

Análisis del capítulo de políticas de competencia en el segundo borrador de las negociaciones del ALCA

Alberto Arroyo Picard

Introducción

El sentido explícito del capítulo de “Políticas de competencia” del ALCA es evitar prácticas monopólicas. En términos generales podemos concordar con dicho objetivo; pero el problema es más sutil. Detrás de este aceptable objetivo se esconde una visión del mundo y de la economía en la que se absolutiza la competencia como bien supremo. En un contexto internacional de grandes diferencias entre los países y entre los tamaños y poderes las empresas de dichos países, la competencia llevada al extremo es simplemente la posibilidad de que el pez grande se coma al chico. Además el capítulo se enfoca más a la empresa pública que a la privada.

Otro de los objetivos del capítulo es, también por esta vía, abrir un mayor acceso a los mercados de los otros países. En la medida en que se bloqueen prácticas y políticas anti-competitivas las grandes empresas tendrán un mayor acceso a los mercados. La contraparte es que probablemente ello se deba a que muchas de las medianas y pequeñas empresas serán sacadas de sus mercados internos. Se trata de evitar monopolios, pero el des-regular y propiciar la competencia más abierta posible, lleva a

que la verdadera competencia se dé entre varias grandes empresas probablemente transnacionales y las que queden fuera por no ser competitivas sean las pequeñas y medianas empresas nacionales. En el mejor de los casos no habrá monopolios pero la competencia se dará entre casi puras mega empresas extranjeras.

El fondo de este capítulo es legislar para poner la competencia de mercado como valor supremo y reducir la intervención del Estado en la economía al papel del guardián de las sacrosantas leyes de la competencia mercantil. Además, para esta tarea se debe crear una autoridad nacional con algún grado de autonomía que vele por que ello se cumpla.

El Capítulo tiene nueve secciones o apartados, pero nos centraremos en seis que son las sustantivas. Las otras tres son de mucha menor importancia referidas a: compromisos de asistencia técnica, ciertas medidas o períodos de transición (sólo se afirma que se pactarán), garantizar la confidencialidad de alguna información.

El análisis del articulado estará precedido de un análisis del fondo, de las pretensiones u objetivos del capítulo y de su relación y complemento con otros capítulos.

Es importante recalcar que se trata de un segundo borrador [ALCA borrador oficial 2002] en el que aún hay muchos corchetes o puntos en debate. Nos concentraremos en las ideas centrales o tendencias, ya que discutir cada variable de texto en los corchetes haría muy engorroso el análisis y quizá se perdería la idea fundamental

Para evitar complicar el análisis, la comparación entre el primer y segundo borrador del texto oficial del ALCA, sólo lo haremos en puntos cruciales y en la mayoría de los casos en notas al pie de página. Cabe aclarar, que en general los cambios en el 2º borrador de este capítulo reflejan la oposición de algunos gobiernos a las pretensiones maximalistas (suponemos que de Estados Unidos) expresadas en el primer borrador. Estas posiciones de algunos gobiernos a su vez seguramente reflejan la creciente oposición tanto nacional como hemisférica del movimiento social.

Afirmar que el 2º borrador es menos malo que el primero, de ninguna manera quiere decir que el estado actual el capítulo sea aceptable. Ciertamente se quitan en esta segunda versión aspectos que pretendían explicitar hasta los últimos detalles y limitar aún más las posibilidades de los Estados Nacionales, pero nada de lo que desaparece modifica la orientación básica del capítulo que para la Alianza Social Continental es inaceptable. Para la Alianza Social Continental, no es cuestión de modificar o quitar tal o cual frase o artículo, nuestra propuesta alternativa [Colectivo, 2002] se construye desde otros parámetros teóricos y con otros objetivos. La competencia no es el valor supremo, la economía debe ser regulada en función de la sustentabilidad y el bienestar de la mayoría de la población.

Estamos de acuerdo en evitar los monopolios privados, pero no se puede tratar igual a los públicos, y de ninguna manera la economía debe dejarse a la sola dinámica del mercado que es lo que busca el ALCA. La economía debe regularse en función de objetivos de sustentabilidad, distribución de la riqueza y justicia social. Hay empresas públicas que se justifican por razones sociales o de soberanía. No es el número o tamaño de las empresas públicas lo importante, sino el papel que deben jugar como un instrumento del Estado en la conducción e impulso de un proyecto Nacional democráticamente consensuado. La empresa pública debe ser eficiente, pero su eficiencia y razón de ser es el desarrollo nacional y no simplemente a ganancia. La conveniencia de la existencia de una empresa pública debe juzgarse desde el papel que puede jugar en un proyecto nacional de desarrollo [Arroyo, 1998].

Como veremos, el ALCA tolera la existencia de algunas empresas estatales, incluso monopolios estatales, pero las desnaturaliza al obligarlas a actuar con criterios puramente mercantiles. Curiosamente, el ALCA justifica la existencia de monopolios privados cuando estos se basan en un derecho de propiedad intelectual y ante ello no tiene reparos, ni pretende limitar sus derechos.

Cuando nos oponemos a la orientación fundamental del ALCA no pretendemos economías nacionales aisladas de la dinámica mundial, no estamos contra la integración; pero sí contra el libre comercio que no es sino la libertad de que el grande se coma al chico. Buscamos impedir el ALCA que es un acuerdo de subordinación, luego negociar acuerdos de verdadera integración des-

de los intereses de los pueblos que no impliquen dejar la economía y nuestro futuro a la sola dinámica del mercado. Pensamos en reglas internacionales que creen las condiciones que viabilicen proyectos nacionales de desarrollo sustentable y justo para los pueblos [Colectivo 2002] y no en el libre mercado y los superderechos de las grandes corporaciones que se pretenden legalizar en el ALCA.

El significado de fondo de este capítulo

Este capítulo obliga a legislar y compromete al Estado nacional a actuar para evitar prácticas anticompetitivas, no sólo a las empresas privadas, sino también y todo indica que principalmente a las públicas.

