

# TRATAMIENTO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL MARCO DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES REGULADORES DEL COMERCIO Y SU INCIDENCIA EN EL DESARROLLO ECONÓMICO

Ada Alegre Chang  
Christian Carbajal Valenzuela  
Diego Ferre Murguía  
Wilfredo García-Noriega  
Miguel Mena Ramírez\*

## INTRODUCCIÓN

La década de los noventa será conocida, posiblemente, como la Década de la Globalización; este fenómeno, que no es nuevo en la escena mundial<sup>1</sup>, fue potenciado durante dicho período, gracias al avance tecnológico producido en la última década del siglo XX, que permitió que los países vieran cómo su interrelación con el mundo alcanzara límites nunca imaginados. Esta nueva etapa de la globalización ha permitido que la humanidad sea testigo de cómo las transacciones comerciales -estén referidas a activos comunes o financieros- se desarrollen en “Tiempo Real”, de cómo sus economías entraban en un proceso de internacionalización y también, de cómo, lamentablemente, las crisis internas de los países adquirían, de igual forma, este carácter internacional. Hoy, lo que sucede en un determinado lugar repercute en cualquier parte del mundo y todo esto producto de la globalización económica. Así, cualquier decisión económica que se adopte en un país puede afectar en mayor o menor grado el desarrollo de las economías del resto de los países.

Uno de los ámbitos en donde la globalización ha dejado sentir sus efectos con mayor fuerza es en los procesos de inversión, en concreto, en la posibilidad que tienen las empresas multinacionales de distribuir sus centros de producción a lo largo de todo el planeta. Solo por tomar un ejemplo, Volkswagen la empresa alemana fabricante de automóviles, ensambla sus unidades destinadas a los países de América Latina en su planta ubicada en Brasil, las cuales

*La inversión extranjera y el comercio son elementos fundamentales para el crecimiento económico de un país en desarrollo.*

*El presente artículo describe las relaciones entre estos dos elementos, a la vez que realiza una breve reseña del proceso de liberación de la economía peruana. Asimismo, analiza la regulación internacional del comercio y la inversión, su tratamiento legislativo nacional y la relación que tiene la inversión con el desarrollo, con el objeto de plantear los lineamientos que debería tener una política general de inversiones, destinada a lograr nuestro desarrollo económico.*

\* Abogados egresados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde actualmente cursan estudios de Maestría en Derecho con Mención en Derecho Internacional Económico.

<sup>1</sup> Según Ferrer la Globalización es un fenómeno que comenzó con el descubrimiento de América y que se ha venido presentado de diversas formas a lo largo de los últimos 500 años. FERRER, Aldo: “América Latina y la globalización”. En Revista de la CEPAL – Número Extraordinario, 1998.

contienen componentes electrónicos fabricados en Taiwan, motores desarrollados en Alemania y acero producido por sus plantas en Europa del Este. Atrás ha quedado el proceso productivo desarrollado en grandes plantas industriales en donde se fabricaba hasta el último detalle. Hoy los procesos productivos se desarrollan a escala mundial, donde una planta industrial, en la mayoría de los casos, sólo se dedica a ensamblar partes que han sido fabricadas en otras plantas ubicadas a lo largo de todo el mundo. El producto final difícilmente podría ser considerado originario de un solo país.

La inversión es un elemento fundamental para el crecimiento de la economía de un país. Los valores crecen debido a que sus economías producen más bienes y/o servicios; este incremento se debe, principalmente, a la mejora de los medios de producción de las industrias, mejora que es producto de la inversión, traducida ésta última como el recambio de maquinaria existente en una unidad de producción<sup>2</sup>. Sin embargo, la inversión no ocurre de manera espontánea, las leyes de la economía señalan que para que exista inversión es necesario que primero exista ahorro, la relación es lógica, si no existe ahorro no se puede generar los recursos que posteriormente se invertirán. En países en desarrollo, en los cuales el nivel de ahorro interno es insuficiente para poder generar niveles adecuados de inversión, ésta se financia a través de dos mecanismos: endeudamiento externo indirecto<sup>3</sup> o inversión extranjera<sup>4</sup>.

Así como la inversión resulta ser uno de los pilares del desarrollo de un país, el comercio es sin duda otro. El comercio exterior es una importante fuente de ingresos para los países, permite el ingreso de divisas a sus economías y contribuye de manera activa a su desarrollo<sup>5</sup>. No debe olvidarse que desde 1950 el comercio mundial ha experimentado una expansión anual del 6%, hecho que representa un ritmo de crecimiento 50% más acelerado que el de la producción mundial<sup>6</sup>.

Sin embargo, ¿qué relación existe entre estas dos variables económicas? ¿Existe alguna interrelación o simplemente nos encontramos frente a dos fenóme-

nos económicos independientes? Y si existe alguna relación, ¿cuál es su naturaleza?, ¿Si la inversión representa un componente tan importante para el desarrollo de los países, entonces, tiene el Perú una política de inversiones definida?, y si es así, ¿cuáles son sus objetivos? ¿qué clase de modelo productivo estamos generando sobre la base de esa política de inversiones? Estas preguntas son la base del presente artículo. Su objetivo es demostrar que sí existe una relación muy estrecha entre la inversión y el comercio; que la primera es un factor importante en el desarrollo futuro del segundo y que estos en conjunto generan el crecimiento sostenido de los países. Pero así como esta relación puede darse, descubrimos que cuando no está presente, el desarrollo puede verse comprometido y por lo tanto, es conveniente que el Estado corrija cualquier imperfección del mercado que pudiera impedir el desarrollo saludable de esta relación.

Con el fin de comprobar las hipótesis planteadas, hemos dividido el presente artículo en cuatro capítulos. En el primero describimos las relaciones que se producen entre la inversión y el comercio y efectuamos una breve reseña del proceso de liberalización de la economía peruana, proceso que nos ha llevado a ser una de las economías más liberales en cuanto al régimen regulador de las inversiones. El segundo capítulo se ocupa de la regulación internacional que este tema ha merecido, principalmente en el marco de la Organización Mundial del Comercio y de la OECD. El tercer capítulo estudia el tratamiento legislativo que la materia ha recibido a nivel nacional, a fin de identificar sus principales debilidades. Finalmente, el cuarto capítulo se ocupa de la relación que existe entre inversión y desarrollo, en el cual tratamos temas como la utilización de requisitos de desempeño a la inversión extranjera, como forma de generar eslabonamientos en las economías de los Estados y generar un adecuado nivel de desarrollo sostenido. El último capítulo pretende dar algunas opciones sobre lo que en nuestra opinión, deberían ser las bases de una política general de inversiones con miras a lograr un mejor y más eficiente sistema de desarrollo económico para el Perú.

<sup>2</sup> La definición económica de inversión señala que ésta es la compra de nuevos bienes de capital, como maquinarias, equipos, edificios o viviendas, que permitirán a futuro mejorar los niveles de producción de un país. BLANCHARD Oliver: "Macroeconomía", p.40.

<sup>3</sup> Nos referimos a un endeudamiento indirecto porque las empresas se endeudan con bancos que a su vez se endeudan con otros bancos del exterior. La inversión entonces no es necesariamente consecuencia del ahorro interno de un país, sino en gran parte del ahorro externo generado por economías superhabitarias.

<sup>4</sup> Por citar un ejemplo, en 1998 la inversión en el Perú representó el 22.8% del PBI, de los cuales el 12.8%, es decir más del 50%, fue Inversión Extranjera Directa.

<sup>5</sup> Tanto el Banco Mundial como el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio señalan que el comercio exterior y su liberalización contribuyen significativamente en el desarrollo de los países. "Latin American Adjustment: How much has happened?", WILLIAMSON, John: Washington, 1990)

<sup>6</sup> Fuente Banco Mundial, Informe sobre el Desarrollo Mundial 1991.

## CAPITULO PRIMERO

### LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN EL CONTEXTO ACTUAL

#### 1. RELACIÓN ECONÓMICA ENTRE COMERCIO E INVERSIÓN

##### 1.1 La Globalización y el nuevo proceso productivo

Desde mediados de la década de los 70' las industrias del mundo iniciaron su tercera revolución productiva luego de la revolución industrial y de la masificación de la producción. Esta nueva revolución permitió que los procesos productivos se desarrollen a escala mundial y que los agentes económicos interactúen libremente a lo largo de todo el planeta, a través del fenómeno llamado comúnmente "Globalización".

Si bien la globalización de la economía no se inicia a fines de los setenta,<sup>7</sup> es a partir de la internacionalización de la producción de las grandes empresas multinacionales y de la liberación de los mercados financieros durante la década de los noventa, que este fenómeno adquiere la dimensión que actualmente posee. Hoy las empresas transnacionales producen el 25% de la producción mundial<sup>8</sup> a lo largo de sus plantas distribuidas por todo el mundo y en algunos casos, como se ha mencionado anteriormente, un bien es producido en más de una planta industrial, lo que hace que difícilmente podamos considerar el producto final como originario de un solo país.

La globalización ha impulsado a los Estados a modificar su tratamiento legislativo con respecto al comercio y a la Inversión Extranjera Directa (IED). Atrás quedaron las medidas proteccionistas. Las nuevas relaciones económicas exigen que los Estados adopten una política económica hacia el exterior en donde el comercio internacional sea el eje del desarrollo. Para esto los Estados han tenido que asumir la obligación de eliminar las restricciones arancelarias y para arancelarias al comercio, se han comprometido a adoptar políticas macroeconómicas rígidas que procuren la estabilidad de sus economías y a no intervenir de manera distorsionante en el comercio mundial.

Las empresas multinacionales juegan un papel importante en este nuevo esquema mundial. Sus grandes líneas de producción han sobrepasado sus mercados internos, ahora requieren del libre comercio para colocar sus bienes en otras plazas comerciales, buscan oportunidades de negocios a lo largo del planeta procurando instalar sus fábricas en lugares que por su situación geográfica, por sus ventajas comparativas y por su tratamiento favorable al comercio internacional les permitan continuar su crecimiento. Esto ha generado que los Estados busquen incentivar a estas empresas a instalarse dentro de sus fronteras y así mejorar su nivel de crecimiento.<sup>9</sup>

El Banco Mundial (Informe sobre el Desarrollo Mundial 1999-2000) destaca como métodos más eficaces para fomentar las inversiones a los siguientes: Adopción de políticas complementarias de capital humano; la liberalización de las políticas comerciales y la creación de un conjunto estable de derechos y responsabilidades a los inversionistas extranjeros.

Vemos pues que la relación entre comercio e inversión está dada por el hecho de que ambos constituyen los pilares sobre los cuales se asienta el desarrollo sostenido de las naciones; en una economía cerrada al comercio mundial resulta muy difícil que un inversionista decida invertir ya que los resultados de su inversión estarán limitados por sus ventas en el mercado local, en cambio, una economía abierta al comercio mundial eliminará esta limitación. Por otro lado, los procesos de inversión permiten incrementar la producción de un país, lo que en el largo plazo contribuirá a incrementar las exportaciones del mismo.

La IED no sólo contribuye con el crecimiento de los países a través del crecimiento de la producción. La inversión por lo general viene aparejada con avances tecnológicos que son incorporados al sistema de producción del país que recibe la inversión y que permiten su evolución a formas más competitivas. Sin embargo, esto no se logra dentro de un mercado protegido ya que la protección impide la competencia y la ausencia de competencia resta competitividad a los agentes económicos internos.

La IED ha dejado pues de ser vista como una amenaza a los intereses del país receptor de la inversión y ha

<sup>7</sup> Ver FERRER, op.cit.

<sup>8</sup> Fuente UNCTAD, Informe sobre las inversiones en el mundo 1999. P.12

<sup>9</sup> Cuando se produce un incremento en la inversión privada, el producto nacional bruto se incrementa no sólo por la acción directa de esa inversión, sino también por el mayor consumo de bienes que se genera como consecuencia del crecimiento del empleo en el país. La producción nacional bruta de un país mide la riqueza del mismo y es la suma del consumo de los bienes producidos dentro de dicho Estado, del gasto público, de la inversión privada y de las exportaciones realizadas; el crecimiento se mide a través del diferencial que se produce de año en año en el producto nacional bruto.

pasado a ser un complemento necesario para lograr el desarrollo económico de las naciones, por las siguientes razones:

- a) Implica aporte de capital, necesario en países en los que la capacidad de ahorro interno es muy pequeña;
- b) Aporta tecnología, elemento hoy indispensable en las políticas de desarrollo;
- c) Califica la mano de obra local y contribuye en la promoción de exportaciones;
- d) Contribuye con el desarrollo e integración de áreas aisladas pobres, especialmente en el caso de la minería;
- e) Permite que los mercados nacionales se integren de una forma más efectiva a la economía mundial.

En los años noventa, los flujos de IED hacia América Latina y el Caribe registraron un crecimiento sin precedentes, pasando de 9,200 millones a cerca de 86,000 millones de dólares entre 1990 y 1999. Esto significa que más del 65% del actual acervo de IED se acumuló en el decenio de 1990.

En la práctica, entonces, las inversiones extranjeras presentes en la región se han renovado casi totalmente.

Pueden notarse sin embargo las siguientes características: A pesar que el interés de los inversionistas extranjeros sigue concentrándose en las mayores economías de la región, se aprecia un incremento gradual del interés por los países más pequeños: el dominio generalizado de las empresas estadounidenses comienza a ser equilibrado por la masiva llegada de empresas europeas, básicamente españolas, inglesas y francesas; las inversiones destinadas a actividades manufactureras han cedido lugar a las inversiones en servicios, principalmente telecomunicaciones, comercio, energía y finanzas.

## 1.2 Modalidades de IED.

Dentro de una economía nacional la IED puede presentarse de distintas formas. Este hecho hace que el desarrollo logrado a través de la IED y el nivel de compromiso de ésta con el país receptor de la inversión varíen en función de la modalidad que se adopte.

Dentro de las principales modalidades de IED que se pueden presentar encontramos las siguientes:

### 1.2.1. IED que busca instalar nuevos activos.

En este esquema la IED se instala en el país receptor con el objetivo de crear nuevas empresas distintas a las ya existentes en esa economía. Bajo este modelo el inversionista aporta su capital y/o sus conocimientos tecnológicos con el fin de desarrollar una nueva empresa. Esta clase de inversión se da principalmente en los países desarrollados, en los mercados asiáticos y en el caso de América Latina recientemente se puede hallar fundamentalmente en los países de América Central y el Caribe.

