

El tratamiento internacional de las políticas de desarrollo económico en el ámbito de las inversiones

Verónica Trujillo Tejada*

El interés por regular las inversiones tiene particular trascendencia en los ámbitos nacional e internacional debido a la necesidad de promover el desarrollo económico a nivel mundial. Por otro lado, implementar una regulación estable y estandarizada para las empresas, tanto multinacionales como nacionales y, de esta manera, contribuir al crecimiento económico, resulta un objetivo actual y prioritario en las agendas nacionales de política económica. Por ello, resulta necesario el análisis del tratamiento de las inversiones a nivel internacional, a efectos de determinar el marco jurídico y teórico que plasma los principios y límites a la libertad del Estado para regular las inversiones, lo cual sirve de guía para la implementación de las políticas de desarrollo en materia de inversiones a nivel interno.

En el presente artículo analizamos el marco jurídico internacional que regula las políticas de desarrollo en materia de inversiones. Comenzaremos por definir y explicar en qué consisten estas políticas, sus manifestaciones y formas de regulación, a la luz de lo descrito por la UNCTAD¹ en el documento *Internacional Investment Agreements: Key Issues*² publicado el año 2004. Asimismo, realizaremos un recuento detallado de los documentos internacionales que analizan y regulan esta materia, constituyendo manifestaciones de la tendencia actual y de las obligaciones existentes a este respecto en el ordenamiento jurídico internacional. Por último, presentaremos las conclusiones.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, actualmente se encuentra cursando la maestría en Diplomacia y Relaciones Internacionales de la Escuela Diplomática Española.

¹ Son las siglas de la *United Nation Conference on Trade and Development* (Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo), organismo de la ONU que analiza y trabaja temas relacionados con el desarrollo, en cuya definición y características profundizaremos más adelante.

² En: <http://www.unctad.org/en/docs/iteiit200410_en.pdf>.

1. Definición de políticas de desarrollo relacionadas con las inversiones

Las políticas en materia de inversiones son las decisiones estatales que posibilitan la regulación y definición del ámbito de actuación de los inversionistas.³ Por lo general se expresan a través de normas jurídicas, que tienen como finalidad garantizar la efectividad de los derechos y obligaciones. Dichas normas recaen sobre los actores que se desarrollan en este ámbito y forman parte esencial del Derecho Internacional Económico, como reflejo de la soberanía de los Estados modernos. Son por esencia flexibles y adaptables a la coyuntura económica.⁴

Es preciso señalar que las nociones que en el presente artículo se califican como políticas de desarrollo en materia de inversiones, no son definidas como tales por la UNCTAD. Sin embargo, la determinación formulada se debe a que dichas definiciones tienen como denominador común la actuación política del Estado de manera predominante para su implementación.

En la mayoría de los casos, los objetivos de las políticas en materia de inversiones, y por lo tanto, de las normas que contienen dichas políticas, son los siguientes: i) La atracción de la inversión extranjera directa; ii) obtener mayores beneficios de ella; y iii) encaminar o resolver las preocupaciones de las empresas transnacionales.⁵

La doctrina⁶ afirma que para lograr el primer objetivo el paso fundamental consiste en liberalizar la economía. Sin embargo, también señala que una liberalización del mercado en forma pasiva⁷ no es suficiente para alcanzar los beneficios esperados de la inversión. En la actualidad, dada la alta competitividad en el mercado por la atracción de inversiones, se requiere mecanismos de fomento que ofrezcan ventajas, destaquen las fortalezas de determinados espacios geográficos y que estén más concentrados en la promoción de las mismas. Tienen mucha mayor demanda aquellas inversiones que

³ Para profundizar sobre las políticas de Estado, ver: SANSÓN, Roberto. «Políticas de Estado: una palanca imprescindible para avanzar en desarrollo y gobernabilidad». *Opinión Sur*, septiembre de 2005, N° 17. Disponible en: <http://www.surnorte.org.ar/opinionsur027_3.shtml>.

⁴ DAILLER, Patrick y Allain PERRET. *Droit International Public*. París: LGDJ, 2002, p. 1054.

⁵ Algunos autores también afirman que —dependiendo del régimen económico aplicado— las políticas dan sustento a la intervención del Estado en este ámbito, cuando se hace necesario asegurar que la inversión extranjera sea conforme los objetivos de política de promoción, independencia y desarrollo económico de los países en desarrollo. En VANDELDE, Kenneth. «The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty». *The American Society of International Law*, vol. 92, octubre de 1998, N° 4, p. 625.

⁶ UNCTAD. «FDI Policies for Development: National and International Perspectives. World Investment Report», 2003, p. 86. En: <www.unctad.org/en/docs/wir2003_en.pdf>.

⁷ Es decir, solo por medio de la desregulación y de garantizar derechos como la libre iniciativa, la libre competencia, la igualdad de trato, entre otros.

se realizan con tecnologías avanzadas y aquellas que están orientadas a actividades de exportación que aquellas que no cumplen estas características.

Por ello, se afirma que las políticas activas de promoción de inversiones van más allá de un marco regulatorio que liberalice el entorno de las inversiones y son esenciales para asegurar que las mismas traerán más beneficios. Las políticas en materia de inversiones pueden colaborar a lograr el desarrollo más rápido de las tecnologías y habilidades de las empresas, incrementar el consumo local, asegurar una mayor re-inversión de las ganancias, proteger al medio ambiente y a los consumidores, entre otras cosas. Asimismo, las políticas pueden ayudar a contrarrestar los peligros potenciales relacionados con la inversión extranjera, como las prácticas anticompetitivas y los actos de las empresas extranjeras que buscan sacar del mercado a las empresas nacionales viables, o pueden recaer sobre aspectos sensibles de la economía local de manera que se impulse el desarrollo de dichos sectores.

En el presente artículo hacemos referencia a las políticas de desarrollo en materia de inversiones, concentrándonos en aquellas manifestaciones de política que buscan no solo incrementar el flujo de inversiones hacia nuestro país, sino también en aquellas que tienen como objetivo sacar el mayor provecho de las mismas.⁸ Por ello se ha elegido el término *políticas de desarrollo* y no simplemente *políticas en materia de inversiones*, porque nos concentraremos en aquellas manifestaciones cuyas finalidades incluyen, de manera prioritaria, obtener mayores beneficios de las inversiones establecidas. De acuerdo al texto de la UNCTAD antes mencionado, este tipo de políticas —las encaminadas a alcanzar mayores beneficios de la inversión— son mecanismos que pretenden inducir a los inversionistas a actuar de manera que se alcance un impacto en el desarrollo.⁹ Las principales medidas usadas con estos fines consisten en: i) el establecimiento de medidas obligatorias para incrementar la contribución de las empresas extranjeras al país en el que se instalan, lo que se encuentra en estrecha vinculación con los requisitos de desempeño; y ii) el incremento de la contribución de las empresas extranjeras mediante mecanismos que las incentiven a actuar de una determinada manera. Este último requerimiento se identifica con los incentivos, manifestación de políticas de desarrollo que, junto con los requisitos de desempeño, serán presentados más adelante.

⁸ «Regular la IED debe tener como finalidad complementar la estrategia de competitividad que debe implementar un país en las circunstancias que atraviesa actualmente la economía mundial». En RODRÍGUEZ, Alejandro. «Función de los tratados bilaterales de inversión en la reglamentación de la inversión extranjera directa». Trabajo de investigación presentado para la obtención del título de magíster en Diplomacia y el título de diplomático de carrera. Academia Diplomática, 23 de noviembre de 2000, p. 9.

⁹ La frase textual de la UNCTAD al afirmar esto, es la siguiente: «[...] policies can induce investors to act in ways that enhance the development impact —by building local capabilities, using local suppliers and upgrading local skills, technological capabilities and infrastructure». En UNCTAD. Ob.cit., p. 87.

La importancia de estas medidas radica en el énfasis puesto en los objetivos de desarrollo de cada Estado. No son medidas que buscan solamente el ingreso de flujos de inversión, sino que, más bien, tienen como finalidad favorecer a determinados sectores y actividades económicas para consolidarlos, desarrollarlos y, así, incrementar el bienestar de la población relacionada en forma directa con dicha inversión. El establecimiento de medidas de esta naturaleza supone haber definido previamente los objetivos de desarrollo del Estado y las necesidades básicas que por estos medios se podrían satisfacer.

2. Las políticas de desarrollo económico relacionadas con las inversiones en los instrumentos internacionales

La UNCTAD ha realizado diversos análisis sobre los temas discutidos y negociados en los acuerdos internacionales de inversión. El documento *Internacional Investment Agreements: Key Issues*¹⁰ publicado el año 2004, muestra un análisis exhaustivo y completo¹¹ de cada uno de los derechos, garantías y obligaciones establecidas o susceptibles de establecerse, entre las partes que negocian un acuerdo de esta naturaleza. Este análisis pretende ser un instrumento útil para los negociadores de acuerdos de inversiones, al proveer un análisis objetivo y completo de los temas que se negocian en los mismos. Para la UNCTAD, el documento bajo análisis sirve:

[...] as a means to help negotiators and decision-makers, in particular from developing countries, to come to grips with the complex matter at hand and to provide them with a basic reference tool for use in the preparation of negotiations as well as for the development of model treaties. They seek to provide balanced analyses of issues that arise in negotiations and/or discussions of IIAs.¹²

Los volúmenes II y III de esta obra señalan, entre las materias de negociación de los acuerdos de inversión, a los incentivos, las medidas operativas del país receptor de la inversión —*Host Country Operational Measures*, en adelante HCOM— y las medidas del país de donde proviene la inversión —*Home Country Measures*, en adelante HCM—. Por cuestiones metodológicas, hemos identificado a las manifestaciones de las políticas de desarrollo en los acuerdos internacionales de inversiones, con los mencionados rubros: incentivos, HCOM y HCM, en cuyo análisis y regulación fijaremos nuestra atención.

¹⁰ En: <http://www.unctad.org/en/docs/iteiit200410_en.pdf>.

¹¹ En tanto tiene como soporte los acuerdos bilaterales, las negociaciones multilaterales e incluso los lineamientos no obligatorios de organismos internacionales como OCDE o APEC.

¹² UNCTAD. *International Investments Agreements: Key Issues*. Vol. I. Nueva York: 2004, p. XXI. En: <http://www.unctad.org/en/docs/iteiit200410_en.pdf>.

3. Definiciones de la UNCTAD sobre las manifestaciones de las políticas de desarrollo en el documento *Internacional Investment Agreements: Key Issues*

3.1. Los incentivos

Son descritos como instrumentos de política económica cuyo objetivo es atraer la inversión extranjera directa, reflejando la capacidad discrecional de los países receptores de la inversión en el diseño y aplicación de los programas que desarrollan esta materia. La UNCTAD los define en los siguientes términos:

Incentives can be a tool for countries to pursue their development strategies. If used properly, they can compensate for some deficiencies in the business environment that cannot easily be remedied. They can also help correct the failure of markets to capture wider benefits from externalities of production.¹³

Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo —OCDE, según su sigla en inglés— los define de la siguiente manera:

[...] measures designed to influence the size, location or industry of FDI investment project by affecting its relative cost or by altering the risk attached to it through inducements that are not available to comparable domestic investors.¹⁴

Las medidas que califiquen como incentivos deben ser acordes con los derechos básicos garantizados a través de los pactos internacionales o las normas internas en materia de inversiones.¹⁵ Se afirma que el único parámetro para controlar su establecimiento es el acuerdo sobre subsidios y medidas compensatorias, suscrito a nivel multilateral (OMC).

Los incentivos pueden ser usados con el fin de atraer nuevas inversiones extranjeras, o de hacer que los inversionistas extranjeros desempeñen funciones deseables para el Estado como: entrenamiento, ser fuente de recursos locales, fomentar la investigación y el desarrollo o promover la exportación. La finalidad de estos instrumentos es asegurar que la inversión conlleve un beneficio económico para el país en el cual se realiza, sin embargo, pueden tener consecuencias negativas sobre la eficiencia económica en el mercado donde se establecen:

¹³ UNCTAD. Ob. cit., p. 63.

¹⁴ OCDE. «Checklist for Foreign Direct Investment Incentive Policy», 2003. <www.oecd.org/dataoecd/45/21/2506900.pdf>.

