

ERNESTO GASTÓN DE MARSILIO*

LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES EN EL ALCA

UN ANÁLISIS DEL TERCER BORRADOR ALCA
EN MATERIA DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES**

INTRODUCCIÓN

Las relaciones económicas interamericanas no registran grandes logros en la historia reciente. Desde la fallida Alianza para el Progreso hasta hace algunos años, las diversas iniciativas interamericanas han fracasado debido a la más amplia gama de problemas coyunturales o sistémicos. Sin embargo, desde los noventa, ante el nuevo auge de los acuerdos “regionales”, dicha situación se comienza a revertir.

Estados Unidos, transformado en “hegemón global”, comenzó a utilizar distintas herramientas en pos de sus objetivos de política comercial y económica. Así optó por diversas variantes de lateralidad

* Abogado. Maestrando en Relaciones Internacionales. Investigador del Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

** La investigación de base del presente trabajo se pudo realizar gracias a la Beca de Maestría otorgada por la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Córdoba (SeCyT-UNC), Argentina. Agradezco las sugerencias de Germán Sánchez Daza, y los comentarios al borrador de María Alejandra Flores D'Alessandro.

comercial¹, que incluyeron opciones multilaterales (en el seno del sistema GATT/OMC), minilaterales (como lo son el TLCAN y el megaproyecto de Área de Libre Comercio de las Américas, en adelante ALCA), y bilaterales. El proyecto ALCA, puntualmente, consiste en la expansión continental de la apertura de mercados a favor de las grandes empresas norteamericanas en lo que ellos entienden como su “patio trasero” y que, en la actualidad, ha sido conquistado por empresas extra-regionales.

En lo económico, EE.UU. abrió la puerta a la difusión de la idea del inapelable e irreversible triunfo del “modelo americano”. Bajo la influencia de tal idea se creyó que existía una única manera de pensar y actuar en la política, que impactó en la forma de generar políticas² y en sus contenidos. El modelo se impuso como un nuevo patrón de crecimiento económico con implicancias benéficas supuestamente “directas” sobre el desarrollo, ello sin contemplar las peculiaridades sociohistóricas de cada país, nación o cultura.

El gobierno norteamericano, por distintos medios, impulsó esta idea, que cobró forma y enunciado de receta bajo el paraguas de un “consenso” sobre las políticas que eran “óptimas” para evitar una nueva “década perdida”, como la del ochenta: el “Consenso de Washington” fue el credo bajo el cual los gobiernos de todo el mundo, pero principalmente de los países en vías de desarrollo, impulsaron reformas económicas que en términos generales potenciaron economías orientadas al mercado, con la consiguiente retirada del Estado.

En este contexto, y como un imprevisible cóctel, se sucedían y cohabitaban las fuerzas de la globalización, las reformas económicas, el crecimiento mayor de los flujos comerciales externos en relación a la producción de los países, el auge del libre comercio, y la concreción de acuerdos interestatales con miras a la mayor integración e interdependencia de los países.

Los países de Latinoamérica comenzaron así procesos de cambios en sus políticas, y trocaron el modelo de sustitución de importaciones por un arquetipo que privilegiaba el sector externo, la inversión extranjera y, en algún sentido, la desnacionalización de sus economías.

1 Para una caracterización teórica del lateralismo en materia de política comercial puede verse Yarbrough, Beth V. y Yarbrough, Robert M. (1994: *passim*).

2 Al referir a políticas, estamos utilizando el término en la acepción del vocablo inglés *policy*.

Como respuesta a estos “inexorables” cambios, pero a su vez como caminos complementarios a los mismos, se fueron dando consecutivamente una serie de nuevos acuerdos de integración como el MERCOSUR, el renacimiento de algunos casi desactivados como la Comunidad Andina de Naciones (en adelante CAN), y la adecuación teórica al regionalismo abierto³.

Al mismo tiempo, George Bush (padre) lanzaba la “Iniciativa para las Américas”, verdadero manifiesto de política de expansión norteamericana, buscando concretar el viejo sueño de Monroe: “América para los (Norte)americanos”. De allí en más las negociaciones de esta área de libre comercio continental fueron *in crescendo* en pos de la concreción del ALCA: una especie de invasión económica norteamericana.

Los servicios y las telecomunicaciones tuvieron un marcado crecimiento, estrechando sus vínculos con base en la primera revolución de la microelectrónica y en la unión de las tecnologías de información y comunicación, que revolucionan en poco menos de dos décadas las relaciones económicas internacionales⁴. Los servicios y las telecomunicaciones fueron estandarte de los procesos de cambio, constituyendo los sectores que más proyecciones tienen sobre la economía global. Ello es así debido a que pueden facilitar mercados financieros globales, potenciar relaciones comerciales electrónicas, y vincular a las comunidades de negocios en tiempo real durante 24 horas, potenciando los efectos defectivos⁵ de la globalización, aunque también potenciando aquellos frutos efectivos del proceso global, en términos de permitir abrir vínculos que posibilitan canales de participación, discusión y oposición a la globalización inevitable.

En el contexto de los noventa, las diversas negociaciones en materia de comercio de servicios, sumadas a las nuevas condiciones en el escenario nacional/internacional, marcaron nuevas realidades en la economía y el comercio mundial. Ello hizo que los procesos domésticos de apertura, privatización, desregulación y liberalización internacional de los servicios en general, y particularmente de las

3 Nos referimos al regionalismo abierto latinoamericano de base cepalina. Para una caracterización véase CEPAL (1991: *passim*).

4 Para un análisis integral de la revolución de las TICs puede verse entre otros a Bastos (1986).

5 Para la caracterización de globalización efectiva y defectiva véase Tokatlian (1999-2000: 58).

telecomunicaciones, se produjeran de manera paralela. De esta forma, la concreción del apartado de Servicios del TLCAN y del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS)⁶ en el seno de la OMC, y sus negociaciones prorrogadas de telecomunicaciones básicas, así como capítulos o anexos de servicios y/o telecomunicaciones en otros acuerdos, como en el MERCOSUR, marcan la relevancia de ambos y la necesidad de las grandes empresas de contar con instrumentos que consoliden internacionalmente los procesos de reforma doméstica del sector.

Hoy dichas políticas comerciales de consolidación y profundización de los cambios domésticos asumen un nuevo intento de expansión con el proyecto ALCA, que enfrenta distintos enfoques para liberalizar continentalmente los servicios y las telecomunicaciones, si bien aún sin poder imputar posiciones o propuestas a países o grupos de países, al tener las presentaciones carácter secreto. Los enfoques enfrentados son: el impulsado en el GATS/OMC, que marca el rumbo de liberalización más común para todos los países de la región, y que implica la mejor opción posible para los países latinoamericanos al ser menos incisivo en los niveles de apertura; por otra parte, la versión de los países del Norte, capitaneados por EE.UU. a partir de su modelo regulatorio ya aplicado al TLCAN, que indiscriminadamente abre los mercados a sus grandes compañías.

Iniciaremos nuestro camino identificando las principales directrices regulatorias para el comercio internacional de servicios y las telecomunicaciones en particular. En primer lugar analizaremos sintéticamente el acuerdo GATS/OMC en relación a sus principales disciplinas, al anexo y al protocolo adicional en materia de telecomunicaciones de valor agregado y básicas, respectivamente. A continuación marcaremos esquemáticamente las principales características del TLCAN, enfoque seguido actualmente por la mayoría de los acuerdos posteriores de la región. Más adelante avanzamos en un detallado análisis jurídico-económico del borrador del capítulo de servicios del ALCA, para luego recorrer específicamente el “Texto”⁷ sobre Servicios de Telecomunicación, tratando de identificar, cuando sea posible, a quién o quiénes pertenecerían las propuestas en discusión.

6 Utilizamos la sigla en inglés al ser la más utilizada en la bibliografía sobre el tema.

7 Cuando mencionemos “Texto” con mayúscula y entre comillas, nos referimos al anexo relativo a un subsector o una modalidad de prestación de servicios, entre ellos y principalmente el de telecomunicaciones, incluido en el tercer borrador del ALCA.

Por último, en la conclusión presentamos una serie de reflexiones finales respecto de cómo probablemente seguirán las negociaciones ante la actual coyuntura, estructura y contenido del Capítulo del Acuerdo.

LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES EN LOS ACUERDOS DE COMERCIO INTERNACIONAL

Los noventa dieron lugar al auge de las negociaciones comerciales en todos los niveles, con “nuevos temas” y una pluralidad lateral de compromisos por país que inclusive llegaban a ser contradictorios entre sí. De tales negociaciones surgieron diversos acuerdos, que mediante compromisos de liberalización –obligaciones en términos de derecho internacional– reconfiguraron el orden comercial internacional.

A nivel multilateral, la conclusión de la Ronda Uruguay, con la instauración de la OMC, fue el hecho descollante. Uno de los resultados más importantes fue la regulación de operaciones internacionales de servicios. El GATS fue el marco para comenzar un proceso de liberalización internacional basado en la aplicación de los principios rectores del comercio internacional, con las peculiaridades del sector⁸. El GATS se caracteriza por presentar un enfoque de liberalización denominado Listas Positivas o *Bottom-Up*, que es más flexible. Este esquema produce un efecto liberalizador moderado: los países pueden abrir aquellos sectores que están en mejores condiciones de competir, o que al menos ya han asumido una apertura por la vía unilateral.

En el ámbito hemisférico, la conclusión del TLCAN marcó otra de las vertientes de liberalización internacional para los servicios al aplicar a rajatabla todos los principios del comercio internacional sin excepciones, incluyendo *ipso facto* en el proceso liberalizador a todos los sectores de servicios. El enfoque aplicado fue conocido como Listas Negativas o *Top-Down*, produciendo un efecto de liberalización acelerada, ya que libera todo aquello que no se excluye explícitamente, abriendo a la competencia de las grandes empresas transnacionales todos los sectores de servicios. El modelo del TLCAN ha sido utilizado por la mayoría de los nuevos acuerdos subregionales y bilatera-

⁸ Aquí referimos al hecho de que el comercio de servicios no tiene medidas restrictivas a la entrada en frontera, no hay aranceles. El instrumento restrictivo en este tipo de operaciones es la “regulación”, que mediante leyes, licencias, permisos, convalidación de títulos o certificación de aptitudes y otras medidas de igual naturaleza, restringe la libre circulación de factores para la producción o consumo de servicios.

les en la materia, con las excepciones del MERCOSUR, y, parcialmente, de la Comunidad Andina de Naciones. A continuación resumiremos sintéticamente las principales características de estos acuerdos.

EL COMERCIO DE SERVICIOS EN EL GATS Y LOS ACUERDOS EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES EN LA OMC

EL GATS: LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL COMERCIO DE SERVICIOS A NIVEL MULTILATERAL

Los servicios y las telecomunicaciones entraron a la agenda comercial por primera vez a comienzos de los ochenta. Fue EE.UU. quien solicitó, como parte contratante del GATT, la inclusión de este sector dentro de las disciplinas del comercio multilateral. Sólo al inicio de la “Ronda Uruguay”, en 1986, logró que se incluyera formalmente dentro de las discusiones del GATT: así, como uno de los nuevos acuerdos comerciales incluidos en el Acta Final de la Ronda, se aprobó el régimen⁹ GATS.

El GATS constituye el establecimiento de un régimen multilateral que regula el comercio y/o transacciones internacionales de servicios. A tal fin define a los servicios a través de cuatro modos característicos de prestación internacional de servicios: comercio transfronterizo, o modo 1, generalmente relacionado a algún bien en el que está incorporado (vg.: software, informe de consultoría); movimiento del consumidor de servicios, o modo 2 (vg.: turismo, servicios de salud en algunos casos); presencia comercial, o modo 3, esto es, inversión en relación a transacciones de servicios (vg.: telecomunicaciones, servicios financieros); y movimiento de personas físicas proveedoras de servicios, o modo 4, en relación con el productor de servicios (vg.: servicios profesionales prestados en un país distinto al de la residencia habitual del prestador).

