

PALABRAS CLAVE

Libre comercio
Inversiones extranjeras
Inversión extranjera directa
Acuerdos económicos
Convenios comerciales bilaterales
Negociaciones comerciales
OMC
Reglas y normas
América Latina

Normas sobre el comercio y las inversiones: perspectivas de América Latina

Pierre Sauvé

Este artículo analiza, desde el punto de vista latinoamericano, el panorama internacional de elaboración de normas sobre inversión, considerando la evolución reciente de tales normas, las diferencias y sinergias de procesos estrechamente entrelazados y el papel de los países latinoamericanos en su configuración. Teniendo presente los muchos intentos fallidos de elaborar un conjunto amplio de disciplinas sobre inversión a nivel multilateral, examina argumentos recientes a favor y en contra de establecer normas globales sobre inversión y escudriña las razones que en la OMC llevaron a sacar la inversión de la agenda de negociaciones del Programa de Doha para el Desarrollo. Por último, extrae algunas conclusiones de política respecto al mejor marco institucional para avanzar en la elaboración de normas sobre inversión y se esbozan algunas opciones futuras de elaboración de normas sobre inversión a nivel multilateral.

Pierre Sauvé
Profesor e investigador principal,
World Trade Institute, Berna.
Investigador asociado,
International Trade Policy Unit,
London School of Economics
and Political Science, Londres
✉ pierre.sauve@wti.org.

I

Introducción

Las normas sobre inversión que rigen las corrientes de inversión transfronterizas suelen ser normas relativas al tratamiento y la protección de la inversión extranjera directa (IED) que contribuyen a lo que se suele denominar “clima de inversión”. Existen normas sobre inversión a nivel bilateral, regional y multilateral. El efecto de tales normas en las decisiones correspondientes genera desde hace mucho tiempo acalorados debates políticos. En términos generales, un clima de inversión estable y transparente puede beneficiar a los inversores si previamente les perjudicaban condiciones de inversión impredecibles. No está claro si eso llevaría a más IED o simplemente a una situación más cómoda para los inversores. El clima de inversión puede hacerse más predecible si las políticas nacionales están incorporadas en tratados internacionales. Mucho influirá también el tratamiento que se esté dando a los inversores. Si este ya es bueno, las nuevas disciplinas no contribuirán mucho a generar más corrientes de inversión o a mejorar el ambiente inversor, aparte de ofrecer mayor seguridad a largo plazo. La información disponible acerca de los resultados de disposiciones específicas sobre inversión inducida es escasa y bastante imprecisa.

En ese contexto, los países receptores han adoptado posturas diferentes frente a la elaboración de normas internacionales de inversión. Probablemente los países de América Latina han estado entre los más activos en este terreno. En el pasado reciente, debido en particular a la crisis de la deuda del decenio de 1980, estos países comprendieron la importancia de atraer mayores co-

rrientes de inversión extranjera hacia sus economías. En circunstancias de inestabilidad macroeconómica intensa, la IED puede reemplazar fuentes de capital que en este caso podrían no estar disponibles, como las entidades internacionales de crédito. Como consecuencia, la región ha presenciado una apertura sostenida de regímenes de inversión. Junto a la liberalización de los regímenes de inversión nacionales (o autónomos), los países de América Latina emprendieron numerosas negociaciones internacionales. Actualmente, casi todos ellos son miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC), son parte de uno o más tratados de libre comercio u otro tipo de acuerdos de integración y son signatarios de numerosos tratados bilaterales en materia de inversión.¹

Este artículo describe, desde la perspectiva de América Latina, cómo ha evolucionado en el ámbito internacional la formulación de normas sobre inversión. Tras esta sección introductoria, la sección II analiza las disciplinas de la organización mundial de comercio. La sección III examina el alcance y contenido de los tratados bilaterales y regionales. La sección IV considera argumentos relativos a la elaboración de normas sobre incursión a nivel multilateral, bilateral y regional. La sección V explora algunas de las razones por las cuales la inversión desapareció de la agenda de negociaciones de la Ronda de Doha. Y, por último, la sección VI contiene algunas conclusiones de política y esboza algunas opciones para la futura elaboración de normas sobre inversión a nivel multilateral.

II

Las disciplinas de la Organización Mundial del Comercio

La elaboración de normas sobre inversión a nivel multilateral ha tenido una historia accidentada. El capítulo

dedicado a la inversión de la Carta de La Habana de 1948 fue una de las principales causas del fracaso del

□ Este artículo es una versión revisada del trabajo contenido en Sauvé (2006). Las opiniones que se vierten en él son de exclusiva responsabilidad del autor.

¹ A este respecto, Brasil constituye una excepción. Aunque ha firmado numerosos tratados y acuerdos bilaterales y regionales en materia de inversión, entre los que figuran los correspondientes al Mercosur, ninguno de ellos ha sido ratificado aún por el Congreso Nacional.

proyecto de organización internacional de comercio allí propuesto. En el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), que fue lo que perduró, no se llevaron a cabo negociaciones sobre inversión antes de la Ronda Uruguay, celebrada a mediados de la década de 1980.

Algunos otros intentos de construir un régimen mundial de inversiones abortaron, entre ellos la destacada propuesta de un Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) en el marco de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) a finales del decenio de 1990. El AMI representó el principal intento de dar forma a un régimen de inversión multilateral (distante aún de ser universal).

Por último, y más recientemente, los esfuerzos realizados para incluir las negociaciones sobre inversión propiamente dichas en el ámbito de negociación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) generaron fuertes controversias, y contribuyeron significativamente a descarrilar la Conferencia Ministerial de Cancún de diciembre del 2003. Como parte del precio para poder avanzar en el Programa de Doha para el Desarrollo, que estaba estancado, los miembros de la OMC acordaron en julio de 2004 que se retiraría la inversión extranjera de la mesa de negociación, junto con otros dos “temas de Singapur” —el comercio y la política de competencia y la transparencia de las adquisiciones públicas—, mientras estuviera vigente el actual Programa de Doha para el Desarrollo.

Por lo tanto, en cuanto a normas multilaterales jurídicamente vinculantes, las que han perdurado de las múltiples iniciativas de la última mitad del siglo XX son aquellas acordadas en las negociaciones comerciales de la Ronda Uruguay, concluida en 1994. De ellas, las más importantes son el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (Acuerdo sobre las MIC), el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC), el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD).

En lo que se refiere a evaluar el tratamiento de la inversión, cabe destacar que la OMC tiene un amplio conjunto de disposiciones sobre esta materia, lo que puede parecer sorprendente dados los decididos intentos de muchos miembros del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) por evitar un debate significativo sobre los asuntos de inversión al principio de la Ronda Uruguay. El hecho de que el Acuerdo de Marrakech por el que se estableció la OMC contenga tantas

disposiciones sobre inversión —como es notorio en el Acuerdo sobre las MIC y, en particular, en el AGCS— se debe atribuir al marco de políticas en rápida evolución en el que se desarrolló la Ronda Uruguay.

