

*Relaciones internacionales: inversiones, comercio y
acuerdos monetarios*

¿Facilitación o protección para las inversiones
extranjeras? Nuevos elementos del debate global

*Facilitation or protection to FDI?
New elements in the global debate*

Luciana Ghiotto* y Adoración Guamán**

RESUMEN

La facilitación de inversiones es un mecanismo indeterminado que implica la simplificación de los procesos administrativos y regulatorios para la llegada, operación y salida de las inversiones extranjeras. Al no proveer cláusulas de trato diferenciado para los inversores extranjeros, encontramos una diferencia sustancial entre facilitación y protección de inversiones tal como existe en los tratados de inversión firmados hasta los años recientes. No obstante, aquí se argumenta que uno de los mecanismos centrales de la facilitación es la cooperación reguladora, que implica la tendencia a la homogeneización en los procesos regulatorios estatales, a la vez que estos se abren a la participación de las partes interesadas o *stakeholders*. Esto implica entonces que la facilitación conlleva la modificación de los procesos regulatorios internos de los Estados.

Palabras clave: inversiones, facilitación, protección, coherencia regulatoria, TBI

* Investigadora del CONICET con sede en la Escuela de Política y Gobierno de la Universidad Nacional de San Martín (EPyG/UNSAM). Doctora en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires.

** Profesora titular de derecho del trabajo en la Universidad de Valencia. PhD en Derecho por la Université Paris Ouest Nanterre y por la Universidad de Valencia.

ABSTRACT

Facilitation is a mechanism very indeterminately defined. It denotes the simplification of administrative and regulatory processes in order to facilitate the arrival, operation and exit of foreign investment. Facilitation does not provide a different treatment to foreign investors, so here we find a substantial difference with investment protection that was adopted in bilateral investment treaties in the past years. Nonetheless, we explain that one of the main mechanisms that come with facilitation is regulatory coherence, which implies the tendency to homogenize State's regulatory processes. Also, it brings in the participation of private stakeholders in the adoption of regulations. Finally, it is argued that this means the modification of States internal regulatory processes.

Keywords: investment, facilitation, protection, regulatory coherence, BIT

Fecha de recepción: 18 de agosto de 2018

Fecha de aceptación: 23 de septiembre de 2018

Introducción

Durante el año 2017, un grupo de países encabezados por Argentina, Brasil, China y Rusia presentó en diferentes foros documentos con propuestas para avanzar en la adopción de “reglas para la facilitación de inversiones”. Esta propuesta fue presentada en las reuniones preparatorias al G-20 de Hamburgo y también en las reuniones de Consejo General de la Organización Mundial de Comercio (OMC), con el objetivo de incluir el tema en la XI^o Reunión Ministerial en Buenos Aires en 2017. En 2018, este debate parece paralizado y, sin embargo, se trata de un tema que ha quedado instalado en varios organismos internacionales.

El concepto de facilitación de inversiones es laxo e indeterminado. Por un lado, deja afuera los temas típicos de la protección de inversiones que se encuentra en los tratados bilaterales de inversión (TBI), tales como las cláusulas de trato justo y equitativo, trato no-discriminatorio y expropiación indirecta, todas ellas dirigidas a la protección de los inversores, así como el mecanismo de solución de controversias inversor-Estado (ISDS). Por otro lado, esta noción incorpora términos como transparencia, previsibilidad y compromiso con las partes interesadas para establecer un nuevo conjunto de reglas para la inversión extranjera a nivel multilateral.

Partiendo de este concepto, el presente artículo se propone dos objetivos. En primer lugar, presenta las propuestas de los países impulsores de estas reglas y analiza sus principales elementos. A partir de dicho análisis se

demuestra que los términos son diferentes, ya que no se trata de mecanismos de protección de inversiones que incorporan cláusulas sustantivas para los inversores extranjeros, sino de reglas para la facilitación que tienen como objetivo simplificar la circulación, instalación, operación y salida de las inversiones extranjeras a escala global.

En segundo lugar, el artículo analiza la propia noción de facilitación. Si no se trata de cláusulas de protección ni otorga derechos a los inversores entonces, ¿cuál es la relevancia del debate sobre la facilitación de inversiones? Aquí sostenemos que se trata de un conjunto de reglas que contienen mecanismos de cooperación reguladora¹, con el objetivo de reducir los costos de operación para los inversores. Los instrumentos de este tipo de cooperación son los elementos centrales en todos los llamados acuerdos mega-regionales, o tratados de libre comercio (TLC) de *segunda generación*, especialmente los impulsados por Estados Unidos desde 2011, como el Tratado Trans-Pacífico (TPP), el Tratado Transatlántico (TTIP) o el tratado entre Canadá y la Unión Europea (CETA). Estos tratados no solo incorporan disposiciones de liberalización del comercio y las inversiones, sino que avanzan en los temas detrás de las fronteras, es decir, los temas regulatorios. Las reglas de facilitación de inversiones, aun si parecen inofensivas porque son presentadas bajo una serie de principios como *transparencia* o *compromiso con las partes interesadas*, son un modo de intervenir en el proceso regulatorio de los Estados mediante el establecimiento de la obligación de apertura del proceso regulatorio al sector privado, e incluso a otros Estados.