Bajo el punto de vista económico esta modalidad de inversión es la que representa para los países la mejor forma de inversión ya que implica la creación de nuevas empresas que a su vez genera nuevos empleos<sup>10</sup>

### 1.2.2 Procesos de privatización

Mediante esta modalidad la IED adquiere activos de propiedad del Estado que son objeto de procesos de privatización. Este tipo de proceso de inversión se da principalmente en países en vías de desarrollo y en América Latina se ha presentado principalmente en Sudamérica. Es importante señalar que el proceso peruano se ha basado principalmente en esta modalidad.

### 1.2.3 Fusiones y Adquisiciones (F&A)

Modalidad similar a la descrita en el punto anterior, en este caso el inversionista no adquiere activos del Estado, sino de los particulares que intervienen en el mercado. Este sistema no busca la creación de nuevos activos, simplemente se cambia la titularidad del propietario de activos preexistentes. Esta modalidad de inversión ha sido la más utilizada durante los dos últimos años en los países desarrollados y representa la forma más utilizada de las modalidades de inversión. Sólo durante 1997 las F&A representaron las 3/5 partes de los flujos de inversión producidos, siendo poco significativa su utilización en la región latinoamericana.

## 2. INSERCIÓN DEL PERÚ EN LA ECONOMÍA GLOBAL

En 1990 el Perú inició su proceso de reinsertión al sistema financiero internacional luego de 5 años de

<sup>10</sup> La Inversión Extranjera en América Latina y El Caribe – Informe 1999 – CEPAL

<sup>11</sup> WILLIAMSON: op.cit.

ostracismo económico que lo llevaron a afrontar una de las crisis económicas más fuertes de su historia republicana. Atrás quedaban veinte años de un sistema económico que propugnaba un control estatal de la actividad económica nacional, que buscaba limitar la participación de la IED en la actividad económica y que, con algunos matices originados por los distintos gobiernos de dicho período, se propuso impulsar un desarrollo económico basado en un modelo de industrialización hacia adentro por sustitución de importaciones.

El cambio de actitud de los noventa se debió a diversos factores, tales como la interdependencia económica internacional, que impedían que un país pudiera desarrollarse sin interrelacionarse con otras economías; el predominio a nivel mundial de economías de mercado y la legítima creencia en que el desarrollo económico sólo podrán alcanzarse mediante la reactivación económica y el incremento de la inversión productiva.

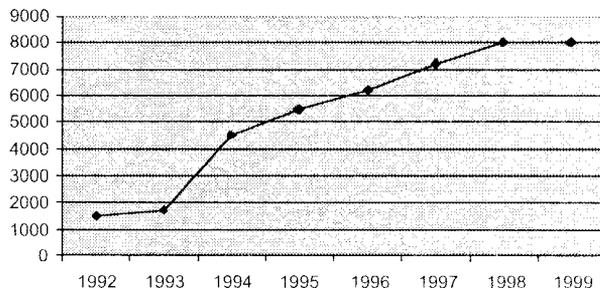
El Perú se sumaba así a la larga lista de países de América Latina que dejaba atrás las políticas propugnadas por la CEPAL y adoptaba lo que para ese entonces se conoció como la receta de Washington para salir del subdesarrollo<sup>11</sup>. Como ejemplo, podemos citar el "Informe sobre el Desarrollo Mundial" de 1991, preparado por el Banco Mundial, en donde se señala que:

"La inversión extranjera directa ha contribuido a transferir tecnología y estimulado el crecimiento de las exportaciones en países tales como Brasil y México. Ahora bien, los beneficios resultantes de la inversión extranjera dependen fundamentalmente de las políticas del país receptor. Por ejemplo es probable que en un sector protegido la inversión extranjera directa ocasione pérdidas netas en vez de incrementar el bienestar"<sup>12</sup>

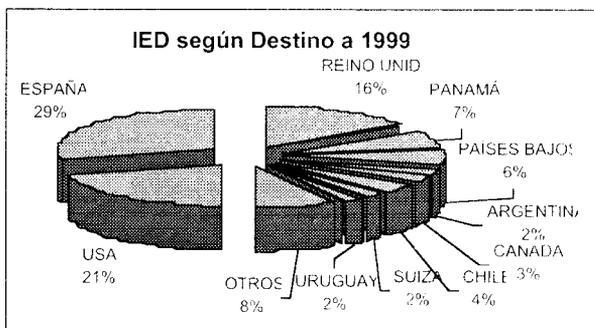
Es dentro de este contexto internacional que el Estado Peruano inicia, con ayuda de diversos organismos internacionales<sup>13</sup>, importantes modificaciones en la legislación nacional, que incluyen, entre otros, el régimen de inversión extranjera, el inicio del proceso de privatización de las empresas estatales y la adecuación de las normas de Derecho internas a los estándares mínimos recomendados por los organismos multilaterales. Estas importantes modificaciones en la legislación peruana permitieron que el stock de inversiones

registrado en el Perú se incrementara en más del 500% en tan sólo 7 años, pasando de 1,501 millones de dólares americanos registrados en 1992 a 7,977 millones de dólares registrados hasta agosto de 1999 (Ver cuadro 01).

Stock de Inversión Extranjera Registrada en el Perú (1992-1999) En Millones de US\$



Las fuentes de la inversión extranjera que llega al Perú son diversas y se han destinado a distintos sectores económicos del país. En el cuadro 02 puede apreciarse que el principal socio comercial del Perú es España, quien a 1999 mantiene registrado 2,392 millones de US dólares, los cuales representan el 29% de las inversiones registradas en el país hasta esa fecha. Es importante resaltar el hecho que Panamá registra un importante 7% de la IED en el Perú, porcentaje que está incluso por encima de países que se caracterizan por tener una presencia económica importante en el Perú como son por ejemplo, Canadá, Chile, Países Bajos o Argentina. Si tomamos en cuenta que Panamá es un país que no posee importantes empresas transnacionales y que es considerado dentro del último reporte de la OECD<sup>14</sup> como uno de los paraísos fiscales más importantes, nos atrevemos a decir que esta inversión es una de tipo off shore<sup>15</sup> y por lo tanto puede que se trate en realidad de inversionistas peruanos que prefieren invertir en el Perú bajo esta modalidad con el fin de ocultar su participación.



<sup>11</sup> Banco Mundial, Informe sobre el Desarrollo Mundial 1991, p.103.

<sup>12</sup> Principalmente el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.

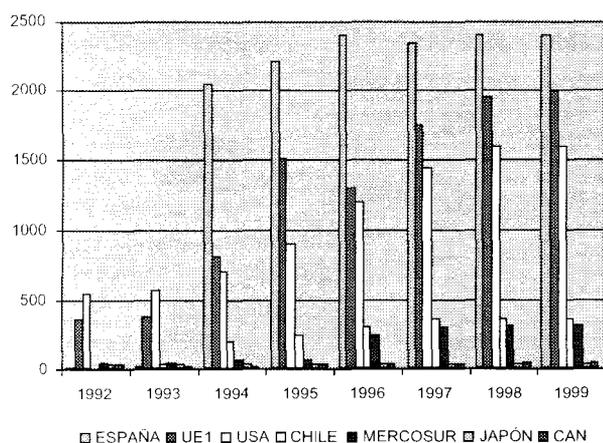
<sup>13</sup> "The Economist". Publicación correspondiente del 1 al 7 de julio de 2000, p.7.

<sup>14</sup> Inversión realizada a través de una sociedad establecida en un territorio que posee leyes estrictas que no permiten levantar el secreto bancario ni identificar a los accionistas de una empresa.

No obstante, el volumen de IED registrada en el País, el Perú aún se encuentra muy lejos de representar una plaza importante de destino de la inversión extranjera mundial, incluso dentro de América Latina, el Perú se encuentra muy rezagado en los porcentajes de IED que recibe anualmente; sólo por citar un ejemplo diremos que en 1997 nuestro país únicamente recibió el 3% de los flujos de inversión que recibió la región, mientras que países como México o Brasil recibieron el 19% y 30% respectivamente.

A lo anteriormente señalado debemos añadir que en nuestra opinión existen elementos en el proceso peruano que nos hacen dudar que la inversión producida contribuya al crecimiento sostenido antes mencionado. Por un lado, apreciamos que desde 1996 los flujos de inversiones se han visto reducidos sustancialmente, así mientras que entre 1992 y 1995 el stock de inversiones registradas se incrementó en un 129%, entre 1996 y 1999 este incremento fue tan sólo de 15.99%. La principal razón de este fenómeno se debe a que el proceso de ingreso de flujos de inversión al Perú ha estado impulsado principalmente por los procesos de privatización de las empresas del Estado. Luego que dicho proceso fue detenido, el flujo de inversiones se redujo drásticamente.

El cuadro 03 muestra como ha evolucionado el stock de inversiones desde 1992 hasta 1999 en función de los principales agentes económicos mundiales. Las principales conclusiones que pueden obtenerse del gráfico, además de la relacionada con la reducción de los flujos de inversión producidos a partir de 1997, que ha sido mencionada anteriormente, son:

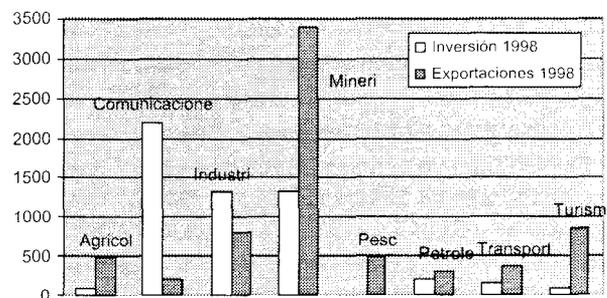


a) La inversión de más de US\$ 2,000 millones de dólares realizada por Telefónica de España por la compra del 35% del capital social de CPT y de Entel Perú, entre otras inversiones, convierten a España en el principal inversionista en el Perú.

Sólo esa inversión representa a 1999 el 22.85% del total de las inversiones registradas.

- b) La Unión Europea y USA son, luego de España, los principales inversionistas en el Perú.
- c) Los Inversionistas provenientes de los acuerdos subregionales (CAN y MERCOSUR) apenas constituyen, para 1999, el 4.1% de la inversión registrada.

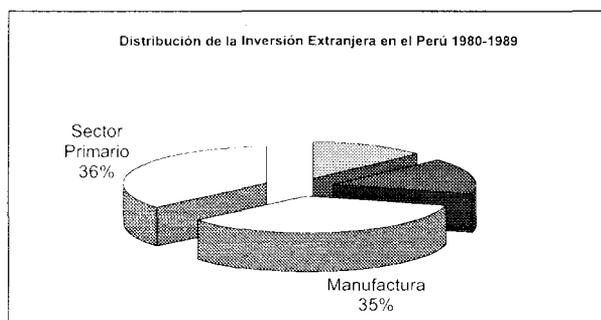
Otro de los elementos de crítica al proceso de liberalización de los regímenes de inversión en el Perú es el referido al destino de las inversiones. Ya hemos señalado que la IED constituye un importante elemento de desarrollo en la medida en que permita un crecimiento de las exportaciones de los países. Pues bien, si analizamos el cuadro 04, podemos observar que los principales destinos de la IED han sido sectores cuya participación en las exportaciones es mínima. Salvo en el caso de la minería, el cual representa un caso excepcional, la IED que ha ingresado al Perú no se ha dirigido a sectores que posean un nivel exportador importante. Las principales inversiones se han orientado al sector de servicios, siendo casi nula la inversión en el sector agrícola, en el sector pesquero y en el del turismo, los cuales representan la principal fuente de ingresos por exportaciones, luego de la minería.



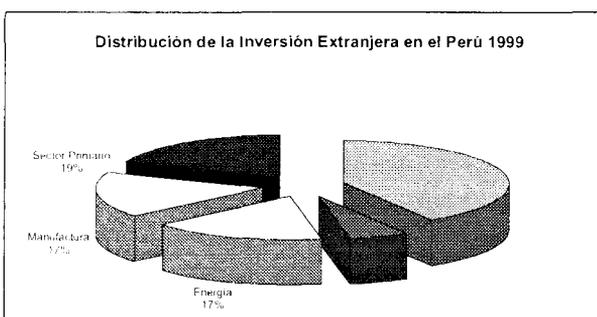
El tercer elemento de crítica se encuentra en el modelo de crecimiento que se está presentando a través del modelo actual de promoción a la IED. Como hemos mencionado, la inversión permite que las empresas incrementen su producción, lo que trae como consecuencia que se genere una mayor oferta de empleo y que se incremente la producción de bienes nacionales destinados al mercado interno o a la exportación. En economías como la peruana en donde el mercado interno resulta muy reducido, los bienes producidos como consecuencia de la IED por lo general serán destinados a la exportación. ¿Qué sucede cuando la IED no genera ninguno de los beneficios anotados anteriormente, o qué pasa cuando la IED se orienta exclusivamente hacia sectores que promueven un

desarrollo primario exportador? En este caso, en nuestra opinión, la IED será ineficiente desde el punto de vista de lograr un desarrollo sostenido<sup>16</sup>.

Hasta antes de 1990, los flujos de IED que llegaron al Perú se destinaron principalmente a actividades productivas en sectores primario exportadores o en el sector manufacturero, tal como puede apreciarse en el cuadro 05.



Luego de la liberalización de la economía peruana, los flujos de inversiones se orientaron, en un primer momento, hacia sectores que fueron privatizados por el Estado y, en un segundo momento, se dirigieron hacia los sectores más atractivos para el inversionista. Como consecuencia de esta situación, podemos ver en el Cuadro 06, que el sector energía adquirió preponderancia dentro de los sectores receptores de la IED, asimismo, el rubro de servicios incrementó su importancia al pasar de un 13% a un 41%. Ello se debió, principalmente a la participación española en el sector comunicaciones y a la fuerte inversión que se dio a mediados de la década de los noventa en el sector financiero.



Por su parte, tanto el sector primario como el sector manufacturero redujeron su porcentaje de recepción de la IED a niveles sorprendentes. Hasta 1990 ambos en conjunto recibían casi el 70% de la IED que ingresaba al país, para 1999, ambos sectores habían reducido su participación en un 50%.