La definición de carácter estipulativo y operativo puede simplificarse caracterizando al comercio de servicios en primer término por actividades transfronterizas de servicios, lo cual lo configuraría dentro de la idea clásica del comercio internacional –con las peculiaridades del sector– y en una segunda instancia por la presencia comercial, caracterizada como aquella prestación de servicios en la que un productor de un país, para poder ejercer la actividad respecti-

⁹ Por regímenes entendemos “principios, normas, directrices y procesos de toma de decisiones políticas en las que convergen las expectativas en un área dada de las relaciones internacionales” (Krasner, 1982: 186).

va, deberá establecerse en forma permanente en un país distinto de su origen. Cabe afirmar que es el acuerdo de servicios más ambicioso, al incluir de manera avanzada regulaciones comunes para el comercio y la inversión.

El acuerdo puede sintetizarse en base a dos elementos: las disposiciones normativas GATS, y las listas nacionales de compromisos de obligaciones específicas de liberalización.

LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS GATS

Estas contienen, por un lado, normas con obligaciones generales (Cláusula de Nación Más Favorecida-NMF; principio de Transparencia). La primera y más general obligación es la contenida en la cláusula de la “Nación Más Favorecida” (Art. II), entendida de modo tal que “toda medida que sea concedida a una parte será *automática e incondicionalmente* otorgada con un trato no menos favorable a toda otra parte”. La NMF es la obligación base de todo régimen de comercio internacional, al tratar de impedir la discriminación para terceros países. Tiene la ventaja, al estar multilateralizada en el seno de la institución, de extender automáticamente los beneficios otorgados por un país a todos los demás. Por esta razón es la más importante de las obligaciones y, como sostiene Prieto, “una de las más complejas de conciliar con las realidades” (Prieto, 1994: 302). La obligación, al ser la más inclusiva, tiene un carácter amplísimo; no obstante, puede ser eximida si existen listas expresas de manera conjunta con las listas nacionales de concesiones.

Por su parte, las excepciones están en relación a diversos supuestos. A los fines de ser sintéticos sistematizaremos las más relevantes.

- Integración Económica: configura un caso de especial atención para nuestro estudio¹⁰. Los procesos de integración deben reunir como requisito, para ser encuadrados como excepción, el hecho de tener una cobertura sectorial sustancial y establecer en lo esencial la ausencia y/o eliminación de toda medida que sea discriminatoria. Cabe mencionar que el segundo de los artículos refiere a casos de integración de mercados de trabajo,

¹⁰ Ello es así porque sobre esta excepción se constituyen los acuerdos preferenciales regionales o de otro tipo. Como ejemplo mencionamos ex ante el TLCAN, y ex post, en el MERCOSUR, el protocolo de Montevideo sobre comercio de servicios. El capítulo LACA de servicios deberá incluirse en esta categoría.

siendo en él una forma de regulación de un modo particular de suministro (presencia de personas físicas).

- Excepciones Generales o Waivers¹¹: incluyen las clásicas medidas relativas a limitaciones en razón de moral y orden público, vida y salud de las personas, aquellas relativas al cumplimiento de leyes y reglamentos que no sean incompatibles con el acuerdo, siendo de un carácter tan general que todas las especificaciones quedan en ellas incluidas.

- Otras Excepciones: salvaguardas urgentes, restricciones para proteger la balanza de pagos, y/o excepciones relativas a la seguridad.

La segunda obligación de carácter general es la de transparencia, que posibilita a los demás países conocer “todas” las medidas que afecten a las obligaciones asumidas en el acuerdo, y obliga a la pronta publicidad de dichas medidas, salvo caso de emergencia. Asimismo, todas estas medidas deben ser notificadas al órgano institucional responsable de administrar el acuerdo. En principio tal amplitud y celeridad no son tan absolutas, al permitir como una excepción los casos de confidencialidad de la información.

Cabe hacer mención de otras obligaciones generales: participación creciente de los países en desarrollo (crea las obligaciones de facilitar el desarrollo de exportaciones por parte de los países desarrollados, y de conocer y mejorar su sector de servicios); reglamentación nacional (obliga a adecuar la regulaciones internas de los Estados partes a las disposiciones del acuerdo); exclusiones (caracterizadas por cierto tipo de relaciones de diverso carácter; así, hay previsiones respecto de monopolios y proveedores exclusivos de servicios, prácticas comerciales, contratación pública, y subvenciones); liberalización progresiva (establece el mecanismo para proceder a incrementar los compromisos de liberalización).

Normas con obligaciones específicas son las que se aplican a aquellos países que han presentado listas de concesiones en relación a los sectores listados en ellas. Configuran el núcleo del proceso de liberalización, y están contenidas en las obligaciones o compromisos asumidos por cada Estado. Son las siguientes:

11 Un *wavier* es una excepción dada en forma particular a cada Estado, que tiene como característica la de tener que ser aprobada en el órgano respectivo –en este caso el Consejo de Comercio de Servicios– y revisada periódicamente.

- Acceso a los mercados: caracterizado como la posibilidad de que los servicios prestados por extranjeros penetren en el territorio del Estado concedente libremente, o limitándolos con ciertas previsiones. A título ilustrativo, las previsiones pueden ser: número de proveedores, valor de activos y/o transacciones, y/o número total de operaciones o cuantía de producción, entre las más importantes. En todo lo no limitado, los Estados parte están obligados a otorgar un libre acceso tal como esté consignado en las listas de compromisos.
- Trato nacional: caracterizado por la obligación de dar a los proveedores extranjeros un trato no menos favorable que el dado a los nacionales, con la salvedad de poder limitar este trato de acuerdo a las listas de compromisos asumidos en los respectivos sectores liberalizados.
- Compromisos adicionales: reconoce que las partes contratantes podrán negociar este tipo de compromisos, sin aclarar qué son. Existen pocos compromisos adicionales: entre ellos, el más importante es el incluido en las listas del Cuarto Protocolo al GATS sobre telecomunicaciones básicas, conocido como “*Reference Paper*”¹².

Los anexos forman parte del Acuerdo General a tenor de lo dispuesto en el Art. XXIX. Constituyen ampliaciones en determinado tipo de sectores o de disposiciones específicas a los efectos de continuar las negociaciones y regular de manera concreta algunas obligaciones. A los fines de nuestro análisis cabe destacar: Exenciones a las Obligaciones del Artículo II (NMF), Telecomunicaciones, Negociaciones sobre Telecomunicaciones Básicas.

LISTAS NACIONALES DE COMPROMISOS DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DE LIBERALIZACIÓN

Son el núcleo central del proceso de liberalización internacional, y constituyen las obligaciones jurídico-internacionales concretas de apertura de mercados por las que están obligados los Estados. Corresponden a los compromisos de liberalizar, ya sea de manera horizontal (general) o sectorial, los servicios de cada país, siempre en

¹² En realidad el “*Reference Paper*” de anexo al cuarto protocolo anexo al GATS sobre telecomunicaciones básicas es el único compromiso adicional de aplicación común para un importante grupo de países.

referencia a las limitaciones a las obligaciones de acceso a los mercados, trato nacional, y compromisos adicionales.

Estas listas se configuran conforme a un lenguaje común que responde de la siguiente manera. En cada renglón de la lista de concesiones se opta por colocar inicialmente alguna de las siguientes expresiones: ninguna (hay compromiso pleno de liberalización sin restricción alguna); limitado por... (en este caso puede optarse por diversas fórmulas que implican mantener el actual nivel de apertura, o ceder algún grado o margen de maniobra conforme el status quo imperante en el área); sin consolidar (aquí el Estado tiene la posibilidad de aplicar o mantener medidas restrictivas de cualquiera de las obligaciones).

Por último cabría referirse a las disposiciones institucionales, para lo cual debemos considerar los artículos XXII y XXIII relacionados a consultas y solución de diferencias: si bien son exiguas, estas disposiciones son relevantes. Asimismo, el Art. XXIV instituye al Consejo de Comercio de Servicios como el encargado de administrar al régimen creado por este Acuerdo. Todas estas disposiciones deben complementarse con las asumidas en las obligaciones de tipo concurrente con las de otros acuerdos incluidos en el Acta Final de la Ronda Uruguay, ya que al haber sido estipulado éste como un acuerdo único (*Single Undertaking*), algunas de las mismas deben ser evaluadas en el marco global de la OMC.

LAS TELECOMUNICACIONES EN EL MARCO DEL RÉGIMEN GATS/OMC

El GATS incluyó a las telecomunicaciones como un subsector, incorporando peculiaridades regulatorias. Recordemos que el principal instrumento de limitación al comercio de servicio es precisamente la regulación. Al finalizar la Ronda Uruguay, varios países, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo sustancial sobre compromisos de liberalización de tipo regulatorio sobre el subsector de las telecomunicaciones básicas¹³, considerado “sensible”, decidieron que dichas negociaciones quedarían inconclusas. Asimismo, acordaron

13 Son telecomunicaciones básicas, por ejemplo, los servicios que consisten en la simple transmisión de señales vocales o de datos del emisor al receptor. Están incluidos en los sub-subsectores (a) a (g), comprendiendo a los servicios de teléfono, de transmisión de datos con conmutación de paquetes o con conmutación de circuitos, *télex*, telégrafo, *facsimil*, y de circuitos privados arrendados, además de algunos servicios móviles incluidos en otros que proporcionan la transmisión en tiempo real de información facilitada por el cliente.

dar por finalizadas las negociaciones para los servicios de valor agregado¹⁴ (OMC, 1998: 3).

Las negociaciones “*unfinished*” sobre telecomunicaciones básicas continuaron al amparo del anexo y de la decisión ministerial aprobada en el Acta Final de la Ronda Uruguay. En ellos se acordó postergar la aplicabilidad del acuerdo GATS para los subsectores de telecomunicaciones básicas hasta la finalización de esta ronda *plus* de negociaciones, que, con fechas que se fueron prorrogando sucesivamente, concluyó el 15 de febrero de 1997 y entró en vigor casi un año más tarde.

Como resultado de estas negociaciones se incorporó al GATS el Cuarto Protocolo anexo al GATS o Acuerdo de Telecomunicaciones Básicas (ATB). La importancia de este acuerdo radica en incluir la primera obligación específica y exigible *vis a vis* en materia regulatoria, al adoptar el “Documento de Referencia” para las telecomunicaciones básicas como compromiso adicional a incluir en las Listas. Sin embargo, a la finalización de la Ronda Uruguay ya se había concretado otro instrumento con elementos de política regulatoria: el Anexo de Telecomunicaciones se constituye, como señala Tuthill, en el reconocimiento de un estándar regulatorio mínimo de “derechos de los usuarios” (Tuthill, 1996 y 1997: 793).

El Anexo tiene como principal objetivo y alcance asegurar estándares mínimos sobre “transparencia” y “acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y utilización de los mismos”. En consecuencia, regula fundamentalmente la posibilidad de acceso a diversas redes desde cualquier punto o enlace de la red de telecomunicaciones de manera que entre los operadores no puedan discriminar al usuario, lo que paradójicamente es aplicable principalmente a servicios públicos de telecomunicaciones básicas, temporalmente limitados en su entrada en vigor hasta la finalización de las negociaciones ampliadas. El Anexo comienza con el reconocimiento de que las telecomunicaciones tienen características específicas, en particular la “doble función como sector independiente de

14 Son servicios de valor agregado aquellos respecto de los cuales los proveedores añaden alguna cualidad o servicio a la información proporcionada por el cliente. Están listados en los subsectores (h) a (n) y los incluidos en “otros”, no suministrados en tiempo real o que transforman la forma y el contenido de la información del cliente según sus modalidades específicas. Son los servicios de: correo electrónico, correo vocal, extracción de información en línea y de bases de datos, de intercambio electrónico de datos (ied), de *facsimil* ampliados/de valor añadido, conversión de códigos y protocolos, procesamiento de datos y/o información en línea.

actividad económica y medio fundamental de transporte de otras actividades económicas”. Por su alcance, excluye las medidas que afectan a la distribución por cable o radiodifusión de programas de radio o de televisión, al estar estos incluidos en el subsector de servicios audiovisuales. A su vez refuerza la obligación de transparencia (Art. 3/GATS), especificando que en telecomunicaciones se asegurará “la información pertinente sobre las condiciones que afecten al acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y a la utilización de los mismos”. En su parte más importante, referida al acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y la utilización de los mismos, establece que cada miembro debe asegurar que se conceda a todo proveedor de servicios que trate de beneficiarse de los compromisos consignados en las listas, sobre una base razonable y no discriminatoria, el acceso y la utilización de tales redes y servicios de transporte de telecomunicaciones. Los miembros contraen esas obligaciones independientemente de que hayan o no liberalizado el sector de telecomunicaciones básicas o consignado compromisos respecto de ese sector en sus listas. Por ello es que el Anexo trata del acceso a esos servicios por parte de los usuarios y no de la posibilidad de acceder a los mercados para vender esos servicios, lo que se establece en las listas de compromisos. Para concluir incluye dos apartados sobre cooperación técnica y relaciones con otras organizaciones internacionales, reconociendo la posibilidad de acordar políticas y medidas conjuntas con diversas organizaciones técnicas y económicas, entre ellas la UIT, el PNUD y el BIRF.

