilidades y compromisos de la empresa, ésta se mantiene como una pregunta abierta, particularmente cuando puede cumplir con un rol importante en generar una estrategia de desarrollo alternativa. En cualquier caso, la prohibición de estos requisitos se encuentra detrás de la filosofía tanto de estos acuerdos como de la Organización Mundial de Comercio.

Requisitos de desempeño obligatorios

1. Ninguna parte podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir ninguna obligación o compromiso, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación o venta o cualquier otra forma de disposición de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país que no sea Parte en su territorio para:
 - a. Exportar un determinado nivel o porcentaje de mercancías o servicios.
 - b. Alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional.
 - c. Adquirir, utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio, o adquirir mercancías de personas en su territorio.

27. IISD, pg33

- d. Relacionar en cualquier forma 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.
- e. Restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen divisas.
- f. Transferir a una persona en su territorio tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad.
- g. Actuar como el proveedor exclusivo desde el territorio de la Parte de las mercancías que produce o servicios que suministre para un mercado regional específico o al mercado mundial.

Ventajas sujetas a requisitos de desempeño

2. Ninguna de las Partes podrá condicionar la recepción de una ventaja o que se continúe recibiendo la misma, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, o venta o cualquier otra forma de disposición de una inversión en su territorio por parte de un inversionista de un país Parte o que no sea Parte, al cumplimiento de cualquiera de los siguientes requisitos:
 - a. Alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional.
 - b. Adquirir, utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidos en su territorio, o a adquirir mercancías de personas en su territorio.
 - c. Relacionar, en cualquier forma, 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.
 - d. Restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas.²⁸

Supuestamente, estos requisitos se aplicarían sólo a medidas específicas hacia un inversionista, y consecuentemente con la lógica de la “arbitrariedad”. Sin embargo, las “casos NAFTA” demuestran que la interpretación es más amplia.

28. TLC Chile-Estados Unidos, p10-3.

De hecho se ha argumentado en varias demandas que la prohibición de importar algún producto as un requisito de desempeño porque significa, en la práctica, la obligación de usar insumos locales.

Artículo 10.8: Transferencias²⁹

Cada Parte permitirá que todas las transferencias relacionadas con una inversión cubierta se hagan libremente y sin demora, desde y hacia su territorio.

Artículos 10.9: Expropiación e Indemnización³⁰

Ninguna Parte expropiará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”) salvo que sea:

- a. Por causa de utilidad pública.
- b. De una manera no discriminatoria.
- c. Mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización, de acuerdo con los párrafos 2 a 4; y
- d. Con apego al principio de debido proceso y al artículo 10.4 (1) a (3)

Finalmente los artículos 10.8 y 10.9 se refieren a la libertad de transferencia de una inversión hacia fuera del país y a la expropiación. En el primer caso, no existen ejemplos emblemáticos en los “casos NAFTA”; no obstante, este compromiso de liberalización es problemático para países en desarrollo. La experiencia reciente de Argentina demuestra que es posible que bajo situaciones de crisis los países tengan que restringir las transferencias. Las disposiciones de este artículo puede hacer más difícil estas políticas de emergencia. Aún no está claro el alcance que esto puede significar.

En el caso de las expropiaciones existen mayores antecedentes. Especialmente controversial ha sido el concepto de expropiación indirecta, que se presta para diversas interpretaciones. Si bien aquí las mayores preocupaciones se centran en expropiaciones relacionadas con el bien común, particularmente en relación a la temática ambiental, seguridad y salud pública. De alguna manera, esta primera inquietud está relacionada en el TLC entre Chile y Estados Unidos, con el anexo interpretativo de expropiación indirecta, comentado arriba. Sin

29. TLC Chile-Estados Unidos, p10-7,8

30. TLC Chile-Estados Unidos, p10-9

embargo, una discusión más amplia se relaciona con el ejercicio de los “poderes regulatorios” del Estado, que puede abarcar todo tipo de acciones públicas, incluyendo las tributarias.

