

TLC, Las Restricciones a la Política Pública

El presente Análisis de Coyuntura es un extracto del estudio realizado por Rodrigo Pizarro, director Ejecutivo de Fundación TERRAM, que fue presentado en la Comisión Especial del Senado que estudió el Acuerdo con Estados Unidos.¹

Fundación TERRAM, a través de diferentes estudios ha analizado detalladamente las implicancias del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados 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 vigente². En consecuencia, la evaluación de los beneficios ineludiblemente va de la mano con una evaluación más general sobre el actual modelo de desarrollo.

Los nuevos tratados de libre comercio en general, y especialmente el suscrito entre Chile y Estados Unidos, significan claros límites a política pública.

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 escrito prácticamente idéntico al controversial capítulo 11 del Nafta que trata los mismos temas. No es exactamente igual

¹ El Estudio Completo está disponible en la página de Fundación TERRAM: www.terram.cl Pizarro, R. (Octubre 2003) **Un Análisis del Capítulo de Inversiones: Las Restricciones a la Política Pública**. APP N°24.

² Pizarro, R. 2003 y Pizarro. 2001

Preparado por:
Departamento de Estudios
Fundación Terram

General Bustamante, N°24, Oficina
I, 5to. piso, Providencia
Teléfono: (56)(2) 269.44.99
www.terram.cl

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

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 u 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 inversionista 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 por 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, en sus siglas en inglés), lo que ha generado una ácida controversia, pues se argumenta que los derechos han servido para relevar 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 los riesgos contenidos en el actual acuerdo con Estados Unidos y posiblemente en el ALCA.

³ TLC Chile-Estados Unidos, p 10-28

⁴ Ibid, p10-28

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 por 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 el autor sostiene su 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.

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 Canada, 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 prohibidos.¹¹

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

⁶ Ibid, p 10-34

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 México”, 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. En estos casos, se exigió que los gobiernos cumplieran, por ejemplo, requisitos de transparencia y de restricciones mínimas de comercio, ambos principios clave del derecho comercial, pero no enunciados en las disposiciones sobre inversión del Capítulo 11.”¹²

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 el funcionamiento de este Tratado”¹³. 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 del TLC con Estados Unidos han sido interpretados más bien estrechamente. Éste 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 la actividades gubernamentales;
- Aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión, y;
- Asegurar un marco comercial previsible para los inversionistas.

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

“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”:⁷

- (a) estimular la expansión y la diversificación del comercio entre las Partes;
- (b) eliminar los obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de mercancías y servicios entre las Partes
- (c) promover las condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio;
- (d) aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes;

⁷ TLC Chile- Estados Unidos

(e) proteger en forma adecuada y eficaz y hacer valer los derechos de propiedad intelectual en el territorio de cada una de las Partes;

(f) crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias; y

(g) establecer un esquema para una mayor cooperación bilateral, regional y multilateral con el fin de ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado.

Según el IISD, “estos casos muestran cómo los objetivos amplios relacionados con la liberalización comercial pueden repercutir en la interpretación 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.”⁸

Estos casos han generado preocupaciones en y 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 sean 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.

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 discriminatorias 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 acuerdos 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 negociaciones comerciales multilaterales en

⁸ IISD,p21

Cancún es una muestra de aquello. Los países en desarrollo no estuvieron dispuestos a asumir compromisos, incluso de menor envergadura, que aquellos que se encuentran en el TLC entre Chile y 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 aún estamos lejos de aquello.

Bibliografía

- Chang, Ha-Joon 'Kicking away the Ladder: Development Strategy in Historical Perspective', Anthem Press, 2002

- Hausmann R. y Dani Rodrik, D. Economic Development as Self-Discovery (with), revised April 2003. New-age economics meets the Washington Consensus.
<http://ksghome.harvard.edu/~drodrik.academic.ksg/papers.html>.

- IIDS, 'Derechos Privados, Problemas Públicos: Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas'; 2001, International Institute for Sustainable Development, www.iisd.org.

- Moguillansky Graciela "La Inversión en Chile. ¿el fin de un ciclo de expansión?" Fondo de Cultura Económica, CEPAL, 1999.

- Pizarro, R "TLC con Estados Unidos: Neoliberalismo sin Retorno" Análisis de Políticas Públicas N°15, Terram Publicaciones, Marzo 2003.