¹⁵ En realidad, deben ser coherentes con cualquier regulación existente que recaiga sobre la inversión. Esta regulación comprende a los principios de la costumbre internacional, las normas nacionales y los instrumentos internacionales. Ver: RODRÍGUEZ, Alejandro. «Función de los tratados bilaterales de inversión en la reglamentación de la inversión extranjera directa». Trabajo de investigación presentado para la obtención del título de magister en Diplomacia y título de diplomático de carrera. Academia Diplomática, 23 de noviembre de 2000, p. 24.

The aim behind such requirements is to ensure the fullest economic utility of an investment to a host country and, in particular, its development objectives. On the other hand, such measures could be regarded as having negative effects on economic efficiency, by imposing unwanted additional burdens upon investors.¹⁶

La UNCTAD clasifica a los incentivos en financieros, tributarios, u otros —en los cuales se incluyen a los incentivos de naturaleza regulatoria-administrativa—.

Los *incentivos financieros*¹⁷ se presentan como subvenciones o préstamos a tasas de interés preferencial, subsidios directos que cubren capital, producción o costos de publicidad, subsidios de los créditos, créditos garantizados, subsidios de préstamos o préstamos garantizados, y créditos de exportación garantizados. Asimismo se manifiestan bajo la forma de seguros otorgados por el gobierno del cual proviene la inversión, a tasas preferenciales, o para cubrir la volatilidad del tipo de cambio o los riesgos no comerciales, como la expropiación.

Los *incentivos fiscales* son aquellos beneficios que se les otorgan a todos los sujetos que encajen en la definición de inversionistas y que recaen sobre su inversión. Se expresan a través de exoneraciones al pago de tributos o la disminución de las tasas impositivas, y por lo general se manifiestan como tributos basados en las ganancias, que implican la reducción del estándar del impuesto corporativo, de las tasas de impuestos sobre ganancias, o exoneraciones de impuestos sobre las mismas; tributos basados en el capital como la depreciación acelerada del capital, los permisos de inversión y de reinversión; tributos basados en el trabajo que se manifiestan a través de reducciones en las contribuciones a la seguridad social, deducción de las ganancias imponibles que se sustentan en el número de empleados u otros gastos relacionados con materia laboral.

De igual forma, se manifiestan como tributos en función a las ventas; tributos a las importaciones, tal es el caso de exonerar el pago de impuestos sobre la importación de los bienes de capital, partes, agregados de producción, u otorgar créditos por materiales importados; tributos basados en la exportación, como las excepciones de impuestos a la exportación, *drawback*, exoneración de tributos sobre las ganancias de exportaciones, o de tipo de cambio, entre otros.

Los *otros incentivos* conforman una categoría que funciona como un gran receptáculo en la clasificación de incentivos elaborada por la UNCTAD y que comprende cualquier otra medida que beneficie a los inversionistas por su condición de tales, otorgándoles un trato preferencial, o que constituya un aliciente para el flujo de capitales en ese área

¹⁶ Ib., p. 66.

¹⁷ Ver también OCDE. «Checklist for Foreign Direct Investment Policies», p. 17. <www.oecd.org/dataoecd/45/21/2506900.pdf>.

geográfica. Este tipo de incentivos incluye el subsidio de la infraestructura o servicios, preferencias de mercado y concesiones regulatorias, y excepciones generales o específicas en las exigencias sobre la implementación de estándares laborales o ambientales.

Dentro de esta categoría merecen una mención especial los incentivos de naturaleza regulatoria o administrativa,¹⁸ por ser los más frecuentes en la normatividad internacional. Estos incentivos se evidencian en la disminución de los estándares ambientales, laborales, de salud o seguridad, cuando se verifica el otorgamiento de excepciones temporales o permanentes al cumplimiento de los estándares aplicables o la estabilización de las cláusulas de garantías de las regulaciones existentes, para que no sean reformadas en detrimento de los inversionistas.

Además, tenemos como incentivos los casos de servicios subsidiados. Estos son aquellos dedicados a la infraestructura, electricidad, agua, sanidad, transporte; los servicios subsidiados que incluyan asistencia en identificar fuentes de recursos financieros, implementar y manejar proyectos, llevar a cabo estudios de pre inversión, información de los mercados, disponibilidad de materias primas y provisión de infraestructura, consejos de procesos de producción, técnicas de marketing, asistencia con entrenamiento y reentrenamiento, facilidades técnicas para desarrollar el *know how*, o mejorar el control de calidad; los privilegios de mercado, que se plasman a través de contratos preferenciales con los gobiernos, el cierre del mercado al ingreso futuro de inversiones similares; los privilegios en el tipo de cambio, como tasas especiales de tipo de cambio, tasas de compensación de deuda por equidad, conversión de tasas, eliminación del riesgo del tipo de cambio en los préstamos con extranjeros, etcétera.

3.2. Medidas operativas en el país receptor de la inversión (HCOM)¹⁹

Esta noción hace referencia a cualquier tipo de medida concerniente a las actividades del inversionista extranjero una vez dentro del país donde se realizará la inversión: «[HCOM] captures the vast arrays of measures implemented by host countries concerning the operation of foreign affiliates once inside their jurisdictions».²⁰

Estas medidas son calificadas como instrumentos de política de desarrollo por cuanto buscan determinar o influenciar —en la mayoría de los casos— la ubicación y desempeño de la inversión extranjera directa e incrementar los beneficios derivados de las mismas, por parte del país receptor; así como corregir las distorsiones de mercado:

¹⁸ Ib.

¹⁹ La base para el presente análisis se encuentra en el texto de la UNCTAD, *Internacional Investment Agreements: Key Issues*. Vol. II.2, pp. 11-37.

²⁰ Ib., p. 33.

Local equity requirements have also been used to ensure a certain degree of control for local management, and licensing requirements to strengthen the position of domestic firms in contract negotiations with foreign enterprises. In this sense, HCOMs are intended to perform a developmental role.²¹

Por lo general, asumen las formas usuales de limitaciones expresadas como exigencias de comportamientos o cuotas que el país receptor impone. De ahí que las primeras se identifiquen con obligaciones de no hacer y las segundas con requisitos de desempeño u obligaciones de hacer. Dada su naturaleza restrictiva —por cuanto exigen que los inversionistas se comporten o no actúen de determinada manera—, los requisitos de desempeño han sido materia de amplios debates, que conllevaron en el ámbito multilateral a la restricción en el uso de algunas de estas medidas, en tanto se encuentran en relación directa con el comercio y por este motivo constituirían un obstáculo injustificado al comercio, contrario a lo establecido en las normas fundamentales de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

La UNCTAD clasifica a las HCOM en tres categorías, en función a la posibilidad de los países de incluirlas como políticas de desarrollo: las HCOM prohibidas a nivel multilateral; las HCOM prohibidas, condicionadas o desalentadas en los acuerdos regionales, intraregionales o bilaterales; y las HCOM permitidas.

3.2.1. Las HCOM prohibidas a nivel multilateral

Han sido definidas en el acuerdo sobre medidas de inversión relacionadas con el comercio —en adelante TRIM, *Trade Related Investment Measures*— suscrito en el ámbito de la OMC.

Este acuerdo en líneas generales establece que los países miembros no pueden requerir a un inversionista —con relación a su inversión— que cumpla cualquier medida, incluyendo las contrarias a los principios de trato nacional y a lo establecido en el artículo de restricciones cuantitativas del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), siempre y cuando dicha medida recaiga también sobre el comercio.

Este acuerdo permite distinguir las medidas de inversión relacionadas con el comercio y establece en su anexo una lista ilustrativa de las mismas. De acuerdo a ella, los países se comprometen a no establecer criterios inconsistentes con el trato nacional que requieran lo siguiente:

- a) La compra o uso de productos de origen doméstico por la empresa extranjera, en términos de volumen o valor de los productos, o en proporción al valor o volumen de la producción local.

²¹ Ib., p. 34.

- b) Que la compra de productos importados por una empresa esté relacionada con el volumen o valor de sus exportaciones de bienes locales.

Asimismo, se comprometen a establecer medidas que no sean inconsistentes con la obligación general de eliminar las restricciones cuantitativas. Ello incluye las normas obligatorias y las condicionadas a incentivos que restrinjan:

- a) La importación de productos usados para su producción local restringiendo el acceso del tipo de cambio extranjero a un monto relacionado con la entrada de dicho tipo de cambio atribuible a su empresa.
- b) La exportación o venta para exportación de productos específicos, en términos de volumen o valor de su producción local.

En tal virtud, con el propósito de determinar el verdadero alcance de estas restricciones, la UNCTAD afirma que dos cuestiones son relevantes:

- 1) El acuerdo prohíbe solo un rango específico de las HCOM materia de análisis. No contempla muchas otras restricciones establecidas en acuerdos bilaterales, tales como los requisitos de desempeño para la exportación o los requisitos obligatorios de transferencia de tecnología.
- 2) El acuerdo solo es aplicable a las medidas de inversión relacionadas con el comercio de bienes, por lo que no es aplicable al comercio de servicios.²²

Cabe señalar que este acuerdo también considera la aplicación de excepciones sobre los acuerdos establecidos, justificadas en dificultades en la balanza de pagos, y prolonga los periodos durante los cuales se les permite a los países en desarrollo mantener medidas contrarias al TRIM.²³ Por ello, se afirma que estas disposiciones permiten cierta flexibilidad en los países para el uso de estos instrumentos, pese a que la tendencia es su prohibición o desaparición de la normatividad a nivel internacional.

3.2.2. Las HCOM prohibidas, condicionadas o desalentadas en los acuerdos regionales, intraregionales o bilaterales

La mayoría de estos documentos internacionales sobre inversiones recogen lo establecido en el TRIM o, simplemente, no establecen disposición alguna que se relacione con las HCOM. Sin embargo, algunos acuerdos —predominantemente entre países desarrollados— van más allá de lo establecido en el TRIM estableciendo prohibiciones absolutas sobre medidas que califican como las HCOM y que no están cubiertas

²² Ib., p. 39.

²³ TRIM —*Trade Related Investment Measures*— es la sigla en inglés para señalar el Acuerdo sobre Medidas de Inversión Relacionadas con el Comercio, suscrito en el marco de la OMC.

por aquel pacto. La forma en la cual se recogen las disposiciones sobre las HCOM en dichos textos normativos son las siguientes:

- a) Como condiciones para recibir una ventaja. Las HCOM pueden ser permitidas siempre que cumplan ciertas condiciones y estén justificadas en un objetivo específico, o establecidas por un periodo de tiempo determinado; lo que definitivamente resalta su condición de políticas para el desarrollo.²⁴ Estas medidas legitiman el marco del país parte en lo que respecta a la atracción de inversiones y la dirigen a la promoción de los objetivos nacionales. Las HCOM entran en este esquema normativo como incentivos condicionados.
- b) Como parte de los programas de desarrollo económico de un gobierno. Son instrumentos dentro de programas de desarrollo económico. Tal es el caso de lo establecido al respecto en el GATT y en la guía del Banco Mundial, que preservan el derecho de las partes contratantes a adoptar las HCOM por exigencias sociales o razones económicas.²⁵
- c) La aproximación de *best efforts*. Bajo esta aproximación los acuerdos establecen la obligación de las partes de no imponer a las HCOM bajo la condición de realizar sus mejores esfuerzos para lograr este propósito.

3.2.3. Las HCOM permitidas

En función al principio de soberanía estatal, los Estados tienen el derecho de establecer a su propio criterio normas reguladoras de la actividad de los inversionistas localizados para efectos empresariales en su jurisdicción, las que pueden incluir a las HCOM. Entonces, salvo por lo señalado en los párrafos anteriores, la mayoría de medidas operativas sobre los inversionistas califican como ejercicio de la potestad regulatoria del Estado,²⁶ y por ello, no son reclamadas a la luz de las HCOM. Sin embargo, de acuerdo al análisis de la UNCTAD referido, este tipo de medidas está cada vez más bajo el escrutinio internacional. No obstante, debe evitarse que ello ocurra a expensas de la habilidad de promover el desarrollo por parte de los gobiernos.