Las conclusiones que nos puede brindar el cuadro anteriormente analizado son principalmente dos:

- a) La IED que capta el Perú se orienta, a fines del siglo XX, a sectores que no generan bienes destinados a la exportación, ya que la misma se dirige principalmente al sector servicios.
- b) Cuando la IED se dirige a sectores productivos, éstos están relacionados con modelos primario exportadores.

El hecho que el modelo de crecimiento que se está implementando mantenga aún un esquema primario exportador representa una gran desventaja para el Perú, ya que se mantiene un esquema de desarrollo que ha sido seriamente cuestionado por los organismos internacionales de desarrollo. Por esto resulta necesario redefinir el esquema de inversiones implementado en el país a fin que pueda servir de modelo y eje impulsor de un desarrollo sostenido.

La modificación de la situación actual de la IED exige del Estado una visión a futuro que busque definir cuáles son los sectores que constituirán el eje del desarrollo sostenido del país, para luego, incentivar a los inversionistas a canalizar sus flujos de inversión hacia esos sectores, los cuales, en definitiva no deberán ser exclusivamente los actuales.

## CAPITULO SEGUNDO

### TRATAMIENTO DE LA INVERSIÓN Y EL COMERCIO EN LOS ACUERDOS MULTILATERALES

#### 1. TRATAMIENTO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL MARCO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO (OMC)

En 1994, luego de 8 años de intensas negociaciones, se aprobó la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), como la instancia rectora de las relaciones comerciales internacionales, a fin de asegurar el funcionamiento de un sistema de libre flujo de bienes, servicios y capitales, que permita optimizar los beneficios de éste.

Así, en el Acuerdo de Marrakesh (mediante el cual se constituyó la OMC) se indica expresamente que las actividades comerciales y económicas:

<sup>16</sup> Tanto el Banco Mundial en su informe sobre el desarrollo para 1990, como la CEPAL en su informe sobre inversiones de 1999, coinciden en que los países en vías de desarrollo deben buscar esquemas de desarrollo que les permitan alejarse de modelos primario exportadores desarrollando una industria exportadora a través de la transferencia de tecnología que le proporciona la IED.

“... deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo del desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses, según los diferentes niveles de desarrollo económico”<sup>17</sup>.

En el enunciado del Acuerdo, se plasman los objetivos genéricos del sistema de libre comercio internacional promovido por la OMC. De ellos, se aprecia la orientación del sistema hacia mejorar la calidad de vida, basándose en un modelo de crecimiento de los flujos comerciales que sea compatible con la mejor utilización de los recursos mundiales y con las particulares necesidades e intereses de los distintos países. Sin embargo, incluso desde antes de la creación de este organismo internacional, se discutió en diversos foros acerca de si los postulados del libre comercio internacional son o no compatibles con las diferentes necesidades, intereses y aspiraciones de los países en desarrollo y de los desarrollados; y, si el sistema permite a ambos tipos de países, obtener beneficios equitativos.

Aún cuando el Acuerdo de Marrakesh establece la necesidad de “realizar esfuerzos positivos para que los países en desarrollo, y especialmente los menos adelantados, obtengan una parte del incremento del comercio internacional que corresponda a las necesidades de su desarrollo económico”<sup>18</sup>, todavía quedan dudas sobre los beneficios particulares que pueden ser obtenidos por nuestros países para alcanzar el desarrollo económico. En particular, es de especial interés conocer si la política y la normativa peruana integran adecuadamente las regulaciones de libre comercio internacional de la OMC, con sus necesidades de desarrollo sostenible.

En lo que se refiere a las inversiones, la OMC cuenta con el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio, que establece algunas reglas genéricas, pero centrales, para el libre flujo de capitales a nivel internacional, las cuales han sido incorporadas en las regulaciones nacionales de los Países Miembros de la OMC, incluido el Perú.

Sin embargo, el análisis del régimen internacional de las inversiones, es de particular relevancia pues luego de la creación de la OMC se han afianzado procesos de integración económica en el marco de los cuales se vienen negociando nuevas reglas para el tratamiento de las inversiones, como el Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y los Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones (BITs). Adicionalmente, desde hace algunos años se promueve la posible negociación de un marco multilateral de inversiones, en la OMC.

El Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (en adelante el Acuerdo) es la norma central que regula el libre flujo de capitales a nivel internacional, aún cuando se apoya, en gran parte, en otros acuerdos de la OMC, en particular, en el GATT de 1994. El acuerdo remite a los principios rectores del sistema multilateral de libre comercio presidido por este organismo y también a sus normas de excepción. Estas últimas son de especial relevancia para los países en desarrollo, porque a partir de ellas, se pueden plantear ciertas exigencias que armonicen los postulados del nuevo orden internacional, con sus propias necesidades de desarrollo.

El Acuerdo establece como uno de sus objetivos centrales el “promover la expansión y la liberalización progresiva del comercio mundial y facilitar las inversiones a través de las fronteras internacionales para fomentar el crecimiento económico de todos los interlocutores comerciales, en particular de los países en desarrollo Miembros, asegurando al mismo tiempo la libre competencia”<sup>19</sup>. Cabe destacar que este enunciado es aplicable sólo para las inversiones relacionadas con el comercio de mercancías (MIC), puesto que el Acuerdo no incluye medidas para las inversiones vinculadas al comercio de servicios.

La liberalización del comercio que subyace al Acuerdo bajo análisis y a todos los acuerdos de la OMC, está orientada a la eliminación del proteccionismo y los controles gubernamentales en el marco de un proceso liderado por la competitividad, la primacía de las ventajas comparativas, la economía de escala basada en los beneficios de mercados multinacionales y la transparencia de las relaciones comerciales. No obstante, cabe destacar, que la liberalización comercial no es un objetivo absoluto. Está regida por principios y excepciones que en forma conjunta deberían estar orientados a eliminar los actos de discriminación

<sup>17</sup> Introducción del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Ibid.

comercial y las distorsiones a la libre competencia, en particular en la participación de los inversionistas, sin afectar las oportunidades de desarrollo de los países, como se hace referencia en diversos puntos de los acuerdos de la OMC.

La necesidad concreta de establecer medidas especiales en favor de los países en desarrollo, obedece a que más de las dos terceras partes de los miembros de la OMC<sup>20</sup> son países en desarrollo y sus oportunidades de competir en igualdad de condiciones con países industrializados son reducidas. Sin embargo, son aún pocas las medidas de excepción concedidas para armonizar la liberalización del comercio y el libre flujo de capitales, con las necesidades particulares de los países en desarrollo.

En lo que se refiere a las inversiones, debe tenerse en cuenta que éstas son un factor importante para regular la balanza de pagos de los países en desarrollo, pero que si no son adecuadamente manejadas, pueden ser también un factor fuerte de desequilibrios macroeconómicos. Frente a ello, es conveniente que los países en desarrollo aprovechen las excepciones y los segmentos de flexibilidad de las normas de la OMC, para aprovechar el flujo de capitales en su gestión macroeconómica y en el eslabonamiento de las grandes inversiones con otras actividades económicas internas.

### 1.1 Principios Rectores de la OMC en materia de inversiones.

Las normas de la OMC responden a diversos principios que se derivan del principio general de No Discriminación, por el cual no es admisible ningún tipo de discriminación directa, ni indirecta contra el comercio de bienes o servicios entre los Países Miembros. En este sentido, el Acuerdo establece como principios rectores en materia de inversiones, los definidos en los artículos III y XI del GATT de 1994<sup>21</sup>:

#### 1.1.1 Principio de Trato Nacional (Artículo III).

No se admiten actos de discriminación orientados a proteger a los agentes comerciales nacionales, en desmedro de los extranjeros. En otras palabras, los inversionistas extranjeros deben tener derechos similares a los concedidos a los nacionales. Se indica que no pueden aplicarse impuestos o medidas a las impor-

taciones que, directa o indirectamente, las hagan más gravosas que los productos nacionales de similar naturaleza.

El Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio incluye una relación ilustrativa de las MIC que son incompatibles con este Principio de Trato Nacional, según se aprecia en el numeral 1.3.

No pueden establecerse disposiciones para que las empresas inversionistas vinculen su actividad a la de otros sectores económicos, de modo directo y obligatorio. Sin embargo, en la práctica, todavía se imponen –aunque cada vez menos– diversas medidas proteccionistas en favor de industrias o productores nacionales menos competitivos, como es el caso de la agricultura en la Unión Europea o los servicios financieros en Japón, Corea, Indonesia, Filipinas, Taiwán y Brasil.

Sin embargo, aún es posible establecer medidas que incentiven el eslabonamiento de las inversiones a otros sectores económicos, siempre que no sean discriminatorias contra los agentes extranjeros.

#### 1.1.2 Eliminación General de Restricciones Cuantitativas (Artículo XI).

Este principio está orientado a la eliminación de las “cuotas” o límites a la exportación o importación de bienes o servicios, a fin de evitar que encubran actos discriminatorios. Aunque en la actualidad esta modalidad de proteccionismo es menos usada que en décadas anteriores, aún hay países desarrollados que aplican estas restricciones fundamentalmente respecto de ciertos productos como los agropecuarios, textiles y el acero, en desmedro de países en desarrollo que tienen ventajas comparativas respecto de estos productos.

Este principio tiene algunas excepciones expresas:

- a) Prohibiciones o restricciones temporales a la exportación de determinados productos, en caso de escasez aguda de alimentos o de otros productos esenciales;
- b) Restricciones a la exportación o importación, a fin de aplicar normas sobre clasificación, control de calidad o venta para el comercio internacional;

<sup>20</sup> Actualmente son miembros de la OMC, más de 120 países del mundo, los cuales incluyen a todos los países de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE, países industrializados) y alrededor de veinte países aplican de hecho las normas de la OMC sin ser miembros.

<sup>21</sup> El GATT de 1994 incluye los textos del antiguo GATT de 1947, con sus respectivas rectificaciones, enmiendas o modificaciones y los instrumentos jurídicos aprobados en todas las rondas de negociaciones previas a la Ronda Uruguay.

- c) Restricciones a la importación de productos agrícolas o pesqueros, cuando sea necesario para la ejecución de medidas gubernamentales que impongan restricciones a la venta o producción nacional de ese bien o que estén destinadas a fines asistenciales.

En virtud de este principio, se entiende que es necesario agotar las medidas basadas en los precios antes de imponer restricciones cuantitativas.

### 1.1.3 Cláusula de la Nación más Favorecida.

Todos los Países Miembros deben recibir el mismo trato concedido a la parte comercial más beneficiada, respecto a los derechos y gravámenes de importación y exportación. No se le puede conceder ventajas comerciales especiales a un país en particular, ni realizar actos discriminatorios en perjuicio de alguna de las Partes.

Este principio permite a los países en desarrollo o de economías débiles, aprovechar las mejores condiciones negociadas por países con mayor capacidad de negociación, incluso en la suscripción de los acuerdos bilaterales de inversión.

Las excepciones admitidas por este principio, están relacionadas con el establecimiento de acuerdos comerciales regionales suscritos por algunas partes con el objeto de suprimir o reducir obstáculos a sus mutuas importaciones, siempre y cuando, estos faciliten el comercio entre ellas sin discriminar contra terceros. Los acuerdos regionales pueden revestir la forma de:

- a) Uniones Aduaneras.- Todos los Países Miembros adoptan un arancel único para el comercio que se realiza al exterior de la Unión. Es el caso de la Unión Europea.
- b) Zonas de Libre Comercio.- En donde los Estados Miembros adoptan un régimen común dentro de la zona de libre comercio, pero cada uno mantiene su política de comercio exterior y aranceles propios respecto a los países externos a la Zona. Los aranceles externos que se fijen no pueden ser más altos que los existentes antes de la creación de la Zona de Libre Comercio. Es el caso del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (TLC o NAFTA – por su siglas en inglés), del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) o de la Comunidad Andina de Naciones (CAN).

### 1.1.4 Protección mediante Aranceles Aduaneros.

El único tipo de cargas que se permite imponer a las importaciones son las tarifas aduaneras, rechazándose la protección de la industria nacional mediante trabas administrativas o de otra índole. El objetivo es el establecimiento de reglas claras que permitan conocer el grado de protección que se otorga a los nacionales y la reducción al mínimo de distorsiones en el comercio internacional.

En este punto debe tenerse en cuenta que en la Ronda Uruguay el Perú negoció su universo arancelario, sobre la base de un techo consolidado del 30%, lo cual le permite establecer legalmente un margen de negociación adicional para la mayor parte de sus partidas arancelarias, debido a que gran número de ellas está fijado en tan sólo 15%.

### 1.1.5 Promoción a la Competencia Leal

El objetivo de la OMC es establecer un conjunto de reglas estables, claras y transparentes que coadyuven al desarrollo de prácticas comerciales marcadas por las leyes de la libre competencia. Se proscribe todo tipo de distorsiones, sancionándose el dumping y ciertos tipos de subvenciones<sup>22</sup>.

### 1.1.6 Aplicación Restringida de Exenciones y Medidas de Urgencia.

Cuando las circunstancias económicas o comerciales por las que atraviesa un país lo justifiquen, éste puede acogerse al procedimiento de exención, solicitando que se le libere del cumplimiento de alguna obligación impuesta en el marco de la OMC. Incluso, en casos excepcionales, un gobierno puede otorgar ciertas medidas de protección temporal a sus industrias nacionales (salvaguardas), para evitar que el incremento de determinadas importaciones cause un perjuicio grave a los productores nacionales. Sin embargo, éstas son medidas estrictamente excepcionales.

### 1.1.7 Reciprocidad.

Las concesiones que mutuamente se otorguen los Países Miembros deben ofrecerles beneficios equivalentes, a fin de mantener el balance en sus esfuerzos por liberalizar el comercio internacional. Cabe anotar que existe una excepción a este principio, que es la contenida en el artículo XXXVI del GATT de 1994, que establece que los Países Miembros que sean

<sup>22</sup> Las subvenciones prohibidas en el nuevo sistema del GATT/OMC son las indicadas en el artículo 3 de la Parte II del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

países desarrollados no esperarán reciprocidad de los que son países poco desarrollados, en lo relativo a los compromisos de reducir o suprimir los derechos de aduana y otros obstáculos al comercio.

### 1.2 Establecimiento de las Medidas de Excepción Menos Restrictivas

Cuando sea necesaria la adopción de medidas comerciales basadas en las disposiciones de excepción, los Países Miembros deben optar por las medidas que restrinjan menos el sistema de liberalización promovido por la OMC.