Con estos objetivos, el artículo se estructura de la siguiente manera: la primera parte abarca un recorrido teórico sobre la noción de facilitación y se compara con la protección de inversiones; en la segunda parte se revisa el actual debate multilateral sobre facilitación, las posiciones de los países y se analizan sus implicaciones; la tercera parte se dedica al diálogo comparado entre la propuesta de facilitación y los mecanismos de cooperación reguladora.

¹ De acuerdo al tratado que se considere, la cooperación reguladora aparece también bajo el nombre de coherencia regulatoria, como en el Tratado Trans-Pacífico (TPP), aunque se trata del mismo tipo de cláusulas.

Facilitación versus Protección de las inversiones

La facilitación de inversiones aparece como un término laxo e impreciso. Engloba acciones regulatorias, roles institucionales y procedimientos administrativos con el fin de facilitar la entrada, operación y salida de los inversores (Mohamadiéh, 2017; Singh, 2017). De este modo, se estaría incentivando y estimulando el flujo de inversiones extranjeras hacia los países. Sin embargo, no existe una definición común sobre qué y cuáles son las reglas para facilitar las inversiones, por ello su definición específica depende de quien la plantea. Hasta ahora, la facilitación de las inversiones aparece como un cúmulo de principios cuyo objetivo es la modificación de ciertas políticas públicas estatales con el fin de simplificar la circulación de las inversiones.

A diferencia de la protección de inversiones, la facilitación no se propone como un conjunto de cláusulas que otorguen derechos a los inversionistas, tal como aparecen en los tratados de protección y promoción de las inversiones (TBI) o en los TLC con capítulos de inversiones. Estos tratados incorporan obligaciones para los Estados en su tratamiento del inversor extranjero: se le debe otorgar trato nacional, trato de nación más favorecida, trato no-discriminatorio y trato justo y equitativo (van Harten, 2005), entre otras. Estas cláusulas de trato no están presentes en la discusión sobre facilitación. Aquí no aparecen las cláusulas de protección del inversor frente a la expropiación, directa o indirecta, ni tampoco se incluye el mecanismo de solución de controversias inversor-Estado (ISDS) que permita a los inversores acudir al arbitraje internacional en caso de que un Estado afecte su inversión, elemento clave de la protección de las inversiones extranjeras (Sornarajah, 2010).

Sin embargo, aun si no se trata de protección de inversiones tal como se conoce hasta ahora, la facilitación sí avanza estableciendo un detalle de las responsabilidades de cada Estado con el fin de garantizar rapidez y simplicidad en los trámites para la radicación de inversión extranjera en su territorio. Este tipo de planteamiento no estaba detallado en los TBI, ya que estos se concentran en la protección y en las obligaciones de los Estados hacia los inversores, sin entrar en detalles sobre procesos administrativos internos que pudieran afectar al inversor. Así, la facilitación no detalla un sistema de protección para las inversiones, pero sí establece una serie de cambios que los Estados deben realizar, tanto de sus procedimientos administrativos como de sus regulaciones en torno a las inversiones extranjeras. Se trata por tanto de una suerte de obligación indirecta que afecta de lleno al diseño de la normativa estatal.

Es posible afirmar que bajo el término de facilitación de inversiones se encuentra un nuevo modo de la cooperación reguladora entre los actores estatales implicados. Esta *cooperación* ya fue incorporada en los llamados *tratados de segunda generación* o acuerdos mega-regionales como el TPP, el TTIP y el CETA, incluso también en el Tratado entre la Unión Europea y Singapur. Bajo los términos de *transparencia*, *consistencia* y *previsibilidad* se pretende que los Estados avancen en la coordinación general de sus políticas nacionales. En otras palabras, que pongan a consideración de otros Estados -y del sector privado- su aparato regulatorio (Guamán, 2015 y 2016). Se trata de un mecanismo que opera *detrás de las fronteras* de los Estados, es decir, en el proceso de regulación doméstico². Esto abordará en profundidad en los próximos apartados.

Para definir más concretamente la facilitación de inversiones, seguidamente se revisan los puntos que aparecen en todas las propuestas presentadas:

a) *Transparencia de procesos y compromiso con las partes interesadas*: se trata de la generación de un “marco regulatorio transparente, estable y predecible para los inversores, sin cuestionar el derecho de los miembros a regular” (propuesta de Rusia)³. El término *transparencia* aparece en estas propuestas como la necesidad de que los Estados den a conocer leyes, regulaciones, decisiones judiciales y reglamentos administrativos que tengan que ver con la inversión extranjera. La propuesta de China incluye “mejorar la transparencia del marco de políticas sobre inversiones”, y “mejorar la eficiencia de los procedimientos administrativos relativos a inversiones”. También sostiene que: “se debe hacer que todas las leyes y regulaciones relativas a inversiones estén públicamente disponibles para las partes interesadas incluyendo medios electrónicos”⁴. La propuesta rusa coincide en que se incluyan “provisiones para transparencia en regulaciones relevantes”. También deben establecer un registro de leyes y regulaciones que afecten la inversión.

² Por ejemplo, en el debate para llevar la facilitación de las inversiones al ámbito de la OMC en mayo de 2017, India y Sudáfrica dijeron a Japón, Canadá y la Unión Europea que: “las reglas que están proponiendo aquí reducirán nuestro espacio de política pública y ese espacio es el que necesitamos para desarrollar aquello que ustedes hicieron en el pasado, pero hoy con estos mecanismos nos quieren atar de manos” (en Chakravarthi Raghavan, 2017b).

³ Propuesta de Rusia (JOB/GC/120), traducción propia.

