

EL RÉGIMEN NACIENTE DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN LAS AMÉRICAS

Paul Alexander Haslam

RESUMEN

No obstante los fracasos sufridos en las negociaciones para establecer las normas de un acuerdo multilateral de inversiones extranjeras en el seno de la Organización Mundial de Comercio y las conversaciones del Área de Libre Comercio de las Américas, las inversiones en las Américas cuentan con un cuerpo de regulaciones. A pesar de estar todavía incompleto y en una fase incipiente, este nuevo régimen para las inversiones extranjeras se caracteriza por la variedad y multiplicidad de acuerdos de inversiones principalmente bilaterales y de apartados sobre inversión contenidos en acuerdos de libre comercio. Sin embargo, las negociaciones de normas para las inversiones en un marco preponderantemente bilateral, en lugar de en un contexto regional y multilateral, influirán seguramente en la naturaleza de dicho régimen. El presente trabajo aborda las características de este naciente régimen para las inversiones extranjeras en las Américas. Primeramente se analiza el estado actual de las negociaciones sobre normas para inversiones en el ámbito mundial y hemisférico y la posición sobre el tema de dos de los actores más importantes de la región: Estados Unidos y Brasil. Posteriormente se trata el régimen de inversiones que cada uno de estos dos factores propone mediante un análisis de los acuerdos de inversiones bilaterales que han establecido por separado con sus contrapartes latinoamericanas.

EXECUTIVE SUMMARY

Despite the setbacks encountered in the negotiation of multilateral foreign investment rules at the World Trade Organization and Free Trade Area of the Americas talks, there is still a framework of rules governing investment emerging in the Americas. Although incomplete and embryonic, the emerging foreign investment regime is defined by the existing multi-layered patchwork of primarily bilateral investment agreements and investment chapters of free trade agreements. But, the shift from negotiating investment rules in a regional or multilateral forum to a predominantly bilateral one is likely to have consequences for the character of that investment regime. This paper examines the

nature of this emerging foreign investment regime in the Americas. It begins by discussing the state of the global and hemispheric negotiations on investment rules, and the position of two of the hemisphere's most important players, the United States and Brazil, on this issue. The nature of the investment regime desired by both players is then examined through an analysis of the bilateral investment agreements concluded by both with their Latin American partners.

RÉSUMÉ

Malgré les revers essayés dans la négociation des règles multilatérales de l'investissement étranger à l'Organisation mondiale du commerce et dans les pourparlers de la Zone de libre-échange des Amériques, un cadre de réglementation de l'investissement ne s'en dessine pas moins dans les Amériques. Quoique incomplet et embryonnaire, le nouveau régime de l'investissement étranger est défini par une mosaïque d'accords sur l'investissement avant tout bilatéraux et par les chapitres des accords de libre-échange consacrés au sujet. Cependant, le passage de la négociation de règles d'investissement dans une instance régionale ou multilatérale à une instance principalement bilatérale aura probablement des conséquences pour les caractéristiques de ce régime d'investissement. Le présent document étudie la nature du régime de l'investissement étranger qui se dessine dans les Amériques. Il examine tout d'abord l'état des négociations mondiales et hémisphériques sur les règles de l'investissement ainsi que la position de deux des acteurs les plus importants de l'hémisphère, à savoir les États-Unis et le Brésil, sur ce sujet. La nature du régime de l'investissement souhaité par les deux acteurs est ensuite examinée dans une analyse des accords bilatéraux conclus par l'un et l'autre avec leurs partenaires latino-américains en matière d'investissement.

INTRODUCCIÓN

Desde el fracaso en 1999 del Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI) en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), otros planes ambiciosos han afrontado obstáculos para armonizar el cuerpo de regulaciones o régimen que rija a escala internacional la inversión extranjera directa (IED). Como consecuencia de la paralización de la reunión de Cancún de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en septiembre de 2003, sencillamente se abandonó todo intento

de comenzar negociaciones en los más contenciosos temas de Singapur, a saber, las normas multilaterales sobre la inversión y los derechos de propiedad intelectual. Poco después, en noviembre 2003, durante la reunión de Miami de Ministros de Relaciones Exteriores, la negociación de un Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) integral se bloqueó debido a que la mayoría de los participantes acordaron proceder con un acuerdo multilateral mínimo, mientras que se les permitió, a pequeños grupos de países, negociar acuerdos plurilaterales entre ellos con más disciplinas de mayor alcance. Este cambio en el carácter de las negociaciones del ALCA de hecho eliminó la posibilidad de incluir, a la larga, en cualquier ALCA *lite* las disciplinas fuertes de inversión como aquellas incluidas en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y tan opuestas por países importantes como Brasil.

No obstante las dificultades encontradas en el ámbito multilateral, los esfuerzos por hallar un marco internacional que regule la inversión extranjera directa (IED) continúan. Sin embargo, durante el año siguiente al fracaso de Miami se ha logrado poco progreso en este problema tanto en la Ronda Doha de la OMC como en las conversaciones del ALCA. Muchos de los protagonistas en la OMC, como los Estados Unidos y la Unión Europea, parecen cada vez más dispuestos a arrojar todas las cuestiones contenciosas de Singapur de las negociaciones para progresar en otras áreas.

Sin embargo, ante la falta de un acuerdo multilateral, hay todavía un cuerpo de normas que rigen la inversión. Aunque esté incompleto e incipiente, se puede decir que el régimen naciente de las inversiones extranjeras se define por las múltiples mezclas de acuerdos y las negociaciones en curso sobre la inversión. Si la discusión se limita a las Américas, es evidente que la liberalización de la política de inversión extranjera ha ocurrido a varios niveles que incluyen: los estatutos de inversión interna; los acuerdos bilaterales (en particular los tratados bilaterales de inversión-TBI) y los Acuerdos de Libre Comercio con capítulos sobre inversiones; normas sobre inversiones dentro de los acuerdos comerciales preferenciales subregionales como el TLCAN, el Mercado Común de América del Sur (MERCOSUR) y el Pacto Andino; acuerdos regionales en negociación como el ALCA; e instrumentos de las organizaciones multilaterales como la Organización Mundial del Comercio, y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) del Banco Mundial (OEA 1999; Robert 1999; Seid 2002).