Un ejemplo del alcance de estos tratados se encuentra en el NAFTA, con el caso de Metalclad. “En lugar de analizar si el gobierno mexicano actuó de una manera incompatible con el ejercicio normal (no confiscatorio) de sus poderes regulatorios, el Tribunal dice expresa y llanamente que el Tribunal no necesita considerar cuál es la motivación o intención de la adopción de la medida ambiental en cuestión en ese caso. (...) El punto más crítico de estos primeros casos es que utilizan la magnitud del impacto como la prueba decisiva de que una acción gubernamental equivale a una expropiación.”³¹ Lo anterior es un precedente fundamental, pues podría acotar la capacidad tributaria del Estado con el argumento de que la magnitud de un impuesto es, de hecho, expropiatorio. En consecuencia, la pregunta que surge de esta discusión es de qué manera este capítulo afecta directamente la capacidad soberana de un país de ejercer su política tributaria, tema que ha surgido reiteradamente en la discusión pública en Chile en relación con la posibilidad de introducir un royalty a la minería.

La pregunta supuestamente estaría resuelta con el argumento del Ejecutivo chileno, que ha señalado “no hay nada en el TLC que impida su aplicación, porque es una medida tributaria y, por definición, los temas tributarios quedan excluidos del ámbito de administración del acuerdo”.³²

Sin embargo, esto no es efectivo. Si bien en el Artículo 23.3: Tributación, en su parte No. 1, se señala que “salvo lo dispuesto en este artículo, ninguna disposición de este Tratado se aplicará a medidas tributarias.”³³, lo cual a primera vista es tranquilizador, más abajo, en la Parte No. 4, inciso b, se exceptúan explícitamente “los artículos 10.2 (inversión – Trato nacional) y 10.3 (Inversión – Trato de nación más favorecida), los artículos 11.2 (Comercio transfronterizo de servicios – Trato de nación más favorecida)”.

Asimismo, en su Parte 6 señala: “Los artículos 10.9 (Expropiación e indemnización) y 10.15 (Sometimiento de una reclamación a arbitraje) se

31. IISD p37-38

32. Osvaldo Rosales, Director de Relaciones Económicas, Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentario e Integración Latinoamericana. Proyecto de acuerdo aprobatorio del Tratado de Libre Comercio entre los Gobiernos de las Repúblicas de Chile y los Estados Unidos de América. Sesión 8ª, celebrada en lunes 8 de septiembre de 2003, de 16:05 a 19:28 horas. Versión taquigráfica.

33. TLC Chile –Estados Unidos, p23-2.

aplicarán a una medida tributaria que se alega como expropiatoria o como una violación de un acuerdo de inversión o una autorización de inversión.”³⁴

Por lo tanto, de hecho, las medidas tributarias que afectan al capítulo 11 podrían ser cuestionables. El “*royalty*” a la minería es un claro ejemplo, especialmente cuando dirigentes del gremio minero explícitamente señalan que consideran éste como un impuesto expropiatorio.³⁵

Las demandas han evolucionando desde cuestionamientos a las políticas ambientales hacia demandas que abarcan distintos aspectos de la política pública, con el expreso propósito de liberalizar al comercio y las inversiones. Hoy se encuentra un caso resuelto al amparo del capítulo 11 del NAFTA, que cuestiona la política tributaria de uno de los Estados, y ya hay una notificación de intención, que argumenta precisamente la naturaleza expropiatoria del impuesto.

El primer caso trata de la empresa CEMSA y del ciudadano norteamericano Feldman. Este alega que la negativa de México devolver los impuestos internos que gravan los cigarros exportados por CEMSA y su continuo rechazo del derecho de CENSA a la devolución de tales impuestos sobre las futuras exportaciones de cigarros constituyen una violación de las obligaciones de México. Conforme al Capítulo XI, específicamente, se alega que se han violado los Artículos 1102 (Trato nacional), 1105 (Nivel mínimo de trato) y 1110 (Expropiación e indemnización) del TLCAN. México niega tales afirmaciones³⁶.

El caso es bastante confuso debido a la falta de información, sin embargo, finalmente el panel arbitral falló a favor de la empresa sólo respecto al reclamo por tanto nacional. Lo interesante es el razonamiento en el laudo, lo que demuestra los riesgos del capítulo de inversión en el TLC entre Chile y Estados Unidos.

Feldman alegó “expropiación progresiva”, debido a que en el período donde supuestamente le correspondía la devolución tributaria, ésta no se entregó, haciendo inviable su negocio. El concepto de “expropiación progresiva” fue rechazado por México; el Tribunal señaló que “la expropiación progresiva... mencionada, es una forma de expropiación indirecta y puede, por lo tanto,

34. Ibid.

35. Entrevista a Jean Paul Lukic, La Tercera 3 de agosto 2003, “No sólo le veo un problema de discriminación, sino, además, un tinte claramente expropiado, ya que afecta el derecho de propiedad del inversionista sobre los legítimos flujos esperados”.