En consecuencia, cabe señalar que las normas de libre comercio de la OMC, en este caso, de libre flujo de capitales, constituyen un marco normativo orientado a fortalecer las relaciones comerciales internacionales, sobre la base del establecimiento de condiciones similares para todos los Países Miembros. Se busca evitar todo acto de discriminación arbitrario e injustificable entre ellas y en el trato que se le concede a los bienes y servicios importados respecto de los nacionales.

Las relaciones comerciales así concebidas, deben ofrecer ventajas equivalentes a los Países Miembros, por lo que en las normas de la OMC se han dispuesto concesiones especiales para los países en desarrollo. Las reglas deben ser claras y transparentes, admitiéndose sólo las restricciones al libre comercio que son expresamente permitidas por los acuerdos de la OMC.

Además de las excepciones indicadas, cabe señalar que el Acuerdo de Inversiones deja abierta la posibilidad de aplicar todas las excepciones dispuestas dentro de las normas de la OMC, para el comercio de mercancías. De este modo, en el artículo XX del GATT de 1947, se establece que los Países Miembros pueden adoptar medidas de excepción a las normas de libre comercio internacional, siempre que éstas no constituyan un medio de discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones.

Apelando a esta disposición, los países en desarrollo, atendiendo a sus particulares condiciones, pueden invocar medidas de excepción que sean:

- a) Necesarias para proteger la moral pública;
- b) Necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;

- c) Relativas a la importación o a la exportación de oro y plata;
- d) Necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones de la OMC;
- e) Relativas a los artículos fabricados en las prisiones;
- f) Impuestos para proteger los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico;
- g) Relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacional;
- h) Adoptadas en cumplimiento de obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo intergubernamental sobre un producto básico;
- i) Que impliquen restricciones impuestas a la exportación de materias primas nacionales, que sean necesarias para asegurar el suministro a una industria nacional de transformación;
- j) Esenciales para la adquisición o reparto de productos de los que exista escasez general o local.

En el artículo XXI del mismo GATT de 1994 se establece la posibilidad de adoptar medidas de excepción relativas a la seguridad, de modo que no se aplique ninguna medida que:

- a) Imponga a un País Miembro a la obligación de suministrar informaciones cuya divulgación sería, a su juicio, contraria a los intereses esenciales de su seguridad;
- b) Impida a un País Miembro la adopción de todas las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad, relativas a: las materias desintegrables o a aquellas que sirvan para su fabricación; al tráfico de armas, municiones y material de guerra y a todo comercio de otros artículos y materiales destinados, directa o indirectamente, a asegurar el abastecimiento de las fuerzas armadas y a las aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional;
- c) Impida a todo País Miembro que adopte medidas en cumplimiento de sus obligaciones contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para

el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

### 1.3. Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (TRIMs).

Este acuerdo aprobado en la Ronda Uruguay, se aplica únicamente a las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio de mercancías (MIC) estableciendo los principios de Trato Nacional y No Aplicación de Restricciones Cuantitativas. Son de aplicación a este acuerdo todas las excepciones previstas en el GATT de 1994.

El Acuerdo permite a los países en desarrollo apartarse temporalmente de la observancia de los Principios señalados, en razón de decisiones de carácter comercial adoptadas por motivos de balanza de pagos.

Por último se establece la obligación por parte de los Países Miembros de notificar al Consejo de Comercio de Mercancías todas las MIC que tengan en aplicación y que no se adecúen a los términos del TRIMs, en observancia del Principio de Transparencia que el mismo Acuerdo regula.

Las MIC incompatibles con la obligación de trato nacional son aquellas obligatorias o exigibles en virtud de la legislación nacional o cuyo cumplimiento sea obligatorio para obtener una ventaja. Las medidas incompatibles con el Acuerdo de Inversiones, pueden incluir decisiones de las autoridades, tanto de carácter general (normas legales), como particular (resoluciones administrativas), siempre que prescriban acciones obligatorias para los inversionistas y que establezcan:

- a) Compra o utilización por una empresa de productos de origen nacional o de fuentes nacionales, se expresen en términos de productos determinados, volumen o valor de los productos o como proporción de volumen o del valor de su producción local;
- b) Que las compras o la utilización de productos de importación por una empresa se limite a una cantidad relacionada con el volumen o el valor de los productos locales que la empresa exporte.

De otro lado, las MIC incompatibles con la obligación de eliminación general de las restricciones cuantitativas, comprenden las que sean obligatorias o exigibles en virtud de la legislación nacional o de resoluciones

administrativas, o cuyo cumplimiento sea obligatorio para obtener una ventaja y que restrinjan:

- a) La importación por una empresa de los productos utilizados en su producción local o relacionados con ésta, en general o a una cantidad relacionada con el volumen o el valor de la producción local que la empresa exporte;
- b) La importación por una empresa de productos utilizados en su producción local o relacionados con esta, limitando el acceso de la empresa a las divisas, a una cantidad relacionada con las entradas de divisas atribuibles a esa empresa; o
- c) La exportación o venta para la exportación de productos por una empresa, ya sea que se especifiquen en términos de productos determinados, en términos de volumen o valor de los productos o como proporción del volumen o valor de su producción local.

El Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio establece un marco regulador, que puede ser utilizado por los países en desarrollo, de forma tal que se respete la autonomía nacional para fijar políticas de modernización y consolidación de su aparato productivo, acorde con las necesidades de desarrollo de países como el Perú.

La direccionalidad de los flujos de inversión extranjera que ingresan y salen del país, es de especial importancia nacional por sus implicancias en el manejo macroeconómico, por lo que es conveniente evaluar las medidas dispuestas en la última década para promover las inversiones en el país.

## 2. EL TRATAMIENTO DE LA IED EN LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN ECONÓMICA Y EL DESARROLLO (OECD)

### 2.1 Posición de la OECD

Como resultado de la reunión de Ministros de los Países Miembros de la OECD llevada a cabo en el mes de Mayo de 1998, ésta Institución publicó los resultados de un trabajo de investigación acerca de los Beneficios del Comercio y la Liberalización de la Inversión<sup>23</sup>.

Las conclusiones de dicho trabajo sintetizan la posición de la OECD en esta materia. Entre otros temas, se manifiesta que el gran crecimiento de la IED ha sido

<sup>23</sup> OECD. *Open Markets Matter. The Benefits of Trade and Investment Liberalization*. París, 1998.

resultado de una interacción de las políticas de reforma y el desarrollo de las estrategias corporativas. El cambio tecnológico ha acentuado la línea entre ciertos sectores, originando la presencia de mayor número de industrias en competencia directa. Al mismo tiempo, un mayor número de empresas han capitalizado un mayor crecimiento fuera de sus fronteras. El efecto combinado ha propiciado que las empresas salgan fuera de sus mercados y se consoliden en mercados externos, vía procesos de adquisiciones y fusiones.

Tal circunstancia ha determinado la necesidad de contar con regímenes de inversión más liberales, resultado de una política de reformas regulatorias (incluyendo la desregulación) privatización y desmonopolización, particularmente en las actividades relacionadas con los servicios.

La liberalización de restricciones a la IED ha constituido una parte importante de las políticas en gran número de países. Los gobiernos tienen una posición más receptiva con relación a la presencia de firmas extranjeras en la competencia y la productividad internas, así como en la creación de puestos de empleo y transferencia de tecnología.

Durante la década pasada, los mecanismos de aprobación han sido simplificados y en muchos casos abolidos, bastando una simple notificación o verificación de procedimientos, con fines básicamente estadísticos.

Las restricciones sectoriales también han sido eliminadas, y nuevos sectores de actividades se han abierto a las empresas privadas y a la participación extranjera. El sector de servicios financieros ha sido el principalmente favorecido con esta apertura. Otros sectores como las telecomunicaciones, también han gozado de un régimen menos restrictivo en materia de inversión extranjera.

La globalización y el surgimiento de nuevos mercados, son otros factores que han contribuido a la remoción de obstáculos para la IED, de tal manera que las empresas domésticas puedan capitalizar las ventajas de su desarrollo en otros países. Virtualmente todas las restricciones en materia de inversiones efectuadas desde los países miembros de la OECD hacia terceros países, han sido eliminadas.

La liberalización de políticas regulatorias para la IED en los países de la OECD, han sido acogidas en el resto de países del mundo. Al respecto la Secretaría de la UNCTAD estima que desde 1991 hasta 1996, solo 27

de los casi 600 cambios en materia de IED estuvieron destinados a imponer nuevas restricciones. Por el contrario, en el mismo periodo se han suscrito más de 1,600 acuerdos bilaterales de inversión (BITs). Dichos avances han incrementado significativamente el llamado hacia la consolidación de dichas reformas y pueden ser vistos desde la óptica de negociación de un Acuerdo Multilateral en Materia de Inversiones en la OECD.

### 2.2 Acuerdo Multilateral en Materia de Inversiones (MAI)

La inversión internacional ha devenido en un vehículo muy importante para la integración económica. Sin embargo, a diferencia del comercio, el sistema multilateral carece de un marco completo para la inversión. El MAI, actualmente en proceso de negociación en la OECD se construirá y consolidará sobre la base de los documentos de la OECD existentes. También complementará el trabajo de otros organismos reguladores internacionales, principalmente la Organización Mundial de Comercio, sobre la cual ya hemos comentado, y el Fondo Monetario Internacional.

Se estima que el MAI se referirá a los inversionistas y a sus inversiones, incluyendo su establecimiento, expansión, operación y ventas. La inversión será definida en forma amplia, a fin de incluir inversión en empresas, en negocios inmobiliarios, inversiones en portafolio y otros instrumentos financieros e inversiones intangibles. Aspira establecer un alto estándar uniforme para la protección de los intereses del inversionista, con un efectivo sistema de resolución de conflictos en materia de inversiones. También está diseñado para garantizar la liberalización de la inversión, así como para procurar las bases de futuras negociaciones. Con estos objetivos el MAI promoverá el desarrollo y la eficiencia económica. Reducirá los riesgos de negocios internacionales ofreciendo predictibilidad y seguridad para inversionistas internacionales y sus inversiones.

Las negociaciones se iniciaron en Mayo de 1995 y será un atado abierto a todos los miembros de la OECD y de la Comunidad Europea, al cual podrán acceder todos los no miembros que deseen asumir sus obligaciones.

#### 2.2.1 Aspectos Básicos que estarían contenidos en el MAI

- a) Transparencia: Publicación de normas relativas a inversiones.

- b) Trato Nacional: Tratamiento a inversionistas e inversiones extranjeras no menos favorable que a inversionistas e inversiones locales.
- c) Nación más favorecida: Inversionistas e inversiones de un miembro del MAI tendrán tratamiento no menos favorable que aquellos de otro miembro del MAI.
- d) Transferencia de Fondos: Libre retorno de inversión, incluyendo capital, beneficios y dividendos.
- e) Libre entrada y permanencia de personal clave.
- f) Requerimientos de desempeño: Prohibición a ciertos requisitos impuestos a los inversionistas como cuotas de exportación mínima, reglas de contenido local o requerimientos para transferencia de tecnología.
- g) Expropiación: Sólo por razones de interés público, garantizando una rápida y equitativa indemnización.
- h) Solución de Controversias: Establecimiento de un régimen de solución de controversias, mediante la consulta, arbitraje entre Estados y entre inversionistas extranjeros y Estados destinatarios de la inversión.

Asimismo, hay relativo consenso respecto a que las reglas del MAI deberán ser completamente compatibles con el logro de estándares laborales y ambientales.

No obstante, se conoce que el MAI:

- a) No eliminará todas las barreras a la inversión extranjera. Cualquier país podrá tomar las medidas necesarias para asegurar la integridad y estabilidad de su sistema financiero;
- b) No establecerá normas intensas relativas a la inversión ni tampoco requerirá a los Países Miembros a adoptar reglas uniformes en esta materia;
- c) No impedirá a las partes al proveer fondos para fines de política doméstica y,
- d) No requerirá a las partes a aceptar los requisitos de producción, servicio o estándares de seguridad de las otras partes.

## CAPÍTULO TERCERO

### ANÁLISIS DEL TRATAMIENTO A LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN LAS NORMAS NACIONALES A LA LUZ DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES.

#### 1. ANTECEDENTES

Tal como mencionamos en el capítulo primero, uno de los principales factores que ha motivado a los países latinoamericanos a liberalizar sus normas internas relativas a IED es la cada vez mayor competencia que se da entre ellos con la finalidad de convertirse en atractivos países receptores de inversión, sobre la base de una economía mundial cada vez más integrada y con economías complementarias. Es así, que a partir de 1991 se dictaron en el Perú una serie de normas, liberalizando y eliminando todo tipo de restricción al libre flujo de capitales y procurando sentar las bases para la consolidación de una economía de mercado, mediante la abierta promoción de las inversiones en todos los sectores económicos. Sin duda la legislación del Perú sobre IED, puede ser considerada como una de las más liberales de la región.<sup>24</sup>

Dentro de las principales normas internas de carácter general que tienen relación o se refieren directamente al tratamiento de la inversión extranjera se encuentran: El Título III de la Constitución Política del Perú de 1993, sobre el Régimen Económico; el Decreto Legislativo 662, Ley de Fomento a la Inversión Extranjera; el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada y el Reglamento de dichas normas, aprobado mediante Decreto Supremo 162-92-EF.

Puede señalarse que la legislación peruana sobre inversión extranjera no establece mecanismos especiales ni incentivos específicos que promuevan determinado tipo de inversión extranjera en ciertos sectores considerados de interés nacional. Es decir, la legislación peruana no orienta la inversión extranjera a determinado tipo de inversión compatible con los planes de desarrollo del Estado Peruano. La legislación nacional es sin duda promotora de la inversión y abiertamente liberal, lo cual favorece y otorga seguridad jurídica al inversionista extranjero, de acuerdo a los estándares internacionales y de conformidad con las tendencias de la globalización económica, pero al mismo tiempo, ésta refleja una renuncia por parte del Estado en su rol de orientar la inversión extranjera en función de programas de desarrollo nacional.

<sup>24</sup> CEPAL. Foreign Investment in Latin America and the Caribbean. Santiago de Chile, 1998, p. 124.

