



PROGRAMA DE INVESTIGACION



El futuro de las negociaciones sobre inversiones y ambiente

Eduardo Gitli y Carlos Murillo

Serie Documentos de Trabajo 003-2001



CINPE



CINPE – CIPMA – GETS - FORD

EL FUTURO DE LAS NEGOCIACIONES SOBRE INVERSIONES Y AMBIENTE

Eduardo Gitli
Carlos Murillo

Las políticas para la atracción de la inversión extranjera forman parte de las estrategias de las economías latinoamericanas. No obstante, la pregunta central es ¿hasta dónde se requiere marcos internacionales (multilaterales o regionales) relativos a las inversiones y cuales debieran ser sus características? ¿Hasta dónde son enteramente nuevas las circunstancias que se introducen con las consideraciones ambientales? Dentro de las respuestas a estas preguntas este documento aporta a la “agenda positiva”, basada en propuestas lo suficientemente fundamentadas como para ser exitosas.

Abril del 2001
Costa Rica

Correo electrónico: inca00@racsaco.cr

INDICE

- 1.- Introducción: la “agenda positiva”
 - 2.- ¿ Qué está pasando con las inversiones extranjeras?
 - 2.1 – La evolución de la IED Mundial
 - 2.2 La procedencia de las inversiones
 - 2.3 La distribución sectorial de las inversiones extranjeras
 - 2.4 Las empresas transnacionales
 - 2.5 Principales conclusiones sobre las tendencias de la IED
 - 3.- Las políticas de atracción de inversiones
 - 4.- Las inversiones en el GATT y la OMC
 - 5.- Los tratados bilaterales de inversión (BITs). Una nueva etapa de la discusión
 - 6.- Los objetivos ambientales y la relación inversión-ambiente
 - 6.1 Economía y ambiente
 - 6.2 Inversión y Ambiente en América Latina
 - 7.- Los desajustes entre inversiones y ambiente en los tratados. La experiencia del TLCAN
 - 8.- El MAI y su significado para las negociaciones
 - 9.- Objetivos de los acuerdos de inversiones
 - 10.- Inversión y ambiente: la agenda
- Referencias
- Cuadros anexos
- Apéndice

EL FUTURO DE LAS NEGOCIACIONES SOBRE INVERSIONES Y AMBIENTE

Eduardo Gitli
Carlos Murillo¹
Rev. 30/4/2001

1.- Introducción: la “agenda positiva”

La expresión *agenda positiva* fue acuñada por el secretario general de UNCTAD, Rubens Ricupero hacia fines del año 1996. Para ese entonces, en particular luego de la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en Singapur, era evidente que los países en desarrollo –a pesar de los grandes avances en la coordinación de sus posiciones, como en la creación del grupo Cairns- carecían de un marco general sistemático para plantear sus posiciones orientadas a obtener resultados positivos prácticos. Se trataba entonces, de construir una agenda donde se identificaran de manera coherente los intereses de los países en desarrollo con respecto a todos los asuntos, no solamente en su rol de demandantes, sino que a la vez se pudieran traducir en propuestas técnicamente factibles y lo suficientemente fundamentadas como para ser exitosas (UNCTAD 2000a:2).

Imbuidos de este espíritu, los autores del presente ensayo retomamos la idea en el contexto de las negociaciones en curso para el Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA). La particularidad de nuestro análisis radica en primer lugar en su carácter regional, enfocando el Continente desde la perspectiva de los países en desarrollo. En segundo lugar, se toma en consideración la organización de las discusiones en mesas temáticas de negociaciones, siendo las inversiones una de ellas. En tercer lugar se considera cada materia sustantiva de negociación, en este caso, las inversiones, en función de sus parámetros de referencia en la discusión mundial relevante y de los objetivos del ALCA, pero también en sus aspectos de aprovechamiento de las potencialidades y oportunidades de promover los impactos ambientales positivos, así como de minimizar los negativos. Nuestro objetivo consiste en adoptar un escenario de posiciones posibles para lograr una inserción provechosa de nuestros países en el proceso de globalización, en este caso utilizando las inversiones como una palanca importante. Esto incluye la necesaria autonomía para emprender políticas públicas que aceleren el proceso de crecimiento, conduciéndolo hacia un desarrollo sostenible.

La inclusión-exclusión de los temas ambientales en las negociaciones hemisféricas es un asunto bastante complejo. El compromiso inicial por el que se creó un

¹ Proyecto *Integración Comercio y Ambiente* (INCA), Centro Internacional de Política Económica para el Desarrollo Sostenible, Universidad Nacional, Heredia, Costa Rica. Este documento ha sido preparado bajo el proyecto ALCA Sostenible, ejecutado por CIPMA de Chile, CINPE, de Costa Rica y GETS de la Universidad de Yale con apoyo de la Fundación Ford. Se agradecen los comentarios de Olman Segura, Hernán Blanco, Jorge Cabrera y José Pablo Sánchez a una versión anterior. Las responsabilidades residen en los autores.

Pacto para el Desarrollo y Prosperidad de las Américas fue establecido el 11 de diciembre de 1994 en la Cumbre de las Américas, efectuada en Miami. Allí se plantearon cuatro ejes temáticos: democracia, integración económica y libre comercio (ALCA), erradicar la pobreza y la discriminación, y desarrollo sostenible. Este último “eje” dio lugar a la Primera Cumbre de las Américas sobre Desarrollo Sostenible en Santa Cruz, Bolivia, durante el año 1996. A partir de este momento, el seguimiento de los componentes del desarrollo sostenible, como emprendimiento colectivo, se hace cada vez más brumoso y en la Segunda Cumbre de las Américas realizada en Santiago en 1998, el eje de *educación*, desaloja al de desarrollo sostenible, que pasa a ser parte de la agenda de otro tipo de cumbres presidenciales con escasos compromisos efectivos, por no decir ninguno.

La cuestión ambiental queda relegada en las negociaciones de ALCA a partir de la Declaración de Santiago de la siguiente manera:

“Creemos que la integración económica, la inversión y el libre comercio son factores claves para elevar el nivel de vida, mejorar las condiciones laborales de los pueblos de las Américas y lograr una mejor protección del medio ambiente. Estos temas se tomarán en consideración a medida que avancemos en el proceso de integración económica en las Américas”.

El compromiso de nuestro trabajo es ubicar las relaciones entre las mesas de negociación en que se ordena la agenda principal de ALCA y el encaje de lo ambiental en cada una de ellas. Las inversiones constituyen uno de los insumos centrales para el desarrollo sustentable. Empero, mostraremos que casi toda negociación de inversiones tropieza constantemente con la autonomía de las políticas públicas. Este es el hilo conductor de todo nuestro estudio, donde el tema ambiental sufre de los mismos problemas que cualquiera de los demás.

Por este motivo comenzamos por analizar los cambios en los flujos internacionales de capital, los elementos de las políticas nacionales para la atracción de las inversiones y que se espera de ellas. A partir de este diagnóstico inicial se revisan los principales acuerdos que constituyen el marco de nuestra preocupación: la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y las disputas que ha generado, los acuerdos bilaterales de inversiones (BIT) y las propuestas en la OECD y la OMC a efectos de culminar con los posibles escenarios de las negociaciones.

2.- ¿Qué está pasando con las inversiones extranjeras?

Las políticas de incentivos y atracción de inversión extranjera han sido parte de las estrategias de las economías en desarrollo. El aumento en los flujos de inversión hacia ellas pone en evidencia los esfuerzos que se han hecho creando condiciones para las inversiones. Estos esfuerzos han mejorado el marco legal, dado mayor seguridad al

inversionista, propiciado una mayor estabilidad macroeconómica, y abierto nuevos mercados.

Tradicionalmente, la literatura especializada y la evidencia empírica correlacionan inversión de largo plazo con crecimiento. Se suele relacionar con la inversión extranjera directa la transferencia tecnológica, el aumento de las exportaciones, mayor competitividad y eficiencia, y que trae, para el caso de las economías en desarrollo, un recurso que es escaso en ellas, como lo es el capital. Esta es una proposición de tipo general, que suele ser objeto de notas cautelares que se analizarán más adelante

En general la inversión puede ser de varios tipos, pública o privada, nacional o extranjera, de portafolio o deuda, inclusive de ayuda o cooperación internacional. La Inversión Extranjera Directa (IED) en particular, se clasifica de tres formas: capital en acciones y obligaciones, beneficios no distribuidos y prestamos de sociedades matrices a sus filiales. Por último, la IED puede llegar absorbiendo empresas o instalaciones ya existentes por medio de fusiones y adquisiciones (FyA) o de privatizaciones. Las estadísticas registran todos estos movimientos, aunque no representen una transferencia real de capital.

Así como se relacionan externalidades positivas con la IED, también se apuntan con ella riesgos, entre los cuales se encuentran la posibilidad de que ésta, en vez de complementar el ahorro interno, lo sustituya, aumentando la demanda agregada y estimulando el consumo; que propicie un aumento desmedido de las importaciones, la repatriación de las utilidades y que promueva la concentración de los mercados. ¿De qué depende que sea uno u otro el rasgo que caracteriza una determinada inversión extranjera en un país específico? Esto depende de las condiciones institucionales, económicas y políticas. Para el caso específico de América Latina estamos en una etapa prematura para decir con certeza si ésta está siendo beneficiosa o no. Las privatizaciones, sobre todo por su envergadura, requerirán de algún tiempo para apreciar de manera objetiva en que medida aumentan la eficiencia, transfieren tecnología y traen estabilidad a las economías.

2.1 – La evolución de la IED Mundial

Observando el comportamiento de la IED a nivel mundial en la década de los 90, vemos que, con excepción del primer año, ha crecido en forma sostenida, pasando de 208 miles de millones de dólares en 1990 a 865 miles de millones en 1999 (gráfico 1). Analizando el destino de los flujos de IED, sobresale que quienes más se benefician de ella son los países desarrollados. Para el año 1999 atrajeron alrededor del 73.5 por ciento del total.

En lo que respecta a los países en desarrollo, se nota igualmente que durante esta década la IED mostró un incremento sostenido hasta 1997. La crisis asiática fue como un balde de agua fría para el conjunto de los países en desarrollo, cambiando la tendencia a

favor de los países industrializados durante 1998 y 1999. Comparando la IED en las últimas dos décadas con destino a los países en desarrollo esta ha pasado de alrededor de un 16 por ciento en la segunda mitad de los ochentas al 28 por ciento en la de los noventas. Destaca en estos flujos su elevada concentración en pocos países. Las 10 principales economías emergentes recibieron las tres cuartas partes de la IED total en los países en desarrollo². Tan solo China, Brasil y México absorbieron casi la mitad de las entradas totales (UNCTAD 1999c). Esta concentración en realidad no es algo nuevo, lo que sí lo es, es el cambio en la distribución geográfica.

**Cuadro 1: Participación de los flujos de inversión extranjera directa
1998**

En relación al total de países en desarrollo	% IED	% Población	IED per capita	% PIB
<i>10 Países emergentes^a</i>	74.2	34.2	7.1	59.4
En relación al total de países de América Latina y el Caribe^b				
<i>Brasil y México</i>	59.2	52.1	14.9	60.7
<i>Argentina, Chile y Venezuela</i>	21.6	14.8	19.2	23.7
<i>Otros</i>	19.1	33.1	7.6	15.7

Nota: ^{a/} Corresponde al total de participación de los principales países receptores de IED en desarrollo ^{b/} No incluye a los países con paraísos fiscales financieros.

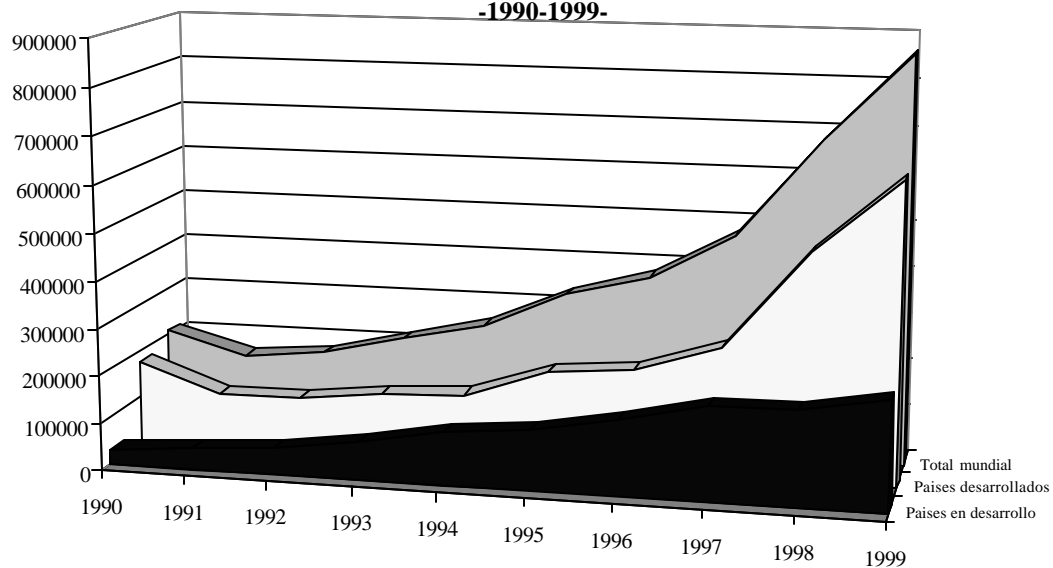
Fuente: UNCTAD (1999) y World Bank Washington, DC (2000) para los datos sobre población y Producto interno bruto

Durante los últimos 25 años Asia ha mostrado un incremento permanente, hasta llegar a captar aproximadamente el 52 por ciento de las entradas totales netas de IED en los países en desarrollo en los noventas. China representa dos tercios de la IED total que se ha hecho en Asia, y un tercio de la de todos los países en desarrollo. Mientras que América Latina representó alrededor del 37 por ciento para esta última década, después de haber sido cerca del 64 por ciento en 1975-1982. Si analizamos qué tipo de IED es la que principalmente se dirige a los países en desarrollo, vemos que entre la mitad y dos

² En este caso, es válido decir que las 10 economías mencionadas, que contienen a China, Brasil y México entre otros, se llevan una parte mayor a la que sería dable esperar de acuerdo a su población (34.2%) y a su participación en el PIB mundial (59.4%) (véase el Cuadro 1).

tercios corresponde a fusiones y adquisiciones (FyA) en el decenio 1990. Si excluimos a China, esta cifra asciende a 72 por ciento después de haber sido un 22 por ciento en 1988-1991 (UNCTAD 1999c). Otro rasgo que vale la pena destacar es cómo ha ido variando en los últimos 25 años la composición del tipo de entradas netas de capital. Se nota como ha ido aumentando la IED, y cómo han disminuido los préstamos bancarios y la ayuda oficial al desarrollo (OAD). El comportamiento de esta última se explica en buena parte por el fin de la guerra fría. (ver anexo 1)

Grafico 1. Evolucion de los ingresos netos de Inversion Extranjera Directa
millones de dolares
-1990-1999-



Fuente World Investment Report, 2000, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)

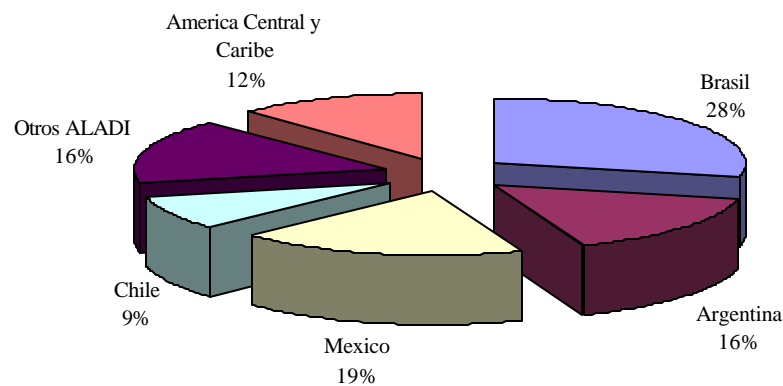
2.2 La procedencia de las inversiones

Si se consideran en particular los países de origen de las inversiones, se advierte una predominancia de Estados Unidos. Sin embargo en los últimos años ha existido un sostenido aumento de las inversiones europeas, que en 1997 se acercaron bastante a las estadounidenses, dentro de las cuales el país que sobresale es España, seguida por el Reino Unido (ALADI, 2000). Como podemos observar en el cuadro anexo 3, de la IED europea realizada en América Latina y el Caribe en el período 1995-97 (32 mil millones de dólares), Brasil es el que tiene la mayor participación, con un 32.3 por ciento, seguido de Argentina. En relación con la IED proveniente de Estados Unidos hacia América Latina y el Caribe durante ese mismo periodo, el 40.2 por ciento se dirigió hacia Brasil y

en segundo lugar a México. Por último, el MERCOSUR es el principal receptor de la IED proveniente de Japón, alrededor del 81.2 por ciento se destina a ese mercado.

Cabe resaltar que ésta tiende a concentrarse en pocos países de Latinoamérica. En el período 1994-1999, Brasil, Argentina y México juntos captaron casi dos tercios del total de los ingresos netos de inversión extranjera directa destinados a la región. (Ver gráfico 2). Empero, esta diferencia parece ser una consecuencia lógica. En un ejercicio efectuado para el año 1998 se aprecia que la participación de Brasil y México en la IED y en el PIB regionales es idéntica y que la IED supera ligeramente la participación de la población (Cuadro 1). Esto significa que el verdadero objetivo como región (América Latina y el Caribe) con respecto a la IED, debería ser el de su crecimiento uniforme en términos porcentuales.

