

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/WGTI/W/92
24 de octubre de 2000

(00-4395)

**Grupo de Trabajo sobre la Relación
entre Comercio e Inversiones**

Original: inglés

COMUNICACIÓN DE JAPÓN

Se ha recibido de la Misión Permanente de Japón la siguiente comunicación de fecha 11 de octubre de 2000.

Definición de "inversión" en las Normas sobre Inversión de la OMC

1. En los últimos años, de resultas de la globalización de las actividades comerciales, la corriente de inversiones extranjeras ha aumentado a ritmo mucho más rápido que el del comercio. Muchos Miembros han hecho exposiciones ante el Grupo de Trabajo sobre los efectos positivos de la inversión extranjera directa (IED) para los países anfitriones, en particular para los países en desarrollo. La IED es una fuente de capital estable a largo plazo, genera empleo y demanda en el mercado interno y transfiere tecnología y competencias de gestión.

2. En particular, la IED tiene una función estabilizadora en las crisis financieras porque involucra corrientes de inversión a largo plazo -como se demostró en la crisis financiera de Asia-, y esa función ha probado una vez más la importancia de la IED por oposición a la inestabilidad de los movimientos de los capitales a corto plazo.

3. Con este punto de vista, algunos Miembros han hecho hincapié en la IED en las deliberaciones en el Grupo de Trabajo. Sin embargo, en opinión del Japón, hay que discutir más a fondo la definición de inversión. El presente documento tiene por objeto examinar la definición de inversión a la luz de las deliberaciones previas del Grupo de Trabajo, sin prejuzgar ni los propósitos ni las disposiciones de las normas multilaterales sobre inversión.

1. Reseña de los tratados en vigor

4. En su mayoría, los acuerdos sobre inversiones en vigor no limitan su ámbito de aplicación a la IED y definen la inversión de manera amplia. Por otro lado, aunque no limitan su ámbito sólo a la IED, algunos acuerdos contienen una definición de inversión, a fin de atender a algunos de sus objetivos. Seguidamente figura una reseña de las definiciones de IED contenidas en acuerdos en vigor.

A. DEFINICIÓN AMPLIA DE LA INVERSIÓN

5. Muchos de los acuerdos sobre inversión que se han suscrito recientemente, como el Acuerdo de la ASEAN para la Promoción y Protección de las Inversiones (APPI), adoptan un enfoque "basado en los activos", con arreglo al cual el ámbito de la inversión abarca todos los activos relacionados con el giro comercial (por ejemplo, el establecimiento de una filial y la compra de acciones o inmuebles). Este enfoque amplio abarca categorías como la inversión de cartera y la propiedad intelectual.

6. Además, en general, muchos tratados bilaterales sobre inversiones (TBI) adoptan este enfoque amplio. Ello bien puede obedecer a que los TBI, en un principio, tenían por único objetivo proteger la inversión. Asimismo, es posible que el concepto de inversión se defina con un enfoque amplio porque los TBI se han formulado expresamente en función de las circunstancias específicas de cada país.

7. Un ejemplo de este tipo de definición es declarar en general que la inversión abarca "todo tipo de activos", prácticamente sin limitación, con el añadido de una lista ilustrativa de las categorías de inversión.

Un TBI modelo sobre inversiones

Por "inversión" de un nacional o una sociedad se entiende todo tipo de inversión de propiedad de o bajo el control directo o indirecto de ese nacional o sociedad, incluidas las inversiones que consisten en o toman la forma de:

- i) una sociedad;*
- ii) acciones y otras formas de participación en el capital social y bonos, obligaciones y otras formas de participación en la deuda de una sociedad;*
- iii) derechos contractuales, como contratos llave en mano, contratos de construcción o gestión, contratos de producción o de participación en las rentas, concesiones u otros contratos similares;*
- iv) bienes tangibles, incluidos los bienes raíces, y bienes intangibles, incluidos derechos tales como arrendamientos, hipotecas, servidumbres, derechos prendarios y garantías;*
- v) propiedad intelectual, incluidos derechos de autor y derechos conexos, patentes, derechos sobre obtenciones vegetales, diseños industriales,(...) etc.;*
- vi) derechos conferidos por ley, como licencias y permisos.*

B. EXCLUSIÓN DE CIERTOS SECTORES DE LA DEFINICIÓN AMPLIA

8. Por ejemplo, el TLCAN adopta un enfoque amplio "basado en activos" que incluye la inversión de cartera, pero limita el ámbito del acuerdo mediante la exclusión de ciertos sectores.