En determinados países, en los que si existe un plan de desarrollo basado en la creación y consolidación de ciertas industrias o en el desarrollo de determinadas áreas geográficas, la legislación sobre inversión coadyuva a la implementación de dichas estrategias, ya sea directamente, vía incentivos a la IED en determinados sectores o áreas, o indirectamente, restringiendo o desalentando la inversión en otras áreas.

Las profundas desigualdades que existen en la economía internacional en lo que se refiere a distribución de la producción, generación de tecnología y desarrollo de flujos financieros, tendrán que ser evaluadas en el futuro por los legisladores de cada país en particular, a fin de que las exigencias y las consecuencias de la globalización sean vistas con más prudencia y originalidad, enfrentando este tema en función de estrategias nacionales de desarrollo.

Sin duda, y tal como se ha mencionado en capítulos anteriores, el marco normativo multilateral, como el TRIMs, faculta al Perú, en ejercicio de su soberanía, a implementar políticas de modernización y de consolidación de su infraestructura productiva, que respondan a sus específicas necesidades de desarrollo. Por ejemplo, en aplicación del artículo XX del GATT de 1947, que establece determinadas medidas de excepción a las normas de libre comercio internacional, el Perú podría aplicar medidas relativas a la conservación de los recursos naturales agotables o establecer determinadas restricciones a la exportación de materias primas nacionales necesarias para asegurar el suministro a la industria nacional, siempre que éstas no constituyan un medio de discriminación arbitraria. Asimismo, sería conveniente implementar políticas que promuevan y favorezcan la inversión extranjera productiva frente a la inversión puramente especulativa.

Pasaremos al análisis de los principales aspectos de las normas nacionales relativas a la inversión extranjera.

## 2. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL.

La Constitución Política del Perú de 1993 establece las reglas fundamentales de una economía de mercado, mediante la consagración de las siguientes garantías: La iniciativa privada es libre, se ejerce en una economía social de mercado (Artículo 58); el Estado estimula la creación de la riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria (Artículo 59); el Estado reconoce el pluralismo económico. La actividad empresarial, pública o no pública, nacional o extranjera, recibe el mismo

tratamiento legal (Artículo 60); el Estado facilita y vigila la libre competencia (Artículo 61); mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades a los inversionistas; la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones; la producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres (Artículo 63); y, el Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera (Artículo 64).

En el Capítulo "De la Propiedad", se señala en el Artículo 70, que el derecho de propiedad es inviolable y que el Estado lo garantiza. Sólo procede la expropiación, con independencia de la nacionalidad del propietario, por Ley del Congreso, exclusivamente en casos en que la seguridad nacional y utilidad pública así lo requieran, previa indemnización al afectado.

El artículo 71, establece la garantía de igual tratamiento en materia de propiedad a los nacionales y extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, sin que en caso alguno sea posible invocar excepción o protección diplomática.

La única excepción en cuanto a la propiedad de extranjeros, es la limitación contenida en el Artículo 71 segundo párrafo, según la cual, dentro de los 50 kilómetros de las fronteras, éstos no pueden adquirir ni poseer, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros.

## 3. CONVENIOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR EL PERÚ RELATIVOS A INVERSIÓN EXTRANJERA: OPIC, MIGA, CIADI, BITS.

El Perú ha ratificado una serie de instrumentos internacionales a fin de otorgar mayor seguridad jurídica a los inversionistas extranjeros. Un inversionista extranjero puede encontrar diferentes tipos de riesgos en el país en el cual realiza su inversión, entre los cuales encontramos los riesgos políticos o no comerciales.

Entre estos riesgos se encuentran los casos de guerra civil, terrorismo, insurrección, expropiación, restricciones a la convertibilidad de la moneda y aplicación restrictiva o discriminatoria de la ley.

Los ordenamientos constitucionales o legales suelen incorporar normas que atenúan estos riesgos. Este es el caso de la legislación peruana, que contiene a nivel constitucional y legal disposiciones sobre tratamiento igualitario de nacionales y extranjeros, inviolabilidad

del derecho de propiedad privada, y mecanismos de solución de disputas relativas a IED, entre otros temas.

Sin embargo, a pesar de la existencia de estas garantías de origen interno, el inversionista extranjero se siente más seguro cuando existe un Tratado Internacional que obliga al Estado receptor de la inversión frente al Derecho Internacional.

En este contexto, el Perú ha ratificado los siguientes Tratados Internacionales sobre garantías a la IED:

### **3.1 Corporación de Inversión Privada en el Exterior (OPIC)**

La OPIC tiene por objeto el fomento de inversiones estadounidenses en países en desarrollo y ofrece servicios de financiamiento de proyectos y de cobertura de riesgos no comerciales.

Los riesgos que cubre OPIC son : inconvertibilidad o imposibilidad de repatriar utilidades, incluyendo tipos de cambio discriminatorios, expropiación, guerra exterior, guerra civil, insurrección y terrorismo.

### **3.2 Agencia Multilateral de Garantías de Inversión (MIGA)**

Es una dependencia del Banco Mundial y se constituye en 1985 como una agencia multilateral para garantizar inversiones. Los riesgos que garantiza son: pérdidas por restricciones en el cambio de moneda o restricciones al ejercicio de la propiedad, incumplimiento contractual, dificultades para acceder a un procedimiento imparcial y efectivo, conflicto armado y disturbios civiles.

### **3.3 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)**

El CIADI fue creado por el Banco Mundial en 1965 como un Centro Internacional que pudiera facilitar la solución de controversias relativas a inversiones entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes. La jurisdicción del CIADI se limita a disputas que surjan de una inversión extranjera, siempre que las partes hayan consentido por escrito en someterse a su jurisdicción. Los únicos medios de solución de disputas permitidos por el CIADI son la conciliación y el arbitraje.

### **3.4 Convenios Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BITS).**

Es el mecanismo internacional más antiguo utilizado para atenuar el riesgo no comercial en el IED. Los BITS

son Convenios Internacionales negociados por dos Estados, que otorgan una serie de derechos y garantías a los nacionales de un Estado Contratante que invierten en el territorio del otro Estado Contratante.

El Perú ha suscrito diversos BITS, entre los que destacan los celebrados con Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Francia, Suecia, Italia, China, España, Alemania, Australia, Paraguay, Bolivia, Argentina. Recientemente se ha suscrito un Convenio Bilateral con Chile.

Las principales cláusulas de estos Convenios Bilaterales son las siguientes:

- a) Trato justo y equitativo a las inversiones extranjeras (se entiende como el derecho a la no-discriminación, el estándar internacional mínimo y el deber del Estado receptor de la inversión de proteger la propiedad extranjera);
- b) Trato nacional (el extranjero recibirá el mismo trato que el nacional);
- c) Cláusula de la nación más favorecida (cuando una parte contratante acuerda con un tercer Estado condiciones más favorables que las convenidas con la otra parte contratante, ésta última se beneficiará de las nuevas condiciones convenidas). Se reconocen dos excepciones. La referida a las condiciones más favorables que tienen por origen tratados de integración y la que tiene por origen convenios para evitar la doble imposición;
- d) Cláusula de estabilidad (mantiene invariable el tratamiento legislativo vigente al momento de la firma del convenio de estabilidad jurídica, aun cuando la misma se modifique posteriormente);
- e) Reglas para la transferencia de moneda (garantizan la libre remesa al exterior de capitales y utilidades, en moneda libremente convertible y al tipo de cambio vigente en la fecha de la transferencia);
- f) Compensaciones por pérdidas (compensación en caso de expropiación, conflictos armados o disturbios internos);
- g) Medidas de expropiación o nacionalización (se reconoce el derecho de los Estados receptores de inversión para expropiar o nacionalizar, siempre que sea por motivo de interés público o interés nacional, previa indemnización justipreciada, pronta, adecuada y efectiva). Para que la expropiación sea legítima no debe entrañar discriminación al inversionista extranjero;

h) Solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista (normalmente se somete cualquier eventual disputa al Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones – CIADI – comentado anteriormente).

#### 4. NORMAS DE ORDEN INTERNO RELATIVAS A INVERSIÓN EXTRANJERA

##### 4.1 Definición de Inversión extranjera según el Decreto Legislativo 662.

El Decreto Legislativo 662 contiene una definición bastante amplia de inversión extranjera pues en términos generales considera como tal, a aquella proveniente del exterior que se realice en actividades económicas generadoras de renta.

De acuerdo a la legislación peruana, la inversión extranjera puede adoptar cualquiera de las siguientes modalidades :

- a) Aportes al capital de una empresa nueva o existente, canalizados a través del Sistema Financiero Nacional, en moneda libremente convertible o en bienes físicos y tangibles;
- b) La conversión de obligaciones privadas con el exterior, en acciones;
- c) Las inversiones en bienes ubicados físicamente en el territorio peruano.
- d) Las contribuciones tecnológicas intangibles, tal como marcas, modelos industriales, patentes, entre otras;
- e) Las inversiones destinadas a la adquisición de títulos, documentos y papeles financieros cotizados en bolsa;
- f) Los recursos destinados a contratos asociativos como los Joint Venture; o
- g) Cualquier otra modalidad de inversión extranjera que contribuya al desarrollo del país.

##### 4.2 Principios y normas generales contenidos en los Decretos Legislativos 662 y 757 y en el D.S. 162-92-EF.

La Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, aprobada por Decreto Legislativo 757, expresa de modo general las reglas que rigen el comportamiento de la inversión privada en el país.

Se señala en los considerandos de esta norma, que con el fin de fomentar la inversión privada y otorgar mayor competitividad a las empresas, es necesario eliminar todas las trabas y distorsiones legales que entorpecen el desarrollo de las actividades económicas y la iniciativa privada.

El Decreto Legislativo 662 establece que el Estado promueve y garantiza las inversiones extranjeras efectuadas o por efectuarse en el país, en todos los sectores de la actividad económica.

Los inversionistas extranjeros tienen los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas y empresas nacionales, sin más excepciones que las que establecen la Constitución Política y los propios Decretos Legislativos 757 y 662, como veremos más adelante. En ningún caso el ordenamiento jurídico puede discriminar entre inversionistas ni empresas en función a la participación nacional o extranjera en las inversiones.

##### 4.3 Limitaciones a la libertad de Inversión.

El Reglamento del Decreto Legislativo 662, aprobado mediante Decreto Supremo 162-92-EF, establece determinadas limitaciones y excepciones al derecho de propiedad y al derecho a la libertad de comercio exterior.

El derecho a la propiedad privada tiene como únicas limitaciones las siguientes :

- a) La referida a la propiedad por extranjeros de bienes ubicados dentro de los 50 kms. de las fronteras, comentada anteriormente;
- b) Las restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición, posesión y explotación de determinados bienes por razones de interés nacional que se declaren por ley expresa, para garantizar las seguridad externa y el orden interno.

A su vez, el derecho a la libertad de comercio exterior, tiene las siguientes limitaciones :

##### 4.3.1 En materia de exportaciones:

- a) Las prohibiciones establecidas en el Texto Único de Productos de Exportación Prohibida;
- b) Las contempladas en la Ley General de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación;
- c) Los derechos y obligaciones emanados de los convenios internacionales suscritos por el Perú;

- d) Las medidas de emergencia de carácter temporal que se requieran para garantizar la seguridad externa y el orden interno, y,
- e) Las disposiciones destinadas a la preservación del Patrimonio Genético nativo de los cultivos, flora y fauna silvestres.

#### 4.3.2 En materia de importaciones:

- a) Los derechos y obligaciones emanados de los convenios internacionales suscritos por el Perú;
- b) Las prohibiciones establecidas en la relación de bienes de importación prohibida por tratarse de residuos o desechos peligrosos o radioactivos, y,
- c) Las medidas de emergencia de carácter temporal que se requieran para garantizar la seguridad externa, el orden interno y la salud pública.

### 5. CONVENIOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA A LOS QUE PUEDE ACCEDER UN INVERSIONISTA EXTRANJERO

Los Decretos Legislativos 662 y 757, modificados por la Ley 27342 del 5 de setiembre de 2000, otorgan determinados beneficios a los inversionistas extranjeros, a los que se puede acceder mediante la celebración de convenios de estabilidad jurídica.

Para acceder a los mencionados convenios, se deberá efectuar aportes dinerarios al capital de una empresa o por establecerse en el Perú; capitalizar obligaciones; capitalizar recursos con derecho a giro, realizar inversiones de riesgo por un monto de por lo menos US\$ 10'000,000 para los sectores de minería e hidrocarburos o de US\$ 5'000,000 para el resto de sectores. Dicho aporte debe ser canalizado a través del Sistema Financiero Nacional.

#### 5.1 Beneficios otorgados a favor del Inversionista Extranjero.

El Estado en virtud del Convenio y mientras éste se encuentre vigente, se obliga a otorgar estabilidad jurídica al inversionista en los siguientes términos :

##### 5.1.1 Beneficios Tributarios.

Estabilidad del régimen del Impuesto a la Renta, según el cual, los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades, no se encuentran gravados. Asimismo, no se encuentra gravada su remesa al exterior.

Asimismo, en virtud de esta estabilidad tributaria, se garantiza al inversionista extranjero estabilidad respecto del impuesto a la renta que corresponda aplicar, determinándose el régimen vigente al momento de suscripción del convenio pertinente y siéndole de aplicación la tasa vigente a dicha fecha más 2 puntos porcentuales.

##### 5.1.2 Beneficios Cambiarios.

Estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas. El inversionista podrá acceder libremente a la moneda extranjera en el mercado cambiario al tipo de cambio más favorable. El Estado no podrá aplicar con relación a su inversión cualquier régimen o mecanismo de regulación del mercado cambiario que limite o restrinja este derecho o que implique un tratamiento menos favorable para el inversionista extranjero que el que se aplique a cualquier persona natural o jurídica por la realización de cualquier clase de operación cambiaria.

Asimismo el inversionista extranjero podrá transferir sus utilidades en divisas libremente convertibles, sin requerir autorización previa de ninguna entidad del Gobierno Central, Gobiernos Regionales o Locales. Para ello la inversión debe haber sido registrada ante la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras – CONITE y cumplido con las obligaciones tributarias correspondientes. Además, el Estado no podrá establecer restricción o limitación alguna a este derecho.

##### 5.1.3 Beneficios de Trato Nacional.

El Estado en ninguno de sus niveles, podrá aplicar al inversionista un tratamiento diferenciado, atendiendo a su nacionalidad, a los sectores o tipos de actividad económica que desarrolle o a la ubicación geográfica de las empresas en que invierta.