36. http://economia-snci.gob.mx/sphp_pages/importa/so_l_controlo/consultoria/Casos_Mexico/Marvin_laudo/laudo_español.pdf

constituir una medida “equivalente a la expropiación”; por tanto, el Tribunal aceptó considerar la expropiación progresiva reclamada por el demandante.³⁷

Es más, en el análisis del fallo el tribunal se abocó a determinar hasta que punto las medidas tributarias son efectivamente expropiatorias y señala en el párrafo 101 del laudo que “por su propia naturaleza, las medidas impositivas, incluso si están concebidas como una expropiación, tienen tal efecto que puede ser equivalente al de la expropiación. Si las medidas se instrumentan a lo largo de un período de tiempo, también podrían ser tipificadas como “progresivas”, cuya naturaleza (...) no es distinta de aquellas designadas como expropiación “indirecta” o “equivalente a la expropiación” según los términos del Artículo 1110(1); y se encuentra subsumida en dichos términos”³⁸.

El Tribunal, a pesar de reconocer el derecho de los Estados a “tener la libertad de actuar en pro del interés público mas amplio a través de la protección del medio ambiente, regímenes impositivos nuevos o modificados, el otorgamiento o cancelación de subsidios gubernamentales, la reducción o el aumento de los niveles arancelarios, la imposición de zonas restringidas y medidas similares”, a su vez observa que “son muchas las formas en que las autoridades gubernamentales pueden dejar a una empresa fuera del negocio o reducir significativamente los beneficios económicos de su actividad comercial.”³⁹

La pregunta entonces es cómo distinguir entre una expropiación indirecta y una reglamentación gubernamental válida. El Tribunal afirma que los impuestos son una posible “medida expropiatoria” y atribuye responsabilidad al Estado, entre otras cosas, “cuando interfiere arbitrariamente con la propiedad de un extranjero”. Pero, “al mismo tiempo, los impuestos establecidos de buena fe y no discriminatorios no crean responsabilidad” y, por lo tanto, concluye, “debe determinarse a la luz de todas las circunstancias del caso”⁴⁰

En conclusión, a pesar de que en este caso el Tribunal falló que no hubo expropiación, aceptó la posibilidad de que una medida tributaria podría ser expropiatoria. Más aún, estableció que no existía una nítida línea divisoria, por lo que dependía del caso específico. La conclusión es que las medidas tributarias estarán siempre sujetas a la interpretación final de un tribunal arbitral.

37. Ibid, p. 43

38. Ibid

39. idem

40. Ibid

A su vez en el caso de Pope y Talbot, Canadá argumentó que “la mera interferencia no es expropiación; en realidad, para que haya expropiación, se requiere un grado importante de privación de los derechos fundamentales de propiedad”. Sin embargo el Tribunal rechazó este criterio, señalando que “las reglamentaciones pueden, sin duda, tipificarse de modo que constituyan una expropiación progresiva (...) De hecho, muchas expropiaciones progresivas podrían ejecutarse mediante reglamentaciones y una excepción global de las medidas reglamentarias crearía un vacío enorme en la protección internacional contra las expropiaciones”.⁴¹

En el caso de CEMSA, finalmente el Tribunal falló a favor de la empresa por un monto de US\$30 millones, pero sólo en relación a la obligación de trato nacional. Sin embargo, este caso, al igual que el de Pope y Talbot, deja un complicado precedente, pues abre la puerta para el cuestionamiento de medidas tributarias al amparo del capítulo de protección de inversiones.

En un segundo caso, que fue notificado, se presenta la misma discusión, pero ahora no en relación a una devolución tributaria, sino directamente la aplicación de un tributo. Este es el caso de Corn Products International versus México. El 28 de enero la empresa demandó al Estado Mexicano, de conformidad con el capítulo 11 del NAFTA, por US\$250 millones, por incumplimiento de las disposiciones de protección a la inversión extranjera.

La empresa argumentó que el hecho de haber subido el impuesto IEPS (Impuesto Especial a Productos y Servicios, existente desde 1980) a finales de diciembre del 2001, constituye una violación de los derechos del inversionista establecidos en el capítulo 11 del TLCAN. En una decisión soberana, el Congreso mexicano decidió introducir un impuesto de 20% al JMAF (jarabe de maíz de alta fructosa) a la venta de refrescos y otras bebidas que contengan fructosa, a partir del 1 de enero del año 2002. La empresa argumenta que este impuesto le ha generado un daño irreparable.