El Capítulo sobre políticas de competencia expresa, operativiza y concreta en regulaciones legales, la teoría de fondo que sustenta este tipo de tratados de libre comercio.

Con las obligaciones que se pretenden contraer en este capítulo se completan las limitaciones a las posibilidades de los Estados Nacionales de conducir la dinámica económica en función de un proyecto nacional de desarrollo sustentable y de distribución de la riqueza. Se pretende, aunque evidentemente en las negociaciones no lo logran completamente, que las leyes del mercado y la competencia sean un absoluto y quitar todo lo que pudiera interferirlas o limitarlas. Como dijo el Dr. Herminio Blanco, actual asesor en Centroamérica para la negociación del acuerdo de libre comercio con Estados Unidos y en el pasado negociador principal del TLCAN, “el mejor proyecto nacional es no tener proyecto nacional y dejar que el mercado modele el mejor de los países posibles”

En el análisis de otros capítulos de este borrador del ALCA se muestran los superderechos de las grandes corporaciones: Trato Nacional a las mercancías y servicios extranjeros, a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones; apertura y libre circulación de capitales, de bienes y servicios (aún no se sabe si algunos países excluirán salud y educación); protección total a los llamados derechos de propiedad intelectual (propiedad sobre el conocimiento). Incluso, como se ve en el capítulo de inversiones, el ALCA da derecho a las grandes empresas extranjeras de demandar a los Estados Nacionales en instancias internacionales ante cualquier medida que disminuya sus apetitos de ganancia [Hansen, 2003]. Especial atención debe darse a los compromisos en el capítulo de servicios [Abreu de, s/f]. Por si todo esto fuera poco, con las obligaciones de este capítulo, se pretende reducir el papel del Estado Nacional en las economías al de guardián de las leyes del mercado, es decir impedir toda intervención que distorsione la dinámica del mercado.

¿Pero cuál es esta dinámica y leyes absolutas del mercado? El mercado es la ley de la selva en la que él más fuerte es el que sobrevive. Es paradójico, se pretende evitar monopolios, pero probablemente lo que suceda es que la competencia se concentre entre casi puras grandes empresas y quizá aún entre grandes empresas extranjeras. El Estado podrá seguir legislando, pero no para evitar las injusticias del mercado sino para evitar cualquier elemento que estorbe a la sacrosanta ley de la oferta y la demanda, es decir que cada uno se atenga a su suerte. En adelante el Estado no regulará el mercado sino lo des-regulará [Oxfam Internacional 2002 y Oxfam Internacional 2003].

Especial atención de este capítulo son las empresas públicas. Si el ALCA y este capítulo en particular se aprueba, particularmente algunos de sus artículos y corchetes, en adelante las empresas públicas quedarán des-naturalizadas. El ALCA no prohíbe la existencia de empresas públicas, pero las somete a la lógica de mercado, las desnaturaliza, las hace operar como si fueran privadas con la única diferencia de que el dueño es el gobierno. Hemos luchado contra la privatización de empresas y servicios esenciales, pero si este capítulo se aprueba, las empresas públicas perderán todo su sentido social, dejarán de ser palanca para el desarrollo nacional o sustento de la soberanía. Con ello se pretende anular los triunfos del movimiento social que en algunos países han logrado evitar las privatizaciones. De nada servirá que las hayamos salvado de la fiebre privatizadora si con este Capítulo del ALCA se desnaturaliza su función.

Como puede verse el ALCA es mucho más que abrir las fronteras para la libre circulación de mercancías. No se trata sólo de que puedan entrar sin barreras mercancías extranjeras. Se pretende en principio que todo bien o servicio este sujeto a competencia (por supuesto ello es una aspiración que sólo se plasma parcialmente en las negociaciones) y evitar que el Estado y las empresas públicas distorsionen el mercado o se conviertan en una competencia desleal que limita la capacidad de expansión y ganancias de las empresas privadas.

Actualmente hay áreas que están parcialmente fuera del mercado, por ejemplo la salud y la educación pública. Se conciben como un derecho y por ello el Estado las suministra a quienes no tienen los recursos para adquirirlas en el mercado. En el ALCA

se liberaliza el comercio de servicios, sin que se excluya hasta el momento explícitamente servicios que en realidad son derechos básicos, como la salud, la educación o el agua. En este capítulo, cuando se habla de empresas públicas o de monopolios, no se hace ninguna distinción para las empresas de servicios básicos por lo que deberían someterse a la competencia y guiarse con criterios comerciales. Hasta el momento el gobierno mexicano no ha querido hacer públicas sus ofertas en la materia por lo que no se sabe si excluirá este tipo de servicios.

Lo anterior es el fondo de todo el ALCA, pero se expresa especialmente en este capítulo sobre políticas de competencia que se complementa con el de compras gubernamentales. Pasemos pues al análisis de sus diversos artículos.¹

1. Legislación en materia de competencia

Obliga a tener leyes nacionales o sub-regionales (pactadas en acuerdos sub-regionales) e implementar acciones que eviten prácticas contrarias a la competencia, tanto públicas como privadas. Aunque la explicitación de que se trata tanto de las prácticas privadas como de las públicas está entre corchetes, el conjunto del capítulo indica que ésta es la tendencia dominante.

El artículo 1.1 plantea el objetivo: adoptar o mantener medidas a nivel nacional o

¹ Los números en negrita se refieren al articulado del segundo borrador oficial de noviembre de 2002 ya citado como ALCA borrador oficial 2002. Los corchetes cuadrados [...] indican que en el texto oficial está en corchetes. Las referencias comparativas con el primer borrador se encuentran en notas al pie y los números también refieren al articulado del primer borrador oficial citado la primera vez como (ALCA borrador oficial de junio de 2001).

sub-regional (cuando se pactaron en acuerdos subregionales) para proscribir prácticas contrarias a la competencia tanto las privadas como las públicas..

