



**Conferencia de las
Naciones Unidas sobre
Comercio y Desarrollo**

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/EM.12/2
23 de septiembre de 2002

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO

Comisión de la Inversión, la Tecnología
y las Cuestiones Financieras Conexas

Reunión de Expertos en la dimensión de
desarrollo de la IED: políticas para potenciar
el papel de la IED en apoyo de la competitividad
del sector empresarial y de los resultados
de las economías receptoras, teniendo en cuenta
la interacción entre comercio e inversión, en el
contexto nacional e internacional

Ginebra, 6 a 8 de noviembre de 2002

Tema 3 del programa provisional

**LA DIMENSIÓN DE DESARROLLO DE LA IED EN EL CONTEXTO
NACIONAL E INTERNACIONAL - CUESTIONES DE POLÍTICA
QUE HAN DE EXAMINARSE**

Nota de la secretaría de la UNCTAD

Resumen

La presente nota aborda una serie no exhaustiva de cuestiones que merecen ser considerados atentamente al examinar la dimensión de desarrollo de las inversiones extranjeras directas, especialmente en el marco de la negociación de acuerdos internacionales de inversión. Está centrada más específicamente en cuestiones relativas, en primer lugar, al papel de las políticas del país receptor relacionadas con la IED para fomentar las sinergias existentes entre la entrada de IED y el sector de las empresas nacionales; en segundo lugar, la posible función de las medidas de política del país de origen en este contexto; y, en tercer lugar, la forma en que el diseño y la aplicación de las AII puedan reflejar de forma equilibrada los intereses de los países receptores y de origen, teniendo en cuenta las políticas y objetivos de desarrollo de los gobiernos receptores y el derecho de éstos a regularlos.

ÍNDICE

| | <u>Párrafos</u> | <u>Página</u> |
|--|-----------------|---------------|
| INTRODUCCIÓN..... | 1 - 9 | 3 |
| I. MEDIDAS DE POLÍTICA ADOPTADAS EN EL PAÍS RECEPTOR..... | 10 - 22 | 5 |
| II. MEDIDAS DE POLÍTICA ADOPTADAS EN EL PAÍS DE ORIGEN..... | 23 - 30 | 10 |
| III. EL DERECHO A REGLAMENTAR Y LAS SALVAGUARDIAS.... | 31 - 49 | 15 |
| REFERENCIAS | | 23 |

INTRODUCCIÓN

1. La Comisión de la Inversión, la Tecnología y las Cuestiones Financieras Conexas decidió, en su sexto período de sesiones celebrado del 21 al 25 de enero de 2002, convocar una "Reunión de Expertos en la dimensión de desarrollo de la IED: políticas para potenciar el papel de la IED en apoyo de la competitividad del sector empresarial y de los resultados de las economías receptoras, teniendo en cuenta la interacción entre comercio e inversión, en el contexto nacional e internacional".

2. El tema escogido reviste especial importancia habida cuenta del llamamiento a la realización de análisis de política en la esfera de la inversión que se hace en la Declaración Ministerial de la Reunión de la Organización Mundial de Trabajo en Doha, y de la necesidad de disponer de contribuciones a los debates sobre la "dimensión de desarrollo" en las negociaciones sobre acuerdos internacionales sobre inversiones (AII) independientemente de cuál sea su nivel.

3. Las inversiones extranjeras directas (IED) pueden desempeñar una importante función en el desarrollo de las economías receptoras. Además de aportar corrientes de capital, la IED puede ser un vehículo para la obtención de tecnología, conocimientos teóricos y empresariales y otros importantes elementos de procedencia extranjera; la integración en las redes internacionales de comercialización, distribución y producción; y la mejora de la competitividad internacional de las empresas y de los resultados económicos de los países. En cualquier caso, ni las entradas de IED ni los beneficios que de ellas se desprenden son automáticos.

4. Los gobiernos tienen necesidad de examinar la función que desean que desempeñe la entrada de IED en el desarrollo de sus economías para diseñar en consecuencia sus políticas de IED. Por ello los objetivos de política en sentido amplio son atraer especialmente inversiones adaptadas a los objetivos de desarrollo especificados; aumentar al máximo las posibles ventajas derivadas de la IED; y reducir al mínimo los efectos negativos, (por ejemplo los problemas de balanza de pagos, los efectos de expulsión, la fijación de precios de transferencia, el abuso de la posición dominante en el mercado, las cuestiones laborales y los efectos ambientales). Las dos formas fundamentales de deficiencias de los mercados que pueden motivar la intervención de los gobiernos (de los Estados receptores o de origen) son: las deficiencias de información o coordinación en el proceso de inversión; la divergencia entre los intereses privados de los inversores (extranjeros y/o nacionales) y los intereses económicos y sociales de las economías receptoras. Para conseguir las máximas ventajas de la entrada de IED (UNCTAD, 1999), los gobiernos tienen necesidad de abordar las cuatro siguientes series de cuestiones:

- las deficiencias de información y coordinación en el proceso de inversión internacional;
- la protección de las industrias incipientes aplicada a las empresas locales, que pueden verse en peligro de exclusión del mercado por la entrada de IED;
- el carácter estadístico de las ventajas proporcionada por las empresas transnacionales en situaciones en que las capacidades nacionales son reducidas y no mejoran con el tiempo o en que las inversiones de estas empresas no son suficientes para mejorar las capacidades pertinentes (cuestión que es de especial importancia en el contexto de las vinculaciones entre filiales extranjeras y empresas locales); y

- escasa capacidad de negociación y reglamentación por parte de los gobiernos de los Estados receptores que puede llevar a una distribución de los beneficios considerada poco favorable desde la perspectiva de la sociedad (por ejemplo, efectos negativos en la competencia o el medio ambiente).

5. Por regla general, la función y los efectos que la IED tiene en los países en desarrollo y las economías en transición difieren de la que tienen para los países desarrollados. Ante todo, los primeros son normalmente importadores netos de IED, mientras que los países desarrollados presentan en la mayoría de los casos un esquema más equilibrado de entradas y salidas de IED¹. Por esta razón, la mayoría de los países en desarrollo y de las economías en transición se centran fundamentalmente, en cuanto hace a IED y AII, en las cuestiones relativas a su capacidad para atraer IED y beneficiarse de ella. En cambio, las cuestiones relativas a un mejor acceso de las inversiones a los mercados extranjeros revisten importancia secundaria, al menos para la inmensa mayoría de los países en desarrollo.

6. En segundo lugar, las diferencias tecnológicas entre empresas nacionales y extranjeras suelen ser más acentuadas en los países en desarrollo y en las economías en transición. Esto sugiere, por un lado, que estas economías deberían estar especialmente interesadas en atraer IED que aporte capital, tecnología y conocimientos teóricos, de que tanta necesidad tienen. Por otro, la escasa capacidad nacional constituye un obstáculo para cosechar todos los beneficios de la entrada de IED. En forma semejante, mientras que la entrada de IED en los países con empresas nacionales relativamente poco productivas puede aportar valiosos ejemplos de prácticas deseables, que llevan a un aumento de la productividad, también puede acarrear el peligro de producir la exclusión de los actores nacionales y alentar comportamientos contrarios a la libre competencia derivados de la pérdida de bienestar social.

7. Los acuerdos internacionales contienen, por regla general, compromisos vinculantes, que pueden llevar a la convergencia de las políticas nacionales y limitar la autonomía en materia de política de las partes en el acuerdo. Es por ello conveniente que los países en desarrollo consigan una mayor comprensión de cuáles son las políticas y los instrumentos de política más importantes desde una perspectiva de desarrollo; la forma en que las normas internacionales en materia de inversiones podría afectarles; y los compromisos que han de solicitarse a los países de origen en apoyo de sus objetivos de desarrollo. El tema central es determinar cómo los AII pueden ayudar a los países en desarrollo y a las economías en transición a atraer IED, permitiendo al mismo tiempo a esos países un margen suficiente para establecer normas que les permita obtener el máximo de beneficio de esas inversiones.