Ese entorno fecundo, caracterizado por cambios significativos en las aproximaciones a las políticas y la elaboración de normas que se extendieron a un número creciente de países desarrollados y en desarrollo, fue uno que el sistema multilateral de comercio pudo incorporar (al menos parcialmente) al culminar la Ronda Uruguay. Entre esos cambios figuran los siguientes: i) un reconocimiento creciente de la relación cada vez más complementaria entre el comercio y la inversión en una economía mundial que se globaliza; ii) una mayor conciencia, sobre todo en los países en desarrollo, de los beneficios que se pueden obtener de las políticas cuando se traducen en compromisos creíbles en las esferas del comercio, la inversión y la protección de la propiedad intelectual; iii) una mayor apreciación del aporte clave de la inversión como medio principal para acceder a los mercados y acrecentar la competencia en ellos, y iv) un significativo impulso en el ámbito mundial a la liberalización del régimen de inversiones, a menudo sobre una base unilateral y estrechamente ligada a esfuerzos por reformar la reglamentación de sectores clave (como la energía, las telecomunicaciones y los servicios financieros y de transporte).

Aunque la Ronda Uruguay ha supuesto un importante precedente al establecer indicadores con los cuales elaborar normas sobre inversión más amplias, hay que tener presente al mismo tiempo las limitaciones de las disposiciones vigentes. Por ejemplo, el alcance del Acuerdo sobre las MIC continúa siendo extremadamente limitado y está en consonancia, en gran medida, con preocupaciones propias de una época de políticas caracterizadas más por la desconfianza frente a la inversión extranjera —y la necesidad de controlarla— que por el deseo de competir para atraerla. Las normas de la OMC sobre inversión siguen acusando un desequilibrio, dada la asimetría entre los severos requisitos de desempeño que suelen afectar sobre todo a los países en desarrollo y las débiles exigencias frente a distorsiones debidas a la aplicación inadecuada de incentivos a la inversión, cuya incidencia suele ser mayor en los países desarrollados.

Además, aunque las negociaciones del AGCS han puesto de manifiesto muy claramente la importancia crucial de las inversiones en el comercio de servicios y los resultados superan lo esperado en cuanto a compromisos de presencia comercial, el tratamiento dado a los temas de inversión está contenido en disposiciones que

exhiben deficiencias estructurales. Estas disposiciones son poco claras en las definiciones, no generan suficiente transparencia, presionan solo limitadamente en pro de la liberalización y dan protección escasa y solo indirecta a los inversores.

En consecuencia, queda mucho por hacer para dotar al sistema multilateral de comercio de una amplia

batería de normas sobre inversión, y no es de extrañar que después de la Ronda Uruguay se intente abordar las deficiencias señaladas. Sin embargo, a pesar de las continuas mejoras en el clima de inversión y las políticas de los países receptores, los intentos de elaborar un conjunto amplio de normas multilaterales sobre inversión han tenido poco éxito.

III

Alcance y contenido de los acuerdos bilaterales y regionales

1. Los tratados bilaterales sobre inversiones

Desde la década de 1960, los tratados bilaterales sobre inversiones (TBI) se han convertido en el instrumento internacional más común para abordar la protección de las inversiones. Ese tipo de tratados se ha multiplicado y actualmente tienden a establecerlos países de todos los niveles de desarrollo. Los TBI firmados son aproximadamente 2.300, aunque solo unos 1.700 están actualmente en vigor. La red de tratados de este tipo aumentó considerablemente en los años 1970, debido en gran medida a un impulso defensivo de los gobiernos de los países de origen (es decir, exportadores de capital) en respuesta al creciente número de expropiaciones y nacionalizaciones realizadas también en América Latina.

Esa tendencia se aceleró nuevamente en el decenio de 1990, aunque en un contexto político e ideológico muy diferente, ya que los gobiernos de los países receptores (es decir, importadores de capital), tanto en desarrollo como en transición, quisieron aprovechar la característica de orientadora atribuida a los TBI. En ese período aumentaron significativamente los tratados que vinculaban una gama más amplia de países sobre una base Norte-Sur y, más recientemente, sobre una base Sur-Sur.

Los TBI están diseñados para proteger, promover y facilitar la inversión extranjera, y constituyen hasta la fecha el instrumento más ampliamente utilizado para esos fines. Por lo general, han sido negociados entre países en desarrollo que quieren atraer inversión extranjera y países desarrollados que han sido el principal origen de inversores del exterior.

El contenido de los TBI se ha ido estandarizando cada vez más con el paso de los años y ha influido noto-

riamente en la formulación de normas a nivel regional, particularmente en los últimos 15 años, aunque como consecuencia del solo aumento del número de tratados la formulación de las disposiciones particulares es bastante variada.

Existen diferencias notorias entre las estipulaciones de los tratados que fueron firmados hace algunas décadas y las de los más recientes. Las disposiciones principales típicas de un TBI se refieren al alcance y definición de la inversión extranjera; la admisión de inversiones; el trato nacional y de nación más favorecida; el trato justo y equitativo; las garantías y compensaciones relativas a las expropiaciones; las garantías para la libre transferencia de fondos y la repatriación del capital y las utilidades, y disposiciones relativas a la solución de diferencias, tanto entre Estados como entre inversor y Estado. La aceptación del arbitraje entre inversor y Estado avanzó significativamente con la conclusión, en 1965, de la Convención de Washington, que revocó la práctica de inmunidad soberana establecida desde hacía tiempo por la doctrina Calvo.

Como se indicó anteriormente, quizá la novedad más significativa en la práctica internacional de los últimos años es la frecuencia con que los países en desarrollo y los países en transición firman acuerdos unos con otros. Con respecto al contenido, cabe señalar que la práctica en los acuerdos Sur-Sur no difiere mucho de la de aquellos Norte-Sur.

Los TBI siguen siendo ante todo, si no exclusivamente, instrumentos de protección de las inversiones. A lo largo de los años no ha habido una modificación significativa de los objetivos iniciales. Por lo tanto, sigue siendo válido que *una característica destacada de los tratados bilaterales sobre inversión es la multiplicidad*

de disposiciones que contienen que están diseñadas específicamente para proteger las inversiones extranjeras, y la ausencia de disposiciones diseñadas específicamente para asegurar el crecimiento económico y el desarrollo (Zampetti y Fredriksson, 2003).

2. Las normas sobre inversión en los acuerdos de integración regional

El universo de los instrumentos regionales sobre inversión no alcanza las proporciones exhibidas por el de los TBI, pero aun así es amplio, diverso y creciente. Por lo tanto, con los acuerdos regionales también se ha comenzado a crear una red intrincada de compromisos superpuestos. Mientras que los TBI se centran claramente en la protección de las inversiones, los acuerdos de integración regional (AIR), así como los interregionales, suelen orientarse a la liberalización de los regímenes de inversión, aunque muchos de ellos también abordan cuestiones relativas a la protección de las inversiones. El AIR de la Unión Europea, por ejemplo, se ocupa en forma particularmente pronunciada de la liberalización, ya que el meollo de los temas de protección de las inversiones no es de su competencia y se suele abordar en los TBI que conciertan los Estados miembros de la Unión Europea individualmente.

