

LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN AMÉRICA LATINA Y LA INTEGRACIÓN REGIONAL

Héctor Sbert*

Sumario: I. PRESENTACIÓN: AMÉRICA LATINA Y LAS INVERSIONES EXTRANJERAS. II. PRIMERA PARTE: LA COMUNIDAD ANDINA. III. SEGUNDA PARTE: EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN o NAFTA). IV. TERCERA PARTE: EL MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR). V. CONCLUSIONES. VI. ANEXO ESTADÍSTICO. VII. BIBLIOGRAFÍA. VIII. DOCUMENTACIÓN: TÉXTOS JURÍDICOS.

I. PRESENTACIÓN: AMÉRICA LATINA Y LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

1. Este estudio pretende ofrecer una visión de conjunto de la regulación jurídica de las inversiones extranjeras en América Latina. En concreto, analiza la normativa del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA, en sus siglas en inglés), del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y de la Comunidad Andina. El estudio se centra, por tanto, alrededor de tres zonas de integración económica regional muy heterogéneas, por lo que la comparación entre ellas se revela útil para contrastar sus respectivas identidades.

En un intento de contextualización, el texto describe la evolución de los intereses que han rodeado históricamente a la regulación internacional de las inversiones extranjeras en América Latina. Asimismo, analiza someramente la estructura institucional y los mecanismos normativos establecidos por los tres acuerdos de integración regional en cuestión. Finalmente, al estudiar específicamente las cláusulas sobre inversiones, el estudio propone una comparación con los parámetros derivados de los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones (TPPI) y se sugieren algunas dificultades que plantea su interpretación y aplicación.

2. El régimen jurídico de las inversiones extranjeras presenta una complejidad que va más allá de la de su mero contenido sustantivo. Sintéticamente,

* El presente estudio corresponde a la Memoria de la Beca-Colaboración que le fue concedida al autor por el Ministerio español de Educación y Cultura durante el año académico 1998-1999, en el Área de Derecho internacional público y Relaciones internacionales de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. El autor desea expresar su más sincero agradecimiento a todos los profesores de dicho Área, en particular a su Catedrático, el Prof. Dr. Oriol Casanovas i La Rosa, así como a los Profs. Drs. Ángel J. Rodrigo Hernández y Julio A. Vives Chillida, sin cuyo constante apoyo y estímulo no hubiese sido posible la elaboración de este trabajo.

el Derecho de las inversiones extranjeras se mueve en torno a los siguientes parámetros:

a. *Carácter intersistémico*: las fuentes del Derecho de las inversiones extranjeras destacan principalmente por su dispersión entre los distintos ordenamientos jurídicos internos y el Derecho internacional público. El estudio exhaustivo de la materia de las inversiones extranjeras exige identificar todas las normas que puedan tener, siquiera sea tangencialmente, una influencia sobre ella. Existe ya un amplísimo catálogo de disposiciones normativas que se encargan de regular este fenómeno: Tratados internacionales, resoluciones de Organizaciones internacionales, leyes y reglamentos internos, principios generales del Derecho, etc., por lo que "en esta medida puede hablarse del carácter intersistémico de este sector, que exige al operador jurídico internacional la interpretación y aplicación conjunta de normas de fuente internacional, contratos y legislaciones internas"¹.

b. *Vinculación a procesos de integración económica regional*: ello es particularmente cierto en el caso de los países latinoamericanos, donde la regulación de las inversiones extranjeras se presenta como un pilar más en la construcción de espacios económicos internacionales liberalizados. Ello supone que el fenómeno de la integración económica regional venga a superponerse a los problemas que plantea el régimen jurídico de las inversiones extranjeras.

Esta circunstancia introduce una nueva dificultad desde el punto de vista jurídico: el hecho de que la integración económica vaya de la mano de la creación de Organizaciones internacionales para el cumplimiento de los objetivos de liberalización económica. En la medida en que estas mismas Organizaciones han venido ejerciendo su acción normativa externa en el ámbito de las inversiones extranjeras, el estudio de las fuentes del Derecho de las inversiones extranjeras debe pasar por el filtro de la Teoría General de las Organizaciones Internacionales, en aras de dilucidar la virtualidad jurídica de las disposiciones que regulan normativamente las inversiones extranjeras.

Asimismo, desde la perspectiva más amplia de los objetivos de integración económica de estas Organizaciones, se plantea la cuestión de determinar hasta qué punto éstas últimas gozan de los mecanismos necesarios para asegurar la aplicación e interpretación uniforme de las normas comunes que elaboran.

c. *Propensión a ser el punto de encuentro de conflictos de intereses*: el Derecho de las inversiones extranjeras se ha configurado, desde el siglo XIX, como el resultado de una síntesis dialéctica entre fuerzas antagónicas representadas por los intereses políticos de los países exportadores de capital, por una parte, y los de los países receptores del mismo, por otra. Éstos últimos, que a la vez han sido los países en vías de desarrollo, se han mostrado históricamente muy celosos en la preservación de su independencia económica y política, e incluso han llegado a tener pretensiones aislacionistas, en contraposición a la voluntad de los países

¹VIVES CHILLIDA, J. A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, p. XXIII

desarrollados de imponer su visión librecambista y expansionista de las relaciones económicas.

El cambio en la estrategia de desarrollo de los países receptores de capital permite matizar hasta cierto punto tales afirmaciones, pero los conflictos de intereses en torno al régimen de las inversiones persisten. El fracaso en 1998 de las negociaciones para un Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) en el seno de la OCDE ilustran con claridad esta reflexión.

d. Carácter evolutivo: Desde el punto de vista material, en los últimos diez años hemos estado asistiendo a una progresiva estandarización de las normas sobre inversiones extranjeras en el Derecho internacional público. Esta estandarización o generalización, que hemos calificado de progresiva porque se trata de un proceso todavía no concluido definitivamente, está siguiendo la vía de la consagración de los parámetros normativos contenidos en los TPPI que, desde los años cincuenta de nuestro siglo, han venido celebrando a nivel bilateral los países exportadores y los receptores de capital.

Desde el punto de vista formal, es destacable el fenómeno que está conduciendo de ese bilateralismo originario a un multilateralismo incipiente en el número de Estados que participan en las normas convencionales que se encargan de regular las inversiones extranjeras (sirvan como ejemplo, aparte del AMI, las negociaciones en torno a un hipotético Acuerdo de Libre Comercio de las Américas, que podrían culminar en los albores del siglo que viene con un tratamiento específico del tema de las inversiones para todos los países del hemisferio americano). Todo lo cual hace verosímil un cambio próximo en la fisonomía de las fuentes del Derecho internacional de las inversiones extranjeras.

3. En este estudio se ha seguido un criterio metodológico consistente en la lectura directa y lo menos mediatizada posible de las fuentes de Derecho internacional que regulan las inversiones extranjeras en las tres zonas de integración regional que nos ocupan. Del mismo modo se ha analizado la regulación de la estructura orgánica de las mismas. En consecuencia, se ha optado por una aproximación independiente y muy personalizada del objeto del estudio. A la adopción de este criterio ha coadyuvado la dificultad de acceder a revistas y monografías que traten del tema de esta investigación, pero también el convencimiento de la importancia de conocer de primera mano y en profundidad el contenido de unos textos jurídicos complejos y de naturaleza muy técnica. El punto de partida para la redacción de este texto se sitúa por tanto en una reflexión crítica relativa al marco jurídico regulador de las inversiones extranjeras, teniendo como referencia los parámetros establecidos en los TPPI y la Teoría General de las Organizaciones Internacionales.

4. El trabajo adopta una estructura sistemática sencilla, dedicando una Parte a cada uno de los acuerdos de integración regional objeto de estudio.

En un primer momento, se afronta el caso de la Comunidad Andina, poniendo un énfasis particular en presentar su modelo de integración supranacional y de naturaleza comunitaria. El estudio del régimen normativo de las inversiones extranjeras se basa en un planteamiento crítico hacia sus insuficiencias.

A continuación, al abordar la situación creada por la existencia del TLCAN o NAFTA, se presenta su sobria estructura institucional y se ofrece un estudio muy pormenorizado de sus cláusulas sobre inversiones, con la consciencia de que en él se encuentra el modelo jurídico que muy probablemente seguirán las futuras codificaciones internacionales sobre la materia.

Por último, se expone el estado de la cuestión en el MERCOSUR, retomando someramente conceptos ya presentados precedentemente al lector.

El texto termina con unas reflexiones a modo de conclusión.

II. PRIMERA PARTE: LA COMUNIDAD ANDINA

A. Capítulo Primero: Del Acuerdo de Cartagena (1969) al Protocolo de Trujillo (1996)

El fenómeno de la integración andina presenta unas especificidades que le confieren una identidad propia muy acusada. Dichas especificidades se presentan en torno a los siguientes elementos: los orígenes de la creación de la Comunidad Andina, las características de los países que la componen, los visos de supranacionalidad de la Organización y, sobre todo, su estrategia de desarrollo originaria y el modo en que ésta ha ido evolucionando hasta la actualidad. En las páginas que siguen se desarrollan estas ideas, como un modo de introducir al lector en la problemática concreta del Derecho de las inversiones extranjeras en la zona andina.

1. Regionalismo y Subregionalismo en América Latina: Dos Conceptos no necesariamente contradictorios

Los orígenes de la Comunidad Andina (en un primer momento, hasta 1996, denominada Pacto o Grupo Andino) se encuentran en el fracaso de los esfuerzos integracionistas realizados en el seno de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), fundada en 1960. Ésta última destacaba principalmente por el elevado número de sus Estados participantes, los cuales a su vez presentaban heterogéneos cuadros macroeconómicos y dispares niveles de desarrollo.

Estas diferencias estructurales entre países provocaron el surgimiento de dos concepciones opuestas respecto a un mismo fenómeno de integración regional: por un lado, los países menos desarrollados y más pequeños postulaban la llamada tesis "desarrollista", por la que la integración debía convertirse en un instrumento intervencionista de desarrollo a través de la planificación conjunta de programas y políticas comunes, apoyadas en una estructura institucional fuerte y con

prerrogativas supranacionales; por su parte, la tesis "comercialista" consideraba al proceso de integración como un mero instrumento para aumentar el comercio entre los países de la zona².

La tensión entre una y otra visión de un mismo proceso desembocó en la creación del Pacto Andino, mediante la firma del Acuerdo de Cartagena (AC) en 1969 entre Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú³, en un intento de dotar de virtualidad práctica a la vía "desarrollista", y sin que los países fundadores abandonaran la ALADI. Surge así el llamado subregionalismo, el cual "entraña la pertenencia de dos o más Estados a dos o más zonas de preferencias económicas. Su vinculación se basa en el ordenamiento jurídico de una de ellas (regional), integrada a su vez por otros Estados, lo que propicia su convergencia final en un mismo grado de integración y la consiguiente formación de un espacio económico común"⁴. En otras palabras, el nacimiento del fenómeno de integración subregional no debe entenderse como el abandono de la voluntad de crear un espacio verdaderamente latinoamericano de integración, sino que, al contrario, tiene como fin disminuir las disparidades macroeconómicas y aumentar la homogeneidad para dotar de mayores posibilidades de éxito al proyecto de integración regional. Por tanto, regionalismo y subregionalismo no son conceptos contradictorios como podría parecer a primera vista, sino que, en realidad, establecen entre sí una relación de complementariedad.

2. Objetivos y Mecanismos. La evolución de la estrategia andina de desarrollo y su influencia sobre el tratamiento a la inversión extranjera

En coherencia con su vocación desarrollista y regionalista, la Comunidad Andina tiene como objetivos promover el desarrollo equilibrado de sus países miembros, disminuyendo su vulnerabilidad externa y mejorando su posición en el contexto económico internacional. Todo ello con la finalidad última de reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los países miembros y facilitar la formación gradual de un mercado común latinoamericano (arts. 1-2 AC).

Para la consecución de estos objetivos, se establecen como mecanismos la armonización gradual de las políticas económicas y sociales, la aproximación de legislaciones en las materias pertinentes, la programación e intensificación conjunta del proceso de industrialización subregional, la liberalización del intercambio comercial, la canalización de recursos internos y externos a la Subregión para proveer la financiación de las inversiones que sean necesarias en el proceso de integración, la existencia de un arancel externo común, programas para acelerar el desarrollo común de los sectores agropecuario y agroindustrial, la integración física (principalmente con el fortalecimiento de los servicios de transporte, energía y telecomunicaciones) y el establecimiento de tratamientos preferenciales a favor de Bolivia y Ecuador (art. 3 AC).