⁴ Propuesta de China (JOB/GC/123) a la OMC, traducción propia.

b) *Simplificación de procesos administrativos*: El objetivo es que los inversores tengan mayor facilidad para operar su inversión, aligerando los trámites administrativos y el acceso a permisos. Por ejemplo, mediante la implementación de una ventanilla única (*single window*) para trámites (propuestas de Rusia y Brasil/Argentina), o la creación de una institución única para trámites (propuesta de China), así como el acceso a un sistema online con toda la información necesaria para establecer una inversión. Incluso, el establecimiento de un conjunto de principios comunes sobre el procesamiento de los pedidos de inversión y la entrega de permisos. La propuesta de Brasil y Argentina explica que se trata de un conjunto de principios comunes para que los inversores cuenten con un marco “estable, predecible y eficiente”. Las propuestas de China y Rusia agregan: “fomentar el establecimiento de criterios claros y consistentes y procedimientos para el proceso de selección, evaluación y aprobación de la inversión”.

c) *Solución de controversias*: Las propuestas no incluyen un mecanismo de solución de controversias inversor-Estado. En caso de disputa aparecen diferentes propuestas. Rusia sostiene que las disputas deben ser resueltas en la jurisdicción de cada miembro, es decir, en la justicia nacional. Por otra parte, la propuesta de Brasil y Argentina plantea la creación de “puntos nacionales focales u ombudsmen que ayuden a prevenir las disputas entre los miembros”⁵, tal como existen en los acuerdos de cooperación y facilitación de inversiones (ACFI) que impulsó Brasil desde 2015, y que recientemente ha sido incorporado en el Protocolo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones del MERCOSUR. Al no incluir ISDS, se evita tocar un tema controvertido sobre el tratamiento dado a las inversiones extranjeras, como aseveran las propuestas de Argentina, Brasil y China.

d) *Otros puntos relevantes de las propuestas*: a) la necesidad de “facilitar la circulación del personal que se relaciona con la inversión” (China); b) otorgar a los inversores “un fácil acceso a la infraestructura pública básica” (China); c) incorporar principios de responsabilidad social empresarial, de modo voluntario para los inversores (Brasil, Argentina y China); d) “trato especial y diferenciado” para los países menos industrializados, con la opción de agendas diferenciadas para la implementación del acuerdo, mientras que la propuesta china sostiene que los países menos adelantados no están obligados a su implementación, aunque serán instados a hacerlo;

⁵ Propuesta de Brasil y Argentina (JOB/GC/124), traducción propia.

también se proveerá a estos países asistencia técnica para fortalecer sus capacidades institucionales y regulatorias, para avanzar en la facilitación de inversiones.

En resumen, todas las propuestas para la adopción de reglas para la facilitación de las inversiones extranjeras coinciden en los siguientes puntos: 1) la concepción de transparencia adoptada implica dar a publicidad al sector privado y a los otros Estados los marcos regulatorios que competen a las inversiones extranjeras; 2) las “partes interesadas” (*stakeholders*) de la inversión deben tener la oportunidad de comentar sobre nuevas leyes, regulaciones y políticas que proponga un Estado, así como sobre cambios a las regulaciones previamente existentes; 3) se espera que los Estados realicen los cambios necesarios en su marco regulatorio sobre las inversiones extranjeras con el fin de simplificar y facilitar la llegada, operación y retiro de los inversores; 4) se espera que los Estados modifiquen sus procesos administrativos internos con el fin de simplificar la operación de los inversores. Estos puntos implican que el sector privado tendría un peso decisivo en la legislación de un país, interviniendo directamente en la creación de marcos regulatorios. En definitiva, no se trata solamente de facilitar las inversiones con mecanismos administrativos más simples, sino que los demás Estados y los propios inversores puedan tener una incidencia en el mecanismo regulador de cada Estado.

La propuesta de facilitación de inversiones, del G20 a la OMC

El debate sobre la facilitación de inversiones ha tomado un reciente vuelo, especialmente a partir del año 2016 cuando apareció en diferentes foros de negociación como la Comisión de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el G20 y también la Organización Mundial del Comercio (OMC).

La OCDE y la UNCTAD han propuesto marcos sobre política de inversión que incluyen aspectos de la facilitación de inversiones, pero la definición varía en ambas. En el caso de la OCDE, su Marco sobre Políticas de Inversión del año 2011, revisado en 2014, se centra en el ambiente empresarial, la promoción de inversiones y la transparencia. Por su parte, la División de Inversión y Empresas de la UNCTAD lanzó en 2016 un Menú de Acción para la Facilitación de Inversiones. De este modo, se propone avanzar en la facilitación de inversiones entendida como reglas predecibles

y transparentes, procedimientos administrativos eficientes, un eficaz mecanismo de prevención y solución de controversias, así como la provisión de servicios para el inversor con el objetivo de ayudarlo a manejarse con las reglas y procedimientos internos del Estado receptor.

También el G20 lanzó un comunicado tras su reunión de Hangzhou (China) en septiembre de 2016 llamado *Guiding Principles for Global Investment Policymaking*, donde propone una serie de principios no obligatorios sobre facilitación de inversiones, además de mostrar un sesgo también para la protección de las inversiones. Es decir que el objetivo del G20 ha sido instalar principios rectores generales sobre lo que deberían ser las políticas de los Estados sobre inversiones. El hecho de que el G20 haya tomado el tema es relevante por el peso propio que posee este grupo: se trata de países que acaparan la mayor parte de los flujos globales de inversión. Por ello, los lineamientos planteados en ese espacio tienen una alta influencia sobre la política internacional de comercio e inversiones (Singh, 2017).