Una breve conclusión sobre el Anexo al GATS nos muestra que este establece un delicado equilibrio entre la necesidad de los usuarios de disponer de condiciones de acceso equitativas y la necesidad de los órganos de reglamentación, por un lado; y, por otro, la necesidad de los operadores públicos de telecomunicaciones de mantener un sistema que funcione y que responda a los objetivos de prestar el servicio con eficacia y eficiencia.

En telecomunicaciones básicas quedaban pendientes las negociaciones, que fueron muy arduas. Las mismas se desarrollarían básicamente sobre tres ejes: serían voluntarias, tendrían un alcance general más allá del resultado concreto de liberalización, y estarían limitadas temporalmente, situación que en la práctica se fue morigerando a los fines de lograr un acuerdo más amplio y comprensivo. Como resultado de las mismas, luego de tres años de negociación, 69 gobiernos, que representan más del 95% del mercado mundial de telecomu-

nicaciones, decidieron anexas compromisos de liberalización para las telecomunicaciones básicas al GATS (OMC, 1998: 3). Sin embargo, el mayor resultado fue la incorporación como compromiso adicional del “Documento de Referencia”, manifiesto de política regulatoria para los mercados de telecomunicaciones.

El *Reference Paper* es un documento al que inicialmente caracterizamos como un conjunto de derechos para las empresas, en cuanto establece una serie de lineamientos de política regulatoria en pos de mercados nacionales abiertos y fuertemente competitivos, estableciendo pautas para que en los mercados se aminoren o eliminen las medidas predatorias del mercado que los operadores monopólicos o dominantes pudieran instrumentar como prácticas anticompetitivas.

Política de competencia: sostiene el principio en base a la prevención de prácticas anticompetitivas. Así se mantendrán medidas con el fin de impedir que se empleen o sigan empleando prácticas anticompetitivas por parte de proveedores que, individual o conjuntamente, sean un proveedor dominante. Si bien nada dice al respecto, de no existir tales medidas, deberán establecerse. Es importante destacar que al establecer salvaguardas en la materia sólo ejemplifica, y de manera laxa, algunas de las modalidades de prácticas anticompetitivas. Entre ellas destaca: los subsidios cruzados, la utilización de información obtenida de competidores con fines contrarios a la competencia, y no brindar oportunamente la información técnica sobre las facilidades esenciales y/o información comercialmente pertinente a la competencia.

Régimen de licencias: es uno de los núcleos centrales del proceso de apertura. Al respecto se asume que las licencias debieran no ser obligatorias a los fines de facilitar una mayor competitividad del sector. Por ello es que los miembros, si tuvieran normas sobre licencias obligatorias, deberán adaptar su reglamentación y las prácticas de concesión de licencias a las normas comerciales GATS/OMC. Principalmente dispone en el apartado 4 la necesidad de publicidad de los criterios de concesión de licencias. Para ello establece que cuando se exija una licencia se informará al público sobre los criterios de concesión de licencias y los plazos normalmente requeridos para tomar una decisión relativa en el caso de que se presente una solicitud de licencia, y las condiciones de las licencias de cada operador. Por su parte, y a solicitud del interesado, serán comunicadas las razones de la denegación de dicha licencia. Más adelante, en el punto 6, refuerza la idea al referirse a la asignación y utilización de recursos escasos,

como las frecuencias, los números y los derechos de paso, planteando llevar adelante la práctica de otorgamiento de licencia para los mismos de manera objetiva, oportuna, transparente y no discriminatoria. Asimismo, pondrá a disposición del público el estado actual de las bandas de frecuencia asignadas, pero no es preciso identificar detalladamente las frecuencias asignadas a usos oficiales específicos.

Interconexión: el ATB es el primer acuerdo comercial multilateral en cual se incluyeron normas vinculantes de interconexión. Sus principios centrales son la no discriminación, transparencia y disponibilidad de interconexión en condiciones razonables, lo que incluye una mínima regulación sobre tarifas basadas en costos y acceso desagregado a las redes de “proveedores dominantes”. La interconexión con “proveedores dominantes” debe asegurarse en cualquier punto técnicamente viable de la red, de forma oportuna, en condiciones no discriminatorias y transparentes (incluyendo tarifas y calidad), de forma suficientemente desagregada para evitar que las tarifas tengan componentes innecesarios, y no sólo en los puntos de terminación, si el solicitante paga los gastos correspondientes. Además establece normas específicas de transparencia, la primera relativa a la obligación de publicación de los procedimientos para interconectarse, y en segundo término igual obligación para los acuerdos o modelos de oferta de interconexión con proveedores importantes. Por último establece la obligación de implementar un procedimiento de solución de controversias, que debe permitir a un proveedor en cualquier momento solicitar la aclaración de algún punto no resuelto en la reglamentación, y debe resolverse en un plazo razonable.

Servicio universal: refiere centralmente a cuestiones de universalidad¹⁵ y subsidiariamente de subvenciones. Como principio rector establece la libertad para definir el tipo de obligación de servicio universal que desee mantener cada miembro. Por otra parte no considerará que las obligaciones de esa naturaleza sean anticompetitivas *per se*, a condición de que sean administradas de manera transparente y no discriminatoria y con neutralidad en la competencia y no sean más

15 Por universalidad entendemos el género de una serie de medidas de política pública de servicios, que pueden ir desde la obligación de “servicio universal *per se*” que implica la posibilidad de exigir la disponibilidad “universal” de conexiones desde cada uno de los hogares a las redes públicas de telecomunicaciones, hasta la otra obligación típica que es el “acceso universal”, entendiéndolo por tal la disponibilidad de toda persona de acceder por medios razonables a un teléfono público. Para ampliar puede verse Intven y Tétrault (2000: Mód. 6).

gravosas de lo necesario para el tipo de servicio universal definido. Esto implica que la existencia de subsidios directos en principio no estaría limitada por estas disposiciones.

Finalmente refiere a la *independencia del regulador*: aquí se le asigna una importancia vital a la eliminación de la “captura institucional de Estado” por parte de uno o alguno de los operadores de servicios, como así también se establece que sus decisiones deben ser imparciales respecto de “todos” los participantes en el mercado. Es importante destacar que nada dice acerca de la independencia del regulador del poder político, si bien en la alusión a la imparcialidad de las decisiones se encontraría incluida una referencia: al decir de “todos”, nada en concreto puede decir, ya que al definir los usuarios sólo refiere a proveedores y consumidores.

Para finalizar, podemos afirmar que el Documento de Referencia no impone a los gobiernos una política regulatoria que deje liberadas a las fuerzas del mercado, particularmente a las grandes transnacionales, mediante la estructura de los sistemas e interoperabilidad entre ellas. El ATB reafirma que es el Estado con sus políticas, no las empresas, quien en el marco de la regulación genera las condiciones mínimas e indispensables para un mercado competitivo, eficiente y eficaz. En este sentido, si bien comprendemos que Tuthill (1997) refiera a este instrumento como el contenedor de “derechos de los proveedores”, pensamos que el mismo en realidad contiene una serie de “derechos y deberes del Estado” principalmente en relación a la sociedad, ya que obliga a los Estados a disponer una serie de estructuras regulatorias mínimas para un mercado de telecomunicaciones en beneficio de todos. Sólo después de estos es que podemos ver una serie de derechos en relación a nuevos operadores que deseen entrar, y que podrán encontrar claves para la seguridad de entrar en tal mercado sin presiones o con posibilidad de verse limitados por políticas empresariales tendientes a mantener sus posiciones, dominantes o no, en el mercado.

EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE: PRINCIPALES RASGOS DEL COMERCIO DE SERVICIOS Y DE LAS TELECOMUNICACIONES

El TLCAN es uno de los nuevos acuerdos de comienzos de los noventa. Se lo suele considerar una ampliación del TLC entre Canadá y EE.UU. (CUSFTA). En materia de servicios se aparta notablemente del mismo y revoluciona la forma de apertura que se venía negocian-

do hasta el momento. La diferencia reside en el cambio radical de enfoque de liberalización utilizado, ya que se aparta del modelo de listas positivas utilizado en el CUSFTA.

El TLCAN, al utilizar el enfoque de listas negativas o *Top-down*, abre de manera integral el mercado, ampliando y profundizando el tratamiento de las disciplinas. Así, el tratamiento otorgado a los servicios, junto con otros “nuevos temas” del comercio, implicó una fuerte apuesta al integrar de manera acelerada a una economía en vías de desarrollo, como la de México, a dos de los países con mayor desarrollo económico del mundo. El acuerdo sirvió y sirve actualmente de base para la mayoría de los nuevos acuerdos de comercio, sea subregional o bilateral, en todos los casos principalmente promovidos por EE.UU.

A los fines de este trabajo apuntaremos sólo algunos elementos del modo de regular el comercio de servicios sobre la base de una serie de puntos clave:

- se basa en los principios de Trato Nacional y NMF, como obligaciones amplias, dando a ambos principios sus características típicas. Cabe aclarar que ambos tratos son incompatibles entre sí, ya que nivelan hacia arriba otorgando el mejor de los tratos brindado;
- implementa un amplio conjunto de medidas sobre inversión que incluye a bienes y a servicios. De esta forma se aparta de la definición según modos de prestación cuatripartita, y regula el comercio *per se* de manera independiente de la inversión;
- presenta reglas más liberales sobre comercio “transfronterizo” en servicios, ya que al tener un capítulo específico con obligaciones generales sobre estas modalidades puede ampliar y profundizar sus disciplinas;
- elimina la exigencia de “presencia local” o residencia para la prestación de servicios;
- incorpora reglas –capítulo– para sectores específicos, entre ellos “telecomunicaciones”;
- añade disciplinas sobre servicios en el capítulo de compras del sector público;
- reconoce el nexo entre barreras no arancelarias en bienes y la liberalización en servicios;

- imposibilita la aplicación de medidas de no-conformidad o “cláusula del abuelo” (*grandfathering*), al aplicar de manera rígida el enfoque *top-down*.

La liberalización, al estar basada en listas negativas, se realiza *ipso facto* plenamente. Sin embargo, es posible limitar esa apertura íntegra del sector. Para ello las listas de excepciones deben contener la identificación de sector, subsector, clasificación industrial, tipo de reserva, nivel de gobierno, medidas (identificación del fundamento normativo), descripción (detalle de la medida) y calendario de reducción.

Es importante tener en cuenta que, puntualmente en materia de telecomunicaciones, el capítulo del TLCAN amplía las normas del CUSFTA y mejora los términos del anexo de telecomunicaciones del GATS.

El capítulo de telecomunicaciones es de aplicación exclusiva para aquellas de valor agregado. Sostiene un carácter dual al regular: en primer lugar dispone la utilización del acceso a redes y servicios públicos de telecomunicación bajo términos o condiciones razonables y no discriminatorios, y en segunda instancia establece que las condiciones para la prestación de servicios mejorados o de valor agregado sean lo más transparentes y lo menos discriminatorias posible.

Este capítulo incorpora un artículo relativo a “monopolios” que, si bien no de manera expresa, refiere tangencialmente a monopolios públicos. En él establece que cuando un Estado mantenga un monopolio, ya se directa o indirectamente, en la prestación de servicios de valor agregado u otras áreas relacionadas con las telecomunicaciones, la parte se asegurará de que el monopolio no utilice su tal posición para incurrir en prácticas contrarias a la competencia. Tales prácticas pueden incluir subsidios cruzados y discriminación en el acceso a las redes y al uso de servicios públicos de telecomunicaciones.

EL ALCA, LOS SERVICIOS Y LAS TELECOMUNICACIONES

Para ubicar las negociaciones de servicios dentro del megaproyecto del ALCA nos referiremos a qué tipo de proyecto de integración es este. El ALCA sólo es la promesa de apertura de mercados en todo el continente, sin tener en cuenta las diferencias entre las economías de países tan distintos como EE.UU., Argentina, Guatemala o Belice.