Gráfico 2. América Latina y el Caribe: Participación en los ingresos netos de inversión extranjera directa -1994-1999-



Fuente: CEPAL, 2000

Una buena parte de la explicación del aumento en la inversión extranjera directa en América Latina está asociada a las privatizaciones (FyA) y desregulaciones. En este sentido destaca Brasil, país que más atrae inversión extranjera directa: las privatizaciones representaron cerca del 93.2 por ciento de la inversión que ingresó en 1998, siendo la venta de empresas de servicios (Telecomunicaciones, energía eléctrica y comercio), la que generó una inversión cercana a los 4970 millones de dólares. Es de esperar que este comportamiento de las inversiones extranjeras se mantenga si tomamos en cuenta la apertura a la inversión extranjera de la petrolera estatal Petrobras (CEPAL, 1999). El tamaño de la economía brasileña y las oportunidades de inversión como resultado de las privatizaciones y desregulaciones hacen que este país sea muy atractivo para los inversionistas extranjeros a pesar de los vaivenes de corto plazo de esa economía.

Según estimaciones de la OCDE, la IED relacionada con la privatización represento el 73 por ciento de la IED en Chile y el 80 por ciento de aquella en la Argentina durante 1990-1995 (UNCTAD, 1999c). En Argentina destaca, en 1999, la compra de la empresa Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF) por la empresa española Repsol, operación que representó alrededor de trece mil millones de dólares. En Chile sobresale la compra por parte de la compañía española Endesa, de Enersis, el mayor conglomerado del subsector eléctrico de ese país por 3550 millones de dólares.

¿Qué podemos decir de la forma en que la IED está incidiendo en la integración de las economías latinoamericanas y del Caribe?. ¿Consiste ésta, primordialmente en un intercambio comercial (integración tenue) o está propiciando una integración profunda, en donde se den cambios estructurales en el aparato productivo y encadenamientos e interdependencias entre las economías? Sin lugar a dudas lo que está ocurriendo en el continente es esto último, aunque no de una manera homogénea. La integración entre la economía mexicana y la estadounidense o la de los países del MERCOSUR, el aumento de la presencia de las empresas transnacionales en la región, e inclusive el aumento de la inversión directa de los mismos países latinoamericanos con sus vecinos (México en Centroamérica, Chile en Argentina, Brasil en MERCOSUR) son algunas muestras de esta tendencia.

2.3 La distribución sectorial de las inversiones extranjeras

La orientación que tiene la inversión extranjera directa en la economía mundial en los diferentes sectores ha cambiado en los últimos años. Llama la atención la reducción a prácticamente la mitad de la IED que tenía como destino el sector primario en el periodo 1988-1997. Este comportamiento se dio tanto para los países desarrollados como para los en desarrollo (ver anexo 5). El sector financiero ha sido el que en la última década ha atraído la mayor porción de flujos de inversión.

La reestructuración de los mercados y la competitividad explican este comportamiento sectorial en los países desarrollados, mientras que la desregulación y las privatizaciones lo hacen en los países en desarrollo..

Para el caso de América Latina y el Caribe el comportamiento no fue diferente. El sector primario disminuyó, pasando de 9 por ciento en 1988 a 6 por ciento en 1997. Sin embargo, en donde existen cambios significativos es en los otros dos sectores. El sector servicios tuvo un incremento significativo pasando, en el periodo, de 24 a 55 por ciento y el manufacturero disminuyó de 67 a 39 por ciento. Este comportamiento confirma la estrategia de las empresas transnacionales en la búsqueda de acceso a los mercados del sector servicios en los años noventa y una mayor eficiencia en el sector manufacturero.

2.4 Las empresas transnacionales

Con el proceso de globalización, las empresas transnacionales han fortalecido su presencia en los mercados latinoamericanos. Estas han encontrado nuevas oportunidades en estos países, buscando eficiencia y materias primas en el sector manufacturero y nuevos mercados en el caso de los servicios.

En el periodo 1990-1998 las subsidiarias de las empresas transnacionales aumentaron su número de 142 a 202 y su participación en las ventas de 26.6 por ciento a 38.7 por ciento de entre las 500 mayores empresas según sus ventas netas. Las empresas privadas nacionales mantuvieron su participación, alrededor de 260 compañías y sus ventas oscilaron entre un 38 y un 42 por ciento con respecto al total de ventas. Las que tuvieron una disminución drástica, entendible por las políticas de privatización y disminución del estado, fueron las empresas estatales que pasaron de 93 a 40 y su participación en las ventas totales paso de 35.3 a 19.1 por ciento (cuadro anexo 8).

En lo que respecta el sector manufacturero, si analizamos las 100 empresas más importantes en ventas, la participación de las transnacionales aumentó de 52.8 por ciento a 60.7 por ciento, las privadas locales se mantuvieron alrededor del 40 por ciento y las estatales decayeron de 5.2 a 1.2 por ciento. Cabe mencionar que alrededor de la mitad de las ventas de manufacturas corresponden a las empresas transnacionales del sector automovilístico (cuadro anexo 9).

Estudiando la procedencia de las subsidiarias de las empresas transnacionales que operan en 6 países de América Latina en 1998, las que tienen su base en los Estados Unidos siguen siendo los grupos más numerosos (43.1 por ciento del total de las ventas consolidadas), procedentes de Alemania (10.6 por ciento), España (10 por ciento), Francia (9.2 por ciento) e Italia (5 por ciento).

En el campo de las exportaciones entre 1995 y 1998, y correspondientes a las 200 mayores empresas exportadoras, la participación de las transnacionales pasó de 66 a 95 empresas y de 30.6 por ciento a 44.8 por ciento del total de esas exportaciones. El sector manufacturero representó alrededor del 50 por ciento de las exportaciones totales, conservando su predominio, el sector primario disminuyó, debido a la baja de los precios internacionales de los productos básicos y el sector servicios aumentaron su presencia de 5.3 a 9.2 por ciento (CEPAL 2000a y cuadro anexo 10).

2.5 Principales conclusiones sobre las tendencias de la IED

En suma, los principales hechos estilizados que se aprecian en los flujos de inversión extranjera directa son los siguientes:

- ⇒ Si bien se puede hablar de un crecimiento comparativo de la IED hacia países en desarrollo, la tendencia no es ni uniforme ni estable y además es muy sensible a problemas que en teoría no deberían afectar demasiado, como las crisis financieras internacionales.
- ⇒ Los montos de inversión exhiben una fuerte concentración hacia los diez países emergentes que por el tamaño de su mercado o por sus estrategias de crecimiento acelerado son más atractivos. América Latina como un todo ha venido perdiendo terreno relativo a los países asiáticos. Empero, al nivel general de la región, al dividir la IED *entre países grandes y pequeños* no parecen haber sesgos cuando las inversiones se consideran relativas a la población o al producto, los que obviamente existen al nivel de los países en particular. En definitiva, la necesidad del crecimiento porcentual acelerado de la IED es generalizada.
- ⇒ Gran parte de la explicación del crecimiento de la inversiones en la región está basada en las privatizaciones. Son pocos los países que escapan a esta realidad. Esto plantea la necesidad de pensar la estrategia de atracción de inversiones como algo distinto de las privatizaciones y más asociado al funcionamiento general de las economías y a sus ritmos de crecimiento.
- ⇒ La tendencia de la IED de orientarse hacia el sector de servicios puede traducirse en nuevos problemas cuando ésta no genera sus propias divisas ni se traduce en una mayor eficiencia de las economías al punto de promover las exportaciones o sustituir importaciones.
- ⇒ Las nuevas empresas transnacionales ocupan el lugar que dejan libres las empresas estatales privatizadas. Empero, no se percibe un crecimiento de la cantidad de grandes empresas locales.

3.- Las políticas de atracción de inversiones

La atracción de inversiones constituye un punto focal de toda estrategia de desarrollo económico en los países que están aspirando a negociar en ALCA. Ni los Estados Unidos quedan fuera de esta realidad. Por lo menos, la competencia de incentivos entre los diferentes estados de este país así lo indica. A su vez, las garantías extendidas a los inversionistas extranjeros constituyen un importante componente de cualquier estrategia. Desde el punto de vista de los acuerdos internacionales, estas pueden ser explícitas o implícitas. Esto es, pueden provenir de acuerdos específicos entre países, entre estos y empresas, o pueden sencillamente provenir de la legislación nacional de cada anfitrión y de su record de cumplimiento en el pasado.

La batalla por atracción de inversiones está en la propia razón del inicio de la negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y de los tratados subsecuentes (Gitli y Ryd 1992). La pregunta que nos debemos hacer es ¿hasta qué punto se deben efectuar concesiones especiales a los inversionistas foráneos para atraerlos? Las respuestas en América Latina son diversas. Algunos países como México han sido los pioneros en dismantelar sus sistemas restrictivos de condiciones para aceptar la IED. Aún así, al escribir estas líneas, México mantiene más condicionantes que el resto de los países. De lo que sigue una reflexión acerca de la relatividad de toda afirmación. Por tanto, la respuesta correcta es que cada país estará dispuesto a efectuar concesiones a la IED en función de varios factores que son distintos para cada lugar y que dependen de: a) el tamaño de su mercado interno, b) sus condiciones políticas internas, c) su historial pasado, d) su propio record interno de inversiones por parte de empresarios nacionales y extranjeros y por último, pero lo más importante e) en función de sus necesidades económicas de corto y largo plazo. Probablemente no haya una visión única en América Latina. Las naciones desean atraer inversiones y están dispuestas a fomentarlas, pero no todas están de acuerdo en el precio, cuando el costo de oportunidad puede estar en perder la capacidad para conducir las políticas públicas en general y la política regulatoria en particular.

Esta visión acerca de la necesidad de fomentar las inversiones extranjeras directas no es aceptada de la misma manera o en forma unánime por todos. Si bien hay sectores en América Latina que desconfían de, y rechazan, el libre comercio, no existe una posición frontal articulada en contra de las inversiones extranjeras. Por ello, tomamos una síntesis de argumentos que toman distancia de las IED en un texto de Martín Khor, de Malasia (Khor 2000), quien publicó en una colección de UNCTAD, un artículo para la discusión (lo que significa que no es necesariamente la posición de esta organización)³.

Este autor recuerda que el éxito económico de los países asiáticos, que siempre se toman como modelo, no se basó en las inversiones extranjeras, sino más bien en disponer de un acervo elevado de ahorro doméstico. Hay una corriente de economistas que argumenta que la IED tiene un impacto negativo sobre los ahorros domésticos, al fomentar el consumo. Esto se asocia al antiguo enfoque del desplazamiento de ahorro nacional por ahorro extranjero. Por otra parte, Khor plantea también que el capital extranjero conduce a flujos de salida de egresos del país a través de utilidades y otras partidas similares (patentes entre otros). Ahora bien, el planteamiento de que la IED tiene un impacto negativo sobre la balanza de pagos es tan viejo quizá como la propia inversión. No obstante, en tiempos de apertura, de tasas de cambio flexibles y de persecución de la competitividad, esta clase de aritmética deja de tener la importancia que tuvo en otras épocas. En una economía abierta, la empresa transnacional se impone generalmente a través de inducir a una mayor competitividad. Si no se subsidia a esta clase de empresas (ni en forma directa ni indirecta, a través de insumos), ni se protege a sus bienes de la competencia externa, resulta difícil argumentar el impacto negativo sobre

³ Creemos que la visión de Khor representa en forma bastante fiel los análisis “tercermundistas” que se producen en América Latina a pesar de no provenir del continente.

la balanza de pagos. En todo caso, dicho impacto se debería atenuar a través de otras políticas públicas que fomenten la competitividad del capital nacional y la conservación de los valores tradicionales del consumo.

El capital no es una masa gelatinosa que persigue la mayor rentabilidad al nivel mundial y se reinvierte estrictamente donde se dan las mejores oportunidades. En el mundo de las empresas transnacionales, como lo ha mostrado Dunning existen otros factores, como las ventajas propietarias de la empresa, las ventajas de localización y las de internalización, que son las que se toman en cuenta a la hora de reinvertir (Dunning 1999). Son atípicos (aunque existan) los casos en que una empresa transnacional instalada en una nación anfitriona invierte en nuevos sectores en los que encuentra oportunidades. Por tanto, no es indiferente para el crecimiento de las inversiones de un país quien se quede con la utilidades. Un empresario nacional tenderá a buscarlas dentro del terreno donde conoce más: en su propio país⁴. Por tanto, el desarrollo de la empresa local tiene una importancia vital a la hora de incidir sobre el crecimiento económico de una nación. Visto desde otro ángulo, la capitalización de utilidades constituye una fuente importante de toda nueva inversión, como lo ha mostrado el informe *Comercio y Desarrollo 1997* de la UNCTAD. Por tanto, la presencia de una masa de utilidades en manos de empresarios nacionales dinámicos puede tener efectos multiplicadores sobre la economía.

La literatura existente no abona el terreno de que la IED sea buena o mala. Parte de ella arroja también notas precautorias. Agosin y Mayer, de la Universidad de Chile elaboraron un modelo econométrico para los años 1970-1996 en el que llegan a la conclusión de que en América Latina la IED puede haber desplazado inversión nacional (*crowding out*), contrario a lo que ocurrió en varios países asiáticos, donde la IED ha promovido al capital doméstico. Estos autores separaron el período en dos partes (1976-85 versus 1986-1996) y llegaron a conclusiones similares (Agosin y Mayer 2000). En palabras simples, la inversión extranjera crecía más rápidamente que la inversión nacional, en tanto que la liberalización no alteró sustancialmente este patrón de comportamiento. Los autores consideran que la selectividad de las inversiones extranjeras constituye un factor importante para reafirmar los impactos positivos (*crowding in*). Empero, no recomiendan poner en práctica reglamentaciones de *screening* (selección y filtraje legal)⁵, debido al mensaje negativo que arrojan, así como a la falta de capacidad

⁴ Esto es cierto sin perjuicio de que también el empresario local puede estar buscando oportunidades rentables en el exterior o incluso inversiones complementarias con la suya por razones de control de mercados.

⁵ El *screening* es un proceso de filtraje por el cual un inversionista extranjero debe solicitar formalmente un permiso para invertir. En general éste se otorga en la medida en que la empresa posea alguna de las cualidades importantes requeridas por la política económica del país. Es importante tener claras dos situaciones a menudo mal entendidas. En primer lugar, los partidarios del screening suelen argumentar que es necesario verificar que la empresa extranjera cumpla con las reglamentaciones internas de tipo general (por ejemplo ambiental). Empero, esta obligación debería existir para *todas* las inversiones, por lo que el examen, orientado hacia el filtraje, o lo que se percibe como tal, puede tener más implicaciones negativas que positivas. En segundo lugar, hay países donde el filtraje se supone que es simplemente protocolar, pero

en los países en desarrollo para tales menesteres. Más bien proponen orientar la promoción hacia empresas que cumplan con las expectativas del proceso de desarrollo económico.

Pero todo lo anterior no significa que deba restringirse la IED. Los tiempos del *screening* han pasado, porque también ha perimido –en rasgos generales- la ventaja que otorgaba la protección arancelaria, que hacía beneficiosa para la empresa transnacional cualquier tipo de inversión para el mercado interno. La etapa actual es de lucha por atraer inversiones. *Por tanto, el punto central de nuestra discusión no debería ser como “regularlas”⁶, sino como atraerlas sin perder la capacidad de disponer de políticas públicas (promocionales, en el sentido más amplio que se le pueda dar a esta expresión), que potencien sus impactos y a la vez permitan alentar a los empresarios nacionales y mejorar el bienestar de la sociedad.*

Además de abrir nuevos mercados a la inversión extranjera, América Latina, también generó condiciones legales, administrativas y promocionales que favorecen la atracción de inversión extranjera. En todos los países de la región se aplica el principio de trato nacional al capital extranjero, y en casi todos se eliminó la autorización previa para la inversión, que sólo se mantuvo para casos específicos. Con algunas excepciones y consideraciones, se eliminaron disposiciones que condicionan la remisión inmediata y sin límites del monto sobre las utilidades y el capital. Asimismo, prácticamente se eliminaron requerimientos de desempeño para las empresas. En la mayoría de los países el sistema tributario se simplificó, se generalizó el impuesto al valor agregado y se eliminaron muchas excepciones. Es común ver en los países de la región la presencia de regímenes que promueven el establecimiento de la inversión extranjera en sus territorios. Estos programas utilizan incentivos fiscales, financieros y arancelarios, entre otros, como forma de hacer atractivo su país, aunque en lo formal no hagan diferencias entre empresarios nacionales y extranjeros. Los regímenes de zona franca de procesamiento para exportación son un buen ejemplo. También los países han complementado sus legislaciones nacionales sobre inversiones con la firma de convenios internacionales bilaterales, multilaterales y regionales que dan garantía y protección a los inversores. La mayoría de los países se adhirió a sistemas internacionales de garantías como OMGI y CIADI (véase en la página siguiente).