### 6. REGÍMENES DE EXCEPCIÓN – EL TRANSPORTE AÉREO

No obstante el marco regular expuesto, existen determinados sectores en donde la inversión extranjera no puede intervenir. Las razones de esta limitación son diversas, incluyéndose por ejemplo, las referidas a la seguridad interna. Un caso excepcional es el del transporte aéreo el cual posee limitaciones de inversión en la mayoría de países, llegando incluso a poseer un tratamiento especial dentro del marco de la OMC.

Según un estudio efectuado por la IATA (Asociación de Transporte Aéreo Internacional) se considera que no es

conveniente que el transporte quede involucrado dentro de los mecanismos generales del comercio exterior a que se refiere el GATS y defiende la autonomía del tratamiento que hasta el momento ha obtenido.<sup>25</sup>

La propiedad sustancial y control efectivo de las aerolíneas es un aspecto de la actividad que data de hace muchos años. Antes de finalizar la segunda guerra mundial, no existía un modelo uniforme relativo a la cuestión de la propiedad y control de las aerolíneas. En 1926, la Ley de Comercio Aéreo de los Estados Unidos establecía que para que una línea aérea pueda ser considerada norteamericana, por lo menos el 51% de las acciones con derecho a voto, debía estar en manos estadounidenses y además, dos tercios del directorio de la aerolínea debía estar constituido por ciudadanos de los Estados Unidos.

El fundamento para dictar la norma sobre propiedad y control era básicamente la seguridad nacional y la protección a la nueva industria aérea. La norma fue reforzada por la Ley de Aeronáutica Civil de 1938 que permitió la intervención gubernamental sobre la industria y el proteccionismo. Desde entonces, no menos del 75% del interés de voto de una línea aérea de los Estados Unidos debe ser propiedad y estar controlada por ciudadanos norteamericanos y el presidente, por lo menos dos tercios del directorio y la alta gerencia deben ser ciudadanos de Estados Unidos. La norma de 1938 fue ratificada por la Ley Federal de Aviación de 1958 y actualmente se mantiene igual.

La problemática de la propiedad nacional y sustancial y el efectivo control de las aerolíneas dio a partir del Convenio de Chicago de 7 de diciembre de 1944 y los Acuerdos Internacionales de Servicios de Tránsito Aéreo (IASTA) y de Transporte Aéreo Internacional. Aunque el Convenio de Chicago no contiene ninguna norma restrictiva respecto a la propiedad y control de las aerolíneas el IASTA y el Acuerdo Internacional de Transporte Aéreo, disponen que las aerolíneas que operen bajo los dos acuerdos multilaterales deben ser de propiedad sustancial y efectivamente controladas por ciudadanos de los Estados contratantes, de lo contrario el permiso o autorización de operación sería rechazado o revocado.

La política de la propiedad y control sustancial se plasmó posteriormente en los acuerdos bilaterales,

bajo el denominado modelo del Acuerdo de Bermuda I de 1946, suscrito entre Gran Bretaña y los Estados Unidos con la finalidad de intercambiar sus derechos aerocomerciales, en vista del fracaso del Acuerdo Multilateral de Transporte Aéreo.

La cláusula de propiedad y control de dicho acuerdo establecía que la explotación de los derechos aerocomerciales debería estar en manos de ciudadanos de cualquiera de las partes contratantes, es decir, que Gran Bretaña podía designar aerolíneas de los Estados Unidos o sus propias aerolíneas al igual que este último.<sup>26</sup>

El requisito de propiedad nacional sustancial y control efectivo de las aerolíneas para que puedan ser designadas para prestar servicios aéreos bajo los términos de un acuerdo bilateral, se ha hecho más estricto desde la vigencia del referido. Acuerdo de Bermuda original. De acuerdo con los términos de la práctica bilateral actual, cada Estado tiene derecho de denegar o revocar la autorización de operación a la aerolínea designada por el otro Estado contratante en el supuesto de que la propiedad y control efectivo de tal aerolínea no sean del Estado o de los ciudadanos del Estado que la designan.

En muchos países la práctica bilateral de exigir que las líneas aéreas designadas sean de propiedad sustancial y estén efectivamente controladas por intereses nacionales, ha sido reforzada por la legislación nacional de cada Estado miembro de la OACI (Organización de Aviación Civil Internacional).

De acuerdo a una investigación efectuada en 1991 por el Grupo Asesor de Aeropolítica de IATA (APAG), todos los países investigados tenían una política de propiedad nacional y control, mayoritaria o sustancial sobre sus propias aerolíneas.

“La investigación de IATA, mostró los siguientes porcentajes del mínimo de propiedad nacional mínimos que van desde más del 50% hasta el 76%.”<sup>27</sup>

En algunos países la legislación nacional permite que el Ministerio del Sector elimine los mínimos y máximos estatutarios. Unos pocos países relacionan la propiedad de las aerolíneas con la propiedad de las aeronaves y disponen que solo aquellas aeronaves de propiedad sustancial y bajo control efectivo de los

<sup>25</sup> IATA, Documento de Trabajo, “La propiedad sustancial de las aerolíneas y su control efectivo”, publicado en la Revista de la Asociación Internacional de Transporte Aéreo Latinoamericano, 20, 9, Bogotá, octubre de 1994.

<sup>26</sup> Artículo 6 del Tratado de Bermuda de 1946.

<sup>27</sup> IATA, Documento de Trabajo; op. cit. p. 11.

ciudadanos de un determinado Estado pueden ser incluidas en el registro nacional de aeronaves de ese Estado.<sup>28</sup>

El control efectivo ha pasado a ser un criterio vinculado a la práctica y no a la legislación de cada país. Ello en razón de que para las aerolíneas de propiedad privada o mayoritariamente privada, cuyas acciones se cotizan en Bolsa, la determinación de la propiedad es muy difícil. El 51% de propiedad nacional es siempre sustancial. Debe tenerse en cuenta que el control efectivo es mucho más difícil de determinar y debe determinarse siempre caso por caso. Lo cierto es que el control efectivo se logra tanto a través de la mayoría del capital como a través del grupo directivo que se nombra para el efecto. En Estados Unidos algunas aerolíneas extranjeras han sido autorizadas para operar hacia dicho territorio, aun a pesar de no ser de propiedad mayoritaria de los interesados nacionales del Estado que las designó, pero a condición de ser, por lo menos, efectivamente controladas por ciudadanos o residentes de dicho Estado. Sin embargo, la única liberalización real ocurrió en 1991, en el caso de Northwest II, relativo a la alianza estratégica entre Northwest y KLM. En este caso el Departamento de Transporte de los Estados Unidos (DOT) hizo uso de la facultad que le permite la Ley Federal de Aviación de hacer una distinción entre el interés con derecho a voto y aquel sin ese derecho. Se permitía en consecuencia, hasta un 49% de participación extranjera de inversión en una aerolínea de los Estados Unidos, a condición de que la capacidad de voto extranjera no exceda de 25%.

A comienzos de 1994 y como consecuencia del Informe de la Comisión Nacional de Estados Unidos para asegurar una industria aérea fuerte y competitiva, el gobierno propuso aumentar hasta el 49% las acciones con derecho a voto, como tope de la inversión extranjera en dicho país.

Para la Unión Europea la solución fue la adopción de una regulación comparable a la exigencia, generalmente aceptada, de los acuerdos bilaterales de transporte aéreo, es decir, que las aerolíneas deben ser de propiedad mayoritaria y estar bajo control efectivo de ciudadanos de la comunidad. El transporte aéreo es uno de los servicios en los que las transacciones internacionales han adquirido un mayor desarrollo, como consecuencia de las normas de Derecho Internacional Público aplicables al espacio aéreo. De igual modo, se ha establecido que la norma principal que regula actualmente el comercio internacional de ser-

vicios de transporte aéreo resulta ser el Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional, mediante el cual se crea la Organización de la Aviación Civil – Internacional. Los obstáculos al comercio de servicios son generalmente no arancelarios, a diferencia del tráfico internacional de mercancías, que se ve restringido también, por la existencia de obstáculos arancelarios, especialmente, los derechos de aduana.

En el Perú, el principio de la reserva exclusiva a los nacionales de los servicios de transporte aéreo remunerador se consagró en el artículo 60 de la derogada Ley de Aeronáutica Civil 24882.

Durante la década de los ochenta, al inversión extranjera en este rubro se enfrentó a una legislación básicamente proteccionista de los intereses nacionales, señalando moderadamente algunas disposiciones de trato nacional para dichos inversionistas. Así la citada Ley 24882, Ley de Aeronáutica Civil del 30 de julio de 1988 estipulaba en su artículo 4 que “El Estado fomenta u apoya las actividades aeronáuticas dando preferencia a personas naturales y jurídicas peruanas”.

El artículo 38 de la Ley de Aeronáutica Civil señalaba que las personas naturales o jurídicas extranjeras con domicilio dentro del territorio de la República, solamente podrán inscribir y matricular aeronaves cuando estén destinadas a los servicios aéreos especiales no remunerados. En cambio los Servicios de Transporte Aéreos especiales remunerados estaban reservados exclusivamente para los nacionales (artículo 60), conforme señalamos en líneas precedentes.

En cuanto a la expedición de permisos para Servicios de Transporte Aéreo Internacional. El Ministerio de Transporte y Comunicaciones debe considerar frente a otro Estado, que la demanda de tráfico aéreo debe atenderse en forma directa y en proporciones iguales (artículo 67 a). Para la realización de Servicios de Transporte Aéreo y Servicios Aéreos Especiales las empresas nacionales entre otros requisitos debían acreditar que el Presidente y cuando menos las dos terceras partes del Directorio y el Gerente General de la empresa, o quien haga sus veces, sean de nacionalidad peruana, y además que el 80% del capital pagado se encuentre representado por accionistas o socios de nacionalidad peruana y que estos tengan domicilio designado dentro del territorio de la República (artículo 83 c, e).

El Decreto Legislativo 670 publicado el 16 de setiembre de 1991, dictado con el propósito de eliminar las

<sup>28</sup> Por ejemplo, Estados Unidos y Alemania.

restricciones, trámites y procedimientos que impedían el desarrollo de la aviación, así como facilitar la participación de capitales privados nacionales y extranjeros en los servicios de transporte aéreo, modificó toda la estructura proteccionista del capital nacional contenido en los artículos 60 y 83 de la derogada Ley 24882. En efecto, el Decreto Legislativo 670 modificó sustancialmente el criterio excesivamente proteccionista que se daba a la inversión extranjera en el transporte aéreo a efectos de superar el atraso que existía en el sector.

Debido a que las empresas nacionales debían cumplir una serie de requisitos diferentes a los exigidos a las aerolíneas extranjeras a fin de obtener permiso de operaciones (explotación de los derechos aerocomerciales) se modificó el concepto de empresa nacional. Bajo el régimen del Decreto Legislativo 670 para ser considerada empresa nacional de transporte aéreo de conformidad con lo establecido en el artículo 12, se debía cumplir con:

- a. Estar constituida en el país e inscrita en los Registros Públicos del Perú;
- b. Tener su domicilio principal en el territorio de la República;
- c. Que una tercera parte del directorio este conformada por personas de nacionalidad peruana o tenga su domicilio permanente en el Perú;<sup>29</sup>
- d. Que por lo menos el 30% del capital pertenezca a peruanos.<sup>30</sup>

De esta forma las empresas extranjeras también podrían constituir fácilmente sociedades que cumplan con dichos requisitos asociándose con inversionistas locales. Ello permitió la privatización de AEROPERU, actualmente en proceso de liquidación, y permitió el acceso al mercado de otras aerolíneas y mejorar la calidad del parque aéreo que era pésimo antes de la promulgación del Decreto Legislativo 670.

Sin embargo, una de las características del régimen del Convenio de Chicago, que ha sido motivo de críticas recientemente, en especial en el seno del GATS, es la disposición de "propiedad y control" que refleja o ha traído como resultado políticas gubernamentales para seleccionar las aerolíneas que los go-

biernos o los ciudadanos de un país poseen o controlan para operar los negocios que ellos han negociado. De igual modo, los Estados prefieren negar los permisos de operación, a menos que les hayan otorgado a aquel Estado propietario de la aerolínea, es decir, el Estado cuyos ciudadanos ejerzan su propiedad y control.

En la mayoría de los países se han desarrollado legislaciones y regulaciones que reflejan esta posición de protección a la inversión nacional en el transporte aéreo.

"Sin embargo, aquellos que ven en el GATS un medio para salvar este obstáculo pueden estar buscando en vano. El GATS incluye condiciones de propiedad y control, cuyo efecto es similar a las que contienen los acuerdos bilaterales normales sobre servicios aéreos a los que se ha hecho alusión en líneas precedentes. A una empresa de un Estado miembro, [...] se le pueden negar los derechos bajo los términos de un acuerdo, a menos que sea de propiedad y este controlada por un Estado miembro. Se entiende por "propiedad", más del 50% de las acciones, al propio tiempo que, por "control" se entiende, el poder para designar a la mayoría de los directores o para dirigir, legalmente sus acciones".<sup>31</sup>

Por ello, la novísima Ley de Aeronáutica Civil del Perú 27261, publicada el 10 de mayo de 2000, establece en su artículo 79 que para ser considerada empresa nacional se requiere además tener su domicilio principal en el país: i) que por lo menos la mitad más uno de los directores, gerentes y personas que tengan a su cargo el control y dirección de la sociedad deben ser de nacionalidad peruana o tener domicilio permanente en el Perú; y, ii) que la propiedad de la persona jurídica deberá ser sustancialmente nacional, esto significa que por lo menos un 51% del capital social de la empresa debe ser de propiedad peruana y estar bajo el control real y efectivo de accionistas o socios de nacionalidad peruana con domicilio permanente en el Perú. La reglamentación deberá establecer el plazo de vigencia de esta limitación.

De esta forma la legislación aeronáutica peruana concuerda con la tendencia internacional sobre propiedad y control efectivo de las empresas de transporte aéreo y en especial, con las disposiciones del GATS y ha dejado de lado las posiciones intervencionistas

<sup>29</sup> A diferencia del requisito establecido anteriormente en la Ley 24882 que exigía que la totalidad del directorio estuviera conformado por personas que tuvieran domicilio permanente en el Perú.