¹ El total de las entradas de IED procedentes de países en desarrollo aumentó rápidamente durante fines del decenio de 1990 situándose en 776.000 millones de dólares de los Estados Unidos en 2001. Sin embargo, las procedentes de las diez principales economías en desarrollo, con Hong Kong (China), Singapur, Provincia china de Taiwán y la República de Corea en las cuatro posiciones de cabeza, representaron más del 85% de esas inversiones. Sólo en 15 economías en desarrollo y economías en transición el monto acumulado de las salidas fue superior a 10.000 millones de dólares en 2001. En 70 países, el total de las salidas de IED fue inferior a 10.000 millones de dólares (UNCTAD, 2002).

8. En este contexto, se hace en el mandato de la Reunión de Expertos especial referencia a las cuatro cuestiones específicas siguientes:

- ¿Qué políticas pueden adoptar los países receptores para fomentar las sinergias entre la IED y las empresas locales, con el fin de impulsar la competitividad de estas últimas, en el contexto nacional e internacional?
- ¿Qué medidas pueden adoptar los países de origen para contribuir a la consecución de este resultado?
- ¿Cómo puede establecerse un equilibrio entre los intereses de los países de origen y los de los países receptores, teniendo en cuenta las políticas y objetivos de desarrollo de los gobiernos de los países receptores, así como su derecho a regular para proteger el interés público?
- ¿Qué salvaguardias se pueden establecer para evitar que las empresas nacionales resulten perjudicadas?

9. La presente nota constituye una breve visión de conjunto de una serie no exhaustiva de cuestiones que merecen ser consideradas al examinar la dimensión de desarrollo de la IED en el marco de la negociación de AII. El *capítulo I* examina la función de las políticas de los países beneficiarios relacionadas con la IED para alentar las sinergias entre las entradas de IED y el sector empresarial nacional. El *capítulo II* estudia la posible función de las medidas de política de los Estados beneficiarios en este contexto. El *capítulo III* reconoce que los AII imponen disciplinas a la utilización de política por las Partes interesadas y aborda la función de las salvaguardias y el derecho de los gobiernos beneficiarios a establecer normas al respecto.

I. MEDIDAS DE POLÍTICA ADOPTADAS EN EL PAÍS RECEPTOR

10. Son varios los instrumentos de política que los países receptores tienen a su disposición para potenciar los efectos de la IED en el desarrollo. Algunos son de carácter general y tienen por finalidad aumentar la atracción de los medios empresariales (políticas encaminadas a crear estabilidad política y macroeconómica y mejorar la estructura y los recursos humanos; políticas comerciales; políticas sobre ciencia y tecnología; leyes laborales; etc.). Esas políticas pueden tener alcance nacional o contemplar sectores o regiones específicos. Otra serie de políticas están articuladas en torno al desarrollo de las capacidades empresariales, especialmente de las de la pequeña y mediana empresa (PYMES). Existen por último políticas consistentes en normas y reglas que rigen la entrada y las operaciones de los inversores extranjeros, el nivel de trato que se les ha concedido y el funcionamiento de los mercados en que operan (UNCTAD, 1996a). Pese a que la presente nota está centrada en la última serie de políticas -por estar más directamente relacionada con la IED- es evidente la necesidad de que dichas políticas estén debidamente integradas en la estrategia general de desarrollo de un país.

11. Los países están incrementando sus esfuerzos para atraer IED, como puede verse en la liberalización en curso de las políticas de IED que implican la apertura de sectores e industrias (UNCTAD, 2002). Los países a todos los niveles de desarrollo siguen también celebrando tratados bilaterales de inversiones y tratados para evitar la doble imposición. Al terminar 2001

se habían concluido 2.099 de los primeros tratados y 2.185 de los segundos (UNCTAD, 2002). Pese a que la tendencia general está orientada a la liberalización de la IED, la simple apertura de una economía ya no basta muchas veces para atraer corrientes sostenidas de IED y asegurar que aporten las esperadas ventajas al desarrollo. Las decisiones de las empresas transnacionales en materia de inversión obedecen fundamentalmente a razones económicas (como el tamaño del mercado, los costes y la eficiencia de la producción, la calidad de la infraestructura y el acceso a personal calificado). Ante la creciente competencia para atraer IED y con objeto de suplir las deficiencias de información, un número cada vez mayor de países promueven activamente sus respectivos territorios para posibles inversiones. Además, los países adoptan criterios cada vez más específicos en función de la IED que desean obtener. Se considera que con este sistema, aunque no está exento de riesgos, aumentan las posibilidades de atraer el tipo de inversión que permita avanzar en la obtención de los objetivos de desarrollo del país (UNCTAD, 2002).

12. A falta de un marco normativo favorable, las empresas transnacionales suelen elegir la localización de sus actividades orientadas a la exportación en países en desarrollo en función de las ventajas comparativas existentes en los países receptores, en especial los bajos costos de la mano de obra y las consideraciones logísticas. Por esta razón es necesaria la intervención creativa de los gobiernos para obtener el máximo provecho de las ventajas estadísticas y transformarlas en ventajas dinámicas y sostenibles. El desarrollo de personal calificado nacional y de capacidades empresariales reviste especial importancia para atraer IED de calidad y asegurar la existencia de la necesaria capacidad de absorción para aprovechar plenamente las transferencias de conocimientos.

13. Por lo que respecta a las políticas fundamentales de IED, algunos países receptores ha aplicado o están aplicando diversas "medidas operacionales en el país de origen" con la finalidad de influir en el comportamiento de las filiales extranjeras dentro de sus respectivas jurisdicciones (UNCTAD, 2001a). Estas medidas pueden abarcar todos los aspectos de la inversión (propiedad y control, contratación de personal, adquisición de insumos, etc.) y normalmente adoptan la forma de restricciones o de requisitos en materia de resultados. Se adopta muchas veces para influir en la localización y carácter de las IED y, en especial, para aumentar sus beneficios. Pueden dividirse en tres categorías (cuadro 1): medidas "de luz roja" que están explícitamente prohibidas en el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (MIC) debido a los efectos perturbadores que tienen en el comercio internacional; medidas "de luz amarilla" que los acuerdos interregionales, regionales o bilaterales (pero no los multilaterales) explícitamente prohíben, condicionan o desaprueban; y las medidas "de luz verde" que no están sujetos a control en ningún AII.

Cuadro 1

Tres categorías de medidas operacionales en el país de origen

| Categoría | Medidas |
|-------------------------|---|
| Medidas de luz roja | Requisitos relativos al contenido local Requisitos relativos al equilibrio comercial Requisitos en materia de divisas, aplicables a la entrada de divisas atribuibles a una empresa Control de exportaciones |
| Medidas de luz amarilla | Requisitos para constituir una empresa conjunta con participación nacional Requisitos relativos al nivel mínimo exigido a la participación nacional en el capital social Requisitos relativos a la localización de la sede en una región determinada Requisitos relativos a los resultados obtenidos en materia de empleo Requisitos relativos a los resultados de las exportaciones Restricciones a la venta de bienes o servicios en el territorio en que se producen o prestan Requisitos relativos al suministro de bienes producidos o de servicios prestados en una región concreta exclusivamente desde un determinado territorio Requisitos para actuar como único proveedor de bienes producidos o de servicios prestados Requisitos para la transferencia de tecnología, procesos productivos reservados u otros conocimientos Requisitos en materia de investigación y desarrollo Medidas contrarias al principio del trato justo y equitativo |
| Medidas de luz verde | Todas las otras medidas operacionales en el país de origen |

Fuente: UNCTAD, 2001a, pág. 3.