²HUMMER, W. - PRAGER, D., "La pertenencia a varios modelos de integración: el caso de América Latina", *Comercio Exterior*, vol. 48, n°3, marzo de 1998, pp.234-252, (p.243)

³Posteriormente, Venezuela se unió al proyecto (1973) y Chile lo abandonó (1976)

⁴HUMMER, W. - PRAGER, D., "La pertenencia ...", cit., p. 242

Los primeros años de vida del Pacto Andino coinciden con los esfuerzos realizados por los países del Tercer Mundo para la instauración de un Nuevo Orden Económico Internacional durante la década de los setenta. Ello se tradujo en una actitud especialmente beligerante de dichos países en la Asamblea General de las Naciones Unidas y sus organismos especializados para conseguir una regulación de las relaciones económicas internacionales que tuviese en cuenta las necesidades y particularidades de los países menos desarrollados. Consiguientemente, los países miembros del Pacto Andino preconizaron a nivel interno un intervencionismo desarrollista, mediante una política de sustitución de las importaciones y promoción de las exportaciones, la ampliación de los mercados internos, así como la adopción de un esquema de especialización y complementación entre los países integrantes.

Dicha política tuvo su influencia en el ámbito normativo de la regulación de las inversiones extranjeras. La Comisión del Acuerdo de Cartagena adoptó, en 1970, la Decisión 24 sobre el régimen común del tratamiento a los capitales externos y sobre marcas, patentes, licencias y regalías. Los países miembros pretendían que el capital extranjero contribuyera efectivamente al desarrollo de la subregión, sometiéndolo a los programas y prioridades macroeconómicas diseñados para reducir el grado de dependencia externa de los países andinos. Así, la normativa de la Decisión 24 establecía pautas para la selección de las solicitudes de inversión extranjera, obligaba a la transformación de las empresas extranjeras en empresas mixtas o nacionales y limitaba considerablemente la posibilidad de transferencias o repatriación de beneficios⁵. En definitiva, se trataba de imponer un rígido control a las inversiones extranjeras para asegurar su adscripción a los objetivos de desarrollo e independencia económicos anhelados por los países andinos. Es decir, que "al suponerse que el libre juego de las fuerzas del mercado no lleva a una localización óptima de los recursos productivos, llega a concluirse sobre la necesidad de una creciente coordinación de planes sectoriales de desarrollo y de una progresiva armonización de las políticas económicas, a fin de ir consolidando el proceso de integración y de evitar que quedara librado únicamente a la acción indiscriminada del mercado"⁶, aun a costa de mantener una actitud un tanto hostil para con la presencia de inversiones extranjeras en la subregión, en el sentido de no conceder a los inversores extranjeros las mismas posibilidades de administración y control de sus activos que podrían obtener en otras partes del mundo.

La Decisión 24 fue sustituida en 1987 por la Decisión 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena⁷, la cual se caracterizó por suponer una tímida

⁵ GARAY SALAMANCA, L. J., "Evolución y perspectivas de la integración andina: una síntesis crítica", en *América Latina ante el reordenamiento económico internacional*, Santafé de Bogotá, Editorial Universidad Nacional, 1994, (pp. 87-142), pp. 89-91

⁶ GARAY SALAMANCA, L. J., "Evolución y perspectivas...", cit., p. 94

⁷ Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, 18 de Mayo de 1987, n° 20; V. asimismo, *International Legal Materials*, vol. XXVII, 1988, p. 974 y ss.

liberalización (flexibilización) de los parámetros de tratamiento a las inversiones extranjeras hasta entonces existentes, y, muy particularmente, por suponer una virtual "descomunitarización" del control sobre el capital foráneo. En efecto, lejos de avanzar en la profundización de los estándares supranacionales de trato, dotando a la subregión de una regulación auténticamente homogénea sobre una misma materia, se introdujo la posibilidad de que fueran los países miembros los que, unilateralmente, determinaran sus propias prioridades y programas de desarrollo y juzgaran la adecuación a los mismos de los proyectos extranjeros de inversión. Consecuencia de todo ello fue la pérdida de capacidad de maniobra y de peso negociador del Pacto Andino, como bloque subregional de integración, frente a los inversores internacionales⁸.

Esta desagregación del proyecto supranacional andino tiene como causa la acumulación de factores diversos y complejos, de índole política y económica: los conflictos territoriales entre Perú y Ecuador; la retirada de Chile del Pacto en 1976; la crisis del petróleo de 1979, con las consiguientes dificultades en las balanzas de pagos de los países miembros y la devaluación de las respectivas monedas; y sobre todo, la crisis de la deuda externa que sacudió a una gran mayoría de los países de América Latina desde 1982⁹. Circunstancias que vinieron a añadirse a la pobreza y las desigualdades sociales endémicas que afectan a la subregión.

Todas estas consideraciones condujeron a los países miembros a un replanteamiento global de su proyecto de integración subregional, a raíz de la necesidad de llevar a cabo reformas de alcance estructural en sus economías. Esta eventualidad afectó a la misma premisa fundamental del proceso de integración: la estrategia de desarrollo basada en la sustitución de las importaciones, en los programas de desarrollo y complementación industrial y en el relativo aislamiento externo, que tuvo que ser decididamente reorientada. Este replanteamiento general significa fundamentar la integración y el desarrollo subregionales en un "crecimiento hacia afuera", en lugar del "crecimiento hacia adentro" que caracterizaron a los primeros años del Pacto Andino. Más específicamente, implica la apertura a la competencia externa y al ingreso de capitales extranjeros de tecnología, la reforma y redimensionamiento de las estructuras administrativas y gubernamentales y, finalmente, la desregulación y promoción de la competencia¹⁰.

En estos esfuerzos de ajuste y estabilización se enmarca la Decisión 291, que sustituyó a la Decisión 220. Antes de conocer su contenido, quizá sea conveniente ofrecer una visión del panorama institucional de la Comunidad Andina como Organización internacional, para entender mejor el alcance de su acción

⁸ ESQUIROL, J. L., "Foreign Investment: The Revision Of The Andean Foreign Investment Code- Decision 220 of the Commission of the Cartagena Agreement", *Harvard International Law Journal*, vol. 29, 1988, pp. 169-177, (p. 176)

⁹ O'KEEFE, T. A., "How the Andean Pact Transformed Itself into a Friend of Foreign Enterprise", *The International Lawyer*, vol. 30, n°4, 1996, pp. 811-823, (p. 817)

¹⁰ GARAY SALAMANCA, L. J., "Evolución y perspectivas...", cit., pp. 105-106

normativa externa y, concretamente, las posibilidades de éxito del inescindible tándem conceptual "integración económica-uniformidad normativa".

3. Órganos e instituciones: el Sistema Andino de Integración (SAI). El Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina.

a) *Panorama general*

El Protocolo de Trujillo de 10 de marzo de 1996 modifica el Acuerdo Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) y cambia el nombre del proyecto de integración, pasando de Pacto a Comunidad Andina, "organización subregional con personalidad jurídica internacional" (art. 48 AC). La reforma del Acuerdo tuvo un hondo calado en el plano institucional, con la creación del Sistema Andino de Integración (SAI), un conglomerado amplio y heterogéneo de órganos e instituciones¹¹, con la finalidad última de posibilitar la proyección exterior y el robustecimiento interno del proceso de integración (art. 7 AC). La firma del Protocolo de Trujillo debe entenderse como la culminación de una larga evolución que comienza con el cambio en la estrategia de desarrollo y de integración de los países miembros¹², y que termina con la toma de conciencia de que la apertura a los mercados y a la competitividad internacionales precisa de la cobertura de un nuevo sistema institucional.

Muy someramente, y en sus trazos básicos, el marco institucional andino antes de la reforma de 1996 comprendía:

- la *Comisión*, órgano intergubernamental con competencias legislativas exclusivas. Expresaba su voluntad mediante Decisiones que vinculaban a todos los países de la subregión.
- la *Junta*, órgano técnico-administrativo independiente que actuaba únicamente en función de los intereses de la subregión en su conjunto.
- el *Tribunal de Justicia*, que entendía del recurso de incumplimiento, del de nulidad y del prejudicial.

La reforma de 1996 establece un panorama orgánico e institucional más complejo, reforzando sus caracteres supranacionales y de integración. Queda configurado tal como sigue, en lo esencial de sus instituciones y de sus respectivas atribuciones competenciales:

¹¹ Los órganos e instituciones del SAI tienen originariamente un carácter *numerus apertus*. Concretamente, pertenecen a él órganos de naturaleza ejecutiva, legislativa, judicial y representativa (Consejo Presidencial Andino, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Comisión, Parlamento, Tribunal de Justicia), órganos consultivos (Consejos Consultivos Empresarial y Laboral, además de los que establezca la Comisión), convenios sociales, órganos de financiación (Fondo Latinoamericano de Reservas, Corporación Andina de Fomento) y la Universidad Andina Simón Bolívar, además de "los órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina".

¹² Cambio que supuso, en palabras de O'KEEFE, "How the Andean Pact...", cit., p. 818, un auténtico "*revival*" del Pacto Andino

a. *El Consejo Presidencial Andino (arts. 11-14 AC)*: Es el máximo órgano del SAI y lo componen los Jefes de Estado de los países miembros. Le corresponde definir la política de integración andina, impulsar las acciones en interés de la subregión en su conjunto, evaluar el desarrollo y los resultados de la integración subregional, etc. Emite sus orientaciones políticas a través de Directrices que los demás órganos e instituciones del SAI se encargan de ejecutar en el ámbito de sus competencias respectivas.

b. *El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores*: Está formado por los Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros. A él corresponde la formulación de la política exterior de los países miembros en los asuntos que sean de interés subregional así como, y en coordinación con la Comisión, de la política general del proceso de integración. Suscribe convenios internacionales sobre temas globales de política exterior y de cooperación con terceros países u otras Organizaciones internacionales, coordina la posición de los países miembros en foros y negociaciones internacionales, etc.

Expresa su voluntad por consenso mediante Declaraciones y Decisiones. Éstas últimas forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

c. *La Comisión*: Está constituida por representantes plenipotenciarios de cada uno de los Gobiernos de los países miembros. Formula la política subregional en materia de comercio e inversiones y, en términos generales, adopta las medidas necesarias para el cumplimiento de los objetivos de la Comunidad, a propuesta de la Secretaría General o de los países miembros. Tiene encomendada asimismo una función de supervisión de las obligaciones derivadas del ordenamiento comunitario andino. Aprueba los presupuestos anuales, fija la contribución de cada uno de los países miembros y evalúa la ejecución presupuestaria de la Secretaría General y el Tribunal de Justicia.

Expresa su voluntad mediante Decisiones, las cuales forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. La regla general para la toma de decisiones es la mayoría absoluta. No obstante, en determinadas materias cada país miembro goza de un derecho de veto (que debe expresar mediante la formulación de un voto negativo), *ad ex.* en los programas y proyectos de desarrollo industrial. Además, en las materias relacionadas con el régimen especial de Bolivia y Ecuador, las decisiones se toman por mayoría absoluta de votos favorables siempre que uno de ellos sea el de los países afectados.

d. *La Secretaría General*: Es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina y, como tal, actúa únicamente en función de los intereses de la Comunidad. Vela por el cumplimiento del ordenamiento jurídico andino, evaluando e informando anualmente al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión sobre los resultados de su aplicación. Además, formula propuestas de Decisión a los mencionados órganos en el ámbito de sus respectivas competencias y realiza otras tareas menores de apoyo técnico a los órganos que conforman el SAI. Una particular relevancia reviste el cargo del Secretario General, elegido por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, por consenso, de entre

personalidades de reconocido prestigio. Sus funciones son la representación jurídica de la Secretaría General, participar con derecho de voz en las reuniones del Consejo Andino de Relaciones Exteriores y de la Comisión y presentar a la Comisión el presupuesto anual de la Comunidad Andina para su aprobación y el informe anual de las actividades de la Secretaría General al Consejo Andino de Relaciones Exteriores.