3.3. Medidas del país del que proviene la inversión (HCM)²⁷

Las medidas del país del que provienen los flujos de inversión consisten en requisitos, limitaciones o disposiciones que promocionan las inversiones que salen fuera del país. Posiblemente estas medidas repercutan en la cantidad y la calidad del flujo de inversiones hacia fuera del país que las establece, razón por la cual directa o indirectamente, tendrán repercusiones en el flujo de inversiones y desarrollo de la comunidad internacional.²⁸

De acuerdo al análisis de la UNCTAD sobre la naturaleza y presencia de estas medidas en los acuerdos sobre inversiones, los objetivos que guían el establecimiento de las HCM consisten en remover los impedimentos que desalientan la inversión en la contraparte del acuerdo, y aumentar los programas de asistencia para los inversionistas —en cuanto a la determinación de proyectos de inversión en la otra parte—.²⁹ Asimismo, dicho análisis sostiene que ambas partes del acuerdo pueden cooperar en el logro de un mejor aprovechamiento de la inversión en el país receptor, en cuanto a su cantidad, calidad e incluso en su impacto en la transferencia de tecnología: «Developed and developing countries could cooperate on how measures might best enhance FDI quality as well as quantity, including their impact on technology transfer».³⁰

Como conclusión respecto a la presencia de las HCM en los acuerdos internacionales de inversión, la UNCTAD sostiene que las negociaciones deberían dar una oportunidad de explorar la posibilidad de establecer una relación de cooperación para el logro de los objetivos de desarrollo de las partes.³¹

Las formas en que se manifiestan las HCM pueden ser diversas, y entre aquellas usadas con mayor frecuencia se encuentran las siguientes:

- Posiciones de política que promuevan la inversión extranjera hacia los países en desarrollo. Consisten en expresiones que afirman esta intención pero que en realidad carecen de contenido efectivo por su naturaleza exhortativa. La recomendación de la UNCTAD a este respecto es complementar estas disposiciones con

²⁷ La base para el presente análisis se encuentra en el texto de la UNCTAD, *International Investment Agreements: Issues*. Vol. II, 2, pp. 11-37.

²⁸ Se afirma que estas medidas se derivan del legítimo interés de los Estados de ejercer su soberanía para regular la salida de capital y puede imponer limitaciones geográficas o sectoriales. Pueden buscar la repatriación de las ganancias por motivo de balanza de pagos o en función a sus ingresos tributarios, o pueden usar estas medidas como herramientas para presionar a un tercer país en una instancia determinada. Ver: SACERDOTI, G. Ob. cit., p. 372.

²⁹ Ver UNCTAD. Ob. cit. Vol. II.2, p. 12.

³⁰ Ib.

³¹ Ib.

políticas o compromisos programáticos para la asistencia al desarrollo y otros tipos de HCM.

- Información y asistencia técnica: son medidas del país del que proviene la inversión que pueden ayudar a superar las imperfecciones del mercado o de la realidad sociopolítica de los países en desarrollo. La información a proveerse puede consistir en el marco legal, el entorno macroeconómico y otros factores que conformen el contexto en el que el inversionista tendría que iniciar su empresa.
- Transferencia de tecnología: va más allá de compartir el *know how*, requiere de una aplicación sustancial de las operaciones de negocios y se considera apropiada la evaluación e implementación de la capacidad del gobierno receptor en la atracción y uso de nuevas tecnologías comerciales, lo que incluye reformas regulatorias que establezcan un marco para la transferencia de competencia, que debe incluir disposiciones prohibitivas tanto como promocionales.
- Incentivos fiscales y financieros: se relacionan principalmente con los impuestos que tributan las empresas transnacionales en sus países de origen, así como la aplicación de las políticas de transferencias de precios.
- Seguros de inversión: son otorgados por agencias gubernamentales del país de donde proviene la inversión, con la intención de beneficiar a sus TNC protegiéndolos en contra de los riesgos políticos y otros riesgos a que se encuentren propensos por invertir en determinados territorios, y que la mayoría de agencias de seguros privadas no cubren.
- Regulación de acceso al mercado: son medidas que afectan el potencial de exportación actual o futuro de la FDI en los países en desarrollo.
- Controles extraterritoriales: implica en el país receptor de la inversión un cruce de regulaciones, una nacional y la otra extranjera. La tendencia general de las naciones en desarrollo es prohibir la aplicación extraterritorial de las HCM, porque los países desarrollados han tenido históricamente el poder efectivo de imponer sus propias normas y privilegiar sus intereses por sobre los intereses del receptor de la inversión.

4. Otros instrumentos internacionales que desarrollan estos conceptos

4.1. Declaraciones de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD)

La UNCTAD es un órgano de las Naciones Unidas promotor de la integración de los países en desarrollo en la economía mundial y generador de condiciones para su

integración al orientar las políticas y debates a nivel internacional hacia la búsqueda de soluciones a las desigualdades y al bajo nivel de desarrollo de algunos países.³² En su calidad de agencia especializada es responsable de generar el «borrador» de las normas internacionales materia de desarrollo en el sistema de Naciones Unidas. Aunque rara vez ha sido directa responsable de la creación de normas, sí ha constituido, en ocasiones, influencia determinante en otras organizaciones, respecto a la creación de normas en materia económica.

La UNCTAD se define a sí misma como el «[...] centro de coordinación de las Naciones Unidas para el tratamiento integral del Comercio y el desarrollo y de las cuestiones interrelacionadas en los sectores de la financiación, la tecnología, la inversión y el desarrollo y el desarrollo sostenible».³³

Esta agencia afirma tener una *ventaja comparativa* en el análisis y desarrollo de los temas de inversiones, y desde esa perspectiva, se propone el estudio de las cuestiones relacionadas con las políticas de inversiones, los acuerdos internacionales en esta materia, las tecnologías, el desarrollo de la empresa, entre otras. En efecto, en el plan de acción elaborado en el décimo periodo de sesiones, en febrero del 2000, la UNCTAD se propuso lo siguiente:

1. Investigar las repercusiones de la inversión extranjera en la industrialización, en la iniciativa empresarial local, en el fomento de la capacidad de suministro en general, en el fomento de la capacidad de exportación y el desarrollo de los recursos humanos, teniendo presente a las empresas y PYMES.

Los objetivos específicos consisten en investigar las políticas de fomento de las inversiones, con miras a su atracción y aprovechamiento, siendo relevantes los marcos jurídicos y regulatorios, las prácticas del sector privado y de la inversión extranjera directa, la inversión en infraestructura, el desarrollo de conocimientos técnicos locales y el aprendizaje de las diversas experiencias en cuanto a la transferencia y difusión de tecnología.

³² La doctrina señala que el principio básico de su filosofía es la teoría sobre el «[...] deterioro de los términos de intercambio» que hace que las materias primas tengan un crecimiento promedio de sus precios unitarios inferior al de los productos manufacturados, por lo que resulta necesario impedir las fluctuaciones de los precios, y garantizar el acceso a los mercados de los mismos con preferencias arancelarias no recíprocas por parte de los países desarrollados a favor de los países en desarrollo. Ver DI GIOVAN, Ilcana. *Derecho Internacional Económico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992, pp. 132-3.

³³ UNCTAD. «Plan de acción. Décimo periodo de sesiones». TD/386. Bangkok, 12 a 19 de febrero de 2000, p. 27.

Se busca también analizar el impacto de las negociaciones regionales y promover la transparencia y la difusión de información financiera bajo parámetros estandarizados en esta materia.

2. Impulsar la capacidad de los países en desarrollo en la formulación y ejecución de políticas que le permitan aprovechar las inversiones, la tecnología y potenciar a la empresa.
3. Profundizar en el conocimiento de los nuevos desafíos en materia de inversiones, incluyendo el contenido de los acuerdos internacionales que se suscriben en esta materia.³⁴

Como podemos apreciar, la Organización de las Naciones Unidas no regula en forma directa la inversión, sino más bien, establece lineamientos que guían el desarrollo de esta materia³⁵ a nivel económico, político y jurídico; asimismo, realiza investigaciones que trascienden todas estas áreas, de manera que sirve como guía en la toma de decisiones de cada país respecto a materias como las inversiones, y refleja la tendencia internacional del desarrollo de los temas ubicados en su campo de acción.

En el presente análisis han resultado de particular relevancia los documentos elaborados por la UNCTAD respecto a la evolución de los acuerdos internacionales de inversión (IIA) y respecto al contenido de cada una de las disposiciones que se presentan por lo general en dichos textos. Estos estudios, que sustentan sus conclusiones en el análisis de las disposiciones de los acuerdos internacionales en materia de inversiones, nos informan acerca de la regulación de esta materia a nivel internacional. De igual forma, los referidos documentos recogen el compromiso de las partes de contribuir al desarrollo de los más pobres, constituyéndose en este sentido como orientadores de las políticas de inversiones.

Además de los estudios realizados, la UNCTAD, a través de las conferencias periódicas que se realizan a nivel mundial, nos proporciona un alcance de las tendencias internacionales y refleja los compromisos de los países asumidos al discutir sobre esta materia. A continuación mencionaremos brevemente tanto los estudios realizados por la UNCTAD como los acuerdos definidos en las últimas conferencias internacionales, con relación a las políticas de desarrollo en materia de inversiones.

³⁴ Ib., pp. 30-33.

³⁵ Los lineamientos, también llamados códigos de conducta, contribuyen a la internacionalización del comercio y la inversión dada la ausencia de verdaderas regulaciones o estándares internacionales para el comportamiento de los diferentes actores en esta área. Su éxito de alguna manera se debió precisamente a su carácter no obligatorio. Ver MAGRAW, Daniel. «United Nations ECOSOC Draft Code of Conduct on Transnational Corporations». En ZAMORA, Stephen y Ronald BRAND (eds.). *Basic Documents of International Law*. Chicago: CCH Internacional, 1990, p. 533.

4.1.1. La Declaración del Milenio

Esta declaración sirve de base a los posteriores consensos de la UNCTAD, por la implementación de objetivos trascendentales para la determinación o establecimiento de políticas de desarrollo relacionadas con las inversiones, tales como los siguientes:

- a) La creación de políticas apropiadas a nivel interno que tienen como meta el desarrollo y la inserción económica deseados.³⁶
- b) La elaboración de un plan de acción apropiado con la finalidad de alcanzar el desarrollo y la erradicación de la pobreza a través de la implementación de políticas internas y el debate de temas trascendentales, como la necesidad de movilizar los flujos internacionales y las medidas a tomar al respecto.³⁷

La declaración expresa la preocupación internacional por las desigualdades generadas o evidenciadas a consecuencia de la globalización, entre otras cosas, enfatizando la necesidad de aliviar estos males en aras a obtener su objetivo general que consiste en la paz y seguridad mundiales. Se determina en forma preliminar la necesidad para los países menos desarrollados de encontrar sus propios mecanismos de desarrollo a través del establecimiento de políticas apropiadas, sin que las mismas sean impuestas, buscando el cumplimiento de los estándares internacionales con la meta de alcanzar el desarrollo, la democracia, una garantía de institucionalidad, el respeto a los derechos humanos, entre otros.³⁸

4.1.2. La Declaración de Bangkok

Este documento, junto con un plan de acción³⁹ trazado por los diferentes países, fue el producto del encuentro realizado en Bangkok (Tailandia), del 12 al 19 de febrero del año 2000. Entre los temas analizados relacionados con la búsqueda de mecanismos que garanticen la integración con éxito de los países menos desarrollados en la economía a nivel mundial se incluyen la necesidad de hacer fluir el financiamiento de las inversiones hacia los países en desarrollo, y la necesidad de aumentar el ahorro interno y de garantizar el funcionamiento eficiente de los mercados nacionales con

³⁶ ONU. «Declaración del Milenio». 6-8 septiembre de 2000. <<http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/ares552.html>>.

³⁷ Ib.

³⁸ El Perú se ha trazado ocho objetivos a consecuencia de lo propuesto en esta declaración, los mismos que incluyen el fomento de una asociación mundial para el desarrollo, y que proponen que el país establezca una política nacional de comercio exterior, la misma que se traza como meta, la producción de bienes competitivos, un objetivo estrechamente relacionado con la política en materia de inversiones. Ver: ONU. «Hacia el cumplimiento de los Objetivos del Milenio». Informe 2004, pp. 110-124.