14. A nivel multilateral, los acuerdos MIC prohíben no sólo las MIC que son obligatorias por naturaleza sino también las que están vinculadas a la obtención de una ventaja. Sólo se aplican a las medidas de inversión relativas al comercio de mercancías y no al comercio de servicios². Aunque estas medidas suelen presentarse en el contexto de las políticas de inversión extranjera, el Acuerdo se aplica igualmente a las medidas impuestas a las empresas nacionales. Por ejemplo, el requisito de contenido local impuesto de forma no discriminatoria a las empresas nacionales y extranjeras es incompatible con el Acuerdo MIC debido a que implica un trato discriminatorio de los productos importados en favor de los productos nacionales.

15. Algunos acuerdos regionales abordan también estos y otros requisitos adicionales relativos a los resultados. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), por ejemplo, prohíbe los requisitos relativos al nivel igual de participación de los nacionales (apartado 4) del artículo 1102). El apartado 1) del artículo 1106 recoge la prohibición de imponer o hacer cumplir requisitos obligatorios o de hacer cumplir cualquier compromiso o iniciativa de a) exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios; b) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional; c) adquirir o utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos o a servicios prestados en su territorio; d) relacionar el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con la inversión; e) restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a ganancias en divisas que generen; f) transferir tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento reservado; o g) actuar como el proveedor exclusivo de los bienes que produce o servicios que presta para un mercado específico, regional o mundial³.

16. Disposiciones semejantes pueden encontrarse también, por ejemplo, en el Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Chile de 1997 (art. G-06), el Acuerdo de Libre Comercio México-Nicaragua de 1997 (art.16-05), el Acuerdo de Libre Comercio de 2000 entre México y El Salvador, Guatemala y Honduras (art. 14-07). El artículo 13 del Acuerdo de Libre Comercio Estados Unidos de América-Israel de 1985 prohíbe el empleo de los requisitos relativos al contenido nacional y al resultado de las exportaciones. También figura la prohibición de una amplia gama de requisitos relativos a los resultados en el Acuerdo de 2002 entre Singapur y

² Las medidas relativas a la industria de servicios están recogidas en el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS), que no contiene normas explícitas relativas a las MIC aunque estén sujetas a compromisos específicos negociados. El artículo XIX.2 del AGCS concede explícitamente la flexibilidad apropiada a los países en desarrollo para que establezcan condiciones cuando otorguen acceso a sus mercados a los proveedores extranjeros, siempre que esas condiciones estén encaminadas al logro de los objetivos a que se refiere el artículo IV del AGCS (creciente participación de los países en desarrollo en el mercado mundial).

³ Los requisitos a) y b) se refieren únicamente a los bienes, estando prohibidos también los requisitos d) y e) cuando se condicionan a la recepción de una ventaja (apartado 3) del artículo 1106). Sin embargo, las partes tienen la libertad de condicionar la recepción de una ventaja al requisito de que ubique la producción, preste servicios, capacite o emplee trabajadores, construya o amplíe instalaciones particulares, o lleve a cabo investigación y desarrollo en su territorio.

el Japón sobre asociación económica en una nueva era. Por otra parte, el Tratado de Libre Comercio entre Colombia, Venezuela y México de 1994 permite explícitamente la imposición de requisitos para localizar la producción, generar empleos, capacitar a los trabajadores o desarrollar actividades de investigación y desarrollo (art. 17-04).

17. La utilidad de los requisitos relativos a los resultados es una materia que requiere nuevas investigaciones. Mientras que algunos estudios ponen en duda la eficacia de los requisitos relativos a los resultados, otros sostienen que los actuales AII van demasiado lejos en la limitación de la capacidad de los gobiernos receptores para mejorar la calidad de la IED en consonancia con sus objetivos de desarrollo⁴. Por lo que respecta a las futuras negociaciones de AII, posiblemente haya necesidad de nuevas evaluaciones sobre el efecto de los acuerdos existentes a nivel bilateral, regional y multilateral sobre la aplicación y las consecuencias de los requisitos relativos a los resultados.

18. Para evitar los posibles efectos disuasorios de la IED, los requisitos relativos a los resultados han ido normalmente unidos a algún tipo de ventaja, frecuentemente en forma de incentivos. La mayoría de los países desarrollados ofrecen conjuntos de incentivos locacionales tanto a los inversores nacionales como a los internacionales. Algunos países en desarrollo ofrecen también conjuntos de incentivos fiscales y medidas locacionales para atraer inversores extranjeros. Sin embargo, esos conjuntos de medidas son mucho más reducidos y es característico que estos países confíen relativamente más en medidas fiscales, mientras los incentivos fiscales son más comunes en los países desarrollados (UNCTAD, 1996b; UNCTAD, 2000). En los países en desarrollo se han utilizado los incentivos especialmente para atraer IED orientada a la exportación, frecuentemente en el contexto de las zonas industriales francas (ZIF). En razón de las limitaciones impuestas en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC, los países en desarrollo miembros de la OMC (distintos a los mencionados en el anexo VII del Acuerdo y con excepción de los que han conseguido una ampliación del período de transición) tendrán que suprimir las subvenciones a la exportación (relativas a las mercancías) para el 1º de enero de 2003. Incluso los que hayan obtenido una ampliación del período de transición no pueden aumentar el nivel de sus subvenciones a la exportación y están sujetos a la prohibición con respecto a determinados productos si consiguen ser competitivos en la exportación de esos productos y será necesario que se replanteen lo que van a hacer una vez expire el período de transición (UNCTAD, 2002).

19. Es conveniente reflexionar al mismo tiempo sobre el marco jurídico de las subvenciones relacionadas con el desarrollo. Por ejemplo, puede ser un importante instrumento de política la concesión de subsidios a las filiales extranjeras y/o las empresas nacionales que establecen vinculaciones en los países en desarrollo en materia de suministro de tecnología, asistencia técnica y capacitación de proveedores locales y de su personal. Podría defenderse en determinadas circunstancias el otorgamiento a filiales extranjeras de determinados tipos de esas subvenciones orientadas al desarrollo no recurribles en virtud de las normas de la OMC (UNCTAD, 2001b; UNCTAD, 2002).

⁴ Para el estudio de la función de los requisitos relativos a los resultados, véase, por ejemplo, Caves, 1996; Hackett and Srinivasan, 1998; Moran, 1998 y 2001; Kumar, 2001; OCDE, 1998; UNCTC, 1991; y OMC, 1998.

20. En relación con las cuatro principales cuestiones que se mencionan en el anterior párrafo 4, se han utilizado incentivos y requisitos relativos a los resultados en combinación con otras medidas de política para optimizar los efectos de la IED. En los países en que esas medidas han contribuido a promover la entrada de IED, normalmente se han utilizado como complemento de una diversidad de otras medidas, como son las encaminadas a mejorar el nivel del personal especializado, la tecnología y la infraestructura. Si no se consigue que los medios empresariales se muestren más inclinados a efectuar inversiones, introducir mejoras y establecer vinculaciones, aumentará el riesgo de que los inversores abandonen el país una vez que expiren los incentivos.

21. En parte debido a la liberalización de las normas que regulan la entrada de inversión extranjera, han cobrado mayor importancia las políticas regulatorias para asegurar el debido funcionamiento de los mercados. Estas políticas pueden contemplar la adopción de normas de la competencia, el examen de las fusiones, la legislación ecológica y normas más estrictas en materia de contabilidad financiera. A muchos países en desarrollo y economías en transición les resulta difícil, por falta de recursos financieros y humanos, el paso de sistemas más intervencionistas (en lo que hace a la entrada de IED) a la reglamentación de los mercados.