Es particularmente destacable la función arbitral que puede llevar a cabo la Secretaría General, en torno a controversias que le sometan particulares respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se trata de una arbitraje *ex aequo et bono* y de procedencia técnica, acorde con el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, siendo el laudo obligatorio e inapelable, salvo que las partes acordaran lo contrario y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución.

Por último, la Secretaría General expresa su voluntad mediante Resoluciones, las cuales forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

e. *El Tribunal de Justicia:* La solución de controversias que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina está encomendada al Tribunal de Justicia, el cual se erige en el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina. Conoce de los siguientes recursos, establecidos por el Protocolo de Cochabamba de 28 de mayo de 1996, aún no entrado en vigor:

· *la acción de nulidad:* corresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Relaciones Exteriores y de la Comisión, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de integración subregional andina, que hayan sido dictados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Están legitimados activamente los países miembros, respecto de aquellas Decisiones o Convenios que no hayan sido aprobados con su voto afirmativo¹³, las personas físicas y jurídicas afectadas en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión y la Secretaría General.

· *la acción de incumplimiento:* La Secretaría General, de oficio o a solicitud de un país miembro o de un particular, formulará observaciones por escrito al país miembro que haya incurrido en incumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Recibida la respuesta del país interpelado, o transcurrido el plazo, si el país miembro persistiese en la conducta que ha sido objeto de observaciones, la Secretaría General puede emitir un dictamen de incumplimiento, en cuyo caso deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Pero si las observaciones hubiesen sido formuladas a solicitud de otro país miembro o de un particular, en el caso de que la Secretaría General no

¹³ En una variante de la institución del *estoppel*.

ejercitase acción dentro de los 60 días siguientes de emitido el dictamen de incumplimiento, gozan de legitimación activa el país miembro o el particular solicitantes. Además, los particulares gozan de legitimación activa ante los Tribunales internos cuando los países miembros no adopten las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

- *la interpretación prejudicial*: los jueces nacionales que conozcan de un proceso en que deba aplicarse o se discuta sobre alguna norma comunitaria podrán (si su sentencia es susceptible de recurso) o deberán solicitar (si no lo es) la interpretación de su contenido y alcance.

- *el recurso por omisión o inactividad*: los países miembros o los particulares afectados en sus derechos o intereses legítimos están legitimados activamente para solicitar que el Tribunal se pronuncie sobre el cumplimiento de las obligaciones que se abstuviesen de cumplir el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General, siempre que hubiesen requerido previamente por escrito a las instituciones afectadas. Este recurso se caracteriza por su celeridad, ya que el Tribunal, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de admisión del recurso, debe emitir una providencia en la que señalará la forma, la modalidad y el plazo en los que el órgano objeto del recurso deberá cumplir con su obligación.

- *la función arbitral*: el Tribunal es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden. Además, los particulares podrán someter a arbitraje por el Tribunal las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. En un caso y otro, el tribunal emitirá su laudo, a elección de las partes, ya sea en derecho o en equidad, y será obligatorio, inapelable y constituirá título legal suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada país miembro.

- *la jurisdicción laboral*: el tribunal es competente para conocer las controversias laborales que se susciten en los órganos e instituciones del SAI.

b) Referencia al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina: ¿un orden jurídico supranacional?

El criterio de diferenciación entre las organizaciones internacionales de integración o supranacionales frente a las de cooperación o intergubernamentales consiste en que, en las primeras, se produce una transferencia de soberanía por parte de sus Estados miembros. En concreto, las características de las organizaciones internacionales de carácter supranacional giran en torno a los siguientes criterios:

- el ejercicio independiente por la organización de sus competencias
- generalmente, la adopción de decisiones según la regla de la mayoría (no de la unanimidad) en los órganos de representación intergubernamental
- la existencia de órganos formados por personas que no son representantes de los Estados y que también participan en el poder de decisión¹⁴

Del análisis realizado hasta ahora se desprende que estos elementos son identificables en la Comunidad Andina: Existen unos objetivos de integración económica, para cuya consecución se configura una estructura orgánica propia, con competencias atribuidas y procedimientos para el desempeño de una acción normativa externa, siendo ésta última garantizada en su aplicación e interpretación uniforme por el Tribunal Andino de Justicia. Hasta ahora, podemos observar que los rasgos institucionales de la Comunidad Andina coinciden, en lo esencial, con los caracteres distintivos de las Comunidades Europeas.

En esta tesitura, el siguiente paso debe ser la identificación de las notas características del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Para ello, intentaremos detectar en qué medida son proyectables al ámbito andino los principios que informan el Derecho comunitario europeo, esto es: la primacía respecto del derecho interno, la aplicabilidad inmediata y el aplicabilidad directa.

Ante todo, debemos delimitar el ordenamiento jurídico andino e identificar sus fuentes.

a. Fuentes¹⁵

El art. 1 del Protocolo de Cochabamba recoge su elenco:

- El Acuerdo de Cartagena de 1969, modificado por el Protocolo de Trujillo de 1996 y el Protocolo de Sucre de 1997.
- El Protocolo de Cochabamba de 1996, modificadorio del Protocolo de creación del Tribunal Andino de 1979 y
- El Protocolo de 1997 modificadorio del de creación del Parlamento Andino, de 1979.

Por su parte, las fuentes de Derecho derivado del ordenamiento jurídico andino son:

- las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina,
- las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina,
- los Convenios de Complementación Industrial y
- los demás Convenios que adopten entre sí los países miembros en el marco del proceso de integración subregional andina.

De entre las dificultades que plantea esta enumeración se ha destacado que se trata de una tipología de actos jurídicos y de una jerarquía normativa mal

¹⁴ V. por todos los autores, SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. A, *et alt.*, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Eurolex, Colección de Estudios Internacionales, 1996, p.31

¹⁵ Disponibles en <URL:<http://www.comunidadandina.org/legislacion.htm>>

definidas¹⁶. En efecto, la ausencia de una prelación jerárquica entre las distintas fuentes del ordenamiento jurídico andino, independientemente de las relaciones entre el Derecho originario y el derivado, puede provocar problemas de coordinación que son puestas de relieve sobre todo por el carácter parcialmente concurrente de las competencias del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión.

Por otra parte, ambas instituciones adoptan “Decisiones” aunque con distintas reglas de formación de su voluntad.

En este mismo sentido, provoca una cierta inseguridad al intérprete la posición de los Convenios que adopten entre sí los países miembros en el marco del proceso de integración subregional, especialmente respecto de las materias que deben regular para que se entiendan integrados en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y al modo de articulación de sus relaciones con las restantes fuentes del mismo.

Se echa en falta, además, el señalamiento de los efectos jurídicos de cada una de las disposiciones normativas¹⁷, lo que provoca un alto grado de incertidumbre en torno a su obligatoriedad y alcance respectivos. Esta observación es particularmente válida por lo que respecta a las Resoluciones de la Secretaría General. En primer lugar, en el Protocolo de Trujillo no consta específicamente la regla de toma de decisiones de la Secretaría General. A mayor abundamiento, sus Resoluciones se integran en pie de igualdad en el elenco de fuentes del ordenamiento jurídico andino, a pesar de ser adoptadas por un órgano administrativo y técnico en el que los países miembros carecen de representación, por lo que intuitivamente su virtualidad jurídica no debe poder equipararse a las Decisiones de la Comisión o del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

b. Caracteres

· *respecto de la primacía del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina sobre los ordenamientos nacionales*: los países miembros, a través del art. 4. 2 del Protocolo de Cochabamba, se obligan a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a las normas del ordenamiento jurídico andino o de algún modo obstaculice su aplicación. De este modo, se asegura que los objetivos de la Comunidad puedan alcanzarse en todos los países miembros de modo homogéneo, evitando las disparidades que provocarían medidas nacionales ulteriores desvirtuaran (o infringieran) el contenido de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Por consiguiente, las normas nacionales que sean contrarias al ordenamiento jurídico andino son, respectivamente, inaplicables o inválidas, en función de si su existencia es anterior

¹⁶ DA CRUZ VILAÇA, J.L. y SOBRINO HEREDIA, J.M., "Del Pacto a la Comunidad Andina: El Protocolo de Trujillo de 10 de marzo de 1996, ¿simple reforma institucional o profundización en la integración subregional?, *Gaceta Jurídica de la C.E.*, n° 26, pp. 83-138, (p.121).

¹⁷ DA CRUZ VILAÇA, J.L. y SOBRINO HEREDIA, J.M., "Del Pacto ...", cit., p. 122

o posterior al ejercicio de las competencias normativas por parte de los órganos de la Comunidad Andina.

· *respecto de la aplicabilidad inmediata del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina*: las normas andinas gozarían de esta característica si, para su entrada en vigor en los respectivos países miembros, fuesen innecesarias medidas nacionales previas de recepción, tales como la ratificación o la publicación.

La respuesta a esta cuestión en el caso que nos ocupa no puede ser tajante. Así, el art. 2 del Protocolo de Cochabamba establece que las Decisiones obligan a los países miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión. El art. 3. 2 añade que cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará su fecha de entrada en vigor en cada país miembro. Finalmente, el art. 3. 1 dispone que las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los países miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

Por tanto, la aplicabilidad inmediata de las Decisiones deberá determinarse casuísticamente, en base al juego y las posibilidades que ofrecen las normas del Protocolo de Cochabamba aquí reproducidas.

Los problemas que plantean estos preceptos son numerosos y no es posible aquí realizar un estudio exhaustivo de los mismos. Pero, en particular, no queda claro el contenido de la obligación de los Estados respecto de las Decisiones, cuando éstas no requieran incorporación a los derechos internos, con anterioridad a su publicación en la Gaceta Oficial. Además, existe la duda de si todas las Decisiones deben publicarse en la Gaceta Oficial o bien solamente aquéllas que no hayan sido incorporadas a los derechos internos, a pesar de la generalización que realiza el art. 3. 1 y de que la misma podría provocar inútiles duplicidades en los respectivos ordenamientos internos. Finalmente, el art. 3. 2 es ambiguo pues no explicita con suficiente claridad si la fecha de entrada en vigor en cada país miembro de las Decisiones que requieran ser incorporadas a los derechos nacionales viene determinada por el propio texto de la Decisión de que se trate, o bien por el acto expreso interno de recepción. Si esta última interpretación fuera la correcta, como por otra parte parece más probable, es claro que ello iría en perjuicio de la simultaneidad y uniformidad en la vigencia de las normas andinas, aspecto que quedaría al arbitrio de cada uno de los Estados miembros.

· *respecto de la aplicabilidad directa de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina*: el problema viene planteado por la ausencia de un precepto que fije con precisión el alcance de las respectivas fuentes que conforman el ordenamiento jurídico andino. Éste sería directamente aplicable si los particulares pudiesen en cualquier caso invocar ante un órgano jurisdiccional la aplicación de

las normas que lo conforman (disposiciones *self-executing*), sin necesidad de normas nacionales de desarrollo.

Cabe aquí traer a colación el art. 4. 1 del Protocolo de Cochabamba, por el que, muy significativamente, los países miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Interpretado este precepto en un sentido amplio (en particular, la palabra "cumplimiento") y en ausencia de otro que fije el alcance de las normas andinas, de su lectura se desprende que difícilmente puede aceptarse como regla ordinaria o habitual el alcance *general* y la obligatoriedad en *todos* sus elementos de las normas del ordenamiento andino, sino que más bien debe alcanzarse la conclusión contraria. Esta constatación nos lleva a plantear la cuestión en los mismos términos en que se presenta para las resoluciones obligatorias de las organizaciones internacionales de cooperación. Para determinar el carácter *self-executing* de las normas andinas, habrá que estar, en primer lugar, al consentimiento de los Estados miembros para conferirles tal carácter. En su defecto, tendrán carácter *self-executing* aquellas normas que, en atención a su contenido sustantivo, sean jurídicamente perfectas, por ser claras, precisas, incondicionales y no dejar margen de discrecionalidad a los Estados en su apreciación, interpretación y aplicación¹⁸.