³⁹ Ver UNCTAD. «Plan de acción de la Conferencia de Bangkok. Décimo periodo de sesiones», p. 14. <http://www.unctad.org/sp/docs/ux_td386.sp.pdf>.

el propósito de movilizar las inversiones. Se analizan también las medidas que hagan más eficiente la asistencia oficial para el desarrollo (AOD) a través de —por ejemplo— acciones coordinadas entre el país receptor de la asistencia y el que la otorga. Las metas trazadas para este tipo de ayudas son la creación de un clima adecuado en la actividad del sector privado, la promoción de políticas económicas y sociales, y el desarrollo de instituciones que contribuyan a hacer más eficiente la asistencia.

Asimismo, respecto a la inversión, se establece la necesidad de crear climas propicios para atraer y aprovechar el flujo de la misma, a través de políticas adecuadas y con asistencia de la comunidad internacional.⁴⁰

El plan de acción definido en la reunión de Bangkok abarca diferentes áreas de la política internacional del desarrollo económico, como medidas específicas para el progreso de África, los países sin litoral, entre otras. En el caso específico de los temas que se relacionan con la inversión, el documento determina la relevancia de la UNCTAD como órgano promotor del desarrollo, investigación e implementación de estos temas y analiza cuestiones específicas importantes en los debates al respecto, como la transferencia de tecnología, el fomento de la empresa, el desarrollo de recursos humanos, entre otras.

4.1.3. El Consenso de Monterrey

Se conoce como Consenso de Monterrey al acuerdo producto de la conferencia de la UNCTAD realizada entre el 18 y 21 de marzo de 2002 en Monterrey, México. El objetivo de esta reunión fue alcanzar consensos sobre las mejores maneras de enfrentar los retos del financiamiento para el desarrollo, principalmente a favor de los países con menores posibilidades. Se reafirmó la necesidad de cada país de formular sus políticas en función a sus propias necesidades frente a la economía globalizada, así como la necesidad de movilizar los flujos internacionales determinantes para el crecimiento, la erradicación de la pobreza y el desarrollo sostenible, a través de la instalación y posicionamiento de inversiones productivas y el impulso y perfeccionamiento de la capacidad humana.⁴¹ Se señala también que la movilización de los flujos internacionales dependerá de la adopción de un adecuado marco político y regulatorio a nivel nacional, consistente con las leyes que promocionan las iniciativas públicas y privadas, y el desarrollo del sector empresarial a la par de una mejora en la distribución de los ingresos, el aumento de la productividad, el empoderamiento de la mujer y la garantía de los estándares nacionales y ambientales. «We recognize that

⁴⁰ Ib.

⁴¹ Ver UNCTAD. «Consenso de Monterrey». 18-21 de marzo de 2002. En: <www.un.org/esa/ffd/Monterrey-consensus-excepts-acon198_11.pdf>.

the appropriate role of government in market-oriented economies will vary from country to country».⁴²

Respecto a la inversión extranjera, se enfatiza su importancia como parte de la movilización de recursos trazada como objetivo. Ella contribuye a financiar el crecimiento sostenido a largo plazo, y es importante por su capacidad potencial para transferir conocimientos y tecnología, crear empleos, mejorar la competitividad y erradicar la pobreza. Sin embargo, se reconocen como retos en este aspecto la creación de las condiciones nacionales e internacionales necesarias.⁴³

Además se señala que para atraer capital productivo los países deben continuar sus esfuerzos en la implementación de un clima de inversión predecible, estable y transparente, que operando de manera eficiente genere desarrollo en el propio país. Se requieren también esfuerzos especiales en la construcción de un marco político y regulatorio promotor y protector de las inversiones, en un marco inclusivo del desarrollo de recursos humanos, en convenios de doble tributación, normas pertinentes al gobierno corporativo, estándares contables y la promoción de un clima competitivo.⁴⁴

Este acuerdo desarrolla muchos otros temas de importancia en la implementación del desarrollo mundial. Sin embargo, nuestro objetivo es reflejar los lineamientos sentados en el ámbito de inversiones, que —como podemos apreciar— requieren el establecimiento de políticas económicas y regulatorias apropiadas que garanticen el flujo de las inversiones a largo plazo, generen tecnología, competitividad y recursos humanos, y preserven los estándares laborales y ambientales coherentes con el respeto de los derechos humanos y el desarrollo sostenible de cada país.

4.1.4. El Consenso de Sao Paulo

Bajo esta denominación se conoce al acuerdo producto de la XI Conferencia de la UNCTAD, llevada a cabo en Sao Paulo, Brasil, del 13 al 18 de julio del año 2004, titulada «Aumento de la coherencia entre las estrategias nacionales de desarrollo y los procesos económicos mundiales en pro del crecimiento económico y el desarrollo, particularmente de los países en desarrollo».

En este documento se reconoce como vital la participación del Estado en el desarrollo de cada país, implementando políticas para estos efectos, lo que incluye a las políticas sobre inversiones. Se afirma que las estrategias de desarrollo deben ser diseñadas a la medida de las necesidades de cada país, y que es deber de los países desarrollados

⁴² Ib.

⁴³ Ib.

⁴⁴ Ib.

—de acuerdo con lo definido en el Consenso de Monterrey— asistir a los países en desarrollo en el logro de estos objetivos, y de lo plasmado en la Declaración del Milenio. Asimismo, se hace mención a diversas condiciones de mercado que deben alcanzarse con el propósito de asegurar el desarrollo, de acuerdo a las experiencias de diversos países, las mismas que deben ir acompañadas de políticas de desarrollo en todos los niveles, promotoras de la inversión, la construcción de capacidades, y una integración económica exitosa con el resto del mundo.⁴⁵

Esta declaración hace también referencia a las medidas útiles para obtener el desarrollo deseado por los países menos adelantados, dentro de las que menciona a las medidas de los países de donde provienen las inversiones, las políticas internas de los países menos desarrollados, así como una alianza con el sector privado, las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil:

Creating an enabling environment in host countries for investment, technologies and enterprise development is essential for building productive capacity. Policy and actions that home countries of investors can introduce to encourage investment and technology transfer and to increase the benefits that developing countries can generate from investment inflows can complement such efforts. Measures to engage corporate actors in the economic, social and environmental dimensions of this process are also important in this respect.⁴⁶

Como puede apreciarse, el Consenso de Sao Paulo, no solo sienta lineamientos que guían la actuación de las partes, sino que —al igual que el resto de documentos analizados— establece normas de conducta que los países deben cumplir con la finalidad de alcanzar los objetivos trazados en las últimas conferencias. Sin embargo, debemos resaltar que el incumplimiento de estas normas de conducta no genera sanciones para los Estados, aun cuando sí reflejan la voluntad política de los países miembros de la ONU. En todo caso, sientan la pauta del consenso internacional en esta materia, razón por la cual los países en desarrollo deberían hacer prevalecer estas condiciones en sus negociaciones internacionales.

4.1.5. Documentos basados en investigaciones de la UNCTAD

Como hemos señalado, la UNCTAD, a raíz de las conferencias periódicas, de las reuniones para la implementación y evaluación de sus decisiones, de los eventos para colaborar con este mismo propósito, entre otros, ha realizado diversos estudios sobre las inversiones, los acuerdos de inversión, la transferencia de tecnología, el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas, etcétera.

⁴⁵ Ib., pp. 6-7.

⁴⁶ Ib., p. 9.

Estos estudios nos permiten comprender de manera objetiva y amplia el contenido de los acuerdos internacionales establecidos en materia de inversiones, bilaterales o multilaterales, y la evolución de la normatividad internacional. A continuación haremos un breve análisis de algunos estudios de la UNCTAD de especial importancia en la implementación de políticas de desarrollo en materia de inversiones:

4.1.5.1. *Transferencia de tecnología*⁴⁷

La UNCTAD señala que la transferencia de tecnología es un elemento esencial en el desarrollo de las naciones, en particular de los países en desarrollo, por lo que resulta deseable que estos últimos se beneficien de la generación, transferencia y difusión de la mejor tecnología disponible.⁴⁸ Se reconoce, también, la asimetría derivada del hecho que las empresas transnacionales sean quienes desarrollan este rubro en los países desarrollados más no en los países en desarrollo, generándose un abismo en la tecnología utilizada entre ambos.⁴⁹ Esta brecha precisa solucionarse a través de las decisiones gubernamentales, internas e internacionales que implemente cada país, de ahí la importancia de las políticas de desarrollo adoptadas en los acuerdos internacionales.

Las formas de consagración de la transferencia tecnológica en los acuerdos internacionales de inversión se manifiestan a través de las siguientes modalidades:

- El control total sobre los requisitos de desempeño relacionados con tecnología.
- El establecimiento de requisitos de transferencia permisibles.
- El desarrollo de una amplia regulación de los temas relacionados con la tecnología.
- La regulación bajo la aproximación de la lógica del mercado que se caracteriza por una fuerte reafirmación de los derechos de propiedad intelectual del dueño de la tecnología.
- Una regulación híbrida de esta materia hace compatibles las aproximaciones descritas —tanto la regulatoria como la basada en la lógica del mercado—.
- Finalmente, la aproximación de política regional industrial trae beneficios a favor del desarrollo tecnológico de la región, aunque ello depende mucho de las ventajas comparativas de la misma.

Este texto presenta diferentes opciones de regulación respecto a la transferencia tecnológica en los acuerdos internacionales que nos permiten evaluar la amplia gama de

⁴⁷ UNCTAD. «Transfer of Technology. Series on Issues in International Investment Agreements». Nueva York y Ginebra: 2001. <www.unctad.org/en/docs/psiteiitd28.en.pdf>.

⁴⁸ Ver también DUPUY, Jean Marie. Ob. cit., pp. 574-576.

⁴⁹ Ver también REMIRO, Antonio. Ob. cit., pp. 329-330.

soluciones presentes en el contexto internacional que pueden colaborar a desarrollar e implementar en forma efectiva nuevas tecnologías, o a mejorar las existentes, bajo las manifestaciones de políticas de desarrollo presentadas. Sin embargo, debemos recordar que el tipo de política que se adopte en esta materia depende de las condiciones particulares de cada país, y del marco normativo aplicable, incluidos los acuerdos internacionales.

4.1.5.2. Vinculaciones de integración hacia atrás⁵⁰

Las vinculaciones hacia atrás son mecanismos o medios a través de los cuales se relacionan las empresas locales y extranjeras en un mismo territorio con el objeto de transferirse activos tangibles e intangibles. Estas vinculaciones tienen como efecto el incremento de los beneficios derivados de la inversión y por ello constituyen un objetivo de las políticas de desarrollo que los gobiernos deberían tomar en cuenta.

4.1.5.3. Flexibilidad en los acuerdos internacionales⁵¹

La «flexibilidad» puede ser definida como la habilidad de los acuerdos internacionales de inversión de adaptarse a las condiciones particulares que prevalecen en los países que los negocian y a la realidad de asimetría económica existente entre los países en desarrollo y los países desarrollados.

Debemos recordar que los acuerdos internacionales de inversión, al igual que otros acuerdos internacionales, contienen obligaciones que por su propia naturaleza reducen de cierta forma la autonomía de los países que participan en ellos. Por ello, estos acuerdos necesitan reconocer las importantes diferencias en las características de las partes involucradas, en particular, las asimetrías económicas y los diferentes niveles de desarrollo entre los países que suscriben los acuerdos.

La «flexibilidad» relaciona un grupo particular de objetivos, los que conciernen a la promoción del desarrollo por los Estados parte de los acuerdos internacionales, sin perder la estabilidad, predictibilidad y transparencia garantizada a las inversionistas a través de estos mismos acuerdos. La función de la flexibilidad es adaptar los acuerdos internacionales de inversión a las condiciones particulares de los países en desarrollo que son parte de ellos, y a sus realidades de asimetrías económicas entre las partes

⁵⁰ El presente análisis está basado en dos documentos de la UNCTAD: «World Investment Report 2001: Promoting Linkages», capítulos IV y V. <<http://www.unctad.org/en/docs/wir01full.en.pdf>>; e «Informe sobre las inversiones en el mundo 2001. Objetivo: fomento de las vinculaciones». <<http://www.unctad.org/es/docs/wir01full.en.pdf>>.