TLCAN

Inversión significa:

- a) una empresa;*
- b) acciones de una empresa;*
- c) instrumentos de deuda de una empresa (...);*
- d) un préstamo a una empresa (...);*
- e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;*

- f) *una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o un préstamo excluidos conforme a los incisos c) o d);*
- g) *bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y*
- h) *la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros, conforme a (...)*

pero inversión no significa,

- i) *reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:*
 - i) *contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte; o*
 - ii) *el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso d); o*
- j) *cualquier otra reclamación pecuniaria, que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los incisos a) a h).*

C. DEFINICIÓN LIMITADA

9. Algunos acuerdos sobre inversión limitan la definición de inversión a fin de lograr ciertos objetivos. Este enfoque limita el ámbito de la inversión en función, por ejemplo, de la legislación del país anfitrión, la fecha de establecimiento de las inversiones, la escala de los sectores de inversión o la naturaleza de la inversión. Por ejemplo, se puede decir que el AGCS es un acuerdo sobre inversión que limita la definición a la prestación de un servicio por medio de una presencia comercial.

10. El enfoque de limitación del ámbito de la inversión, que más importancia reviste para nuestro debate en torno a la definición de inversión, es el que limita el ámbito del acuerdo con la naturaleza de la inversión.

11. Existe un enfoque que se denomina definición "basada en la empresa", que se refiere a la inversión que tiene por objeto adquirir una participación duradera en una empresa extranjera y atribuir al inversor un grado de influencia importante en la gestión de una empresa.

12. Básicamente, este enfoque excluye la inversión de cartera y la inversión inmobiliaria. Un ejemplo de este enfoque aparece en el Manual de Balanza de Pagos del FMI y en la norma de referencia de la OCDE, como se ha dicho, aunque ninguno de estos dos documentos constituye un acuerdo.

13. Además, el AGCS adopta la definición de la prestación de un servicio mediante una "presencia comercial", término que significa un establecimiento comercial, como la constitución de una persona jurídica o la creación de una sucursal, limitando así el ámbito a la IED. Además, el AGCS contiene una disposición en la que se definen los enfoques objetivos de una persona jurídica "de propiedad" o "bajo el control", lo que ayuda a mejorar la objetividad de las disposiciones (artículo XXVIII del AGCS).

14. Sin embargo, existe una disyuntiva entre la mejora de la objetividad de una disposición y la definición precisa de la inversión. A medida que aumenta el número de fusiones y adquisiciones estratégicas internacionales, se echan de ver casos en los que una estrategia y una alianza a largo plazo se pueden constituir mediante la adquisición de un porcentaje reducido del capital total de una empresa extranjera. Estos casos de adquisición de un porcentaje reducido del capital social no están abarcados dentro del ámbito de la inversión definida mediante normas objetivas, como ocurre con el AGCS. En el futuro, quizás pueda ser útil considerar para los acuerdos de inversión una disposición que ofrezca una norma sustancial para definir a la persona jurídica "de propiedad" o "bajo el control", además de la norma objetiva que aparece en el AGCS.

Manual de Balanza de Pagos del FMI (5ª edición)

Inversión directa:

"Inversión directa es la categoría de inversión internacional que refleja el objetivo, por parte de una entidad residente de una economía, de obtener una participación duradera en una empresa residente de otra economía. El concepto de participación duradera implica la existencia de una relación a largo plazo entre el inversionista directo y la empresa y un grado significativo de influencia del inversionista en la dirección de la empresa. La inversión directa comprende no sólo la transacción inicial que establece la relación entre el inversionista y la empresa, sino también todas las transacciones que tengan lugar posteriormente entre ellos y entre empresas filiales, constituidas o no en sociedad.

Empresa de inversión directa:

"toda empresa constituida o no en sociedad en la cual un inversionista directo que es residente de otra economía posee el 10 por ciento o más de las acciones ordinarias o del total de votos (en el caso de una sociedad anónima) o su equivalente (cuando se trate de una empresa no constituida en sociedad) (...)

(...) ...El enfoque numérico de propiedad del 10 por ciento de las acciones ordinarias o del total de votos determina la existencia de una relación de inversión directa."