Con el abandono en las Américas de negociaciones serias para completar el ALCA como se pensó en un principio para el 2005, además de los reveses de la Ronda “del desarrollo” de Doha, quedaron muy mal los intentos regionales y multilaterales para establecer un régimen hemisférico para regular las inversiones extranjeras directas. Estos reveses en las Américas relacionados a las negociaciones multilaterales regionales se han acompañado de un aumento importante en las negociaciones bilaterales, en particular, de acuerdos de libre comercio (Cosby 2004, 12; Mace 2004, 2). También se ha expresado en relación con la inversión ya que los tratados bilaterales de inversión y los apartados sobre inversión en la nueva generación de ALC, junto con las disposiciones de inversión en los acuerdos comerciales preferenciales subregionales, constituyen ahora los instrumentos principales para la creación de un régimen naciente de las inversiones extranjeras en las Américas.

Las negociaciones de normas para las inversiones en un marco preponderantemente bilateral, en lugar de en un contexto regional y multilateral, van de seguro a influir en la naturaleza de dicho régimen. Mientras que un foro multilateral de negociación hubiese exigido que todos los participantes hicieran concesiones, incluyendo al indiscutible poder regional, los Estados Unidos, es probable que los tratados bilaterales de inversión y los ALC reflejen los intereses del más poderoso de las dos partes negociadoras. El presente trabajo aborda las características de este régimen naciente de las inversiones extranjeras en las Américas. En primer lugar se analiza el estado actual de las negociaciones sobre normas para inversiones en el ámbito mundial y hemisférico y la posición sobre el tema de dos de los protagonistas más importantes de la región: Estados Unidos y Brasil. Posteriormente se trata el régimen de inversiones que cada uno de estos dos países propone mediante un análisis de los acuerdos de inversiones bilaterales que han establecido por separado con sus contrapartes latinoamericanas.

Diferencias entre Brasil y los Estados Unidos en cuanto a inversiones

Los Estados Unidos y Brasil se encuentran tanto en el ámbito regional como mundial en lados opuestos de la confrontación sobre inversión y otros temas sensibles en comercio como la agricultura. Aunque al principio se incluyeron en la Ronda “del desarrollo” de Doha, emprendida en 2001 como uno de las cuatro cuestiones de Singapur (relación entre el comercio y las inversiones, interacción entre el comercio y la política de

competencia, la transparencia de la contratación pública, y la facilitación del comercio) para ser abordadas en las negociaciones, las inversiones y la política de competencia pronto se convirtieron en impedimentos para el avance de las negociaciones.

Las negociaciones comerciales de la OMC en Cancún en septiembre 2003, colapsaron debido a la intransigencia sobre las cuestiones de Singapur y la agricultura. Un grupo de aproximadamente veinte países en vías de desarrollo encabezados por India y Brasil (luego llamado el G-20) rehusaron negociar las normas de inversión (percibidas como exigencias de EEUU, la UE y Canadá) en vista del fracaso de estos países de negociar sus subsidios agrícolas, especialmente EEUU y la UE. De hecho, fue claro que discutir de inversiones y de agricultura era el esencial *quid pro quo* que bloqueaba el progreso. En lo que fue un fracasado intento por salvar la reunión de Cancún, el canciller mexicano Luis Ernesto Derbez, atribuyó explícitamente el retraso para comenzar las negociaciones a estos dos temas (INVEST-SD, 14/09/03).

No obstante, en el transcurso del año posterior a la reunión de Cancún, comenzó a surgir un consenso de que las inversiones quizás sean un tema muy difícil de tratar en el contexto de la Ronda de Doha. Hay todavía una gran oposición por parte de importantes países en vías de desarrollo como India, China y Brasil para negociar las cuestiones contenciosas de Singapur, incluyendo las inversiones. Estos países se han inclinado a ver las disciplinas sobre inversión como innecesariamente restrictivas de sus habilidades para llevar a cabo políticas de desarrollo e industrialización.

Los países vistos como *demandeurs* de disciplinas de inversión han empezado a cambiar de postura con respecto a la inclusión del tema en la Ronda de Doha. Por un lado, EEUU y la UE tienen diferencias importantes en las normas de inversión que promueven en el mundo por medio de tratados bilaterales de inversión. Por ejemplo, INVEST-SD informa que la postura de la UE ha sido de no incluir en las negociaciones la cartera de inversiones ni la solución de controversias entre un inversionista y un Estado (ambas promovidas por EEUU), por el contrario respalda, “la transparencia, la no-discriminación, las seleccionadas obligaciones específicas, las garantías de balanzas de pagos internacionales, la protección al derecho de regular en el interés público y la clarificación en cuanto a la relación con otros acuerdos bilaterales y

regionales.”¹ (INVEST-SD, 15/08/03). Estos problemas dentro de la OMC se han replicado en las negociaciones del ALCA. En la reunión ministerial de Miami en noviembre de 2003, “un documento circulado por Brasil y sus socios del MERCOSUR... con antelación a las reuniones en Miami indicaba no estar dispuestas a ir más allá de las disciplinas fundamentales de inversión” contenidas en el MIC (Medidas de Inversión Relacionadas con el Comercio) y el AGCS (Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios) así como también un rechazo al mecanismo de solución de controversias entre un inversionista y un Estado consagrado en el TLCAN (INVEST-SD, 24/11/03).