⁵¹ El contenido de este punto se sustenta en la investigación de la UNCTAD, *Internacional Investment Agreements: Keys Issues*. Vol. I, cap. 2: «Flexibility for Development». <http://www.unctad.org/en/docs/iteiit200410_en.pdf>.

contratantes. La pregunta no es si es que un acuerdo de esta naturaleza debe proveer flexibilidad, sino más bien, cuál es el grado de flexibilidad que sería consistente con la finalidad y funciones de estos acuerdos.

Diseñar los acuerdos internacionales de manera que contemplen el principio de flexibilidad permitirá que los países tengan la posibilidad de actuar en la búsqueda de sus objetivos de desarrollo, con el fin de encontrar el balance propio entre las obligaciones y la flexibilidad, un equilibrio compatible con un espacio suficiente para las políticas nacionales orientadas al desarrollo.

4.2. Acuerdos de la OCDE

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) es un grupo conformado por treinta países con el propósito de compartir su compromiso con los gobiernos democráticos y las economías de mercado. Con relación a las inversiones y políticas de desarrollo en la OCDE, el comité de inversiones tiene la misión de lograr el desarrollo sostenible y el crecimiento a nivel mundial, a través de la reforma en la política de inversiones y de cooperación internacional. A continuación, explicamos los principales documentos, acuerdos y lineamientos que desarrollan esta materia.⁵²

4.2.1. La guía de la OCDE para las empresas multinacionales

Este documento establece principios voluntarios y estándares que guían una conducta empresarial responsable. La intención de este documento, y de la adhesión de los gobiernos al mismo, es promover las contribuciones positivas de las empresas multinacionales en la economía, el medio ambiente y el progreso social, y minimizar las dificultades potenciales de sus operaciones. Las guías son recomendaciones en forma de principios y estándares de buenas prácticas consistentes con las normas aplicables y dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales. Los principios contenidos en este documento no están dirigidos a introducir diferencias en el trato de las empresas nacionales y extranjeras, por el contrario, se tienen las mismas expectativas sobre los posibles beneficios de ellas para la economía nacional. Se especifica que los gobiernos no deben usar estas guías con propósitos proteccionistas, pero que los mismos sí están facultados a establecer condiciones bajo las cuales las empresas multi-

⁵² Ver «The OCDE Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises: Basic Texts». Noviembre, 2000. <[www.oecd.org/olis/2000doc.nsf/4f7adc214b91a685c125692700623b74c1256991003b5147/\\$FILE/00085743.DOC](http://www.oecd.org/olis/2000doc.nsf/4f7adc214b91a685c125692700623b74c1256991003b5147/$FILE/00085743.DOC)>. Los documentos señalados a continuación forman parte de las «Investment Guidelines of the OECD». Ver también MAGRAW, Daniel. «Declaration by the Governments of OECD Member Countries and Decisions of the OECD Council on International Investment and Multinational Enterprises of 21 June, 1976». En: Zamora, Stephen y Ronald Brand (eds.). *Basic Documents of International Law*. Chicago: CCH International, 1990, p. 559.

nacionales operarán en sus jurisdicciones, lo que implica que las multinacionales que se desarrollan en diferentes lugares están sujetas a distintas normatividades.

4.2.2. El Código de Liberación de Movimientos de Capital

Este código fue adoptado por el Consejo de la OCDE en 1961, con la finalidad de permitir o facilitar la eliminación de obstáculos a la libre circulación del capital entre los países miembros de la OCDE. Se trata de un instrumento que busca asegurar la igualdad de trato entre extranjeros.⁵³

4.2.3. El instrumento sobre trato nacional

Este documento refleja el compromiso de las partes de dar un trato no menos favorable que el aplicable sobre sus propios nacionales en una situación similar, a las empresas extranjeras o controladas por extranjeros en su territorio, no aplicable a la etapa de pre-establecimiento.⁵⁴

4.2.4. La inversión internacional, incentivos y desincentivos

Convoca esfuerzos de los miembros de la OCDE en la implementación de medidas de cooperación respecto de la inversión extranjera directa.⁵⁵

4.2.5. Requisitos que generan conflictos

El término *conflicting requirements* sugiere a los países miembros minimizar la imposición de requisitos que generen conflictos con empresas multinacionales de diferentes países. El anexo II de la guía para las empresas multinacionales establece consideraciones generales en esta materia, señalando que con relación a la existencia de requerimientos legales o políticas en conflicto con la nueva legislación o acciones de los países, es importante considerar lo siguiente:

- Respetar los principios del Derecho Internacional.
- Evitar o minimizar estos potenciales conflictos o problemas a través de la consideración de los intereses de los demás países miembros al determinar sus propias políticas.

⁵³ Ver: JUILLARD, Patrick. «L'évolution des sources du Droit des Investissements». *Académie de Droit International. Recueil des Cours*. Tomo 250. Leiden: Martinus Nijhoff, 1994, pp. 153-154.

⁵⁴ *Ib.*, pp. 157-159.

⁵⁵ Para más información sobre este acuerdo, ver MAGRAW, Daniel. «Declaration by the Governments of OECD Member Countries and Decisions of the OECD Council on International Investment and Multinational Enterprises of 21 June, 1976». En ZAMORA, Stephen y Ronald BRAND (eds.). *Basic Documents of International Law*. Chicago: CCH International, 1990, p. 579.

- Respetar la soberanía y legitimidad de las medidas económicas que puedan tomar los demás países miembros.
- Promover la cooperación como alternativa a la actuación unilateral de los países miembros con el objeto de minimizar los conflictos potenciales.

4.2.6. La iniciativa de inversión para el desarrollo

Es un proyecto que viene llevando a cabo la OCDE, habiéndose originado en los acuerdos tomados en el Consenso de Monterrey de la UNCTAD. En este proyecto se identificó el capital privado y la inversión extranjera como complementos esenciales de los esfuerzos nacionales e internacionales para alcanzar el desarrollo, debiéndose, en tal virtud, crear las condiciones necesarias, tanto a nivel interno como internacional, para facilitar los flujos de inversión.⁵⁶ Este acuerdo implica el desarrollo e implementación de lo siguiente:

- Un marco de política para inversiones, creado como una lista abierta y no obligatoria de temas a considerar por cualquier gobierno interesado y comprometido con una reforma interna, la cooperación regional y los diálogos en la política internacional. El referido marco tiene como objetivo crear un ambiente que sea atractivo para los inversionistas nacionales y extranjeros y generar beneficios a la sociedad a partir de la inversión.
- El diseño de lecciones sobre el uso de la ayuda oficial para el desarrollo (ODA) para apoyar los esfuerzos de los países de movilizar las inversiones para el desarrollo.
- Compartir la experiencia de la OCDE con los procedimientos de revisión de las políticas de inversión como formas de construcción de capacidades.

Otros lineamientos sobre políticas de desarrollo en las inversiones han sido plasmados en diferentes documentos de estudio que se han de tener en cuenta en el análisis de la regulación de las políticas de desarrollo. Estos son: «Good Governance and the Best Practices for Investment Policy and Promotion»,⁵⁷ «Public Policy and Voluntary Initiatives: What Roles have Governments Played?»,⁵⁸ «Foreign Direct Investment

⁵⁶ OCDE. «The OCDE Initiative on Investment for Development: towards a Policy Framework for Investment». <[www.oalis.oecd.org/olis/2004doc.nsf/43bb6130e5e86e5fc12569fa005d004c/fe32a22fe7bc403c1256fo3002a9e9f/\\$FILE/5t00168484.DOC](http://www.oalis.oecd.org/olis/2004doc.nsf/43bb6130e5e86e5fc12569fa005d004c/fe32a22fe7bc403c1256fo3002a9e9f/$FILE/5t00168484.DOC)>.

⁵⁷ OCDE. «Good Governance and Best Practices for Investment Policy and Promotion». Ginebra: junio, 2002. <www.oecd.org/dataoecd/44/19/2589833.pdf>.

⁵⁸ OCDE. «Public Policy and Voluntary Initiatives: What Roles have Governments Played?». Working Papers on International Investment. Febrero de 2001. <www.oecd.org/dataoecd/45/30/1922814.pdf>.

for Development: Maximising Benefits, Minimising Costs»⁵⁹ y «Checklist for Direct Investment Incentive Policies».⁶⁰

4.3. Lineamientos del Banco Mundial⁶¹

El Banco Mundial es una institución fundamental en el sistema financiero internacional, dedicada a disciplinas relacionadas con el desarrollo y destinada principalmente al financiamiento de operaciones a largo plazo para promover el mismo.⁶² Tiene como objetivo «[...] promover, mediante el aumento de la productividad, el progreso económico y social en los países en desarrollo [...]».⁶³ Entre sus operaciones se encuentra el fomento del desarrollo de los países pobres mediante asistencia técnica y financiamiento. La institución respalda proyectos concretos y brinda asistencia técnica.⁶⁴

El Banco Mundial, a solicitud del Comité de Desarrollo, creó una guía gubernamental de comportamiento en las inversiones con la finalidad de promover la inversión extranjera directa. Esta guía cubre principios generales de la actuación gubernamental en la regulación de la inversión,⁶⁵ desde su establecimiento hasta su constitución, evidenciando las prácticas gubernamentales negativas que desincentivan la inversión.⁶⁶ De manera específica, se hace alusión a la relación entre la inversión y la provisión de información por las empresas extranjeras y la protección al consumidor, las prácticas comerciales restrictivas, la lucha contra la corrupción y la transferencia de precios, así como las relaciones laborales y condiciones de trabajo. Contempla también la posibilidad de establecer excepciones aplicables a la inversión nacional por cuestiones de orden público, salud pública y protección al medio ambiente. Es un intento en la formulación de estándares internacionales generalmente aceptados con la

⁵⁹ OCDE. «Foreign Direct Investment for Development: Maximising Benefits, Minimising Costs». Overview. 2002. <www.oecd.org/dataoecd/47/49/1959795.pdf>.

⁶⁰ OCDE. «Checklist for Direct Investment Incentive Policies». 2003. <www.oecd.org/dataoecd/45/21/2506900.pdf>.

⁶¹ Este análisis se sustenta en diferentes documentos elaborados por el Banco Mundial para el estudio del marco legal de la inversiones, incluyendo la guía de lineamientos para establecer el marco legal a este respecto: «Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment». <[www-wds.worldbank.org/servlet/WDSCContentServer/WDSP/1B/1999/11\)19/000178830_98101911160026/Rendered/PDF/multi_page.pdf](http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSCContentServer/WDSP/1B/1999/11)19/000178830_98101911160026/Rendered/PDF/multi_page.pdf)>; «Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment. Report to the Development Committee». Septiembre 1992. <www-wdc.worldbank.org/se-vlet/WDSCContentServer/WDSP/1B/1999/10/21/00017/8830_98101901582915/Rendered/multi_page.pdf>.

⁶² Ver DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. París: Dalloz, 1998, p. 555.

⁶³ DRISCOLL, David. *El FMI y el Banco Mundial. ¿En qué difieren?* Washington: FMI, pp. 1-2.

⁶⁴ Ver DI GIOVAN, Ileana. *Derecho Internacional Económico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992, p. 184.

⁶⁵ DAILLER, Patrick y Alan PELLET. *Droit International Public*. París: LGD, 2002, p. 1102.