Más específicamente, argumenta que el impuesto se encuentra en incumplimiento del artículo 1102 del TLCAN, trato nacional. “Al gravar discriminatoriamente a los refrescos producidos con JMAF y no gravar los refrescos producidos con azúcar, entre otras medidas, el gobierno mexicano ha otorgado trato menos favorable a lo productores de JMAF en general y a Corn Products y a Arancia específicamente, que aquel que otorga a los productores

41. Ibid p. 99.

nacionales de azúcar”⁴². Nuevamente, reitera la importancia de precisar como se interpreta el concepto en circunstancias similares a las cuales nos referíamos arriba.

Asimismo, señala que viola el artículo 1106(1) de la prohibición de imposición de requisitos de desempeño. “El impuesto JMAF, junto con la medidas anteriores adoptadas por el gobierno mexicano en contra de JMAF, impone efectivamente un requisito de desempeño a los productores de refrescos y edulcorantes para que adquieran y produzcan edulcorantes con insumos mexicanos, más específicamente el azúcar.”⁴³

Finalmente, se señala que el impuesto JMAF viola el artículo 1110 del TLCAN, impidiendo la expropiación directa o indirecta de una inversión. “En virtud del Impuesto JMAF adoptado por el gobierno, México ha expropiado o ha adoptado medidas equivalentes a una expropiación de una inversión de un inversionista de otra Parte, a saber Corn Products. Las medidas adoptadas por México, incluyendo el impuesto JMAF, han provocado la inviabilidad económica de operación actual de la línea de producción especializada en JMAF de Arancia en la Planta SJR, como consecuencia del trastorno del mercado mexicano de edulcorantes para refrescos causados por el impuesto”⁴⁴ Lo anterior ocurre incluso existiendo en el NAFTA la misma excepción tributaria que en el TLC entre Chile y Estados Unidos.

Actualmente, la información pública solo registra esta demanda como una notificación de intención. El autor no pudo confirmar si había sido aceptada para arbitraje. En todo caso, el solo hecho de notificar reclamos en torno a políticas tributarias es una indicación del alcance del capítulo 11 del TLCAN y, en consecuencia, constituye un serio ataque a los Estados de ejercer legítimamente su política tributaria y el tipo de cuestionamientos que podrían existir en el marco del TLC entre Chile y Estados Unidos.

Los temas tributarios no son los únicos que se prestan para cuestionamientos, también lo hacen políticas regulatorias específicas. En otro caso, *International Thunderbird Gaming Corp. v. México*, abiertamente se cuestionan las actuales regulaciones del Estado mexicano en relación a los juegos de azar. Esta empresa

42. Párrafo 36, Notificación de Intención de Someter una Reclamación a Arbitraje bajo la Sección B del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 28/01/03, (http://www.economia-sncl.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_control/consultoria/casos_Mexico/Corn/documentos_basicos/aviso_de_intencion_espanol.pdf)

43. *Ibid*, Párrafo 38.

44. *Ibid*, Párrafo 38.

procedió a realizar una inversión en la actividad de juegos de azar, haciendo funcionar una empresa de juegos con un permiso de la Gobernación, pero sin la autorización del Director Nacional de Juegos de México. Este, eventualmente, cerró los establecimientos de la empresa, argumentando que este tipo de actividades no estaba permitido en el país. En México la legislación en materia de juegos es confusa, pues se prohíben los juegos de azar pero se permiten juegos como la lotería. En todo caso existe un regulador final, que es el Director Nacional de Juegos.

La International Thunderbird Gaming Corporation (ITGC) es una empresa canadiense que es dueña y opera actividades de entretenimiento y juegos. Interpuso una notificación de arbitraje al amparo del artículo 11 del NAFTA, contra el Estado mexicano en agosto del 2002, reclamando que el cierre de sus actividades, por parte de la autoridad competente, es una violación de los derechos de inversionista en el NAFTA y solicita una indemnización de US\$100 millones.⁴⁵

Los argumentos esgrimidos por la empresa en el aviso de notificación son similares a los antes señalados, estableciendo el incumplimiento de las distintas obligaciones al amparo del capítulo 11 del NAFTA. Particularmente relevantes son los temas de transparencia y un trato mínimo, pero el argumento central de la empresa es que la legislación mexicana es confusa, permitiendo algunos juegos de azar pero no otros, como los de su negocio. En consecuencia, al centro del posible arbitraje estará una evaluación, de parte de un ente externo, y evidentemente sin competencia, de cómo debería interpretarse la legislación mexicana en esta materia.