<sup>30</sup> De igual modo, el artículo 83 de la Ley 24882 exigía que al menos el 80% del accionariado estuviera en manos de peruanos.

<sup>31</sup> Ebdon Robert: "Una consideración a propósito del GATS y de su compatibilidad con el régimen actual del transporte aéreo". Revista de la AITAL 25, p 6, Bogotá, 1995.

de la Ley 24882 y la ultraliberal del Decreto Legislativo 670, derogando a ambas normas.

En el marco del GATS se tomó la importante decisión de que ningún sector de servicios debería, en principio, quedar excluido de la estructura multilateral de regulación. En consecuencia, el transporte aéreo está por ahora, por lo menos en parte, irrevocablemente cubierto por los principios y las obligaciones de la OMC/GATS, que incluyen un compromiso de liberalización progresiva en un tiempo límite para mantener cualquier clase de excepción de un área específica de un sector de servicios. Es significativo que el Anexo sobre Transporte Aéreo este limitado a tres áreas que no suscitan controversia: a) servicios de reparación y mantenimiento de aeronaves; b) venta y mercadeo de servicios de transporte aéreo; y c) servicios de reserva computarizados (SRC).

En razón de que el Consejo de Comercio de Servicios está en proceso de revisión de lo que ocurre en el sector del transporte aéreo, con miras a la liberalización de este servicio, IATA ha establecido una posición que limitará la tendencia y que hace que el sector sea una real excepción en el proceso liberal. En efecto, IATA ha adoptado la posición de que la aplicación de ciertos principios de la OMC, sobre comercio, en especial la cláusula de la Nación más favorecida y la de Tratamiento Nacional al transporte aéreo, conduciría a cambios fundamentales en la estructura actual de la regulación del transporte aéreo.

Las propuestas que se hagan deben considerar las muy especiales características técnicas y comerciales del transporte aéreo (uno de cuyos ejemplos más relevantes resulta ser la cláusula de propiedad y control efectivo de las aerolíneas), así como la necesidad de un ordenado desarrollo. Asimismo IATA está interesada en reducir al mínimo la posible superposición de las múltiples legislaciones de regulación que podrían conducir más a confusión que a la transparencia que invoca la OMC.

Por las razones anteriores, IATA sostiene que la OACI debe ser la protagonista decisiva en esta área, para sostener su posición que se basa en el artículo XXVI del GATS que dispone que "el Consejo General tomara las disposiciones necesarias para la consulta y la cooperación con las Naciones Unidas y sus agencias especializadas, así como también con otras organizaciones intergubernamentales comprometidas con los servicios". Por ello resulta de suma importancia una estrecha cooperación entre la OMC y la OACI. Es evidente que dicha relación y apoyo

mutuo resulta esencial, atendiendo a la complejidad de la industria del transporte aéreo y a las dificultades implícitas que conlleva la superposición de los diferentes regímenes de regulación. Corresponderá a ambos organismos establecer las pautas para el tratamiento de la inversión extranjera en el transporte aéreo, que como se ha analizado resulta tratado en forma bilateral, dejando de lado la multilateralidad que invoca la OMC.

## 7. PUNTOS CRÍTICOS DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y RECOMENDACIONES

- a) Existe unanimidad en el ámbito internacional en cuanto a la necesidad de promover la inversión extranjera, por constituir un importante factor de desarrollo económico. Hoy se reconoce que la inversión extranjera y la transferencia de tecnología son vitales para el dinamismo que se requiere imprimir al desarrollo nacional. Es por ello que los países en desarrollo concentran sus esfuerzos en crear un adecuado "clima de inversiones".
- b) La interdependencia que es fundamento de las actuales relaciones internacionales se refleja en el campo de las inversiones extranjeras, limitando la actuación autónoma de los países interesados en atraer capital extranjero, pues se sienten en la necesidad, para poder competir en igualdad de condiciones, a incorporar estándares internacionales en sus políticas de promoción. Se considera comúnmente que para lograr los objetivos de atracción de capitales extranjeros, no basta liberalizar los marcos legales internos, sino que además resulta recomendable tomar en cuenta los regímenes y regulaciones imperantes a nivel internacional en materia de inversión extranjera.
- c) La legislación peruana sobre inversión extranjera es una de las más liberales de la región, lo cual otorga seguridad jurídica al inversionista, pero al mismo tiempo refleja una renuncia por parte del Estado peruano en su rol de orientar la inversión extranjera según programas de desarrollo nacional previamente establecidos, los mismos que podrían privilegiar y promover determinado tipo de inversión productiva en sectores o áreas geográficas consideradas de interés nacional, vía incentivos especiales o estableciendo condiciones a determinadas modalidades de inversión puramente especulativa.
- d) El Perú, en ejercicio de su soberanía, podría hacer uso de los mecanismos proporcionados por las normas multilaterales, tales como las contenidas

en el TRIMS a fin de implementar políticas de modernización y de consolidación de su infraestructura productiva, que respondan a sus necesidades específicas de desarrollo. Las excepciones y limitaciones a la libertad de comercio exterior contenidas en el Decreto Supremo 162-92-EF, Reglamento de la ley de Fomento a la Inversión Extranjera, no contemplan las medidas de restricción expresamente autorizadas por las normas de la OMC.

## CAPITULO CUARTO

### LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA Y EL DESARROLLO

*"A question that must be examined, then [...] is the manner and extent to which participation in IIAs (International Investment Agreements), may indeed assist developing countries in their efforts to advance their economic development" (UNC TAD/ITE/IIT/1 3).*

#### 1. CONDICIONES PARA EL DESARROLLO

En estricto, debe entenderse que los países en desarrollo han apostado por la liberalización comercial y el otorgamiento de regímenes promotores de la IED con el propósito de obtener resultados positivos en un balance costo - beneficio. Ello fundamenta la actuación decidida de los países de la región, al asumir las reformas estructurales y los programas de estabilización de los años noventa y adoptar medidas radicales de liberalización y desregulación, para crear un marco legal y político atractivo para el inversionista. Sin embargo, los regímenes adoptados por los países de Latinoamérica, así como la suscripción de acuerdos internacionales en esta perspectiva, no aseguran que esto sea así. De hecho:

*"All International Investment Agreements, limit to a certain extent the freedom of action of the States party to them (attract FDI and benefit from it), and thereby limit the policy options available to decision makers for pursuing development objectives"<sup>32</sup>*

Siguiendo en la línea de opinión de la UNCTAD se concuerda en que el gran reto de los países en desarrollo es precisamente manejar apropiadamente la dualidad entre mantener un régimen liberal y estable para la IED y mantener a la vez un margen de

actuación que le permita promover activamente los objetivos del desarrollo nacional. La UNCTAD propone como criterio articulador la flexibilidad y la define como la capacidad de los acuerdos internacionales sobre inversión para adaptarse a las particulares condiciones de los países en desarrollo, a las asimetrías económicas existentes entre estos y los países desarrollados y a sus distintos niveles de desarrollo, en general.<sup>33</sup> En otras palabras, dicha flexibilidad debe expresarse en el margen de libertad que deben tener los países en desarrollo para compatibilizar los beneficios de la admisión y el establecimiento de la IED con el logro de sus objetivos nacionales. Debe tenerse en cuenta en este punto que no pueden haber formulas únicas ni recetas generales en este margen de flexibilidad, sino que ésta debe permitir la adopción de medidas adecuadas a las particularidades presentes en cada país.

Sin embargo, lo que sucede en la práctica es que los acuerdos internacionales sobre IED e incluso las legislaciones nacionales tienden a limitar la libertad de los propios Estados para contrastar sus objetivos nacionales de desarrollo, con la atracción e inserción de la IED. Aún cuando debe señalarse que en muchos casos esta restricción de la libertad de los gobiernos para conducir su proceso de desarrollo obedece en gran medida a decisiones internas. Siendo el régimen de liberalización comercial y de la IED, uno de los objetivos del fenómeno de la globalización en la actualidad, hay países incluso de Latinoamérica, como Brasil y Chile, que se han reservado un mayor nivel de independencia, sin colisionar con el marco multilateral.

Ello ha conducido a autores como Roberto Bouzas y Ricardo French-Davis a afirmar que:

*"La cuestión relevante desde el punto de vista de las políticas no es, por consiguiente, si el proceso de globalización plantea restricciones (sobre lo cual no existe duda alguna), sino qué factores explican las diferencias nacionales y cuál es el carácter preciso de la contraposición que enfrenta cada autoridad pública".<sup>34</sup>*

Aún cuando no es el propósito de este artículo, entrar a analizar cuales son aquellos factores, debe tenerse en cuenta que la articulación de la IED no depende necesariamente de la negociación y aplicación de los acuerdos internacionales sobre inversión, sino en

<sup>32</sup> UNCTAD: *Trends in International Investment Agreements: An Overview*. Ginebra, 1999, p. 87.

<sup>33</sup> Ibid

<sup>34</sup> BOUZAS, Roberto Ricardo FRENCH-DAVI: "La Globalización y la Gobernabilidad de los Países en Desarrollo. En: Revista de la CEPAL, Numero Extraordinario. Chile, Octubre 1998, p. 128.

muchos casos de las decisiones de las propias autoridades nacionales, que en algunas circunstancias podrían conducir a la pérdida de instrumentos importantes para alcanzar el objetivo del desarrollo nacional y en última instancia, de alcanzar una mejor calidad de vida para sus habitantes. La adopción de políticas nacionales debe obedecer a un análisis costo beneficio de la liberalización y su impacto en los distintos ámbitos del país, considerando obviamente el crecimiento económico, pero a la vez factores más estructurales como pueden ser el desarrollo de capacidades internas competitivas y de un ambiente en general, adecuado para el desarrollo del país.

A través de un análisis exhaustivo de las políticas públicas internas respecto de la IED y el propio comercio internacional, se podría evidenciar cuán acertadas han sido o no las decisiones adoptadas y si es que es necesario efectuar correcciones que nos permitan tener un mayor control –no controlismo- de las condiciones para alcanzar el desarrollo nacional. Ciertamente hay autores que tienen una lectura dura de la inserción de los países latinoamericanos en las relaciones económicas internacionales, lo cual estaría abonando a favor de la tesis en virtud de la cual es prudente y necesario revisar dichas políticas. En este sentido, Aldo Ferrer señala que:

"Las respuestas actuales de América Latina a la globalización son tan malas como en el pasado, y aún peores. Prevalece en América Latina un proceso de reformas cuyo eje es la inserción incondicional en el orden global. La política económica predominante consiste, en primer lugar, en administrar la deuda existente y en satisfacer las expectativas de los mercados. Esta conclusión adolece del mismo defecto de cualquier generalización sobre América Latina. Pero, con pocas excepciones, si es que cabe alguna, basta observar la situación actual para sugerir que, en efecto, la región no está respondiendo con eficacia a las actuales tendencias del orden mundial".<sup>35</sup>

De hecho, organismos como la CEPAL reconocen datos desalentadores, como un crecimiento promedio en la década de los noventa que alcanzó el 3.7% anual, mientras que entre los años 1945 y 1974, en los cuales la lógica del mercado no estaba presente, se alcanzó un 5.6% anual. A ello se suma una tendencia hacia la desaceleración de este crecimiento, una todavía marcada sensibilidad del crecimiento regio-

nal a los ciclos financieros internacionales, la creciente brecha tecnológica con los países desarrollados y una fuerte desigualdad social.<sup>36</sup>

En general, es aceptado que las fuerzas del mercado no son suficientes por sí mismas para garantizar el logro de objetivos no económicos, muchos de los cuales están vinculados fuertemente al desarrollo nacional. Por ello, coincidimos con las posiciones que recomiendan que se impulsen políticas activas para corregir los defectos del mercado, pero también para garantizar los ya tantas veces mencionados objetivos del desarrollo nacional.

Son varios los aspectos en los que deberían incidir estas políticas activas. Sin embargo, para efectos de este trabajo, hemos considerado conveniente circunscribir el análisis a dos medidas transversales, que podrían ser utilizadas para alcanzar objetivos diversos. Nos estamos refiriendo a los denominados Requisitos de Desempeño y al uso de Incentivos.

## 2. LOS REQUISITOS DE DESEMPEÑO

Apoyando la tesis de las políticas activas, la Misión Permanente de Venezuela ante los Organismos Internacionales con Sede en Ginebra, ha hecho importantes contribuciones en el campo de los Requisitos de Desempeño, a partir de un análisis de los comportamientos y la lógica que siguen las empresas transnacionales al situarse y operar en los distintos países del mundo.

Así, respecto de los Requisitos de Desempeño se ha dicho que:

"Suelen ser condiciones que una empresa debe cumplir por imposición del gobierno para hacerse acreedora de un beneficio. El requisito mismo y el beneficio son elementos distintos, que se asocian para crear un incentivo o estímulo, o para establecer el acceso condicionado a un determinado derecho. Así pues, el mecanismo de política se crea al combinar el requisito, que lleva implícito el objetivo perseguido de política productiva y el beneficio, que representa un logro que interesa económicamente a la empresa a la cual se pretende incentivar".<sup>37</sup>

En el Acuerdo de la OMC sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio

<sup>35</sup> FERRER, Aldo: Op. cit. p. 163.

<sup>36</sup> OCAMPO, José A. Cincuenta años de la CEPAL. En: Revista de la CEPAL, Número Extraordinario. Chile, Octubre 1998, p. 11.

<sup>37</sup> MISION PERMANENTE DE VENEZUELA EN GINEBRA. Inversiones. La Integración Hoy. En: [www.comunidadandina.org/invOMC2.html](http://www.comunidadandina.org/invOMC2.html), del 15/06/99, numeral 2.1.

(TRIMs), se ha incluido una lista ilustrativa de estas medidas (MIC) o Requisitos de Desempeño que son incompatibles con la obligación de Trato Nacional. Estas son las medidas que son obligatorias o exigibles en virtud de la legislación nacional o de resoluciones administrativas, o cuyo cumplimiento es necesario para obtener una ventaja, y que prescriben:

- a) La compra o la utilización por una empresa de productos de origen nacional o de fuentes nacionales, ya sea se especifiquen en términos de productos determinados, en términos de volumen o valor de los productos, o como proporción del volumen o del valor de su producción local; o
- b) Que las compras o la utilización de productos de importación por una empresa se limite a una cantidad relacionada con el volumen o el valor de los productos locales que la empresa exporte.