- 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/frame/acuerdos_internacionales/documentos

Otras Publicaciones de Fundación Terram

- APP-1 Distribución de Ingreso y Reforma Tributaria. Julio, 2001
APP-2 La Norma ISO 14001 y su Aplicación en Chile. Julio, 2001
APP-3 Contaminación Atmosférica de la Región Metropolitana, Septiembre, 2001
APP-4 Evaluación de los Impactos de la Producción de Celulosa. Noviembre, 2001
APP-5 El Costo Ambiental de la Salmonicultura en Chile. Noviembre, 2001
APP-6 "El Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos: Mitos y Realidades". Febrero, 2002
APP-7 El Aluminio en el Mundo Abril, 2002
APP-8 El MegaProyecto Alumysa Abril, 2002
APP-9 El Fracaso de la Política Fiscal de la Concertación. Abril, 2002
APP-10 De Pescadores a Cultivadores del Mar: Salmonicultura en Chile Junio, 2002
APP-11 La Privatización de los Recursos del Mar. Agosto, 2002
APP-12 Crecimiento infinito: el mito de la salmonicultura en Chile. Agosto, 2002
APP-13 Informe Zaldívar: El Conflicto de Interés en la Ley de Pesca. Diciembre, 2002
APP-14 Minera Disputada de La Condes: El Despojo a un País de sus Riquezas Básicas Diciembre, 2002
EDS-1 Del Bosque a la Ciudad: ¿Progreso? Marzo, 2002
EDS-2 Domar el capitalismo extremo no es tarea fácil. Noviembre, 2002
ICS-0 Informe de Coyuntura: Desde la Perspectiva de la Sustentabilidad. Mayo, 2001
ICS-1 Estancamiento Económico Chileno: El fin de un Ciclo de Expansión. Agosto, 2001
ICS-2 Por una Agenda Pro-Crecimiento Sustentable. Noviembre, 2001
ICS-3 ¿Qué Pasa con la Inversión? Febrero, 2002
ICS-4 Superávit Estructural, Regla para la Recesión. Mayo, 2002
IPE-1 Una Vena sobre un Parque. Marzo, 2002
IPE-2 Dónde Habrá más Basura: ¿En los Rellenos Sanitarios o en su Proceso de Licitación? Jun, 2002
IPE-4 La Conveniente Oscuridad del Bosque Chileno. Enero, 2003
RPP-1 La Ineficiencia de la Salmonicultura en Chile: Aspectos Sociales, Económicos y Ambientales Jul, 2000
RPP-2 El Valor de la Biodiversidad en Chile: Aspectos Económicos, Ambientales y Legales. Sept.2000
RPP-3 Salmonicultura en Chile: Desarrollo, Proyecciones e Impacto. Noviembre, 2001
RPP-4 Impacto Ambiental de la Acuicultura: El Estado de la Investigación en Chile y en el Mundo" Dic, 2001
RPP-5 El Bosque Nativo de Chile: Situación Actual y Proyecciones" Abril, 2002
RPP-6 Exitos y Fracayos en la Defensa Jurídica del Medio Ambiente Julio, 2002
RPP-7 Determinación del Nuevo Umbral de la Pobreza en Chile. Julio, 2002
RPP-8 De la Harina de Pescado al "Salmón Valley" Agosto, 2002
RPP-9 Legislación e Institucionalidad para la Gestión de las Aguas. Agosto, 2002
RPP-10 Megaproyecto Camino Costero Sur Noviembre, 2002
RPP-11 Evaluación Social del Parque Pumalín Diciembre, 2002
RPP-12 El Estado de las Aguas Terrestres en Chile: cursos y aguas subterráneas". Diciembre, 2002
- English**
PPS-1 The value of Chilean Biodiversity: Economic, environmental and legal considerations. May,2001
PPS-2 The Free Trade Agreement between Chile and USA: Myths and reality. April, 2002
PPS-3 Fishermen to Fish Farmers of the Sea: Aquaculture in Chile. June,2002
PPS-4 Environmental Impact of Chilean Salmon Farming. September, 2002
PPS-5 Environmental Cost of Salmon Farming. January. 2002
PPS-6 Infinite Growth: The Myth of Chilean Salmon Farming Industry. September,2002

Escuche nuestro programa radial "Archivos del Subdesarrollo", todos los Lunes a las 19:00 horas en Radio Universidad de Chile. 102.5 F.M.

Fundación Terram es una organización No-Gubernamental, sin fines de lucro, creada con el propósito de generar una propuesta de desarrollo sustentable en el país; con este objetivo, Terram se ha puesto como tarea fundamental construir reflexión, capacidad crítica y proposiciones que estimulen la indispensable renovación del pensamiento político, social y económico del país

Para pedir más Información o aportar su opinión se puede comunicar con Fundación Terram:

Fundación Terram

Huelén 95- Piso 3- Santiago, Chile

Página Web: www.Terram.cl

Info@Terram.cl

Teléfono:(56)(2) 264-0682

Fax: (56)(2) 264-2514