Sintetizando, algunas de las razones que explican el comportamiento tan significativo de la inversión extranjera directa en América Latina son: 1) la vuelta a la democracia de la mayoría de los gobiernos latinoamericanos y el fin de la guerra fría;

aún así, la imagen de una empresa presentando cantidades de papeles ante una comisión que muchas veces no entiende su cometido puede ser contraproducente para la promoción de las inversiones. En América Latina se asocia todavía el funcionamiento de estas comisiones a la apertura de posibilidades de corrupción.

⁶ En esta frase, cuando hablamos de *regular* empresas, lo hacemos en el “peor” sentido de la palabra, esto es decidir quien entra y quien no, bajo que condiciones y compromisos. Esto no excluye la presencia de reglamentaciones que debería cumplir todo inversionista (laborales, ambientales, impositivas, sanitarias, culturales, de seguridad, etc.)

(estos hechos de carácter político establecen una atmósfera de estabilidad social, y disminuyen la xenofobia hacia el inversionista extranjero); 2) la crisis de la deuda externa, que le impide a los gobiernos operar basándose en endeudamiento; 3) la nueva estrategia basada en la promoción de las exportaciones, con incentivos bastante visibles; 4) la ola de procesos de privatizaciones y de acceso a sectores productivos o de servicios que estaban vedados hasta ese entonces a la inversión extranjera o al sector privado en general (por así decirlo, se crearon nuevos mercados para la inversión extranjera, nada despreciables en términos de sus dimensiones); 5) el aumento que ha tenido la rentabilidad de la inversión extranjera producto de las mejores condiciones de inversión y competitividad. (Ver cuadro anexo 7); 6) las nuevas políticas económicas de regionalismo abierto han integrado aun más los mercados: NAFTA y MERCOSUR son los nuevos grandes mercados por excelencia y, como lo mencionábamos anteriormente, quienes naturalmente atraen mayores volúmenes de IED. Desde este punto de vista ALCA viene a consolidar esta tendencia y a establecer un mercado hemisférico de 700 millones de consumidores.

Recuadro 1
¿Qué son CIADI Y OMGI (MIGA y ICSID)

El Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o ICSID por sus siglas en inglés) es una facilidad establecida por el Banco Mundial para efectos de solución de disputas y arbitraje con respecto a inversiones entre particulares y estados de diferentes nacionalidades. Basado en un convenio internacional abierto a la firma de los países desde 1965 tiene por objeto las reglas procesales para conciliación y arbitraje. Es importante tener en cuenta que aunque un estado haya firmado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, este no adquiere de manera automática la obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie su consentimiento. A fines de 1999 lo habían ratificado 131 países.

La Organización Multilateral para la Garantía de la Inversiones (OMGI o MIGA por sus siglas en inglés) es otra facilidad del Banco Mundial para asegurar inversionistas extranjeros contra riesgos “no-comerciales” en países en desarrollo. Esta agencia permitiría a países considerados riesgosos, principalmente desde el punto de vista político, promover las inversiones extranjeras en su país.

En ambas instituciones tienen primacía las leyes nacionales del Estado donde se está realizando la inversión y lo que determinan en casos de conciliación y arbitraje o compensación, es si se han adoptado correctamente. En todo caso, es pre-requisito para estar adscrito a OMGI el haber firmado al adhesión a CIADI.

Podemos decir que las políticas de apertura y atracción de la inversión extranjera han servido y se refleja en términos generales en las cifras globales de los flujos de IED hacia la región en el decenio 1990. También podemos apuntar a que este tipo de flujos de capital es más estable y tiene menos repercusiones sobre la balanza de pagos. Y que habrá que darle un tiempo para ver como esta inversión repercute en la eficiencia, y adquisición de tecnologías en estas economías.

No obstante, quedan una serie de interrogantes que es importante señalar. Como se vio anteriormente, el porcentaje de las privatizaciones en el total de IED es bastante elevado y éstas no van a continuar a ese ritmo en el futuro próximo. Quedan las preguntas de si con ello disminuirá drásticamente la IED hacia América Latina y el Caribe y de ser así, cuales pueden ser las consecuencias de ello. Por otra parte, hay bastantes y bien fundadas dudas acerca de los procesos de privatización y la eficiencia posterior de las ex-empresas estatales.

Viendo el comportamiento de las exportaciones hemisféricas y el énfasis de la IED hacia el sector servicios, pareciera que no hay que dar por un hecho una relación estrecha entre IED y exportaciones, pudiendo esto generar problemas de balanza de pagos para estas economías, por el endeudamiento, la repatriación de utilidades, la disminución de los precios de los productos primarios y el aumento en las importaciones.

Otro aspecto al cual hay que ponerle atención es el comportamiento de las transferencias netas, que compara las entradas de IED con los pagos en el extranjero como repatriación de ganancias, desembolsos por licencias remesas de sueldos y salarios, e intereses de los préstamos netos de las compañías matrices a sus filiales. Para el caso de los países en desarrollo como lo muestra el cuadro del anexo 8 es hasta la década de los noventas que las transferencias netas son positivas, y no se debe a que las remesas de utilidades hayan disminuido; todo lo contrario crecieron a una tasa media del 10 por ciento entre 1988 y 1998 (UNCTAD, 1999c). Lo que hizo que se volvieran positivas fue el crecimiento de la entrada neta de IED. Pero si este comportamiento de la IED no se sostiene, puede traer problemas de balanza de pagos, entre otros. Este problema se hace grave cuando se trata de empresas extranjeras que producen para el mercado interno en condiciones monopólicas. Estas obtienen una renta extraordinaria sin el arbitraje del mercado, que al ser transferida hacia el exterior genera una pérdida de divisas que lleva a la depreciación de la moneda local o a la tendencia recesiva, pero en todo caso, inciden sobre los ingresos de la población. La flexibilidad laboral buscada por los empresariados en la región es la contracara de este fenómeno.

Por último surge la pregunta si América Latina y el Caribe necesitan de una legislación y programas de atracción de inversiones más ambiciosos de los que ya existen y si estos son una condición necesaria para que continúe este comportamiento del flujo de IED hacia la región. Los países de América latina y el Caribe han hecho cambios importantes en su legislación creando condiciones amigables y garantías a la inversión extranjera, y, como se dijo anteriormente, esto ha creado condiciones favorables para la

IED que se han traducido en hechos. Sin embargo viendo la concentración de estos flujos queda claro que de entre las distintas razones que tiene la IED para establecerse en un país se ha privilegiado las dimensiones del mercado a pesar de la inestabilidad económica que estos países han presentado. Si para el caso de las economías pequeñas lo que más determinará la decisión de establecerse en una de ellas es el acceso a ciertas materias primas, pareciera que aquí también el marco legal no es requisito esencial para que la inversión extranjera se establezca en esa economía, por supuesto partiendo del hecho que ya existe una legislación y garantías que satisfacen unas condiciones mínimas. Siendo esto así, cuánta energía y énfasis los países de la región -sobre todo los pequeños- deben de dedicarle a una legislación hemisférica en el campo de la inversión que los obligue a darle mas concesiones de las necesarias a la inversión extranjera con el alto costo que esto puede significar para estos países?

Es claro que el actual comportamiento de los flujos de IED no está beneficiando a las economías pequeñas (en el sentido de panacea) y un acuerdo como el ALCA puede beneficiar a estos países al menos al no tener que discriminarlos por la dimensión de sus mercados, porque se podrá llegar a todas partes de la región desde cualquier economía. Pero el costo que deben asumir estos países por eso no está del todo claro y dependerá de cómo se plantee la negociación en su conjunto. Un acuerdo sobre inversiones debe verse en un contexto más amplio junto a temas como servicios, políticas de competencia, agricultura y acceso a mercados, y debe establecerse un adecuado balance en la negociación que permita que haya ganancias para todos y no la profundización de una segmentación hemisférica que en el largo plazo solo trae desigualdad e inestabilidad.

4.- Las inversiones en el GATT y la OMC

El viejo GATT no tenía, en sentido estricto, disposiciones en materia de inversiones. De hecho, el Artículo 2 que se refiere al Trato Nacional, lo hace en el contexto de importaciones de bienes. Se entiende por “Trato Nacional” que una vez que el bien extranjero haya pasado las barreras de frontera, no deberá estar sujeto a ninguna reglamentación o carga tributaria diferente de los bienes equivalentes, a fin de proteger la producción nacional. Esta medida es totalmente legítima desde el punto de vista comercial en la medida en que en el GATT se negociaba la reducción de las barreras de frontera, las que debían de ser transparentes. Se entendía que imponer una carga interior superior o más compleja para el bien importado que para el nacional equivalía a instalar una barrera a la importación, adicional a la que se había negociado.

En el Acta de Marrakesh que dio fin a la Ronda Uruguay de Negociaciones Multilaterales en abril de 1994 se incluyó el *Acuerdo sobre las medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio*. Este no forma parte del “GATT de 1994”, pero sí pertenece al conjunto de resultados suscritos por todos los miembros que luego entrarían a la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Es importante comprender el alcance de dicho Acuerdo para en los apartados siguientes conocer qué es lo que se agregó luego en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), se propuso en el Acuerdo Multilateral de Inversiones de la OECD (MAI) y en los Tratados Bilaterales de Inversiones (BIT).

En toda esta materia hay un contraste conceptual básico que deberemos tener siempre en mente: se trata de distinguir: i) aquellos acuerdos de inversiones que tienen el objetivo de liberalizar los flujos de capital entre países, de este, ii) que tiene por objetivo regular aquellas políticas públicas aplicadas a las empresas extranjeras con el objeto de alterar los flujos de comercio. Por ejemplo, si un país no permite el ingreso de una determinada empresa transnacional para producir en su territorio, esta acción no sería objetable dentro de la OMC, dado que no ha sido negociado el acceso de las inversiones; en otras palabras, no es materia del Acuerdo. En cambio, si el país anfitrión permite la entrada de un inversionista extranjero atado a la condición de exportar –digamos- un 40 por ciento de su producción, estaría utilizando la IED para fomentar artificialmente las exportaciones y por tanto no estaría permitido.

El Acuerdo reitera la vigencia del Artículo III del GATT sobre Trato Nacional (en su contexto original: aplicado al comercio de bienes). Empero, no contiene la cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF) para inversiones, ni el Trato Nacional para la IED. Por tanto, cada miembro de la OMC es libre de permitir un acceso diferenciado de capital extranjero, así como imponer a la empresa extranjera un régimen tributario más oneroso, o requisitos de permanencia⁷. Además, nada impide que una nación anfitriona brinde incentivos solamente a las empresas locales. De hecho, resulta interesante recordar que el viejo GATT tiene aún la cláusula vigente (Artículo III:8:b) que se refiere a la posibilidad de que un país entregue incentivos a los productores nacionales y no a los extranjeros. Es importante resaltar esta disposición teniendo en cuenta que –como se verá más adelante- los nuevos acuerdos sobre inversiones no contienen dicha reserva, al proclamar el “Trato Nacional” para los inversionistas extranjeros (esto es, del o los países con los que se firma el tratado).

Entonces, ¿qué es lo que sí contiene el Acuerdo de referencia? Fundamentalmente la prohibición de aplicar, como condición para permitir la inversión, “requisitos de desempeño” relacionados con el comercio, los que se entienden incompatibles con el Acuerdo. Estos requisitos de desempeño, denominados “medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio” o MIC se establecen por la vía ilustrativa de un Anexo. En breve síntesis, las medidas prohibidas son:

- Obligación de comprar insumos nacionales.
- Restricción a la cantidad de insumos que se pueden importar como proporción del producto (que equivale a lo anterior).

⁷ Esta situación es diferente para el caso de los Servicios, dado que muchos de ellos dependen de la *presencia física* de la empresa proveedora en el país. El principio es que no se podría abrir el mercado en materia de servicios que requieren la presencia local de la empresa extranjera que los provee sin permitir la entrada de la empresa.

- Obligación de exportar.

Obsérvese que en los casos de empresas que tienen incentivos para exportar no están cubiertas por estas restricciones en la medida en que el gobierno no cuestiona su ingreso al país. Más bien orienta los incentivos, sea la empresa nacional o extranjera, a la condición de exportar⁸.

Esta clase de compromisos no afecta a todos los países en desarrollo por igual. Solamente 25 han notificado que mantienen medidas de este tipo (UNCTAD 2000a:47), aunque se piensa que existen medidas similares en otras naciones, las que no han sido notificadas⁹. Los países más pequeños no suelen adoptar este tipo de políticas porque los requisitos de desempeño suelen ser manifiestamente no sustentables, debido a las masas críticas de compra de insumos locales o a la propia necesidad de las inversiones. En cambio, para países en desarrollo con mercados internos grandes la realidad es bastante diferente. Los requisitos de desempeño para las inversiones extranjeras constituyen un valioso elemento de política industrial. Así pudo México construir una poderosa industria automotriz y asociarla con autopartes de producción local.

Desde el punto de vista estrictamente lógico-conceptual hay un punto a favor de quienes se oponen a estos requisitos. Si se negoció un arancel de 10 por ciento para las importaciones de asientos para automóviles y luego se acepta una inversión extranjera en la producción de los vehículos con la condición de que dicha parte sea local, el arancel negociado no sería efectivo. Por tanto, resulta difícil sostener esta posición a largo plazo. Además, constituye un principio formulado en el viejo GATT, en el artículo III:5. El Acta de Marrakesh estableció un plazo para que los países en desarrollo eliminen estos requisitos para fines del año 2000, teniendo los países menos desarrollados un plazo de dos años adicionales.

En el mismo artículo donde se estableció el plazo para su eliminación, también se consideró que el Consejo del Comercio de Mercancías podrá, previa petición, prorrogar el período de transición para la eliminación de las MIC notificadas en “el caso de los países en desarrollo...que demuestren que tropiezan con dificultades para la aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo”. Para examinar la petición se tomarán en consideración “las necesidades individuales del Miembro de que se trate, en materia de finanzas, desarrollo y comercio” (Arto 5:3).

⁸ Claro está que dependiendo de la legitimidad de los incentivos estos pudieran ser objetados como subsidios prohibidos, pero esta cuestión no está relacionada por ahora con el tema de las inversiones.

⁹ La falta de notificación en las negociaciones o luego de ellas, constituye un riesgo que debiera ser calculado por los países que así lo hacen. Una interpretación es que si no se presentaron formalmente y caen dentro del espectro de medidas prohibidas, deberían ser eliminadas en forma inmediata.

Obviamente, la puerta quedó entreabierta para solicitar la prórroga¹⁰, pero como se observa, los criterios son lo suficientemente ambiguos como para dejar implícito que toda extensión del período formaría parte de algún tipo de compromiso. Además, no se deja abierta la posibilidad de incluir nuevas iniciativas, por ejemplo la aceptación de inversiones extranjeras sobre la base de contenido regional.

Nueve países miembros de la OMC han solicitado extensiones; la mayoría se refieren a la industria automotriz: Argentina, Colombia, Chile, Filipinas, Malasia, México, Rumania, Pakistán y Tailandia. Habría un posible consenso de extenderla para los nueve hasta el 31 de diciembre del 2001, lo que implicaría dos años. Podría haber una siguiente extensión por otros dos años, pero negociada sobre una base individual.

Como parte de una agenda de continuidad en la discusión de este Acuerdo, se estableció en el último artículo (9) que a más tardar para fines del año 2000 el Consejo del Comercio de Mercancías de la OMC examinaría su funcionamiento, proponiendo modificaciones, las que podrían “complementarse” con disposiciones en materia de *inversiones* (esto es acceso) y *competencia*.

5.- Los tratados bilaterales de inversión (BITs). Una nueva etapa de la discusión

Los tratados bilaterales de inversión pertenecen conceptualmente a una serie distinta al Acuerdo sobre las medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio que existe al amparo de la OMC. La distinción fundamental radica en el objetivo de los BITs que es el de “estimular los flujos de capital privado”, frente al Acuerdo correspondiente de la OMC donde el objetivo es “promover la expansión y liberalización progresiva del comercio mundial y facilitar las inversiones...” En otras palabras, el objeto de los BITs son las inversiones *en sí*, en tanto que para el Acuerdo de la OMC son los aspectos comerciales de las inversiones. Por tanto, podemos decir que para los BITs existen dos temas centrales: a) acceso para los inversionistas y b) seguridades y garantías (incluyendo los mecanismos de solución de disputas). Veamos algunas características importantes de los BITs¹¹.

¹⁰ En el caso de México se ha señalado que el período de transición del TLCAN es más amplio que el de la OMC, lo que constituye un indicador de lo mal que se negoció en este último caso.

