

La Iniciativa Plurilateral de Declaración Conjunta sobre Facilitación de la Inversión: Su promesa de desarrollo queda en el aire

Kinda Mohamadieh
20 de noviembre de 2021

Antecedentes

Las negociaciones sobre un “marco multilateral de facilitación de la inversión para el desarrollo” se han desarrollado intensamente durante 2020 y 2021, con la participación de unos 105 países (aunque el número de países que presentan propuestas activamente es mucho menor). Las negociaciones sobre este marco se derivan de una declaración ministerial adoptada por 16 miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que lanzaron una iniciativa plurilateral conjunta sobre el tema durante la 11^a Conferencia Ministerial de la OMC. La negociación de las normas de facilitación de la inversión en el marco de la OMC no ha obtenido un consenso multilateral entre los Miembros de la OMC. De hecho, los miembros de la OMC habían acordado en 2004 que no se llevaría a cabo ningún trabajo de negociación sobre la inversión durante la Ronda de Doha,¹ que en el momento de redactar este informe no se había declarado cerrada.

En febrero de 2021, India, Sudáfrica y Namibia cuestionaron la legalidad de las iniciativas de declaración conjunta y los intentos de introducir sus resultados en la OMC (WT/GC/W/819). En su presentación, rechazaron la propuesta de que, si los resultados negociados se ofrecen sobre una base de nación más favorecida (NMF), no se requiere un consenso multilateral para incluir el marco resultante bajo el paraguas de la OMC. Subrayaron que tal propuesta sería contraria a los principios y objetivos fundamentales del sistema multilateral, consagrados en los artículos II.1 y III.2 del Acuerdo de Marrakech.² También subrayaron que cualquier intento de introducir esas nuevas normas en la OMC sin el consenso de todos los miembros de la OMC será perjudicial para el funcionamiento del sistema comercial multilateral basado en normas, erosionará su integridad al subvertir las normas establecidas y los principios fundacionales, eludirá la supervisión colectiva de los miembros y dará

¹ Sumaila et al. (2019). Estimaciones y análisis actualizados de las subvenciones pesqueras mundiales. *Marine Policy* 109, 103695.

² Entre los países con alto IDH se encuentra China.

La **Red del Tercer Mundo (Third World Network, TWN)** es una organización internacional independiente de investigación y cabildeo, sin ánimo de lucro, que se dedica a lograr una mejor expresión de las necesidades, aspiraciones y derechos de los pueblos del Sur y a promover un desarrollo justo, equitativo y ecológico.

Publicado por Third World Network Berhad (198701004592 (163262-P))

Dirección: 131 Jalan Macalister, 10400 Penang, MALASIA **Tel:** 60-4-2266728/2266159 **Fax:** 60-4-2264505

Email: twn@twnetwork.org **Sitio web:** www.twn.my

El contenido de esta publicación puede ser republicado o reutilizado gratuitamente para fines no comerciales, salvo que se indique lo contrario. Esta publicación se distribuye bajo una licencia internacional Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-CompartirIgual 4.0.

lugar a que se ignoren los mandatos multilaterales existentes alcanzados por consenso para favorecer asuntos sin mandato multilateral.³

Se ha comparado al marco de facilitación de inversiones (IFF) propuesto con el Acuerdo de Facilitación del Comercio (TFA). Sin embargo, el ámbito sobre el que debe regir el IFF (es decir, todas y cada una de las inversiones extranjeras) es muy diferente al del TFA. La suposición de que se pueden regir las inversiones a largo plazo con las mismas consideraciones y principios que podrían regir el paso de mercancías a través de las fronteras es un punto de partida problemático y refleja los supuestos problemáticos en los que se basa la propuesta del IFF.

Preguntas relativas a la promesa de desarrollo de la iniciativa

La iniciativa ha sido constantemente presentada por sus defensores como beneficiosa para facilitar la inversión para el desarrollo. Sin embargo, las repercusiones reales de las disciplinas propuestas podrían, de hecho, obstaculizar la capacidad de los Estados para impulsar la inversión en favor del desarrollo sostenible. Algunas secciones cruciales del actual proyecto propuesto⁴ no se adecuan a las consideraciones de desarrollo o podrían utilizarse para cuestionar intervenciones reguladoras del Estado en pos de objetivos de desarrollo.