Tanto la UE como los EEUU están dispuestos a abandonar el tema de las inversiones en la Ronda de Doha. En una carta abierta enviada a los miembros de la OMC, los EEUU señalaron que el avance de las negociaciones requería abandonar el tema de las inversiones. Se ha sugerido que los EEUU, ante la posibilidad de que un acuerdo de la OMC fuese más débil que las normas vigentes, y fuese con toda seguridad más débil que las normas fomentadas por medio de su programa de TBI, han optado por implementar disciplinas más estrictas en el plano bilateral y multilateral (INVEST-SD, 16/01/04). El boletín de noticias sobre inversiones producido por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDS) canadiense resumía la problemática de la siguiente manera: “los hechos recientes en la OMC y en las negociaciones en curso sobre un Área de Libre Comercio de las Américas parecen subrayar una falta de voluntad política para llevar a cabo negociaciones ambiciosas e inclusivas sobre inversiones en el ámbito multilateral o regional”² (INVEST-SD, 28/11/03) y “dado el vacío que existe a escala multilateral, se espera que muchos gobiernos aceleren la negociación bilateral de normas de inversiones”³ (INVEST-SD, 14/08/04), tanto por medio de TBI y de disposiciones de los ALC bilaterales.

Los esfuerzos de Brasil por crear una Comunidad Sudamericana en Diciembre de 2004, basada en los acuerdos de libre comercio entre la Comunidad Andina y MERCOSUR, y por promover el libre comercio entre los miembros rebeldes de la coalición de los G-20 que contribuyeron a la paralización de la reunión de la OMC en Cancún parecen priorizar “la cooperación sur a sur como sustituto de un comercio más libre con los

¹ [versión del traductor]

² [versión del traductor]

³ [versión del traductor]

países ricos”⁴ (*Economist*, 05/02/04). Es bien sabido que el establecimiento por parte de Brasil de alianzas con los países en vías de desarrollo de ingresos medianos en particular, forma parte de un esfuerzo por tener un mayor peso en la escena mundial como representante de la región sudamericana.

La postura de Brasil sobre inversiones, a saber que “debe disfrutar de la flexibilidad para ejercer una opción liberatoria de obligaciones que va más allá de las disciplinas vigentes en la OMC en áreas como inversiones extranjeras, servicios, protección de los derechos de propiedad intelectual (DPI) y contratación pública”⁵ (INVEST-SD, 14/11/03) ha sido explícitamente formulada por el canciller Celso Amorin en cuanto a las necesidades brasileñas de desarrollo (Vigevani and Passini, 2004, 2-3). También señaló que los mayores esfuerzos brasileños para negociar estarían dentro de la OMC, ya que ésta es la instancia donde los temas importantes relacionados a la eliminación de subvenciones agrícolas y otras distorsiones comerciales (medidas antidumping) podrían ser resueltos lo mejor posible (BBC Monitoring, 09/11/04), eliminando así cualquier ilusión de que las disciplinas de inversión podrían establecerse primero en el ALCA. Brasil está en una posición única y particularmente fuerte en las Américas ya que no ha ratificado ninguno de los TBI que ha negociado, ni tampoco ha accedido al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) de 1965— un modelo de conjunto de normas para resolver disputas entre los inversionistas y los gobiernos (INVEST-SD, 7/11/03).

Desde los fracasos en Cancún y Miami, los Estados Unidos han perseguido una estrategia mundial que se ha llamado “liberalización competitiva” (USTR 2004, 1) El objetivo de esta estrategia es aumentar las presiones sobre aquellos países resistentes a alinearse con las visiones de EEUU sobre comercio e inversiones mediante la firma de acuerdos bilaterales con países vecinos. Este método aumenta el riesgo para los países en vías de desarrollo como Brasil los cuales rehúsan negociar con los EEUU en el ámbito multilateral, ya que ellos, y no los competidores, se encuentran marginados del mercado estadounidense. Desde que adoptara “la liberalización competitiva”, los EEUU solo en el hemisferio occidental, han suscrito acuerdos de libre comercio que incluyen disciplinas novedosas sobre inversiones con Chile, Costa Rica, República

⁴ [versión del traductor]

⁵ [versión del traductor]

Dominicana, El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua, y asimismo está negociando un ALC con Bolivia, Colombia, Ecuador, Panamá y Perú, además de estar negociando un TBI con Uruguay. “Visto en conjunto, los Estados Unidos están bien encaminado para beneficiarse del libre comercio con más de dos tercios del hemisferio occidental por medio de ALC bilaterales y subregionales”⁶ (USTR 2004, 4; INVEST-SD 5/03/04). Nótese que la mayoría de estos acuerdos no han sido presentado al Congreso para su aprobación.

En las Américas, ante el colapso del principio del todo único en la reunión ministerial de Miami y las disciplinas de gran alcance sobre inversión, las cuales según el Representante Comercial de Estados Unidos Robert Zoellick constituyen “la norma más elevada y que de hecho prolongan el Tratado de Libre Comercio de América del Norte”⁷ (Zoellick, 08/12/03); los EEUU han intentado establecer precedentes internacionales y han impuesto su definición de las reglas de inversión por medio de convenios bilaterales. Es muy conocido que los EEUU han estado utilizando los acuerdos con pequeños países en vía de desarrollo para consolidar normas y reglas, y aún más importante, para establecer precedentes que sean adoptados en el ámbito multilateral (Vigevani and Passini 2004,2). De modo que Robert Zoellick durante la reunión de APEC en noviembre de 2004 en Santiago, Chile, dijo que los países del MERCOSUR “corren el riesgo de quedar aislados como grupo, mientras que los Estados Unidos aseguran tratados de libre comercio regionales uno a uno con una multitud de países Latinoamericanos”⁸ (AP, 19/11/04). Al observar este panorama de negociaciones bilaterales, el IIDS concluye, “Al entablar negociaciones con tantos países individuales en el hemisferio, los Estados Unidos parecerían tener una posición fuerte, en caso de que fracase el ALCA, para alcanzar la mayoría de sus objetivos en cuanto a inversiones por medio de una multitud de negociaciones subregionales”⁹ (INVEST-SD, 14/11/030).