⁶⁶ Ver DUPUY, Jean Marie. Ob. cit., pp. 587-588.

finalidad de promover que el flujo de inversiones extranjeras sea al mismo tiempo útil y oportuno.⁶⁷

Estos lineamientos no tienen efectos obligatorios sobre los países miembros del Banco Mundial y se basan en las tendencias que prevalecen en los diferentes instrumentos legales, tales como los tratados bilaterales, los instrumentos multilaterales y los precedentes de Derecho Internacional, así como las mejores prácticas que han llevado a atraer a las inversiones.⁶⁸

Con relación a las políticas de desarrollo en materia de inversiones como mecanismos gubernamentales a favor del desarrollo, podemos identificar dos referencias expresas:

1. El numeral 3 del punto II de la guía que define los lineamientos en el tratamiento de la inversión extranjera, señala que «[...] cada estado mantiene el derecho a establecer regulaciones para gobernar la admisión de la inversión extranjera privada»; y en el numeral 4 punto b señala que cada Estado excepcionalmente puede rechazar la propuesta de inversión que se realice sobre sectores reservados por sus normas nacionales, en consideración de los objetivos de desarrollo económico o de las exigencias en función a los intereses nacionales.⁶⁹
2. El punto III numeral 9 del mismo documento establece que nada obliga o sugiere a los Estados a establecer incentivos fiscales, sin embargo, en los casos en que se establezcan, debe evaluarse su justificación, debe garantizarse que están directamente relacionados con el tipo de actividad promocionada y su aplicabilidad tanto a inversionistas nacionales como extranjeros en circunstancias similares. Se hace referencia expresa a la competencia entre Estados para ofrecer esta clase de incentivos como una política no recomendable. Asimismo, se señala que los incentivos fiscales que proveen algunos gobiernos con el propósito de favorecer las inversiones son reconocidos como una forma efectiva y particular de promover las inversiones.

El establecimiento de este marco normativo —orientador a nivel internacional— data de principio de 1990 y su implementación es evaluada periódicamente por el

⁶⁷ Ver Banco Mundial. «Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment. Report to the Development Committee». Septiembre de 1992. En: <www-wdc.worldbank.org/evlet/WDSContentServer/WDSP/IB/1999/10/21/00017/8830_98101901582915/Rendered/multi_page.pdf>.

⁶⁸ Ver NEYRA, Alejandro. «El régimen de las inversiones de la Comunidad Andina: análisis y perspectivas». Trabajo de investigación presentado para la obtención del título de magíster en Diplomacia y título de diplomático de carrera. Academia Diplomática del Perú, 23 de noviembre de 2000, p. 8.

⁶⁹ La doctrina coincide con esta afirmación al indicar que si bien estos lineamientos buscan promocionar y proteger las inversiones a través del establecimiento de estándares de tratamiento justo y equitativo, nación más favorecida, entre otros, subsiste el principio de la libertad de los Estados para no aceptar la entrada en su territorio de capitales con fines de inversión. En DAILLER, Patrick y Alain PELLET. Ob.cit., p. 1102.

Banco Mundial. Respecto de las políticas de desarrollo materia de análisis solo se pronuncian en el sentido de ratificar la soberanía estatal en su determinación, en la no exigibilidad de establecer incentivos, sin desmerecer su efectividad como mecanismo que promueve las inversiones. El carácter jurídico de estos parámetros está limitado a dar pautas, por lo que una vez más estamos frente a normas de conducta que carecen de obligatoriedad.

4.4. Acuerdos de la OMC

La Organización Mundial del Comercio (OMC) es una organización internacional, un foro multilateral,⁷⁰ que decide sobre temas comerciales. Su objetivo es ayudar a los productores de bienes y servicios, exportadores e importadores de cada país a llevar a cabo sus actividades.⁷¹ Se sustenta en acuerdos debatidos y negociados por cada uno de sus miembros, y cuya aplicación resulta obligatoria. Solo los Estados son sujetos en estas negociaciones y pueden acudir a estas instancias con el fin de hacer valer sus derechos, a través del mecanismo de solución de controversias.⁷²

Las negociaciones entabladas con miras al establecimiento de una normatividad multilateral en el tema de inversiones han sido desalentadoras por la cantidad de esfuerzos desplegados con la finalidad de establecer una norma multilateral que regule esta materia y la ausencia de consenso frente a las propuestas presentadas. Ello ha llevado a que los compromisos suscritos con respecto a las inversiones sean bastante superficiales, en comparación con el nivel de avance en otras materias reguladas en la OMC.

La OMC viene trabajando en tres temas relacionados con las inversiones:⁷³

- Un grupo de trabajo establecido en 1996 conduce las investigaciones sobre la relación que existe entre el comercio y las inversiones.
- El acuerdo sobre las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (TRIM Agreement).
- El acuerdo general de comercio en servicios que hace alusión a la inversión extranjera como una de las cuatro formas de proveer servicios.

⁷⁰ Es decir, la reunión de diversos países que debaten temas específicos para la suscripción de acuerdos de carácter vinculante. Para mayor información véase PASTOR, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Octava edición. Madrid: Tecnos, 2001.

⁷¹ OMC. «¿Qué es la OMC?». <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/whaus_s.htm>.

⁷² Para mayor información véase PIÉROLA CASTRO, Noe Fernando. «Orden jurídico internacional y solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio». Tesis de la Facultad de Derecho de la PUCP. Lima, 2000.

⁷³ OMC. «Comercio e inversión». En: <http://www.wto.org/english/tratop_e/invest_e/invest_e.htm>.

La mayor parte de las normas relacionadas con este tema se centran en el trato discriminatorio que se le da en los diferentes Estados a los productos importados y exportados, o en las restricciones cuantitativas sobre las importaciones o exportaciones establecidas en los diferentes ordenamientos, sin ocuparse del tema de la entrada de las inversiones, su tratamiento o la solución de controversias. De ahí que pueda afirmarse que los acuerdos existentes no se encargan de establecer una reglamentación específica de la inversión extranjera.⁷⁴ Con respecto a los incentivos, las HCOM y HCM, como manifestaciones de las políticas de desarrollo en materia de inversiones, han establecido derechos y obligaciones aplicables a los países miembros, principalmente, a través de los siguientes acuerdos.⁷⁵

4.4.1. El acuerdo del GATT 1994

El contenido de este acuerdo determina los pilares fundamentales de la OMC, y con respecto a las políticas de desarrollo en materia de inversiones identificadas, contempla las siguientes disposiciones:

- La cláusula de eliminación de restricciones cuantitativas⁷⁶ aplicables tanto al sector público como al privado, que impide la imposición de cuotas o prohibiciones sobre las importaciones o exportaciones, aunque sí permite medidas de carácter tributario como derechos o aranceles y contempla la posibilidad que en caso de presentarse situaciones excepcionales se deje de lado la aplicación de estas normas. Las restricciones cuantitativas en materia de inversiones relacionadas con el comercio quedaron prohibidas a través del artículo XI del acuerdo general; sin embargo, se permite su aplicación en forma excepcional en los siguientes casos: por razones de seguridad —en función a lo determinado por la ONU en esta materia— y con la finalidad de proteger a la agricultura, el equilibrio de la balanza de pagos, etcétera.

⁷⁴ La doctrina señala como evidencias de esta afirmación: la ausencia de un consenso respecto al trato que merecen las inversiones, la aplicación de los estándares de protección que rigen el comercio de bienes en materia de inversiones, o la priorización del desarrollo interno de la capacidad soberana respecto a los países menos desarrollados. Ver: Khor, Martin. *¿Qué hacemos con la OMC?* Barcelona: Icaria Editorial y Intermón Oxfam, 2003, pp. 31-35.

⁷⁵ Ver ALCALDE, Javier. «La reglamentación de la inversión extranjera en la Ronda de Uruguay». En *Política Internacional*, n° 51, enero-marzo de 1998, p. 106. Este autor señala que el mayor número de provisiones de la inversión extranjera directa (IED) están presentes en el TRIM, TRIP, acuerdo sobre subsidios y derechos compensatorios, y solución de controversias.

⁷⁶ Este término hace referencia a la limitación en la cantidad de productos que pueden ser importados en el territorio de un Estado. Es un obstáculo clásico, utilizado por los Estados para proteger la producción nacional y tener un control total de las importaciones. En Díez de Velasco, Manuel. *Instituciones del Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 595.

- El principio de flexibilidad: hace referencia a las excepciones permitidas sobre la aplicación de los propios principios del acuerdo general, hecho que facilita la adaptación de este marco normativo a nuevas realidades.⁷⁷ Este principio se refleja en un conjunto de excepciones, cláusulas de salvaguardia, que muestran una erosión o fragmentación del sistema multilateral. También son permitidas las derogaciones, consentidas por las partes, en virtud de situaciones especiales, distintas a las previstas en las demás cláusulas que hacen referencia a excepciones. Otra de las excepciones contempladas es la posibilidad de formar uniones aduaneras y zonas de libre cambio, manteniendo una legislación preferencial aplicable a las partes que las conforman.

Este conjunto de excepciones nos permiten confirmar la fragmentación del sistema multilateral y, aunque dichas excepciones estén justificadas en consideraciones económicas específicas correspondientes a las realidades de los países miembros, reconocidas y aceptadas por la comunidad internacional, constituyen un reflejo de las posibilidades que tienen los Estados de no aplicar las normas del acuerdo.

En forma adicional, se ha reconocido a favor de los países en desarrollo la aplicación de un derecho a la igualdad que no consiste en términos latos en igualdad, sino en equidad. Ello ha sido plasmado a través de principios como el de la no reciprocidad,⁷⁸ los sistemas de preferencias, las disposiciones específicas sobre un trato diferenciado y más favorable para los países en desarrollo, y los regímenes excepcionales —que se aplican sectorialmente—, entre otros.

4.4.2. *Medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio*⁷⁹

Este acuerdo reconoce que algunas medidas en materia de inversiones pueden tener efectos de restricción o distorsión sobre el comercio;⁸⁰ sin embargo, no se regula esta

⁷⁷ El acuerdo de la OMC contempla las excepciones en las siguientes manifestaciones: i) excepción general, en los casos relativos a seguridad nacional; ii) la posibilidad de derogación o *waiver*, que permite a las partes en forma excepcional, desligarse de sus obligaciones ante una circunstancia totalmente imprevista y excepcional; iii) la existencia de integraciones económicas regionales, casos en que la liberalización llevada a cabo entre los Estados participantes no se hace extensiva a países fuera de dicho grupo; y finalmente; iv) el tratamiento más favorable a los países en desarrollo, que permite la aplicación del principio de no reciprocidad entre los países pobres y los países desarrollados en cuanto a relaciones comerciales se refiere. Un ejemplo de esto último se verifica a través del Sistema Generalizado de Preferencias. Ver: DIEZ DE VELASCO, Manuel. Ob. cit., pp. 604-6.

⁷⁸ Artículo XXXI.2.8 del GATT que establece el principio de no reciprocidad: «Las partes contratantes desarrolladas no esperan reciprocidad por los compromisos contraídos por ellas en las negociaciones comerciales de reducir o suprimir los derechos de aduana y otros obstáculos al comercio de las partes contratantes poco desarrolladas».

⁷⁹ Ver: OMC. «Acuerdo sobre medidas de inversión relacionadas con el comercio». <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/trims_e.htm>.

⁸⁰ Ver ALCALDE, Javier. «La reglamentación de la inversión extranjera en la Ronda de Uruguay». En *Política*

materia —no hay disposiciones generales y exigibles respecto del establecimiento de la inversión o su tratamiento—. Las disposiciones se concentran en la no aplicación de medidas contra el artículo III del GATT sobre el trato nacional o el artículo XI del mismo texto, referente a las restricciones cuantitativas.⁸¹

La doctrina define a los TRIM como «[...] condiciones que los gobiernos imponen a los inversionistas extranjeros que tienden a distorsionar los flujos internacionales del comercio. Son medidas de inversión cuyos propósitos incluyen la promoción de objetivos de política comercial».⁸²

Sin embargo, también se afirma que no todos los requisitos de desempeño generan distorsiones en el comercio, y que por lo tanto, los requisitos de desempeño en términos generales no deben ser considerados como TRIM. Por esta razón, solo se establece una lista ilustrativa de las medidas que están prohibidas y se deja abierta la posibilidad de considerar dentro de esta proscripción a otras medidas, las mismas que se determinarán en el análisis de casos concretos.⁸³

El tipo de medidas incompatibles con la obligación de trato nacional o la imposición de restricciones cuantitativas son las siguientes:

- Normas que requieran la utilización de productos nacionales o fuentes nacionales.
- Normas que exijan que la compra o utilización de productos de importación de una empresa se limiten a una cantidad relacionada con el volumen o valor de los productos locales que la empresa exporte.
- Normas que restrinjan la exportación o la venta para exportación de productos de una empresa con relación a su producción local, ya sea en términos de volumen, valor o productos determinados.