¹¹ Hacia marzo de 1999 Estados Unidos tenía 44 BITs firmados (de un total mundial de 1,700, según UNCTAD 1999a:33), aunque no todos ratificados por los respectivos congresos nacionales. Existen situaciones como la de Nicaragua que lo firmó el 1 de julio de 1995, pero no ha sido presentado ante el Congreso de los Estados Unidos debido a los conflictos por la compensación de las expropiaciones y confiscaciones a ciudadanos estadounidenses durante la década de los ochentas. Nótese de pasada, que de Acuerdo a la Convención de Viena sobre los Tratados, estos no son retroactivos. Por esta razón, los negociadores estadounidenses no tuvieron problemas en firmar el documento final, en la medida en que solo rige hacia delante. Empero, en el Congreso no lo ratificarían hasta que no se solucionen los conflictos pendientes sobre propiedad. En la fecha mencionada, Estados Unidos tenía 9 acuerdos firmados en el Hemisferio occidental con: Argentina, Bolivia, Ecuador, El Salvador, Haití, Honduras, Jamaica, Nicaragua

- Mientras que el Acuerdo de la OMC no contiene una definición de inversiones, por lo que queda sujeto a legislaciones nacionales, los BITs contienen una lista extensiva que abarca en los hechos cualquier activo en propiedad de un ciudadano extranjero en el país anfitrión: a) empresas, b) acciones, c) derechos contractuales, d) propiedades tangibles y no tangibles, e) propiedad intelectual, f) otros derechos conferidos de acuerdo a la ley (licencias, permisos). Las definiciones nunca son neutrales sino que definen el alcance de los instrumentos legales (UNCTAD 1999a:55). Además de los casos de empresas transnacionales, cualquier conflicto por una propiedad individual o cualquier derecho de un extranjero, puede ser objeto de este Tratado. También debe tenerse en cuenta que, a diferencia de otros tratados similares con otros países, donde se habla de “inversiones registradas” o “transferencia de recursos para inversiones”, en el caso de los BITs no es necesario comprobar que ha habido un flujo inicial hacia el país anfitrión para estar cubierto por el Tratado¹².
- A diferencia del Acuerdo de la OMC, en el caso de los BITs se adjuntan en combinación la obligación del “Trato Nacional” y de “Nación más Favorecida” para las inversiones: *el que sea más favorable*. Esta expresión asegura que en caso de que una empresa de un tercer país obtenga un mejor trato que una nacional, este trato debería extenderse también a la del otro país firmante. Lo mismo rige para las empresas estatales.
- El BIT cubre a toda inversión de ambas naciones en el territorio de su asociada, con una lista de excepciones que se ubican en un anexo y que en general cubren a aquellas empresas cuya propiedad estatal o en manos de nacionales existe por mandato constitucional o leyes difíciles de alterar. Por ello es que decimos que es un tratado que –entre otras cosas- asegura el acceso a los inversionistas.
- El BIT, a diferencia del Acuerdo de la OMC prohíbe la expropiación o nacionalización *directa o indirecta a través de medidas que equivalen a la expropiación o nacionalización, excepto para propósitos públicos*. En otras palabras, se reconoce la posibilidad de la expropiación por interés público, de acuerdo a la legislación de cada país. Empero, se extiende el concepto de “expropiación” a cualquier equivalente indirecto¹³. Sobre este tema abundaremos en el apartado sobre el TLCAN que es donde ya se han desatado controversias en esta materia. Por ahora basta adelantar que una expropiación indirecta puede ser cualquier cambio en las

y Panamá. En este texto, estamos utilizando para comentarios el Tratado firmado con El Salvador, disponible en la página web del Representante Comercial de Estados Unidos (USTR).

¹² Cualquier propiedad de un trabajador migrante estadounidense adquirida con su trabajo en el país anfitrión o con un crédito bancario local queda cubierta por el Tratado. Lo mismo ocurre si el ciudadano del país anfitrión se nacionaliza estadounidense, aunque su derecho de propiedad haya sido adquirido durante la vigencia de su ciudadanía original.

¹³ Como se comentó más arriba, dada la amplitud del concepto de inversión en los BIT, el ámbito del concepto de expropiación, ya sea directa o indirecta, es sumamente amplio.

condiciones reglamentarias que restrinja la rentabilidad y por tanto la viabilidad de un proyecto después de realizado (aumento de impuestos, reglamentaciones sanitarias, ambientales, restricción del área de explotación, etc.). En el caso particular de que una nación aumente los impuestos, las autoridades hacendarias de ambos países deberán primero tratar de ponerse de acuerdo acerca de si en realidad se trata de un equivalente de expropiación. Si la respuesta es negativa, la empresa extranjera no podrá ejercer ningún recurso contra el país anfitrión.

- Se agregan disposiciones sobre la compensación, que debe ser “inmediata, adecuada y efectiva”.
- También se obligan a las partes a permitir el libre flujo de todo tipo de capitales, incluyendo intereses y regalías, entre otros.
- A la lista de requisitos de desempeño prohibidos por el Acuerdo sobre Inversiones de la OMC se agregan la obligación de transferencia de tecnología y requisitos con respecto a llevar a cabo actividades de investigación y desarrollo en el país anfitrión.
- El BIT permite en cambio que una parte exija requisitos especiales de desempeño cuando otorga una ventaja especial a una empresa. Está en la misma tradición del GATT y de la OMC. Pero aún así debería hacerlo bajo la condición de trato nacional. Por ejemplo, una exoneración de impuestos para la producción de cebollas bajo la condición de que se exporten o de que compartan su tecnología, puede ser solicitado solamente por los productores de cebollas. Pero si la empresa extranjera califica como cebollera y desea beneficiarse de la exoneración de impuestos, deberá sujetarse a los requisitos de desempeño, esto es a exportar y/o a transferir tecnología.
- Debe tenerse presente que las disputas en el caso del BIT se dan entre *particulares* (el inversionista o la empresa) y *estados*. Para ello, luego de instancias de arreglo previas el particular (a su opción) puede recurrir a) a las cortes del país anfitrión, b) a cualquier otro esquema que hubiera sido acordado previamente, c) al Centro para el Arreglo de Disputas de Inversión de la Convención ICSID (Convención sobre el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de otros Estados, de Washington 1965)¹⁴, d) a la facilidad existente cuando un país no es miembro de la ICSID establecida por el mismo Centro, e) a las reglas de arbitraje de UNCITRAL (que es más comercial que de inversiones), f) cualquier otro acordado por las partes. Esto significa un salto enorme desde la época de vigencia de la doctrina Calvo, aplicable en América Latina por lo menos hasta la década de los años sesentas que sostenía la primacía absoluta de las leyes nacionales del país anfitrión ante cualquier diferendo contractual entre una empresa extranjera y el estado del país anfitrión.
- El BIT tiene una validez inicial de diez años, luego de los cuales existen procedimientos para cancelarlo.

¹⁴ Véase el Recuadro 1.

- No se establecen sanciones cruzadas, más allá de los compromisos de aceptar los arbitrajes.

Desde un punto de vista práctico para los países latinoamericanos y del Caribe, el BIT tiene como propósito central otorgar el visto bueno para los inversionistas estadounidenses en los casos en que los países tengan serios problemas de imagen. Más allá de estos problemas, significan una “discriminación al revés”, en contra de las empresas nacionales. Durante los años de la sustitución de importaciones muchos países del Hemisferio impusieron condiciones a las empresas transnacionales para permitir su ingreso al país. Se destacaba en particular las duras condiciones mexicanas, que iban desde todos los requisitos de desempeño (componentes nacionales, exportaciones, transferencia de tecnología) hasta los de designar directores nacionales en las Juntas Directivas de las compañías y también transferencia de propiedad al cabo de cierto tiempo. Con el tiempo, como diría Soros, el péndulo no solo se volvió para el otro lado, sino que comenzó a actuar como una bola de demolición. En efecto, bajo las condiciones del BIT, un extranjero tendría más recursos frente al estado que un nacional. *Lo lógico sería que el extranjero pudiera recurrir a la solución internacional de conflictos solamente cuando pueda demostrar que fue discriminado por el hecho de ser de otra nacionalidad y no sustraerse a la justicia local, sea esta buena o mala.*

6.- Los objetivos ambientales y la relación inversión-ambiente

6.1 Economía y ambiente

Durante los primeros años del desarrollo de las economías de mercado la preocupación se centraba en la generación de riqueza a partir del mejor uso de los factores escasos capital y trabajo. Los recursos naturales eran abundantes o bienes libres y el impacto de la producción y consumo (por ser relativamente bajos) no eran contemplados como una amenaza y las restricciones de tipo ambiental no eran consideradas en el análisis económico. Hoy día la situación es otra, dado el aumento tan considerable de la población mundial, el crecimiento de las ciudades y los avances tecnológicos que permiten una explotación mucho más intensa de los recursos naturales y, sobre todo, los impactos de los residuos y desechos de la producción y consumo han llegado a volúmenes tan importantes que ponen en peligro los equilibrios ambientales y la sostenibilidad de los ecosistemas. Todo esto obliga a interiorizar el costo ambiental en los costos de producción, con repercusiones importantes en la competitividad y márgenes de ganancia de las empresas. Es comprensible entonces que las empresas presenten reservas ante nuevas exigencias ambientales porque las obliga a replantear sus estrategias empresariales y el costo de sus actividades.

Uno de los grandes aportes de la visión del desarrollo sostenible, es el esfuerzo por integrar elementos o componentes del desarrollo que hasta ese entonces se encontraban desarticulados. Este concepto se orienta al largo plazo y busca

compatibilizar el crecimiento económico con la protección ambiental, y los aspectos sociales. Esa aspiración integradora es su fortaleza y debilidad. Fortaleza en la medida en que aspira a una visión integral y obliga a la compatibilidad de los diferentes componentes del desarrollo, reconociendo su interdependencia. Debilidad en cuanto a que se ve obligada a asociar muchos elementos, haciendo difícil la tarea conceptual y la coordinación de esos distintos aspectos en un esfuerzo mancomunado.

Esta noción ha evolucionado desde el Informe Brundtland de 1987, y, más importante aún, ha aumentado la conciencia y preocupación de los ciudadanos y gobiernos por la relación producción-ambiente, reconociéndola como un problema que debe tomarse más en consideración y que afecta la calidad de vida (el ingreso real) y la sostenibilidad económica y social. Este interés se refleja en los acuerdos multilaterales ambientales que una gran mayoría de países ha firmado, en el establecimiento de nueva legislación ambiental a nivel nacional y regional, y en los esfuerzos de organizaciones civiles y sector privado por promover formas de explotación de los recursos naturales y uso de tecnologías más amigables con el ambiente.

En la literatura y en la práctica de las políticas públicas se ha dado una discusión en torno a la compatibilidad entre la utilización del mecanismo del mercado y la protección del ambiente. Quienes ven esta incompatibilidad señalan que el mecanismo de mercado, en muchas ocasiones, no resulta apropiado para realizar una asignación y valoración adecuada de los recursos naturales, porque cuando se trata de asuntos ambientales algunos de sus supuestos básicos como por ejemplo, los derechos de propiedad no están establecidos claramente. La utilización de este mecanismo puede subestimar el valor de los recursos naturales al no reflejarse en los precios una serie de consideraciones no captadas por el mercado. Por otro lado, aquellos que privilegian el mecanismo de mercado afirman que en la medida en que el este se perfeccione, la tendencia es a un mejor uso de los recursos y, consecuentemente, a un mayor respeto y valoración de los recursos naturales y ecosistemas. Quienes apoyan esta tesis afirman, que en una primera faceta del desarrollo se da una relación positiva entre crecimiento y contaminación pero que a partir de cierto momento la relación se revierte, y, a mayor crecimiento, menor contaminación (curva invertida de Kuznets)¹⁵. Ellos afirman que la intervención estatal -a través de subsidios y otros- distorsiona los precios relativos y fomentan el uso y abuso de recursos, con las consecuentes implicaciones ambientales. Mas allá de una u otra posición, está claro que el mecanismo de mercado no siempre puede ser la solución para el uso apropiado de los recursos naturales, ni -del otro lado- que la intervención estatal sea la solución de los problemas. Se requerirá de un

¹⁵ La base de la curva de Kuznets está en el supuesto de que un individuo con mayores ingresos (habiendo satisfecho sus necesidades básicas) está en condiciones de volcar más su atención hacia el estado del ambiente y demandar mejoras en él. Este concepto se ha transformado en una especie de filosofía de que los problemas ambientales se resuelven naturalmente en cada país. La curva de Kuznets tiene varios problemas teóricos: i) aún cuando sea cierta, no sirve como argumento de que no es necesario llegar a acuerdos para mejorar el ambiente los problemas no se arreglan solos; iii) los umbrales de ingresos bajo los cuales el deterioro ambiental se revierte pudieran ocurrir dentro de 30 a 50 años según los cálculos de diversos modelos econométricos; iv) no toma en cuenta el daño ambiental que puede ser irreversible; v) la relación no es necesariamente cierta para todas las variables.

conocimiento sobre la problemática ambiental y social, información y datos, pero sobre todo del buen tino de quienes puedan determinar cómo y cuándo uno u otro instrumento es el idóneo para solucionar problemas. Igualmente, el mecanismo de mercado no opera sobre la nada, sino que se sustenta en una institucionalidad que le da racionalidad a los diferentes usos de los recursos.

Como se apuntó en un apartado anterior, con la inversión extranjera directa se asocian aspectos positivos que coadyuvan al desarrollo económico: transferencia tecnológica, capital de trabajo, eficiencia, mayor competitividad, aumento de las exportaciones. El reto que tienen ahora las economías, y en particular las latinoamericanas, es el de vincular estos aspectos positivos de la inversión extranjera con el ambiente. Debido a la incorporación reciente de los costos y beneficios ambientales en los cálculos económicos, debe entenderse este vínculo como un proceso en el cual se requiere de la participación y aporte de los diversos agentes económicos. En forma mancomunada, deben ir creándose las condiciones favorables para esta relación positiva. El punto de partida que nos hace ser optimistas en cuanto a esta relación de inversiones y ambiente para América Latina, es la riqueza natural con que cuenta la región, que con sólo el 8 por ciento de la población del mundo posee el 29 por ciento de los recursos hídricos renovables, el 20 por ciento del potencial hidroeléctrico, el 23 por ciento de la tierra potencialmente cultivable, el 23 por ciento de los bosques y el 46 por ciento de los bosques tropicales, el 27 por ciento de la población de mamíferos, el 34 por ciento de sus plantas, el 43 por ciento de sus aves, y el 47 por ciento de sus anfibios. (Pratt, 2000.)

El énfasis de la región con respecto al tema ambiental, ha estado fundamentalmente centrado en el establecimiento de legislaciones y la preservación de los ecosistemas, aspectos que han determinado la dinámica económica y en particular la de inversión. No obstante, el motor poco a poco deja de ser meramente la regulación ambiental, tomando precedencia el desarrollo de mercados, en donde las consideraciones ambientales son parte de cómo las empresas nutren sus relaciones con los consumidores, proveedores, empleados, inversionistas, comunidades locales, y medios de comunicación. Esto quiere decir nuevos productos, tecnologías y mercados. El reto para América Latina consiste en redefinir su relación con los recursos naturales, que han sido su ventaja comparativa, de tal manera que esta no se circunscriba a la explotación y exportación de materias primas, mano de obra no calificada y productos primarios con poco valor agregado, y desplazarse a mayores niveles de creación de riqueza mediante un desempeño ambiental superior.

Procesos de integración regional, como MERCOSUR, TLCAN, o ALCA, pueden crear condiciones favorables de mercado para el desarrollo de nuevos productos y servicios con un importante valor agregado, proveniente del campo ambiental. Por ejemplo, en el campo agrícola se espera que la producción orgánica alcance tasas de crecimiento del 25 por ciento anuales en contraposición a los alimentos tradicionales, que andan alrededor de un 2 por ciento. El ecoturismo, que a pesar de representar el 5 por ciento del total del turismo, aumenta alrededor de un 30 por ciento al año, en comparación a un 4 por ciento del turismo tradicional. (Pratt, 2000)

Hemos visto cómo la IED hacia América Latina ha puesto un énfasis importante en el sector servicios, destacándose el sector energético y telecomunicaciones, por lo que es de esperar que ésta se expanda hacia la energía renovable y la inversión en infraestructura en otros servicios como agua, desechos municipales, y otras necesidades íntimamente asociadas con el desarrollo urbano. Es importante asegurar que las inversiones en este campo vengan asociadas con nuevos estándares ambientales y tecnologías limpias que redundarán en mejores servicios y eficiencias en el largo plazo. La venta de servicios ambientales, como fijación de carbono, o biodiversidad constituyen oportunidades que de ser negociadas apropiadamente, pueden resultar en nuevas fuentes de riquezas para éstos países.

Estas y otras oportunidades que se derivan de la evolución del vínculo comercio, inversiones y ambiente, deben venir acompañadas de los incentivos adecuados por parte de los gobiernos y agencias internacionales para acelerar estos procesos, así como aminorar el costo de transición de un esquema, en donde el aspecto ambiental es primordialmente un costo más, hacia un esquema de producción en donde es un nuevo elemento de valor agregado. Por ejemplo, un ambicioso sistema de preferencias de acceso a mercados de productos que cumplan ciertos requisitos de carácter ambiental, puede constituirse en un importante estímulo para los inversionistas. Igualmente subsidios a la investigación y al desarrollo por parte de los gobiernos y agencias internacionales hacia las compañías, institutos y centros de investigación, son políticas que pueden profundizar esta asociación positiva entre inversión y ambiente. Es claro que este vínculo se sustenta sobre un recurso humano calificado, que pueda explorar posibilidades de desarrollo de nuevos productos o tecnologías con mayor valor agregado y amigables con el ambiente. En la medida en que el énfasis se ponga en los aspectos positivos de la relación y se creen los incentivos adecuados, lo ambiental se incorporará a la forma de hacer negocios y búsqueda de nuevas oportunidades de inversión en la región. Hoy día nos encontramos lejos de esa meta, pero procesos de integración como el ALCA, y otros de carácter sub-regional podrían crear condiciones para alcanzar esos objetivos en el mediano plazo.