El artículo 1.2 en este se afirma que cada parte se compromete a permitir el acceso en términos no discriminatorios a las personas físicas o morales de cualquiera de las Partes (países) a los mecanismos y procedimientos previstos en la legislación nacional de competencia para dirimir controversias. Ello no excluye que en algunos ámbitos habría mecanismos supranacionales de solución de controversia como veremos en el apartado 5 que analizaremos más adelante.²

El artículo 1.3 acepta la posibilidad de que haya excepciones en la cobertura de las normas de competencia, pero estas deben ser transparentes y ser revisadas periódicamente por la instancia que las promulgó para evaluar si tiene sentido que se mantengan y hay que avisar a un comité previsto en el artículo 3.5 cualquier nueva excepción o ampliación de alguna ya existente. Expresamente se pretende prohibir que las excepciones incluyan a carteles de exportación. ¿Esto significa que por ejemplo en México PEMEX o la empresa petrolera venezolana

² En el primer borrador (ALCA borrador oficial junio 2001) algunos corchetes que ahora ya no aparecen pretendían ir más lejos. El artículo 1.2.4 planteaba que la aplicación de las normas para prevenir o corregir conductas con impacto transfronterizo “podría estar a cargo de las autoridades de la Parte (país) afectada, de la Parte en la cual se origina la práctica o de ambas”. Es decir se pretendía que las normas aunque fueran nacionales se aplicaran desde el país afectado. En el segundo borrador desaparecen elementos antes entre corchetes para quedar sólo en que los extranjeros deben tener acceso a los mecanismos nacionales para dirimir controversias en materia de políticas de competencia

deben someterse a la competencia?³

Las excepciones y exclusiones de cada país parecen aún no negociadas y el alcance o gravedad de lo que eventualmente pudiera acordarse no podrá verse hasta tener las excepciones negociadas para cada país.

El artículo 1.4 pormenoriza las características y contenidos que deben tener las leyes nacionales o subregionales. En el fondo las leyes nacionales deben adaptarse a los compromisos del ALCA y no al revés⁴.

Lo anterior es una imposición al Poder Legislativo. Ello es especialmente importante en algunos países. Por ejemplo, en México el ALCA sólo sería ratificado por el Senado de la República y las leyes que podrían modificarse son también competencia de la Cámara de Diputados. Tendríamos con ellos que una sola Cámara aprobaría un tratado que impone limitaciones a los poderes y competencias de la otra. Los tratados una vez ratificados son ley supre-

³ En el primer borrador de este capítulo del ALCA se pretendía ir aún más lejos. Incluía un artículo 1.3.1 y 1.3.2 que obligaba a que no hubiera excepciones en las áreas en que tecnológicamente sea posible la competencia, a menos que se tratara de áreas que expresamente se pactaran en el ALCA. Más aún, cualquier excepción a las reglas de competencia prevista en la legislación nacional que no se incluyera en el ALCA debería eliminarse en un plazo pactado en el mismo ALCA.

⁴ En el primer borrador existían dos versiones de un artículo 1.5 en el que se detallaban aún muy minuciosamente las prácticas anticompetitivas que debían prohibirse. Además en el artículo 1.6 se hablaba de elementos tan ambiguos o poco precisos como “aplicar principios y criterios mayoritariamente aceptados por la doctrina” y del criterio de “ilicitud per se”, también se utiliza en varios artículos del capítulo el concepto de “carteles intrínsecamente nocivos” que se definen de forma bastante general y con ello es de peligrosa aplicación.

ma y con ello sin la participación de la Cámara de Diputados en su ratificación se le impondría la obligación de modificar en cierto sentido las leyes de competencia. Además, los tratados internacionales tienen un valor similar al de las Constituciones, pero a diferencia de las reformas constitucionales los Tratados no tienen que ser ratificados por las legislaturas de los Estados federados. En otras palabras el gobierno federal está comprometiendo a otros poderes del Estado.

Entre las prácticas anticompetitivas a impedir hay algunas que es bueno que se impidan, pero hay otras restricciones especialmente inaceptables desde la perspectiva de mantener la posibilidad de que el Estado conduzca un proyecto nacional de desarrollo o que los países subdesarrollados defiendan los precios de ciertas materias primas o busquen conservar bienes no renovables.

Se pretende proscribir prácticas anticompetitivas en términos tan generales que resultan peligrosas. Por ejemplo, expresamente se pretende proscribir prácticas que impliquen limitar la producción. Ello puede ser positivo cuando se tratara de mecanismos para mantener altos precios y con ello obtener ganancias de usura; pero en su generalidad, el artículo no prevé excluir otros casos en que ello es para garantizar ingresos mínimos o precios justos a pequeños productores como puede ser el caso del café o de asegurar precios razonables a ciertas materias primas abundantes en países subdesarrollados, pero la sobresaturación del mercado mundial deprime los precios por debajo de los costos de producción en dichos países. Tampoco se excluye expresamente que se puede limitar la producción por razones de ambientales o de con-

servación de bienes no renovables.

Por el contexto de este párrafo, ya que se trata de leyes nacionales y la autoridad encargada de hacerlas valer también es nacional, no parece estar dirigido a evitar acuerdos internacionales de concertación de cuotas de producción para mantener precios convenientes, pero se expresa casi como un principio general por lo que resulta peligroso.

Los artículos 1.5 y 1.6 obliga a garantizar un trato no discriminatorio, transparente y un debido proceso. También a que, de acuerdo con su marco jurídico nacional o subregional, antes de la imposición de cualquier sanción se deba escuchar al afectado y “que dicha sanción esté sujeta a una revisión independiente”.

Detrás del garantizar (artículos 1.2, 1.5 y 1.6) en los procesos administrativos y judiciales y en la adopción de políticas y medidas a favor de la competencia, la no-discriminación, la transparencia y el debido proceso, cuando se junta con el principio de “Trato Nacional, se impide cualquier reglamentación específica para las empresas extranjeras. Se obliga a tratar igual a los que no son iguales.