En esta propuesta, el G20 combina elementos de los tradicionales TBI con los nuevos temas de facilitación de inversiones. Este documento de apenas dos páginas sostiene en el punto IV sobre facilitación que:

... las políticas para la promoción de inversiones deberían, para maximizar el beneficio, ser efectivas y eficientes, orientadas a atraer y retener las inversiones, y emparejarse con esfuerzos para la facilitación que promuevan la transparencia y que sean útiles para que los inversores se instalen, conduzcan y expandan sus negocios.

Pero redobla la apuesta en el punto III sobre protección, donde sostiene que:

Las políticas sobre inversión deberían proveer seguridad legal y una fuerte protección a los inversores y a las inversiones, tangibles o intangibles, incluido el acceso a efectivos mecanismos de solución de controversias y procedimientos de ejecución. Los procedimientos de solución de disputas deberían ser justos, abiertos y transparentes, con apropiadas salvaguardas para prevenir abusos⁶.

En el caso de la OMC, la incorporación del tema es más reciente. Brasil, Argentina, Rusia y China comenzaron a impulsar el debate sobre facilitación de inversiones desde fines de 2016, en las reuniones preparatorias del G20 hacia la cumbre de Hamburgo, y en las reuniones del Consejo General de la OMC durante 2017. La propuesta es apoyada por el grupo MIKTA - México,

⁶ http://www.g20chn.org/English/Documents/Current/201609/t20160914_3464.html

Indonesia, Corea del Sur, Turquía y Australia-, además de los países que históricamente mantienen una postura favorable a la liberalización en inversiones, los actualmente “amigos de la facilitación de las inversiones para el desarrollo” como la Unión Europea, Japón, Suiza, Noruega, Canadá, Singapur, Hong Kong y Nueva Zelanda. Es notorio que dos de los países impulsores, Brasil y China, se habían opuesto a la incorporación del tema inversiones en la Conferencia Ministerial de Cancún de 2003 mientras presionaban para abrir la discusión sobre los temas de desarrollo (Ravi Kanth, 2017b). De hecho, gran parte de los países menos industrializados continúan mostrando su rechazo a la incorporación de este tema, como lo hicieron en Cancún.

Uno de los países más interesados en la propuesta es China, que quiere garantizar cierta base de facilitación para sus inversiones en el marco del mega-proyecto de infraestructura de la Ruta de la Seda del siglo XXI (que lleva el nombre de *Belt and Road Initiative*, BRI)⁷ y que involucra a 70 países. Este proyecto titánico, bautizado como el *nuevo Plan Marshall* chino, será financiado por diversas entidades financieras que orbitan en torno a China⁸. La propuesta de este país para la facilitación de inversiones proveería un marco normativo general a este proyecto. Por ejemplo, bajo el ítem *transparencia* se exigiría que los Estados armen un listado muy detallado sobre todos los criterios utilizados en el otorgamiento de licencias para las nuevas inversiones. Entonces, si dichos criterios no son completamente aclarados desde el principio, se volvería imposible para los Estados incorporar nuevos requerimientos a posteriori. Esta preocupación surgió en Pakistán frente al proyecto BRI, donde algunos sectores criticaron el proyecto de infraestructura chino porque hasta el momento sólo se ha hablado de facilitación para las inversiones chinas, pero nada sobre sus obligaciones (Chakravarthi Raghavan, 2017a).

Las propuestas presentadas por Argentina, Brasil, China y Rusia son muy similares entre sí. El argumento central de estos países para avalar la nueva discusión es que los miembros de la OMC ya hicieron compromisos sobre inversiones extranjeras en el marco del Modo 3 del Acuerdo General sobre

⁷ La Ruta de la seda permitiría impulsar el comercio entre China y más de 70 países de Asia, Oriente Próximo, África y Europa, a través de la modernización y construcción de enlaces de transporte, infraestructuras y telecomunicaciones por dos vías: la ruta férrea más larga del mundo, que unirá Madrid y la ciudad china de Yiwu; y otra marítima, con el eje en el puerto griego de El Pireo.

⁸ En la nueva Ruta de la Seda, el gobierno chino lleva invertidos 1.620 millones de dólares y planea desembolsar 2.300 millones al año durante los próximos diez años. <http://www.expansion.com/economia/2017/05/13/5917499d22601d85728b45bd.html>

Comercio de Servicios (AGCS), porque dicho acuerdo no diferencia el tratamiento otorgado a las inversiones en el sector de servicios con el resto de los sectores.

Por otra parte, la propuesta fue rechazada por India y Sudáfrica tanto en el G20 como en el seno de la OMC. Esto marca una ruptura en el espacio de los BRICS dentro del G20. Por ejemplo, India se opuso firmemente a la inclusión de la facilitación de inversiones entre los temas de la XI^o Conferencia Ministerial de la OMC en 2017, argumentando que va más allá del mandato de la OMC, ya que no hay un vínculo directo entre facilitación del comercio y facilitación de inversiones. Otros países como Sudáfrica, Camerún, Uganda, Bolivia, Ecuador, Cuba y Venezuela apoyaron la posición de India. Cuba, Venezuela y Ecuador sostuvieron que el mandato de Doha sigue en pie, el cual no incluye inversiones, por lo que no corresponde su inclusión para la Ministerial de Buenos Aires.