22. A la luz de lo expuesto, los expertos tal vez deseen examinar las siguientes cuestiones:

- a) ¿Cuáles son las políticas de los Estados beneficiarios que mayor importancia revisten para aumentar la capacidad de los países en desarrollo y de las economías en transición con el fin de *atraer y beneficiarse* de la IED en consonancia con sus objetivos de desarrollo?
- b) ¿En qué manera afectan los acuerdos internacionales celebrados a nivel bilateral, regional y multilateral a la capacidad de los países para emplear estas políticas?
- c) ¿Hasta qué punto los diversos requisitos relativos a los resultados han ayudado a los países a conseguir sus objetivos de desarrollo?
- d) ¿Qué medidas operacionales en el país de origen "de luz amarilla" han tenido especial utilidad en ese sentido?
- e) ¿De qué forma se beneficiarían los países en desarrollo de la utilización de este tipo de requisitos más (o menos) restrictivos?

II. MEDIDAS DE POLÍTICA ADOPTADAS EN EL PAÍS DE ORIGEN

23. Las políticas del país de origen pueden estar sostenidas por medidas adoptadas en dicho país. Los países de origen influyen en las corrientes de inversión extranjera directa de distintas maneras, incluso probablemente en la elección de determinadas ubicaciones por sus empresas transnacionales⁵. Por consiguiente, el tema principal de esta sección es la manera en que las medidas adoptadas en el país de origen, en el marco de los AII, pueden ayudar a los países en

⁵ Del 8 al 10 de noviembre de 2000 se celebró en Ginebra una Reunión de Expertos de la UNCTAD en medidas adoptadas en el país de origen. En UNCTAD, 2001c se resumen las conclusiones de la reunión.

desarrollo y a las economías en transición a atraer y aprovechar la IED. Esto tiene particular importancia dadas las divergencias observadas entre países desarrollados y países en desarrollo en cuanto hace a la entrada y salida de IED.

24. Los países desarrollados han eliminado la mayoría de las restricciones nacionales a la salida de IED, pero las declaraciones políticas para fomentar esta salida raramente van unidas a compromisos específicos en los AII (UNCTAD, 2001c). Casi toda la asistencia se dispensa según el criterio de cada uno de los países desarrollados y suele estar pensada para servir los intereses comerciales del propio país de origen, además de contribuir a los objetivos generales de desarrollo. Este criterio del país de origen queda patente sobre todo en el diseño de muchos programas de ayuda financiera o fiscal así como en las medidas de acceso preferencial a los mercados. La frágil relación entre las necesidades explícitas de los países en desarrollo y la concepción y la aplicación de las medidas adoptadas en los países de origen, junto con la incertidumbre que suele rodear al compromiso sobre la duración de la asistencia, pueden mermar los efectos beneficiosos que esos programas tengan para el desarrollo.

25. Las medidas adoptadas en el país de origen pueden, por ejemplo:

- Tratar de mejorar los fundamentos económicos de los países receptores, por ejemplo, perfeccionando los recursos humanos, fomentando la capacidad institucional y ayudando a crear y a aplicar las condiciones marco necesarias en las esferas políticas pertinentes.
- Contribuir a la disminución de los tipos de deficiencias de información en el proceso de inversión a los que ya se ha aludido, ayudando a dar a conocer las oportunidades de invertir en los países en desarrollo y de economías en transición.
- Mejorar el acceso a los mercados y facilitar las corrientes exportadoras de los países en desarrollo.
- Ofrecer garantías y seguros para las inversiones.
- Aportar capital riesgo y empresas mixtas.
- Prestar apoyo a los programas de promoción de las vinculaciones.
- Comprometerse a la realización de transferencias de tecnología.

26. La mayoría de los países desarrollados (y varios otros países) participan en alguna de estas actividades, si bien en gran medida de forma autónoma y sin excesiva coordinación.

(Por ejemplo, hay al menos 12 instituciones financieras europeas para el desarrollo que proporcionan financiación a largo plazo para el desarrollo del sector privado de las economías en desarrollo y en transición; véase, por ejemplo, <http://www.edfi.be>). Otras instituciones que prestan asistencia financiera a nivel internacional son el Grupo del Banco Mundial, los bancos multilaterales regionales de desarrollo, la Iniciativa de Inversiones Privadas del Commonwealth y varios fondos de inversiones con patrocinadores privados (Hughes and Brewster, 2002). Un ejemplo de enfoque convenido a nivel internacional es el Acuerdo de Cotonú (recuadro 1).

Recuadro 1

Apoyo a las inversiones y al desarrollo del sector privado en el Acuerdo de Cotonú

Artículo 74

La cooperación *apoyará*, mediante asistencia financiera y técnica, las políticas y estrategias de inversión y desarrollo del sector privado definidas en el presente Acuerdo.

Artículo 75 - Promoción de las inversiones

Los Estados ACP, la Comunidad y sus Estados miembros, [...]:

a) Aplicarán medidas para fomentar la participación en sus esfuerzos de desarrollo de inversores privados [...];

b) Adoptarán las medidas y disposiciones oportunas para crear y mantener un clima de inversión previsible y seguro y participarán en negociaciones de acuerdos para mejorarlo;

c) Animarán al sector privado de la UE a invertir y proporcionar asistencia específica a sus homólogos en los países ACP en el marco de la cooperación y de asociaciones interempresariales de interés mutuo;

d) Facilitarán *asociaciones* y sociedades mixtas fomentando la cofinanciación;

e) Patrocinarán foros sectoriales de inversión con el fin de promover las asociaciones y la inversión extranjera;

f) Apoyarán los esfuerzos de los Estados ACP para atraer financiación, haciendo hincapié en la financiación *privada* para inversiones en infraestructuras y el apoyo a los ingresos que sirven para financiar infraestructuras indispensables para el sector privado;

g) Apoyarán el refuerzo de la capacidad de agencias e instituciones nacionales de promoción de inversiones, *encargadas* de promover y facilitar la inversión extranjera;

h) Difundirán información sobre oportunidades de inversión y condiciones de funcionamiento de las empresas en *los* Estados ACP; e

i) Fomentarán el diálogo, la *cooperación* y las asociaciones entre las empresas privadas [...].

Artículo 76 - Apoyo y financiación de la inversión

1. La cooperación *proporcionará* recursos financieros a largo plazo, incluido capital de riesgo, para contribuir a promover el crecimiento del sector privado y movilizar capitales nacionales y extranjeros con este fin. A tal efecto, la cooperación proporcionará, en particular:

- a) Subvenciones para asistencia financiera y técnica destinada a apoyar las reformas políticas, el desarrollo de los recursos *humanos*, el desarrollo de las capacidades institucionales u otras formas de ayuda institucional vinculadas a una inversión precisa; medidas destinadas a aumentar la competitividad de las empresas y reforzar las capacidades de los intermediarios financieros y no financieros del sector privado; simplificación y promoción de las inversiones y actividades de mejora de la competitividad;
- b) Servicios de asesoría y consulta para contribuir a crear un clima favorable a la inversión y una base de informaciones para orientar e incentivar los flujos de capital;
- c) Capitales de riesgo para inversiones en fondos propios o cuasifondos propios, garantías en apoyo de las inversiones *privadas*, nacionales y extranjeras, así como préstamos y líneas de crédito [...]; y
- d) Préstamos sobre los recursos *propios* del Banco [...].

Artículo 77 - Garantías de inversión

[...]

2. La cooperación *ofrecerá* garantías y contribuirá con fondos de garantía a cubrir los riesgos vinculados admisibles. La cooperación aportará concretamente apoyo a:

- a) Regímenes de reaseguro destinados a cubrir la inversión directa extranjera realizada por inversores seleccionables frente a *incertidumbres* jurídicas y los principales riesgos de expropiación, restricción de transferencia de divisas, guerra y desórdenes civiles y rescisión de contrato [...];
- b) Programas de garantía *destinados* a cubrir riesgos por medio de garantías parciales para financiación de la deuda [...];
- c) Fondos de garantía nacionales y regionales, que impliquen en particular a instituciones financieras o inversores *nacionales*, para fomentar el desarrollo del sector financiero.