2. Políticas y prácticas regulatorias

Las prácticas anticompetitivas pueden tener su origen en políticas, prácticas regulatorias, medidas administrativas, monopolios públicos y ayudas gubernamentales. Es claro pues que el capítulo pretende poner límites a las posibilidades de los Estados Nacionales de definir políticas y regular la actividad económica. Puede establecer políticas y regulaciones, pero para promover la competencia no para evitar que esta competencia entre desiguales lleve a la destrucción

de gran parte de la planta productiva nacional de los países menos desarrollados.

El artículo 2.1. implica tres compromisos en las definiciones nacionales de políticas de competencia y prácticas regulatorias:

- a) Que sean acordes con el Acuerdo Hemisférico.
- b) Que se regule para promover la competencia. Ello implica que las regulaciones y políticas no sean para evitar distorsiones y las injusticias propias del mercado. El conjunto del capítulo implica que hay que promover la competencia aunque esta competencia sea desleal debido a las asimetrías.
- c) Evitar que limiten [de manera no razonable] el acceso al mercado. Es significativo que este entre corchetes la acotación de que lo que se pretende evitar es limitaciones *no razonables* del acceso al mercado. Hay pues propuestas que pretenden que ello sea absoluto y otros que matizan y que buscan que se prohíba sólo limitaciones no razonables de acceso al mercado.⁵

Detrás de estos aparentemente simples compromisos es enorme la camisa de fuerza sobre las posibilidades de los Estados Nacionales de regular y establecer políticas acordes a un proyecto consensuado de desarrollo nacional sustentable y con distribución de la riqueza.

⁵ En el primer borrador existía un cuarto compromiso (2.1.3) Asegurar que dichas políticas y regulaciones puedan ser revisadas por mecanismos de Examen de políticas de competencia propias del ALCA. Es importante destacar que no hay acuerdo, ya que está en corchetes, el que esta revisión pueda ser vinculante.

2.2 Monopolios [legales o designados]

El problema empieza desde la definición de monopolio que se plantea en el **artículo 2.7**: “Entidad [privada o estatal], incluido un consorcio u organismo gubernamental que en cualquier mercado relevante de una Parte (país) ha sido designado proveedor o comprador único de un bien o servicio, [pero no incluye a una entidad a las que se le ha otorgado un derecho de propiedad intelectual exclusivo derivado solamente de dicho otorgamiento]”. Definido así, por ejemplo serían monopolios las empresas que en México realizan un mandato constitucional sobre bienes propiedad de la nación o reservados exclusivamente al Estado; y en cambio se excluye expresamente a las empresas cuyo monopolio se base en un derecho de propiedad intelectual.

En la definición de monopolio gubernamental habla de monopolio propiedad o bajo control del gobierno de una Parte o de otro monopolio de esa índole. Además, en los corchetes se pretende incluir a las empresas de los niveles sub-federales lo que en muchos casos implicaría violación del federalismo ya que el gobierno federal o central no puede comprometer lo que está fuera de sus atribuciones. Pero lo más grave es que en México las empresas públicas que surgen por mandato constitucional no son propiedad del gobierno (el gobierno sólo las opera) sino de la nación y se fundamentan en que el bien que manejan es propiedad de la nación. La constitución expresamente no considera dichas empresas como monopolios y sujetas a las leyes de competencia o antimonopolio (aunque en leyes secundarias posteriores al TLCAN sí se les sujeta a tales leyes)

En el artículo 2.2.1 se afirma que nada

del Acuerdo se debe interpretar para impedir que se designe, autorice o mantenga un monopolio, pero los corchetes en los hechos delimitan esta afirmación al indicar que “en la medida en que estén sujetos a la norma nacional o subregional de promoción y defensa de la competencia” y los puntos subsiguientes también limitan dicha posibilidad. Recordemos que aunque las leyes de promoción y defensa de la competencia son nacionales, estas serán adaptadas para concordar con el ALCA⁶.

Es paradójico. Se permiten monopolios pero para “promover y defender la competencia”. Generalmente un monopolio es exactamente lo contrario. Si la soberanía nacional, la sustentabilidad o la justicia social justifican una empresa pública monopólica no es precisamente para promover la competencia. Curiosamente, en el caso de empresas privadas, si se justifican los monopolios cuando se basan en derechos de propiedad intelectual. ¿Ello promueve la competencia? Por supuesto que no.

El artículo 2.2.2 plantea que cuando se

⁶ En el primer borrador se agregaba otra condición: “que las compras o ventas que afecten el comercio entre las Partes sean realizadas de conformidad con consideraciones comerciales” Aquí se refiere ventas que afecten el comercio entre las partes, pero ello es algo muy general. ¿Qué es afectar el comercio entre las partes? Las ventas internas de una empresa pública también pueden afectar el comercio entre las partes. Por ejemplo, las ventas de fertilizantes baratos por parte de una empresa pública mexicana afecta las posibilidades de exportarlos para otros países. Lo que diferencia a las empresas públicas de las privadas es precisamente que no siempre seguirán criterios puramente comerciales”. Es importante que este texto haya desaparecido pero aparece de alguna manera en otras partes del capítulo y en general del documento del ALCA.

designe o autorice un monopolio las Partes (países) se obligan a procurar introducir en su operación condiciones que minimicen o eliminen la anulación o menoscabo de los beneficios de otra Parte (país)

Por encima de la capacidad soberana de cada país de conservar o «designar» monopolios, privados o públicos reconocida en el primer párrafo, está el ALCA. Se reconoce formalmente la soberanía de cada Estado, pero luego se limita la soberanía a lo pactado en el ALCA y que no menoscabe los derechos que el ALCA da a los extranjeros.

El **artículo 2.2.3** obliga a que cada País se asegure mediante control reglamentario, supervisión administrativa u otras medidas que a estos monopolios privados o públicos:

- a) Cuando ejerza facultades reglamentarias, administrativas u otras que se le hayan delegado, actúen de forma que no sea incompatible con este capítulo o incluso (según otro corchete) con todo el Acuerdo o en otro corchete explícita con los capítulos de Compras del Sector Público y Acceso a Mercados.
- b) Actúen solamente según consideraciones comerciales y sin perjuicio de lo dispuesto en los capítulos de Compras del Sector Público, Acceso a Mercados, Inversiones y Servicios (o en un corchete de todo el ALCA) en la compra o venta del bien monopolizado, excepto cuando se trate de alguno de los términos de su designación que no sean incompatibles con los incisos c) y d).