Por ejemplo:

- El ámbito de aplicación propuesto es muy amplio y abarca todas las inversiones en todos los sectores, servicios y no servicios, a lo largo de todo el ciclo de la inversión.⁵ La amplitud y la profundidad del ámbito de aplicación serán un factor determinante de la carga de las disciplinas y los requisitos impuestos por el marco. Algunos Estados participantes sugirieron ampliar el ámbito de aplicación a las fases anteriores a la realización de la inversión (fases previas al establecimiento). Se propone que el ámbito de aplicación abarque todas las medidas relacionadas directa o indirectamente con una inversión o que la afecten, en lugar de las que rigen directamente la inversión. La amplitud del ámbito de aplicación determinará la carga de las disciplinas propuestas. Y aunque la definición de inversión sigue abierta, se ha sugerido definirlos “con base en los activos,” una expresión tomada de los antiguos acuerdos internacionales de inversión. Esto contradice fundamentalmente la pretensión de que el marco se centre en las inversiones que añaden valor, ya que tal definición ampliaría la cobertura del marco a activos que pueden no tener ningún beneficio económico para la economía anfitriona.
- La premisa general que puede desprenderse del ámbito de aplicación propuesto y de otras disciplinas propuestas es que todos los inversores deben recibir el mismo trato, independientemente de su impacto en el país anfitrión y de su efecto en las comunidades de acogida. En virtud de las disciplinas, los intentos de los Estados de privilegiar las inversiones que añaden valor a sus objetivos de desarrollo y transformación nacional podrían ser cuestionados por carecer de “objetividad”.⁶
- Las disciplinas propuestas podrían exponer la conducta institucional reguladora de la autorización de inversiones extranjeras, en todos los niveles de gobierno, al escrutinio de un conjunto amplio de normas multilaterales.⁷ Estas normas podrían utilizarse para impugnar la reglamentación basada en el equilibrio subjetivo que puede exigirse cuando existen múltiples criterios para evaluar una inversión, como el impacto medioambiental, económico o comunitario de una plataforma de perforación petrolífera, una central eléctrica, una inversión minera, etc. Esto podría socavar la autoridad y restringir el espacio normativo de las autoridades reguladoras nacionales. El incumplimiento de estas normas podría dar pie a que los

³ Esto se desprende de una propuesta de Argentina, Chile y Ecuador (RD/TN/RL/136, 22 de febrero de 2021) sobre la pesca artesanal.

⁴ INF/IFD/RD/74/Rev.1 disponible en: https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/wto_plurilateral_investment_facilitation_draft_consolidated_revised_easter_text-2.pdf. El último texto INF/IFD/RD/74/Rev.3 no está disponible al público.

⁵ Véase Kinda Mohamadieh (julio de 2020), “Scope of an Investment Facilitation Framework: Implications for its Developmental Claim”, Red del Tercer Mundo, disponible en: https://www.twn.my/title2/briefing_papers/investment_facilitation_series/Scope%20of%20IFF%20Jul%202020%20Mohamadieh.pdf

⁶ INF/IFD/RD/74/Rev.1 disponible en: https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/wto_plurilateral_investment_facilitation_draft_consolidated_revised_easter_text-2.pdf, ver disposición 13.2.

⁷ Ibid, véase la sección III.

tribunales comerciales internacionales sopesen las políticas y el interés públicos frente a los intereses privados, y podría convertirse en motivo de impugnación en el marco de los acuerdos internacionales de inversión a través de los mecanismos de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS, por su sigla en inglés).