Por otro lado, en el acuerdo también se reconocen medidas incompatibles con la obligación de eliminación general de restricciones cuantitativas, comprendiendo las que sean obligatorias o exigibles en virtud de la legislación nacional o de resoluciones administrativas, o cuyo cumplimiento sea obligatorio para obtener una ventaja, y que restrinjan:

- a) La importación de una empresa de los productos utilizados en su producción local o relacionados con ésta, en general o una cantidad relacionada con el volumen o el valor de la producción local que la empresa exporte;
- b) La importación por una empresa de productos utilizados en su producción local o relacionados con ésta, limitando el acceso de la empresa a las divisas, a una cantidad relacionada con las entradas de divisas atribuibles a esa empresa; o
- c) La exportación o la venta para la exportación de productos por una empresa, ya se especifiquen en términos de productos determinados, en términos de volumen o valor de los productos o como proporción del volumen o valor de su producción local.

Los Requisitos de Desempeño pueden revestir distintas modalidades, aun cuando en la actualidad muchas de ellas se encuentran expresamente prohibidas. Pueden presentar la forma de obligaciones o de incentivos, en ambos casos, el propósito final es promover los

mayores beneficios de la IED. Para efectos de este artículo, lo concerniente a los incentivos se ha desarrollado en el siguiente numeral.

Respecto de los Requisitos de Desempeño prohibidos por la OMC, debe mencionarse que solo se han proscrito los que vulneran el Trato Nacional y la prohibición de imponer restricciones cuantitativas, habiendo otros, como los referidos a la generación o cooperación tecnológica y al comercio de servicios, que incluso han sido reconocidos como válidos en las propias publicaciones de la OMC, en donde se destaca que el acuerdo:

"No prohíbe a los países [...] exigir que el inversionista extranjero aporte la tecnología mas avanzada o realice en el país un volumen o un tipo específico de actividades de investigación y desarrollo".<sup>33</sup>

En este sentido, debe entenderse que los países en desarrollo todavía tienen un marco de actuación importante en lo que respecta a los requisitos de desempeño, como instrumentos de políticas activas para alcanzar el desarrollo nacional, siempre y cuando, se respeten los principios de Trato Nacional y de eliminación de restricciones cuantitativas.

En el propio Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA por sus siglas en inglés), se establece en el artículo 1106 ciertas restricciones para la aplicación de Requisitos de Desempeño, sin embargo, esto no implica una prohibición absoluta de los mismos. De hecho, se reconoce expresamente que:

"No se considerara incompatible con el inciso 6) (referido a la transferencia de tecnología) el exigir a una inversión que utilice una tecnología para cumplir en lo general con requisitos aplicables a la salud, seguridad o medio ambiente" y que "Las Partes podrán aplicar requisitos que no estén enlistados en los párrafos anteriores. Las Partes podrán aplicar requisitos de desempeño como alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional, o adquirir o utilizar u otorgar preferencias a bienes producidos o a servicios prestados en su territorio, siempre y cuando las medidas no se apliquen arbitraria o injustificadamente, y no constituyan una restricción encubierta al comercio".

Así las cosas, parece poco conveniente que los países negocien toda inaplicación de Requisitos de Desempeño, debiendo aprovechar de la forma mas eficiente

<sup>33</sup> En: CCI (1994) p. 235 y OMC (1994). 'Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Internacionales'. Citado en "MISIÓN PERMANENTE DE VENEZUELA EN GINEBRA". Inversiones. La Integración Hoy." En: [www.comunidadandina.org/inv/invOMC2.html](http://www.comunidadandina.org/inv/invOMC2.html), del 15/06/99, numeral 2.2.

posible, los espacios de actuación que le brindan las propias normas multilaterales de la OMC.

### 3. EL USO DE INCENTIVOS

El uso de incentivos es la otra cara de la moneda de los Requisitos de Desempeño y, en realidad, esta muy vinculado a ellos. De hecho en las medidas comentadas respecto de los Requisitos de Desempeño, se hace referencia al uso de incentivos.

Por otro lado, en el artículo 3 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Organización Mundial del Comercio (OMC), se definen como subvenciones:

- a) 1. Cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro (denominado en el presente acuerdo "gobierno"). Es decir:
  - i) Cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos);
  - ii) Cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales);
  - iii) Cuando un gobierno proporcione bienes o servicios – que no sean de infraestructura general – o compre bienes;
  - iv) Cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) supra que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos; o
2. Cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GA TT de 1994; y,

- b) Con ello se otorgue un beneficio.

La OMC clasifica las subvenciones en verdes, amarillas y rojas, según se encuentren permitidas, sean recurribles o estén prohibidas, respectivamente.

Entre las prohibidas, se citan algunos ejemplos, que evidencian su correspondencia con los Requisitos de Desempeño:

- a) Las subvenciones supeditadas de jure o de facto a los resultados de exportación, como condición única o entre otras varias condiciones.
- b) Las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre otras varias condiciones.

Las recurribles, son aquellas que estando permitidas, pueden justificar la aplicación de medidas compensatorias, si se demuestra que han tenido efectos desfavorables para los intereses de otro miembro de la OMC y el país de la subvención no ha adoptado las medidas correctivas del caso.

Entre las no recurribles, o permitidas, se encuentran:

- a) La asistencia para actividades de investigación realizadas por empresas, o por instituciones de enseñanza superior o investigación, contratadas por empresas, si la asistencia cubre no más del 75 por ciento de los costos de las actividades de investigación industrial o del 50 por ciento de los costos de las actividades de desarrollo pre competitivas<sup>39</sup>, y a condición de que tal asistencia se limite exclusivamente a:
  - j) Los gastos de personal (investigadores, técnicos y demás personal auxiliar empleado exclusivamente en las actividades de investigación);
  - ii) Los costos de los instrumentos, equipos, terrenos y edificios utilizados exclusiva y permanentemente para las actividades de investigación (salvo cuando hayan sido enajenados sobre una base comercial);

<sup>39</sup> Por "actividades de desarrollo precompetitivas" se entiende, según el propio texto del Acuerdo, la traslación de descubrimientos realizados mediante la investigación industrial, a planes, proyectos o diseños de productos, procesos o servicios nuevos, modificados o mejorados, tanto si están destinados a la venta como al uso, con inclusión de la creación de un primer prototipo que no pueda ser destinado a un uso comercial. También puede incluir la formulación conceptual y diseño de productos, procesos o servicios alternativos y proyectos de demostración inicial o proyectos piloto, siempre que estos proyectos no puedan ser adaptados o utilizados para usos industriales o la explotación comercial. No incluye alteraciones rutinarias o periódicas de productos, líneas de producción, procesos de fabricación o servicios ya existentes, ni otras operaciones en curso, aunque dichas alteraciones puedan constituir mejoras.

- iii) los costos de los servicios de consultores y servicios equivalentes utilizados exclusivamente para las actividades de investigación, con inclusión de la compra de resultados de investigaciones, conocimientos técnicos, patentes, etc.
  - iv) Los gastos generales adicionales en que se incurra directamente como consecuencia de las actividades de investigación;
  - v) Otros gastos de explotación (tales como los costos de materiales, suministros y renglones similares) en que se incurra directamente como consecuencia de las actividades de investigación.
- b) Asistencia para regiones desfavorecidas situadas en el territorio de un País Miembro, prestada con arreglo a un marco general de desarrollo regional"<sup>40</sup>

En el Capítulo III, del TLCAN, referido al comercio de bienes, también se admiten excepciones a la prohibición del uso de incentivos o ventajas:

"Una Parte podrá condicionar la recepción de una ventaja o la continuación de su recepción, al requisito de que ubique la producción, preste servicios, capacite o emplee trabajadores, construya o amplíe instalaciones particulares, o lleve a cabo investigación y desarrollo en su territorio"

De este modo se aprecia que el marco multilateral no establece prohibiciones categóricas respecto del uso de los Requisitos de Desempeño y el uso de incentivos. Incluso los países desarrollados que tienen una importante participación en las negociaciones comerciales internacionales, hacen uso de estas medidas. Con mayor razón los países de Latinoamérica y, en particular, el Perú, estarían legitimados para hacer uso de estas medidas, no solo por las diferencias socioeconómicas que los separan de los países desarrollados, sino además, por los distintos pronunciamientos y declaraciones formuladas por la comunidad internacional, respecto a la necesidad de erradicar la pobreza y promover el desarrollo de los distintos países. Claro está, que ello debe necesariamente plasmarse en un marco de transparencia y libertad

del comercio internacional, con reglas claras y predecibles.

#### 4. FLEXIBILIDAD Y TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO

En las normas de la OMC se admite el establecimiento de ciertas consideraciones en beneficio de los Estados miembros que sean menos desarrollados, de modo que puedan elevar los niveles de vida de sus poblaciones y alcanzar el desarrollo progresivo de sus economías.

Este trato diferenciado implica el establecimiento de condiciones más favorables de acceso a los mercados mundiales para las exportaciones de productos primarios y la diversificación de las exportaciones de los países en desarrollo, a fin de lograr su activa participación en el comercio internacional; incluye la eliminación de obstáculos a sus exportaciones y de las exigencias de reciprocidad. Es una cláusula de habilitación que ha servido de base jurídica para la aplicación del Sistema Generalizado de Preferencias (SGP).<sup>41</sup> Una nota interpretativa del artículo XXXVI del GATT de 1994, que estableció esta excepción, indica que no debe esperarse que los países en desarrollo hagan contribuciones que entren en conflicto con su propio desarrollo y necesidades tanto financieras, como comerciales.

Sin embargo, en la práctica el principio de trato Especial y Diferenciado, reconocido expresamente en el artículo XVIII del GATT de 1994, se ha manifestado exclusivamente en los SGP cuyo ámbito es en la actualidad decreciente y, por otro lado, en plazos de adecuación a las obligaciones establecidas en los acuerdos de la OMC, diferenciados, lo cual no beneficia substantivamente a los países en desarrollo, los mismos que requieren más que plazos más largos para cumplir con los mandatos del ordenamiento internacional de libre comercio, medidas que no bloqueen sus propias posibilidades de desarrollo.

La flexibilidad en el cumplimiento de dichos compromisos es un criterio que ha diluido el principio de trato especial y diferenciado. Este por sí mismo, no permite en la actualidad, que un país en desarrollo se exceptúe siquiera parcial o temporalmente, del cumplimiento de ciertas obligaciones que pudieran estar reñidas con

<sup>40</sup> "Marco general de desarrollo regional" significa según el texto del Acuerdo, que los programas regionales de subvenciones forman parte de una política de desarrollo regional internamente coherente y de aplicación general y que las subvenciones para el desarrollo regional no se conceden en puntos geográficos aislados que no tengan influencia – o prácticamente no la tengan en el desarrollo de una región.

<sup>41</sup> El Sistema Generalizado de Preferencias funciona desde 1971 como resultado de los trabajos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Habilita a los países desarrollados a conceder ventajas arancelarias (derechos arancelarios nulos o menores, eliminación de restricciones cuantitativas, entre otros) para favorecer el ingreso de las exportaciones provenientes de los países en desarrollo. Los principales mecanismos de preferencias existentes son los otorgados por la Comunidad Europea, Estados Unidos y el Japón.

los objetivos de su desarrollo nacional, o con las necesidades internas que pudieran derivarse de factores estructurales o coyunturales.

La flexibilidad en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del ordenamiento multilateral en función de las particularidades de cada país y de sus distintos niveles de desarrollo, es un requisito *sine qua non* para que el principio de trato especial y diferenciado sea un instrumento adecuado para que los países en desarrollo logren obtener beneficios equitativos del sistema multilateral de libre comercio internacional.

## CONCLUSIONES

- 1) El marco legal peruano es uno de los mas liberales de América Latina, en lo concerniente a la promoción de inversiones.
- 2) La creación de la Organización Mundial de Comercio y el auge financiero internacional favorecieron el crecimiento que experimento la región en materia de IED. Sin embargo, esta IED presenta rasgos de fuerte volatilidad, lo cual se manifestó en que parte de esta se aparto de la región como consecuencia de las crisis rusa y brasileña, sobre todo, la IED de corto plazo.
- 3) La tendencia actual en materia de IED es la liberalización del régimen regulador, lo que beneficia consecuentemente el desarrollo del comercio internacional.
- 4) La interdependencia económica de las actuales relaciones internacionales se refleja en el campo de las IED, limitando la actuación autónoma de los países interesados en atraer y conducir el capital extranjero, pues para competir necesitan incorporar los actuales estándares internacionales de desregulación en sus políticas de promoción.
- 5) Para aprovechar mas eficientemente la IED, es necesario diseñar e implementar políticas activas que permitan fortalecer nuevos nexos entre la IED y el desarrollo del país.
- 6) Las políticas activas, tales como el uso de requisitos de desempeño e incentivos, no contradicen los mandatos de la OMC ni de la OECD en materia de IED, siempre y cuando no sean discriminatorias y no constituyan políticas encubiertas de proteccionismo comercial.
- 7) Los cambios continuos en las reglas de juego para la actividad económica en general y la IED en particular, así como la frecuente necesidad de los gobiernos de cerrar la brecha fiscal dictando normas tributarias, han generado en el pasado desconfianza en los inversionistas hacia América Latina.
- 8) Hasta antes de la década de los noventa, los flujos de IED en el Perú se dirigieron principalmente, hacia los segmentos productivos primarios de la economía.
- 9) A partir de los años noventa, las IED se dirigen principalmente al sector servicios con incidencia mayoritaria en el rubro de telecomunicaciones y servicios financieros, y en mucho menor medida hacia sectores productivos con mayor grado de especialización y valor agregado.
- 10) Las normas internas de promoción a la IED no contemplan mecanismos que promuevan la diversificación, especialización y competencia de la producción nacional.
- 11) Con relación a los factores que inciden en la captación de IED, el Perú ha logrado importantes niveles de estabilidad económica, jurídica y sociopolítica. Sin embargo, ello no se traduce en un eslabonamiento de la IED con los objetivos del desarrollo nacional.
- 12) Algunos factores que deben ser evaluados para lograr vincular la IED a los objetivos de desarrollo nacional son: a) ineficiencia de la industria local; b) insuficiente mano de obra calificada; c) deficiente infraestructura; d) altas tasas de interés y e) retraso cambiario.