El inciso c) se refieren a que otorgue trato no discriminatorio a los inversionistas, a los bienes y a los servicios extranjeros en la compra o venta de la mercancía o servicio monopolizado. Llama la atención que un

corchete al final de este inciso expresamente afirme que no se considera incompatible con este trato no discriminatorio la fijación de precios distintos en distintos mercados geográficos dentro del mismo país cuando estas diferencias se basen en “consideraciones normales de comercio” tales como tomar en cuenta la oferta y demanda en esos mercados. Me parece que esta práctica que considera normal y permitida no tiene justificación, al menos en términos generales. Habrá casos en los que se justifica debido a que implica grandes inversiones para pocos compradores, pero no puede justificarse como caso general

d) No utilice su posición monopólica para llevar a cabo prácticas anticompetitivas fuera del mercado monopolizado que se le autorizó y que afecte a inversionistas servicios o mercancías de otro país, o practique un suministro discriminatorio de las mercancías o servicios monopolizados, u otorgue subsidios cruzados. ¿Por que sólo cuando afecte a inversionistas, mercancías o servicios de otro país?

Por otra parte este mismo inciso *d)* añade un corchete que a la letra dice: [Las diferencias en la fijación de precios entre clases de clientes o entre compañías relacionadas y no relacionadas, y los subsidios cruzados, no son en sí mismas incompatibles con esta disposición; si no que están sujetas a este inciso cuando la compañía monopólica las use como instrumentos de conducta anticompetitiva]. Creo que ello casi siempre es parte de una conducta anticompetitiva de la empresa beneficiada con precios más bajos aunque ello sea difícil de mostrar. Planteado así, deja un amplio margen para ocultar competencias desleales.

En su inciso *b)* este artículo 2.2.3 obliga incluso a las empresas públicas a actuar «solamente según consideraciones comerciales». Más adelante (apartado 2.7 de definiciones) se define el concepto «consideraciones comerciales» «...de conformidad con las prácticas normales de negocios que lleven a cabo las empresas privadas que conforman esa industria.» Se habla en general, no distingue si son empresas de servicios o incluso si se trata de servicios esenciales que en realidad deben ser considerados derechos antes que mercancías. No podría ser más claro, no se acepta que el papel de la empresa pública es distinto que el de la privada y que no todo puede ser considerado primordialmente como mercancía. Por ejemplo una empresa pública que proporciona el servicio de agua potable ¿debe guiarse por consideraciones solamente comerciales?, a pesar de que las Naciones Unidas acaba de declarar que el acceso al agua potable es un derecho humano.

Además, definirlo como las «prácticas normales de negocios» es dejarlo en la ambigüedad. ¿A que prácticas se refiere, a que tipo de empresas o negocio toma como prototipo?. ¿A las transnacionales, tal y como operan en nuestros países?, entonces son prácticas que debían proscribirse.

En el artículo 2.2.4 aclara que el artículo 2.2.3 no aplica a las compras gubernamentales para fines públicos sin propósito comercial y que no sean utilizados en la producción de mercancías o prestación de servicios para venta comercial.

2.4 Empresas del Estado

De nuevo el problema nace desde la misma definición de empresa del Estado. La definición sólo recalca que el propietario o con-

trolador sea un país. Peor aún la definición de monopolio gubernamental en el que habla de propiedad del gobierno⁷. Las empresas públicas estratégicas en América latina y el Caribe no son propiedad del gobierno sino de la nación.

En la forma de nombrar las cosas se nota claramente una orientación. No se habla de empresas públicas sino de empresas del Estado, tampoco se habla de monopolios públicos, sino de monopolios gubernamentales (ver definiciones en artículo 2.7). Para el ALCA la diferencia es sólo cuestión de quien tiene la propiedad o el control. No asume que la empresa pública (que no es lo mismo que estatal o gubernamental) se diferencia por su función en la economía y no sólo por quien es el propietario.

El artículo 2.4.1 afirma que nada del ALCA “se interpretará para impedir que a una Parte (país) mantener o establecer empresas del Estado” claro que enseguida viene el corchete en que se acota “en la medida que estén sujetas a la norma nacional o subregional de promoción o defensa de la competencia”.

Además **el artículo 2.4.2** obliga a cada una de las Partes (países) ha asegurarse que toda empresa del Estado actúe de conformidad con las obligaciones del capítulo de inversiones, servicios, servicios financie-

⁷ En el primer Borrador la definición de empresa del Estado es aún más limitada. En el 2º borrador pone entre corchetes diversas formas de control [directo o indirecto] [derechos de dominio] [mediante intereses patrimoniales]; en cambio en el 1er borrador el único corchete habla de participación accionaria. Al menos en México y creo que en la mayoría de los países de América Latina y el Caribe, las empresas públicas, al menos las principales o estratégicas no son sociedades anónimas.

ros, compras gubernamentales (o según otro corchete, simplemente se dice que con lo previsto en el ALCA). Un corchete acota que lo anterior se aplica sólo cuando dichas empresas ejerzan facultades reglamentarias o administrativas o le hayan sido delegadas otras funciones gubernamentales.

El Artículo 2.4.3 recalca que debe asegurarse que las empresas del Estado otorguen un trato no discriminatorio a las inversiones y a los inversionistas extranjeros y en un corchete explicita que debe asumir lo dispuesto en el capítulo de Servicios, Inversiones y compras del sector público, entre otros.

En síntesis el ALCA concede que siga habiendo empresas públicas pero acota las posibilidades de su actuación, como hemos dicho las desnaturaliza al someterlas a criterios de competencia y puramente comerciales. Además no hace ninguna distinción o exclusión de estas obligaciones cuando se trate de empresas que proporcionan servicios básicos que están asociados a derechos humanos.