A nivel regional, son pocos los instrumentos dedicados íntegramente a la inversión, como la Decisión 291 de la Comunidad Andina (aprobada en 1991). No obstante, en los últimos años es creciente el número de acuerdos comerciales regionales que han incorporado lo que suelen ser disciplinas amplias sobre inversión. Los protocolos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y el Mercosur, a pesar de su menor cobertura y de que aún están sujetos a deficiencias de ratificación, constituyen ejemplos de esa tendencia.

El propósito general de esos acuerdos es de contribuir a crear un clima de inversión más favorable mediante medidas de liberalización, con miras a aumentar las corrientes de inversión dentro de las regiones o entre ellas. Como resultado, la presencia de normas sustantivas comunes entre ellos es mucho menor que en el caso de los TBI.

Los países de América Latina han estado entre los más activos en la concertación de esos acuerdos comerciales regionales, los cuales, a partir del TLC de América del Norte, suelen incluir normas sobre inversión destinadas al doble objetivo de protección y liberalización de las inversiones.

Hasta hace poco, los socios comerciales más importantes para América Latina —su eje neurálgico— eran los

Estados Unidos y la Unión Europea. Pero actualmente en la región hay también un interés cada vez mayor por Asia. México firmó en el 2004 el primer tratado de libre comercio entre Japón y un país latinoamericano.² Chile y China acaban de culminar conversaciones sobre un acuerdo de libre comercio. Panamá concertó un acuerdo con la provincia china de Taiwán, en tanto que China, Japón y la República de Corea están considerando activamente la posibilidad de establecer nuevos acuerdos de integración u otros mecanismos para acentuar la cooperación económica —incluso en la esfera de la inversión— con participantes latinoamericanos.

3. Avances bilaterales o regionales en la formulación de normas sobre inversión

Antes de la década de 1990, eran relativamente pocas las disposiciones sobre inversión que figuraban en los AIR; en su mayoría ellas tenían por objeto proteger la propiedad y se las encontraba en los TBI. Actualmente, las disposiciones sobre inversión suelen aparecer en los AIR en todas las regiones del mundo y especialmente en los acuerdos que involucran a países de América Latina. Antes de los años 1990, los AIR —a diferencia de los TBI, que solían asociar a países de muy distintos grados de desarrollo, esto es, países exportadores de capital avanzados y países receptores más pobres— se negociaron principalmente entre Estados de la misma región y en etapas similares de desarrollo económico. Actualmente, los AIR suelen vincular a Estados de diferentes regiones del mundo y a menudo procuran integrar economías que se hallan a niveles de desarrollo diferentes.

El número de AIR que incluye cláusulas sobre inversión ha aumentado de forma espectacular desde el decenio de 1990. Aunque los acuerdos entre distintas regiones son cada vez más comunes, la mayoría de los AIR concertados por países de las Américas tienen como contraparte a otros países de la región. Muchos países americanos son parte de al menos un AIR, que suele seguir las líneas del TLC de América del Norte. En cambio, los países de la Comunidad del Caribe (CARICOM) por lo general no han establecido AIR al margen de su comunidad.

² Véase el Acuerdo para el Fortalecimiento de la Asociación Económica entre los Estados Unidos Mexicanos y Japón. El propósito del acuerdo es fomentar el libre flujo transfronterizo de bienes, personas, servicios y capital entre ambos países. También pretende promover una asociación económica integral, que abarque la política de competencia, la mejora del ambiente de negocios y la cooperación bilateral en áreas como la enseñanza vocacional y la capacitación y promoción de las pequeñas y medianas empresas.

Muchas de las disposiciones sobre inversión que figuran en los AIR abordan los mismos temas que cláusulas equivalentes de los TBI y tienen que ver con indemnizaciones por expropiación y garantías del libre derecho a efectuar transferencias. Aunque las cláusulas sobre la protección de inversiones contenidas en los AIR suelen ser similares a las que figuran en los TBI, parece existir una mayor variación sustantiva en el contenido de las disposiciones de los primeros. Esto puede deberse a que la mayoría de los países —los Estados Unidos, por ejemplo— utiliza un texto modelo de negociación para sus TBI, lo que tiende a generar uniformidad entre los tratados bilaterales. En el caso de varios AIR plurilaterales, en cambio, la participación de un mayor número de países en la negociación y la necesidad de atender a distintos niveles de compromiso con la liberalización de las inversiones ha hecho necesaria una mayor flexibilidad y, por lo tanto, más creatividad en la redacción de las disposiciones legales.

No obstante, sigue siendo cierto que los AIR han codificado en gran medida la práctica anterior de los TBI con respecto a protección de las inversiones. Esto sucede aunque últimamente los AIR se han utilizado para corregir algunas de las deficiencias percibidas en las disposiciones tradicionales de los TBI, sobre todo en materia de arbitraje inversor-Estado en casos de expropiación indirecta. Puede sostenerse entonces que los AIR cumplen funciones de laboratorios de experimentación (sobre todo dada la evolución de la jurisprudencia), habiéndose registrado algunos avances en la elaboración de disciplinas que en intentos anteriores habían tropezado con obstáculos —particularmente, la propuesta de acuerdo multilateral de inversiones de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)—. Esos avances, y la posibilidad de ponerlos a prueba que ofrecen los AIR, podrían facilitar la adopción futura de normas multilaterales similares en el ámbito de la OMC.

Las disposiciones comunes en los AIR que van más allá de las estipulaciones de los TBI son las que prohíben las prácticas comerciales anticompetitivas, protegen los derechos de propiedad intelectual, liberalizan los procedimientos de admisión y abren el comercio y la inversión en los servicios, incluso bajo la forma de

presencia comercial, que es semejante a la IED. Como sucede en el caso de los TBI, los temas de impuestos e incentivos a la inversión no suelen figurar en los AIR.

En los AIR de las Américas ha influido notablemente el TLC de América del Norte. Este contiene un capítulo sobre inversión basado en las disposiciones de los TBI de los Estados Unidos, aunque más elaborado en algunos aspectos. Lo mismo sucede con el Acuerdo para el Fortalecimiento de la Asociación Económica entre los Estados Unidos Mexicanos y Japón. Los AIR europeos, incluidos aquellos con asociados de América Latina, se ocupan sobre todo de la liberalización (acceso a los mercados posterior al establecimiento del acuerdo), la limitación de las prácticas anticompetitivas y la protección de la propiedad intelectual. En el enfoque europeo, la protección de las inversiones se trata en los TBI concertados por los Estados miembros de la Unión Europea. Por lo tanto, los AIR en los que participa la Unión Europea, incluidos aquellos con países de América Latina, no contienen disposiciones relativas a la solución de diferencias entre el inversor y el Estado.