- Las disciplinas propuestas podrían ser muy intrusivas en la aplicación de tasas a las autorizaciones de inversión. Podría obstaculizar la capacidad de los países en desarrollo de utilizar estas tasas como fuente de ingresos para apoyar diferentes objetivos políticos o funciones reguladoras, aunque estos países necesitan estos ingresos cuando tienen una capacidad limitada para recaudar el impuesto a la renta o quieren limitar los impuestos regresivos.
- La sección propuesta sobre la transparencia exige la publicación anticipada de las leyes y reglamentos de aplicación general, o de cualquier modificación de los mismos, que un Miembro del futuro marco de inversiones se proponga adoptar en relación con asuntos que entren en el ámbito de las disciplinas (es decir, medidas relacionadas con la inversión en todos los niveles de gobierno). En caso contrario, el Miembro deberá publicar documentos que proporcionen detalles suficientes sobre esa posible nueva ley o reglamento o los cambios en uno ya existente. Las disciplinas propuestas también exigen que se proporcione a los inversores, a otras personas interesadas y a otros Miembros una oportunidad razonable para comentar estas medidas y para considerar los comentarios recibidos. Esto, junto con otros requisitos de “transparencia”, establecerá un régimen intrusivo que otorgará a las empresas extranjeras un derecho exigible a hacer lobby y a presionar a los Estados anfitriones sobre diversas regulaciones relacionadas con las inversiones. En efecto, consolida los amplios derechos de los inversores a ejercer presión, interferir e influir en los procesos normativos y legislativos nacionales.
- Todo esto va unido a un débil trato especial y diferenciado que se reduce a periodos de transición, que no son suficientes para abordar el impacto en el espacio normativo que podría surgir de las disciplinas propuestas. Los PMA no están exentos de la aplicación del marco propuesto. El borrador propuesto incluye vagas promesas de asistencia técnica y creación de capacidades, basadas en términos mutuamente acordados. Éstas no abarcan la asistencia financiera y no establecen ninguna obligación para que los países desarrollados contribuyan en este sentido. Por lo tanto, no ofrece a los países en desarrollo y a los PMA ninguna garantía para acceder a dicha asistencia.
- El proyecto incluye débiles propuestas de responsabilidad social de las empresas, lo que refuerza un enfoque voluntario de la conducta empresarial responsable. Tampoco presta suficiente atención a las responsabilidades de los Estados de origen de los inversores y las inversiones, y no reclama a los Estados de origen que regulen adecuadamente la conducta de sus nacionales en el extranjero para no causar daños a través de sus inversiones y, si lo hicieran, que deban rendir cuentas.

Dos grandes retos sistémicos a los que se enfrenta la iniciativa

(1) La interacción del FFI propuesto con los acuerdos internacionales de inversión (AII), en particular el ISDS, es un reto importante con el que han estado lidiando los defensores del FFI. Muchos de estos países se han enfrentado a tremendos desafíos como resultado del ISDS y quieren limitar, en lugar de aumentar, su potencial exposición a la responsabilidad bajo el ISDS. Los compromisos del IFF propuesto podrían filtrarse en el mundo de los AII y del ISDS en los casos en que las partes del IFF sean parte de AII que incluyan cláusulas paraguas, cláusulas amplias de “trato justo y equitativo” o cláusulas amplias de NMF, lo que significa que su incumplimiento se convierte en una violación del AII. Los defensores del IFF han intentado diseñar lo que denominan un “cortafuegos” para evitar este desafío. Esto incluye el diseño de un lenguaje legal en las secciones del IFF sobre el alcance, la NMF y la resolución de disputas. Sin embargo, teniendo en cuenta cómo deciden las cuestiones jurisdiccionales los tribunales de arbitraje de inversiones, no es evidente que ese lenguaje insertado en el IFF garantice que un país no sea cuestionado por sus compromisos con el IFF a través del ISDS.

(2) Algunos participantes en la negociación del IFF han defendido la incorporación del marco propuesto en la OMC, a pesar de la falta de consenso entre los miembros de la OMC al respecto. Algunas de las ideas que se han barajado a tal efecto son inscribir el resultado en las listas del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), o adoptar el IFF como un nuevo acuerdo en el marco de la OMC. Sin embargo, cada vez es más evidente, después de abordar esta cuestión en diferentes reuniones por parte de los proponentes del IFF y también entre los académicos expertos,

que no hay ninguna vía legal disponible para incluir el IFF bajo el paraguas de la OMC mientras no haya consenso sobre esta cuestión entre los miembros de la OMC.⁸ Otro enfoque podría ser considerar al FFI podría enfocarse como una “ley blanda”, una orientación independiente (no como parte del acervo de la OMC) que podría ayudar a informar las prácticas de los países de acuerdo con sus necesidades nacionales.