2.5 Ayudas estatales.

Simplemente se marca el compromiso de que en un plazo por determinar se negocie el tratamiento a las ayudas estatales que puedan limitar o distorsionar la competencia y que puedan afectar el comercio entre los países.

Es muy clara la tendencia. Se habla detalladamente de medidas para impedir practicas anticompetitivas y el tema de fondo de los subsidios que llevan a un comercio desleal como es el caso de muchos productos agropecuarios se deja para después y quizá a buenas intenciones.

2.6 Acuerdos intergubernamentales

Simplemente afirma que lo dispuesto en este capítulo no se aplicará a los acuerdos inter-

gubernamentales suscritos o por suscribirse entre las Partes (países).

Este apartado no existía en el 1er borrador. Es probable que su sentido sea el protegerse para el caso en que entre algunos de los países del hemisferio se logren acuerdos más profundos. Es probable que sea un punto introducido por Estados Unidos debido a que se vio obligado a ceder en algunas de sus pretensiones que estaban en el 1er borrador y quiere que prevalezcan los acuerdos más profundos que ha logrado o pueda lograr con algunos de los países del hemisferio (TLCAN, TLC con Chile y TLC con Centroamérica). En realidad el primer borrador comprometía mucho más allá que el TLCAN y el segundo borrador es mucho más similar al TLCAN, pero es notorio que Estados Unidos busca ir más lejos y lo intentará con acuerdos bilaterales.

3. Disposiciones Institucionales

Se habla de tres elementos institucionales

a) Establecer o mantener una **autoridad a nivel nacional o subregional**. Hay aún muchos corchetes menores en la redacción de sus características pero básicamente se afirma que: tenga por responsabilidad la aplicación de medidas de defensa de la competencia, contar con recursos, poderes y autonomía razonable inclusive frente a otras autoridades de gobierno nacionales o subregionales y, según un corchete, tener jurisdicción sobre prácticas en su territorio con repercusiones transfronterizas.⁸

Es importante resaltar que se trata de

⁸ Hay varios cambios entre el 1° y 2° borrador y algunos de cierta importancia. En el 1er Borrador se plantean más atribuciones a la Autoridad en materia de competencia. Se habla de que tenga capacidad

autoridades nacionales a menos que se haya pactado algo subregionalmente.

El punto delicado es la “autonomía razonable”. ¿Hasta donde llega esta autonomía?. ¿Se trata de autonomía del Poder Ejecutivo o también del Congreso? Cualquier autoridad debe ser responsable ante alguien y en última instancia ante los ciudadanos. Cuando se habla de autonomía de autoridades que no sean elegidas, se puede

de sancionar (3.2.6); incluso prácticas con alcance transfronterizo, aunque, según otro corchete, se aclara que realizadas en su territorio (3.2.3); que sus resoluciones puedan ser revisadas en un proceso independiente de naturaleza judicial (3.3); emitir recomendaciones cuando organismos y entidades de la administración pública ejecuten actos que tengan que ver con la libre competencia (3.4 a); pronunciarse de manera **no vinculante** en relación a los efectos en la competencia de cualquier regulación o práctica y los corchetes en este punto indican que no hay acuerdo de si se pronuncia sobre prácticas de cualquier país, pero en cualquier caso debemos recordar que no es vinculante. Todos estos aspectos desaparecen en el segundo borrador.

Quizá en asunto más delicado de este punto en el 1er borrador es el 3.2.6. (que desaparece como tal en el segundo borrador). Se habla de que tendrá capacidad para “investigar y sancionar prácticas anticompetitivas” y en un corchete se especifica [Incluyendo aquellas en sectores regulados] Si recordamos que la Autoridad de competencia tiene cierta autonomía y que la Autoridad de otro país puede pedirle que actúe, y, (algo que si se conserva en el segundo borrador) que puede abogar por la competencia inclusive ante otras autoridades nacionales o subregionales; podríamos tener el caso de que intervenga para forzar la competencia en sectores que el Estado Nacional haya decidido mantener fuera del ámbito de la competencia mercantil.

El segundo borrador es más general. El primer borrador le dedica trece párrafos al punto de la autoridad sobre competencia y el 2° sólo un párrafo. Probablemente deja más estos aspectos al diseño nacional de las facultades de dicha autoridad.

llegar instancias que no responden a nadie, ni nadie las controla, se rigen por una ley y nada más. La experiencia en México de la Comisión de Competencia creada posteriormente al TLCAN es que dicha comisión tiene mucho poder. Por ejemplo decide o autoriza fusiones. En el caso de los dos mayores bancos mexicanos decidió inapelablemente prohibir su fusión y el resultado fue que ambos fueron comprados por banca extranjera. En aras de mantener la competencia, prácticamente ya no hay bancos con mayoría mexicana. Estas autonomías son peligrosas ya que se trata de autoridades no elegidas y que no tienen ninguna instancia democrática que las controle.

El que la autoridad sea nacional salva el problema de la soberanía, pero probablemente en la práctica los Estados Nacionales no tengan el poder suficiente para controlar prácticas de las grandes empresas multinacionales. Ello se refuerza debido a que los compromisos que se pretenden adquirir en el capítulo de inversiones deja a los Estados Nacionales muy debilitados frente a los super-derechos que se conceden a los grandes inversionistas extranjeros. El concepto de expropiación indirecta y el mecanismo de controversias entre inversionistas y Estados deja a los Estados Nacionales con muy pocas posibilidades de enfrentar a estas grandes corporaciones internacionales.

El análisis más profundo de este punto sólo podrá hacerse a nivel nacional cuando se plante las facultades, funciones y grado de autonomía que tendrá esta autoridad.

b) Se establece un comité⁹ conformado

⁹ En cuanto al comité en el segundo borrador es más claro e inocuo.- Desaparecen lo que en el

por representantes de los países o entidades subregionales con funciones de tipo monitoreo, promoción de la cooperación, coordinación de la asistencia técnica, comunicación entre las partes, formular recomendaciones sobre la implementación [e interpretación] de este capítulo, difundir información no confidencial, y conducir y establecer un plan para la realización de exámenes conforme al mecanismo de “Examen de Políticas de Competencia” Hay un corchete muy importante que plantea [únicamente] las siguientes funciones.