6.2 Inversión y Ambiente en América Latina

Debemos destacar los esfuerzos que en el campo ambiental han realizado los distintos agentes económicos, llámense empresas, gobierno y consumidores. En el ámbito empresarial, se han desarrollado programas a nivel de cámaras empresariales orientados hacia la protección del ambiente, puesto en marcha procesos de certificación como por ejemplo el ISO 14000. En un estudio que hizo la CEPAL para 9 países, éstos pasaron de 3 empresas certificadas, en 1995, a 211, para 1999 (Schapper 1999)¹⁶. En el

¹⁶ Los procedimientos ISO 14,000 han sido cuestionados como un mecanismo moderno para lavar la cara de las empresas, debido a que no son estándares nacionales o internacionales aceptados, sino formas de

ámbito gubernamental destaca el incremento de legislación que busca darle un marco legal apropiado a los esfuerzos de conservación y protección ambiental. De los 10 acuerdos ambientales multilaterales seleccionados por su importancia a nivel mundial, solamente en 3 la participación de los países de América Latina y el Caribe es de menos de 80 por ciento. Esto contrasta con un 26 por ciento a principios de los 90 (GEO 2000:65). También sobresalen los programas de certificación de productos orgánicos o amigables con el ambiente, determinados por la demanda e impulsados tanto por el sector privado como por los gobiernos. Por último, cabe resaltar la demanda de los consumidores por productos más saludables o producidos tomando en cuenta consideraciones ambientales, al igual que la actitud proactiva de organizaciones no gubernamentales y otras de la sociedad civil, iglesia, universidades, etc., en defensa del ambiente.

En el estudio anteriormente citado sobre los impactos ambientales de los cambios en la estructura exportadora para 9 países de A.L y el Caribe para 1980-1995 concluye que no hay una relación mecánica simple entre las políticas de apertura y una mayor o menor protección ambiental. Los indicadores presentan una gran heterogeneidad para cada una de las economías en estudio y dejan claro que la relación es sumamente compleja. No obstante lo anterior, el estudio apunta que el volumen exportado originado en sectores con reconocido impacto ambiental como los productos primarios y los provenientes de industrias sucias, se ha multiplicado tres o más veces en la mayoría de los 9 países. Y agrega que el aparato exportador da señales de que la reasignación de recursos tendió, con excepción de México, hacia una especialización mas intensiva en recursos naturales (Schapper, 1999). El estudio concluye en la necesidad de complementar el proceso de apertura con una política ambiental respaldada por una sólida estructura institucional.

Dada la complejidad de esta relación, se requiere un monitoreo permanente. Queda claro que la diversidad de impactos de esta relación en los países y sectores se debe en gran parte al marco institucional y legal en el cual se realiza la acción. En un estudio realizado por el World Resources Institute sobre la expansión sostenible del comercio en América Latina , con relación a uno de los sectores en estudio los autores afirman “En la mayoría de los casos, el comercio no conduce directamente al exceso [...] esta degradación ambiental se produce por la ausencia de medidas de conservación y su implementación o porque no se las cumple” (WRI, 1998:34). El estudio en cuestión en relación con el sector forestal cita a Bourke de la FAO:

“ El comercio no es el factor predominante en los problemas ambientales, pero tampoco está libre de culpas. Queda claro que el comercio internacional no es la causa principal de los factores que sirven de fundamento a la deforestación de los bosques de mundo, esto es, presión demográfica, pobreza y problemas de tenencia de tierra. Las medidas

certificar el cumplimiento de los que determina la empresa. Aún así, denotan una positiva preocupación de las empresas sobre la materia.

comerciales tienen su impacto más directo en el flujo de productos a través de las fronteras y en los precios, mientras que los problemas ambientales más serios no son el resultado de ningún movimiento de productos a través de las fronteras. Por lo tanto, los cambios en los flujos del comercio internacional tendrán poca influencia en los problemas. No obstante, las políticas y prácticas comerciales sí tienen consecuencias para el medio ambiente; éstas pueden ser tanto positivas como negativas y pueden ser encontradas en todas las etapas, desde el bosque hasta el consumidor final: en el bosque, durante el procesamiento, en la distribución de la materia prima y los productos, y aún también después del consumo (I. J. Bourke, citado en WRI 1998:34)

El reto que el tema inversión-ambiente plantea a los países de la región, es el de compatibilizar los principios de libre comercio, de no-discriminación (trato nacional y nación más favorecida), eliminación de barreras al comercio (arancelarias y no arancelarias) con principios ambientales tales como: el que contamina paga, el principio precautorio, y el de no-disminución de los estándares ambientales existentes. Además, debe existir suficiente flexibilidad para que los gobiernos puedan mejorar sus legislaciones ambientales sin que esto signifique una camisa de fuerza por compromisos en el campo de la inversión.

7.- Los desajustes entre inversiones y ambiente en los tratados. La experiencia del TLCAN

El objetivo de todo acuerdo consiste en mejorar la seguridad y la confianza entre quienes lo suscriben. No obstante en el Capítulo 11 del TLCAN, que trata sobre inversiones, la conclusión parece estar en la incertidumbre y falta de predictibilidad y la inacción, más que en la parte positiva. Lo peor es que, hay la presunción de que lo que se gana en seguridad en el terreno de las negociaciones de bienes y servicios se puede perder en las inversiones.

En la literatura sobre inversión extranjera directa siempre se habló del temor del inversionista transnacional a ser discriminado por extranjero. La historia del modelo de sustitución de importaciones en América Latina avala, de alguna manera, esta pretensión. En las economías protegidas detrás de altos aranceles, tipos de cambio múltiples y otras barreras y distorsiones, los gobiernos tenían la posibilidad de negociar condiciones con las empresas transnacionales. En muchos países los gobiernos decidían arbitrariamente qué inversiones podían efectuarse y además les imponían requisitos de desempeño (adquisición de insumos nacionales, obligación de exportar, gerencia nacional,

transferencia efectiva de tecnología, nacionalización paulatina, entre otros). Por otra parte, antes y aún durante la fase de sustitución de importaciones, tenían suma importancia las IED para explotar recursos naturales, donde nuevamente, la negociación entre la empresa y el estado nacional era vital.

Se supone que al pasar a un modelo de regionalismo abierto, las condiciones para el inversionista extranjero y nacional deberían estar equiparadas. Esto se conoce como “trato nacional”. No obstante, los nuevos acuerdos sobre inversiones estarían introduciendo un nuevo sesgo *en contra* del inversionista nacional, o si lo prefieren, a favor del inversionista extranjero. En efecto, si la empresa transnacional tiene una “segunda instancia” internacional donde reeditar, a través del arbitraje, los aspectos sustanciales de la decisión del gobierno anfitrión, o/y de un tribunal local, en tanto que la empresa nacional no tiene este derecho, estaríamos en una situación de discriminación a favor del inversionista extranjero. *Un tratado o capítulo de un tratado, que cubra las inversiones proveyendo la posibilidad de arbitraje debería estar limitado a la acusación de discriminación en contra del inversionista extranjero y no debería cubrir la parte sustantiva de la decisión por la que se busca compensación.* Esto es, si las leyes de un país son malas (en opinión del inversionista) o ha habido una situación de injusticia, el inversionista extranjero sólo podría llevar a un arbitraje internacional la cuestión de si la decisión negativa que se desea protestar ha sido causada por discriminación en contra del inversionista afectado *por ser extranjero*¹⁷.

Una de las principales preocupaciones, ya existente con el TLCAN y que puede ser peor en el MAI u otros acuerdos más nuevos se refiere al entrecruzamiento entre las disposiciones sobre comercio de bienes y servicios y las de inversiones. En efecto, cualquier medida comercial aplicada por el gobierno, en persecución de sus legítimos intereses del desarrollo puede ser desafiada en el contexto internacional por una empresa transnacional que opera en el país (o está por entrar) y que decide que la medida comercial afecta sus intereses como inversionista. Esta posibilidad abre un nuevo flanco de costos y posibilidades de litigio para los gobiernos de los países pequeños.

Toda empresa (nacional o extranjera) debiera tener la protección de las leyes nacionales contra medidas absurdas, irracionales o innecesarias que afecten la rentabilidad de su inversión. Cuando el cambio en las reglas de juego determina pérdidas considerables para una parte del sector privado debería hacerse una revisión de su necesidad y de su compensación, si la medida no está debidamente fundamentada. Hay aquí dos elementos a tomar en cuenta: a) la necesidad de la medida en función de intereses que estaban previamente definidos (antes de la materialización de la inversión), b) si amerita o no compensación. Podemos llegar al caso más extremo y absurdo y nos

¹⁷ En realidad, la empresa demandante solamente puede basarse en el acuerdo firmado para lanzarse a una solicitud de arbitraje internacional, ya sea el capítulo 11 del TLCAN, un BIT u otro acuerdo. No obstante, cuando invoca el artículo 10 del capítulo 11, sobre equivalentes de expropiación a través de cambios regulatorios, no parece necesitar demostrar que ha sido discriminada por ser extranjera sino que es un derecho automático que tiene *por ser extranjera*.

daría qué pensar: una empresa que se localiza en el país para producir trajes cuyo arancel es de 30 por ciento. Si este arancel se redujera a cero, la compañía vería afectada negativamente su rentabilidad. Obviamente que si está claramente establecido en el sistema legal de la nación que la política arancelaria es prerrogativa del estado, quien la altera en función de los intereses nacionales, cada inversionista sabe que está corriendo un riesgo razonable. Lo mismo debería aplicarse en todos los demás casos. Resulta difícil comprender por ejemplo, por qué lo que es admisible en la política arancelaria pueda no serlo en la ambiental. Empero, esto es lo que parece estar en discusión. La pregunta es, ¿dónde termina el riesgo empresarial y comienza la responsabilidad del estado? En Estados Unidos hay una línea legal que diferencia el menoscabo de un derecho de propiedad para propósitos económicos, de la reglamentación de los impactos sobre el ambiente y el público del uso de esa propiedad. La determinación de la existencia de una línea demarcatoria no significa que la línea se pueda trazar con facilidad en las situaciones concretas (Mann y Von Moltke 1999:39). Lo interesante del caso es que la tradición de la ley internacional solamente reconoce el caso de la expropiación directa y no de la indirecta (a través de acciones de políticas públicas que van disminuyendo la rentabilidad de la empresa)¹⁸. Por tanto, la redacción del capítulo 11 del TLCAN (y de los BIT y de MAI) diluye este principio a favor de uno nuevo.

La preocupación ambiental por el hecho de que cualquier reglamentación nueva¹⁹ puede ser equivalente a una expropiación y por tanto congelaría la promulgación de leyes y decretos (Mann y Von Moltke 1999) es legítima²⁰. Se sostiene que los cambios en el conocimiento preciso de los impactos ambientales, sobre todo los acumulativos, así como cambios en la visión social de lo ambiental constituyen la base del progreso de la humanidad. Parece sin embargo bastante extremo sostener que la sociedad (el estado) pueda cambiar su percepción de lo ambiental y las reglamentaciones, sin compensar al inversionista. De hecho, la expropiación directa por interés público es resultado de un cambio en la percepción de la utilidad de un determinado activo para el conjunto de la sociedad. Por tanto, genera el derecho a una compensación. Este principio general no debería cambiar por el hecho de que la expropiación fuera “indirecta”.

¹⁸ El planteamiento de la ley internacional, pero también de la ley estadounidense es la de respetar las atribuciones del gobierno en materia de políticas públicas. Por tanto, no se cuestionan los motivos (aunque eventualmente su justificación pudiera tener alguna influencia sobre el cálculo de la compensación debida) sino los efectos de una medida. Esto implica que la legitimidad de un acto gubernamental no impide reclamar una compensación, aunque la medida tenga un propósito público indudable. Esta posición en general es compartida por los juristas latinoamericanos, de manera que la diferencia entre los distintos países podría estar en la jurisprudencia, que ubica la línea demarcatoria para la compensación. Por tanto, su aplicación debiera ser nacional y no sujeta a un arbitraje que pudiera manejar criterios diferentes a los aceptados dentro del país.

¹⁹ Obviamente, si la empresa ha violado de manera explícita las leyes pre-existentes, deberá asumir los castigos previstos por ellas. Acerca de esto no hay discusión.

²⁰ Al igual que en algunos países una reclamación legal sobre una licitación pública puede detener por tiempo ilimitado las obras necesarias de infraestructura por temor del estado a que en caso de perder la demanda o apelación pudiera tener que pagar compensaciones astronómicas.

En el Apéndice se detallan casos de reclamaciones en virtud del Capítulo 11 del TLCAN. De 8 casos existentes (tres contra Canadá y contra México y dos contra Estados Unidos), hay resultados parciales. El primero es un arreglo extrajudicial entre Ethyl Corp donde el estado canadiense terminó pagando \$ 13 millones. El segundo fue el primer caso resuelto por un tribunal del TLCAN, el de Metalclad Corp. contra el estado de México. Resulta preocupante que en ambos casos la tendencia haya sido contra la regulación estatal. En ambos casos se trató de una empresa estadounidense reclamando.

No obstante, un principio debiera ser rector de cualquier visión que pueda generar controversias y podría servir para proteger al estado contra reclamaciones frívolas. Es el principio de “el que contamina paga” (*polluter pays principle*). Este principio fue enunciado formalmente en 1972 por la OECD, por lo que debiera regir, de alguna manera, el manejo del tema en los países industriales. De acuerdo a este principio, el ambiente es propiedad de la comunidad y quien lo contamine deberá internalizar los costos ambientales. Aunque pudiera estar en duda la precedencia de esta disposición general, cubriendo todos los casos, ya es alguna defensa²¹.

Otras propuestas de interés son las de a) analizar la intención explícita o implícita detrás de toda nueva reglamentación que pueda afectar negativamente a la empresa y b) analizar la pérdida de la empresa frente a la ganancia del estado, si es que resultan comparables (UNCTAD 1999a:79).

8.- El MAI y su significado para las negociaciones

Las iniciativas orientadas a crear una legalidad supra-nacional en materia de inversiones han sido bastante reiteradas, aunque desde ángulos diversos. Por ejemplo, los países industriales y algunos países en desarrollo más avanzados han utilizado los tratados bilaterales de inversiones para sellar las garantías que cada país en desarrollo ofrece a las empresas extranjeras.

Durante la segunda mitad de los años noventas surgieron dos iniciativas de multilateralizar estos tratados. La primera ocurrió en el seno de la OECD a través del Acuerdo Multilateral de Inversiones (*Multilateral Agreement on Investment*, o MAI). La idea consistía en que estos mismos países lo suscribieran, para luego dejarlo abierto a la adhesión de las naciones en desarrollo. Por una vía separada, algunos países industriales lanzaron en 1995 la idea de negociar un Acuerdo Multilateral de Inversiones (*Multilateral Investment Agreement*, o MIA) en el seno de la OMC. Ninguna de las dos

²¹ En otras palabras, no está claro desde el punto de vista jurídico si la afirmación general de “el que contamina paga” puede constituirse en un caso general en el que cualquier disposición reglamentaria ambiental *nueva* fuera vista como un caso de aplicación de este gran principio. Empero, peor es no tener nada. Por otra parte, un principio importante en estos casos es el de permitir un período de transición a la parte empresarial para acatar íntegramente las nuevas normas.

prosperó, pero en el caso del MAI (OECD) se llegó a un texto bastante avanzado a finales de abril de 1998. Una fuerte campaña en contra del MAI fue conducida principalmente por las ONGs, hasta que en diciembre se decidió interrumpir el esfuerzo luego de que Francia decidiera suspender su participación.

En materia analítica siempre nos referimos al MAI (OECD) que es donde existe un texto y una fuerte experiencia de negociaciones. Ambas propuestas (la de OECD y en la OMC) en la traducción quedan iguales y el espíritu y la parte sustantiva de sus propuestas eran las mismas: a) mayor apertura a las inversiones por medio de los compromisos específicos de los países en los sectores cerrados o semi-cerrados, y b) mayores seguridades y garantías, para las empresas extranjeras. Empero, una diferencia escapaba a muchos analistas. La política de emprendimiento único que rodea todo lo que hace la OMC desde la Ronda Uruguay, lleva a que en los casos de disputas falladas a favor de una de las partes, esta tiene cierta libertad para ejercer represalias en el sector que mejor le parezca. Obviamente que si un país en desarrollo no ha compensado en forma satisfactoria a un inversionista del país industrial, éste último no va a expropiar otra empresa del primer país, sino que puede suspender concesiones comerciales por un monto equivalente. Esta posibilidad se conoce como “sanciones cruzadas” y está vigente para casos como incumplimiento de ciertas medidas negociadas en materia de Propiedad Intelectual y de Inversiones en aspectos relacionados con comercio.

La suspensión de las negociaciones del MAI constituyó una seria advertencia para los países industriales. Por primera vez en la posguerra, los gobiernos de la OECD debieron abandonar una negociación económica ante presiones de la sociedad civil. Si bien la cuestión es bastante compleja y no se refiere solamente a cuestiones ambientales, sino a otras resistencias dentro de los propios países desarrollados (culturales por ejemplo), éstas siempre han surgido de la propia sociedad²². También es necesario tener en cuenta que las experiencias negativas del TLCAN –sobre todo las incertidumbres legales y de políticas que se comentaron anteriormente- han influido bastante en que los propios Estados Unidos no hayan insistido mucho en que este debiera ser un tema negociado en la abortada “Ronda del Milenio”.