El hecho de que los AIR tiendan a contener una mayor variedad de disposiciones jurídicas que los TBI no significa que aquellos sean necesariamente acuerdos más débiles. De hecho, los AIR demuestran que es posible alcanzar acuerdos de alto nivel al margen del contexto de un TBI. Aunque sigue siendo cierto que los acuerdos más sólidos suelen ser de naturaleza bilateral (lo que refleja en muchos casos asimetrías de poder entre los signatarios), se han concluido con éxito AIR vinculantes entre múltiples Estados que proporcionan un alto nivel de protección de las inversiones y de liberalización.

Los AIR también suelen contener en mayor medida que los TBI disposiciones que tienen en cuenta las circunstancias específicas de los países en desarrollo. Esto es esperable en cierto modo, ya que las partes de algunos AIR son solo países en desarrollo. Por último, como se señaló con anterioridad, ya sea que incluyan solo países en desarrollo o que abarquen países en distintos estadios de desarrollo económico, los AIR parecen ofrecer un alcance mayor que los TBI para poner a prueba distintos enfoques que apunten a promover las corrientes de inversión internacional.

IV

Elaboración de normas sobre inversión: enfoques bilaterales, regionales o multilaterales

Las ventajas y desventajas de los acuerdos internacionales sobre inversión difieren según su naturaleza bilateral, regional o multilateral. Las ventajas y desventajas también se pueden juzgar desde distintos ángulos, como el de los países receptores frente a los países emisores, y especialmente el de los temas abarcados, la inclusión de disposiciones relativas al desarrollo, las repercusiones en la soberanía normativa de los países receptores, los efectos en las corrientes de inversión extranjera directa (IED) y el poder de negociación relativo de las partes.

Una de las principales razones de la popularidad de los TBI es el hecho de que ofrecen flexibilidad al país receptor, dándole la posibilidad de seleccionar y canalizar la IED (ya que la admisión suele estar regida por el respeto a la legislación del país receptor), mientras que a la vez proporcionan la necesaria protección a los inversores extranjeros. No obstante, a menudo los TBI incluyen países que están en distintos niveles de desarrollo y que, por lo tanto, tienen poder y capacidad de negociación asimétricos. Por lo demás, los datos disponibles no sugieren que los TBI repercutan significativamente en las corrientes de inversión.

Por último, los mecanismos de solución de diferencias entre el inversor y el Estado, que complementan las disposiciones de protección de las inversiones, pueden ocasionar altos costos y obligaciones para los países en desarrollo, además de poner sobre el tapete temas de posible controversia con respecto al derecho a regular en interés público. La reciente serie de litigios en los que participa Argentina es un claro ejemplo de ello, como lo es una mayor tendencia general, observada desde fines de los años 1990, a recurrir a la vía judicial en virtud de los TBI y los AIR.

A nivel regional, aunque los AIR a menudo abordan asuntos relacionados con la protección de las inversiones, suelen ir más allá, ya que incluyen la liberalización de las restricciones a la entrada y establecimiento de la IED seguida por la reducción de las restricciones operacionales discriminatorias posteriores a la entrada. Estos aspectos suelen formar parte de acuerdos de amplio alcance que se ocupan de muchas otras áreas de política, desde la liberalización del comercio de bienes y servicios hasta la protección de la propiedad intelectual. Siendo así,

los AIR pueden dar a los signatarios más espacio para compensaciones. Sin embargo, el enfoque más amplio de estos acuerdos, unido al recurso a mecanismos de solución de diferencias entre un inversor y el Estado, significa que ellos, como los TBI, difícilmente son inmunes a las posibles controversias en materia de políticas públicas relativas al arbitraje entre un inversor y el Estado. Así lo ha demostrado la experiencia con el TLC de América del Norte, sobre todo en los litigios relativos a los supuestos efectos confiscatorios (es decir, de expropiación indirecta) de los reglamentos ambientales o de salud.

En los instrumentos regionales se utiliza, incluso en mayor medida que en los TBI, todo el abanico de instrumentos tradicionales del derecho internacional, como las excepciones, las reservas, los períodos de transición y similares, a fin de asegurar la flexibilidad de las obligaciones y poder atender a las diferentes necesidades y capacidades de partes que se hallan a distintos niveles de desarrollo. Desde la perspectiva de los países en desarrollo, esto, junto con el reconocimiento creciente de los vínculos entre el comercio y las corrientes de inversión, podría explicar por qué las normas sobre inversión figuran cada vez más en los AIR, que hasta ahora se habían ocupado primordialmente de cuestiones comerciales.

Como los AIR que abordan asuntos de inversión y también los TBI se han multiplicado, se ha ido generando una intrincada red de compromisos superpuestos. Este es uno de los principales argumentos aducidos a favor de crear un marco común para la inversión, acordado multilateralmente, que, citando la Declaración Ministerial de Doha de la OMC, pueda “asegurar condiciones transparentes, estables y previsibles para las inversiones transfronterizas a largo plazo, en particular las inversiones extranjeras directas” (OMC, 2001).

Los que proponen un patrón unificado sobre inversión en el marco de la OMC han argumentado que un nuevo marco multilateral de normas podría asegurar tanto la liberalización autónoma como la negociada bilateral y regionalmente y extender los beneficios de esa apertura sobre la base del trato de nación más favorecida, evitando así posibles retrocesos en materia de políticas

cuando las medidas de liberalización todavía tienen que consolidarse.

El argumento contrario que se ha esgrimido señala que ya existe un conjunto de normas sobre inversión a múltiples niveles en los TBI y los instrumentos regionales, así como a nivel multilateral, particularmente en virtud del Acuerdo sobre las MIC y el AGCS de la OMC.

Las normas existentes están lejos de ser perfectas, aunque, por lo general, a los “amigos” de la inversión en la OMC les ha resultado difícil presentar propuestas que sugieran que una normativa claramente superior podría aprobarse en el marco de la OMC. Así pues, es probable que persista la complejidad de la superposición de normas y reglamentos sobre inversión, a no ser que los TBI y las normas de inversión de los instrumentos regionales sean sustituidos por un acuerdo multilateral.

Al mismo tiempo, en el actual sistema de la OMC sigue existiendo un desequilibrio entre el tratamiento dado a los inversores en el sector de los servicios, que están cubiertos en cierta medida por las normas del AGCS, y el tratamiento que reciben todos los demás inversores, a los que, se piensa, solo se les puede aplicar de forma directa el Acuerdo sobre las MIC.

Con una perspectiva de desarrollo, la cuestión del “nivel” apropiado para la elaboración de normas –bilateral, regional o multilateral– no se puede separar de un estudio del contenido real o potencial de las normas y compromisos sobre inversión. Todos los acuerdos internacionales sobre inversión son instrumentos de cooperación entre países que los han aceptado voluntariamente. Además, como todos los tratados, los acuerdos internacionales de inversión como tales son instrumentos neutros; lo que importa para determinar su efecto en las perspectivas de desarrollo o la soberanía normativa de los países es su contenido y hasta la fecha el contenido de esos acuerdos orientado al desarrollo ha sido bastante modesto a todos los niveles. Por lo tanto, hay mucho espacio para acentuar la atención que se presta a los problemas del desarrollo en la formulación de normas sobre inversión a nivel internacional.