3. La cooperación también prestará apoyo para desarrollo de las capacidades, apoyo institucional y participación en la financiación básica de iniciativas nacionales o regionales para reducir los riesgos comerciales de los *inversores* (fondos de garantía, organismos de reglamentación, mecanismos de arbitraje y sistemas judiciales destinados a aumentar la protección de las inversiones mejorando los sistemas de crédito a la exportación, etc.).

4. La cooperación aportará este apoyo sobre la base del concepto de valor añadido y complementario por lo que se refiere a iniciativas privadas o públicas y, en la medida de lo posible, en asociación con otras *organizaciones* privadas y públicas. Los Estados ACP y la CE, en el marco del Comité ACP-CE para la financiación de la cooperación al desarrollo, emprenderán un estudio conjunto sobre la propuesta de crear una agencia de garantía ACP-CE encargada de establecer y administrar los programas de garantía de inversiones.

27. Dado que la transferencia de tecnología es un elemento fundamental de muchos AII, la creación de capacidad suele tener por objeto permitir que los países en desarrollo partes cumplan sus compromisos contraídos en virtud de los instrumentos que abordan los problemas tecnológicos. La aplicación de muchas disposiciones relativas a la tecnología depende de las medidas adoptadas en los países de origen⁶. Por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 66 del Acuerdo sobre los ADPIC prevé que los países desarrollados "ofrecerán a las empresas e instituciones de su territorio incentivos" destinados a fomentar y propiciar la transferencia de tecnología a los países menos adelantados con el fin de que "éstos puedan establecer una base tecnológica sólida y viable". Aunque esta disposición deja mucho margen a los Estados miembros para determinar qué tipo de incentivos ofrecer, exige que se establezca algún sistema de fomento de la transferencia de tecnología a los países menos adelantados. Asimismo, presenta un objetivo general que puede ayudar a determinar si los incentivos son adecuados, ya que los países menos adelantados tienen que poder "establecer una base tecnológica sólida y viable"⁷.

28. Es probable que la eficacia práctica de las medidas adoptadas en los países de origen aumente en proporción a la firmeza de los compromisos políticos que figuren en las disposiciones de los acuerdos internacionales sobre inversión, que van desde declaraciones exhortativas hasta obligaciones vinculantes acompañadas de planes detallados de aplicación (respaldados por recursos financieros) y mecanismos de vigilancia. Algunos acuerdos prevén a tal efecto la creación de un "Comité Supervisor" para velar porque se aplique correctamente lo que se haya acordado⁸.

29. Esfera afín es la de la responsabilidad social de la empresa⁹. El concepto de responsabilidad social de la empresa puede ser muy amplio y abarcar la mayoría de los temas relacionados con las repercusiones económicas y sociales de las empresas transnacionales. En un sentido más estricto se ha prestado atención a varios aspectos, como las obligaciones de fomentar el desarrollo, las obligaciones sociopolíticas y la protección de los consumidores, y van apareciendo otros (la gobernanza de las empresas, la ética empresarial y el respeto de los derechos humanos). Pese a que las cuestiones relacionadas con la responsabilidad social de la

⁶ Del 27 al 29 de junio de 2001 se celebró en Ginebra una Reunión de Expertos en acuerdos internacionales para la transferencia de tecnología: Prácticas óptimas en relación con el acceso a la tecnología y las medidas para estimular la transferencia de ésta, con miras a fomentar la capacidad de los países en desarrollo, especialmente los menos adelantados. Sus conclusiones sirvieron para las consideraciones políticas del sexto período de sesiones de la Comisión de la Inversión, la Tecnología y las Cuestiones Financieras Conexas, celebrado del 21 al 25 de enero de 2002 (TD/B/COM.2/L.16, 29 de enero de 2002).

⁷ Se puede consultar una recopilación de las disposiciones de los acuerdos internacionales acerca de la transferencia de tecnología en la UNCTAD, 2001e.

⁸ Véase, por ejemplo, el artículo 8 del capítulo 1 del Acuerdo entre el Japón y la República de Singapur para una asociación económica en una Nueva Era.

⁹ Para el examen de este concepto puede verse, por ejemplo, en UNCTAD, 1999, págs. 345-70 y UNCTAD, 2001f (solamente en inglés).

empresa no figuran por regla general en los AII, cada vez gozan de mayor atención en diversos acuerdos y foros internacionales¹⁰. El problema consiste en equilibrar la promoción y la protección de las condiciones de los mercados liberalizados en favor de los inversores con la necesidad de proseguir las políticas de desarrollo. Los criterios de responsabilidad social deben aplicarse teniendo en cuenta la realidad de las condiciones locales de los países en desarrollo y no deben usarse con fines proteccionistas.

30. A la luz de lo expuesto anteriormente, los expertos tal vez deseen examinar las siguientes cuestiones:

- a) ¿Cuáles de las medidas adoptadas por los países de origen son más importantes para potenciar la capacidad de los países en desarrollo y las economías en transición para atraer y aprovechar la IED de acuerdo con sus objetivos de desarrollo?
- b) ¿Cómo influyen en la utilización de dichas medidas los acuerdos internacionales a nivel bilateral, regional y multilateral?
- c) ¿Cuál ha sido la experiencia con respecto de las disposiciones de los acuerdos internacionales de inversión relativas a la promoción de la inversión, la financiación y el apoyo a la inversión, las garantías de la inversión y demás medidas adoptadas en los países de origen?
- d) ¿En qué medida han podido las organizaciones intergubernamentales abordar satisfactoriamente hasta ahora la cuestión de la responsabilidad social de las empresas?
- e) ¿Cuáles son las ventajas y los inconvenientes de las diversas opciones de política que van desde no hacer referencia a la responsabilidad social en los AII hasta incluir en ellos disposiciones vinculantes para todos sobre responsabilidad social, con otras opciones intermedias entre ambos extremos?

III. EL DERECHO A REGLAMENTAR Y LAS SALVAGUARDIAS

31. La Declaración Ministerial de Doha, en el contexto de la relación entre el comercio e inversión, estableció en el párrafo 22: "Cualquier marco deberá reflejar de forma equilibrada los intereses de los países de origen y los países receptores, y tener debidamente en cuenta las políticas y objetivos de desarrollo de los gobiernos receptos así como su derecho a reglamentar en función del interés público".

¹⁰ Por ejemplo las recomendaciones no vinculantes de las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales, la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, de la OIT y el Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales respectivas, y el Pacto Mundial propuesto por el Secretario General de las Naciones Unidas.

32. Los acuerdos internacionales, al igual que otros textos legales son especificaciones de obligaciones legales, que en cuanto tales limitan la autonomía soberana de las partes. Dado que las obligaciones legales internacionales normalmente prevalecen sobre las normas nacionales, se crea una tensión entre la voluntad de cooperar a nivel internacional mediante la adopción de normas vinculantes y la necesidad de los gobiernos de cumplir con sus funciones de reglamentación interna¹¹. Esa tensión está generalmente englobada en el concepto de "derecho a reglamentar" que es capital al problema de mantener el espacio nacional de política para que los gobiernos prosigan sus objetivos de desarrollo¹².

33. Existen varias formas de abordar el problema del derecho a reglamentar. Algunas de éstas se examinan más adelante en relación con los acuerdos comerciales y sobre inversiones. En todos los casos la capacidad de los signatarios para reglamentar la economía nacional reviste un interés fundamental. Cuando el concepto se repite en un acuerdo -por ejemplo, en el texto de su lenguaje preámbulo- tiene también una función interpretativa de las disposiciones del acuerdo. Además, siempre que los países contraen obligaciones sobre el nivel de trato, como son el trato justo y equitativo, la prohibición de medidas arbitrarias y discriminatorias o el trato de nación más favorecida (NMF) y el trato nacional, los diversos tipos de excepciones, reservas, exenciones, dispensas o acuerdos transitorios aseguran que los signatarios conservan su prerrogativa de aplicar en determinadas esferas reglamentos nacionales que no se ajustan a esos acuerdos. Los reglamentos pueden tener carácter general (por ejemplo por razones de orden público o de seguridad nacional), específico según el tema (por ejemplo la denominada "excepción cultural") o específicos por países (como es el caso, por ejemplo, de las listas de compromiso de los AGTS, en lo que respecta a la presencia comercial).