Como ya sostuviéramos (de Marsilio, 2003: 7), el ALCA tiene principalmente dos posiciones enfrentadas sobre qué modelo de liberalización seguir. Una es la férreamente sostenida por EE.UU., que

pretende imponer la idea de un área “hemisférica” y con ello extender y/o profundizar las disciplinas del TLCAN al resto de los países del continente, sin respetar los diversos proyectos en curso. Con ello pretenden un acuerdo TLCAN/*plus* con una arquitectura jurídica que se le asemeje lo más posible, con obligaciones cruzadas entre distintos capítulos de difícil evaluación.

La otra postura, defendida principalmente por el MERCOSUR, sostiene el carácter “interregional” del acuerdo, y con ello la posibilidad de negociar en condiciones al menos de relativa paridad los temas, enfoques, alcances y demás cuestiones de un proceso de liberalización comercial que interprete las realidades de vincular a las economías de todo el continente. Esta posición sostiene que el acuerdo debe reunir características OMC/*plus*.

Tal situación lleva a que se plantee una indefinición acerca del carácter que tendrá finalmente el acuerdo, en gran parte porque del proceso de las negociaciones en curso se desprenderá en definitiva cuál será dicho carácter. Al haber asumido el criterio del “*single undertaking*”, o acuerdo íntegro, la sola inclusión de enfoques alternativos incluidos en los borradores hace que nada sea definitivo: todo está por negociarse, y la objeción sobre una parte o capítulo imposibilita la conclusión de todo el acuerdo.

La negociación de servicios en el ALCA ha pasado por varias etapas. La primera avanzó en el escrutinio de las principales características del sector; en la segunda se concretó un texto integral para la discusión; en la tercera se ven con claridad las diferentes posturas en pugna, con criterios claramente contrapuestos en un borrador de capítulo que incluye varias disposiciones sin mayor discusión¹⁶.

En lo que sigue de esta sección primero repasaremos los cambios del borrador de comercio de servicios en cada una de las etapas de negociación, para luego analizar el tercer borrador de capítulo de servicios. Por último concluiremos con el examen de la propuesta de “Texto” de Telecomunicaciones.

16 Tal como se acordara y fuera reflejado en el documento FTAA.TNC/23 párrafo 2, el cual define la continuidad de los trabajos de la comisión negociadora a partir de propuestas específicas de uno o varios países, que aun sin discusión previa pueden publicarse y someterse a discusión.

LAS NEGOCIACIONES DE SERVICIOS DEL ALCA

La primera etapa de la negociación promovió el (re)conocimiento de los servicios como sector económico, y particularmente de los contenidos y alcances de los acuerdos de liberalización existentes en la materia a nivel multilateral, regional y subregional. De tal tarea surgió el documento “Disposiciones sobre el Comercio de Servicios en los Acuerdos de Comercio e Integración del Hemisferio Occidental” (ALCA-GNSV, 1999). En tal estudio se procedió a examinar las cláusulas contenidas tanto a nivel horizontal como sectorial en los acuerdos sobre servicios vigentes en el continente. Esta etapa concluyó con la publicación del primer borrador, que incluía una serie de características básicas de los acuerdos de servicios existentes, si bien con las diferencias de enfoques de liberalización enfrentados.

La segunda etapa se inicia a partir del análisis del primer borrador. Es de destacar que en este período en general se mantuvo muy bajo el nivel de discusión. Ello se vio reflejado en que casi se mantuvo inalterado en estructura y contenido el articulado del segundo borrador comparado con el primero. Además coincidió con el primer período de estancamiento en las negociaciones.

El segundo borrador se estructuró en torno a ocho artículos relativos respectiva y consecutivamente a: alcance (ámbito de aplicación), cobertura sectorial, trato de nación más favorecida, transparencia, denegación de beneficios, trato nacional, acceso a mercados, definiciones.

Además contenía como novedad una sección sobre “otros temas relacionados con los anteriores” que incluía temas aún pendientes de análisis y discusión. Entre otros: regulación doméstica, reglamentación nacional, excepciones generales, presencia local (no obligatoria), nivel de trato, lista de compromisos específicos, liberalización futura, consejo del comercio de servicios, restricciones para proteger la balanza de pagos, salvaguardas especiales, y trato especial y diferenciado. Por último incluía un Anexo con una comunicación del MERCOSUR con un Informe relativo a Disciplinas sobre Subsidios.

El tercer período comenzó formalmente con la discusión posterior a la publicación del segundo borrador, pero se plantea efectivamente con la adopción del “acuerdo sobre métodos y modalidades de negociación”. En este documento se plasmará con claridad la dualidad de posiciones. Sostenemos tal criterio en base a que en dicho acuerdo se evidencia claramente la divergencia de posturas sobre el carácter y alcance del capítulo de servicios, con la inclusión alternati-

va de la modalidad “presencia comercial” tanto en el grupo de negociaciones de servicios (GNSV) como en el grupo de negociaciones de inversión (GNIV), pudiendo ser discutido en ambos a la vez.

Con esto queda consolidada la intención norteamericana de llevar las discusiones al terreno hemisférico en pos de una versión de tipo TLCAN/*plus*. Asimismo, en dicho documento hay importantes disposiciones sobre qué, cómo y cuánto liberalizar en servicios, de especial interés particularmente para casos como el de las telecomunicaciones, entre otros. En cuanto al GNSV, se dispone una base de liberalización para todos los modos y sectores “coincidente con los niveles de obligaciones internacionales existentes o las oportunidades nacionales o de ambos, e incluso mejoradas”.

Por su amplitud y vaguedad, no queda claro cuál es el nivel de obligaciones internacionales existente al que se refiere: ¿el del GATS/OMC? ¿La más amplia liberalización asumida por cada país en alguno de los acuerdos vigentes para él? Tal situación crea grandes dudas sobre la interpretación del mismo. Por su parte, la referencia a las oportunidades nacionales, al vincular la liberalización con los procesos de reformas de los noventa, no hace más que reforzar la idea de intentar favorecer a las grandes empresas transnacionales norteamericanas.

Asimismo, en las disposiciones del GNIV se dispone que para tal sector se realizará una liberalización amplia en virtud de las leyes y reglamentos existentes –esto implica la consolidación del status quo– sobre la base de “listas negativas”. Esto supone tomar medidas que claramente profundizan las disciplinas del TLCAN, aproximándose al acuerdo MAI/OCDE, posición públicamente defendida por EE.UU.

La tercera etapa se desarrolló con la discusión que condujo al tercer borrador, el cual ya desde la estructura del articulado marca un notable cambio respecto de las versiones anteriores, en pos del objetivo norteamericano de hacer de este acuerdo una extensión del TLCAN a todo el continente.

Como es común en estas negociaciones, todas las disposiciones de los borradores se encuentran entre corchetes. Existe gran indefinición de cuestiones, y una gran ambigüedad sobre qué puede quedar dentro y qué fuera del capítulo final en el Acuerdo ALCA. Las diferencias con relación al enfoque quedan claras en casi todos los artículos del borrador. Puntualmente, la inclusión o no de la “presencia comercial” irrumpe desde los primeros artículos del texto.

EL TERCER BORRADOR DE SERVICIOS

La estructura del tercer borrador contiene tres secciones –aspectos generales, provisiones sustantivas y procedimientos e instituciones– con 24 artículos, y cuatro “Texto(s)” o borradores de capítulos autónomos sobre subsectores o modos particulares¹⁷ que han sido incluidos unilateralmente, sin discusión, y que son los componentes a negociar a futuro.

El artículo 1, de definiciones, se ajusta en general al común denominador de los términos utilizados en todos los acuerdos existentes, aunque marcando la dualidad.

El artículo 2, sobre alcance y cobertura sectorial, refuerza de manera indudable esta dualidad de enfoques, al no poder sostener una caracterización del alcance del comercio de servicios que incluya o no la presencia comercial como modo de prestación. El artículo 2, apartado 2, dispone los sectores excluidos, incorporando un conjunto de actividades relacionadas con servicios de transporte aéreo, y las compras gubernamentales hechas por una parte o por una empresa del Estado¹⁸, en ambos casos coincidentes con las disciplinas GATS. Luego excluye al comercio transfronterizo de servicios financieros; entendemos que ello sería así si triunfa la postura estadounidense de implementar un “Texto” de servicios financieros como capítulo especial, a modo del TLCAN. También incorpora una extraña disposición que excluye de aplicabilidad a los subsidios o donaciones o medidas de promoción y fomento otorgados por una parte o una empresa del Estado, como en el TLCAN.

Por último se deja la puerta abierta para nuevas exclusiones, lo que nos da la pauta de que en el futuro se podrían excluir otros sectores. Es de importancia para nuestro estudio el hecho de que si el “Texto” de telecomunicaciones se convierte en capítulo aparte podría ser excluido de la aplicación del de servicios, como sucede en el TLCAN, con lo cual tendríamos un amplio grado de exclusiones.

Más allá de este análisis, una lectura global de los capítulos de servicios, inversión, y compras del sector público, principalmente del borrador, nos muestra que como en un laberinto kafkiano casi todos

17 Los anexos son los referentes a entrada temporal de personas de negocios, servicios profesionales, servicios de telecomunicación, y servicios financieros.

18 En el capítulo sobre compras del sector público, la regulación de la adquisición por parte del Estado de servicios es duramente regulada en pro de una competencia internacional, que se asemeja mucho a la exigencia de compra al sector privado transnacional.

los servicios quedan implícitamente incluidos en el ALCA, tal como sucede en el TLCAN. Más aún, considerando el enfoque de “listas negativas”, ya consolidado en la negociación sobre inversión, encontramos que los países que no conozcan lo suficiente su sector de servicios, y en consecuencia no puedan listar las excepciones a la liberalización amplia, estarán en principio sometidos a la más cruel apertura sin saber qué peligros saldrán de esta “Caja de Pandora”.

En cuanto a las obligaciones o “provisiones sustantivas”, que configuran el núcleo liberalizador del capítulo, encontramos un cambio estructural que lo acerca cada vez más al TLCAN. En relación a las principales obligaciones se articulan consecutivamente las de trato de nación más favorecida, trato nacional, acceso a mercados, y transparencia. En consecuencia son todas tomadas como obligaciones generales.

El artículo 3, sobre el trato NMF, tiene como clave la discusión en torno al carácter que asumirá la misma: si será una cláusula automática e incondicional, a la GATS, o condicionada y bilateral, basada en la reciprocidad, tal como lo ha propuesto EE.UU. en idénticos términos al TLCAN. Además contiene una serie de exenciones al trato NMF entre los países del ALCA, en primer término la dispensa para el comercio transfronterizo adyacente terrestre o insular, y en segundo término a las dispensas a las economías más pequeñas y/o en desarrollo, listadas como excepción al trato NMF en el anexo respectivo al GATS/OMC, como en el anexo similar a incluir en el ALCA.

La última excepción al trato NMF es la que refiere a acuerdos preferenciales existentes o futuros. Queda aún en discusión la naturaleza de tal acuerdo, esto es, si deben ser acuerdos amparados por el Artículo V del GATS (integración económica), y si deben o no ser más amplios que el propio ALCA. Esta excepción marca el carácter competitivo de las actuales negociaciones comerciales, y la inclusión de la salvedad está dada por la vertiginosa negociación y/o conclusión de los acuerdos (íbero) europeo-latinoamericanos¹⁹, como los ya suscritos por la Unión Europea con México y Chile, o como los que se están negociando entre la CAN y el MERCOSUR y la Europa Unida. Es por ello que EE.UU. no quiere reconocer un carácter interregional a las negociaciones del ALCA.

19 Calificamos de esta manera, ya que es a partir de las cumbres íbero(europeo)-latinoamericanas que se han articulado las negociaciones con el resto de la Unión Europea.

En lo respectivo a trato nacional (Art. 4), desde el primer párrafo se muestran a las claras los dos enfoques en juego, esto es, si se asume como una obligación específica o general según el caso. El párrafo 4.2 incorpora una regulación inexistente en los acuerdos vigentes, y por demás extraña, prescribiendo que el trato nacional no obliga a las partes a compensar desventajas competitivas intrínsecas²⁰ que resulten del carácter extranjero de los servicios o prestadores de servicios similares, lo que implica eliminar por esta vía la posibilidad de aplicar un “trato diferencial” a aquellos servicios o prestadores de servicios de miembros que no estén competitivamente en condiciones de ingresar en otros mercados. Esta disposición, si bien no ha sido públicamente sostenida por la autoridad norteamericana, indudablemente le es propia, ya que son los servicios de los países más pequeños los que están competitivamente en condiciones desfavorables frente a las grandes transnacionales norteamericanas, únicos titanes con posibilidad de producir tales desventajas competitivas.