Posteriormente a estos países se sumó la negativa de Estados Unidos de tomar el tema hacia la Cumbre del G20 en Hamburgo. El comunicado lanzado por Estados Unidos en abril de 2017 sostenía que:

Sobre inversiones, los Estados Unidos no apoyan avanzar con un borrador ni con ningún paquete alternativo sobre facilitación de inversiones. (...) Washington no cree que las negociaciones del Grupo de Trabajo sobre Comercio e Inversiones del G20 sobre prescripción de política detallada sean necesarias o útiles en este momento⁹.

También Estados Unidos se negó a incluir el tema en la agenda de la OMC, porque “no queda claro qué problemas viene a resolver la negociación de facilitación de inversiones, y cómo podría el marco multilateral de la OMC proveer una solución”, aunque aseguraron que “todavía están estudiando las propuestas”¹⁰. Desde el año 2017 Estados Unidos ha desarrollado una política adversa a los ámbitos multilaterales, esto se vio reflejado en la dificultad de lograr una declaración final de la cumbre del G20 en Hamburgo y luego en la cumbre del G7 en Quebec en 2018.

⁹ <http://www.brics-info.org/india-south-africa-us-oppose-g20-draft-on-investment-facilitation/>

¹⁰ <http://www.twn.my/title2/wto.info/2017/ti170518.htm>

La Cooperación Reguladora dentro de la facilitación de inversiones

Acorde a lo indicado en la introducción, consideramos que el análisis de las reglas de facilitación de inversiones debe realizarse desde el prisma de los mecanismos conocidos como *cooperación reguladora*, desarrollados en los tratados de comercio e inversión de nueva generación. Este mecanismo está presente en todas las propuestas presentadas en el marco de la OMC.

La cooperación reguladora es un mecanismo que puede encontrarse en diversos acuerdos multilaterales de la OMC y, con distinto alcance, en casi todas las experiencias de integración supranacional¹¹. Tanto el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (TBT) como el Acuerdo sobre la aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (SPS), ambos adoptados en el seno de la OMC, imponen restricciones de obligado cumplimiento para los Estados firmantes relativas a las normas de producción y comercialización de determinados productos. Además, aunque de manera diversa, ambos acuerdos recogen también los mecanismos típicos para la convergencia reguladora que están presentes en numerosos TLC, como los firmados por la Unión Europea con Colombia, Perú o Corea del Sur o por los Estados Unidos con Australia y en el propio NAFTA.

Sin embargo, el protagonismo de estos mecanismos ha sido especialmente llamativo en los acuerdos más recientes de comercio e inversión, como los señalados TTIP o CETA, y esta relevancia se ha convertido en una seña de identidad de los mismos. De hecho, los análisis elaborados por las entidades negociadoras, en particular la Comisión Europea, han señalado la importancia de los instrumentos de cooperación reguladora, ya que un 80% de las ganancias que supuestamente implicarán estos acuerdos resultarán tanto de la liberalización del comercio de servicios y de la contratación pública como -fundamentalmente- de la reducción de los costes impuestos por la burocracia y las regulaciones. Desde esta perspectiva, estas regulaciones actúan como barreras no arancelarias (BNA) y dificultan el comercio entre las partes implicadas, por lo que su reducción

¹¹ Existen, por ejemplo, mecanismos de cooperación reguladora que han influenciado especialmente el modelo que se pretende integrar en el TTIP. En primer lugar, el establecido entre Australia y Nueva Zelanda contiene un acuerdo de “estándares alimenticios” y un acuerdo de “reconocimiento mutuo” en el que se afirma, por ejemplo, que una mercancía que puede venderse legalmente en uno de los dos países puede venderse en el otro y que un profesional colegiado en uno de los dos puede prestar sus servicios en el otro sin necesidad de pruebas o exámenes adicionales. También existe un modelo avanzado entre Estados Unidos y Canadá (el Consejo de Cooperación Reguladora), en el que parece haberse inspirado el TTIP. Sobre esta cuestión, remitimos al análisis de Gerstetter (2014) o al de Mumford (2014).

o eliminación mediante mecanismos que permitan una cooperación reguladora bilateral permanente es imprescindible para alcanzar los objetivos de los tratados. En el caso de las reglas de facilitación de las inversiones, se puede entender que el foco puesto en la reducción de costos administrativos y simplificación de procesos logísticos colabora en el objetivo general de reducción de costos para los inversores.

El concepto básico para comprender este tipo de mecanismos es el de *regulación*¹². La OCDE ha establecido una definición muy amplia, señalando que la regulación abarca una gran variedad de instrumentos mediante los cuales los gobiernos establecen requerimientos para empresas y personas. Bajo el paraguas del término regulación cabe incluir leyes, órdenes formales e informales y reglamentos subordinados que emanan de todos los órdenes de gobierno, así como normas procedentes de organismos no gubernamentales o auto-reguladores en los que los gobiernos han delegado facultades en materia de regulación. Por lo tanto, regular no es solo producir normas de cualquier rango, sino ejercer un control prolongado de una actividad, resolver controversias o incluso sancionar (Muñoz, 2009). Desde este punto de vista, por regulación deberíamos entender la actividad ejercida por distintas instituciones u organismos -desde los parlamentos a los gobiernos, pasando por los ayuntamientos o las agencias administrativas- y que se orienta hacia la consecución de objetivos vinculados a la función de gobierno.