De hecho, en la reunión ministerial de la OMC en 1996 (Singapur), se decidió establecer un grupo de trabajo para examinar la relación entre comercio e inversiones²³. En rigor, el grupo no debería ir más allá del análisis y no representaba un compromiso de negociar inversiones en el seno de una nueva ronda de negociaciones multilaterales de la OMC. El grupo está todavía allí y probablemente prosiga sus estudios, aunque no se conocen resultados importantes de su labor.

²² No hay que confundirse, la sociedad civil actuó ante y por medio de los gobiernos nacionales que participaban en las negociaciones y no como un elemento encajado en ellas.

²³ El mandato de este grupo de trabajo es bastante amplio e impreciso y está operando como grupo de estudio, recogiendo bibliografía y preparando informes del estado de la discusión al nivel internacional.

Las críticas al MAI no se refieren al texto final, el que aún tenía muchas incógnitas y posibilidades de transacción entre visiones diferentes, sino al contenido de la discusión que se procesó.

Los elementos centrales de los BIT estaban incluidos en el MAI, lo que nos exime de gran parte del análisis. Empero, podemos señalar algunos elementos importantes:

- Se aplica trato nacional a las inversiones y NMF, con excepciones individuales a determinar. No se determinan compromisos de mayor apertura. Estos debieran supuestamente negociarse en futuras rondas. A pesar de que estas primeras discusiones sobre el MAI eran entre países industriales, la cantidad de solicitudes de excepciones era anormalmente grande, lo que llevaba a pensar que no se conseguiría más de lo que ya existía (UNCTAD 1999b:13).
- Habían divergencias con respecto a la posibilidad de diferenciar entre esquemas de integración regional y los compromisos multilaterales. Varios países consideraban que de esta manera, no tenía mucho sentido todo el esfuerzo multilateral.
- Otra propuesta consistía en establecer la excepción cultural para el acceso y el trato nacional, lo que incluye aspectos de diversidad del lenguaje. Otros países no aceptaban una cláusula general estableciendo este tipo de excepciones, sino que debían negociarse individualmente²⁴.
- En materia de requisitos de desempeño, además de los ya expuestos en los BITs (esto es, los de OMC, además de transferencia de tecnología, investigación y desarrollo, empleo de locales y participación nacional en la propiedad) se establecería la prohibición de todo requisito de desempeño de los negociados en la OMC, aunque estuviera ligado a incentivos internos. Se consideró la posibilidad de aceptar excepciones para proteger el ambiente, así como políticas para promover las empresas pequeñas y medianas.
- No quedó clara la situación de los incentivos sub-nacionales, lo que demuestra que se trata de un punto débil importante para los países industriales. Por ejemplo, no tiene mucho sentido que Estados Unidos o Canadá, con fuertes estructuras federativas, se comprometan como gobierno federal a no proporcionar incentivos y luego permita que sus estados o provincias lo hagan.
- Aunque no se avanzó en su aprobación, estaba avanzada la idea de una disposición rechazando la disminución de los estándares, laborales, ambiental o de salud para atraer una inversión en particular.

²⁴ La disyuntiva de discutir caso por caso es que se pierde la posibilidad de negociar el principio como tal, de manera que se pueda aplicar a cualquier nueva circunstancia en el futuro.

- Hubo consenso hacia el final de la anexión de los Lineamientos para las Empresas Transnacionales de la OECD serían incluidos.
- Un punto bastante neurálgico se encontró en el hecho de que paralelo a las negociaciones del MAI se dieron las disputas entre Estados Unidos y Canadá en el TLCAN, particularmente por las expropiaciones indirectas (caso Ethyl), que generaron bastante ruido y que fueron probablemente una importante causa de llevar a las negociaciones a un callejón sin salida.

Si bien habían muchas fuerzas en los países industriales, así como dentro de la OMC que consideraban importante un Acuerdo de este tipo (Drabeck 1998), algunos aspectos que causaron la detención del proceso fueron:

- ⇒ la reanudación de la discusión sobre la conveniencia de permitir la movilidad irrestricta del capital en todas sus formas. Este tema había estado en realidad sumergido durante la discusión del MAI. Su contradicción es que si bien algunos países consideran importantes los beneficios que aporta la IED a los anfitriones, el MAI y también los BIT consideran los movimientos libres de todo tipo de flujos de capital, incluyendo el movimiento de capitales especulativos de corto y mediano plazo. La crisis asiática produjo un impasse en la conducción de estas ideas;
- ⇒ el reciente cambio de gobiernos en Europa hacia los partidos socialdemócratas determinó un hiato de reconsideración (bastante momentánea) acerca del concepto de globalización;
- ⇒ repentinamente, muchos países se están replanteando que después de abrir sus mercados, puede ser demasiado pronto para un avance tan importante de la coordinación, irrumpiendo sobre las políticas públicas nacionales.

Este conjunto de argumentos detrás de la suspensión del MAI recoge reservas de tipo técnico que son las que se asocian a la reconsideración acerca del impacto en las políticas públicas. Es más serio reconocer esta realidad que sostener que el problema no era contra el MAI, sino contra “la globalización”²⁵. Es esta una forma barata de atacar, tan absurda como la que ve en la globalización la raíz de todos los males de la civilización moderna.

9.- Objetivos de los acuerdos de inversiones

²⁵ La afirmación de que los argumentos no eran contra el MAI sino contra la “globalización” proviene de un funcionario de la OMC (Drabeck 1998, quien además es un entusiasta defensor del MAI). Sin embargo, no hemos encontrado textos de la OMC que avalen el MAI o algo similar. Dado que esta organización representa un espacio de negociación, no debería lanzarse con propuestas no consensuadas.

En los tiempos que corren, la pregunta no es si las inversiones extranjeras son buenas o malas o tan siquiera si se debería atraerlas. Por la vía de los hechos, todos los países del Hemisferio Occidental trabajan en esa dirección.

El punto focal de toda discusión de posibles alternativas de desarrollo consiste en cómo mejorar la calidad de las inversiones en general y su impacto sobre el crecimiento económico. La sustentabilidad del desarrollo no se basa solamente en los aspectos ecológicos, sino en la capacidad de cada nación para abrir constantemente nuevas oportunidades que no se basen en aspectos endebles de la competitividad (incentivos sistemáticos, salarios deprimidos, explotación abusiva de recursos naturales, generación de brechas sociales, entre otros). Algunos de estos elementos pueden ser negociados al nivel multilateral, otros no. Una característica central de un sistema legal de promoción de inversiones que incida positivamente en el desarrollo económico, es que los gobiernos deben mantener la autoridad y los medios para aplicar las políticas públicas que consideren necesarias.

Por tanto, la primera alternativa sería que cada país firme su propio tratado bilateral de inversiones a la medida de sus necesidades y posibilidades²⁶. Los aspectos positivos de esta opción son: a) que cada país efectúa las concesiones que desea, de acuerdo a sus propias necesidades y b) disminuirían seriamente las posibilidades de sanciones cruzadas, donde cualquier diferendo sobre inversiones pudiera tener implicaciones en el comercio de bienes y servicios. El punto negativo de esta posibilidad es que los países más débiles se verían obligados a firmar el primer documento que se les ponga en la mesa, esto es, perderían el paraguas protector de los países en desarrollo mayores del Hemisferio.

De incluirse un capítulo sobre inversiones en ALCA, se debería matizar el concepto de “trato nacional” abriendo la posibilidad de restringir de este concepto los programas promocionales para la industria local.

Por otra parte, dado que las empresas transnacionales están solicitando una serie bastante amplia de garantías para sus inversiones, podría ser interesante introducir partes o la totalidad del Código de Conducta para las Transnacionales propuesto por las Naciones Unidas (pero no adoptado). Este Código no compromete a ninguna empresa o país sino con base en buenas intenciones. Empero, podría constituir un paraguas interesante para la interpretación de cualquier otro artículo negociado²⁷. Por otra parte en

²⁶ De hecho, en el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Jordania, suscrito en el 2000, no se incluyó un capítulo sobre Inversiones debido a que ambos países ya tenían su Tratado Bilateral de Inversiones.

²⁷ En Gitli y Murillo (1998) mostramos como la simple introducción de objetivos en materia ambiental y de desarrollo sostenible en el preámbulo de la constitución de la OMC permitía cambiar la interpretación de varios de los artículos, favoreciendo la legitimidad de la inserción de objetivos ambientales en la operación de los artículos tradicionales del GATT. Esto se vio claramente en la resolución del Organo de Apelación en el caso del camarón y las tortugas.

1976 la OECD adoptó una declaración sobre Inversiones Internacionales y Empresas Transnacionales que incluyó unos Lineamientos para las Empresas Transnacionales. También estos son voluntarios, pero vale la aclaración anterior: pueden alterar la interpretación de cualquier otra disposición.

Un punto que no podemos obviar en estas conclusiones se refiere a la visión bastante extendida en esferas oficiales de la mayoría de los países del Hemisferio (también de Estados Unidos), de que este tipo de negociaciones multilaterales sirve para poner un candado (*lock in*) sobre las reformas económicas que tienen que ver con la apertura de las economías²⁸. En varias tiendas latinoamericanas existe la convicción de que la modernidad entra por medio de los tratados comerciales. Con esta idea, los ejes de las políticas públicas se trasladan al campo de las negociaciones comerciales²⁹. De esta manera, una serie de procesos originadores de políticas públicas que debieran pasar por una etapa previa de negociaciones *internas*, por los congresos nacionales, con sus sistemas de balances de poder, pasan a ser definidos por la afirmativa o la negativa de una negociación ya consumada (Ostry 1999a). Ahora, la alternativa consiste en aceptarlo todo o simplemente quedarse afuera, con sus consecuencias previsibles. De ahí que es bastante objetiva la crítica de los Organismos no Gubernamentales (ONG) sobre la falta de transparencia y de procesos negociadores poco democráticos. Empero, no existen procedimientos claros para resolver estas contradicciones. En primer lugar, los gobiernos, especialmente de las naciones en desarrollo, insisten en que la intervención de las ONG viola los principios de las jerarquías democráticas nacionales³⁰. En segundo término, así como participan las ONG, tendrían el derecho a participar los sindicatos, los gremios empresariales, los grupos de consumidores, etc³¹.

Lo curioso es que la forma de pensar “modernizante” de algunos países en desarrollo no se extiende al área ambientalista³². Pensamos sin embargo, que en el caso de las inversiones las pruebas corren por el lado contrario: Los acuerdos sobre

²⁸ Históricamente, el argumento de quienes impulsaban las negociaciones multilaterales en el GATT dentro de Estados Unidos era que no había otra manera de impedir los vuelcos proteccionistas de su propio Congreso Nacional, sobre todo teniendo en cuenta la tendencia a la sobrevaluación del dólar durante la primer mitad de la década de los años ochentas (Ostry 1999a). Obviamente, lo mismo pensaban de lo que ocurriría en los demás países firmantes.

²⁹ Para una crítica de esta idea véase Gitli (1999).

³⁰ Lo que es cierto a medias solamente, tomando en cuenta que el propio proceso negociador es un caso especial donde las secuencias legislativas normales desaparecen.

³¹ Lo cierto es que los grupos empresariales tienen instancias de participación no oficial previa, sobre todo los de países desarrollados. En cambio, las ONG no suelen tener equivalencia de canales de acceso y en este sentido su reclamo es lógico.

³² Esto es, que las normas ambientales más estrictas provengan de los países más desarrollados y se “peguen” al resto de las naciones a través de las negociaciones regionales o multilaterales.

inversiones, en vez de modernizadores, se pueden convertir rápidamente en un obstáculo para la propia política ambiental.

Hay elementos que nos llevan a pensar que el campo de los que piensan que la línea de intromisión de las negociaciones comerciales en las políticas públicas nacionales ha llegado demasiado lejos, es bastante amplio entre los teóricos más respetados de la política comercial (por ejemplo, véase Corden 1999, Bergsten 1999 y Srinivassan, citado por el anterior, Bhagwati 1999). No obstante, la pura negativa a tratar los temas nacionales de interés transfronterizo puede también llevarnos a un callejón sin salida. Por tanto, a la vez que se negocia en términos comerciales, siempre es importante buscar los elementos de cooperación que puedan complementarlos en otras áreas de interés común, reconociendo la posibilidad de diferencias entre las naciones.

10.- Inversión y ambiente: la agenda

La necesidad de la IED en los países de América Latina y el Caribe es incuestionable. El aporte de capital y conocimientos para enlazar el mercado mundial, así como la propia competencia que induce, constituyen factores importantes para los procesos que coadyuvan al desarrollo. A través de la nueva legislación que se ha implementado y los compromisos de los países en los distintos foros internacionales, ha quedado bien claro el interés de los países de la región por atraer y consolidar la inversión extranjera.

América Latina como un todo ha perdido participación en el terreno de los países en desarrollo, por más que los flujos de IED hayan crecido en los años noventas. Esta recuperación ha estado apoyada en el proceso de privatización de los aparatos estatales y no deja de llamar la atención la interrogante sobre el futuro de los flujos de IED estrictamente nueva.

Hemos concluido que el problema de IED en la parte subdesarrollada del continente es homogéneo, en el sentido que la distribución de las inversiones entre países grandes y pequeños no presenta diferencias con lo que correspondería de acuerdo a sus tamaños, tanto en población, como en producción. Sin embargo, los factores de atracción de inversiones son bastante diferentes. Los países con mayor tamaño de mercado interno tienen mejores condiciones para atraerlas, aún en mercados integrados, cuando los productos tienen un fuerte contenido de consumo interno. Resulta difícil pensar en la instalación de una industria automotriz en Honduras o en Haití. Los países pequeños pueden integrarse con países mayores bajo condiciones de operar como plataforma de exportaciones hacia el resto del mundo o hacia sub-regiones del Continente.

Estos factores estratégicos, a los que se asocian de manera importante las políticas nacionales de fomento al desarrollo (educación, infraestructura, actitud política hacia el capital extranjero, estabilidad social y política, ubicación geográfica y pertenencia a

esquemas de integración, legislación nacional) son los que determinan el éxito de una política para la atracción de inversiones. En estas condiciones pensamos que la rigidez asociada con un marco superestructural internacional no compensa los costos en la pérdida de capacidad para llevar adelante las políticas públicas.

Esto no quita que existan varios países en América Latina y el Caribe que requieran marcos superestructurales regionales para generar credibilidad y confianza en sus políticas y que la puedan lograr firmando un tratado bilateral de inversiones con uno o varios países grandes. Empero, la experiencia indica que son más los conflictos internacionales que crea este tipo de acuerdos que las inversiones que promueve. De hecho, con la excepción de Argentina, los principales receptores de IED per cápita no tienen firmado un tratado bilateral con Estados Unidos. Son los demás factores descritos anteriormente los que han incentivado los flujos de capital³³.

La verdadera ofensiva que deben llevar los países es la de construir la sustancia y la publicidad de disponer de sistemas judiciales operantes, tanto para nacionales como para extranjeros. Esto incluye la necesidad de compensar a las compañías por expropiaciones, ya sea directas o indirectas, cuando los cambios en las preferencias de la sociedad lo aconsejan. Empero, no tiene sentido llevar estos casos a soluciones internacionales de conflictos, más allá de aquellas en las que la discriminación ocurriera precisamente por la nacionalidad extranjera de la empresa y ocurriera para favorecer a alguna otra empresa local.

En general, se puede decir que las empresas transnacionales han priorizado sus inversiones teniendo como objetivos la búsqueda de materias primas, aumento de la eficiencia y acceso a nuevos mercados, especialmente en el sector servicios. Este énfasis de la IED en el sector servicios debe conllevar a un estudio cuidadoso del acuerdo sobre servicios que nuestros países firmaron en la OMC, porque en él se establecen lineamientos y consideraciones en torno a la inversión que se haga en ese sector que determinan cualquier política sobre inversiones que se quiera implementar en el ALCA.

Dados los marcos legales existentes y la lógica de los flujos, queda entonces la interrogante de cuántas deben ser las concesiones que deben realizar las economías latinoamericanas, en particular las pequeñas, para atraer inversiones; pero, sobre todo, sopesar su costo de oportunidad en relación con los márgenes de maniobra de los gobiernos para implementar políticas industriales nacionales. Conviene tener en cuenta que de por sí, se han adquirido compromisos restrictivos importantes dentro de la OMC con respecto a la capacidad para comprometer a las empresas transnacionales con objetivos de políticas públicas.

³³ El argumento que nos releva de mayores comentarios es con respecto a la llegada de una de las inversiones más codiciadas de América Latina: la de Intel a Costa Rica. Llegó precisamente a un país que no ha discutido un acuerdo de inversiones con Estados Unidos. La empresa encontró en el país las condiciones de mano de obra, infraestructura, ambiente general y legislación que consideró óptimas. Y esto fue más que suficiente.

Aún cuando la legislación no debe discriminar en contra del inversionista extranjero y brindarle la seguridad y garantías del caso, ésta no debe llegar a situaciones que discriminen en contra de los inversionistas nacionales (al tener los extranjeros más prerrogativas que los nacionales), ni tampoco convertirse en una camisa de fuerza para los gobiernos en el momento de desarrollar políticas nacionales y generar una nueva legislación que especialmente tenga que ver con la protección del ambiente.