Código de Liberalización de Movimientos de Capitales de la OCDE

Inversión directa:

"Inversiones efectuadas con el objeto de establecer unas relaciones económicas duraderas con una empresa tales como, en particular, las inversiones que dan la posibilidad de ejercer una influencia efectiva en la gestión de ésta; (...)

(...) 1 Establecimiento o ampliación de una empresa, una filial o sucursal en propiedad absoluta, adquisición integral de una empresa existente;

2 Participación en una empresa nueva o existente;

3 Un préstamo a cinco años o más de plazo."

Artículo XXVIII del AGCS

"d) "presencia comercial" significa todo tipo de establecimiento comercial o profesional, a través, entre otros medios, de

- i) la constitución, adquisición o mantenimiento de una persona jurídica, o
 - ii) la creación o mantenimiento de una sucursal o una oficina de representación dentro del territorio de un Miembro con el fin de suministrar un servicio.
- (...)
- n) una persona jurídica:
 - i) es "propiedad" de personas de un Miembro si estas personas tienen la plena propiedad de más del 50 por ciento de su capital social;
 - ii) está "bajo el control" de personas de un Miembro si éstas tienen la facultad de designar a la mayoría de sus directores o de dirigir legalmente de otro modo sus operaciones;
 - iii) es "afiliada" respecto de otra persona cuando la controla o está bajo su control, o cuando una y otra están bajo el control de una misma persona;"

2. Variantes para una definición de la IED

15. En cuanto a la definición de inversión, existe un argumento según el cual las normas en materia de inversión deberían tener un ámbito amplio que abarcara la inversión de cartera y las inversiones indirectas. En realidad, la mayor parte de los TBI tienen por objeto proteger la inversión, y, por lo tanto, la inversión en sentido lato, incluida la inversión de cartera.

16. Sin embargo, tras la reciente crisis financiera en Asia, se debate en particular la legitimidad de regular los movimientos de los capitales a corto plazo y se subraya la importancia de la IED por su naturaleza estable y a largo plazo. Por lo tanto, es importante considerar a la IED como el tema central del debate y, al propio tiempo, discutir cuán amplio ha de ser dicho ámbito en el contexto de la protección de las inversiones.

17. Cuando se examina un enfoque de ámbito amplio, uno de los temas clave ha de ser hasta qué punto hay que dejar margen para regular los movimientos de los capitales a corto plazo. En la actualidad existe un debate internacional sobre la regulación de los movimientos de los capitales a corto plazo. Hasta la fecha no parece haber un concepto claro de la arquitectura financiera internacional. Cuando se habla de normas multilaterales en materia de inversión, parece apropiado considerar la situación de los países en desarrollo que todavía están en proceso de iniciar la liberalización de sus mercados, al contrario de los países desarrollados que han liberalizado progresivamente sus mercados de capital.

18. Seguidamente se expondrán algunas variantes para la definición de inversión a la luz de las observaciones antes expuestas.

Variante 1

19. Esta variante define la "inversión" como IED (inversión con el fin de obtener una participación duradera en una empresa extranjera o para que el inversor pueda ejercer influencia en la gestión de la empresa). Por ejemplo, comprende la inversión por conducto de una filial de una empresa, pero excluye la inversión de cartera o la inversión inmobiliaria. Se trata del enfoque "basado en la empresa" que se mencionó anteriormente en relación con las normas del FMI y de la OCDE.

20. Además, se puede adoptar un enfoque similar al del AGCS y decir que la inversión es el suministro de productos y servicios mediante una presencia comercial en un país extranjero. Con este enfoque será fácil coordinar con el AGCS.

i) Ventajas

- Al excluir la inversión de cartera, no habría gran necesidad de hacer ajustes durante los debates sobre la regulación de los movimientos de los capitales a corto plazo en las instituciones financieras internacionales. Además, existe un cierto grado de entendimiento mundial acerca del concepto de IED debido a la arquitectura del FMI, la OCDE y otros foros.
- Al restringir el ámbito del debate, se facilitará el proceso normativo y ello podría llevar a que las mejoras de la certidumbre en el mercado mundial de las inversiones se hicieran realidad en fecha más temprana.

ii) Desventajas

- Al limitar el ámbito de la definición a la IED y al establecer unos criterios sustanciales que no son fáciles de especificar (como la norma del "control"), podría haber margen para interpretaciones diversas, lo que reduciría la certidumbre del ámbito de la norma. Además, existe la preocupación de que una parte de la IED quedara excluida de la definición.
- Al excluir la inversión de cartera, estos activos no quedarán protegidos por el acuerdo, lo cual podría constituir un impedimento para la promoción de las actividades de inversión. (Dado que los TBI pueden servir para proteger las inversiones, ello podría ser útil en apoyo de que la normativa multilateral brindara protección a esos activos.)