Esto es particularmente cierto a la luz de las asimetrías de poder y de capacidad de negociación que suelen caracterizar las negociaciones sobre varios temas a la vez, en las que uno de ellos prevalece al final, y en las que se

debe velar por que se consideren y preserven adecuadamente los intereses de los países en desarrollo.

Al mismo tiempo, en las negociaciones multilaterales los países en desarrollo pueden lograr un apalancamiento mayor que en las negociaciones regionales o bilaterales, pues pueden proponer ideas comunes sobre temas sustantivos importantes para ellos. Además, si se llevaran a cabo esfuerzos adecuados en materia de creación de capacidad, el plano multilateral podría posibilitar una participación significativa de todos los países en desarrollo en la formulación de nuevas normas. De lo contrario, esas normas serán diseñadas por un número cada vez más pequeño de países clave que toman parte en las iniciativas bilaterales o regionales.

Al respecto, es importante que todos los acuerdos internacionales sobre inversión se conciban de manera que permita un grado suficiente de autonomía y flexibilidad en materia de políticas. Concretamente, las obligaciones jurídicas que se adquieran no deberían limitar excesivamente el derecho soberano a regular en interés público. En los últimos años, los AIR, más que los TBI, han avanzado algo tendido en la tarea de aclarar (y en general circunscribir el alcance) de algunas disposiciones sobre la protección de las inversiones, por estimarse que podrían obstaculizar indebidamente la autonomía normativa de los países receptores.

La búsqueda de autonomía en materia de políticas por parte de los países en desarrollo va más allá de los temas de protección, pues se extiende a cuestiones de admisión y tratamiento de las inversiones e incluye el fomento de las industrias nacionales (subsidios e incentivos) y los requisitos de desempeño. Aunque parece haber una preferencia colectiva clara por la inacción normativa frente a los subsidios relacionados con la inversión (es decir, los incentivos a la inversión), el tema de las disciplinas relativas a los requisitos de desempeño ha dado lugar a una interesante paradoja: aunque este tema fue prominente en el debate sobre implementación en la Ronda Uruguay (como lo fue también la percepción generalizada de un tratamiento poco equitativo a los países en desarrollo), ha generado escasa resistencia en el contexto de los AIR, que en su gran mayoría prohíben una lista de medidas más amplia que la que figura en el Acuerdo sobre las MIC.

V

Anatomía de un intento fallido: la inversión y el Programa de Doha para el Desarrollo

En la Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Doha, Qatar, en noviembre del 2001, los miembros de la OMC acordaron iniciar negociaciones sobre inversión extranjera después de la Quinta Conferencia Ministerial “sobre la base de una decisión que habría de adoptarse, por consenso explícito, en ese período de sesiones respecto de las modalidades de las negociaciones” (OMC, 2001). En esa decisión se identificaron temas en los cuales el Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones debería avanzar antes de la Quinta Conferencia Ministerial, y se definieron algunas cuestiones básicas que sería necesario tener en cuenta en las negociaciones sobre el marco multilateral previsto.

Aunque la labor de ese grupo de trabajo ha sido considerada altamente pedagógica y ha encauzado hacia la esfera de las políticas de inversión un volumen sin precedentes de asistencia técnica y creación de capacidad, también ha causado una gran controversia. De hecho, de los cuatro denominados “temas de Singapur” que los miembros de la OMC han analizado desde 1996 (la inversión, el comercio y la política de competencia, la facilitación del comercio y la transparencia de la adquisición pública de bienes y servicios), el tema de la inversión resultó ser el más directamente implicado en el desbaratamiento de la Conferencia Ministerial de Cancún de la OMC, celebrada en septiembre del 2003.

El estancamiento en torno a la inversión y a su tratamiento en el sistema de la OMC se resolvió finalmente mediante la decisión de julio de 2004 del Consejo General de esa organización, que confinó los debates de los temas de Singapur incluidos en el Programa de Doha para el Desarrollo solamente a la facilitación del comercio. El efecto más inmediato de la fallida iniciativa en el marco de la OMC será el de devolver a los planos bilateral y regional propuestas clave para la elaboración de normas sobre inversión. Esas propuestas tomarán la forma de TBI o AIR que incluyan la amplia gama de disposiciones sobre protección de las inversiones y sobre liberalización que se examina en este artículo. Para los países de América Latina, esto supone sobre todo acuerdos bilaterales, ya que la posibilidad de un acuerdo de integración hemisférico —como el propuesto con

el nombre de Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)— parece menos promisorio que antes.

Es posible que el avance en la elaboración de normas sobre inversión sea más viable a nivel bilateral y regional. Esto es así al menos por dos razones importantes. La primera es que en esas negociaciones, particularmente las bilaterales, hay importantes asimetrías de poder económico y político entre los países que exportan capital y aquellos que lo importan. La segunda razón es que los TBI y los AIR suelen partir de cero y no enfrentan la delicada tarea de reabrir la discusión sobre normas y compromisos y el equilibrio de concesiones existentes, lo que inevitablemente complicaría todo intento de compatibilizar nuevas normas de inversión con las vigentes en el marco de la OMC.

Los debates sobre inversión en la OMC han puesto de relieve una extraña paradoja: la tenaz resistencia a nivel multilateral de algunos países en desarrollo en un tema sobre el cual sus instancias unilaterales, bilaterales o regionales han adoptado posiciones muy diferentes (y mucho más acomodaticias). De hecho, la floreciente red de tratados, sobre todo a nivel bilateral, indica que los países en desarrollo tienen disposición y capacidad cada vez mayores (debido en parte a la naturaleza marcadamente unilateral de las recientes decisiones sobre liberalización) para codificar a nivel nacional los marcos jurídicos vigentes para la inversión internacional.

La incapacidad de los miembros de la OMC para alcanzar un acuerdo sobre las modalidades de las negociaciones relativas a la inversión en el Programa de Doha para el Desarrollo debe evaluarse teniendo como trasfondo el valor agregado, la coherencia y los incentivos a la negociación implícitos en las propuestas de sus partidarios en la OMC, en contraposición a los méritos correspondientes de los TBI y los AIR. En pocas palabras, ¿a qué propósito serviría un conjunto de normas multilaterales sobre inversión? ¿Debería —y podría— ir más allá de lo que ya existe a nivel bilateral y regional? ¿Y vale la pena un conjunto de normas como ese (y “pagar” por él en términos de negociación) si su contenido resulta ser menor que el de un TBI —o un AIR—, como parece probable dada la mayor diversidad económica y política de los miembros de la OMC y la reciente reafirmación por

muchos países en desarrollo de la necesidad de contar con mayor espacio político?³

En todas las esferas mencionadas, y como ha confirmado recientemente la decisión de julio del 2004 del Consejo General de la OMC, lo que era propuesto en el ámbito de la inversión curiosamente no consiguió concitar un apoyo amplio entre los miembros de la OMC. Eso se puede inferir al observar las propuestas sobre inversión del Programa de Doha para el Desarrollo desde el prisma de los cuatro componentes fundamentales de la elaboración de normas sobre inversión: i) la protección, ii) la liberalización, iii) las distorsiones y iv) la buena gobernanza.