⁶ [versión del traductor]

⁷ [versión del traductor]

⁸ [versión del traductor]

⁹ [versión del traductor]

EL ESTADO ACTUAL DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

En vista del estancamiento de la negociación de un acuerdo de libre comercio hemisférico y de la Ronda de Doha de las negociaciones del OMC, ¿significa que la posibilidad de crear un marco para la inversión a escala internacional ha muerto, tal como el desafortunado Acuerdo Multilateral Sobre Inversiones (AMI) de la OCDE? La respuesta es que no son sólo las negociaciones multilaterales sobre inversión las implicadas. Si las negociaciones actuales siguen estancadas en un futuro próximo, esto no implica que aquellos que se opusieron al marco han ganado una gran batalla contra la implacable expansión del capital internacional; si no que en la ausencia de nuevas normas, las antiguas siguen vigentes. A falta de un marco sobre inversiones negociado multilateralmente, este marco estará mayormente definido por cientos de “hilos” de pactos bilaterales sobre comercio e inversiones que de conjunto forman una red.

Ya existe un sistema administrativo regional de múltiples niveles para las inversiones extranjeras directas que incluyen las disposiciones de inversión del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el G-3 (Colombia, México y Venezuela), MERCOSUR (los Protocolos de Colonia y Buenos Aires), la Comunidad Andina (Decisión 291), la Comunidad Caribeña (Protocolo 2), además de variados tratados bilaterales sobre inversión y regímenes domésticos de inversión; mientras que a escala internacional, la inversión extranjera la regulan los convenios de la OMC sobre las Medidas de Inversión Relacionadas con el Comercio (MIC) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medida Compensatorias (ASMC) (Robert 1999, 389-398).

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo reportó un gran aumento en el uso de los TBI durante los años noventa y una liberalización general de los regímenes internos de inversión extranjera lo cual muestra una liberalización mundial del ambiente en que opera el capital extranjero. Para el año 2003, por lo menos 2.265 TBI que abarcan los servicios habían sido concluidos entre un total de 175 países, lo que indica tanto un gran interés por concluir TBI entre países en vías de desarrollo como un rápido aumento de TBI registrados a finales de los años noventa (UNCTAD 2004, 221). Sólo en 1999, se concluyeron 20 TBI en Latinoamérica y el Caribe (UNCTAD 2000 a, 8).

En Latinoamérica se comenzó a establecer los TBI tardíamente sólo a finales de los años ochenta, pero ya para el año 1999 se habían creado un total de 300; y si añadimos los de los países del Caribe, la cifra llega a 366. Sin embargo, solo 61 de este total se suscribieron entre países de la región. Nótese que los Estados Unidos no han sido históricamente el más activo en promover los TBI; Alemania encabeza la lista con 124 acuerdos concluidos, mientras que los EEUU se encuentran en la posición número 26 después de varios países del hemisferio occidental, como Argentina (número 16), Cuba (número 23) y Chile (número 24) (UNCTAD 2000 b,18).

La razón detrás de las firmas de TBI, como ha quedado demostrado por el énfasis de estos tratados en ofrecer seguridad a las inversiones y solución de controversias, ha sido “para obtener normas adicionales y mejores de protección legal y garantías para las inversiones de las empresas que aquellas ofrecidas bajo leyes nacionales”¹⁰ (UNCTAD 2000 b,1). Aunque el propósito de los TBI es de asegurar un ambiente operativo liberal para las inversiones extranjeras, algunos autores han subrayado que los documentos están centrado más en lo mercantil que en lo liberal, como lo demuestra el enfoque en la seguridad de las inversiones (Vandervelde 1998, 633). El argumento que sugiere que los TBI existen más que todo para proteger a los inversionistas ha sido confirmado por varios estudios que demuestran que tienen muy poco o casi ningún efecto en los flujos de IED (Halward-Driemeier 2003, 11; Walter 2002). Sin embargo, los TBI junto con los apartados sobre inversión de convenios comerciales recientes como el TLCAN, los acuerdos entre EEUU y Chile, y entre EEUU y Centroamérica, constituyen en este momento la base del régimen naciente de las inversiones extranjeras.

EL PROBLEMA CON LOS TBI ES UN DESAFÍO PARA LA UNCTAD

Aunque se suscriben en principio para demostrar y señalar a los potenciales inversionistas que determinado país en vías de desarrollo está dispuesto y legalmente obligado a proteger la inversión extranjera, los TBI no dejan de ser polémicos. El Acuerdo Multilateral sobre Inversiones de la OCDE fracasó en 1999, en parte, debido a temores de que podría restringir el espacio para la formulación de políticas y reglamentos. El trabajo del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible sobre las disposiciones del capítulo 11 del TLCAN acerca de las implicaciones de la solución de

controversia entre un inversionista y un Estado, también ha hecho notar la manera como los acuerdos sobre inversión pueden limitar la autoridad legítima del gobierno sobre las normas ambientales, de salud y seguridad (Cosby 2004, 5). El dilema entre proteger a los inversionistas y permitir suficiente autonomía para formular sus políticas se intensifica en los países en vías de desarrollo, lo cual es el caso de muchos de los más grandes y de mayor éxito como Brasil, China e India, donde históricamente la intervención del Estado ha sido un elemento central del modelo de desarrollo económico (Evans, 1995).

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) ha creado el concepto de “flexibilidad para el desarrollo” que sirve para balancear la necesidad de proteger los derechos de los inversionistas con la necesidad que tienen los países en vías de desarrollo de tener autonomía en la formulación de sus políticas. Esta idea contenida en el folleto del mismo nombre de la “Serie Rosada” de publicaciones de la UNCTAD, es la piedra angular de la contribución intelectual de esta organización al debate acerca de los acuerdos internacionales sobre inversiones (AII). La UNCTAD define “flexibilidad” como “la capacidad de los AII de adaptarse a las condiciones particulares reinantes en los países en vías de desarrollo y a las asimetrías económicas entre estos países y los desarrollados” ¹¹ (UNCTAD 2000 c, 1). Hay que reconocer que la supuesta necesidad de flexibilidad de los AII es en sí misma refutada. En un análisis reciente sobre las corporaciones multinacionales se señala que las condiciones liberales de inversión y no la autonomía para formular políticas, son las mejores garantías para que las IED tengan un mayor efecto en el desarrollo de la economía del país (Graham 1996; Moran 1998).