Variante 2a

21. Otra posibilidad es definir la inversión como "todo tipo de activos". Abarca un gran campo de aplicación, inclusive la inversión de cartera y la inversión inmobiliaria. Al propio tiempo, se incluyen disposiciones que permitirían que cada país regulara las inversiones para conseguir ciertos objetivos, como el mantenimiento del sistema financiero nacional. Una idea podría ser incluir disposiciones que permitieran algunas medidas regulatorias (por ejemplo, la imposición de los movimientos de capital), además de una norma prudencial general y de una cláusula de salvaguardia.

i) Ventajas

- Podría realzar la certidumbre para un inversor porque se protegería una amplia gama de inversiones y, al propio tiempo, se atendería a las necesidades del país anfitrión, pues éste podría adoptar algunas medidas para regular los movimientos de los capitales a corto plazo.
- Pierde importancia la dificultad técnica de definir objetivamente la IED o los movimientos de los capitales a corto plazo.

ii) Desventajas

- Si se adopta el enfoque amplio, algunos países podrían interpretar que se impone una carga a la ulterior liberalización de su mercado. Sin embargo, esta preocupación se podría atender limitando el ámbito de la liberalización, o dejando que cada país adoptara ciertas medidas, inclusive medidas prudenciales.

- El abuso de las medidas regulatorias podría disminuir el efecto de las normas sobre inversiones.
- Será necesario efectuar ajustes en el debate de la regulación de los movimientos de los capitales a corto plazo en las instituciones internacionales.

*Habría que reconocer que existen casos en los que se deben aceptar ciertas medidas regulatorias. Por otro lado, el abuso de esas medidas podría disminuir el efecto de las normas sobre inversiones. Por lo tanto, la elección de medidas debe ser prudente.

(Posible regulación de los movimientos de los capitales a corto plazo)

1. Regulación directa

Se trata de una medida tradicional para controlar la entrada de capitales mediante la regulación directa de las operaciones cambiarias. Un ejemplo de esta política es prohibir o limitar la posesión de activos en un país extranjero por parte de los residentes o restringir las operaciones cambiarias de los bancos.

2. Constitución de reservas

Esta medida adopta la forma de una solicitud de que se establezca una determinada cuantía de reservas (por ejemplo, encaje legal, activos circulantes) en el banco central por categorías de entradas de capitales (por ejemplo, depósitos en moneda extranjera, préstamos exteriores) en instituciones financieras como los bancos. La obligación puede imponerse al banco o al inversor. Aunque la introducción de esta medida es relativamente fácil, tiene el inconveniente de que sólo puede captar la entrada de capitales por medio de los bancos.

3. Impuesto Tobin

Es una idea para gravar las operaciones cambiarias en todo el mundo. El impuesto dependería de la cuantía de la operación, de modo que la carga fiscal sobre el capital a corto plazo sería relativamente grande. Para introducir esta medida se necesita una cooperación a escala mundial.

Variante 2b

22. Otro enfoque es definir la inversión en general, como en la Variante 2a, para incluir "todo tipo de activos", abarcando tanto la IED como la inversión de cartera, y excluir los movimientos de capitales que sean simples transacciones financieras de naturaleza especulativa.

23. En este caso se pueden también usar medidas prudenciales especiales, como las que se indican en la Variante 2a. Se acerca al enfoque del TLCAN mencionado antes.

i) *Ventajas*

- Podría mejorar la certidumbre para el inversor porque protege una amplia gama de inversiones y, al propio tiempo, atiende las necesidades del país anfitrión, pues permite que se adopten algunas medidas para regular los movimientos de los capitales a corto plazo.
- En la mayor parte de los acuerdos vigentes figura una definición amplia, circunstancia que facilitaría la coordinación con los acuerdos en vigor.

ii) Desventajas

- En la práctica, es técnicamente difícil identificar los "movimientos de capitales que son simples transacciones de naturaleza especulativa".
- Si se adopta el enfoque amplio, algunos países podrían interpretar que se impone una carga demasiado pesada a la ulterior liberalización de sus mercados. Sin embargo, esta preocupación se podría atender limitando el ámbito de la liberalización o dejando que cada país adoptara ciertas medidas, inclusive medidas prudenciales.
- Será necesario efectuar ajustes en el debate de la regulación de los movimientos de los capitales a corto plazo en las instituciones internacionales.