1. La protección de las inversiones

Se ha argüido que la OMC no es el marco óptimo para abordar la protección de las inversiones. Los miembros de la OMC parecen coincidir con tal punto de vista, ya que este tema nunca estuvo entre los principales de la agenda del Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones. Esto se debe principalmente a que una de las características distintivas de los TBI o AIR que contienen disciplinas amplias sobre inversión es el recurso a procedimientos de solución de diferencias entre el inversor y el Estado; este recurso, al que los inversores naturalmente atribuyen considerable importancia, en la práctica no es concebible en el marco de la OMC. De hecho, el precedente —jurídico, y quizá más importante, político— que sentaría un instrumento así probablemente alentaría a la parte privada a reclamar el recurso de solución de diferencias en ámbitos distintos del de la inversión, sobre todo en asuntos ambientales, laborales y de derechos humanos. Parece muy poco probable que esto concite el apoyo de los miembros diversos y polarizados de la OMC.

2. La liberalización de las inversiones

Indudablemente, en el tema de la liberalización de las inversiones la OMC pisa en terreno más firme. No obstante, también en este caso hay que tener en cuenta dos datos importantes a los que los partidarios de un acuerdo en

la OMC no parecen haber prestado atención suficiente. En primer lugar, unos dos tercios de las corrientes de IED globales anuales se dirigen actualmente al sector de servicios. En segundo lugar, y quizá más importante desde la perspectiva del valor agregado de cualquier nueva iniciativa de elaboración de normas sobre inversión en el marco de la OMC, alrededor de cuatro quintos de los impedimentos a la IED transfronteriza se encuentran también en el sector de servicios.

El hecho de que los servicios sean el ámbito principal de las restricciones a la inversión —y, por lo tanto, a la liberalización del régimen de inversiones— destaca de forma notable. En ellos la proporción de medidas que no están en conformidad con las disposiciones del acuerdo respectivo va desde el 76,9% en Canadá y los Estados Unidos al 81,6% en los países latinoamericanos de la muestra utilizada en este estudio (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y la República Bolivariana de Venezuela) y a un elevado 94,1% en las economías en transición (como Hungría, Polonia o la República Checa).

3. Las distorsiones de la inversión

Con respecto a las respuestas de acción colectiva ante medidas que distorsionan la inversión —las que suelen afectar más a la IED en las manufacturas que en los servicios— es importante distinguir tres categorías de medidas de política. Una primera categoría está constituida por requisitos de desempeño, que ya han sido prohibidos en el Acuerdo sobre las MIC de la OMC y cuyo alcance —podría decirse— excede el del limitado subconjunto de medidas descritas en la lista ilustrativa de medidas prohibidas de dicho acuerdo. El principal reto en un contexto multilateral sería incorporar por referencia el Acuerdo sobre las MIC en cualquier nuevo instrumento sobre inversión de la OMC y considerar la posibilidad de hacerlo extensivo a la inversión en servicios, lo que ya se ha hecho en algunos AIR. Como se indicó anteriormente, dada la prominencia del Acuerdo sobre las MIC en el debate contencioso en la OMC sobre la carga de implementación derivada de los acuerdos de la Ronda Uruguay, esa cobertura ampliada no se puede dar por establecida, aunque en investigaciones recientes se haya comenzado a documentar la prevalencia de medidas similares a las MIC en los servicios (Sauvé, Molinuevo y Tuerk, 2006).

Una segunda categoría fundamental de la agenda sobre distorsiones lo constituyen los incentivos a la inversión, que en los últimos años se han aplicado en un número creciente de países de todas las regiones

³ Como antes se señaló, la búsqueda de espacio político en materia de inversión es paradójica en sí, ya que ha surgido principalmente en el marco de las negociaciones de la OMC y en el contexto del debate sobre implementación surgido en la Ronda Uruguay. Entretanto, los países en desarrollo parecen haber estado cediendo espacio político voluntariamente en el marco de los TBI (muchos de los cuales son concertados entre estos mismos países) y de los AIR.

y que actualmente se usan en cada vez más países en desarrollo. Aun siendo deseable —por consideraciones no menores, como las de equidad y coherencia—, la cobertura de los incentivos a la inversión, que suelen concederse en estrecha relación con requisitos de desempeño, podría resultar desalentadora en el contexto de la OMC, a juzgar por intentos fallidos anteriores y por la revelada inclinación de los países receptores a la inacción normativa en este terreno.

Más aún, cabe preguntarse cuál es el nivel más apropiado para enfrentar una fuente tal de distorsiones —si los acuerdos regionales o los multilaterales— dada la probable mayor incidencia regional de la competencia basada en la localización entre los países receptores. De hecho, ha habido una intensa competencia tanto entre países desarrollados como entre países en desarrollo (pero significativamente menor entre países de uno y otro grupo) por atraer IED utilizando los incentivos a la inversión. Los gobiernos centrales y subnacionales en los países federales hacen gran uso de esos instrumentos, particularmente en el caso de los países desarrollados.

Un tercer conjunto de desafíos relacionados con las distorsiones tiene que ver no tanto con las medidas sobre inversión como con las medidas de política comercial, y abarca una gama de prácticas que distorsionan las decisiones en materia de inversión, apartándolas del equilibrio que de otro modo prevalecería. Quizá el mejor ejemplo de estas medidas de comercio relacionadas con la inversión son las normas de origen discriminatorias y destinadas a sectores específicos que figuran en numerosos acuerdos de libre comercio. En el pasado muchas de esas normas

apuntaron a los inversores japoneses, sobre todo en la industria automotriz, y causaron importantes distorsiones del comercio y de la inversión. Tales medidas también son frecuentes en la industria textil y de prendas de vestir y, de hecho, en muchos sectores del país receptor que temen a la deslocalización y la debilidad competitiva estructural de las industrias nacionales.⁴

4. La buena gobernanza

De todos los temas vinculados a lo que se podría denominar la agenda de “buena gobernanza” en el ámbito de la inversión, aquellos relacionados con la transparencia son quizás los únicos que podrían incluirse fácilmente en un acuerdo sobre inversión en el marco de la OMC. También en este caso, no obstante, habría que sopesar las implicaciones en materia de eficacia y desarrollo que derivarían de la posibilidad de recurrir a un mecanismo de solución de diferencias y del riesgo concomitante de posibles sanciones comerciales o de inversión como refuerzo de esas disposiciones positivas.