Sin reparar en si la “flexibilidad” debe estimularse en los AII o no, el concepto engloba el antiguo debate sobre las relaciones entre el Estado y las corporaciones multinacionales que existe por lo menos desde que se publicara en 1971 el clásico de Raymond Vernon *Sovereignty at Bay*, donde el autor habla de una tensión intrínseca entre los intereses del Estado nacional y los de empresa multinacional. Por lo tanto, el debate sobre más o menos “flexibilidad” es una nueva manera de conceptualizar la opción entre una política de desarrollo más estatal e intervencionista que busca canalizar las inversiones

¹⁰ [versión del traductor]

¹¹ [versión del traductor]

extranjerías hacia las prioridades nacionales, y otra más liberal donde las fuerzas del mercado determinan el ritmo del desarrollo económico.

En este sentido, al preguntarnos si los acuerdos bilaterales sobre inversiones firmados en las Américas han sido más o menos “flexibles para el desarrollo” es también una manera de comparar el carácter del régimen naciente de inversiones en el hemisferio (si es más estatal e intervencionista, o más liberal), sin necesariamente juzgar cual enfoque es mejor. Este documento usa el Índice de Flexibilidad para el Desarrollo creado por el autor a partir de los estudios conceptuales de la UNCTAD que comparan los TBI firmados por los EEUU y otros países de las Américas y aquellos firmados entre Brasil y sus socios latinoamericanos (Haslam, por venir en el 2005).

Cuadro 1: Pares de TBI que se usaron en el estudio

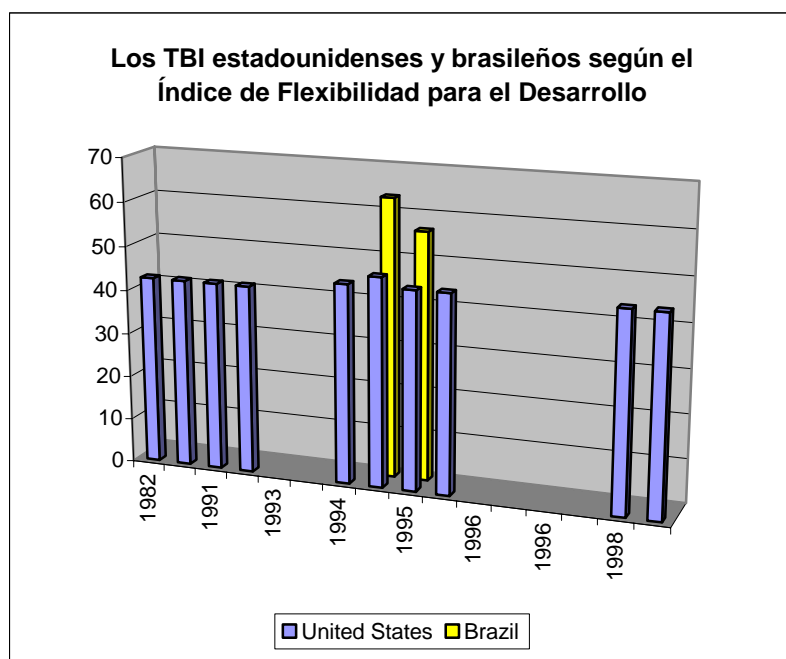
Par de Países	Fecha de la firma	Par de Países	Fecha de la firma
EEUU-Panamá	1982	EEUU-Nicaragua	1995
EEUU-Granada	1986	EEUU-Honduras	1995
EEUU-Argentina	1991	EEUU-Bolivia	1998
EEUU-Ecuador	1993	EEUU-El Salvador	1999
EEUU-Trinidad y Tobago	1994	Brasil-Chile	1994
EEUU-Jamaica	1994	Brasil-Venezuela	1995

Al comparar 12 TBI firmados por Brasil y los Estados Unidos (10 de ellos por EEUU y dos por Brasil) usando el Índice de Flexibilidad para el Desarrollo, es posible determinar empíricamente si estos dos países tienen visiones diferentes en cuanto al papel del Estado y el inversionista extranjero en el desarrollo económico. Sin embargo, debemos señalar que ninguno de los TBI suscritos por Brasil con cualquier otro país, inclusive con aquellos fuera de las Américas, han sido ratificados debido a las inquietudes nacionales sobre su constitucionalidad (en otras palabras, sobre si se dan mayores derechos a los inversionistas extranjeros que a los inversionistas nacionales). Por esta razón, su pertinencia como un instrumento de política puede ser cuestionada. A pesar de no haber sido ratificados, estos TBI demuestran que Brasil ha estado promocionando en el mundo un concepto en cuanto a los derechos del inversionista diferente del que promueven los Estados Unidos. En lo que se refiere a sus desacuerdos sobre las

inversiones en las negociaciones de la OMC y el TLCAN, es importante comprender las diferencias entre sus dos posturas.

SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE LOS TBI BRASILEÑOS Y ESTADOUNIDENSES

Existen muchas pruebas de que los Estados Unidos han usado su programa de TBI para difundir y establecer una concepción muy estadounidense de derechos del inversionista alrededor del mundo. Los EEUU inauguraron sus programas de TBI mundial y hemisférico a principios de los años ochenta como respuesta a la reafirmación de los países en vías de desarrollo en las Naciones Unidas sobre su derecho a expropiar las empresas extranjeras, y algunos de los primeros acuerdos en las Américas los suscribieron con ciertos regímenes que seguían las doctrinas estadounidenses (*client regimes*) como Panamá en 1982, Haití en 1983 y Granada en 1986 (Robert 1999, 400; Vandeveld 1998; 628). La UNCTAD señala: “Algunas veces, los países de manera individual han preparado modelos de TBI que reflejan sus posturas y expectativas de las normas y estándares de los TBI internacionales”¹² (UNCTAD 2000 b, 21). La reciente ofensiva de “liberación competitiva” del Representante Comercial de Estados Unidos es otro reflejo de esta tendencia.