Toda empresa tiene derecho a estar protegida de reglamentaciones arbitrarias por parte de los gobiernos. En principio, si la empresa comenzó sus actividades bajo un sistema legal que se lo permitía, sin asumir riesgos que pudieran ser perceptibles de antemano, debería ser compensada si la sociedad, representada por el estado, cambia sus preferencias. Sentimos que sobre esta materia es importante elaborar más a fondo criterios de tipo general. La cuestión que está en discusión no es la internacional, sino la nacional; esto es ¿cuales tipos de medidas ameritan compensación?³⁴

Las negociaciones sobre inversiones deben ubicarse en un contexto más amplio de negociación comercial, que debe tener los correspondientes vínculos con temas tan directamente interrelacionados como los acuerdos en servicios y políticas de competencia. Deben ser visualizados como parte de un acuerdo comercial balanceado, donde se reconozca que la región es fundamentalmente un importador de neto de inversiones, más que un exportador.

Las políticas de atracción de inversiones y las de crecimiento económico deben estar acorde con un manejo responsable de los recursos naturales y el ambiente. Es conveniente reiterar, en el marco del ALCA, que la atracción de inversión no será manejada a costa del ambiente.

Las declaraciones de principios son de gran importancia a la hora de interpretar los artículos de cualquier acuerdo. No crean derechos de por sí y parecen inocuas. Empero, constituyen un eje sobre el que se apoya la solución de controversias³⁵. Por tanto, conviene comenzar una buena negociación estableciendo los principios de que a) el que contamina paga, b) el estado conserva el derecho de efectuar todos los ajustes reglamentarios que considere necesarios para preservar la salud o el ambiente y c) los estados no deberán competir para atraer inversiones sobre la base de reducir los estándares ambientales. En cualquiera de estos tres principios está presente la similitud de intereses entre los países desarrollados y los países en desarrollo.

Cuando la naturaleza de la inversión lo demande, al igual que se estipula en la gran mayoría de las legislaciones nacionales, un acuerdo hemisférico debe proponer que

³⁴ UNCTAD propone algún tipo de revisión internacional para las medidas regulatorias (UNCTAD 2000:45). Empero, no se puede trasladar a un nivel internacional lo que no está claro aún al nivel nacional.

³⁵ Esta recomendación, que proviene de las conclusiones de Gitli y Murillo 1998, están presentes también en UNCTAD 1999a:88.

se realicen previamente estudios de impacto ambiental que garanticen la protección del ambiente.

En todas las propuestas sobre inversiones, el énfasis está en la defensa de los derechos del inversionista, lo que parece razonable a primera vista. Empero, esta inclinación parte del concepto de estados que son más fuertes que las empresas; lo que como sabemos no es el caso para la mayoría de los países de la región. Cabe destacar que –de firmarse algún acuerdo– éste deberá ser un compromiso en dos direcciones, y así como se debe garantizar al inversionista protección contra posibles arbitrariedades de los estados nacionales, también éstos tienen una responsabilidad para con el país.

Un buen precedente que debe ser aprovechado por los países del ALCA es la declaración y decisiones sobre la inversión internacional y empresas multinacionales de la OECD, en el cual éstas, por decisión voluntaria, se comprometen con los países –y en general con la OECD– a cumplir con una serie de principios en el campo de la transparencia, el empleo y las relaciones industriales, el ambiente, la corrupción, los intereses del consumidor, la ciencia y tecnología, y la competencia, entre otros. Este gesto, aun cuando pareciera más formal que legal, no deja de tener consecuencias de suma importancia, ya que define una ética de comportamiento empresarial a emular, y deja claro cuál debe ser el espíritu en que deben enmarcarse las relaciones comerciales y empresariales.

Las inversiones extranjeras, en particular las inversiones directas tienen vital importancia para mejorar la inserción de las economías nacionales en el proceso de globalización. Las condiciones para la movilidad del capital son tales que se requiere una legalidad que facilite la inversión y no ponga trabas innecesarias al flujo de capitales de IED. En todo caso, los controles deben ser internos, comunes a toda inversión, no importa de donde provenga. Por tanto, el esfuerzo institucional no debe estar en las fronteras, sino en el manejo de la economía en general. Algunos países están acostumbrados a esta forma de administrar, pero para otros requiere un importante cambio institucional y de ideas dominantes. Lo anterior nos lleva a la conclusión de que no hay nada como una buena legislación interna para insertarse adecuadamente en la realidad de los acuerdos internacionales determinados por el propio proceso de globalización.

Referencias

Agosin, Manuel y Mayer, Ricardo (2000), *Foreign Investment in Developing Countries. Does it Crowd in Domestic Investment?*, UNCTAD, Discussion Papers No. 146, February.

ALADI (2000), Inversiones extranjeras directas en América Latina y el Caribe.

- Bergsten, Fred (1999), "Comments and Discussion", *Brookings Trade Forum*.
- Bhagwati et al (1999), *Enough is enough*, comunicado conjunto escrito por un grupo de partidarios del libre comercio, justo antes de la reunión Ministerial de Seattle. <http://www.inca.or.cr/noticias/docs/19990917.00059htm>
- BID (1997), *Regímenes de Inversión Extranjera en las Américas: Estudio Comparativo*. Banco Interamericano de Desarrollo. (www.ftaa-alca.org)
- Bouton, Lawrence y Sumlinski, Mariusz A (2000). *Trends in Private Investment in Developing Countries – Statistics for 1970 – 1998*. Discussion Paper No.41. International Finance Corporation (IFC). The World Bank, Washington D.C.
- CEPAL (2000a), *La Inversión Extranjera en América Latina y el Caribe. Comisión Económica para América Latina y el Caribe*. Naciones Unidas, Santiago de Chile.
- (2000b), *Balance Preliminar de las Economías de América Latina y el Caribe*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Naciones Unidas, Santiago de Chile.
- Corden, Max (1999), "Comments and Discussion", *Brookings Trade Forum*, 1999.
- Dunning, John (1999), "Forty Years on: American Investment in British Manufacturing Industry revisited", *Transnational Corporations*, Vol 8, No. 2, August.
- Drabek, Zdenek (1998), "A Multilateral Agreement on Investment: Convincing the Sceptics", en J.J. Teunissen (ed), *The Policy Challenges of Global Financial Integration*, The Hague, FONDAD.
- , *Foreign Investment in Latin America and the Caribbean*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Naciones Unidas, Santiago de Chile, 1999.
- Gentry, Bradford (1998), *Private Capital Flows and The Environment: Lessons from Latin América*. Edward Elgar Publishing Limited (EE). Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA.
- GEO (2000), *América Latina y el Caribe. Perspectiva del Medio Ambiente*, PNUMA, San José.
- Gitli, Eduardo y Ryd, Gunilla (1992), "Latin American Integration and the Enterprise of the Americas Initiative", *Journal of World Trade*, Vol 26, No. 4, August.
- Gitli, Eduardo (1999), "Development Policies and Trade Negotiations", *World Competition*, Vol. 22, No. 1, March.

Gitli, Eduardo y Murillo, Carlos (1999), *Factores que desalientan la introducción de los temas ambientales en las negociaciones comerciales: ALCA y una agenda positiva*. San José (<http://www.inca.or.cr>).

----- (2000), *A Latin American Perspective on the NAFTA Model for Trade and Environment Issues in the FTAA Context*. San José (<http://www.inca.or.cr>)

Hoekman, Bernard and Saggi, Kamal (1999), *Multilateral Disciplines for Investment-Related Policies*, The World Bank, Policy Research Working Paper, No. 2138, June 1999. (<http://worldbank.org/html/dec/Publications/Workpapers/home.html>.)

Khor, Martin (2000), *Globalization and the South: Some Critical Issues No.147*, UNCTAD Discussion Papers, April

Mann, Howard and von Moltke, Konrad (1999), *NAFTA's Chapter 11 and the Environment*. International Institute for Sustainable Development, Working Paper, Winnipeg.

OECD Ministerial (Organisation for Economic Co – operation and Development). *The OECD Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises: Basic Texts*. DAFFE /IME (2000) 20. June 2000. [<http://www.oecd.org/medial/release/nw00-70a.htm> (paragraph 26)]

Ostry, Sylvia (1999a), “The Future of the World Trade Organization”, *Brookings Trade Forum*, 1999.

----- (1999b), *Globalization: GAT Does it Mean?*, presentación en la Conferencia Annual del G-78, Ottawa, Octubre.

Pratt Lawrence (2000), *Hacia un replanteamiento de la relación sector privado-medio ambiente en América Latina*. Nueva Orleáns, Luisiana, marzo.

Salazar - Xirinachs M. José. *The Trade Agenda in The Context of The Inter – American System*. March 2, 2000. Washington D.C.

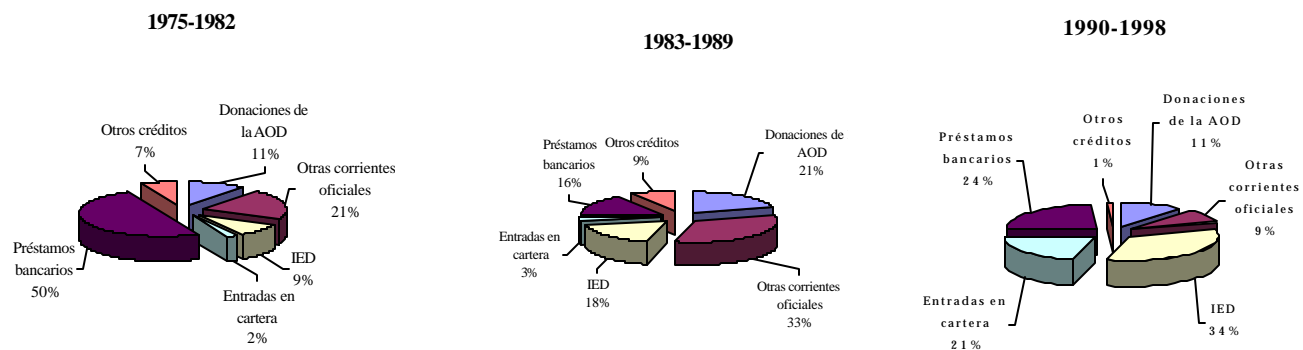
Schaper, Marianne (1999), *Impactos Ambientales de los Cambios en la Estructura Exportadora en Nueve Países de América Latina y el Caribe: 1980 – 1995*.

UNCTAD (1997), *Informe sobre el Comercio y el Desarrollo, 1997*, UNCTAD/TDR/17, Ginebra.

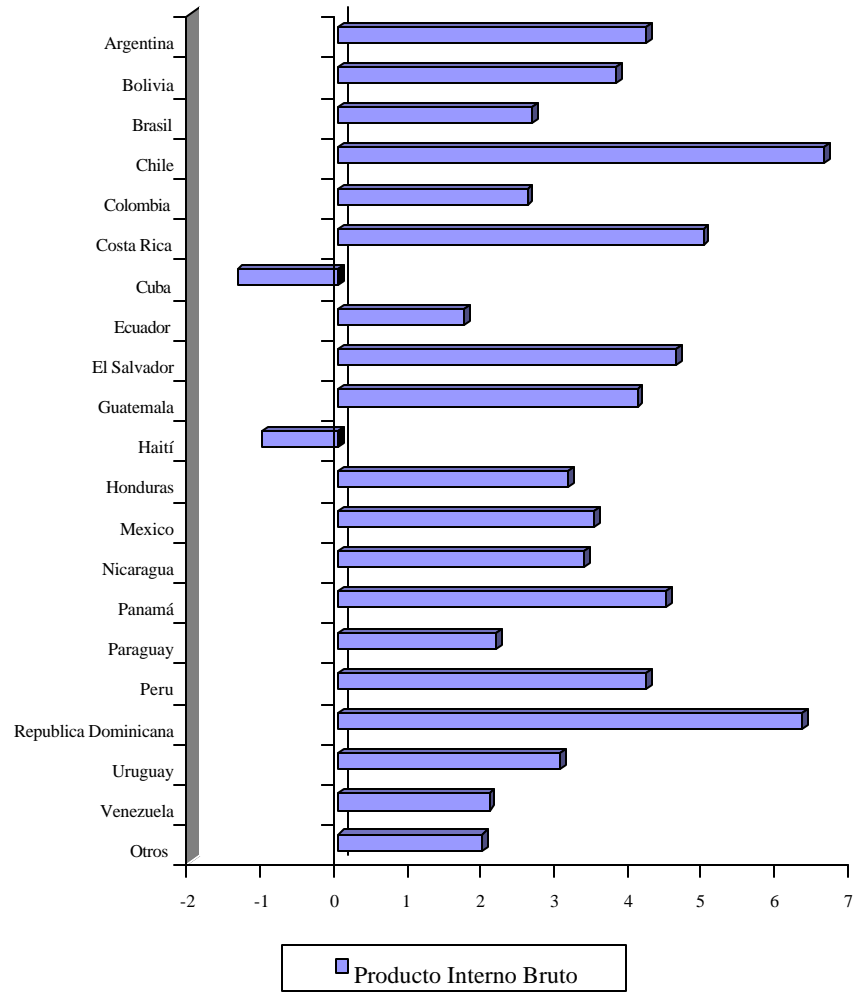
- 1999a), *Trends in International Investment Agreements: An Overview*, United Nations. New York and Geneva 2000.
- (1999b), *Lessons form the MAI*, United Nations, Geneva.
- (1999c), *Informe sobre el comercio y el Desarrollo*. Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo, Nueva York y Ginebra.
- (1999d), *World Investment Report, 2000*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). New York and Geneva.
- (2000a), *A Positive Agenda for Developing Countries: Issues for Future Trade Negotiations*. United Nations, Geneva.
- (2000b), *Taking of Property*, United Nations, Geneva.
- (2000c), *World Investment Report, 2000*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). New York and Geneva.
- Vasallo, Alejandro (1996). *La inversión extranjera y el desarrollo competitivo en América Latina y el Caribe*. Revista de la CEPAL 62, agosto.
- Wagner, J. Martin. (1999) “International Investment, Expropriation and Environmental Protection”. *Golden Gate University Law Review* Volume 29, Number 3.
- World Resources Institute (1998), *Expansión sostenible del comercio en América Latina y el Caribe: análisis y evaluación*.

Cuadro Anexo 1. Países en desarrollo: Entradas netas de capital por tipo de corriente 1975-1998, (porcentaje de entradas agregadas netas)

Fuente: UNCTAD 1999d.



Anexo 2 America Latina: Crecimiento promedio del Producto interno bruto, -1990-2000-



Fuente: CEPAL 2000a

Cuadro Anexo 3. Flujos de IED provenientes de Europa, Estados Unidos y Japón, 1995-1997
(salidas neta, en millones de dólares)

País	Europa		Estados Unidos		Japón	
	1995-97	%	1995-97	%	1995-97	%
<i>Argentina</i>	5700	17.7	3825	8.9	103	4.4
<i>Brasil</i>	10420	32.3	17311	40.2	1815	76.8
<i>Paraguay</i>	31	0.1	62	0.1	0	0.0
<i>Uruguay</i>	500	1.5	93	0.2	0	0.0
MERCOSUR	16651	51.6	21291	49.5	1918	81.2
<i>Chile</i>	3195	9.9	3199	7.4	50	2.1
<i>Bolivia</i>	84	0.3	266	0.6	0	0.0
<i>Colombia</i>	3036	9.4	587	1.4	8	0.3
<i>Ecuador</i>	208.00	0.6	386.00	0.9	0	0.0
<i>Perú</i>	717	2.2	1530	3.6	0	0.0
<i>Venezuela</i>	3211	9.9	2092	4.9	193	8.2
Comunidad Andina	7256	22.5	4861	11.3	201	8.5
<i>México</i>	4611	14.3	11629	27.0	194	8.2
<i>Costa Rica</i>	85	0.3	944	2.2	0	0.0
<i>El Salvador</i>	31	0.1	63	0.1	0	0.0
<i>Guatemala</i>	-51	-0.2	161	0.4	0	0.0
<i>Honduras</i>	11	0.0	9	0.0	0	0.0
<i>Nicaragua</i>	4	0.0	47	0.1	0	0.0
Centroamérica	80	0.2	1224	2.8	0	0.0
<i>Otros</i>	492	1.5	811	1.9	0	0.0
América latina y el Caribe	32285	100.0	43015	100.0	2363	100.0

Fuente:
ALADI, 2000

Cuadro Anexo 4. América Latina y el Caribe
Ingresos netos ^a de Inversión Extranjera Directa, 1990-1999
millones de dólares

PAÍS	(1990-1993)	1994	1995	1996	1997	1998	1999
	Promedio anual						
Brasil	1534	2590	5475	10496	18743	28480	31397
<i>sin privatizaciones</i>	<i>n.d.</i>	<i>n.d.</i>	<i>n.d.</i>	<i>n.d.</i>	<i>13257</i>	<i>1935</i>	<i>28759</i>
Argentina	2266	3490	5315	6522	8755	6526	23152
<i>sin privatizaciones</i>	<i>n.d.</i>	<i>n.d.</i>	<i>n.d.</i>	<i>n.d.</i>	<i>2586</i>	<i>1392</i>	<i>19206</i>
México	3705	10973	9526	9186	12831	10238	11233
<i>sin privatizaciones</i>	<i>n.d.</i>	<i>n.d.</i>	<i>n.d.</i>	<i>n.d.</i>	<i>5054.0</i>	<i>0.0</i>	<i>10697.0</i>
Chile	993	2733	2956	4633	5219	4638	9221
<i>sin privatizaciones</i>	<i>n.d.</i>	<i>n.d.</i>	<i>n.d.</i>	<i>n.d.</i>	<i>2983</i>	<i>4500</i>	<i>7511</i>
Venezuela	612	813	985	2183	5536	4435	2607
<i>sin privatizaciones</i>	<i>n.d.</i>	<i>n.d.</i>	<i>n.d.</i>	<i>n.d.</i>	<i>3918.0</i>	<i>4194.0</i>	<i>2222.0</i>
Otros ^b ALADI	<i>1126</i>	<i>5483</i>	<i>4124</i>	<i>7638</i>	<i>9311.0</i>	<i>7212.0</i>	<i>5622.0</i>
<i>sin privatizaciones</i>	<i>n.d.</i>	<i>n.d.</i>	<i>n.d.</i>	<i>n.d.</i>	<i>7019.0</i>	<i>1591.0</i>	<i>2113.0</i>
América Central	<i>n.d.</i>	798	948	1100	2124	3792	3020
<i>sin privatizaciones</i>	<i>n.d.</i>	<i>65</i>	<i>113</i>	<i>77</i>	<i>815.6</i>	<i>1223</i>	<i>551.3</i>