Variante 3

24. Esta variante estriba en modificar el ámbito de la definición según cada uno de los elementos del acuerdo. Por ejemplo, la definición de inversión en relación con la protección de la inversión puede ser más amplia y abarcar la inversión de cartera; en cambio, la definición de inversión para determinados regímenes, como los que se refieren al trato nacional en la fase anterior al establecimiento, se limitaría a un concepto más restringido de IED.

i) Ventajas

- Podría ser más fácil llegar a un consenso si el ámbito de la inversión se modifica según el tipo de régimen y se tiene en cuenta el nivel de obligación que se deriva de cada régimen. Un enfoque de este tipo puede ofrecer protección a la inversión y, al propio tiempo, permite utilizar una definición más limitada de IED en ciertas categorías delicadas.

ii) Desventajas

- El uso de criterios poco claros puede dejar margen para interpretaciones diversas, y ello podría reducir la certidumbre para los inversores. Además, existe la preocupación de que inadvertidamente se excluya una parte de la inversión en la definición de ciertos regímenes, lo que acaso no sería beneficioso.
- Excluir algunos activos, como la inversión de cartera, del ámbito de ciertos regímenes podría impedir la promoción de las actividades de inversión.
- Quizás sería necesario incluir ajustes en los debates en las instituciones financieras.
- En comparación con la Variante 1, la carga de trabajo sería mayor porque el contenido del acuerdo es demasiado complejo.

Otros problemas: los bienes intangibles

25. En las Variantes 2 y 3 *supra* se plantea la cuestión de si la definición debería limitarse a los bienes tangibles o si debería incluir los bienes intangibles, como la propiedad intelectual. En este último caso sería necesario coordinar con el Acuerdo sobre los ADPIC.

26. A la luz de las preocupaciones de los países en desarrollo, podrían ser apropiadas unas normas sobre inversión que abarcaran solamente los bienes tangibles.

Otros problemas: coordinación con las normas en vigor

27. En toda nueva normativa en materia de inversión habrá que tener en cuenta el equilibrio y la coordinación entre los acuerdos en vigor como el AGCS, el MIC y el ADPIC.

3. Conclusión

28. En el Grupo de Trabajo se ha subrayado la importancia de tener en cuenta las necesidades de los países en desarrollo. La normativa que se adopte ha de ser mutuamente beneficiosa y aplicable para los países en desarrollo y para los países desarrollados. Habida cuenta de las deliberaciones anteriores en el Grupo de Trabajo y de nuestra experiencia con el fracaso del Acuerdo Multilateral sobre Inversiones, creemos que es necesario adoptar un enfoque distinto.

29. Este principio se aplica al debate sobre la definición de la IED. Por ejemplo, es importante que haya un cierto margen de maniobra para que cada gobierno pueda regular los movimientos de capitales a corto plazo de naturaleza especulativa. Además, con miras a aligerar la carga de trabajo para los países en desarrollo, y dada la importancia de brindar certidumbre sin tardanza a los inversores extranjeros directos en el mercado mundial, quizás sería mejor adoptar el enfoque "basado en la empresa" de la Variante 1 *supra*.

30. Por otro lado, para mejorar la certidumbre de los inversores y promover las actividades de inversión extranjera directa en todo el mundo, la definición de inversión debería reflejar la naturaleza y la tendencia de la inversión real y, al propio tiempo, debería ser objetiva y no confusa o subjetiva. Dado que al parecer existe un entendimiento común en torno a la importancia de la protección de la inversión, la definición podría abarcar una gama más amplia de activos.

31. Desde estos puntos de vista, podría ser necesario definir la IED a partir de un enfoque "basado en la empresa" y, al propio tiempo, buscar la forma de que una definición más amplia se aplique a los regímenes sobre protección de las inversiones.