De lo contrario, las normas andinas serán *non self-executing*, esto es, precisarán de desarrollo interno en cada uno de los países miembros para innovar la esfera jurídica de los particulares¹⁹. Y aquí es donde cobra pleno sentido la legitimación activa de que gozan los particulares para instar, ante los Tribunales internos, una acción de incumplimiento cuando los Estados no adopten las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento de la Comunidad Andina, tal como establece el art. 31 del Protocolo de Cochabamba, precisamente porque cabe la posibilidad de que los Estados no adopten la preceptiva normativa de desarrollo.

c. Conclusión y valoración

La Comunidad Andina contiene numerosas limitaciones a la plena vigencia de los principios de aplicabilidad inmediata y aplicabilidad directa. En este sentido, el ordenamiento jurídico andino se aparta de los parámetros que caracterizan a la normativa emitida por las organizaciones internacionales de integración. Paradójicamente, a pesar de los rasgos de supranacionalidad que caracterizan a su estructura orgánica, la eficacia de las normas del Derecho andino está sometida a los condicionamientos propios de una organización internacional de cooperación. No hay duda de que ello constituye un obstáculo importante a la consunción de los objetivos de la organización.

¹⁸ RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *Las resoluciones obligatorias de las organizaciones internacionales de cooperación*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 205

¹⁹ RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *Las resoluciones...*, cit., pp. 208-213

B. Capítulo Segundo: La Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías

Tras unos años de estancamiento, la Decisión 291 (marzo de 1991) se enmarca en un contexto de revitalización del proyecto de integración, como consecuencia de la adopción de una nueva estrategia de desarrollo subregional basada en la desregulación, la liberalización, la apertura de mercados al comercio y la inversión internacionales, así como el redimensionamiento de las instituciones públicas y el replanteamiento de su papel en la ordenación de la fuerzas productivas en el mercado.

En línea con la anunciada reforma del régimen andino sobre inversiones extranjeras²⁰, cabe anticipar que la Decisión 291 presenta un contenido obsoleto en relación con la práctica internacional actual. Por de pronto, adolece de importantes lagunas desde el punto de vista de los parámetros de tratamiento de las inversiones extranjeras internacionalmente aceptados y, sobre todo, contiene todavía demasiados rastros normativos de la antigua actitud fiscalizadora e intervencionista de los países andinos para con los capitales internacionales.

Por otra parte, adoptando un enfoque comunitarista, y a pesar de que por su contenido puede considerarse una disposición *self-executing*, la Decisión 291 deja la mayor parte de la regulación de las inversiones extranjeras en manos de los países miembros, por lo que la aspiración a una verdadera uniformidad normativa y a una auténtica homogeneidad de régimen jurídico, en perjuicio solamente de la culminación de los esfuerzos de integración económica subregional.

1. Ámbito Común del Régimen Común a los capitales extranjeros

Desde el punto de vista subjetivo, en la definición de lo que deba entenderse por capital extranjero, la Decisión 291 distingue conceptualmente entre "inversor extranjero" e "inversor subregional", siendo el primero el propietario de una inversión extranjera directa (en los términos que veremos luego) y el segundo el inversor nacional de cualquier país miembro distinto del país receptor. No obstante, el sometimiento al régimen jurídico de la Decisión 291 se produce en términos idénticos para toda inversión "extranjera" (en sentido estricto) desde el punto de vista del país receptor, esto es, para toda inversión que sea propiedad de

²⁰ A fecha de 4 de noviembre de 1998, el Secretario General de la Comunidad Andina, el Sr. Sebastián Alegrett, emitió una nota de prensa por la que anunciaba "el inicio de negociaciones para adecuar la normativa sobre inversiones a los nuevos avances logrados a nivel internacional y contar con un régimen sobre inversiones más moderno y eficiente", en cumplimiento de las Directrices presidenciales andinas dictadas en la X Cumbre Andina. Éstas últimas instaron la adopción de normas comunitarias sobre promoción y protección de inversiones entre los países miembros y a la actualización del régimen en materia de inversión extranjera tomando en consideración los estándares internacionales plasmados en los acuerdos bilaterales y multilaterales.

una persona no nacional, independientemente de si el origen del capital es un país andino o un tercer Estado.

La Decisión también tiene un particular interés en distinguir entre empresas nacionales, mixtas o extranjeras, sin previamente expresar lo que debe entenderse por "empresa". Sin embargo, de la definición que da de cada una de ellas puede concluirse que el concepto de "empresa" manejado por la Decisión coincide con el de sociedad mercantil, ya sea de base personalista o capitalista. El criterio de distinción entre empresas nacionales, mixtas o extranjeras sigue la llamada teoría del control, como expresión del origen del capital en atención a la nacionalidad de los socios o accionistas, siempre que la participación en el capital efectivamente se refleje en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa. "En el momento actual, la teoría del control (...) conserva su vigencia en orden a la determinación de la cualidad -nacional o extranjera- de la sociedad para la aplicación de las normas especiales de extranjería. En este ámbito lo que está en causa es identificar a qué intereses económicos obedece una sociedad y, con un criterio más técnico, determinar el ámbito de aplicación de las disposiciones de extranjería, normalmente prohibitivas o restrictivas por afectar a sectores «sensibles»"²¹. Ello es en parte lo que aquí ocurre, pues el criterio que maneja la Decisión 291 sirve para determinar el estatuto del extranjero, independientemente de cuál sea la *lex societatis*, esto es, la ley aplicable a la estructura de la sociedad, su cualidad como persona jurídica, su constitución, su organización, su funcionamiento, etc.²².

El ámbito de aplicación de la Decisión 291, bajo un prisma objetivo, viene determinado por el concepto de inversión. La Decisión da de éste último una definición eminentemente restrictiva que abarca tan sólo a la inversión extranjera directa de bienes materiales muebles o inmuebles, es decir, la transferencia de activos materiales provenientes del exterior con la intención de generar un beneficio bajo el control total o parcial del propietario de los mismos²³. En palabras de la misma Decisión, se trata de "los aportes provenientes del exterior de propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras al capital de una *empresa*"²⁴, en moneda libremente convertible o en bienes físicos o tangibles, tales como plantas industriales, maquinarias nuevas o reacondicionadas, equipos nuevos y reacondicionados, repuestos, partes y piezas, materias primas y productos intermedios". De este modo, vemos que la definición de "empresa" y la distinción

²¹ CALVO CARAVACA, A-L., BLANCO-MORALES LIMONES, P., "Personas jurídicas: especial referencia a las sociedades mercantiles", *Derecho internacional privado*, Granada, Editorial Comares, 1998, pp. 279-333 (p. 292)

²² No obstante, la Decisión 291 sí afecta parcialmente a algunos aspectos del estatuto societario, *ad ex.* cuando prescribe que el capital de las sociedades por acciones deberá estar representado por acciones nominativas (art. 9), lo cual indudablemente debe tener efectos sobre la adquisición y la pérdida de la condición de socio o partícipe. Este art. 9 modula pues la aplicación de la *lex causae* (en el caso que nos ocupa, *lex societatis*) a título de norma internacionalmente imperativa.

²³ SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Grotius Publications, 1994, pp. 4-5

²⁴ Cursiva añadida

entre nacionales, mixtas y extranjeras no tiene por finalidad, propiamente, la definición del ámbito subjetivo de aplicación de la Decisión, sino que más bien sirve para determinar la extensión de su ámbito objetivo, integrando la definición del concepto de inversión extranjera directa.

Quedan pues excluidas del ámbito objetivo de aplicación de la Decisión 291 la inversión indirecta o de cartera, es decir, los movimientos de capital destinados a adquirir acciones de una empresa en otro país sin que exista correlación alguna entre la propiedad de las acciones y la dirección de la empresa²⁵, por un lado, y la inversión extranjera directa de bienes inmateriales o intangibles, por el otro. En efecto, la Decisión se encarga de precisar que "los países miembros, de conformidad con sus respectivas legislaciones, podrán considerar como aporte de capital las contribuciones tecnológicas intangibles, tales como marcas, modelos industriales, asistencia técnica y conocimientos técnicos patentados o no patentados que puedan presentarse bajo la forma de bienes físicos, técnicos e instrucciones".

Esta actitud es quizá consecuencia de lo que más arriba hemos denominado "desagregación del proyecto supranacional andino", en el sentido de que los países miembros se han reservado la comprobación de que la importación de tecnología, materia relevante para el incremento de la competitividad empresarial, se adecue a unos objetivos macroeconómicos unilateralmente determinados, esto es, fijados y supervisados de espaldas al proyecto de integración.

2. El Principio Rector del Trato a las inversiones extranjeras

a) *¿Trato nacional?*

El principio que rige el trato que los países andinos se obligan a otorgar a los inversores extranjeros es el de trato nacional. En esencia, consiste en que los Estados receptores de la inversión ofrezcan al inversor extranjero un trato no menos favorable y no discriminatorio respecto al *status* jurídico de sus nacionales en circunstancias similares. Así, el art. 2 dispone que "los inversores extranjeros tendrán los mismos derechos y obligaciones a los que se sujetan los inversores nacionales".

No obstante, la virtualidad de esta declaración se ve mermada en el punto en que el mismo precepto se encarga de especificar que ello debe entenderse "salvo lo dispuesto en las legislaciones de cada país miembro". Este inciso final del precepto, en los términos en que está redactado, puede interpretarse en el sentido de que queda al arbitrio de cada país receptor el nivel de trato a conceder a los inversores extranjeros, visto que la Decisión no establece parámetros para identificar el alcance que puede tener esta excepción al trato nacional. Sin embargo, para evitar que la excepción se convierta en la regla general, debe tenerse en cuenta la necesidad de dotar a las normas andinas de un efecto útil, en atención

²⁵ SORNARAJAH, M., *The International Law...*, cit., pp.4-5

además a los principios rectores de las relaciones entre el ordenamiento jurídico andino y los ordenamientos nacionales.

La Decisión, en contraposición al contenido del resto de su clausulado en que hace referencia tanto a los inversores extranjeros como a los subregionales, no menciona a éstos últimos en el art. 2, por lo que deja sin determinar el nivel mínimo de trato a los inversores de un país miembro distinto del país receptor. Todo ello sin que ninguna norma de Derecho originario colme esta laguna y sin que quepa identidad de razón para extender el principio de trato nacional también a los inversores subregionales, ya que una manera más adecuada de potenciar la integración económica subregional sería, *ad ex.*, la de ofrecer a los inversores subregionales el mejor nivel de trato entre el nacional y el de nación más favorecida.

b) El registro de inversiones extranjeras y subregionales

Queda pues en manos del país receptor el control sobre la inversión extranjera y subregional. A pesar de que, en base a la Decisión 291, los países andinos se obligan a promover la existencia de condiciones favorables a las inversiones, sólo a nivel interno se fijan las condiciones de establecimiento y entrada de las mismas. Por tanto, el nivel de trato nacional es operativo sólo a partir del momento en que se ha producido el acceso al mercado nacional, es decir no antes del establecimiento o entrada de la inversión. Ello constituye un freno a la liberalización del régimen de las inversiones, pues da pie a la discriminación entre las inversiones en función de su origen u otras circunstancias.

Para posibilitar la supervisión administrativa de las inversiones extranjeras y subregionales, se establece un registro de aquéllas que cumplan con las condiciones establecidas en las respectivas legislaciones nacionales (art. 3), es decir, de aquéllas que hayan sido admitidas mediante la oportuna autorización. El registro comprende:

- el monto de la inversión inicial, más los incrementos posteriores y las reinversiones efectivamente realizados, menos las pérdidas netas, si las hubiere, en moneda libremente convertible,
- la inversión de excedentes de utilidades distribuidas, en moneda libremente convertible y
- la venta de acciones, participaciones o derechos de un inversor extranjero o subregional a otro inversor extranjero o subregional, la cual no se considera reexportación de capital. Esta previsión es coherente con lo que dispuesto en el art. 9 de la Decisión, el cual establece que el capital de las sociedades por acciones deberá estar representado por acciones nominativas. La finalidad de este precepto es, precisamente, la de condicionar la transmisibilidad de las acciones, visto que la exigencia de que sean nominativas hace presumir que en las legislaciones societarias de los países andinos, tal como ocurre en las legislaciones europeas, se

establecen limitaciones a la transmisión de las acciones de esta naturaleza, como *ad ex.* el consentimiento de la sociedad a la transmisión, entre otras. Además, este precepto se presenta como una norma internacionalmente imperativa de Derecho internacional privado, en la medida en que establece una excepción al normal funcionamiento de la *lex societatis*, esto es, de la aplicación del ordenamiento que regula el estatuto societario, entre el cual se encuentra la adquisición y la pérdida de la condición de socio y los derechos y deberes de los socios con la sociedad y entre sí.

c. Disfrute de las ventajas del Programa de Liberalización

El Programa de Liberalización del Acuerdo de Cartagena tiene por finalidad eliminar los gravámenes y restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier país miembro. Los objetivos de la liberalización suponen la eliminación de derechos aduaneros u otros de efecto equivalente de naturaleza fiscal, monetaria o cambiaria, así como de cualquier otra medida de carácter administrativo mediante la cual un país miembro impida o dificulte las importaciones de forma unilateral. Para ello, la Comisión fija las normas especiales necesarias para la calificación del origen de las mercancías.