34. También se utilizan diversas salvaguardias para conservar el derecho a reglamentar, como en el caso de las salvaguardias por razones de transferencia de fondos o de balanza de pagos. Además, es corriente permitir salvaguardias limitadas en el tiempo como medida que permite a un país defender su producción nacional contra un aumento importante de las importaciones¹³.

¹¹ No existe un concepto comúnmente aceptado de lo que se entiende por reglamentación. En el contexto de la OCDE la reglamentación hace referencia a los instrumentos mediante los cuales los gobiernos imponen requisitos a las empresas, los ciudadanos y el propio gobierno, pudiendo citarse, entre otros, las leyes, órdenes y demás normas dimanadas de todas las instancias del gobierno y de los órganos en los que los gobiernos han delegado potestades reglamentarias. Las reglamentaciones económicas, como son la fijación de precios, la competencia, la entrada y salida de los mercados, afecta directamente a las decisiones de las empresas y los mercados. La reglamentación social protege valores tales como la salud, la seguridad, el medio ambiente y la cohesión social. La reglamentación administrativa se refiere a las formalidades y trámites burocráticos, llamados "papeleo" (OCDE, 1997).

¹² La necesidad de encontrar un equilibrio entre el interés público perseguido mediante la reglamentación y los derechos privados es también común a nivel nacional.

¹³ Por ejemplo, en el marco del Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC, en caso de perjuicio causado a un sector de la producción de un país debido al aumento de las importaciones, se autoriza al país a limitar temporalmente las importaciones imponiendo derechos arancelarios más elevados o limitando directamente las cantidades importadas bajo determinadas condiciones ("en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de producción

Es necesario examinar hasta qué punto podría también utilizarse el concepto de "salvaguardias" en la esfera de las inversiones. Como sugiere el mandato de esta Reunión de Expertos, la cuestión podría, por ejemplo, revestir importancia para asegurar que las empresas nacionales no se vean negativamente afectadas.

35. La cuestión del derecho a la reglamentación ha sido ampliamente tratada en los acuerdos internacionales sobre comercio, y habiéndose elaborado conceptos y criterios útiles a este contexto que también han sido utilizados en el marco de los AII. En la esfera del *comercio*, la cuestión ha sido detenidamente examinada y debatida en el sistema GATT/OMC, en el que frecuentemente se ha utilizado el proceso de solución de litigios para supervisar las medidas reglamentarias nacionales que tienen efectos en el comercio. El principal instrumento para esta supervisión en la OMC tiene su origen en el GATT 1947 y se encuentra en la obligación de no discriminación (trato nacional) completada por las disposiciones contenidas en el artículo XX. Según la norma general sobre trato nacional que figura en el artículo III, los impuestos y reglamentos internos no pueden conceder a las importaciones un trato menos favorable que a los productos nacionales. En caso de considerarse que en una medida reglamentaria interna se trata discriminadamente a las importaciones, el gobierno que establece la reglamentación puede tratar de justificar la discriminación probando su necesidad para conseguir alguna finalidad legítima. El artículo XX del GATT define estas excepciones para incluir las necesarias a la protección de la moral pública, la vida o la salud de los seres humanos, los animales y las plantas, y las relativas a la conservación de recursos agotables. Debería señalarse que esta lista de excepciones que puede justificar medidas que en otro caso se considerarían contrarias al trato nacional está "cerrada", por lo que proporciona escaso margen a la solicitud de una excepción en muchas esferas en que los países podrían desear establecer medidas reglamentarias.

36. La justificación de la discriminación *de jure* (que establece explícitamente distinciones en razón del origen de las mercancías) es especialmente difícil debido a que el país que solicita la excepción ha de probar que no existe ninguna alternativa menos gravosa a la medida en cuestión. En el caso de la discriminación *de facto* (no basada en el origen de las mercancías), el problema fundamental es que las importaciones reciben un trato menos favorable que el concedido a los productos "similares" de origen nacional. Para que se creen diferencias de trato, es necesario que la reglamentación divida los productos en dos o más categorías. Se considera en general que las distinciones por productos que puedan reconocerse en virtud del artículo III se refieren a las calidades y a las propiedades físicas de los propios productos o a las características del proceso de producción (por ejemplo, la higiene) o de los productores (por ejemplo, certificado de que han cumplido ciertas normas) que directamente influyen en la calidad de los productos. La similitud se ha definido tradicionalmente en función de factores tales como la similitud física, la clasificación arancelaria, la intercambiabilidad por los consumidores y los usuarios finales. En general, la similitud indica que los productos son competitivos y que en consecuencia el trato discriminatorio tiene un efecto negativo en la competitividad del producto menos favorecido.

nacional que produce productos similares o directamente competidores"). La principal razón en que se basa esta disposición es la necesidad de conceder al sector específico del país tiempo para ajustarse a la nueva situación creada por la competencia de las importaciones.

37. El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC establece explícitamente la necesidad de un examen integrado de la *finalidad* de las medidas de que se trate y de sus *efectos restrictivos del comercio*. También exige claramente que se evalúe el grado de restricción comercial en comparación con la finalidad reglamentaria de la medida controvertida. Es más, el análisis de objetivos reglamentarios constituye parte del examen de la legalidad de la propia medida, con una lista ilustrativa (no cerrada) de objetivos legítimos. No existe en este caso necesidad de establecer primeramente una violación (que requiere la determinación concluyente de similitud), seguido por un examen de la justificación reglamentaria a título de excepción. El análisis implica también la determinación de los efectos comerciales habida cuenta de las alternativas menos restrictivas existentes y del peligro de que no se cumplan los objetivos de la reglamentación.

38. El AGCS se ocupa ampliamente de la presencia comercial de los proveedores de servicios y por ello sus disposiciones revisten especial importancia en materia de *inversiones*. El AGCS reconoce en su preámbulo "el derecho de los Miembros a reglamentar el suministro de servicios en su territorio, y a establecer nuevas reglamentaciones al respecto, con el fin de realizar los objetivos de su política nacional, y la especial necesidad de los países en desarrollo de ejercer este derecho, dadas las asimetrías existentes en cuanto al grado de desarrollo de las reglamentaciones sobre servicios en los distintos países".

39. La protección del consumidor, la seguridad, la protección de la moral pública y las medidas cautelares en el sector de los servicios está fuertemente reglamentada en muchos países. Mientras que el AGCS reconoce el derecho soberano de todo país a reglamentar los servicios con fines legítimos, el artículo VI trata de prevenir el empleo de decisiones administrativas para disfrazar medidas proteccionistas. Las medidas de aplicación general que afectan a sectores del comercio de servicios en las que un país haya contraído compromisos específicos, deberán aplicarse de manera razonable, objetiva e imparcial. Las solicitudes de autorización para el suministro de servicios respecto de los cuales se hayan contraído tales compromisos, deberán ser objeto de una decisión en un plazo prudencial. El Consejo del Comercio de Servicios debe elaborar reglas destinadas a impedir que las prescripciones relativas a los títulos de aptitud de los proveedores de servicios, las normas técnicas y las disposiciones en materia de licencias constituyan obstáculos innecesarios al comercio¹⁴. Hasta que se disponga de tales reglas multilaterales en las demás esferas, los gobiernos han de seguir (en los sectores en que han contraído compromisos específicos) los mismos principios al aplicar sus propias prescripciones y normas de manera que éstas no anulen o menoscaben los compromisos específicos (sobre acceso al mercado y trato nacional) que hayan contraído.