Si bien la regla general consiste en no establecer requisitos o condiciones respecto a la cantidad de los productos importados o exportados relacionados con las operaciones de los inversionistas, el artículo XI del GATT establece como excepciones a este compromiso las siguientes:

Internacional, N° 51, enero-marzo de 1998, p. 110. Ver también NEYRA, Alejandro. «El régimen de las inversiones de la Comunidad Andina: análisis y perspectivas». Trabajo de investigación presentado para la obtención del título de magíster en Diplomacia y título de diplomático de carrera. Academia Diplomática del Perú, 23 de noviembre de 2000, p. 15.

⁸¹ Ver DUPUY, Jean Marie. Ob. cit., pp. 588-9.

⁸² Ib.

⁸³ Ver SACERDOTI, G. «Bilateral Treaties and Multilateral Instruments». *Académie de Droit International. Recueil des Cours*. Tomo 269. Leiden: Martinus Nijhoff, 1997, p. 264.

1. Prohibiciones o restricciones de carácter temporal, para prevenir o remediar la escasez de productos esenciales.
2. Prohibiciones o restricciones para la importación o exportación relacionadas con la calidad o comercialización de otros productos.
3. Restricciones a la importación de productos agrícolas y pesqueros necesarias para la ejecución de medidas gubernamentales como:
 - Respecto a la cantidad de producto nacional que pueda ser comercializada o producida.
 - Eliminar el sobrante temporal del producto nacional que pueda ser substituido por el producto importado.
 - Restringir la cantidad de producción de productos de origen animal, cuya producción dependa del producto importado.⁸⁴

Estas disposiciones del acuerdo general nos permiten determinar prohibiciones generales respecto a las medidas potenciales que pueden adoptar los Estados en el ámbito económico, esto es, el marco mínimo que las partes utilizan en la negociación de los acuerdos internacionales o conforme al cual se establecen los ordenamientos jurídicos internos.

Si bien estas disposiciones son límites de la potestad gubernamental de establecer políticas económicas o restricciones en materia comercial, ninguno de los artículos constituye una prohibición absoluta respecto al establecimiento de tratamientos diferenciados o la imposición de restricciones, lo que da margen de acción a los gobiernos miembro en la aplicación de medidas en estos ámbitos.

Con relación a las políticas de desarrollo en materia de inversiones identificadas, este acuerdo establece la exigencia del trato nacional sobre las medidas de inversión que se relacionen con el comercio. Por estas razones es necesario analizar cada incentivo, HCOM o HCM con el objeto de determinar si califica como medida de inversión relacionada con el comercio y si vulnera el principio de trato nacional considerando las excepciones establecidas en el GATT a estos efectos —tal es el caso de las excepciones establecidas en el artículo XVIII de «Ayudas para favorecer el desarrollo económico» que prevén procedimientos especiales con la finalidad de no aplicar las obligaciones contenidas en el GATT, en supuestos específicos relacionados con partes contratantes que solo pueden ofrecer a su población un bajo nivel de vida y cuyas economías se encuentren en vías de desarrollo—.

⁸⁴ OMC. Acuerdo General. Artículo XI.

Por otro lado, la prohibición de medidas cuantitativas recae directamente sobre las HCOM en la medida en que restringe la posibilidad de exigir a los inversionistas cumplir con determinadas cuotas de producción respecto a bienes o servicios exportados por su propia empresa o que, por ejemplo, requieren la inclusión de bienes importados en sus propios productos. Sin embargo, esta restricción también está sujeta a que la medida sea considerada como relacionada con el comercio, y le son aplicables las excepciones establecidas en el GATT. En este caso en particular, debemos mencionar que muchos tratados bilaterales de inversión han acogido esta prohibición a través de la consagración expresa de la lista ilustrativa, entre sus propias disposiciones.⁸⁵

4.4.3. Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias⁸⁶

Las subvenciones son un tipo de medidas gubernamentales en el ejercicio del rol de fomento estatal, reguladas en el marco de la OMC, que se sustentan en el desarrollo y negociación de los artículos VI, XVI y XXIII del GATT.⁸⁷

Existe una subvención en cualquier caso en el que se produzca una contribución financiera por parte del gobierno o cualquier organismo público y que constituya un beneficio a favor de determinada empresa. Esta noción incluye todo tipo de ayudas que no necesariamente se materializan como subvenciones.

Se distinguen diferentes tipos de subvenciones, contempladas en el acuerdo bajo la siguiente tipología:

1. *Subvenciones prohibidas.* Son todas aquellas destinadas a la exportación de productos que no sean productos primarios, aquellas supeditadas a los resultados de exportación y las supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia frente a los importados.
2. *Subvenciones recurribles.* Son aquellas que tienen como efectos el daño a la producción nacional de otro miembro, el perjuicio grave a los intereses de otro miembro o la anulación o menoscabo de las ventajas resultantes del artículo II del acuerdo general.

⁸⁵ Se señala también que la OMC a través de los TRIM establece mayores limitaciones al uso de requisitos de desempeño, mientras que los incentivos quedan sin reglamentación, lo que resulta perjudicial para los países en desarrollo en la medida que los primeros instrumentos son más accesibles y acordes con sus políticas, lo que redundaría en una mayor posibilidad de establecer incentivos y una menor posibilidad de aplicar las HCOM. En ALCALDE, Javier. Ob. cit., p. 116.

⁸⁶ Ver. OMC. «Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias. Interpretación». <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/subsidies_e.htm>.

⁸⁷ Ib. Resumen. En: <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/ursum_s.htm#eAgreement>.

3. *Subvenciones no recurribles*. Son aquellas permitidas conforme a las normas multilaterales y deben cumplir con las siguientes características:
- No ser específicas de acuerdo a los supuestos regulados en el artículo II del acuerdo general. Se exige que las subvenciones sean otorgadas a la generalidad de una colectividad. Esta regla se ve exceptuada cuando las autoridades establecen criterios objetivos que rigen el derecho a tener una subvención y su cuantía; en estos casos la subvención se otorgada a determinadas empresas, bajo la condición de que cumplan los requisitos establecidos.
 - También pueden enmarcarse en este tipo las ayudas a la inversión más desarrollo, que no superen el 75% de los costes de las actividades de investigación industrial o el 50% de los costos de las actividades precompetitivas de desarrollo y que estén destinadas a los gastos de personal, costos de instrumentos, consultas y gastos generales.
 - Otras ayudas que se enmarcan en esta definición son las llamadas ayudas regionales, que consisten en medidas que favorecen a una región determinada que se considera desfavorecida, sobre la base de criterios imparciales y objetivos.
 - Asimismo, se definen como subvenciones no recurribles las ayudas a la reconversión que tienen como objetivo la adaptación a las exigencias medioambientales, siempre que se limite al 20% de los costes de adaptación.

Respecto a la aplicación de este tipo de medidas por los países en desarrollo, la doctrina señala que «[...] las subvenciones pueden desempeñar un papel importante en los programas de desarrollo económico, incluso los prohibidos en el artículo 3 del acuerdo [...]». ⁸⁸ Sin embargo, este reconocimiento se plasma en un trato desigual en función a los diferentes niveles de desarrollo alcanzados por los países, de ahí que se concluya que este acuerdo contempla un grave defecto consistente en mantener la fragmentación en el tratamiento de las subvenciones, por cuanto además del régimen general existen acuerdos en función de la actividad productiva —materia agrícola, compras públicas, aeronaves civiles, entre otras—. Ello lleva a confirmar la fragmentación en la regulación de las subvenciones, que evidentemente debilita su tratamiento y posibilidad de control. ⁸⁹

La regulación de las subvenciones recae directamente sobre las manifestaciones de las políticas de desarrollo identificadas como incentivos de carácter financiero o fiscal. En consecuencia, las limitaciones y excepciones aplicables de acuerdo a esta normati-

⁸⁸ ÁVILA, Antonio María y otros. *Regulación del comercio internacional tras la Ronda de Uruguay*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 152.

⁸⁹ *Ib.*, p. 153.

va deben ser consideradas al establecer un incentivo de dicha naturaleza en el ámbito de las inversiones.

La Declaración Ministerial de Doha puso nuevos puntos en la agenda en esta materia. Así, por ejemplo, se lanza la propuesta con la finalidad de permitir determinadas subvenciones al desarrollo de manera que los países en desarrollo no tengan que hacer frente a medidas compensatorias u otras medidas aplicadas por otros gobiernos. Las subvenciones al desarrollo se definen como aquellas que tienen «objetivos legítimos de desarrollo» e incluyen cualquier ayuda al crecimiento regional, investigación y desarrollo tecnológico, la diversificación de la producción y el desarrollo y la aplicación de métodos de producción que no perjudiquen al medio ambiente.

Asimismo, se estableció que los gobiernos de los países menos adelantados pueden otorgar subvenciones, normalmente prohibidas, condicionadas a requisitos de exportación «[...] y tienen por tanto flexibilidad para financiar a sus exportadores, en consonancia con sus necesidades de desarrollo».⁹⁰ Sin embargo, esta disposición está limitada en el supuesto de que los países menos adelantados hayan alcanzado una situación de competitividad en las exportaciones. Estas, entre otras consideraciones, reflejan la tendencia actual a favorecer el desarrollo y a considerar las situaciones económicas específicas con relación a la obligatoriedad de los acuerdos comerciales establecidos.

4.4.4. Acuerdo general sobre el comercio de servicios⁹¹

Este acuerdo contempla las distintas modalidades de prestación de servicios entre dos naciones: a través de entidades extranjeras proveedoras de servicios en territorio nacional, o de la presencia de los mismos extranjeros en el territorio nacional por un lapso determinado, entre otros supuestos.

El acuerdo señalado contiene manifestaciones a favor de las políticas de desarrollo, como la exigencia de transferir tecnología por parte de las empresas extranjeras. Asimismo, permite al país miembro mantener normas contrarias con las disposiciones básicas del instrumento; se reconoce que el trato a los inversionistas extranjeros puede no ser formalmente idéntico al de los nacionales, siempre que ello no perjudique la competitividad de los primeros, y permite la participación gradual de los países en desarrollo.⁹²

⁹⁰ Ib.

⁹¹ Véase OMC. «Acuerdo general sobre el comercio de servicios». <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/ursum_s.htm#lAgreement>.

⁹² Ver ALCALDE, Javier. Op cit., p. 109.

4.4.5. *El Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual*⁹³

Conocido como ADPIC,⁹⁴ garantiza la implementación de medidas a nivel interno para el respeto nacional de los derechos de propiedad intelectual —lo que incluye la garantía del trato nacional— a favor de los nacionales de los países miembros.⁹⁵ Estos derechos comprenden el reconocimiento a nivel multilateral de marcas, patentes, lemas comerciales, etcétera, siendo determinantes en materia de inversiones en tanto representan intereses económicos de los inversionistas.

Resulta fundamental garantizar la protección de los bienes intangibles de propiedad de los inversionistas, bienes potencialmente aportados como activos a efectos de llevar a cabo su inversión. Es necesario asegurar los beneficios económicos derivados de estos derechos mediante su protección a nivel práctico, generando los medios institucionales que permitan su goce efectivo, el mismo que se plasma en derechos tales como la exclusividad en el uso del bien, el goce de sus frutos, la explotación económica restringida, etcétera.

La Declaración de Doha, respecto a este instrumento, ratifica lo establecido en el párrafo 2 del artículo 66 del acuerdo sobre los ADPIC,⁹⁶ afirmando que los países desarrollados ofrecerán incentivos a su sector privado y a sus instituciones con la finalidad de fomentar y propiciar la transferencia de tecnología a los países menos adelantados. De igual forma, enfatiza el deseo de los países en desarrollo para que esta actuación sea más efectiva. Con este propósito, la OMC implementa la obligación de los países desarrollados de entregar un informe sobre la manera de funcionamiento de sus incentivos en la práctica.⁹⁷

⁹³ OMC. «Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio». <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf>.

⁹⁴ Para mayor información, véase Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. «Acuerdo entre la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Organización Mundial del Comercio». Ginebra: OMPI, 1995; «Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. Acuerdo sobre los ADPIC». Ginebra: OMPI, 1996.

⁹⁵ Ver VANDEVELDE, Kenneth. «The Economics of Bilateral Investment Treaties». *Harvard International Journal*, vol. 41, primavera 2000, N° 2, p. 497.