Este comité funcionará por consenso y, a menos que decida lo contrario, sus informes serán públicos. El propio comité establecerá sus prácticas y procedimientos. Es problemático que se deje al comité decida si hace públicos sus informes. Todo informe debe ser público. En todo caso una ley sobre derecho a la información sería la que podría regular este punto.

c) Mecanismo de examen de Políticas de competencia¹⁰

Este examen periódico deberá incluir la

primero eran dos alternativas sobre sus funciones, en realidad combina las dos y desaparecen los corchetes que discutían si se trata de un comité de representantes o de expertos nombrados.

¹⁰ En cuanto al Mecanismo de Examen de Políticas de competencia el cambio significativo es que en el primer borrador era claro que el examen lo realizaba cada país (3.7.3) y ahora en el segundo se discute si lo hace cada país o expertos autorizados por la Comisión del ALCA (3.5.3). Por otro lado el 1er borrador incluye en este examen periódico las actividades de los monopolios y empresas del estado y ya en el 2º borrador ello no se dice expresamente. El 2º borrador incluye un corchete que hace explícito que los resultados de dicho examen no prejuzga sobre las controversias que puedan plantearse.

implementación de las disposiciones de este capítulo, las leyes, políticas y actividades de cumplimiento de la legislación. El resultado no es vinculante y no prejuzgan respecto a posibles controversias

Por los corchetes se ve que aún no hay total acuerdo entre si el examen lo hacen “las Partes”(país) o “cada Parte” (país). Esta discusión que parece semántica se aclara que tiene fondo en el párrafo 3.5.3 cuando se contraponen corchetes que afirman que el examen lo hace la Parte examinada o expertos autorizados por la comisión del ALCA.

Como puede verse el punto delicado es sobre quien hace dicho examen ya que incluye las leyes nacionales y las políticas públicas. Sería muy peligroso que lo hagan “expertos” designados por una instancia supranacional, pero al menos en el borrador queda claro que sus resultados no son vinculantes.

Aunque los resultados de dicha revisión no son vinculantes pueden constituirse en un órgano supranacional fiscalizador de las políticas de los Estados Nacionales. Además curiosamente revisa leyes, políticas y actuaciones del gobierno y empresas públicas, ¿y las empresas privadas no son sujetas a revisión?, ellas sólo se revisan por parte de instancias nacionales.

4. Mecanismos de cooperación y el Intercambio de información

La cooperación en general es un elemento positivo. Las estipulaciones sobre compartir información, asistencia legal mutua e investigaciones conjuntas en efecto podrían tener implicancias positivas. Sin la asistencia de agencias tales como la Comisión de Comercio Federal (FTC) de Estados Uni-

dos, podría ser difícil para las autoridades de competencia de otro país descubrir actividades anticompetitivas por grandes empresas estadounidenses o canadienses en otros países. Las grandes y poderosas multinacionales están desproporcionadamente ubicadas en Estados Unidos o Canadá.

Las obligaciones sustanciales en esta materia son las siguientes:

- Obligación de notificar cuando la aplicación de la legislación de competencia de un país pueda afectar intereses importantes de otro país, salvo que la notificación afecte intereses importantes de la Parte que aplica su legislación. Es decir, la obligación es muy relativa.
- Tener consideración de los intereses de los otros países al aplicar la legislación nacional. Ahora resulta que el Estado Nacional debe velar por no afectar a los otros países.
- Un país puede pedir a la Autoridad de otro la investigación de prácticas anticompetitivas en su territorio con efecto extraterritorial y que aplique medidas apropiadas al respecto.
- Intercambiar información y asistirse legalmente
- Investigaciones conjuntas sobre prácticas anticompetitivas. Este punto puede ser delicado. ¿Se trata de cooperar o de realizar investigaciones estrictamente conjuntas que impliquen que autoridades de otro país investiguen en el nuestro?

5. Consultas y solución de controversias¹¹

En este punto hay pocos acuerdos. Práctica-

¹¹ En este punto no hay grandes diferencias sustanciales entre ambos borradores. El segundo

mente el único acuerdo es que cada Parte (país) aceptará las consultas hechas por otra de las Partes sobre cualquier materia que derive de este capítulo.

Sobre el mecanismo de solución de controversias no hay acuerdo y el borrador plantea tres alternativas con diferencias sustanciales. Las tres plantean que sea el mecanismo general de Solución de Controversias del ALCA y las diferencias están en las materias sujetas a tal mecanismo.

La primera opción plantea que sea el mecanismo de solución de controversias general del ALCA, pero expresamente excluye el que dicho mecanismo se use para cuestionar decisiones administrativas o judiciales de un país en lo que se refiere a su legislación de competencia. En corchete se agrega la exclusión de las políticas de competencia. Es decir hay quien plantea que las políticas si sean sujetas a controversias supranacionales.

La segunda opción excluye todo menos lo relativo a los monopolios y empresas del Estado y se refiere no sólo al Mecanismo General de Solución de Controversias, sino al mecanismo de controversias inversionista-estado. Todo lo demás estará sujeto sólo a Consultas (artículo 5.1) o al Mecanismo de Examen de Políticas de Competencia que no es vinculante (artículo 3.5).

Hay que hacer notar que el mecanismo de controversias Inversionistas-Estado del TLCAN es quizá el que más ha sido cuestionado de dicho tratado. El ALCA no sólo no lo repiensa sino que lo extiende a otras materias.

borrador sigue sin acuerdos, incluso la alternativa B del primer borrador en el segundo se desdobra en dos redacciones distintas.