Considerando el término regulación en sentido lato, es evidente que existen enormes diferencias entre las normas que regulan la producción o comercialización de un producto o servicio, tanto en el plano técnico como en los objetivos que encarnan, entre los Estados que participan en la negociación de acuerdos sobre comercio e inversiones, por ejemplo, un TLC. Un ejemplo claro ha sido el TTIP, por las enormes diferencias en los procesos regulatorios de Estados Unidos y la Unión Europea (Alemanno, 2015). Estas diferencias que imponen a los agentes económicos el cumplimiento de requisitos distintos en uno y otro país son entendidas como *obstáculos al comercio*. De acuerdo con la definición de la UNCTAD (2012), se trata de aquellas

¹² La traducción del término “regulation” varía según los textos que se tomen como referencia. En la traducción de los textos de la UE se mantiene el término regulación mientras que en la literatura crítica y activista se ha extendido el de reglamentación. En las siguientes páginas se utilizará “regulación” como término amplio o general y “reglamentación” para denominar al más concreto conjunto de normas jurídicas no derivadas del poder legislativo.

... medidas políticas, distintas de los aranceles aduaneros, que potencialmente pueden tener un efecto económico en el comercio internacional de mercancías, alterando las cantidades comercializadas o los precios o ambas cosas.

Entre estas barreras se encuentran, por ejemplo, determinadas medidas como las destinadas a la protección de la salud y del medio ambiente así como las disposiciones usadas tradicionalmente en la política comercial como las cuotas, el control de precios y las restricciones a la exportación; también pueden incluirse en las BNA otras medidas de carácter interno como la política de competencia, las medidas de inversión relacionadas con el comercio, las restricciones a la contratación pública, entre otras. Como señala Mumford (2014), la rebaja de aranceles al comercio de bienes y el aumento del comercio de servicios y el crecimiento de las cadenas mundiales de valor han evidenciado la existencia de estas otras barreras, derivadas de las diferencias en las regulaciones relativas a la fabricación, producción y comercialización de productos y servicios, donde se integran desde las cuestiones más técnicas relativas a la composición de determinados productos hasta las normas laborales o fitosanitarias.

La incorporación de la cooperación reguladora específicamente en la discusión sobre facilitación de inversiones posee un alcance más amplio en términos de presión hacia la desregulación de las inversiones extranjeras en el ámbito nacional. Primero, porque al instalar la discusión en el ámbito plurilateral como el G20 -y multilateral en la OMC-, se ampliaría enormemente el alcance de la cooperación reguladora. Si estas reglas fueran incorporadas a la OMC, esto implicaría que todos los países deberían acoplar su legislación interna en materia de inversiones a la del resto de los países miembros. En ese sentido, pierde el país que tenga el piso más alto, es decir, las regulaciones más rígidas por ejemplo para la aceptación de un inversor en áreas consideradas estratégicas, porque éste debería ajustar su legislación interna a la de los países con regulaciones más simples. El efecto que esto produce es de una *espiral hacia abajo (race to the bottom)* generalizada, ya que la presión efectuada por el sector privado podría provocar la reducción de las regulaciones de las inversiones a escala planetaria.

Segundo, la incorporación de estas reglas tendría un efecto de homogeneización de las políticas nacionales. Todas las normativas y regulaciones sobre inversiones deben estar en la línea de las *buenas prácticas regulatorias* (BPR), nombre que aparece en algunos tratados como el TPP, el TTIP y el CETA y que ha sido impulsado globalmente por la OCDE. Las BPR implican el establecimiento de dos tipos de mecanismos: en primer

lugar los orientados a la transparencia, que conllevan la obligación para cada estado de publicitar una vez al año un listado con las normas planificadas a nivel central y, por otro, la apertura de oportunidades razonables para que cualquier persona natural o jurídica interesada pueda opinar sobre los actos normativos de nivel central; en segundo lugar, incluye los instrumentos de *política reguladora*, en donde las partes se comprometen a realizar, según su normativa interna, un análisis de impacto de los actos normativos a nivel central.

En el marco de esta discusión, las BPR son aquellas que, primero, facilitan y simplifican la llegada, operación y salida de la inversión. Por ende, los Estados deben modificar sus marcos administrativos, creando nuevos mecanismos internos para facilitar los trámites que debe realizar un inversor extranjero en su territorio, mediante la creación de Puntos Focales y una *ventanilla única*. Además, las BPR son aquellas prácticas regulatorias transparentes, que son dadas a conocer a todas las partes interesadas, en particular el sector privado, que es de hecho el que lleva adelante la Inversión Extranjera Directa (IED).

Este punto abre otra discusión acerca de quiénes son las *partes interesadas*, y cómo operaría su involucramiento en el proceso de la transparencia. Parece evidente que la influencia fundamental será ejercida por los actores que cuentan con más fondos y, por tanto, con mayor capacidad de influencia: los *lobbies* empresariales (George, 2015; Wallach, 2013). En el caso del TTIP, las asociaciones de consumidores han acusado a este mecanismo de ser una "institucionalización surrealista de los *lobbies*" y una puerta abierta permanente a la entrada de los intereses del sector privado. Otro ejemplo de esta preocupación es la moción elevada por un grupo parlamentario holandés para que su gobierno promueva la exclusión de este mecanismo del contenido del TTIP, donde afirma que éste supone una violación de los principios democráticos del procedimiento legislativo que da entrada a las empresas en el seno del mismo. Finalmente, la moción no fue aprobada (Meuwese, 2015)¹³.