¹² [versión del traductor]

En total, los TBI estadounidenses obtuvieron los resultados más bajos en el índice, entre 43 y 47, mientras que los TBI brasileños alcanzaron un mayor resultado, entre 56 y 63. Por lo tanto, a primera vista, los TBI estadounidenses contienen menos de los elementos identificados por la UNCTAD que proveen a los países en vías de desarrollo de la flexibilidad necesaria para seguir políticas públicas que llevan al desarrollo económico. Al hacer una comparación entre los dos países se observan muchas similitudes entre sus respectivos textos de los TBI.

Según Maryse Robert, los TBI por lo general incluyen seis elementos clave: el alcance de aplicación (define las inversiones e inversionistas permitidos, así como también la entrada en vigor del acuerdo); la entrada (define si se aplica un “trato nacional” o “de nación más favorecida” antes o después de la entrada de la inversión); el trato (establece el principio de la política del Estado hacia las inversiones, como “trato justo y equitativo”); transferencias (indica la repatriación de préstamos, ganancias, intereses, capital y acceso al mercado de divisas); expropiación (especifica lo relativo a compensaciones y las condiciones bajo las cuales se permiten); solución de controversias (indica los procedimientos bajo los cuales se negocian las controversias y si son los inversionistas o los Estados los que pueden presentar causas) (Robert 1999, 401-407).

Entre estas disposiciones fundamentales, por ejemplo, ha surgido un claro consenso internacional sobre la definición de inversiones, el período de tiempo para los TBI, el trato de nación más favorecida, el estándar de seguridad para las inversiones, las transferencias ilimitadas, los requisitos de expropiación, el estándar de compensación y los mecanismos para la solución de controversias. Los principales puntos de divergencia, los cuales explican la mayor parte de la variación entre los resultados del índice, son: si se otorga trato nacional en las fases pre- y post-establecimiento de la inversión o solamente en la fase post- establecimiento, y si se limitan o prohíben los requisitos de desempeño.

En general, los TBI estadounidenses requieren del tratamiento de nación más favorecida (NMF) y trato nacional (TN) tanto en la fase de pre-establecimiento como de post-establecimiento, impidiendo así a los signatarios de preseleccionar las IED antes de ser admitidas, o de requerir ciertas concesiones a las empresas como condición para

la entrada. No obstante, los TBI estadounidenses contienen una amplia lista de excepciones generales para otorgar tratos NMF y TN. Por ejemplo, en el TBI entre EEUU y Bolivia, los Estados Unidos se reservan el derecho de aplicar excepciones a la obligación de otorgar trato nacional en los siguientes sectores: “la energía atómica; el corretaje de aduanas; las licencias para estaciones de radiodifusión, empresas de telecomunicaciones públicas o de radio aeronáutica; la COMSAT(*Communications Satellite Corporation*); las subvenciones o donaciones incluidos los préstamos, las garantías y los seguros con respaldo oficial; las medidas estatales y locales exceptuadas del artículo 1102 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte con arreglo al artículo 1108 del mismo; y la colocación de cables submarinos” además, Los Estados Unidos podrán adoptar excepciones a la obligación de otorgar el trato nacional y de la nación más favorecida en los sectores como “la pesca; el transporte aéreo, marítimo, y las actividades afines; la banca, los valores, y otros servicios financieros, distintos de los seguros; y las transmisiones unidireccionales vía satélite de servicios de televisión dirigidos directamente a las residencias y por satélites de radiodifusión directa, así como de los servicios digitales de sonido” (Annex, Articles 1, 2). Algunas de estas excepciones son el resultado de otras convenciones internacionales firmadas por los EEUU y la lista es bastante común e independiente del socio de que se trate, lo que refleja la profundidad y variedad de la economía estadounidense.

Los socios de los Estados Unidos en los TBI también se han beneficiado de algunas de las flexibilidades estructurales de estos, han disfrutado de sus propias excepciones generales y sectoriales, aunque menos que los Estados Unidos. Por lo general, los socios latinoamericanos de los EEUU retienen el derecho a otorgar algún trato preferencial a los pequeños productores con el propósito de fomentar el desarrollo de los sectores como la pesca a pequeña escala o los micro créditos y subsidios. En algunos casos y en ciertos sectores, se han permitido empresas mixtas entre firmas nacionales y extranjeras (Bolivia); en otros casos brindaron consideración especial a los programas de privatización en curso (Ecuador y Argentina). Hay un caso (Jamaica) en que el país obtuvo garantías de salvaguarda que limitaban las transferencias ilimitadas para así proteger los niveles de reserva extranjera, este es un elemento que ha sido eliminado de las últimas normas de inversión adoptadas dentro de los ALC suscritos con Centro América y Singapur. Aunque los TBI estadounidenses han evolucionado desde principios de los años ochenta, algunos de aquellos primeros daban bastante

flexibilidad. Panamá, en particular, el primer socio en las Américas con que EEUU firmaron un TBI tiene una larga lista atípica de excepciones generales al TN que incluyen “la representación de compañías extranjeras; la distribución y venta de productos importados; comercio al por menor; las empresas estatales; las sociedades de utilidad pública; la explotación de recursos naturales”.