En cuanto a todos los demás temas ligados a la buena gobernanza, tan diversos como los de combatir la corrupción, promover la adopción de ciertas medidas en los países receptores y alentar la responsabilidad social de las empresas o las mejores prácticas para estimular la inversión, no parece que las respuestas que han surgido, sobre todo en la OMC, respecto a normas legales vinculantes y de cumplimiento forzoso no parezcan ser adecuadas y es improbable que conciten mucho respaldo de la comunidad de inversores.

VI

A modo de conclusión: marcos prospectivos en materia de inversión

Es probable que la idea de buscar un acuerdo multilateral global anclado en la OMC siga estando presente e influya en lo que harán los países que continúen creyendo deseable esa vía para elaborar las normas pertinentes. Sin prejuzgar lo que deparará el futuro, este artículo sugiere algunas opciones prospectivas. Da la casualidad de que algunos de los interrogantes de política que determinarán la forma y el contenido finales de un posible acuerdo futuro sobre inversión en el marco de la OMC interesan también a los miembros de la organización, los que pueden sopesarlos

y abordarlos en sus negociaciones en curso relativas a tratados bilaterales de inversiones (TBI) y, sobre todo, a acuerdos de integración regional (AIR).

Si los miembros de la OMC deciden en algún momento emprender negociaciones con miras a un acuerdo

⁴ Otra medida comercial relacionada con la inversión tiene que ver con las llamadas crestas arancelarias y la progresividad arancelaria, así como con las prácticas contra la libre competencia que son posibles en regímenes *antidumping* nacionales.

amplio sobre inversión, tendrán que definir el alcance de ese acuerdo y considerar algunos aspectos esenciales. El alcance sustantivo estará determinado por las disciplinas del acuerdo, incluida la definición de términos fundamentales como inversiones e inversores (esto es, qué inversiones y qué inversores se beneficiarían del acuerdo). Los países tendrán que evaluar los efectos de esas definiciones en las disposiciones del acuerdo y en un posible proceso de liberalización. ¿Debería la definición de inversión incluir la IED, las inversiones de cartera, los bienes inmuebles y los activos intangibles? ¿Debería ser suficientemente amplia como para permitir la inclusión de nuevas formas de inversión y a la vez definir lo que no es una inversión (a fin de excluir las corrientes de capital de corto plazo)? ¿Debería extenderse a las fases previas y posteriores al establecimiento de una inversión o podrían las disciplinas seguir un enfoque de geometría variable, con una definición más amplia para los temas de protección de las inversiones y una definición más restringida (por ejemplo, limitada solo a las corrientes de IED) para los efectos de la liberalización de las inversiones?

¿Debería un posible acuerdo sobre inversión aplicarse asimismo a los compromisos adquiridos en virtud del AGCS con respecto a la presencia comercial y en virtud del Acuerdo sobre las MIC con respecto a los requisitos de desempeño? Aunque la definición de presencia comercial que figura en el artículo XXVIII del AGCS es más limitada que la habitual en los TBI o los AIR que contienen disciplinas amplias sobre inversión, sí cubre las cuestiones relativas a las fases anteriores y posteriores al establecimiento de una inversión.

Las disposiciones fundamentales relativas a trato nacional y de nación más favorecida son otro elemento decisivo de cualquier acuerdo multilateral futuro sobre inversión. Los miembros de la OMC tendrán que decidir si aplican las disposiciones de nación más favorecida y de trato nacional a todos los miembros y sectores (sujetas a reservas de listas negativas) o si adoptan el enfoque del AGCS, es decir, una disposición de nación más favorecida que abarca a todos con excepciones temporales y una norma condicional de trato nacional y de acceso a los mercados, que se aplicaría solamente a aquellos sectores y subsectores en los que los miembros programaran compromisos voluntariamente. La elección de un enfoque de listas negativas o híbridas para la liberalización podría tener amplias repercusiones de largo plazo en el comportamiento normativo futuro y en el grado de interés de muchos países en desarrollo por las normas sobre inversión.

Los miembros de la OMC, por lo tanto, deberían evaluar si un acuerdo de la OMC sobre inversión debería incluir compromisos sobre la liberalización de las inversiones tanto en bienes como en servicios, los que plantearían complejos problemas de reforma de la arquitectura de los acuerdos y de tratamiento de los derechos adquiridos (y el consiguiente equilibrio de beneficios) que derivan de los acuerdos actuales.

También es importante (inclusive a nivel bilateral y regional) preguntarse si los compromisos de liberalización asumidos por miembros de la OMC deberían reflejar el *statu quo* normativo. Asegurar un resultado así supondría desviarse en forma potencialmente significativa de una tradición de larga data —en el comercio de mercancías bajo el GATT (para las negociaciones arancelarias) y extendida a los servicios en virtud del AGCS en la Ronda Uruguay—, mediante la cual los países han mantenido (y ejercido) tradicionalmente el derecho a comprometer menos que el *statu quo*.

Cualquier acuerdo global sobre inversión deberá abordar también los requisitos de desempeño, lo que probablemente lleve a la incorporación por referencia de las disciplinas que ya figuran en el Acuerdo sobre las MIC de la OMC. Se tendrá que evaluar si esas normas debieran ampliarse a los servicios, y esto sin duda supondrá polémicas, dada la tendencia reciente a preservar espacio político y el hecho de que en muchos países en desarrollo el sector de los servicios es incipiente.

Por deseables que sean —sobre todo debido a consideraciones de equidad y coherencia—, las disposiciones sobre los incentivos a la inversión probablemente significarán más conflictos en el marco de la OMC, a juzgar por los intentos fallidos anteriores y las preferencias de política manifiestas en esta esfera. Sin embargo, como ya se ha señalado, tales disposiciones podrían abordar problemas de alcance, codificación y prohibición de algunos tipos de incentivos (o de exhortación a abstenerse de su uso). Lo ideal sería que los principios de transparencia y no discriminación (trato nacional y trato de nación más favorecida) se aplicaran a esas prácticas, aunque es probable que avanzar en tal sentido sea difícil por razones políticas obvias en importantes países receptores.

Una alternativa sería ampliar el actual ámbito de los acuerdos sobre inversiones en la OMC, sin negociar un acuerdo global. Al respecto hay varias opciones. Dado que la mayor parte de las restricciones a la inversión surgen en el sector de servicios, los miembros de la OMC podrían centrarse en la liberalización de las inversiones en el marco del AGCS y asegurarse de que los compromisos reflejen más de cerca el régimen de inversión vigente en

cada país miembro (es decir, estimular o establecer el programa de compromisos de *statu quo* para el comercio de modo 3).⁵ Esto último significa que los miembros de la OMC podrían solicitar a sus asociados en un TBI o un AIR que ratifiquen acuerdos en los que se adopte un enfoque de programación híbrido, similar al AGCS, o bien alentarlos a que lo hagan. Entre los ejemplos recientes figuran AIR firmados por Japón con algunos países del sudeste asiático.⁶

Los miembros de la OMC también podrían optar por elaborar disciplinas complementarias sobre la inversión en bienes con el fin de abordar el acceso a los mercados en los acuerdos sobre inversión, tema que está ausente bajo las normas actuales de la OMC. Esto era esencialmente lo que propugnaban los que proponían incluir la inversión en la Ronda de Doha, con escasos resultados. Un enfoque de ese tipo tendría que complementarse con esfuerzos para extender a los servicios las disciplinas que figuran en el Acuerdo sobre las MIC, otra ardua tarea dada la importancia de este acuerdo en el debate en la OMC acerca de la implementación, con posterioridad a la Ronda Uruguay. Además, al Acuerdo SMC se podría añadir disciplinas multilaterales más explícitas sobre incentivos a la inversión que promovieran la transparencia (y posiblemente la no discriminación, al incluir una base voluntaria pero basada en el tratamiento de nación más favorecida) y, también en este caso, se le podría ampliar total o parcialmente a la inversión en servicios.