El resto de los párrafos están conformes a la práctica generalmente aceptada del trato nacional, si bien con la salvedad de los dos enfoques en pugna. El último párrafo establece la posibilidad de excepciones a la obligación del trato nacional, lo que en términos de un enfoque de listas negativas sería una excelente válvula de escape para las economías latinoamericanas.

En cuanto al acceso a mercados (Art. 5), se incluyen tres versiones del artículo. La primera, de estilo clásico, identifica las posturas divergentes en las negociaciones, con una referencia a la reglamentación nacional. En lo demás se equipara a las características comúnmente aceptadas en los acuerdos vigentes, la imposibilidad de establecer medidas contrarias a dicho acceso al mercado, con las salvedades que se autoriza a incorporar en las “listas positivas” respectivas, sobre alguna de las cuales hay también divergencia. En una segunda redacción, bajo el título de presencia local no obligatoria, se excluye la posibilidad de obligar a un prestador de tener que asentarse territorialmente en una parte para prestar servicios. Esta versión sería funcional al esquema norteamericano del acuerdo. En la tercera y última versión, bajo el rótulo de restricciones cuantitativas no discriminatorias,

20 Las ventajas o desventajas competitivas en materia de servicios son que teórica y empíricamente aún no están suficientemente estudiadas en los análisis económicos del sector.

se agrega una disposición que permite, mediante la inclusión en una lista anexa, la inclusión de este tipo de medidas. La misma tiene su origen en reglas similares que encontramos en el acuerdo del Grupo de los Tres (G-3)²¹ y en el acuerdo entre Centroamérica y República Dominicana. Como vemos, aun entre los países latinoamericanos no se encuentran posiciones comunes, lo cual da una mayor fortaleza a EE.UU. en las negociaciones.

En lo que refiere a la obligación de transparencia (Art. 6), aquí se da por sentada la común adhesión al carácter imperioso de publicar las medidas que afecten al comercio de servicios. Ello es así a los fines de evitar nuevas medidas que distorsionen los compromisos internacionalmente asumidos. Si bien el artículo incluye mucha casuística, con varios párrafos aún en discusión, en términos generales podemos afirmar que no presentará mayores dificultades en la negociación.

Tampoco generará mayores problemas el artículo referido a denegación de beneficios. Salvo la posibilidad de que, en base a algún acuerdo existente entre algún país de Latinoamérica con la excluida o autoexcluida Cuba, alguna de las partes negociantes pudiera dificultar la adopción de un texto razonable conforme a los actuales puntos divergentes.

El tema de la reglamentación nacional es de máxima relevancia en materia de servicios, pues la regulación es el método de limitación del comercio. Por tal razón, aquí nos encontramos con tres redacciones íntegramente diferentes. Las dos primeras tienen un carácter reglamentarista, y en algunos supuestos con una casuística tal que hacen difícil ver cuál será la fórmula transaccional de compromiso para el logro del acuerdo. Ambas regulan dos institutos distintos: el de la reglamentación nacional *stricto sensu*, y la reglamentación de licencias y normas técnicas.

La primera versión regula inicialmente el derecho a reglamentar, y reconoce el derecho de reglamentación nacional “siempre y cuando no anulen o menoscaben los compromisos asumidos” internacionalmente²² en materia de trato nacional o acceso al mercado (8.1).

21 Vinculamos al G-3 la disposición, ya que una de similares características se encuentra en su regulación sobre servicios. El G-3 vincula a México, Colombia y Venezuela.

22 Esto es tomar posición a favor de un monismo internacionalista, es la postura de derecho internacional que asume la existencia de un orden jurídico único, en el cual el derecho internacional prevalece sobre el derecho nacional. Para ampliar véase Díez (1997: 147).

Esto implica un claro menoscabo de la autonomía política, y una intromisión sobre el derecho constitucional de cada uno de los países del continente. Luego obliga a una administración “razonable, objetiva e imparcial” (8.2) de este tipo de medida. Más adelante (8.3) introduce una disposición que remite a todas las medidas relativas a licencias, títulos de aptitud y normas técnicas, en cuanto no estén bajo el alcance de las disposiciones de acceso a mercados y trato nacional, las que se ubican a continuación bajo la formas de “prescripciones y procedimientos en materia de”, regulándose indiscriminadamente cuestiones próximas a lo que sería con mayor especificidad el capítulo de obstáculos técnicos en relación al comercio de servicios. Los párrafos siguientes reglamentan tales cuestiones, imponiendo obligaciones genéricamente conformes a las establecidas tanto en el GATS/OMC como en el TLCAN. Los puntos más destacables refieren a la exigencia de plazos prudenciales para todas las autorizaciones requeridas, a procedimientos jurisdiccionales de revisión de las decisiones acerca de las autorizaciones, claros, transparentes, objetivos e imparciales, y también rápidos.

Las últimas disposiciones refieren a la facultad reglamentaria al nivel subfederal, la cual no debe menoscabar los compromisos asumidos por el orden nacional, y a pruebas de necesidades económicas, eliminando la exigencia de tal requisito en lo referente a la reglamentación nacional, como al acceso al mercado.

La segunda propuesta también comienza con el reconocimiento del derecho a reglamentar vinculándolo a los objetivos de política nacional, sin incluir caracterización alguna sobre la naturaleza del orden jurídico nacional. Más adelante, bajo el título Procedimientos, regula cuestiones relativas a una serie de obligaciones conexas a la propuesta tales como: liberalización de medidas no discriminatorias, reservas o medidas disconformes, restricciones cuantitativas y/o consultas sobre reservas, restricciones cuantitativas o compromisos tendientes a lograr una mayor liberalización. Por su parte, regula de manera similar a la anteriormente expuesta el tema de las licencias, si bien con la salvedad del caso en relación a aceptar objetivos de política nacional que pueden ser divergentes en distintos momentos.

La tercera y última versión, más modesta, reconoce el derecho pero supeditado a que no se discrimine en contra de los servicios y de los prestadores de servicios de la otra parte, en comparación con los propios.

En cuanto al resto del articulado, en términos muy generales, si bien hay diferencias, son menores y están en directa relación a las diferencias existentes en materia de enfoques de liberalización, con lo que resuelto el enfoque a aplicar, la negociación fina de estos será una cuestión menor.

Así, el artículo 9 sobre excepciones generales, el 10 sobre excepciones relativas a la seguridad, y el 11 relativo a reconocimiento, reflejan una redacción prudentemente neutra a los fines de la discusión, si bien en la lógica predominantemente dual de las negociaciones. El artículo 12, lista de compromisos específicos, refleja la necesidad y la posibilidad de que el acuerdo aún logre ser plenamente del tipo GATS/OMC *plus*.

El artículo 13, relativo a reservas o medidas disconformes, es controvertido desde su nominación. Incluye disposiciones propuestas por algunos países de la CAN y del G-3, entre otros. Intenta incluir una serie de exclusiones de los principios de apertura por los que se rijan el acuerdo en relación a medidas domésticas de otra parte, y listadas especialmente.

El Art. 14, liberalización futura, dispone la necesidad de rondas de apertura de mercado, coincidentes con un acuerdo del tipo GATS/OMC *plus*. El Art. 15 sobre transferencias y pagos, y el 16 relativo a restricciones para proteger la balanza de pagos, disponen medidas relativas a flujos y/o remesas monetarias. En el primer caso, tales deberán ser fluidos y libres, deponiendo de excepciones taxativas. El segundo es una típica norma de defensa de la economía nacional ante problemas financieros coyunturales.

El Art. 17 trata sobre salvaguardas especiales, disponiendo que ante problemas coyunturales de un sector pueda darse temporalmente protección en términos no discriminatorios a los proveedores locales de dicho sector. El Art. 18 regula sobre subsidios, en principio difiriendo para más adelante su regulación. El Art. 19 sobre prácticas comerciales, y el Art. 20 sobre competencia, establecen disciplinas que están destinadas a ser profundizadas en próximas etapas del proceso de apertura, en negociaciones futuras una vez adoptado un acuerdo ALCA. En el caso de las restricciones y las salvaguardas, son de rigor a los efectos de evitar rápidas resoluciones por problemas macroeconómicos coyunturales.

Un párrafo, aunque breve, requiere el artículo 21 sobre el tratamiento de las diferencias en los niveles de desarrollo y tamaño de las economías, que reemplaza al tan temido por los librecambistas a

ultranza, trato especial y diferenciado, aunque la redacción actual del título sea sólo un eufemismo. En lo sustancial, es un pequeño y modesto tratamiento diferencial-preferencial que básicamente consiste en: “plazos, excepciones temporales en el cumplimiento de sus obligaciones y asistencia especial para facilitar el proceso de ajuste y mejoría de la competitividad”. Para ello se ha de tomar en cuenta la “sensibilidad de determinados sectores de servicios, su importancia en la generación de empleos y su rol en la consecución de los legítimos intereses del desarrollo de esas economías”.

Las últimas disposiciones son las del apartado referido a procedimientos e instituciones. Allí los últimos artículos se refieren a la necesidad de cooperación técnica para los países de menor desarrollo, complementando al artículo anterior. También establece disposiciones institucionales; así, la creación del Comité del Comercio de Servicios “Transfronterizos” presenta la disputa central del capítulo. Por último, la regulación de relaciones con otras organizaciones internacionales, que formalmente vincula al órgano de administración del acuerdo con los organismos y organizaciones internacionales del sistema de Naciones Unidas a los fines de consultas y cooperación, dejando a un lado al sistema interamericano.

Finalmente cabe mencionar que ante este borrador de acuerdo sólo los países del MERCOSUR y Chile han presentado individualmente propuestas de análisis –más allá de haber colocado entre corchetes las partes del borrador a discutir– en temas muy puntuales. El primero plantea el problema de las disciplinas de subsidios (incluida la consideración de efectos similares en servicios de Acceso al Mercado y Trato Nacional). Por su parte, Chile plantea el problema de las restricciones cuantitativas y su impacto, también aludiendo al problema del trato nacional como una “Caja de Pandora”²³.

EL “TEXTO” SOBRE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIÓN

Un análisis global del contenido del “Texto” sobre servicios de telecomunicación nos muestra un plexo de obligaciones con directrices generales similares al capítulo de telecomunicaciones del TLCAN, matizadas con aquellas obligaciones de los acuerdos GATS/OMC que permitan una mayor apertura. En este sentido, el borrador tal como está redactado sería una versión TLCAN + GATS/OMC/*plus*, con lo

23 Véase al respecto el interesante trabajo de Mattoo (1996).

cual se convertiría en la apertura internacionalmente acordada más amplia del sector²⁴.

En el “Texto” hay una serie de cuestiones de importancia para destacar. La primera es que, si bien está redactado con bastante amplitud de criterio, en términos de modelo regulatorio sigue en lo central la ley de telecomunicaciones norteamericana de 1996, respondiendo claramente a las expectativas de EE.UU.²⁵. En segundo lugar, por primera vez exige que los gobiernos no tengan ni actual, ni eventualmente, empresas de telecomunicaciones, y que si las tienen las “privaticen” de inmediato.

En adelante nos detendremos en un sintético análisis de los diversos artículos del “Texto”, siguiendo su orden.

Desde el primer artículo, sobre alcance y cobertura, la nominación, como el contenido, hace pensar en que se quiere establecer un capítulo específico a la TLCAN, y no un anexo meramente regulatorio como el “Documento de Referencia” GATS/OMC. Dicho capítulo se aplicaría a las medidas de una parte en relación con: “el acceso y uso”; “los proveedores más importantes” de servicios públicos de telecomunicaciones²⁶; la prestación de servicios de información; y otras medidas relacionadas con las redes y servicios públicos de telecomunicaciones. Existen dos tipos de exclusiones, la primera relativa a la distribución por radiodifusión o cable de programas de radio o televisión por motivos ya referidos, y la segunda a la condición que le impone a los Estados de entender la universalización²⁷ del servicio en el sentido de restringida o limitada a una obligación de mero “acceso universal”.