40. El Artículo XVII del AGCS no basa, relativo al trato nacional, la distinción entre servicios y proveedores de servicios únicamente en las características del producto como es el caso en el Artículo III del GATT. Existen otras *distinciones reglamentarias* de servicios y proveedores de servicios de otra forma "similares". Es evidente que está prohibida la discriminación en razón

¹⁴ Por una Decisión Ministerial separada se ha iniciado este programa mediante el establecimiento de un grupo de trabajo del AGCS encargado de elaborar reglas relativas a las prescripciones que puedan aplicar los gobiernos a los proveedores de servicios profesionales. Las primeras disciplinas elaboradas son aplicables a las normas técnicas, los títulos de aptitud y las prescripciones en materia de licencias en el sector de la contabilidad.

del origen. Las distinciones reglamentarias neutras en cuanto hace al origen pueden crear una carga desproporcionada a los servicios y los proveedores de servicios extranjeros y es posible por tanto impugnarlas como discriminaciones *de facto*. El efecto del mercado forma parte del análisis ya que el apartado 3) del artículo XXVII establece que "se considerará que un trato formalmente idéntico o formalmente diferente es menos favorable si modifica las condiciones de competencia en favor de los servicios o proveedores de servicios del Miembro en comparación con los servicios similares o los proveedores de servicios similares de otro Miembro".

41. La determinación de la similitud no parece ser más fácil en el AGCS que en el GATT. Probablemente el elemento más significativo sea el de "uso final", junto con los conceptos relacionados de servicios directamente competitivos y sustitutivos. Una vez establecida la similitud y determinado el trato menos favorable, puede invocarse, con mayor facilidad que en el GATT, una excepción general en virtud del artículo XIV. El elemento clave adicional en el AGCS es que la obligación de trato nacional no se aplica con carácter general sino únicamente "en los sectores inscritos en la Lista [de cada miembro de la OMC] y con las condiciones y salvedades que en ella puedan consignarse" (por ejemplo los compromisos específicos del miembro). De esta forma cada Miembro determina en primer lugar los sectores de servicio que estarán sometidos a la disciplina de trato nacional del AGCS para exceptuar seguidamente las medidas que desea mantener incluso si constituyen una violación del trato nacional. En consecuencia, el contenido exacto de la obligación relativa al trato nacional en el marco del AGCS y toda limitación a las medidas reglamentarias vienen determinados no sólo por la interacción de la disposición relativa al trato nacional y las excepciones generales, sino, y tal vez con mayor importancia, por el alcance de las limitaciones descritas en la lista de cada uno de los Miembros.

42. Las cuestiones relativas al derecho a reglamentar surgieron por primera vez en el contexto de los acuerdos de protección de las inversiones, en relación con las cuestiones de expropiación y nacionalización. Algunos acuerdos regionales y prácticamente todos los tratados bilaterales sobre inversiones están redactados en términos amplios que encubren medidas "prácticamente iguales" o "equivalentes" a la expropiación. Por esa razón es también posible aplicar las disposiciones sobre expropiación a las "expropiaciones indirectas" o "recaudaciones reglamentarias", es decir, cuando un país beneficiario adopta una medida que reduce sustancialmente el valor de una inversión sin necesariamente asumir la propiedad de la inversión. Es más, se tiene asimismo entendido que varios acuerdos bilaterales y regionales sobre inversiones aplican la disposición relativa a la expropiación a las "expropiaciones progresivas", es decir, las expropiaciones efectuadas mediante una serie de actos reglamentarios legítimos a lo largo de un período de tiempo, cuyo final es reducir sustancialmente el valor de la inversión. Normalmente imponen ciertas condiciones a la expropiación para considerarla legal, adoptando alguna variante de la norma tradicional de derecho internacional en cuya virtud ningún Estado puede expropiar la propiedad de un extranjero salvo en caso de interés público, de forma no discriminatoria, de acuerdo con las garantías legales previstas y mediante el pago de una compensación. Se ha expresado preocupación respecto a los efectos que el excesivo recurso a reclamaciones de expropiación puede tener en el derecho de los gobiernos a reglamentar. En el marco del TLCAN, los tres países miembros en 2001 adoptaron algunas notas de interpretación de determinadas disposiciones del capítulo relativo a las inversiones para aclarar las disposiciones que rigen el nivel mínimo de trato que ha de concederse a los inversores

extranjeros y llegaron a la conclusión de que el nivel fijado en el TLCAN es el nivel de trato mínimo del derecho consuetudinario internacional.

43. En lo que respecta a la esfera del *trato nacional*, el TLCAN, por ejemplo, posteriormente seguido por varios acuerdos de libre comercio, adoptó una posición semejante a la del AGCS. Se requiere a cada una de las Partes que brinde a los inversores de otra Parte un trato no menos favorable que el que concede a sus nacionales y no menos favorable que el que otorgue a los inversores de otra Parte "en circunstancias similares", en lo referente al establecimiento, adquisición, ampliación, administración, dirección, explotación y venta u otra disposición de inversiones (arts. 1102 a 1104). Sin embargo las disposiciones del Acuerdo relativas a la inversión, con inclusión de las que regulan el trato nacional, están condicionadas por las *excepciones y reservas* establecidas en el artículo 1108 y contenidas en el anexo al Acuerdo. Es más, el Acuerdo establece que nada de lo dispuesto en el capítulo relativo a las inversiones deberá entenderse en el sentido de impedir a una Parte la adopción, mantenimiento o aplicación de cualquier medida, compatible por lo demás con el capítulo "que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental" (art. 1114). El TLCAN incorpora asimismo mediante remisión lo dispuesto en el artículo 20 del GATT (art. 2101) y establece una excepción de carácter general en materia de seguridad nacional (art. 2102).

44. Los tratados bilaterales sobre inversiones limitan de forma semejante el alcance del trato nacional mediante cláusulas especiales, excepciones o dispensas (UNCTAD, 1998). En materia de comercio, las disposiciones NMF y las nacionales suelen estar limitadas a las inversiones que se encuentran "en las mismas circunstancias" o "en situaciones similares" o que realiza una "empresa similar". Sin embargo en esas disposiciones no se especifican los criterios para determinar la similitud o parecido. La determinación puede depender, por ejemplo, de si las dos inversiones son competitivas entre sí. En la práctica de los países de la OCDE, por ejemplo, entre los criterios específicos que han de tenerse en cuenta figuran si las dos empresas pertenecen a la misma industria, el efecto de los objetivos de política del país receptor en determinadas esferas y los motivos que informan a la medida de que se trate. Otra cuestión que se suscita es si la obligación de trato nacional o NMF se aplica al trato especial concedido a determinados inversores o a todos los inversores de una determinada nacionalidad (UNCTAD, 1998).

45. Suelen concederse *excepciones generales* por razones de "seguridad y orden públicos, salud y moralidad públicas". Sólo pueden aplicarse excepciones al trato concedido en virtud de tratados internacionales o de leyes nacionales relativas a la tributación. En otras palabras, la excepción permite a un país conceder un trato fiscal favorable a la inversión de las empresas nacionales sin conceder la misma medida a las inversiones efectuadas por las empresas extranjeras, o viceversa. Por último, algunos tratados bilaterales sobre inversiones permiten excepciones al trato nacional basándose en disposiciones relativas al desarrollo. Un ejemplo de este tipo de excepciones se encuentra en el protocolo N° 2 del tratado sobre inversiones entre Indonesia y Suiza, en el que se permite la no aplicación del trato nacional a inversores suizos habida cuenta de la etapa actual del desarrollo de la economía indonesia¹⁵. También parecen

¹⁵ Sin embargo, Indonesia, en cumplimiento de lo dispuesto en el tratado, concedería facilidades "similares o compensadoras a las inversiones y a los nacionales de la Confederación Suiza en actividades económicas semejantes".

tener importancia las consideraciones de desarrollo en los criterios aplicados por Alemania al trato nacional en los tratados bilaterales sobre inversiones, en la medida que el país ha aceptado ciertas excepciones al principio de trato nacional siempre que obedezcan únicamente a necesidades de desarrollo (por ejemplo para establecer industrias de dimensiones reducidas) y las medidas no perjudiquen sustancialmente a las inversiones de los inversores alemanes (UNCTAD, 1998).