¿Qué se espera del IFF en la 12ª Conferencia Ministerial de la OMC?

Los participantes en las negociaciones del IFF están esperando un texto revisado más limpio,⁹ con menos corchetes, y están preparando una declaración ministerial para subrayar su determinación de continuar las negociaciones, con el objetivo de concluir las negociaciones del texto a finales de 2022.

Los países en desarrollo y los PMA, incluidos los que participan en las negociaciones del IFF, tienen un interés colectivo en prestar atención a las implicaciones sistémicas que podrían surgir del modo de adopción del IFF propuesto y de los intentos de someter el marco a la OMC, a pesar de la falta de consenso. Esto se debe a que, como señala Jane Kelsey, no se debe dar por sentado que los países en desarrollo que participaron en las negociaciones de la iniciativa de declaración conjunta del IFF con la promesa de obtener beneficios para ellos hayan respaldado la adopción de un resultado mediante mecanismos que violan las normas de la OMC y eluden la toma de decisiones por consenso.¹⁰

Es crucial que los miembros de la OMC atiendan a los puntos relativos a la ilegalidad de someter el resultado de las iniciativas plurilaterales de declaración conjunta a la OMC sin el consenso de sus miembros (incluidos los puntos planteados por Sudáfrica, India y Namibia en el documento WT/GC/W/819) y que soliciten a los proponentes del IFF que cumplan las obligaciones establecidas en las normas del Acuerdo de Marrakech de la OMC y en los acuerdos pertinentes de la OMC, incluidos los requisitos de consenso relativos al inicio de las negociaciones de la OMC y la obtención de sus resultados.¹¹ Las normas del Acuerdo de Marrakech de la OMC que establecen el alcance y los límites de la función negociadora de la OMC (artículos II.1 y III.2), en el contexto del objetivo de la OMC articulado en su Preámbulo, que es desarrollar “un sistema comercial multilateral integrado y más viable”, exigen que la OMC constituya el foro para las nuevas negociaciones entre sus miembros en relación con sus negociaciones comerciales multilaterales, tal como decida la Conferencia Ministerial, y no como decida un subconjunto de miembros de la OMC.

Kinda Mohamadieh es asesora jurídica e investigadora principal de la oficina de la Red del Tercer Mundo en Ginebra. Su trabajo se centra en los procesos y negociaciones de la OMC, la gobernanza de las inversiones internacionales y el papel y la responsabilidad de las empresas. Anteriormente, trabajó como investigadora principal durante siete años en la organización intergubernamental Centro del Sur (South Centre), también con sede en Ginebra. También trabajó durante nueve años en la Red de ONG Árabes para el Desarrollo, con sede en Beirut. Kinda tiene un máster en Derecho Económico Internacional por la Universidad de Lausana, un máster en Asuntos Públicos por la UCLA y una licenciatura en Economía. Actualmente es candidata al doctorado en el departamento de derecho internacional del Instituto de Postgrado de Ginebra.

⁸ Jane Kelsey (septiembre de 2021), “Investment Facilitation Joint Statement Initiative: No Home in the WTO”, documento informativo de la Red del Tercer Mundo, disponible en: https://www.twn.my/title2/briefing_papers/twn/Investment%20facilitation%20TWNBP%20Sep%202021%20Kelsey.pdf

⁹ Véase INF/IFD/RD/74/Rev.3 en https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S001.aspx, no disponible al público.

¹⁰ Jane Kelsey (septiembre de 2021), “Investment Facilitation Joint Statement Initiative: No Home in the WTO”, documento informativo de la Red del Tercer Mundo, disponible en: https://www.twn.my/title2/briefing_papers/twn/Investment%20facilitation%20TWNBP%20Sep%202021%20Kelsey.pdf

¹¹ Jane Kelsey (junio de 2021), “Why the Joint Statement Initiatives Lack Legal Legitimacy in the WTO”, Auckland Law School, disponible en: https://ourworldisnotforsale.net/2021/Kelsey_JSI_legitimacy.pdf