Fuente:

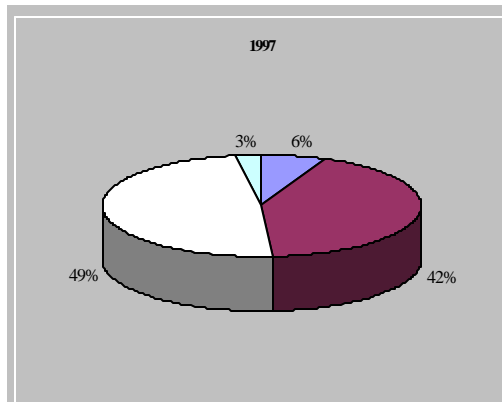
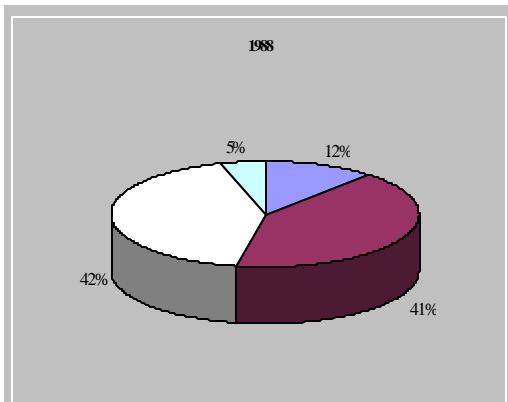
World Investment Report, 2000, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)

Nota:

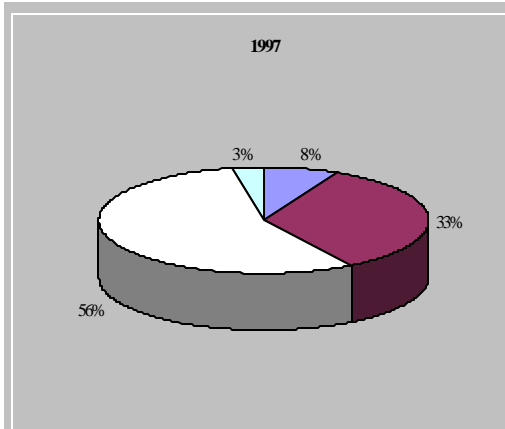
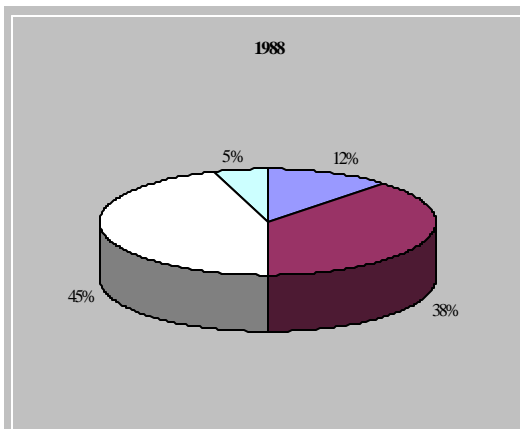
a/ Los ingresos netos de IED comprenden todas aquellas entradas de capital cuya finalidad es obtener en forma permanente 10% o más del control de la propiedad de una empresa local por parte de inversionistas extranjeros. El concepto de neto significa que los ingresos de capital se deducen las remesas de beneficios y las repatriaciones de capital.

b/ Corresponden a los países de Bolivia, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay

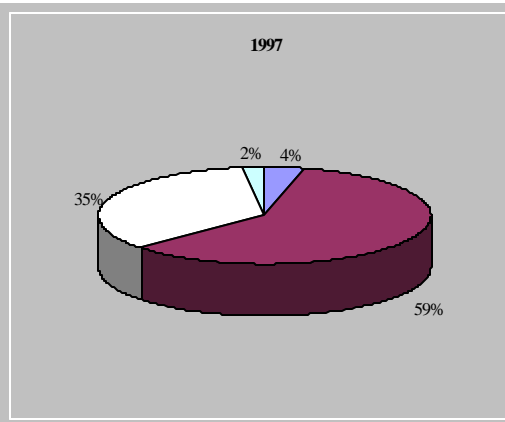
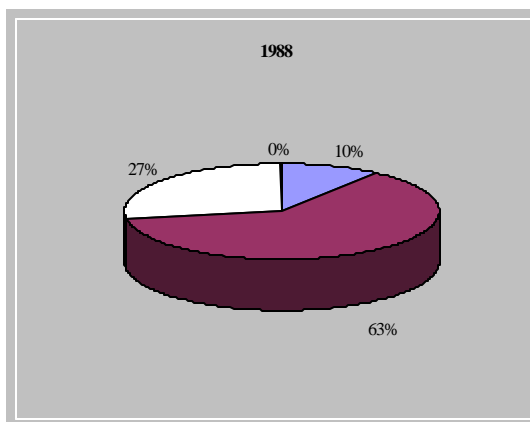
Cuadro Anexo 5: Participación del stock de Inversión extranjera directa mundial por sectores, -1988-1997- Mundial



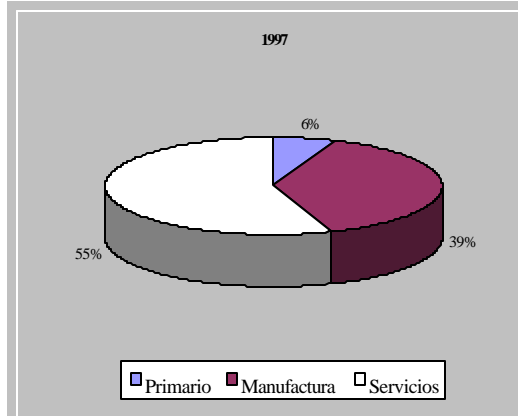
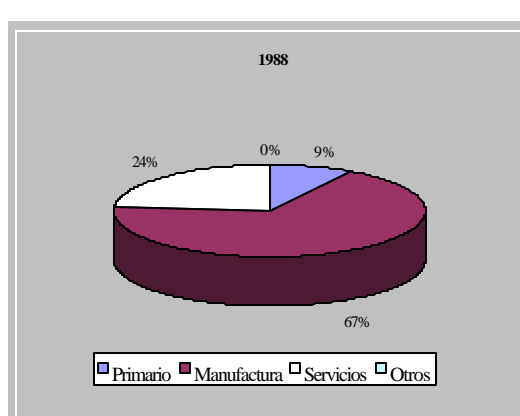
Países desarrollados



Países en desarrollo



América Latina



■ Primario ■ Manufactura □ Servicios □ Otros

■ Primario ■ Manufactura □ Servicios

Cuadro Anexo 6. América Latina y el Caribe
Tasa de rentabilidad de la inversión extranjera directa

Países	1971-1980	1981-1990	1991-1995	1996
Argentina	14,3	8,8	19,7	14,2
Brasil	7,4	10,7	20,0	16,4
Chile	5,3	50,3	18,5	14,8
Colombia	8,2	9,3	16,4	17,6
México	10,8	11,8	17,1	18,3
Panamá	10,8	14,7	9,3	7,9
Perú	8,4	0,7	13,1	29,1
Venezuela	15,2	9,7	24,6	20,6
Promedio de países	10,0	14,5	17,3	17,4

Fuente:

CEPAL, La Inversión extranjera en América Latina y el Caribe, Edición 1997, Santiago de Chile, 1998, pág. 149, sobre la base de José Elías Durán, Base de datos. Grupo de investigación sobre economía latinoamericana (GIELA), Universidad de Barcelona, 1997. Los cálculos fueron efectuados sobre la base de información proporcionada por la Oficina de Análisis Económico del Departamento de Comercio de Estados Unidos.

Cuadro Anexo 7. Transferencias netas a los países en desarrollo ^a
Por cuenta de IED, 1970-1998
(Miles de millones de dólares)^b

	1970-1974	1975-1979	1980-1984	1985-1989	1990-1994	1995-1998
Entrada neta de IED	10,2	29,7	42,1	63,4	161,0	309,8
Remesas de utilidades	39,9	69,7	84,9	66,0	102,5	114,6
Transferencia neta	-29,7	-40,0	-42,8	-2,6	58,5	195,2

Fuente:

Cálculos de la secretaría de la UNCTAD basados en Banco Mundial, Global Development Finance, 1999 (CD-Rom)

^a Excluida China^b Totales acumulados para cada período.

Cuadro Anexo 8. América Latina y el Caribe: Principales subsidiarias de las empresas trasnacionales, 1990 y 1998
(millones de dólares y porcentajes)

	1990		1998	
	Cantidad	%	Cantidad	%
Numero de empresas	500	100	500	100
Extranjeras	142	28.4	202	40.4
Privadas nacionales	265	53.0	258	51.6
Estatales	93	18.6	40	8.0
	Valor		Valor	
Ventas	360,142	100	646,351	100
Extranjeras	95,764	26.6	250,149	38.7
Privadas nacionales	138,352	38.4	272,914	42.2
Estatales	126,026	35.0	123,388	19.1
Sectores (receptores)	360,142	100	646,351	100
Primario	100,058	27.8	112,413	17.4
Manufactura	152,134	42.2	267,901	41.4
Servicios	107,950	30.0	266,037	41.2

Fuente: CEPAL,2000

**Cuadro Anexo 9. América Latina y el Caribe: Principales empresas industriales
1990 y 1998**
(millones de dólares y porcentajes)

	1990		1998	
	Cantidad	%	Cantidad	%
Numero de empresas	100	100	100	100
Extranjeras	46	46.0	47	47.0
Privadas nacionales	50	50.0	52	52.0
Estatales	4	4.0	1	1.0
	Valor		Valor	
Ventas	101,394	100	182,022	100
Extranjeras	53,574	52.8	110,515	60.7
Privadas nacionales	42,589	42.0	69,262	38.1
Estatales	5,231	5.2	2,245	1.2

Fuente: CEPAL,2000

**Cuadro Anexo 10. América Latina y el Caribe: Principales empresas exportadoras
1995 y 1998**
(millones de dólares y porcentajes)

	1995		1998	
	Cantidad	%	Cantidad	%
Numero de empresas	200	100	200	100
Extranjeras	66	33.0	95	47.5
Privadas nacionales	120	60.0	97	48.5
Estatales	14	7.0	8	4.0
	Valor		Valor	
Exportaciones	112,053	100	132,061	100
Extranjeras	34,301	30.6	59,193	44.8
Privadas nacionales	36,272	32.4	43,961	33.3
Estatales	41,480	37.0	28,907	21.9
Sectores (exportadores)	112,052	100	132,062	100
Primario	50,209	44.8	52,971	40.1
Manufactura	55,852	49.8	66,904	50.7
Servicios	5,991	5.3	12,187	9.2

Fuente: CEPAL,2000

APÉNDICE

CASOS CONFLICTIVOS DEL CAPITULO 11 DEL TLCAN

Todos estos casos tienen en común, no solamente la búsqueda de evadir los sistemas legales nacionales apelando al Cap. 11 del TLCAN, sino además que los procesos son bastante secretos, ventilándose fundamentalmente a través de las notas periodísticas o las páginas web de las empresas. Los análisis disponibles suelen estar bastante distorsionados con una evidente carga emocional. Por lo tanto, en contados casos queda claro si hay discriminación contra la empresa por ser extranjera. El otro elemento común es que no se trata de expropiaciones directas, sino indirectas.

Caso Mondev International de Canadá vs Estados Unidos. Esta empresa canadiense demandó el 6 de mayo de 1999 al gobierno de Estados Unidos por \$ 50 millones de dólares de daños de lucro cesante, luego de perder todos los juicios y apelaciones posibles en ese país. La demanda se basa en la pérdida de un derecho contractual en la ciudad de Boston para adquisición de terrenos y construcción de complejos de compras y hoteleros. La historia es sumamente tortuosa y típica de complicaciones legales en un proceso en el que participaron otras empresas, hubo quiebras de por medio y reversión de derechos. El punto central de la demanda es que la empresa argumenta que la resolución final negativa para ella se debió a no ser estadounidense (<http://armonization.alert.org/October99/Mondev.htm>). De acuerdo a su texto, es un caso típico en el que el acuerdo de inversiones (Cap. 11 de TLCAN) opera correctamente, dado que el argumento es precisamente la discriminación (incumplimiento del Trato Nacional), no importa cuan antipática haya caído la empresa en algunos círculos estadounidenses.

Caso Methanex de Canadá vs Estados Unidos. A mediados de 1999 la corporación canadiense Methanex demandó al gobierno de Estados Unidos por \$ 970 millones en lucro cesante debido a la prohibición del gobierno de California de vender el compuesto MTBE que se usa en la gasolina. La razón de la medida radica en su impacto negativo ambiental y además, de salud sobre el ser humano. La medida de prohibición se basa en un estudio de la Universidad de California. A su vez, la demanda se basa en que esta es equivalente a una expropiación. (www.harmonizationalert.org/July99/Mtbe.htm). Este es un caso típico de regulación ambiental que afecta los intereses de una empresa.

Caso Loewen de Canadá vs Estados Unidos. Esta empresa funeraria canadiense demandó a Estados Unidos utilizando el ICISD del Banco Mundial. Este es un caso acerca del que hay muy poca información. La acción comenzó en 1998 a partir de un fallo de la Corte de

Mississippi en contra de la empresa, por prácticas comerciales restrictivas y fraudulentas, entre ellas rompimiento de contratos. Al perder un juicio, la corte exigió una fianza de 125 por ciento del valor a pagar, a efectos de esperar la apelación. La empresa tuvo que entrar en un acuerdo con su demandante y consideró que la fianza equivalía a una expropiación. Por tanto entabló la demanda bajo el Cap. 11 del TLCAN (www.harmonizationalert.org/NAFTA/Loewen.htm). Este caso ha tenido impactos traumáticos en Estados Unidos debido a que la empresa demandante agotó primero todos los mecanismos de los procesos legales internos y luego, cuando tuvo objeciones recurrió a la demanda de arbitraje internacional, lo que aclara la cuestión de discriminación al revés, dado que las empresas nacionales no tienen esta posibilidad. Del otro lado se insiste en que este asunto no tiene nada que ver con comercio internacional.

Caso Myers de Estados Unidos contra Canadá. La solicitud de compensación proviene de una empresa estadounidense operando en Canadá y se basa en la cláusula de equivalente de expropiación. La compañía sostiene que una prohibición por 15 meses en 1995 de exportar PCB le causó una pérdida y reclama en consecuencia \$ 6.3 millones. La prohibición canadiense se basó en el temor de que en Estados Unidos (destino de las exportaciones) no pudieran manejar adecuadamente el compuesto. Luego de verificado que esto se hacía de manera satisfactoria, el gobierno canadiense reabrió las exportaciones.

Caso Ethyl Corp de Estados Unidos contra Canadá. La empresa buscó compensación como resultado de una “expropiación indirecta” debido a la prohibición canadiense de importar el compuesto MMT. El gobierno de Canadá terminó pagando \$ 13 millones en agosto de 1998 por un arreglo con la empresa, a efectos de no arriesgar perder el arbitraje. También se vio obligado a declarar públicamente que el MMT no implicaba ningún riesgo de salud o ambiental. Esta decisión fue bastante compleja y traumática para las iniciativas ambientales debido a que EPA de Estados Unidos mantiene la prohibición de utilizar el MMT en gasolina reformulada. Parece ser el único caso concluido hasta ahora, aunque sea por un arreglo fuera del arbitraje.

Caso Metalclad Corp contra México. En octubre de 1996, Metalclad Corp., una compañía estadounidense de disposición de residuos acusó al gobierno mexicano de violar el capítulo 11 del TLCAN cuando el estado de San Luis Potosí le rehusó un permiso para reabrir una de sus facilidades. El gobernador del estado cerró el sitio luego que una auditoría geológica reveló de que la instalación podía contaminar la oferta local de agua. Metalclad reclamó que esto constituía un acto de expropiación y solicitó \$ 90 millones de dólares en compensación. En este caso se trataba de un conflicto antiguo contra el sitio por parte de la población local que incluso había obligado a cerrar a la empresa que ocupaba el lugar anteriormente a Metalclad. El otro problema es que se trató de una movilización popular finalmente apoyada por el estado de SLP, pero no por el gobierno federal mexicano. Finalmente, el arbitraje asignó a Metalclad una compensación de 16.7 millones de dólares, el que México está apelando fuera de los mecanismos del TLCAN.