El artículo 2 trata sobre acceso y uso de los servicios públicos. Regula cuestiones relativas a garantizar a la(s) empresa(s) de la(s) otra(s) parte(s): “el acceso y uso de cualquier servicio público de telecomunicaciones que se ofrezca” en términos y condiciones razonables

24 Referimos a que sería la apertura “acordada” más amplia del mundo, ya que existen en los análisis nacionales comparados sobre el sector muestras de que varios países prácticamente han dejado el sector librado exclusivamente a las fuerzas del mercado. Al respecto véase Levy y Spiller (1994).

25 Para reforzar el criterio de autoría norteamericana puede verse la nota 17 del borrador inserta al artículo 4 en donde refiere a “la Sección 3(37) de la Ley de Telecomunicaciones de 1934, modificada” a los fines de exceptuar de dichos contenidos del Art. 4 de borrador a la telefonía rural. Tal sección es la única que sobrevivió a la nueva ley de telecomunicaciones de 1996.

26 Como vemos, cuando le conviene, EE.UU. utiliza el concepto de servicio público *a piacere*.

27 Para una caracterización de esta, ver la nota 15 y la bibliografía allí citada.

y no discriminatorios; “la compra o arrendamiento y la conexión con equipo terminal u otro equipo que haga interfaz con una red pública de telecomunicaciones”; “el uso de los servicios públicos de telecomunicaciones para transmitir información [...] y para tener acceso a información contenida en bases de datos”. Una pregunta que cabe hacer es: ¿cuáles serán las empresas nacionales autóctonas de países americanos que estén en condiciones de tal operación en múltiples y diversos mercados? La respuesta es obvia: sólo las norteamericanas, ávidas de ingresar en el mercado latinoamericano que les fuera ganado en los noventa por las europeas. Hay dos excepciones al “acceso”: la primera, relativa a asegurar la “confidencialidad y la seguridad de los mensajes”; y la segunda, con el fin de “proteger la intimidad de los datos de los usuarios”, siempre que no constituya una forma de discriminación arbitraria o injustificada o una restricción encubierta al comercio de servicios.

El artículo 3 regula las obligaciones relacionadas con los proveedores de servicios públicos, es decir, las obligaciones a imponer a los operadores presentes en un mercado con respecto a la provisión de servicios prestados por nuevos proveedores. En el primer apartado, 3.1, regula lo relativo a interconexión, imponiéndole al Estado el deber de garantizar que los proveedores de servicios de telecomunicaciones en su territorio suministren interconexión con los proveedores de servicios de telecomunicaciones de las otras partes, ya sea directa o indirectamente, como así también que en la aplicación de esta obligación deberá garantizar que los proveedores de servicios de telecomunicaciones en su territorio adopten medidas razonables para proteger la confidencialidad de la información comercialmente delicada²⁸ de o respecto a los proveedores y usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones, y que utilicen dicha información exclusivamente para la prestación del servicio. Luego reglamenta sobre reventa (3.2), y le impone al Estado el deber de garantizar que los proveedores de servicios de telecomunicaciones no impongan condiciones o limitaciones poco razonables o discriminatorias para la reventa de tales servicios. El apartado 3.3 trata de la portabilidad numérica²⁹ e impone cómo

28 Término muy amplio, que aún no ha sido definido. Ello puede dar lugar a amplios debates interpretativos de su contenido.

29 Este es un derecho fundamental a los fines de la posibilidad de competencia, al posibilitarle al usuario mudarse de operador pero retener para sí un elemento fundamental como el número telefónico. Esto genera mejores condiciones comerciales para servicios eficientes y competitivos.

deberá la parte garantizar que los proveedores de servicios de telecomunicaciones en su territorio ofrezcan portabilidad de los números hasta donde sea factible técnicamente, de manera oportuna y bajo términos y condiciones razonables. Finalmente, el artículo se refiere al derecho de los operadores de paridad en la marcación, disponiendo que la parte garantice que los proveedores de servicios de telecomunicaciones en su territorio ofrezcan acceso inmediato sin mayor demora, o limitada a la propia del servicio, a los proveedores de servicios de telecomunicaciones de la otra parte. A su vez, que permitan a los proveedores de servicios de telecomunicaciones de la otra parte un acceso no discriminatorio a los números telefónicos y servicios relacionados sin retrasos no razonables en la marcación.

El artículo 4 dispone, de manera extensa, sobre obligaciones adicionales respecto a los proveedores importantes de servicios públicos, y regula obligaciones tan diversas como trato otorgado por los proveedores importantes; salvaguardas de la competencia; reventa; desagregación de elementos de red; interconexión; suministro y precio de servicios de circuitos arrendados; alojamiento; acceso a derechos de paso; siendo estas obligaciones complementarias a las reguladas en el artículo anterior; pero a la vez totalmente nuevas. En el primer apartado plantea el tratamiento a otorgar por parte de los proveedores dominantes del mercado, y le impone como deber a la parte que tal proveedor ofrezca un trato no menos favorable que el otorgado por dicho proveedor dominante a sus subsidiarias, afiliadas o a cualquier proveedor de servicios no afiliado respecto a la disponibilidad, suministro, tarifas o calidad de servicios de telecomunicaciones similares, y la disponibilidad de interfaces técnicos necesarios para la interconexión. El siguiente, al tratar las salvaguardas de la competencia (4.2), dispone de una caracterización genérica de la salvaguarda, requiriendo medidas adecuadas para evitar que los proveedores, individual o colectivamente, ocupen un lugar importante en su territorio y en uso de tal lugar realicen o continúen realizando prácticas anticompetitivas. Luego incluye un muestrario sobre cuáles serían dichas medidas similar al contenido en el ATB/GATS/OMC. En cuanto a reventa (4.3) e interconexión (4.5), los textos agregan condiciones para una “libre” circulación de factores, en términos de requerirles a los Estados que impongan a los operadores existentes en sus mercados condiciones de razonabilidad para la contratación de interconexión o reventa de servicios. Si bien el apartado de interconexión es muy casuístico en la regulación, trata

algunas cuestiones de interés en cuanto diferencia el tratamiento de operadores/proveedores “comunes” de aquellos “proveedores importantes” a los que no define. Con relación al apartado 4.4., desagregación (*unbundling*) de elementos de red, es fundamental comprender la obligación impuesta a la parte de otorgar a su organismo regulador la facultad de exigir a los proveedores importantes que ofrezcan accesibilidad a los componentes de red de manera desagregada, bajo “términos y condiciones y a tarifas basadas en los costos [...] razonables, no discriminatorios y transparentes”. Ello impactará en las regulaciones domésticas de modo de permitir la entrada desagregada de los nuevos operadores en la región, esto es, de las compañías norteamericanas que actualmente están fuera de circuito de las grandes ganancias de las telecomunicaciones de América Latina e intentan ingresar. Asimismo deben asegurar el suministro y precio de servicios de circuitos arrendados (4.6), alojamiento (*co-location*) (4.7), y el derecho de paso (4.8) a las empresas entrantes por parte de cualquier tipo de operador común o “dominante”, siendo estas obligaciones principalmente de carácter técnico, pero con consecuencias económicas y comerciales.

Respecto de sistemas de cableado submarino (Art. 5), debe asegurar un trato razonable y no discriminatorio, en cuanto el sistema esté integrado a la provisión de servicios.

Luego refiere a las condiciones para la prestación de servicios de información. Es importante notar que, al regular a aquellas empresas calificadas como proveedor de servicios de información³⁰, las excluye de cualquier tipo de exigencia cuando estén operando sobre instalaciones de otro proveedor de servicios de telecomunicaciones “básicas”. Sólo es exceptuada esta exclusión cuando sea evidente alguna práctica anticompetitiva.

El artículo 7, al tratar sobre organismos reguladores independientes y privatización, contiene dos obligaciones distintas. La primera establece un estándar para el ente regulador, y en tal sentido establece como principio mantener la independencia de este con relación al Estado. Además dispone una prohibición de captura institucional del ente regulador por parte del propio Estado en térmi-

30 Por tal entiende “la oferta de la capacidad de generar, adquirir, almacenar, transformar, procesar, recuperar, utilizar o poner a disposición información por medio de telecomunicaciones”, a la que luego le pone a manera ejemplificativa la publicación electrónica. No obstante excluye el uso de cualquier capacidad para la gestión, control u operación de un sistema, o la gestión de un servicio de telecomunicaciones.

nos de que “no mantenga un interés financiero o desempeñe una función operativa”, luego también extendida a los prestadores. Los casos de captura regulatoria los realiza el sector privado, el cual en muchos casos financia la formación jurídica, económica, y técnica propiamente a quienes después serán los funcionarios de los entes regulatorios³¹.

La segunda constituye la norma propuesta más osada desde la instauración del orden neoliberal, al imponer la obligación de privatizar cualquier tipo de participación del Estado nacional³² en la provisión de telecomunicaciones. Así sostiene que la parte “eliminará cualquier propiedad del gobierno nacional en cualquier proveedor” de servicios de telecomunicaciones, impidiendo no ya la propiedad exclusiva ni el control, sino cualquier tipo de participación, por mínima que sea, en la provisión de telecomunicaciones. Pero no se contenta con esta prohibición, sino que además le impone la obligación, requiriéndole que cuando tenga intereses en un proveedor de servicios de telecomunicaciones deberá notificar a las partes la “intención de eliminar dichos intereses a la mayor brevedad posible”. Por último obliga al Estado, en caso de no tener en la actualidad participación en empresas del sector, a mantenerse ausente de “dicha propiedad”.

Ya no se regula sólo la actividad comercial o las posibilidades de negocios, sino que se entra de lleno en el rol de los Estados, ámbito que desde el siglo XV pertenece al ámbito reservado de acción de estos³³.

En materia de servicio universal (Art. 8), dispone que el Estado administre obligación de servicio universal cualquiera sea su naturaleza, de manera transparente, no discriminatoria y competitivamente

31 Como ejemplo podemos mencionar el caso de las becas para la realización de un Master de Economía y Gestión de Servicios Públicos que da un conjunto de empresas privadas prestadoras de servicios –entre ellas Telefónica de España– junto a la Fundación Carolina. Para el acceso a las becas se requiere ser miembros de empresas de servicios y/o “funcionarios públicos” del área respectiva, incluyendo esta a las telecomunicaciones.

32 Si evaluamos integralmente los textos, veremos concordar este artículo con la disposición sobre “facultad reglamentaria al nivel subfederal”. Creemos que también a los gobiernos subfederales se les prohibirá tener empresa(s) para la provisión de telecomunicaciones.

33 En tal sentido el documento de la Alianza Social Continental, en su Cap. 10, al tratar sobre el papel del Estado, realiza algunas consideraciones de importancia entre las que cabe destacar que “la soberanía reside en el pueblo y éste puede decidir someterse a regulaciones internacionales de beneficio colectivo” (Alianza Social Continental, 2003: 54).

neutral; además deberá garantizar que la misma no sea más onerosa de lo necesario para el tipo de servicio universal que haya definido ³⁴.

En cuanto al proceso de licencias (Art. 9), fija que cuando sea exigida tal licencia la parte deberá poner a disposición pública “todos los criterios y procedimientos para otorgar una licencia”, incluyendo el tiempo que se requiere para que se dicte una decisión al respecto y los términos y condiciones de las licencias ya otorgadas (9.1). Ante la decisión de la denegación, se podrá pedir el fundamento (9.2). En términos generales tales disposiciones son consistentes con varias de las regulaciones nacionales de la región. Sin embargo, la exigencia de la última sobre todo puede dar posterior lugar a alguno de los procedimientos establecidos en el Art. 12 sobre solución de controversias nacionales respecto a telecomunicaciones, en consonancia con los artículos de transparencia tanto del “Texto” cuanto del capítulo de servicios y las normas generales del borrador, y en estos tres últimos casos podrían, de no ser lo suficientemente claras, dar lugar al mecanismo de solución de diferencias del ALCA.