Pues bien, según el art. 8 de la Decisión gozan de libertad de circulación en el espacio subregional andino los productos producidos por las empresas nacionales, mixtas o extranjeras que cumplan con las normas o requisitos específicos de origen fijados por la Comisión. Sin duda ello constituye un incentivo importante para la presencia de inversiones extranjeras en los países andinos, en la medida en que el cumplimiento de las condiciones de establecimiento en un país miembro implica el acceso al mercado nacional de todos ellos.

3. Régimen de las Transferencias

La posibilidad de repatriar los beneficios generados por las inversiones extranjeras supone el corolario de la libertad de empresa, en la medida en que la intervención en el mercado implica un riesgo económico que puede paliarse con un régimen de transferencias generoso. En el caso particular de los países andinos, la posibilidad de repatriación de beneficios que se contempla en la Decisión 291 adquiere una significación especial, en la medida en que su mera existencia implica la aceptación por parte de los países miembros de que el enriquecimiento generado por la inversión extranjera no repercuta en favor de los países receptores mediante su reinversión, sino que el propio inversor le dé el destino que estime conveniente. Ello supone recortar considerablemente la esfera de influencia gubernamental sobre la inversión extranjera, al contrario de lo que hasta la promulgación de la Decisión 291 había sido la práctica del Pacto Andino, dirigida precisamente a limitar cuantitativamente la posibilidad de la transferencia de beneficios.

La extensión del régimen de libre transferencia se ve actualmente limitada, sin embargo, no ya en términos cuantitativos, sino cualitativos. Es decir, la libertad de transferencia se cercena no fijando unos topes o porcentajes infranqueables sino

reduciendo de manera considerable su ámbito objetivo y, además, confiriendo un total margen de apreciación a los Estados para la determinación de los modos de su ejercicio.

En términos cualitativos, la libertad de transferencia abarca a las ganancias derivadas de la inversión (el art. 4 habla de "las utilidades netas comprobadas que provengan de la inversión neta directa") y el producto derivado de su venta o liquidación (a las que se refiere el art. 5 cuando habla del "derecho a reexportar las sumas que obtengan cuando vendan, dentro del país receptor, sus acciones, participaciones o derechos, o cuando se produzca la reducción de capital o la liquidación de la empresa, previo pago de los impuestos correspondientes".) Es claro que estas disposiciones son insuficientes para asegurar una plena libertad de transferencias. En efecto, nada dice de la posibilidad de reexportar compensaciones en caso de expropiación, indemnizaciones recibidas como consecuencia de indemnizaciones obtenidas a raíz de la solución de una controversia mixta o incluso de los pagos corrientes derivados de transacciones comerciales en que participe el inversor en el ejercicio de su actividad.

Respecto al modo de ejercicio de la libertad de transferencia, el art. 4 prevé que se realizará "en los términos previstos en la legislación de cada país miembro". La inseguridad que plantea esta previsión es muy amplia. Deberían haberse realizado precisiones en torno al *momento* o *plazo máximo* que deba transcurrir entre que se solicita la transferencia y se puede realizar efectivamente, para evitar abusos y dilaciones administrativas indebidas que repercutan negativamente, por el mero paso del tiempo, sobre el valor de las utilidades reexportables. Por otra parte, el art. 4 contempla que la transferencia al exterior se realice "en divisas libremente convertibles", sin especificar sin embargo el tipo de cambio, ni el momento en que el mismo deba tomarse en consideración: ello abre la puerta a la posibilidad de abusos, con la aplicación de tipos de cambio no idénticos y discriminatorios a todos los pagos transferibles.

4. La ausencia de normas relativas a la expropiación y compensación de las inversiones extranjeras directas

Si tenemos en cuenta los desencuentros que ha provocado la regulación de esta institución del Derecho de las inversiones extranjeras, la ausencia de normas sobre este particular en la Decisión que nos ocupa no puede ser más significativa y digna de una mención especial. Sucede que los países latinoamericanos han sido los que históricamente han cuestionado con mayor vehemencia las normas relativas al estándar mínimo internacional de trato a las inversiones extranjeras, entre las cuales se encuentra aquella por la que la licitud de una expropiación de propiedad extranjera es lícita tan sólo con la concurrencia cumulativa de tres criterios: justificación en base a una causa de utilidad pública, respeto al principio de legalidad (en particular el *due process*) y el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva. Quizá la omisión de normas de esta naturaleza en la Decisión, circunstancia que provoca una remisión en bloque a los ordenamientos internos, sea un modo de ilustrar el modo en que los países latinoamericanos han mostrado

tradicionalmente su oposición (*challenge*) al estándar mínimo internacional., y demuestra que a principios de la década de los noventa de nuestro siglo se mantenían los términos de un conflicto de intereses secular.

No hay duda de que la anunciada reforma del régimen jurídico de las inversiones extranjeras debe tener en cuenta particularmente la necesidad de colmar esta laguna.

5. Solución de Controversias

En un lacónico art. 10, la Decisión establece que, para la solución de las controversias derivadas de las inversiones extranjeras directas, los países miembros aplicarán lo dispuesto en sus legislaciones internas. A ello deben añadirse los nuevos recursos ante el Tribunal Andino establecidos por el Protocolo de Cochabamba en los que los particulares tienen legitimación activa, siempre que el conflicto derive de una violación estatal de las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Destaca la desproporción entre los remedios jurisdiccionales previstos en el Derecho originario y la parquedad del Derecho derivado. También hay que poner de manifiesto el desfase entre esta previsión del art. 10 y la práctica internacional consistente en el establecimiento de procedimientos arbitrales entre Estados e inversores extranjeros, para la solución de controversias en materia de inversiones, siguiendo las normas del CIADI o de la UNCITRAL.

II. SEGUNDA PARTE: EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN O NAFTA)

A. Capítulo Tercero: Características Generales

1. Presentación. Un breve “Excursus” histórico

El 1 de enero de 1994 entró en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, suscrito entre los Gobiernos de México, Estados Unidos y Canadá²⁶. Los Estados parte, desde la voluntad de crear un mercado más extenso y seguro para los bienes y servicios producidos en sus territorios, así como de asegurar un marco comercial previsible para el planeamiento de las actividades productivas y de inversión, establecen una zona de libre comercio y se fijan una serie de objetivos expresados en los principios y reglas de trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia: eliminar obstáculos al comercio, facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre sus respectivos territorios, promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio, aumentar substancialmente las oportunidades de inversión y proteger de manera adecuada y efectiva los derechos de propiedad intelectual (arts. 101 y 102 TLCAN).

²⁶North American Free Trade Agreement (NAFTA). El texto íntegro del Acuerdo puede consultarse en *International Legal Materials*, vol. XXXII, 1993, pp. 605 y ss. También está disponible en <URL: <http://www.sice.oas.org/trades.stm#TLCAN>>

Para los Estados Unidos, las negociaciones del TLCAN presentaron una oportunidad para alcanzar sus objetivos económicos nacionales, como la expansión de las posibilidades de venta y exportación aprovechando la apertura del mercado mexicano, y el fomento de la competitividad a través de la posibilidad para sus empresas de establecer su producción donde sea más rentable y sin las distorsiones provocadas por las barreras al comercio y la inversión²⁷. Para México, el TLCAN significa dejar atrás décadas de nacionalismo y autarquía económicas²⁸ y la superación definitiva de su estrategia de desarrollo basada en la sustitución de las importaciones, la cual implica, precisamente, el cierre de las fronteras comerciales para estimular la creación de un sector industrial nacional con que satisfacer la demanda interna. La presencia de Canadá tiene el carácter de una maniobra defensiva y se explica por la existencia previa de un Tratado de Libre Comercio entre Canadá y los Estados Unidos²⁹: si Canadá se hubiese quedado al margen del TLCAN, un único país, los Estados Unidos, hubiese tenido acceso libre a todos los mercados de América del Norte³⁰.

Por todo lo expuesto, la comprensión cabal del significado del TLCAN pasa por tener en cuenta un dato fundamental: nos encontramos ante el primer Acuerdo de estas características firmado entre un país en desarrollo y dos países desarrollados. Precisamente, México y Estados Unidos se han caracterizado, durante años, y particularmente tras la descolonización, por su defensa de posiciones diametralmente opuestas respecto a la regulación jurídica de las relaciones económicas internacionales, y muy particularmente, de las inversiones extranjeras. Desde este punto de vista, la firma del TLCAN posee la importancia de suponer la superación de un desencuentro histórico entre países con diferentes niveles de prosperidad, o, dicho con otras palabras, de implicar la aceptación por parte de México de una serie de estándares o normas defendidas por los países desarrollados a las que se había opuesto durante casi dos siglos. No obstante, ya con anterioridad a la firma del TLCAN, empezaba a hacerse patente el surgimiento espontáneo de un único proceso productivo entre las economías mexicana y estadounidense, en lo que se denominó una “integración silenciosa”³¹. La firma del Acuerdo trae consigo la voluntad política de “oficializar” este fenómeno, pero especialmente de orientarlo e influir de manera directa sobre él en el marco de un plan de gobierno coherente y sistemático.

La posibilidad de la conclusión de un Acuerdo de Libre Comercio comenzó a plantearse de manera verosímil tan sólo con el lanzamiento de la Iniciativa para las

²⁷ BELLO, J. H. y HOLMER, A.M., “The North American Free Trade Agreement: Its Overarching Implications”, *The International Lawyer*, vol. 27, n°3, 1993, pp. 589-603 (p. 590)

²⁸ *ibidem*

²⁹ Canada- United States Free Trade Agreement (CUSFTA), *International Legal Materials*, vol. XXVII, 1987, pp. 28 y ss.

³⁰ BELLO, J.H. y HOLMER, A.M., “The North American...”, cit., p. 590

³¹ ALDECOA LUZARRAGA, F., “Hacia la formalización de la «integración silenciosa» de México en los Estados Unidos: el Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, en PÉREZ GONZÁLEZ, M. et. alt. (eds.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo- Estudios en homenaje al Profesor Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 43-55 (p.45-46)

Américas en 1990 por parte del Presidente de los Estados Unidos a la sazón, el Sr. George Bush. Se trataba de una propuesta de política de los Estados Unidos hacia América Latina que tuvo su origen en varios factores. En primer lugar, se temía que pudiese perjudicar a los Estados Unidos la recesión que por aquél entonces vivían los países latinoamericanos: los Estados Unidos presentaban déficits comerciales con la mayoría de los países latinoamericanos y tenían contra ellos, además, numerosos créditos cuyo pago se demoraba. Por otra parte, se incluyeron en la Iniciativa fuertes incentivos a la reestructuración macroeconómica, condicionados a la realización de reformas de carácter privatizador y liberalizador³². Ello venía motivado por la intención de reforzar las orientaciones políticas que, en este mismo sentido, venían ya efectuándose en los países latinoamericanos.

Por su parte, las razones que condujeron a México a replantearse su actitud hacia la regulación jurídica de las inversiones y el capital extranjero fueron múltiples. En concreto, cabe destacar la constatación realizada por la élite política mexicana de la agudización de los desequilibrios económicos endémicos, como consecuencia del agotamiento del modelo tradicional de desarrollo, la progresiva pérdida de competitividad en los aparatos productivos, la persistencia de una severa crisis de endeudamiento externo, así como del proceso de transformación y reconfiguración del sistema capitalista mundial. De ahí que, desde la crisis de 1982, las problemáticas del comercio internacional, de la deuda externa y de la inversión fueran tratadas de manera cada vez más integrada³³ por los responsables públicos. Esta convergencia de intereses permitió un giro radical en las relaciones entre México y los Estados Unidos en un corto lapso de tiempo de poco más de dos años, iniciándose en 1990 y culminando con la firma del TLCAN el 17 de diciembre de 1992.