¹³ Es interesante contrastar estas críticas con la propuesta lanzada en 2012 por la Cámara de Comercio de los Estados Unidos y Business Europe sobre Cooperación Reguladora. En ella, las dos entidades apostaban por la aprobación de un tratado transatlántico en virtud del cual la UE y los Estados Unidos se comprometieran a impulsar la eficacia y eficiencia de sus respectivas regulaciones bajo los principios de equivalencia, reconocimiento mutuo y simplificación. El tratado incorporaría un mecanismo de gobierno para guiar el proceso de cooperación en la producción de la regulación de ambos bloques, con plena participación de los agentes económicos. La posibilidad de acabar convirtiendo a las empresas en co-legisladoras, incluso en el plano meramente formal, es uno de los principales temores de los

Conclusiones

La discusión acerca de las reglas sobre inversiones sigue siendo un punto candente a nivel internacional. Además de los 3.300 tratados bilaterales de inversión existentes, aquí se ha retratado el intento de avanzar en la discusión sobre facilitación de inversiones, ahora en el ámbito plurilateral (G20) y multilateral (OMC). Este debate se había saldado con el fracaso del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) en 1998, y con el estancamiento de los “temas de Singapur” de 1996 en la OMC. Pero hoy vuelve mediante el intento de un conjunto de países (Argentina, Brasil, China y Rusia, más el grupo MIKTA) por instalar nuevamente el tema en el ámbito multilateral.

El rechazo de India a la inclusión del tema en la agenda no implica que el tema se haya descartado. Por el contrario, se está generando un consenso en torno a los países que históricamente apoyaban esta agenda -los “amigos de la facilitación de las inversiones”-, y los nuevos defensores de la facilitación, varios de ellos del bloque BRICS e históricamente contrarios a los “temas de Singapur” que incluían inversiones.

El apoyo de China a este tema no debe solaparse. Este país está en búsqueda de un marco normativo que facilite sus inversiones en los grandes mega-proyectos en infraestructura. Por ello, la capacidad que China tenga para mantener el tema en la agenda multilateral va a depender de su interés. Especialmente, de su capacidad de ejercer presión sobre los países de modo individual, más sobre los pequeños que se han opuesto a esta agenda, como Venezuela, Ecuador y Bolivia, que son altamente dependientes de las compras chinas de sus materias primas, en particular hidrocarburos y productos de la minería.

La facilitación de inversiones es en sí mismo un tema problemático porque avanza en nuevas reglas de cooperación reguladora que implica que los Estados deben adaptar sus regulaciones internas a las exigencias desde el exterior. Esta cuestión, que es parte del espíritu de época de varios tratados mega-regionales, genera un achicamiento del espacio de política pública (*policy space*) ya que avala que el sector privado, u otros Estados, tengan una incidencia en el proceso de regulación de los firmantes. Bajo el título aparentemente inocuo de *transparencia* y *procesos administrativos*, aparecen en verdad los temas *detrás de la frontera* que no tienen que ver con

comercio o con las inversiones, sino con el intento de restringir el espacio regulatorio de los Estados.

A su vez, todo este debate se da en un momento donde el sistema de protección de inversiones atraviesa una fuerte deslegitimación. La crítica viene especialmente de países que en los últimos años han visto subir sus índices de demandas de inversores mediante el mecanismo ISDS en el arbitraje internacional¹⁴. Las voces que anteriormente aceptaron y promovieron el sistema de protección de las inversiones, como la UNCTAD y algunos países centrales, han puesto en cuestión en los últimos años al conjunto de tratados firmados, especialmente por los privilegios excesivos que otorga a los inversores sin que eso se haya traducido en mayores flujos de inversión. Actualmente, bajo el mote de facilitación se ha encontrado un modo de traer nuevamente el tema de inversiones a la discusión multilateral, aunque librado de los aspectos *más sensibles* que generarían oposición.

Por otra parte, el énfasis puesto en las reglas de facilitación de inversiones sigue enfocado sobre las capacidades de los inversores, sin proponer obligaciones. Los principios de la responsabilidad social empresaria (RSE) quedan en el marco de la voluntad de los actores, sin ser vinculantes. Esto mismo sucede en los tratados que en los últimos años incorporaron capítulos con RSE, como el TPP, donde se aclara que se trata de lineamientos voluntarios y sobre los cuales no se puede aplicar el capítulo de solución de controversias del Tratado. En contraste, la propuesta vigente en el marco de la ONU sobre un tratado vinculante para las empresas transnacionales intenta torcer el debate hacia el establecimiento de obligaciones de los inversores con respecto a los derechos humanos y medioambientales.

A la vista de todo lo anterior, se impone una valoración del mecanismo de cooperación reguladora en términos de su afectación al modelo de toma de decisiones propio de las democracias liberales. Mientras no se realice esta valoración, la propuesta sobre reglas para la facilitación de las inversiones seguirá esquivando el debate necesario acerca de inversión para qué y para quién, y bajo qué condiciones.

¹⁴ Nos referimos aquí a los países que han avanzado en la denuncia de algunos o todos sus TBI como Sudáfrica, Bolivia, Ecuador y Venezuela, así como han planteado nuevos modelos de tratados que no incluyen ISDS, como Brasil, Indonesia, Noruega e India.