⁹⁶ OMC. ADPIC. «Art. 66. Países menos adelantados miembros [...]»

1. Los países desarrollados Miembros ofrecerán a las empresas e instituciones de su territorio incentivos destinados a fomentar y propiciar la transferencia de tecnología a los países menos adelantados Miembros, con el fin de que estos puedan establecer una base tecnológica sólida y viable.

<http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.doc>.

⁹⁷ OMC. «Comité de Negociaciones Comerciales – Programa de Doha». Sección 11. <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/implem_explained_s.htm>.

4.4.6. *Trato especial y diferenciado en el marco de los acuerdos analizados*

Todos los acuerdos de la OMC se guían por el principio de flexibilidad antes mencionado, que permite la aplicación de excepciones a los estándares generales establecidos —entre otras razones— debido al reconocimiento de la necesidad de establecer un trato especial y diferenciado acorde con la necesidad de promover el crecimiento económico de los países menos desarrollados.

El trato especial y diferenciado es un principio que tiene como objetivo resolver las demandas competitivas para la liberalización del comercio y el desarrollo socioeconómico equitativo. Se considera necesaria la introducción de restricciones temporales que permitan que los países en desarrollo puedan proteger sus economías y las inserten en el crecimiento político y económico. En suma, este principio tiene dos aspectos fundamentales: la protección de los mercados de los países en desarrollo y el acceso a los mercados de los países desarrollados.⁹⁸

Con relación al trato especial y diferenciado, la OMC, a través de la decisión L/4903 del 29 de noviembre de 1979, estableció la posibilidad de conceder este trato a los países en desarrollo, respecto de medidas arancelarias y no arancelarias que incluyen, por lo tanto, a los incentivos, HCOM y HCM.

La OMC señala que las alusiones expresas a este tratamiento en cada uno de los acuerdos negociados pueden referirse, dependiendo del contexto normativo del acuerdo o declaración, a los siguientes temas:

- Disposiciones cuya finalidad es aumentar las oportunidades comerciales de los países miembros en desarrollo.
- Disposiciones en virtud de las cuales los miembros de la OMC deben salvaguardar los intereses de los países miembros en desarrollo.
- Flexibilidad de los compromisos, las medidas y utilización de instrumentos de política.
- Períodos de transición.
- Asistencia técnica.
- Disposiciones relativas a los países miembros menos adelantados.⁹⁹

Como puede apreciarse, la OMC establece un marco normativo que se orienta hacia la liberalización del mercado, bajo la premisa de favorecer el desarrollo de los más pobres. Las últimas conferencias ministeriales le otorgan prioridad al trato especial

⁹⁸ Ver LICHTENBAUM, Meter. «“Special Treatment” vs. “Equal Participation”: Striking a Balance in the Doha Negotiation». *International Law Review. American University*, vol. 17, 2002, N° 5, p. 1008.

⁹⁹ OMC. «Disposiciones sobre trato especial y diferenciado establecidas en los acuerdos y decisiones de la OMC», p. 3. <\\Docsonline.Wto.Org/Ddfdocuments/V/Wt/Comtd/W77.Doc>.

y diferenciado que merecen los países en desarrollo y a la necesidad de equilibrar los beneficios de la globalización y apertura de mercados. Pese a la existencia de desacuerdos en algunas reuniones, hay claros compromisos que reflejan la tendencia a ser más flexibles en la aplicación de los acuerdos en los casos en que chocan con las políticas de desarrollo de los países —incluyendo el ámbito de inversiones— y a establecer compromisos de los países desarrollados como promotores del crecimiento y desarrollo de los países más pobres.

4.5. Lineamientos de la APEC – Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico

4.5.1. El rol de la APEC en materia de inversiones

La APEC es una asociación de países de carácter intergubernamental que analiza y discute temas con el objetivo de contribuir al desarrollo económico, el aumento de la cooperación y del comercio y la inversión en la región Asia Pacífico. Trabaja sobre la base de compromisos no obligatorios,¹⁰⁰ el diálogo abierto y el respeto a los diferentes puntos de vista de sus participantes. Se pretende lograr la total liberalización del comercio y las inversiones, la coordinación de políticas públicas y la expansión de la cooperación técnica y económica.¹⁰¹ Sus decisiones son tomadas por consenso y los compromisos son adoptados en forma voluntaria por cada uno de sus miembros.¹⁰²

Sobre los avances en la liberalización del comercio y la inversión se declara la plena concordancia con los objetivos trazados en la Declaración de Doha en la OMC, y en esto representa la intención de los gobiernos partes de la APEC de llevar de la mano la liberalización propulsada por la OMC, con las necesidades de los países menos desarrollados;¹⁰³ razón por la cual también se reconoce la necesidad de guiar el principio de flexibilidad¹⁰⁴ y el de trato especial y diferenciado a los acuerdos y decisiones negociados.

¹⁰⁰ Estos compromisos no obligatorios son considerados pautas de conducta en la determinación de políticas económicas. Ver: NEYRA, Alejandro. «El régimen de las inversiones de la Comunidad Andina: análisis y perspectivas». Trabajo de investigación presentado para la obtención del título de magíster en Diplomacia y título de diplomático de carrera. Academia Diplomática del Perú, 23 de noviembre del 2000, p. 26.

¹⁰¹ COCI, Diana. «El Foro de Cooperación Asia – Pacífico (APEC): alternativa de cooperación económica regional». *Agenda Internacional*, julio-diciembre de 2000, N° 15, p. 16.

¹⁰² Ver APEC. «What is Asia – Pacific Economic Cooperation?». <www.apecsec.org.sg/apec/about_apec.html>.

¹⁰³ Ib.

¹⁰⁴ La agenda de acción de Osaka que provee un marco para implementar los objetivos de la Declaración de Bogor establece principios generales que rigen el proceso de liberalización de las economías miembros de APEC. Entre ellos se define a la flexibilidad como la manera en que los miembros de la APEC deberán lidiar con la liberalización, tomando en cuenta los diferentes niveles de desarrollo económico de cada país. <www.apesec.org.sg/about_apec/how_apec_operates/actions_plans_html>. Ver también: COCI, Diana. Ob.cit., pp. 18-19.

Otro aspecto relacionado con las inversiones, materia de pronunciamiento en esta declaración, es la promoción del buen gobierno y de la sociedad basada en el conocimiento. De ahí que se reconociera a la corrupción como una seria amenaza para el buen gobierno y las inversiones, y se adoptaran una serie de decisiones, planes de acción y declaraciones al respecto.

4.5.2. Documentos en materia de inversiones

4.5.2.1. Los principios no obligatorios de la APEC

Comprenden derechos a favor de los inversionistas —generalmente pactados— y otras recomendaciones que contribuyen a definir el marco jurídico en esta materia. En relación con las políticas de desarrollo, establecen las siguientes disposiciones:

- Compromiso de no «relajar» las regulaciones en salud, seguridad y medio ambiente, como incentivos con el fin de atraer inversión extranjera.
- Compromiso de minimizar el uso de requisitos de desempeño que distorsionen o limiten la expansión del comercio y la inversión.
- Procurar evitar la doble imposición en materia tributaria relacionada con la inversión extranjera.

4.5.2.2. Opciones para la liberalización de las inversiones y la facilitación de los negocios para reforzar las economías de la APEC – plan individual de inclusión voluntaria

Este documento presenta un conjunto de medidas gubernamentales en las diferentes áreas cubiertas por un acuerdo sobre inversiones y cuya implementación se recomienda a los países miembros de la APEC con el fin de dar cumplimiento a sus objetivos. Bogor, Ozaka, Subic y Vancouver son los lugares donde se llevaron a cabo las reuniones de la APEC en las que se trazaron los objetivos respecto a las inversiones que, sin embargo, pueden evolucionar con el paso del tiempo.

Como puede apreciarse, las decisiones adoptadas en el foro de la APEC son una manifestación más de las tendencias internacionales respecto a las políticas de desarrollo en materia de inversiones. Aun cuando no son normas imperativas, reflejan la voluntad y conformidad de los Estados de garantizar ciertos derechos y estándares de tratamiento.

En relación con las políticas de desarrollo, los Estados miembros se comprometen a velar por la transparencia en el establecimiento de incentivos y la conformidad con las normas de la OMC respecto a requisitos de desempeño. Se hace referencia también a la necesidad de acondicionar las medidas sugeridas a las necesidades propias de cada país, salvaguardando su capacidad para regular las inversiones.

5. A modo de conclusión

El análisis realizado sobre el desarrollo del ámbito jurídico de las políticas de desarrollo en los instrumentos internacionales sobre inversiones nos permite establecer dos conclusiones principales que pasamos a detallar.

En primer lugar, podemos constatar que no existe normatividad de cumplimiento obligatorio en esta materia, salvo por las disposiciones establecidas en el ámbito multilateral, en particular, en los acuerdos sobre medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio y sobre subvenciones y medidas compensatorias establecidas en el marco de la OMC. En tal virtud, las políticas de desarrollo tienen limitaciones relativas de carácter imperativo en la normatividad internacional,¹⁰⁵ pues aun las establecidas en el señalado organismo, pueden ser materia de excepciones dependiendo de la situación del país que las invoque.

Por ello, habrá que tener en cuenta por regla general la existencia de incentivos que están prohibidos en función a lo establecido en el acuerdo sobre subvenciones mencionado y que son equiparables, en dicho contexto, a las subvenciones prohibidas. Existen, de igual forma, requisitos de desempeño también prohibidos al amparo del acuerdo sobre medidas de inversión relacionadas con el comercio.¹⁰⁶

En segundo lugar, observamos que los compromisos y, en general, el análisis realizado en materia de inversiones en el ámbito internacional, señalan la necesidad de implementar instrumentos o mecanismos de promoción del flujo de inversión extranjera a través de medidas que permitan maximizar los beneficios de la misma,

¹⁰⁵ Ello podría estar justificado en el hecho de que la normatividad —según algunos autores— debe referirse a criterios técnicos y no de carácter político. Ver: JUILLARD, Patrick. «L'évolution des sources du droit des investissements». *Académie de Droit International. Recueil des Cours*. Tomo 250. Leiden: Martinus Nijhoff, 1994, p. 119.

¹⁰⁶ Esta conclusión resulta compatible aun con lo afirmado por la doctrina respecto a la existencia de principios del Derecho Internacional que rigen las inversiones, dentro de la concepción de los países desarrollados, que suele ser más rígida a favor de un régimen liberal sin condiciones especiales para las partes:

«Ces principes généraux, selon eux, s'articuleraient autour des idées suivantes :

- La règle nationale de traitement doit, le cas échéant, être corrigée par le standard international de traitement.
- Le droit international n'interdit pas que l'on accorde ou que l'on assure un traitement préférentiel à l'investissement international par rapport à l'investissement national.
- Le droit international interdit certains traitements différentiels qui frapperaient l'investissement international, mais non l'investissement national».

De acuerdo con esta cita, los deberes internacionales giran en torno al trato nacional y no se prohíbe el trato preferencial, salvo determinados casos en contra de la inversión internacional. Ver: CARREAU, Dominique; Thiébaud FLORY y Patrick JUILLARD. *Manuel Droit International Économique*. Tercera edición. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1990, p. 632.

que reconozcan las asimetrías existentes entre las partes que negocian estos acuerdos y la necesidad de favorecer el crecimiento económico de los países en desarrollo o menos adelantados.¹⁰⁷ En este sentido, los instrumentos internacionales analizados evidencian la necesidad de promover que las inversiones favorezcan a las economías receptoras en temas como la transferencia de tecnología, la creación o profundización de vínculos entre empresas nacionales y extranjeras, así como, entre otras medidas, el desarrollo de sectores o industrias en función a políticas nacionales pre-establecidas.

¹⁰⁷ Como argumento adicional al respecto podemos considerar que la doctrina explica la existencia de esta asimetría en los BIT —*bilateral investment treaties*—, por cuanto una parte puede estar constituida por un Estado industrializado y la otra por un Estado en desarrollo, configurándose este último como el receptor de capital. Ver SALACUSE, Jeswald y Nicholas SULLIVAN. «Do BIT's really work?: an Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their grand Bargain». *Harvard International Law Journal*, vol. 46, invierno de 2005, N° 1, p. 95.