2. Panorama General

En términos generales, el concepto de integración económica hace referencia a la eliminación de los obstáculos legales, administrativos y políticos a los intercambios entre los países. La integración económica positiva, según el modelo europeo, requiere la transferencia de competencias soberanas a una estructura supranacional. En cambio, la integración económica negativa que caracteriza al TLCAN significa únicamente la eliminación de la discriminación en las políticas y normas económicas, bajo una supervisión administrativa común³⁴. Los mecanismos jurídicos que para ello se utilizan son, por tanto, de una doble naturaleza: materiales o sustantivos por un lado y formales o institucionales, por el

³² HAKIM, P., "La Iniciativa para las Américas: ¿Qué quiere Washington?" en BOUZAS, R. y LUSTIG, N. (eds.), *Liberalización comercial e integración regional: De NAFTA a MERCOSUR*, Buenos Aires, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 1992, pp. 23-35 (pp.26-27)

³³ GARAY SALAMANCA, L. J., *América Latina...*, cit., p. 55

³⁴ PELKMANS, J., "The institutional Economics of European Integration", en CAPPELLETTI, M. et. alt. (eds.), *Integration Through Law: Europe and The American Federal Experience*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1986, p. 318

otro. Las disposiciones de carácter material o sustantivo que encontramos en el TLCAN implican la asunción, por parte de los Estados contratantes, de una serie de derechos y obligaciones respecto de las relaciones económicas que se lleven a cabo en y entre sus respectivos territorios, y desembocan en la existencia de un mínimo común denominador en la regulación de las operaciones económicas. Por su parte, las normas de tipo formal o institucional, pretenden crear órganos y procedimientos que aseguren la aplicación y cumplimiento del Tratado, así como la solución de controversias que pudieran surgir en torno al mismo³⁵.

A través del art. 101 TLCAN, los Estados contratantes establecen entre ellos una zona de libre comercio, “de conformidad con lo dispuesto en el Artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio”. El Artículo XXIV GATT permite a los países de una zona de libre comercio excepcionar el tratamiento de nación más favorecida sobre el que se asienta el sistema multilateral del GATT. Así, los miembros de una zona de libre comercio están autorizados a no extender la eliminación de los obstáculos aduaneros que han establecido entre ellos a otros Estados contratantes del GATT que no participen en la zona, tal como deberían hacer según el normal funcionamiento de la cláusula de nación más favorecida. Esta excepción no se extiende a los otros principios fundamentales del sistema GATT, por ej. el de trato nacional, el cual implica que cada Parte Contratante ofrece a los bienes de las demás Partes Contratantes el mismo trato que a los suyos en su mercado interior.

No obstante, conceptualizar meramente el TLCAN como un acuerdo de libre comercio de bienes sería reduccionista. En el Acuerdo encontramos referencias a la voluntad de los Estados contratantes de “crear nuevas oportunidades de empleo, mejorar las condiciones laborales, hacer efectivos los derechos fundamentales de sus trabajadores”, así como de “promover el desarrollo sostenible [y] reforzar la elaboración y aplicación de leyes y reglamentos en materia ambiental” (Preámbulo del TLCAN). De este modo, y de forma complementaria al TLCAN, se elaboraron trilateralmente el Acuerdo de Cooperación Medioambiental de América del Norte³⁶ y el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del

³⁵ La integración económica puede adoptar cuatro modalidades: a) *Zona de libre comercio*, consistente en la eliminación de los obstáculos al comercio entre los Estados pertenecientes a la zona, con el mantenimiento de los respectivos derechos de aduana respecto a los productos importados por terceros países; b) *Unión aduanera*, que implica la adopción de un arancel externo común frente a las importaciones de terceros países y la aplicación de una política comercial común; c) *Mercado común*, donde se eliminan las restricciones a la libertad de circulación de los factores de producción (bienes, servicios, capitales y personas); y d) *Unión económica y monetaria*, en la que se produce una coordinación de las políticas presupuestaria, fiscal, monetaria, etc. de los Estados en aras de la convergencia macroeconómica entre todos ellos, la fijación irrevocable de los tipos de cambio entre las distintas monedas y, eventual aunque no necesariamente, la creación de una moneda única con la desaparición de las divisas nacionales.

³⁶ North American Agreement on Environmental Cooperation, *International Legal Materials*, vol. XXXII, 1993, pp. 1480 y ss.

Norte³⁷. Con estos Acuerdos Complementarios, los Estados Unidos quisieron poner coto a las voces que, desde su opinión pública, ponían de relieve el riesgo de que el TLCAN provocase una reducción de los estándares estadounidenses de salud, higiene, seguridad en el trabajo y protección del medio ambiente³⁸. Por lo demás, en el mismo articulado del TLCAN, aunque encontramos las cláusulas tradicionales del Derecho Internacional del Comercio, también se tratan aspectos relacionados con los objetivos fijados por los Estados parte de eliminar obstáculos a la circulación transfronteriza de bienes, servicios y de oportunidades de inversión³⁹.

a) *Estructura del TLCAN*

a. Normas relativas al Derecho Internacional del Comercio

El *comercio de bienes* (Cap. III) se basa en los principios de trato nacional, acceso libre al mercado y trato de nación más favorecida. Se prevé la eliminación de las restricciones a la importación y a la exportación, mediante una progresiva desgravación arancelaria y la eliminación de las medidas de efecto equivalente para determinados productos. Una particular atención merecen el comercio y la inversión en los sectores automotriz y de bienes textiles, en anexos respectivos. Un *Comité de Comercio de Bienes* se establece para supervisar el cumplimiento de estas disposiciones.

A falta de arancel exterior común, pues el TLCAN se limita a establecer una zona de libre comercio y no una unión aduanera, las *normas de origen* (Cap. IV) indican qué bienes pueden beneficiarse de las previsiones incluidas en el TLCAN.

Las previsiones relativas a los *procedimientos aduaneros* (Cap. V) tienen por objeto unificar las normas para la expedición de las certificaciones de origen, con obligaciones respectivas para las importaciones y las exportaciones, asegurándose la posibilidad de impugnación y revisión de las resoluciones sobre determinación de origen.

Se establecen igualmente normas sobre *los productos energéticos y la petroquímica básica* (Cap. VI). México formuló reservas respecto a algunos recursos naturales como el petróleo, el gas, etc. para salvaguardar sus disposiciones constitucionales.

Respecto al *sector agropecuario y las medidas sanitarias y fitosanitarias* (Cap. VII), se establecen acuerdos separados bilaterales entre México y Estados Unidos, por un lado, y México y Canadá, por el otro. Se recupera el carácter

³⁷ North American Agreement on Labor Cooperation, *International Legal Materials*, vol. XXXII, 1993, pp. 1499 y ss.

³⁸ BELLO, J. H. y HOLMER, A. F., "The North American...", cit., p. 597

³⁹ Art. 102a-c TLCAN

trilateral al tratarse las subvenciones a la exportación. El *Comité de Comercio Agrícola* se encarga de controlar la aplicación de estas normas.

Las *medidas de emergencia* (Cap. VIII) pretenden evitar que las importaciones realizadas en el marco del TLCAN perjudiquen a la industria nacional de las Partes Contratantes. Se establecen normas y procedimientos que indican a los Estados parte cómo establecerlas sin que se considere conculcado el espíritu librecambista del Acuerdo.

Las *barreras técnicas al comercio* (Cap. IX) son estándares que obstaculizan innecesariamente la circulación transfronteriza de bienes. Existe una obligación general de los Estados parte de abstenerse de adoptar medidas de esta naturaleza.

Se establecen normas y procedimientos para las *compras del sector público* (Cap. X) .

b. Normas relativas a materias no relacionadas con el comercio de bienes

Las *cláusulas sobre inversiones* (Cap. XI), que serán objeto de un estudio pormenorizado, eliminan las barreras a la circulación transfronteriza de capitales y establecen mecanismos de solución de controversias entre un inversor y un Estado contratante.

Se establecen normas referentes al *comercio transfronterizo de servicios* (Cap. XII), al que se aplican los principios de trato nacional y de nación más favorecida.

Las *redes y servicios de transporte de telecomunicaciones* (Cap. XIII) se abren en términos no discriminatorios a personas y empresas que los necesiten para la realización de sus actividades económicas. Se regula el acceso a redes y servicios públicos de telecomunicaciones y las condiciones para la prestación de servicios con valor agregado.

La regulación administrativa de los *servicios financieros* (Cap. XIV) debe realizarse en base a unos principios y procedimientos no discriminatorios, de acuerdo con los principios de trato nacional y de nación más favorecida. Se establece un *Comité de Servicios Financieros* que controla la aplicación de estas normas concretas, participa en procedimientos de solución de controversias y emite un informe anual.

Se regula la política de los Estados parte en materia de *competencia, monopolios y empresas de estado*. Se prevé que las partes Contratantes no establezcan medidas que puedan distorsionar el juego de la libre competencia y dificultar el cumplimiento de los objetivos librecambistas del Acuerdo (Cap. XV).

Aunque se excluye del ámbito material del TLCAN la regulación de la libre circulación de personas, se permite la *entrada temporal de personas* en los territorios de las Partes Contratantes que tengan nacionalidad mexicana, estadounidense o canadiense cuando su presencia sea necesaria para mejorar la libre circulación transfronteriza de bienes y servicios (Cap. XVI).

La *propiedad intelectual* es objeto de una especial protección (Cap. XVII) a través de normas que contemplan el control de prácticas y condiciones abusivas o contrarias a la competencia y la protección de derechos de autor, fonogramas, señales de satélite codificadas, marcas, patentes, diseños industriales, esquemas de trazado de circuitos semiconductores integrados, etc. Además, se establecen normas procedimentales para la defensa procesal de los derechos de propiedad intelectual, en el ámbito civil, penal y administrativo.

Existen numerosas normas de *protección del medio ambiente*, en las que se prevé la armonización de los estándares nacionales e internacionales sobre la salud, la seguridad y el medio ambiente, así como de las medidas sanitarias y fitosanitarias. En las normas sobre inversiones, se prevén también normas específicas en relación con el medioambiente que serán analizadas en su momento.

b) Aspectos institucionales: una visión crítica

a. Las instituciones creadas por el TLCAN son de carácter intergubernamental y administrativo, y carecen de poderes supranacionales

i. La Comisión de Libre Comercio (art. 2001 TLCAN)

Está integrada por representantes de cada Parte Contratante a nivel ministerial. Su cometido se extiende a supervisar y vigilar la puesta en práctica del Tratado, resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a su interpretación o aplicación, supervisar la labor de todos los comités y grupos de trabajo establecidos conforme al Tratado y, en general, conocer de cualquier asunto que pudiese afectar al normal funcionamiento del Acuerdo.

El TLCAN dispone que la Comisión se reúna por lo menos (y tan sólo) una vez al año y que sus decisiones se tomen por consenso.

ii. El Secretariado (art. 2002 TLCAN)

Se prevé en el TLCAN que la Comisión establezca y supervise un Secretariado, el cual estará integrado por secciones nacionales. Sus funciones serán, en términos generales, las de facilitar el funcionamiento del Tratado por instrucciones de la Comisión, proporcionando asistencia tanto a la propia Comisión como a los paneles y comités instituidos conforme a los procedimientos de revisión y solución de controversias en materias de cuotas antidumping y compensatorias y de interpretación y aplicación del Tratado entre las Partes Contratantes.

iii. Comités y Grupos de Trabajo

En el Anexo 2001. 2 TLCAN se establecen una serie de Comités y Grupos de Trabajo directamente supervisados por la Comisión. Tienen la función de controlar la aplicación del Tratado y pueden impulsar la adopción de medidas de armonización normativa.

b. Valoración

La estructura institucional fijada por el TLCAN en su Capítulo XX destaca por su sobriedad, tanto desde el punto de vista del número de órganos como del de su naturaleza y poderes normativos. En realidad, el TLCAN parece un intento de lograr la integración regional sin aparato institucional alguno. Esta circunstancia ha sido observada con preocupación por la doctrina estadounidense⁴⁰, en la medida en que la existencia de un área de integración económica como la norteamericana, (que aunque sin convertirse en una unión aduanera supera los límites de una zona de libre comercio), implica la necesidad de asegurar los mecanismos que puedan conducir a un mayor grado de homogeneidad y unificación de las normas aplicables a los intercambios transfronterizos de bienes y servicios. En concreto, se ha destacado como un aspecto negativo del TLCAN su alejamiento del modelo europeo de integración positiva y de creación de una estructura institucional de carácter supranacional. Aún partiendo de la constatación de que la integración europea y la norteamericana tienen unas motivaciones históricas y unos objetivos esencialmente distintos, lo que de algún modo explica la ausencia de una voluntad de integración política en el TLCAN, se han realizado propuestas de mecanismos substantivos e institucionales que puedan contribuir a mejorar el sistema de integración norteamericana, siguiendo un método comparativo de análisis de otros modelos de integración económica regional.