Lista de referencias

- Arroyo, A. y Ghiotto, L. (2017). Brasil y la nueva generación de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones: un análisis del Tratado con México. *Revista de Relaciones Internacionales*, 26, 52.
- Alemanno, A. (2015). *The Transatlantic Trade and Investment Partnership and the Parliamentary Dimension of Regulatory Cooperation*. Bruselas: Directorate-General for External Policies of the Union.
- Chakravarthi Raghavan (2017a). Investment Facilitation and links to China's OBOR. *SUNS #8467*, 22 de mayo. Recuperado de <https://www.twn.my/title2/wto.info/2017/ti170517.htm>
- Chakravarthi Raghavan (2017b). Investment Facilitation proposals and India's objections. *SUNS #8466*, 19 de Mayo. Recuperado de <https://www.twn.my/title2/wto.info/2017/ti170514.htm>
- Gerstetter, C. (2014). *Regulatory cooperation under TTIP - a risk for democracy and national regulation?*. Heinrich Böll Foundation. TTIP Series. Recuperado de: https://www.boell.de/sites/default/files/ttip_study_regulatory_cooperation_under_ttip_1.pdf
- Ghiotto, L. (2017). ¿UNCTAD pro-desarrollo o pro-liberalización? Un estudio de los cambios en el organismo a la luz de las políticas sobre inversiones. En J. Echaide (comp.) *Problemáticas en torno al CIADI y los tratados bilaterales de protección de inversiones: su impacto en los derechos humanos y otras áreas del derecho internacional*. Buenos Aires: Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- Guamán, A. (2015). El TTIP, herramientas para comprenderlo. Ruptura. Grupo de análisis y creación para la transformación social. *Documentos de Debate*, 3. Recuperado de <http://gruporuptura.org/wp-content/uploads/2016/02/dossier-ttip.pdf>
- Guamán, A. (2015). *TTIP: el asalto de las multinacionales a la democracia*. Akal: Madrid.
- Guamán, A. y Jiménez, P. (comps.) (2016) *Los acuerdos comerciales como estrategia de dominación del capital. Las amenazas del CETA y del TTIP*. Barcelona: Pol·len.
- Guamán, A. y Conesa De Lara, J. (2016) *El CETA al descubierto: las consecuencias del Tratado entre la UE y Canadá sobre los derechos sociales*. Albacete: Bomarzo.
- Kanaga, Raja (2017). Investment facilitation cannot now be discussed formally at WTO. *SUNS #8467*, 22 de mayo. Recuperado de <https://www.twn.my/title2/wto.info/2017/ti170518.htm>
- Meuwese, A. (2015). Constitutional aspects of regulatory coherence in TTIP: an EU perspective. *Law and Contemporary Problems* 78(4). Recuperado de <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol78/iss4/7>

- Mohamadieh, K. (marzo, 2017). Reflections on the Discussion of Investment Facilitation”. *Investment Policy Brief*, 8, Recuperado de: https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2017/03/IPB8_Reflections-on-the-Discussion-of-Investment-Facilitation_EN.pdf
- Mumford, P. (2014). Regulatory coherence. Blending trade and regulatory policy. *Policy Quarterly*, 10(4). Recuperado de <https://ojs.victoria.ac.nz/pq/article/view/4512>
- OECD (2012). *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*. Recuperado de: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/49990817.pdf>
- OECD (2013). *International Regulatory Co-operation: Addressing Global Challenges*. Recuperado de: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/international-regulatory-co-operation_9789264200463-en#page3
- Parker, R. y Alemanno, A. (2014). *Towards Effective Regulatory Cooperation under TTIP: A Comparative Overview of the EU and US Legislative and Regulatory Systems*. Centre for European Policy Studies, CEPS Special Reports.
- Patnaik, Biraj (2017). The WTO chessboard: queens vs. peasants. *Unpacking Trade & Investment*, 2. Recuperado de: http://www.rosalux.eu/fileadmin/user_upload/Publications/2017/2_WTO_chessboard-web.pdf
- Siles-Brügge, G. (2014). *Race to the bottom’ or setting global standards? Assessing the regulatory impact of the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*. Real Instituto Elcano, ARI 42/2014. Recuperado de: <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/6f71a1004586e1d78877e911646dbfa9/ARI42-2014-SilesBrugge-Assessing-regulatory-impact-TTIP.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6f71a1004586e1d78877e911646dbfa9>
- Ravi Kanth, D. (2017a). MAI at WTO under new avatar of MIF?. *SUNS #8436*, 4 de abril; en www.twn.my
- Ravi Kanth, D. (2017b). Large majority of South nations opposed to "investment facilitation". *SUNS #8442*, 12 de abril. En www.twn.my
- Ravi Kanth, D. (2017c). “US stays opposed to global investment facilitation” en LiveMint, 17 de abril; en: <http://www.livemint.com/Politics/3rwWFZGITvVIsm86dWEsoO/US-stays-opposed-to-global-investment-facilitation.html>
- Singh, K. (2017). Do we need a Multilateral Instrument on Investment Facilitation?. *Madhyam Briefing Papers*, 19 Recuperado de: <http://www.madhyam.org.in/do-we-need-a-multilateral-instrument-on-investment-facilitation/>
- Van Den Abeele, E. (2010). *The European Union’s Better Regulation agenda*. Report 112, European Trade Union Institute. Recuperado de: <https://www.etui.org/Publications2/Reports/The-European-union-s-better-regulation-agenda>