Otra característica de los TBI estadounidenses es que prohíben requisitos de desempeño. El TBI entre los EEUU y Nicaragua, por ejemplo, dispone que “Ninguna de las Partes dispondrá ni hará cumplir, como condición para la creación, adquisición, dirección, explotación o el funcionamiento de una inversión comprendida, cualquier requisito (lo cual comprende las garantías o compromisos que se relacionen con la concesión de permisos o autorizaciones oficiales)” en cuanto al contenido nacional, restricciones de importación, requisitos para las exportaciones, limitaciones de las ventas, transferencia de tecnología, o investigación y aplicación de los resultados (Art. VI (1)).

Desde el punto de vista de la “flexibilidad para el desarrollo”, las excepciones TN y NMF en las fases pre- y post-establecimiento, aunque no sean muy propicias para el desarrollo ya que solo permiten derechos post-establecimiento, constituyen un elemento importante de flexibilidad. Sin embargo, es curioso que sean los Estados Unidos, los que más se preocupan por esta cuestión y no el país en vías de desarrollo. Esto sugiere que no son las preocupaciones por el desarrollo las que influyen en la adopción de excepciones, sino más bien es la búsqueda de los Estados Unidos por mantener la autonomía tradicional en la formulación de políticas. Es por esta misma razón, y debido a su experiencia con los casos relacionados al Capítulo 11, que los EEUU cambiaron su modelo de TBI en febrero de 2004 para incluir un mayor grado de transparencia en las controversias que surgen de los mecanismos sobre las relaciones entre el inversionista y el Estado contenidos en los tratados de inversión que negocian, y pusieron un límite en la definición de “recaudación regulada”, una doctrina que ya se ha aplicado en los últimos acuerdos de libre comercio, que en las Américas, incluyen los Acuerdos de Libre Comercio con Chile y Centro América (Cosby 2004, 5, 13).

Al examinar los dos TBI firmados por Brasil con sus socios hemisféricos se esperaba que estos reflejarán un enfoque diferente al papel del Estado y del sector privado en el

desarrollo, debido al modelo de intervención estatal en el desarrollo perseguido por Brasil desde principios de los años sesenta y el hecho de que nunca había puesto en práctica los experimentos tan dinámicos y amplios de liberalización económica vistos en otras partes de la región (como en Argentina y Chile).

Primero que nada, hay un número de pequeñas diferencias menores entre los TBI de los EEUU y los de Brasil. Los TBI brasileños casi nunca hacen referencia al desarrollo económico en el preámbulo de estos acuerdos por lo que no se proponen reafirmar el papel que tienen las IED en el desarrollo. Este patrón también se observa en otros TBI de Latinoamérica como los firmados por Venezuela. Las disposiciones de los TBI firmados entre los países de Latinoamérica son por lo general menos detalladas que las de los TBI estadounidenses, aunque no está claro si esto se traduce en una mayor flexibilidad. Aunque en la mayoría de los TBI entre los países latinoamericanos hay una tendencia hacia menos excepciones a las disposiciones del TN y NMF agregadas al acuerdo, y aunque una excepción a arreglos comerciales preferenciales y a tratados bilaterales tributarios es *de rigueur*, Brasil sí tiene una larga lista de excepciones (Brasil-Chile, Protocol, Art 3(3)). Esto sugiere que lo más importante para Brasil, como los Estados Unidos, es mantener su autonomía en cuanto a la formulación de políticas.

Los TBI de Latinoamérica también comparten con los TBI firmados por los EEUU una definición de inversión con una base amplia de activos que incluyen “inversiones de cartera” (o acciones de empresas), lo cual es un aspecto polémico en las negociaciones mundiales sobre las normas de inversión. En algunos casos, los TBI latinoamericanos van más allá, por ejemplo Venezuela incluye “buena fe” y “conocimiento técnicos (“*know how*”)” como inversiones protegidas en algunos de sus acuerdos (Venezuela-Barbados). Otro aspecto polémico en el ámbito internacional, es el relacionado con “los derechos de propiedad intelectual” los cuales se consideran una inversión protegida en todos los TBI latinoamericanos examinados aquí, inclusive los brasileños. Sin embargo, no está claro que peso puede tener esto sin definiciones específicas de los derechos de propiedad intelectual o referencias a las disposiciones de la OMC (las cuales se citan en los TBI estadounidenses).

Como se menciona anteriormente, las principales diferencias entre los TBI firmados entre socios latinoamericanos y los suscritos por los Estados Unidos es que los

acuerdos de los primeros no otorgan trato nacional a la fase pre-inversión, y los requisitos de desempeño no están vedados categóricamente. En combinación, estas dos diferencias permiten a los países escoger las inversiones como también exigir rendimiento como condición para otorgar la entrada. Esto constituye la cuestión básica que permite la negociación entre el país receptor y las corporaciones multinacionales y que tradicionalmente ha sido una de las maneras principales empleadas por los países para aprovechar el sector privado para alcanzar objetivos de desarrollo nacional.

CONCLUSIONES

En el caso que no se logre un acuerdo negociado multilateral sobre inversiones tanto a escala regional (ALCA) como multilateral (OMC), el régimen naciente hemisférico sobre inversiones estará formado por la red de tratados multilaterales sobre inversiones y los apartados sobre inversiones de los ALC que existen en las Américas. Como se observa en la actualidad, existen visiones diferentes sobre como debe conformarse este régimen, en que la mayoría de los países de latinoamericanos promuevan una versión que les permita mayor flexibilidad para el desarrollo. Sin embargo, la visión de los Estados Unidos, la cual pone mucho énfasis en otorgar la condición de nación más favorecida y trato nacional en las fases pre y post-establecimiento, transferencia de capital ilimitada (inclusive durante crisis monetarias), la abolición de requisitos de desempeño, y un mecanismo de solución de controversias entre el inversionista y el Estado al estilo del TLCAN, está ganando adeptos. Con el impasse en las negociaciones multilaterales que pudieran haber llevado a los EEUU a modificar su enfoque, o aceptar un tipo de trato especial o diferencial hacia los países en vías de desarrollo, ahora los EEUU han seguido adelante mediante el establecimiento de acuerdos bilaterales a lo largo y ancho de las Américas y que incorporarán al derecho internacional su visión de como regular la inversión extranjera directa.