El caso anterior se presta para una discusión más amplia sobre cómo interpretar la legislación local y su relación con las obligaciones hacia los inversionistas. Similar a esto, se encuentran los casos de Haas y Calmark Comercial, que presentan cuestionamientos a los procedimientos judiciales mexicanos. Aquí no se cuestiona el acceso a la justicia sino su denegación, básicamente porque las empresas demandantes perdieron los juicios correspondientes. En este caso, como ya hemos señalado, el tribunal arbitral, al amparo del capítulo 11 del NAFTA, de hecho se transforma en corte de última instancia.

45. http://www.economia-snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sot_controlconsultoria/Casos_Mexico/Thunderbird/Thunderbird.htm.

En el primer caso, el ciudadano norteamericano Francis Kenneth Haas presentó una notificación de intención de arbitraje en un caso por denegación de justicia. Haas argumenta que en su caso se ha violado el artículo 1105, nivel mínimo de trato, como consecuencia de una disputa comercial con sus socios mexicanos y la imposibilidad de acceder adecuadamente a la justicia. Aparentemente sus socios lo habrían estafado; no obstante, esto no pudo acreditarse en el proceso jurídico que se llevó a las últimas consecuencias, por lo que estima que no existe un trato mínimo aceptable y demanda al Estado mexicano por US\$17 millones. No existe información de que esta demanda haya sido acogida pero, como se señaló, la notificación cuestiona los procesos jurídicos mexicanos y, de hecho, utiliza el proceso de arbitraje del NAFTA como corte de última instancia.⁴⁶

En el segundo caso, la empresa Calmark Comercial también habría sido estafada; tampoco el caso pudo ser acreditado en el proceso jurídico. La empresa demandó al Estado mexicano por US\$400 000 por denegación de justicia, lo que según la reclamación constituye una expropiación indirecta.⁴⁷

CONCLUSIÓN

Ha-Joon Chang, profesor de economía de la Universidad de Cambridge, argumenta que el actual proceso de globalización, a través de las reglas establecidas en las instituciones de Bretton Woods, constituye un acto de “patear la escalera” una vez lograda una etapa de desarrollo superior. A través de una serie de políticas de carácter discriminatorio y proteccionistas, los países desarrollados están impidiendo, por medio de estos compromisos internacionales, que los demás puedan escalar hacia etapas superiores de desarrollo

El Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos constituye la última generación de acuerdo: en una serie de compromisos comerciales que regulan la política pública. Para esto es fundamental el capítulo de inversiones, pero no es el único: también lo son los compromisos en materia de propiedad intelectual, regulación del capital financiero, entre otros. El fracaso de la ronda de

46. http://www.economia-snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_control/consultoria/Casos_Mexico/Kenneth/documentos_basicos/aviso_de_intencion.pdf

47. http://www.economia-snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_control/consultoria/Casos_Mexico/Calmark/Calmark.htm

negociaciones comerciales multilaterales en Cancún es una muestra de ello. Los países en desarrollo no estuvieron dispuestos a asumir más compromisos, incluso de menor envergadura, que aquellos que se encuentran en el TLC entre Chile-Estados Unidos.

Los alcances eventuales de este Tratado, tal como ocurrió con el NAFTA, son insospechados. Por lo mismo, es fundamental una discusión abierta y transparente para entender completamente sus consecuencias. Lamentablemente aun estamos lejos de ello.

BIBLIOGRAFÍA

- Chang, Ha-Joon. *Kicking away the Ladder: 2002. Development Strategy in Historical Perspective*, Anthem Press.
- Hausmann R. y Dani Rodrik, D. *Economic Development as Self Discovery*. Revised April 2003. *New-age economics meet: the Washington Consensus*. <http://ksghome.harvard.edu/~drodrik.academic.ksg/papers.html>.
- IIDS. 2001. *Derechos Privados, Problemas Públicos: Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas*. International Institute for Sustainable Development. www.iisd.org.
- Moguillansky Graciela. 2003. "La Inversión en Chile. El fin de un ciclo de expansión" Fondo de Cultura Económica, CEPAL. 1999.
- Pizarro, R. 2003. "TLC con Estados Unidos: Neoliberalismo sin Retorno. Análisis de Políticas Públicas N°15. Terram Publicaciones.
- Pizarro, R. *El Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos: Mitos y Realidades*. Análisis de Políticas Públicas N° 6 Terram Publicaciones, Diciembre 2001.
- Tratados de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos texto completo: http://www.direcon.cl/flame/acuerdos_internacionales.documentos.