En este sentido, se ha destacado que la creación de un sistema orgánico regional debe coadyuvar al cumplimiento de los objetivos de integración a través del ejercicio, fundamentalmente, de tres funciones:

- un mecanismo de toma de decisiones creado principalmente para facilitar la armonización y unificación legales,
- una institución de supervisión y aplicación del Acuerdo y,
- finalmente, un órgano judicial de solución de controversias e interpretación uniforme y aplicación normativa uniforme⁴¹.

Precisamente, las previsiones de carácter institucional que encontramos en el TLCAN no gozan de estas características: no existen mecanismos de desarrollo

⁴⁰ ABBOTT, F. M., "Integration Without Institutions: The NAFTA Mutation of the EC Model and the Future of the GATT Regime", *American Journal of Comparative Law*, vol. 40, n° 4, 1992, pp. 917-944; FITZPATRICK, J.P., "The Future of the North American Free Trade Agreement: A Comparative Role of Regional Economic Institutions and the Harmonization of Law in North America and Western Europe", *Houston Journal of International Law*, vol. 19, n°1, 1996, pp. 1-93

⁴¹ FITZPATRICK, J.P., "The Future...", cit., p.23

legal de las normas contenidas en el Acuerdo que puedan adaptar y mejorar la normativa convencional de referencia o reducir las divergencias entre los ordenamientos nacionales de cada uno de los Estados contratantes que puedan ser un obstáculo al libre comercio.

Por otra parte, los órganos de supervisión y control tienen unos poderes muy limitados por lo que es difícil hacer un seguimiento efectivo del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado; y, sobretodo, durante las negociaciones se rechazó expresamente la creación de un órgano judicial de carácter permanente. Esta situación puede conducir a que los factores de producción se localicen en el país de la zona de integración donde los requisitos legales sean menos estrictos y restrictivos para la actividad empresarial, distorsionándose por tanto la libre circulación transfronteriza de bienes y servicios que se presenta como objetivo fundamental del Tratado⁴². Cuando los países que se integran económicamente no se encuentran en niveles comparables de desarrollo, como es el caso del TLCAN, debe preverse la prohibición de la reducción de los estándares normativos en los países más desarrollados (Estados Unidos y Canadá) en el sentido de un acercamiento a los del país menos desarrollado (México); y viceversa, los niveles de requisitos legales en el país menos desarrollado deben tendencialmente aproximarse a los de los países más desarrollados de la zona de integración⁴³. Todo ello es posible a través de mecanismos de cooperación intergubernamental, por lo que no es imprescindible la existencia de una estructura supranacional que implique la transferencia de poderes soberanos. En efecto, entre las propuestas institucionales que se han avanzado, se encuentra la de la existencia de mecanismos de supervisión del cumplimiento del Tratado y de armonización o unificación normativa.

Particularmente se ha puesto un énfasis en la creación de un órgano judicial permanente que asegure una interpretación uniforme del régimen normativo capaz de vincular a los Estados parte. El TLCAN únicamente contempla la posibilidad de suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la Parte demandada que se niegue a cumplir el informe final de los paneles *ad hoc* que se hayan constituido de conformidad con el procedimiento de solución de controversias previsto con carácter general en su Capítulo XX TLCAN (v. art. 2019 TLCAN). Ello es absolutamente insuficiente, por lo que se ha propuesto, siguiendo el modelo de la Organización Mundial del Comercio, la creación de un Tribunal Norteamericano de Apelación que con carácter permanente revise los informes elaborados por los paneles previstos en el TLCAN⁴⁴. Ello facilitaría la uniformidad y la coherencia en la interpretación del Acuerdo y contribuiría a la seguridad jurídica de los operadores económicos.

Tales propuestas cuentan, no obstante, con importantes obstáculos políticos.

⁴² ABBOTT, F. M., "Integration Without Institutions...", cit., pp. 939-940

⁴³ ABBOTT, F. M., "Integration Without Institutions..." , cit., p. 943

⁴⁴ FITZPATRICK, J. P., "The Future...", cit., p. 91 y ss.

B. Capítulo Cuarto: El régimen jurídico de las inversiones en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte

Ya en el Preámbulo y entre los objetivos del TLCAN encontramos referencias a las inversiones, al plasmarse en ellos la voluntad de los Estados parte de aumentar substancialmente las oportunidades de inversión en y entre sus respectivos territorios, con la creación de un marco comercial previsible para el planeamiento de las actividades productivas y de inversión. En este sentido, el régimen jurídico de las inversiones extranjeras en el TLCAN tiene, a grandes rasgos, tres propósitos:

- establecer un clima seguro para las inversiones mediante la elaboración de reglas claras de trato justo de las inversiones y los inversores extranjeros,
- eliminar los obstáculos a la inversión a través de la supresión o liberalización de las restricciones existentes y, finalmente,
- asegurar la existencia de mecanismos efectivos de solución de controversias entre el inversor y el Estado receptor⁴⁵.

En definitiva, nos encontramos ante un verdadero Acuerdo de promoción y protección de las inversiones extranjeras insertado en el marco más amplio de un Tratado de Libre Comercio. Con ello se pretende que la integración económica regional se extienda no ya a las mercancías y los servicios, sino también a los capitales.

1. Ámbito de aplicación de las cláusulas sobre inversiones

El régimen jurídico de las inversiones en el TLCAN se aplica, en términos generales, a las inversiones de inversores de una Parte en el territorio de otra. Por “inversor de una Parte” hay que entender “una Parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa constituida conforme a la legislación de una Parte, que pretende realizar, realiza o ha realizado una inversión” (art. 1139 TLCAN). Ello significa que el ámbito de aplicación subjetivo se extiende a inversores privados y empresas públicas, con tal que sean nacionales de un Estado parte.

Sin embargo, es preciso observar que las normas relativas a la prohibición de requisitos de desempeño (*performance requirements*) y las medidas relativas al medio ambiente, contempladas respectivamente en los arts. 1106 y 1114 TLCAN, se aplican a todas las inversiones en el territorio de las Partes, sean privadas o públicas, nacionales o extranjeras, con el fin de asegurar la igualdad de trato.

Mayor complejidad presenta el estudio del ámbito de aplicación de las cláusulas sobre inversiones del TLCAN bajo un punto de vista objetivo. Desde esta

⁴⁵ PRICE, D. M., “An Overview of the NAFTA Investment Chapter: Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement”, *The International Lawyer*, vol. 27, n° 3, pp- 727-736, (p. 727)

perspectiva, es indispensable hacer una referencia específica al concepto de inversión desarrollado en el art. 1139 TLCAN.

La definición de inversión destaca principalmente por su amplitud, pues alcanza no tan sólo a la denominada inversión extranjera directa (*FDI, foreign direct investment*) sino también a la inversión indirecta o de cartera (*portfolio investment*). Sornarajah⁴⁶ define a la inversión extranjera directa como la transferencia de activos materiales o inmateriales de un país a otro con la intención de generar un beneficio bajo el control total o parcial del propietario de esos mismos activos. Bajo esta categoría cabría subsumir los siguientes tipos de inversión mencionados por el TLCAN:

- las *empresas*, esto es, cualquier entidad constituida u organizada conforme al derecho de un Estado parte, tenga o no fines de lucro y sea de propiedad privada o gubernamental, incluidas cualesquiera sociedades, fideicomisos, asociaciones (“partnerships”), empresas de propietario único, conversiones u otras asociaciones (art. 201 TLCAN), y
- los *bienes inmuebles u otra propiedad*, tangible o intangible, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales.

En cambio, el concepto de inversión indirecta o *portfolio investment*⁴⁷ hace referencia a los movimientos de capital destinados a adquirir acciones de una empresa en otro país, sin que exista correlación alguna entre la propiedad de las acciones y la dirección de la empresa. Esta es la categoría de inversión a la que hace alusión el TLCAN cuando habla de:

- las *acciones de una empresa*,
- la *participación en una empresa* que permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa, o participar de su haber social en una liquidación, siempre que éste no derive de un préstamo u obligación.

Pero el concepto de inversión utilizado por el TLCAN va más allá de la mera dicotomía entre inversión directa e indirecta, e incluye bajo el concepto de inversión a las *obligaciones de una empresa* o el *préstamo a una empresa, cuando ésta sea filial del inversor o la fecha de vencimiento original de una obligación sea por lo menos de tres años*, aunque no cuando la obligación o el préstamo lo sea de una empresa pública bajo el control de una Parte. Ello implica extender considerablemente el concepto de inversión, que termina por abarcar a las operaciones de financiación externa de las operaciones económicas empresariales o societarias. El Acuerdo, al hacer referencia a las obligaciones o el préstamo a una empresa cuando ésta sea filial del inversor utiliza la técnica del “levantamiento del velo”, en el sentido de que prescinde de la personalidad jurídica de la empresa filial y se limita a considerar la titularidad del capital de la misma a los efectos de calificar una aportación de capital como inversión.

⁴⁶ SORNARAJAH, M., *The International Law...*, cit., pp. 4-5

⁴⁷ SORNARAJAH, M., *The International Law...*, cit., pp.4-5

A mayor abundamiento, el término “inversión” designa igualmente en el TLCAN a los beneficios que produzcan los activos transferidos y explotados económicamente, pues se extiende la protección del régimen jurídico de las inversiones a la *participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte*, conforme a contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversor en territorio de otra Parte, incluidos las concesiones, los contratos de construcción y llave en mano o contratos donde la remuneración depende substancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa.

En términos negativos, el concepto de inversión *no se refiere a las reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de 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, ni al otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial*. Con ello quiere depurarse conceptualmente el ámbito objetivo de aplicación de las normas del Capítulo XI, al realizar un claro deslinde entre el movimiento de capital inversor y los movimientos monetarios cuyo origen sea una contraprestación asociada a una transacción comercial, aspecto que debe considerarse dentro del ámbito de la circulación de pagos⁴⁸.

El art. 1113 TLCAN permite a las Partes denegar los beneficios del Capítulo XI a las empresas controladas por inversores de terceros Estados con los cuales no mantenga relaciones diplomáticas o respecto los cuales mantenga medidas que prohíben transacciones con esa empresa que serían violadas o eludidas.

Finalmente, el ámbito de aplicación queda delimitado y restringido desde un punto de vista material, al contener el TLCAN un Anexo III por el que México se reserva el derecho exclusivo de desempeñar y de negarse a autorizar el establecimiento de inversiones en actividades que presentan un particular interés nacional, como el petróleo, el gas natural, la electricidad, la energía nuclear, las comunicaciones vía satélite, los ferrocarriles, etc. Estos sectores de la actividad económica quedan reservados al Estado mexicano y la inversión de capital privado está prohibida bajo la ley mexicana.

2. Los principios rectores de la admisión y el trato de las inversiones

Las Partes del TLCAN se obligan a otorgar a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de los demás Estados parte el mejor de los dos niveles siguientes: el de trato nacional o el de nación más favorecida (arts. 1102, 1103 y 1104 TLCAN). El principio de trato nacional significa que el Estado receptor de la

⁴⁸ Una distinción similar se realiza en Derecho comunitario europeo: v. GARAU SOBRINO, F. F., *Régimen legal de las inversiones comunitarias en España y de las españolas en países comunitarios*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 28-29

inversión ofrece al inversor extranjero un trato no menos favorable del que disfrutan sus nacionales en circunstancias similares, sean personas físicas o jurídicas. En cambio, el principio de nación más favorecida busca asegurar a los inversores extranjeros un trato no menos favorable del que reciben en circunstancias similares los inversores de terceros Estados.