REFERENCIAS

- Cosby, Aaron. "FTAA Washout in Miami." *FOCAL POINT: Spotlight on the Americas*, 2:11 (November-December 2004): 11-12.
- Cosby, Aaron, et al. *Investment and Sustainable Development: A Guide to the Use and Potential of International Investment Agreements*. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, 2004.
- Evans, Peter B. *Embedded Autonomy: States and Industrial Transformation*. Princeton: Princeton University Press, 1995.

- Graham, Edward M. *Global Corporations and National Governments*. Washington D.C.: Institute for International Economics, 1996.
- Halward-Driemeier, Mary. "Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a Bit... and They Could Bite." World Bank Policy Research Working Paper 3121. Washington D.C.: World Bank, May 2003.
- Haslam, Paul Alexander. "BITing Back: Can Latin America Articulate an Alternative to US Norms on Investment and Development." *Politics & Society* (forthcoming 2005).
- INVEST-SD. Various issues. [Online bulletin on investment news available at <http://www.iisd.org/investment/invest-sd/archive.asp>] Winnipeg: International Institute for Sustainable Development (IISD).
- Mace, Gordon. "Canada and the New North-South Divide in the Americas." *FOCAL POINT: Spotlight on the Americas*, 3:2 (February 2004): 1-2.
- Moran, Theodore H. *Foreign Direct Investment and Development: The New Policy Agenda for Developing Countries and Economies in Transition*. Washington D.C.: Institute for International Economics, 1998.
- OAS. Foreign Trade Information System (SICE). *Investment Agreements in the Western Hemisphere: A Compendium*, [Available online at: http://www.sice.oas.org/cp_bits/english99/ARG. Accessed July 2004]. Washington D.C.:OAS, 1999.
- _____. *Index of Bilateral Investment Treaties (BITs) signed between FTAA countries*. [Available online at: http://www.sice.oas.org/investment/bitindex_e.asp. Accessed July 2004.] Washington D.C.:OAS, 2004.
- Robert, Maryse. "Toward an Investment Agreement in the Americas : Building on the Existing Consensus." In *Trade Rules in the Making: Challenges in Regional and Multilateral Negotiations*. Miguel Rodríguez Mendoza, et al., eds., 389-416. Washington, D.C.: Organization of American States and Brookings Institution Press, 1999.
- Seid, Sherif H. *Global Regulation of Foreign Direct Investment*. Aldershot: Ashgate Publishing Ltd, 2002.
- UNCTAD (2004). *World Investment Report 2004: The Shift Towards Services*. Geneva: United Nations, 2004.
- UNCTAD (2000a) *World Investment Report 2000: Cross-border Mergers and Acquisitions and Development*. Geneva: United Nations, 2000.
- _____. (2000b). *Bilateral Investment Treaties, 1959-1999*. Geneva: United Nations, 2000.
- _____. (2000c). *International Investment Agreements: Flexibility for Development*. [pink] Series on issues in international investment agreements. Geneva: United Nations, 2000.
- _____. (1999a). *Trends in International Investment Agreements: An Overview*. UNCTAD [pink] Series on issues in international investment agreements. Geneva: United Nations, 1999.
- _____. (1999b) *World Investment Report 1999: Foreign Direct Investment and the Challenge of Development*. Geneva: United Nations, 1999.
- USTR (2004). *2004 Trade Policy Agenda and 2003 Annual Report*. Washington D.C.: United States, 2004. [Available online at http://www.ustr.gov/assets/Document_Library/Reports_Publications/2004/2004_Trade_Policy_Agenda/asset_upload_file931_4751.pdf]

- Walter, Andrew. "The Political Economy of FDI Location: Why Don't Political Checks and Balances and Treaty Constraints Matter?" Working Paper No. 38. Singapore: Institute of Defense and Strategic Studies, October 2002.
- Wilkie, Christopher. "FDI, development and investment rules: a critique of the UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements." *Transnational Corporations* 10:2 (August 2001): 135-159.
- Vandeveldt, Kenneth J. "The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty." *The American Journal of International Law* 92: 4. (October 1998): 621-641.
- Vernon, Raymond. *Sovereignty at Bay: The Multinational Spread of US Enterprises*. New York: Basic Books, 1971.
- Vigevani, Tulio, and Marcelo Passini Mariano. "El ALCA light y el Gobierno Barsilero." *Estudios sobre el ALCA*, No. 20 (Fundación Friedrich Ebert: July 2004) [Available online at www.fes.cl].
- Zoellick, Robert. "The route from Miami to economic freedom." *Financial Times*, 8 December 2003.

ACERCA DEL AUTOR

Paul Alexander Haslam en la actualidad es becario de post doctorado en el *Centre d'études interaméricaines, Université Laval*.

El autor desea agradecer a Don Mackay, Maryse Robert y Gordon Mace por su minuciosa lectura de los primeros borradores de este documento. Cualquier error es responsabilidad sola del autor.

(Traducción de documento original en inglés publicado en febrero de 2005. Título de la publicación original: "*The Emerging Foreign Investment Regime in the Americas*", January 2005, ISBN: 1-894992-20-2)

La Fundación Canadiense para las Américas (FOCAL) es una organización no gubernamental independiente que fomenta el diálogo y debates informados y oportunos sobre temas de importancia para los encargados de tomar decisiones y los líderes de opinión en Canadá y el Hemisferio Occidental. FOCAL se fundó 1990 y tiene la misión de desarrollar una mejor comprensión sobre asuntos de importancia hemisférica y ayudar a formar una comunidad americana más sólida.

La preparación, impresión y distribución de este documento fueron posibles gracias al apoyo del Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, la Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional y del Ministerio de Relaciones Exteriores de Canadá.

En el sitio web de FOCAL se pueden obtener ejemplares adicionales gratis de este documento (www.focal.ca).