En lo relativo a las disposiciones sobre distribución y uso de recursos escasos, se le exige a la parte administrar el proceso de distribución y uso de recursos escasos, en donde se incluyen específicamente frecuencias, números y derechos de paso. A su vez se pone la condición de que dicho proceso sea implementado de manera objetiva, oportuna, transparente y no discriminatoria (10.1). Se dispone que la parte ponga a disposición pública el estado actual de las bandas de radiofrecuencia asignadas, sin requerir que ofrezca la identificación detallada de aquellas asignadas a usos gubernamentales específicos (10.2). Por último (10.3) pone una dispensa parcial al uso de derecho de ejercer sus políticas “nacionales” de administración del espectro y las frecuencias, si bien tales medidas pueden no ser en sí incongruentes en relación a diversos artículos de los capítulos de comercio (transfronterizo) de servicios –que pretende quien propone el “Texto” que esté diferenciado del de telecomunicaciones– y capítulo de inversión. Tal dispensa se podrá aplicar a su vez siempre que ello se efectúe de manera congruente con las disposiciones del acuerdo. Finalmente,

34 Contrastándolo con la disposición del Art. 1.3.a, en cuanto le prohíbe a la parte la posibilidad de exigir prestación de servicios en “sitios donde no se ofrecen dichos servicios o redes al público en general”, nos surgen algunas dudas. ¿Está tan mal relacionado el contenido del “Texto”? ¿Se pretenden ex profeso problemas interpretativos? ¿O en realidad nos muestra el doble discurso prohibiendo por un lado una obligación amplia de universalidad, y permitiéndola por otro?

la parte conserva el derecho de asignar las bandas de frecuencias tomando en cuenta sus necesidades existentes y futuras.

La disposición de obligación de cumplimiento (Art. 11) implica que la parte, a través de su organismo competente, haga cumplir las medidas nacionales en relación con las disposiciones de los artículos 2, 3, 4 y 5, incluidas “multas financieras, recursos por mandato judicial (temporales o definitivos), o modificación, suspensión y revocación de licencias”.

El Art. 12 regula los procedimientos de solución de controversias nacionales respecto a telecomunicaciones. Comienza remitiendo a un artículo indeterminado del capítulo de transparencia, en tanto la parte deberá garantizar el derecho de recurrir a los organismos regulatorios de las telecomunicaciones (12.1). Para ello obliga a garantizar que una empresa de otra parte pueda solicitar la revisión de un organismo nacional de telecomunicaciones, u otro competente, para resolver controversias que surjan en relación con medidas nacionales vinculadas a aquellas obligaciones caracterizadas por el Art. 11 como de cumplimiento por parte del Estado (12.1.a). El apartado 12.1.b garantiza al proveedor de servicios públicos de telecomunicaciones de otra parte que haya solicitado la interconexión con un proveedor importante en su territorio que pueda solicitar revisión, dentro de un plazo razonable, y disponible públicamente, tras la solicitud de interconexión del proveedor, por un organismo regulador de las telecomunicaciones para la solución de controversias respecto a los términos, condiciones y tarifas de interconexión con dicho proveedor importante. En todos los casos los párrafos 12.2. y 12.3 disponen en conjunto una serie de medidas cuasi jurisdiccionales de revisibilidad de las decisiones tomadas dentro del ente por él mismo. El primero plantea la posibilidad de impugnar por vía de un recurso de reconsideración a cualquier empresa agraviada o cuyos intereses se hayan visto afectados negativamente por alguna determinación o decisión del organismo nacional regulador de las telecomunicaciones. Asimismo la parte no podrá permitir que una reconsideración constituya una razón para incumplir la determinación o decisión ya tomada, con excepción del caso en que la autoridad competente declarara la suspensión y/o cancelación de dicha determinación o decisión. Por último, el recurso de apelación (12.3) establece que se garantizará a la empresa damnificada por una decisión del organismo regulador que pueda impugnar por vía de tal recurso ante una autoridad judicial independiente.

Por su parte, el artículo 13 trata el tema tal vez más citado en todos los capítulos del acuerdo, el de la transparencia. Luego de remitir a las normas genéricas del capítulo respectivo, toma previsiones específicas sobre procesos de reglamentación, las tarifas para los usuarios finales, procedimientos relacionados con actuaciones judiciales y otros procesos de resolución, especificaciones de interfaces técnicas, organismos responsables de la elaboración, modificación y adopción de medidas relativas a normalización, las condiciones para conectar equipo terminal u otro equipo a la red pública de telecomunicaciones, y los requisitos de notificación, permiso, registro o licencia, si los hubiere. En todos los casos las condiciones de tal transparencia se pueden sintetizar en la obligación de publicación sin dilación, o disponibilidad pública para todos los interesados por algún medio.

El artículo 14 refiere a la flexibilidad para la selección de tecnologías y dispone sobre las condiciones técnicas que cada país puede exigir como estándar mínimo en materia de equipamiento tecnológico, pero limita tal margen en virtud de que obliga a la parte a que evite que los proveedores tengan tal flexibilidad de seleccionar las tecnologías que empleen para la provisión de sus servicios. Sin embargo, esta es la principal crítica que ha recibido el borrador de sectores de la sociedad civil.

El artículo 15 vuelve a incluir una norma que tiene incidencia sobre el papel del Estado en la economía, y que muestra al mercado como panacea absoluta. La norma es identificada por el título de abstención, y hace reconocer a los Estados “la importancia de depender de las fuerzas del mercado” para disponer de una amplia gama de opciones en la prestación de los servicios de telecomunicaciones. Adicionalmente dispone que la parte podrá abstenerse de aplicar la reglamentación a un servicio que se clasifique como servicio público si el organismo regulador específico del sector establece que no es necesario el cumplimiento de tal regulación para evitar prácticas no razonables o discriminatorias; la protección de los consumidores; y si tal abstención es congruente con el interés público, incluida la promoción y el mejoramiento de la competencia entre los diversos proveedores.

Los últimos dos artículos son de rigor en este tipo de acuerdo. El 16 trata de la relación con los otros capítulos, disponiendo que cuando exista alguna contradicción entre este “Texto”-Capítulo y otro(s) Capítulo(s), las previsiones específicas de telecomunicaciones

se impondrán a cualquier otra. Por último se incluye una serie de definiciones, a los fines de evitar divergentes interpretaciones nacionales de ciertos términos, que podrían introducir una amplia gama de conceptos similares pero con características particulares de país a país. Si bien es cierto que las definiciones son las más corrientes y utilizadas, varios de los términos utilizados en ellos no están definidos y casi con seguridad darán lugar a tales interpretaciones diversas, que deberán ser dirimidas por la vía cuasi jurisdiccional del mecanismo de solución de controversias del ALCA.

CONCLUSIONES

Luego de haber señalado el camino del comercio de servicios, y particularmente de las telecomunicaciones en los acuerdos de comercio internacional vigentes en el hemisferio, y de analizar el tercer borrador del capítulo de servicios, con su "Texto" de telecomunicaciones, que actualmente se está discutiendo, nos quedan un conjunto de certezas y otro más grande de interrogantes.

Podemos afirmar que estamos ante una dualidad de enfoques negociadores con posiciones claramente diferentes y excluyentes entre sí, identificadas como lista positiva y lista negativa, acompañadas por una serie de obligaciones y regulaciones conexas también diversas. Si bien ambas propuestas navegan en el mar de la liberalización sobre bases comunes, cuál de ambos enfoques prevalecerá es todavía una cuestión sin resolver.

Con posturas muy disímiles, el enfoque de listas negativas, principalmente impulsado por EE.UU. como extensión del TLCAN, puede hacer peligrar las economías de la región de manera imprevisible. Dicho enfoque además es el utilizado por la mayoría de los esquemas subregionales y bilaterales que ha impulsado el hegemon. La excepción es el MERCOSUR, que ha seguido el enfoque de listas positivas del modelo GATS/OMC como una forma de limitar el indiscriminado poder de mercado de las grandes transnacionales en estas débiles economías. En un camino intermedio, asumiendo un enfoque mixto, está la CAN.

Por su parte, el "Texto" de telecomunicaciones, proyecto de capítulo autónomo, complementado por, pero a la vez desvinculado de, el de servicios en general, es una propuesta norteamericana a la TLCAN, como los acuerdos que han seguido su modelo, en el que se ha avanzado aún más en una serie de manifestaciones ultra-desman-

teladoras de las funciones del Estado, y manifiestamente deificadoras del mercado como la única institución capaz de crear condiciones de eficacia y eficiencia, pero excluyendo al derecho y a la justicia.

Tal propuesta, asociada a los postulados del Consenso de Washington y de aquellas propuestas remozadas del neoliberalismo norteamericano, le imprime a este proyecto un marco de difícil evolución en la actual coyuntura económica regional latinoamericana.

Los países de la región, si bien mantienen un perfil económico orientado al exterior o economías “*outward oriented*”, ya no toman los lineamientos de esta *doxa* pro mercado como si fuera una divinidad y con la liviandad con que lo hicieron en los noventa, lo cual provocó una serie de *shocks* en las economías latinoamericanas, aunque no exclusivamente por dichas aperturas.

Los procesos de liberalización económica fueron hechos dogmáticamente, sin estudios previos de los posibles efectos, que en términos generales en el mediano plazo estuvieron marcados por la regresión en las condiciones de vida de la población, la desigual distribución del ingreso y la pauperización de una inmensa mayoría en cada uno de los países. Hoy esos resultados quieren ser convalidados, consolidados y profundizados en el proyecto del ALCA.

El desafío es conocer las realidades del proyecto ALCA, discutir las, y diseñar escenarios alternativos a las propuestas que pretenden dismantelar el Estado, aniquilar los mercados nacionales, y dar vía libre al capital transnacional norteamericano para acceder a los mercados latinoamericanos.

Puntualmente, en materia de servicios y de telecomunicaciones, el proyecto norteamericano propone una extensión y profundización de las disciplinas del TLCAN, imponiendo una serie de estándares regulatorios de tan osada envergadura que llegan a obligar a la privatización de empresas, nuevas reformas a las actuales políticas sectoriales, con mayor apertura, y sin ninguna recompensa a cambio desde la gran economía estadounidense.

Los interrogantes son diversos. En primer lugar, ¿podrán los países latinoamericanos, contrarios al enfoque norteamericano, impulsar un enfoque distinto del propuesto por el “*Big Brother*”? El MERCOSUR, junto a la CAN y países como Venezuela, ¿podrá tomar posiciones comunes para oponerse al proyecto? ¿EE.UU. propondrá negociaciones alternativas de no lograr el ALCA que quiere? ¿Podrán mantenerse el comercio y la inversión en servicios unidos con la misma regulación en el proyecto ALCA? ¿Los acuerdos comerciales

intergubernamentales sobre telecomunicaciones irán a la búsqueda de cada vez mayor apertura y liberalización?

A la primera pregunta podemos ensayarle una respuesta afirmativa. Los países latinoamericanos están en óptimas condiciones para mejorar varias de las disposiciones de este y otros capítulos, en virtud de que en las negociaciones nada está definido. Hemos mostrado los diferentes textos de un mismo ítem regulatorio, en donde EE.UU. reconoce y acepta diferencias, lo cual implica la flexibilidad necesaria para el caso de tener que, en algún momento, ceder su férrea postura, y hacerlo del modo lo menos negativo posible para sus intereses. En estas negociaciones, de toma y daca de ganancias y pérdidas, entendemos que Latinoamérica tiene caminos para llegar a lo que creemos es un capítulo de servicios más razonable y menos nocivo para sus economías, esto es, una versión más próxima a un acuerdo a la GATS/OMC/*plus* o la ATB/GATS/OMC/*plus* en su caso.

Más aún, en medio de negociaciones competitivas entre las potencias económicas atlánticas en pos de lograr acuerdos preferenciales con los países latinoamericanos, el ALCA versus los tratados ya existentes entre la Unión Europea y México³⁵ o Chile, sumado a la negociación del MERCOSUR y la CAN con la Europa Unida, con negociaciones paralelas en plazos, y con objetivos similares a los del ALCA, pueden ser importantes elementos en juego a la hora de mejorar comparativamente la posición de nuestros países en las discusiones en ambas arenas de negociación, la hemisférica y la transatlántica.