46. Por lo que respecta a las excepciones a la *transferencia de pagos*, suele recogerse la posibilidad de una intervención estatal sujeta a diversas restricciones. En un contexto regional, por ejemplo, el Acuerdo de Libre Comercio de 2000 entre México y El Salvador, Guatemala y Honduras prevé la posibilidad de imponer controles de cambio temporales en caso de un fuerte desequilibrio de la balanza de pagos. Sin embargo, las medidas han de ser compatibles con los criterios internacionalmente aceptados. En el Acuerdo de Asociación Económica entre la Unión Europea y México, las Partes acordaron que, en caso de graves dificultades de la balanza de pagos, podrían adoptarse medidas restrictivas en materia de pagos, incluso la posibilidad de transferir el producto de la liquidación total o parcial de inversiones extranjeras, con carácter no discriminatorio y limitadas en el tiempo. El TLCAN prevé la posibilidad de adoptar medidas que limiten las transferencias en caso de graves dificultades de la balanza de pagos, bajo una serie de condiciones (como evitar daño innecesario a los intereses comerciales, económicos y financieros de la otra Parte, que el hacer frente a las dificultades no sea más gravoso de lo necesario, y que sean temporales y no discriminatorias).

47. Muchos tratados bilaterales sobre inversiones únicamente admiten excepciones a la obligación de permitir la libre transferencia de pagos durante los períodos en que las reservas de moneda extranjera se encuentran a niveles excepcionalmente bajos. Por regla general este tipo de cláusulas permite el aplazamiento temporal de las transferencias. Algunas veces están sujetas a otra u otras varias condiciones. Otro sistema admite el derecho a hacer transferencias monetarias aunque con sujeción a las leyes sobre control de cambios del país receptor. Algunos de estos tratados garantizan el derecho a transferir sólo una fracción de las utilidades de los salarios de los nacionales de la otra parte contratante al país de origen.

48. Para terminar, aunque es evidente que las normas internacionales suponen una limitación de la autonomía reglamentaria nacional, se han empleado diversas técnicas para restablecer el debido equilibrio. El GATT, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (el Acuerdo OTC) y el AGCS siguen todos ellos diversos criterios y pueden servir de modelos de referencia adecuados a cualquier norma que se adopte en el futuro en materia de inversiones. Por lo que respecta a los AII tanto regionales como bilaterales, es necesario examinar en qué medida el derecho a reglamentar va más allá de las "recaudaciones reglamentarias" y otras cuestiones semejantes para conciliar otras esferas reguladas en los AII con la conservación necesaria de un margen de política para el desarrollo¹⁶.

¹⁶ La cuestión se examinó también en la Reunión de Expertos sobre las experiencias con los criterios bilaterales y regionales de cooperación multilateral en la esfera de las inversiones transfronterizas a largo plazo, en particular las inversiones extranjeras directas, de la UNCTAD. En el informe de la Reunión se señala: "Finalmente, se planteó la cuestión de si el derecho de regulación podía abarcar, además de los aspectos relacionados con las expropiaciones, las

49. A la luz de lo anteriormente expuesto, los expertos tal vez deseen examinar las siguientes cuestiones:

- a) ¿Hasta qué punto proporcionan los acuerdos existentes suficiente espacio de política a los gobiernos para aplicar medidas reglamentarias nacionales en interés público, especialmente para conseguir los objetivos de desarrollo?
- b) ¿Cuál podría ser el criterio más adecuado para conservar el derecho a reglamentar en la esfera de las inversiones? ¿Qué papel debería desempeñar en este contexto el trato especial y diferenciado?
- c) ¿Es preferible un criterio basado en excepciones generales y específicas a uno que evalúe la aceptabilidad de una medida reglamentaria en función del efecto restrictivo de las inversiones comparado con la finalidad reglamentaria perseguida?
- d) ¿Qué excepción y salvaguardias específicas en favor del desarrollo podrían examinarse en el contexto de los AII?
- e) ¿Cuáles deberían ser los criterios objetivos aplicables a los períodos de transición y a las excepciones de desarrollo, en lo que hace en especial al trato nacional?
- f) En la práctica, ¿qué experiencia se tiene en la aplicación de excepciones y salvaguardias?

REFERENCIAS

- Caves R (1996). *Multinational Enterprise and Economic Analysis*, 2nd. ed. Cambridge, Cambridge University Press.
- Hackett SC and Srinivasan K (1998). Do supplier switching costs differ across Japanese and US multinational firms? *Japan and the World Economy* 10: 13-32.
- Hughes A and Brewster H (2000). *Lowering the Threshold: Reducing the Cost and Risk of Private Direct Investment in Least Developed, Small and Vulnerable Economies*. London, Commonwealth Secretariat, Economic Affairs Division. February.
- Kumar N (2001). WTO's emerging investment regime: Way forward for Doha ministerial meeting. *Economic and Political Weekly*, 36 (33): 3151-58.
- Moran T (1998). *Foreign Direct Investment and Development: The New Policy Agenda for Developing Countries and Economies in Transition*. Washington, D.C., Institute for International Economics.
- Moran T (2001). *Parental Supervision: A New Paradigm for Foreign Direct Investment and Development*. Washington, D.C., Institute for International Economics.
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) (1997) The OECD Report on Regulatory Reform. París, OCDE.
- OCDE (1998). *Foreign Direct Investment and Economic Development*. París, OCDE.
- UNCTAD (1996a). *World Investment Report 1996: Investment, Trade and International Policy Arrangements*. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta E.96.II.A.14, Nueva York y Ginebra.
- UNCTAD (1996b). *Incentives and Foreign Direct Investment*. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta E.96.II.A.6, Nueva York y Ginebra.
- UNCTAD (1998). *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.98.II.D.8, Nueva York y Ginebra.
- UNCTAD (1999). *World Investment Report 1999: Foreign Direct Investment and the Challenge for Development*. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.99.II.D.3 y Corr.1, Nueva York y Ginebra.
- UNCTAD (2000). *Tax Incentives and Foreign Direct Investment: A Global Survey*. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.01.II.D.5, Nueva York y Ginebra.
- UNCTAD (2001a). *Host Country Operational Measures*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.01.II.D.18, Nueva York y Ginebra.

- UNCTAD (2001b). *World Investment Report 2001: Promoting Linkages*. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.01.II.D.12, Nueva York y Ginebra.
- UNCTAD (2001c). *Home Country Measures*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.01.II.D.19, Nueva York y Ginebra.
- UNCTAD (2001d). *International Investment Instruments: A Compendium*, volumen 6. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.01.II.D.34, Nueva York y Ginebra.
- UNCTAD (2001e). *Compendium of International Arrangements on Transfer of Technology: Selected Instruments*. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.01.II.D.28, Nueva York y Ginebra.
- UNCTAD (2001f). *Social Responsibility*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.01.II.D.4, Nueva York y Ginebra.
- UNCTAD (2002). *World Investment Report 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness*. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.02.II.D.4, Nueva York y Ginebra.
- Centro de las Naciones Unidas sobre las Empresas Transnacionales (1991). *The Impact of Trade-Related Investment Measures on Trade and Development: Theory, Evidence and Policy Implications*. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.91.II.A.19, Nueva York.
- Organización Mundial del Comercio (OMC) (1998). Informe del Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones al Consejo General. WT/WGT/2. Ginebra, OMC.