Otra opción para los miembros de la OMC sería negociar un amplio acuerdo plurilateral sobre inversión que abarcara tanto la protección de las inversiones como la liberalización, y cuyos beneficios se podrían extender solo a los signatarios o concertarse y aplicarse sobre la base de nación más favorecida una vez que se haya alcanzado una masa crítica aceptable de actividad de inversión internacional (como en el caso del Acuerdo sobre Tecnología de la Información). En diciembre del

2000 la Comisión Europea propuso la idea de un enfoque plurilateral durante un período breve, pero en general fueron pocos los interesados, ya que el establecimiento de nuevas disciplinas plurilaterales en el marco de la OMC requiere el consenso explícito de todos los países miembros, el que nunca se ha dado sobre los temas de Singapur en general ni sobre las cuestiones relativas a la inversión en particular.

Una última opción, que los miembros de la OMC también pueden perseguir a nivel bilateral y regional, sería un *quid pro quo* negociador visualizado como una vinculación entre el movimiento del capital (inversión) y el del trabajo (personas).

Un elemento de negociación como este, basado en la movilidad de los factores, guardaría relación con un área temática —la movilidad temporal de trabajadores calificados y semicalificados— que ocupa un lugar destacado entre las prioridades de exportación de un número alto y creciente de países en desarrollo. Las remesas de los trabajadores son, después de la IED, la mayor fuente de financiación externa de los países en desarrollo en general, y superan a la IED en muchos países en desarrollo, particularmente aquellos más pobres que no suelen atraer mucha inversión de este tipo. Más aún, un *quid pro quo* entre capital y trabajo podría contribuir a atenuar la escasez de trabajadores calificados que se está agudizando en algunas sociedades envejecidas. Este problema tiene particular relieve en los países desarrollados dadas las tendencias demográficas que predominan en ellos.

Caben pocas dudas de que los aspectos políticos de la movilidad de la fuerza de trabajo plantean más dificultades que los relativos a la movilidad del capital, lo que es igualmente válido en los países en desarrollo. Sin embargo, a pesar del desafío que eso significa y de las genuinas preocupaciones en materia de políticas públicas a las que da lugar, hay espacio para que los países exploren de forma imaginativa los elementos de la movilidad de los factores que se podrían aprovechar en los AIR (hoy) y en el marco de la OMC (mañana).

Para que eso suceda, los miembros de la OMC podrían dar a sus AIR una estructura tripartita —utilizada primero en el TLC de América del Norte y presente en algunos AIR posteriores (sobre todo en América Latina)—, que ponga de relieve un conjunto de disciplinas complementarias sobre: i) el comercio de servicios transfronterizo (modo 1 y modo 2 del AGCS); ii) disciplinas genéricas (es decir, horizontales) sobre inversiones, aplicables a los bienes y los servicios en forma indiferenciada, y iii) disciplinas genéricas sobre la entrada temporal de personas de negocios.

⁵ En el ámbito de la OMC existen varias modalidades de prestar servicios en el comercio internacional. Entre ellas: *Modo 1* Comercio transfronterizo, en el que el prestador del servicio cruza una frontera para prestarlo. En el *Modo 2* es el consumidor el que cruza la frontera. El *Modo 3* implica una presencia comercial permanente del proveedor, a través de una inversión. El *Modo 4* conlleva la migración transitoria de personas que trabajan en una empresa de servicios de un país, para prestar esos servicios en otro.

⁶ Los recientes acuerdos de libre comercio japoneses exhiben una doble innovación: i) una obligación de vincular el *statu quo* normativo con compromisos de inversión, pero manteniendo un enfoque voluntario similar al del AGCS para programar los sectores en los que se asumen compromisos y ii) la publicación, con fines de transparencia, de listas no vinculantes de medidas que no estén en conformidad con las disposiciones del acuerdo pertinente y que afecten al comercio y a la inversión en el sector de servicios.

Cabe suponer que llevar adelante una agenda que vincule la movilidad del capital y la de los trabajadores es más fácil a nivel bilateral y regional que en el marco de la OMC, ya que los negociadores de Ginebra tendrán que lidiar inevitablemente con la adecuación de cualquier nueva disciplina de inversión a los acuerdos vigentes, reabriendo el delicado problema del equilibrio de concesiones establecido en ellos y, posiblemente, revisando la estructura del conjunto de acuerdos de la OMC. Este es claramente el caso del AGCS, cuyo alcance necesitaría reducirse exclusivamente al comercio transfronterizo de servicios (es decir, los modos 1 y 2), a fin de dar paso a nuevos acuerdos horizontales sobre inversión (en bienes y servicios) y sobre el movimiento de personas (en todos los sectores).

Como se ha intentado mostrar en este ensayo, las causas del estancamiento actual de la OMC en los temas

de inversión son numerosas. Tienen que ver con una compleja interacción de preocupaciones en materia de procedimientos, tácticas y cuestiones sustantivas y suponen una paradójica búsqueda de espacio político en los debates multilaterales, espacio que sin embargo se continúa cediendo en el contexto de iniciativas políticas unilaterales, bilaterales o regionales.

El estancamiento señalado brinda una buena oportunidad para hacer algo muy necesario: repensar a fondo tanto los objetivos que deberían perseguir las negociaciones sobre inversión, incluidas aquellas a nivel regional y bilateral, como el valor agregado que se podría esperar de cualquier nuevo intento de incluir la inversión en la agenda de la OMC y los parámetros que deberían enmarcar los debates a fin de equilibrar los intereses de los países emisores y receptores de inversión.

Bibliografía

- OMC (Organización del Comercio Internacional) (2001): Declaración Ministerial, WT/MIN(01)/DIC/1, Doha, 20 de noviembre.
- Sauvé, P. (2006): *Trade and Investment Rules: Latin American Perspectives*, serie Comercio internacional, N° 66, LC/L.2516-P, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.06.II.G.42.
- Sauvé, P., M. Molinuevo y E. Tuerk (2006): *Preserving Flexibility in International Investment Agreements: The Use of Reservations*

- Lists*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.06.II.D.14.
- Zampetti, A. B., y T. Fredriksson (2003): The development dimension of investment negotiations in the WTO-challenges and opportunities, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 4, N° 3, Ginebra, Werner Publishing Company Ltd., junio.