A la segunda pregunta responderemos con un anhelo: ¡que así sea! Ya que sin una fuerte y comprometida alianza entre los países latinoamericanos, el proyecto ALCA no será más que una mera extensión, con profundización, de la apertura indiscriminada, tal como lo propone EE.UU. Además de los países del MERCOSUR, de la CAN y de Venezuela, deberían sumarse los restantes países de G-3 (México y Colombia) y Chile, para mostrar un bloque continental sólidamente unido. Somos conscientes de que tal unión es algo bastante difícil, ya que entre los diversos esquemas subregionales de integración, o vía las estrategias comerciales bilaterales norteamericanas, han tomado el camino de una apertura amplia entre sí. ¿Cómo podrían algunos países, luego de tal apertura subregional o bilateral, oponerse a un ALCA con libre mercado amplio por el enfoque de listas negativas? La

35 Para un análisis sobre el comercio de servicios en el TLC México-Unión Europea puede verse el trabajo de Ferreira, (2001).

respuesta a esta pregunta se encuentra en aquella vieja dicotomía de entender o no a la política como el arte de lograr lo (im)posible, camino próximo a desentrañar arcanos difíciles de sortear: por ello nos abstenemos de tal tarea.

La tercera respuesta es sencilla: EE.UU., desde su ascenso a potencia hegemónica global, y puntualmente desde el lanzamiento de la “Iniciativa para las Américas”, ha construido su política comercial mundial en base a la multi o plurilateralidad. Así, en el caso del libre comercio continental, la concreción de acuerdos bilaterales con varios países o esquemas subregionales de Latinoamérica, y el apoyo a diversos esquemas que amplían la diversidad comercial entre los países latinoamericanos, muestran que no cesará en pos de sus objetivos de libre comercio, ya sea en el ALCA, bilateralmente, o por la vía de la destrucción o segmentación del comercio intra-latinoamericano.

Ya focalizando en materia de servicios, la inclusión o no de la presencia comercial sólo en el capítulo de servicios, y con ello el seguir sosteniendo, por las peculiaridades específicas del sector, que comercio e inversión en servicios están inextricablemente unidos³⁶, es una respuesta que dependerá en gran medida de cómo se vinculen las áreas temáticas en la negociación. Si se apuesta a un fuerte compromiso en el capítulo de inversión, como ya está establecido para la negociación, con la aplicación del enfoque de listas negativas, y como contrapartida no hay una fuerte contraofensiva en la negociación de servicios de apostar a un acuerdo a la GATS, difícilmente pueda sostenerse tal vinculación, y en definitiva estaremos ante una ampliación de estándares aplicados con mayor o menor rigor a la inversión, a lo que tal vez constituye la más importante modalidad de prestación de servicios y particularmente de telecomunicaciones.

En materia de telecomunicaciones, se trata de un ámbito tradicionalmente regulado desde lo técnico pero con consecuencias en lo comercial y económico por el centenario régimen de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) o por la CITEL en el espacio interamericano, regímenes que han declinado³⁷ y perdido importancia por lo complejo de las regulaciones de los diversos ámbitos. Los acuerdos comerciales han ido agregando regulaciones desde lo

36 Para ampliar la inextricable relación entre comercio e inversión en los acuerdos de servicios, véase de Marsilio (en prensa).

37 Para un análisis sobre la declinación del régimen de la UIT, véase Drake (2000).

comercial, pero con fuerte contenido técnico. En esta mezcla de cuestiones cada paso ha sido en pos de la apertura, lo que, sumado a la revolución en las tecnologías de información y comunicación, que amplían las oportunidades de negocios y de mercados, hace de la telecomunicación un abanico de posibilidades comerciales. Sólo la escasez de recursos, propia del sistema, podrá hacer ceder las ansias de las grandes transnacionales en la búsqueda de ganancias, que por lo general toman de los países periféricos o en desarrollo, desmantelando de esta forma la posibilidad de un crecimiento vernáculo del sector, y con ello el desarrollo integral de sus economías.

Para concluir este análisis: ¿qué puede sostenerse acerca del borrador de servicios y del “Texto” de telecomunicaciones? En principio, y basado en las nuevas realidades políticas del Cono Sur, las políticas económicas se están reorientando en una visión más política que economicista. Ello puede hacer que en las actuales circunstancias el capítulo de servicios se vuelva un poco más próximo a un acuerdo a la GATS/OMC/*plus*. Este acuerdo *plus* sería un acuerdo que amplíe los actuales compromisos de liberalización asumidos por cada país en las listas del GATS, pero que no abra indiscriminadamente todos sus sectores de servicios. Asimismo, podrá incluir regulaciones específicas más estrictas en varias disposiciones, particularmente en lo referente a reglamentación nacional, subsidios y transparencia. Por último, tal vez, y haciendo futurología, la inclusión como moneda de cambio de saldos unidos, de un trato NMF condicionado o en base a reciprocidad, que pudiera ser su opción a la hora de tener que aceptar un acuerdo que no extienda el TLCAN al resto del continente.

El “Texto” de telecomunicaciones, de seguir el camino indicado en servicios, quizás no se concrete tal como está. Las alternativas al contenido más provocador, que incluye la obligación de privatizar, están en lo que pudiera ser la propuesta del MERCOSUR presente, asociado con algunos otros países de la CAN, para reemplazar el capítulo existente por un *mix* de disposiciones en torno a las obligaciones asumidas en el GATS/OMC. Tal combinación incluiría obligaciones tanto del anexo sobre telecomunicaciones suscripto en la Ronda Uruguay, como del Acuerdo de Telecomunicaciones Básicas ATB/GATS/OMC, y más específicamente de las obligación adicionales del “Documento de Referencia”. De lograrse tal texto complementario al capítulo de servicios como anexo u obligación adicional, permitiría aminorar el indiscriminado ingreso de las transnacionales norteamericanas, ávidas de acceder a los mercados latinoamericanos.

Como bien señala la CEPAL (CEPAL, 2001: 240), la primera ola de inversiones en telecomunicaciones atrajo con las privatizaciones a las grandes operadoras europeas (principalmente Telecom y Telefónica). En la actualidad, la segunda ola de ingreso es de las compañías globalizadoras de servicios de telecomunicaciones, principalmente empresas transnacionales, con base de operación en los EE.UU., que impulsan un acuerdo amplio para mejorar sus actuales posiciones, o al arraigar y profundizar la apertura del sector en todo el continente bajo el modelo estadounidense de regulación, tener vía libre para sus negocios, y con ello provocar el deterioro de las posibilidades comerciales de todos los operadores nacionales de la región.

El libre comercio y la expansión de los negocios en sí mismos no son ni buenos ni malos, son sólo una estrategia para el crecimiento y el desarrollo, para la creación de oportunidades de trabajo y el mejoramiento de las condiciones de vida de la gente. Los mercaderes pueden y deben generar ganancias, pero no por ello deben menoscabar los derechos, las potestades y la soberanía de los países y de los pueblos como los nuestros, que al ser subdesarrollados económica, y a veces políticamente, deben dejarse vulnerar, someter a los imperativos de la *doxa* del mercado. El accionar colectivo justo y solidario de los Estados latinoamericanos contra tales propuestas podrá demostrarles a los que así lo piensan y pregonan cuán equivocados están.

BIBLIOGRAFÍA

- Abugattas Majluf, Luis 2000 *Liberalización del Comercio de Servicios: Opciones e Implicancia para América Latina y el Caribe* (Buenos Aires: FLACSO) LATN Brief N° 9.
- ALCA-GNSV 1999 *Disposiciones sobre el Comercio de Servicios en los Acuerdos de Comercio e Integración del Hemisferio Occidental*, FTAA.NGSV/w/08/Rev.4.
- ALCA-Secretaría Administrativa 2003 *Tercer Borrador del Acuerdo*, FTAA.TNC/w/133/Rev.3.
- Alianza Social Continental 2002 *Alternativa para las Américas*, mimeo.
- Anderson, Sarah y Hansen-Kuhn, Karen (eds.) 2001 *America's plan for the Americas. A Critical Analysis of the U.S. Negotiating Positions on the FTAA*. (Washington: Alianza Para un Comercio Responsable).
- Bastos Tigre, Paulo 1986 "Las Tendencias Internacionales en la Electrónica y la Informática" en Ominami, Carlos (ed.) *La Tercera revolución Industrial. Impactos internacionales del actual viraje tecnológico. Anuario RIAL 1986* (Buenos Aires: GEL).

- Bastos Tigre, Paulo 1999 *The Political Economy of Latin American Telecommunications: Multilateral Agreements and National Regulatory System* (Buenos Aires: LATN) mimeo.
- CEPAL 1994 *El regionalismo abierto en América Latina y el Caribe. La integración económica al servicio de la transformación productiva con equidad* (Santiago de Chile: Naciones Unidas).
- CEPAL 2001 “Telecomunicaciones: Inversiones y Estrategias Empresariales en América Latina y el Caribe” en *La inversión extranjera en América Latina y el Caribe, 2000* (Santiago de Chile: Naciones Unidas).
- Cowhey, Peter 1990 “The international telecommunications regime: the political roots of regime for high technology” en *International Organization*, Vol. 44, N° 2.
- De Marsilio Ernesto G. 2003 *Las negociaciones de Servicios y los problemas del Regionalismo Abierto en el Cono Sur: MERCOSUR, ALCA, UE* (Córdoba: CEA-UNC) mimeo.
- De Marsilio, Ernesto G. 2005 *Comercio e Inversión en Servicios: inextricablemente unidos?* (Buenos Aires: Latin American Trade Network) en prensa.
- Diez de Velasco, M. 1997 *Instituciones de Derecho Internacional Público* (Madrid: Tecnos).
- Drake, William J. 2000 “The Rise and Decline of the International Telecommunications Regime” in Marsden, Christopher T. (ed.) *Regulating the Global Information Society* (London: Routledge).
- Ferreira Portela, Philippe 2001 *La liberalización del sector de servicios: el caso del Tratado Unión Europea/México* (Santiago de Chile: CEPAL) Serie Comercio Internacional N° 21.
- Hazlett, Thomas 1999 “Economic and Political Consequences of the 1996 Telecommunications Act” in *Regulation-CATO*, Vol 23, N° 3.
- Hodge, James 2002 “Liberalization of Trade in Services in Developing Countries” en Hoekman, Bernard; Mattoo, Aaditya and English, Philip (eds.) 2002 *Development, Trade, and The WTO. A Handbook* (Washington: IBRD/World Bank).
- Intven, Hank y McCarthy Tétrault (ed.) 2000 *Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones* (Washington: World Bank Group-infoDevprogram).
- Levy, Brian and Spiller, Pablo 1994 “Regulation, Institutions and Commitment in Telecommunications. A Comparative Analysis of Five Country Studies” in *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics 1993* (Washington: The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank).
- López Escudero, M. 1996 *El comercio internacional de servicios después de la Ronda Uruguay* (Madrid: Tecnos).
- Mattoo, A. 1996 *National treatment: Corner stone or Pandora's Box* (Ginebra: OMC).

- OMC 1995 *Resultados de la Ronda Uruguay. Los Textos Jurídicos* (Ginebra: OMC).
- OMC 1998 *Servicios de Telecomunicaciones. Nota de la Secretaría*, Consejo de Comercio de Servicios, Documento S/C/W/74. En <<http://wto.org>> 10/03/2003.
- OXFAM 2002 “Cambiar las reglas. Comercio, globalización y lucha contra la pobreza (Resumen ejecutivo)” en *Aportes: Revista de la Facultad de Economía* (BUAP) Año VII, N° 21.
- Prieto, Francisco J. 1994 “Servicios y Ronda Uruguay: Notas sobre el Acuerdo multilateral para el comercio de Servicios” en Leiva, P. (ed.) *La Ronda Uruguay y el Desarrollo de América Latina* (Santiago de Chile: PNUD-CLEPI).
- Stephenson, Sherry M. and Prieto, Francisco Javier 2002 *Regional Liberalization of Trade in Services: Experiences in the Americas* in Hoekman, Bernard; Mattoo, Aaditya and English, Philip (eds.) *Development, Trade, and The WTO. A Handbook* (Washington: IBRD/World Bank).
- TLCAN-NAFTA 1995 *Tratado de Libre comercio de América del Norte-Quinta Parte: Inversión, Servicios y Asuntos Relacionados, y respectivas listas anexas*.
- Tuthill, Lee 1996 “Users’ Rights? The multilateral rules on access to telecommunications” in *Telecommunications Policy*, March.
- Tuthill, Lee 1997 “The GATS and new rules for regulators” in *Telecommunications Policy*, November.
- Yarbrough, Beth V. and Yarbrough M., Robert 1994 “Regionalism and layered governance: the choice of trade institutions” in *Journal of International Affairs*, Vol. 48 Issue 1.