La tercera opción abarca sólo la temática de monopolios y empresas del Estado, pero refiere sólo al Mecanismo General de Solución de Controversias

El Punto es muy delicado. Se trata de un mecanismo supranacional sobre la actuación económica del Estado Nacional que se supone que es soberano. Es verdad que es un mecanismo muy acotado y en la discusión actual siempre se excluye las decisiones jurídicas o administrativas, pero todas las opciones incluyen controversias sobre la actuación de los monopolios y empresas del Estado y en la primera opción sólo en un corchete se excluye las políticas de competencia.

El TLCAN expresamente excluye sólo el artículo 1501 sobre la legislación en materia de competencia y no dice nada sobre si otros aspectos son sujetos a controversias con mecanismos supranacionales.

6. Asistencia Técnica

Colaboración para fortalecer la capacidad institucional de los países para la formulación de leyes y políticas que favorezcan la competencia.

No se habla, sin embargo, de fondos de los países más desarrollados destinados a los menos desarrollados para este fortalecimiento institucional.

7. Período o medidas de transición

Se plantea que se pactará un cronograma para la aplicación de las disposiciones de dicho capítulo teniendo en cuenta las diferencias de desarrollo, el tamaño de las economías y la situación de los países que no tengan leyes de competencia. En corchetes agrega un punto interesante: [la vulnerabilidad de las partes].

8. Confidencialidad

Demasiada insistencia en la confidencialidad. En general refiere a las leyes de cada país. Es por ello que el problema a discutir son los diversos grados de derecho a la información que hay en cada uno de nuestros países

9. Definiciones

Las definiciones relevantes no están en este apartado sino en el artículo correspondiente y ya las hemos comentado.

A modo de conclusión

Un problema crucial de todo el capítulo es que trata como si fueran iguales a las empresas privadas y a las públicas, no aceptando que pueden cumplir papeles sustancialmente distintos. En aras de promover la competencia como valor casi absoluto tiende a convertir el papel económico del Estado a ser un guardián que nada estorbe al mercado.

Otro problema fundamental es que habla de empresas y monopolios en general sin distinguir a las empresas de servicios. Hay servicios que expresan un derecho y por tanto el Estado debe tener la responsabilidad de garantizar que todos tengan acceso a ellos, tengan o no el dinero para conseguirlo en el mercado. Es el caso de la educación y la salud, pero también el agua potable que las Naciones Unidas acaban de declarar un derecho humano universal. Las empresas públicas que tienen como función dotar de estos servicios que expresan derechos, ¿tendrán que guiarse por criterios puramente comerciales? El estado actual del texto indicaría que sí, a menos que expresamente se excluyan como lo permitiría el artículo 1.3, pero estas exclusiones parecen aún no haberse negociado.

Es importante hacer notar que el ALCA en este capítulo se orienta fundamentalmente a limitar las posibilidades de actuación de los Estados en el campo de la economía. Tiene un apartado general sobre monopolio en el que se incluye tanto los públicos como los privados, pero en realidad se refiere primordialmente a monopolios públicos o designados (concesionados) por el Estado a particulares. Hay un apartado sobre Empresas del Estado, sin embargo, no hay un apartado especial para proscribir prácticas de grandes empresas privadas, que si bien, no son absolutos monopolios, si tienen un dominio casi total del mercado.

Ciertamente en el artículo 1 sobre la legislación en materia de competencia y particularmente en el punto 1.4 se proscriben prácticas propias de grandes empresas privadas; pero es notorio como la mayoría del capítulo parece tener especial dedicación a lo que debe hacer el Estado y las empresas no privadas: legislar, determinadas políticas, controlar a las empresas estatales para que sigan prácticas pro-competitivas y se guíen por criterios comerciales, controlar o reglamentar los monopolios concesionados; ¿Dónde están las obligaciones de las grandes empresas privadas (nacionales o extranjeras) que ciertamente tienen un enorme peso en nuestras economías?. Es por ello que afirmamos que este capítulo más que sobre políticas de competencia debería de llamarse sobre el papel del Estado. En realidad junto con otros capítulos, especialmente el de inversiones, define lo que el Estado puede y no puede hacer en materia económica. Junto con el capítulo de Compras del Sector Público pretende definir lo que puede ser una empresa pública de forma tal que en realidad pierden su sentido

esencial o histórico, las convierte en empresas de propiedad gubernamental pero que actúan igual que las privadas con criterios puramente mercantiles.

De aprobarse este capítulo y el ALCA en su conjunto, se limitan sobremanera las

posibilidades de los Estados Nacionales de definir y promover un proyecto nacional de desarrollo y las empresas públicas que se salven de la privatización quedarían desnaturalizadas al actuar con criterios puramente comerciales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abreu de, Dalmo (s/f) *ALCA y Comercio de Servicios*. Brasil. Alianza Social Continental Disponible sólo en Portugués en www.asc-hsa.org
- Arroyo, Alberto (1998) «Las privatizaciones y el sentido de la empresa pública» en Enrique de la Garza (coord.) *Las privatizaciones en México: consecuencias sociales y laborales*. México. Instituto de la Revolución Democrática.
- ALCA
- (borrador oficial noviembre 2002) ALCA Área de Libre Comercio de las Américas Segundo Borrador de Acuerdo. Disponible en Inglés y Español en www.ftaa-alca.org
 - (borrador oficial junio 2001) ALCA Área de Libre Comercio de las Américas Primer Borrador de Acuerdo
- Colectivo (2002) *Alternativas para las Américas* Brasil. Alianza Social Continental Disponible en Inglés y Español en www.asc-hsa.org
- Hansen, Karen (Coordinadora) (2003) *El ALCA al desnudo: Críticas al texto Borrador del Área de Libre Comercio de las Américas de noviembre de 2002*. Brasil Alianza Social Continental Disponible en Inglés y Español en www.asc-hsa.org
- Oxfam Internacional
- (2002). *Cambiar las reglas. Comercio con Justicia*. Oxfam Internacional.
 - (2003) *Comercio con Justicia en las Américas*. Oxfam Internacional Enero 2003. Disponible en Inglés, Español y Portugués en www.asc-hsa.org