En la mayoría de los Tratados bilaterales de promoción y protección de las inversiones extranjeras (TPPI), como ha puesto de manifiesto la doctrina especializada⁴⁹, y a pesar de la obligación asumida por los Estados de promover la existencia de condiciones favorables a las inversiones, no se reconoce a los inversores extranjeros un derecho subjetivo incondicional al establecimiento y entrada que sea exigible ante los tribunales. Antes bien, los Estados conservan la posibilidad de regular las condiciones de admisión de las inversiones, de manera que únicamente aquellas efectuadas de acuerdo con la legislación nacional correspondiente pueden beneficiarse de los estándares de trato contenidos en el Tratado bilateral. Este tipo de Tratados bilaterales no contribuyen por sí mismos a eliminar los obstáculos a las inversiones, sino que se encargan tan sólo de proporcionarles un marco estable, ofreciendo seguridad jurídica a los operadores económicos a partir de su admisión, si es que ésta efectivamente se produce.

No obstante, los Estados Unidos han venido siguiendo una práctica opuesta. En efecto, los TPPI concluidos por los Estados Unidos no contienen una cláusula separada que prevea la admisión de las inversiones, sino que esta cuestión es regulada simultáneamente con los principios rectores del trato a la inversión. Por consiguiente, los TPPI estadounidenses extienden el nivel de trato al momento inicial de establecimiento de la inversión, y no tan sólo al periodo de tiempo posterior al mismo. La prohibición de discriminación respecto a los nacionales del Estado receptor o los de un tercer Estado se extiende al momento del acceso al mercado, por lo que la liberalización del régimen de las inversiones queda asegurada.

Con todo, a nuestro parecer, el TLCAN pretende erigirse, de algún modo, en un *tertium genus* a medio camino entre cada una de las dos tendencias convencionales que acabamos de describir. Por un lado, los arts. 1102 y 1103 TLCAN, siguiendo la práctica convencional estadounidense, extienden el trato nacional o de nación más favorecida a las inversiones en lo referente al “establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones”.

No obstante, este principio general, según el art. 1111 TLCAN, no puede ser interpretado en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener una medida que prescriba “formalidades especiales conexas al establecimiento de las inversiones”, como el requisito de que los inversores sean residentes del Estado parte o que las inversiones se constituyan conforme a sus leyes y reglamentos.

⁴⁹ DOLZER, R. y STEVENS, M., *Bilateral Investment Treaties*, Dordrecht, Kluwer, 1995, en particular pp. 50- 58

Todo ello con el límite de que las formalidades de que se trate no “menoscaben significativamente” la protección otorgada a la inversión de conformidad con el Capítulo XI. Este límite del “menoscabo significativo” implica un recordatorio de la interdicción general de discriminación. Pero ocurre que, además, el texto del TLCAN incluye un Anexo IV en el que los tres Estados parte exceptúan el principio de nación más favorecida al tratamiento otorgado bajo todos los acuerdos internacionales bilaterales o multilaterales firmados antes de la entrada en vigor del TLCAN. Efectúan la misma excepción respecto a los acuerdos internacionales posteriores en materia de aviación, pesca, asuntos marítimos y redes y servicios de telecomunicaciones, así como los programas de cooperación internacional para promover el desarrollo económico.

3. El nivel mínimo de trato

El nivel de trato ha constituido históricamente el núcleo de las normas sobre inversiones extranjeras. Objeto de agrios y politizados debates, particularmente entre los Estados Unidos y los países latinoamericanos, la discusión parece haber entrado últimamente en vías de síntesis de las dos opciones tradicionalmente opuestas, esto es, la de trato nacional, por un lado, y la que defiende la existencia de un estándar mínimo internacional, por el otro.

La defensa, por parte de los países latinoamericanos, del principio de trato nacional para las inversiones extranjeras cristalizó en la llamada “Doctrina Calvo”, la cual, como reacción a los abusos en el ejercicio de la protección diplomática de los Estados exportadores de capital en el siglo XIX⁵⁰, propugnaba una versión del principio de igualdad por la que las inversiones extranjeras debían estar exclusivamente sometidas a las leyes y la jurisdicción de los tribunales del país receptor.

De esta premisa inicial se desprendía la prohibición de injerencia de otros Estados en cuestiones relativas al trato a los extranjeros (y la consiguiente renuncia del inversor a solicitar a su Estado el ejercicio de la protección diplomática: la llamada “cláusula Calvo”); además, se propugnaba la no obligación para el Estado receptor de pagar una compensación por los daños sufridos en la propiedad de extranjeros a raíz de riesgos no comerciales, a menos que su propia ley dispusiese lo contrario⁵¹.

En cambio, y simultáneamente, los países exportadores de capital sostuvieron la existencia de un estándar mínimo internacional de trato a los extranjeros, que podía llegar a ser superior al trato que recibían los propios nacionales del país receptor de la inversión. La violación de este estándar hacía

⁵⁰ GARCÍA AMADOR, F. W., “Calvo Doctrine, Calvo Clause”, en BERNHARDT, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Max-Planck-Institut, Amsterdam, 1985

⁵¹ PETERS, P. y SCHRIJVER, N., *Latin America and International Regulation of Foreign Investment: Changing Perceptions*, *Netherlands International Law Review*, XXXIX, 1992, 3, pp. 355-383, (p. 357)

incurrir al Estado en responsabilidad internacional y dejaba expedito el camino hacia el ejercicio de la protección diplomática del particular perjudicado, en caso de cumplimiento de todos los requisitos que para ello se exigen por el Derecho internacional general.

El art. 1105 TLCAN prescribe que cada una de las Partes otorgue a las inversiones de los inversores de otra un trato acorde con el Derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. En concreto, y en este mismo sentido, las Partes se comprometen a otorgar a las inversiones sometidas al ámbito de aplicación del Acuerdo que sufran pérdidas debidas a conflictos armados o contiendas civiles, trato no discriminatorio respecto de cualquier medida que adopten o mantengan en relación con esas pérdidas.

La referencia a un trato “acorde con el Derecho internacional” presupone la existencia de una regla de Derecho internacional general en base a la cual un Estado está obligado a conceder a las inversiones extranjeras un trato no inferior a un determinado estándar. Pero la gran variedad de actitudes de los Estados, en particular de los menos desarrollados, para con las inversiones extranjeras en las últimas décadas, ha llevado a algunos autores a dudar, todavía muy recientemente, de la existencia de una regla internacional de esta naturaleza⁵². En cualquier caso, como se ha avanzado, parece posible afirmar que el viejo antagonismo entre los defensores de la regla de trato nacional y los del estándar mínimo internacional ha perdido gran parte de su interés. En efecto, como señala Sacerdoti, la rápida transición hacia la propiedad privada de los medios de producción y la apertura de los mercados a la iniciativa privada nacional en la mayoría de los países del mundo hacen de la regla de trato nacional una garantía de no discriminación, en la medida en que asegura a los inversores extranjeros las mismas oportunidades que a los nacionales de participar en el juego de la libre competencia. De este modo, la invocación, en nuestros días, del estándar mínimo internacional puede justificarse únicamente por la inexistencia, en la ley nacional de que se trate, de garantías sustantivas y procedimentales de trato justo de la propiedad y del normal desarrollo de las actividades económicas, entre las que se encuentran: la prohibición de indefensión y de *non liquet*, la interdicción de arbitrariedad y una compensación efectiva en caso de expropiación⁵³.

4. La prohibición de los llamados “requisitos de desempeño” (*performance requirements*) y las medidas relativas al medio ambiente

Establecidas en los arts. 1106 y 1114 TLCAN respectivamente, las cláusulas de prohibición de requisitos de desempeño y las de medidas relativas al medio ambiente son de aplicación *erga omnes*, en el sentido de que se trata de

⁵² MIGLIORINO, L., "La promozione e la protezione degli investimenti nell' Accordo Nord-Americano di Libero Commercio del 1992 (NAFTA)", *Diritto del Commercio Internazionale*, 1994, 1, pp. 221-235, (p. 226)

⁵³ SACERDOTI, G., "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *RCADI*, vol. 269, 1997, pp. 251-460, (p. 324)

obligaciones extendibles no tan sólo a las inversiones provenientes de otros Estados parte, como es la regla general, sino a todas las inversiones realizadas en el territorio de los mismos (art. 1101. 3 TLCAN).

Stricto sensu, el concepto de requisitos de desempeño hace referencia a una serie de obligaciones históricamente impuestas a los inversores por parte del Estado receptor como precondition para el disfrute de una serie de privilegios en el desarrollo de su actividad económica o productiva. Su existencia ha sido vista con desconfianza por parte de los países exportadores de capital, ya que han sido considerados una limitación a la participación en el mercado nacional del país receptor. Precisamente, México ha sido un verdadero precursor de los *performance requirements*, los cuales sólo empezaron a ser eliminados gracias a una serie de medidas legislativas impulsadas a partir de 1989, tendentes a la liberalización del régimen de las inversiones y a la apertura del mercado mexicano. Por consiguiente, la prohibición genérica consagrada en el TLCAN reviste el carácter significativo de ejemplificar el cambio en el modelo de desarrollo mexicano basado en el intervencionismo y la substitución de las importaciones⁵⁴. La prohibición, contenida en el art. 1106. 3 TLCAN, implica que ninguna de las Partes podrá condicionar la recepción de una ventaja en relación con una inversión a la suscripción de compromisos referentes al suministro nacional, la balanza comercial, la balanza de pagos y la contención de la oferta.

Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, es preciso observar que el TLCAN subsume en el concepto de requisitos de desempeño una serie de medidas que desborda la definición estricta que acabamos de esbozar. En efecto, según el art. 1106. 1 TLCAN, ninguna de las Partes podrá imponer iniciativas en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción o iniciativa de una inversión para la exportación de bienes o servicios, el contenido nacional, el suministro nacional, la contención de la oferta, la balanza comercial, la balanza de pagos, la transferencia de tecnología y la provisión de un mercado específico. La virtualidad de este tipo de imposiciones o condicionamientos gubernamentales es la de distorsionar los flujos comerciales, ya que al promover las exportaciones o restringir las importaciones artificialmente, es decir, sin tener en cuenta las vicisitudes del mercado, pueden tener un efecto equivalente a las subvenciones a la exportación o las restricciones a la importación⁵⁵, por lo que perjudicarían el normal funcionamiento de la zona de libre comercio establecida por el TLCAN.

Las políticas públicas vetadas por el TLCAN son de una naturaleza idéntica a las medidas sobre inversiones relacionadas con el comercio (Trade-Related Investment Measures, o TRIMs, en inglés) incluidas en el Acta Final de la Ronda Uruguay suscrita en 1994, pero tienen una extensión mucho mayor que las TRIMs cuya supervisión tiene encomendada la OMC. Así, la lista de TRIMs enunciada en

⁵⁴ SANDRINO, G.L., "The Nafta Investment Chapter and Foreign Direct Investment: A Third World Perspective", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 27, n°2, 1994, pp. 259-327, (pp. 311-313)

⁵⁵ SACERDOTI, G., "Bilateral Treaties...", cit., p. 367

los Acuerdos de la OMC es meramente ilustrativa y sólo hace referencia a aquellas que se consideran inconsistentes con la obligación de trato nacional (art. III § 4 GATT 1994) y la de eliminación general de restricciones cuantitativas (art. XI § 1 GATT 1994). En el TLCAN, el elenco es más amplio, pormenorizado y exhaustivo⁵⁶.

El nexo que vincula los requisitos de desempeño y las medidas relativas al medio ambiente contenidas en el TLCAN es su naturaleza potencialmente perturbadora de la libertad de establecimiento y de empresa, en la medida en que pueden hacer depender las decisiones de inversión de factores independientes del normal funcionamiento del mercado, favoreciendo la existencia de condiciones desnaturalizadoras de la libre competencia. Ello es particularmente cierto respecto de las políticas medioambientales, por lo que en el art. 1114 TLCAN las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a la salud, la seguridad o al medio ambiente. El hecho de que el TLCAN esté concluido entre países con diferente nivel de desarrollo provocó la inquietud en la opinión pública estadounidense de que la integración regional con México pudiese conducir a una reducción de los estándares medioambientales y laborales para atraer a los operadores económicos⁵⁷. En este sentido, según el TLCAN, ninguna Parte debería renunciar a aplicar o de otro modo derogar medidas internas de naturaleza medioambiental para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de una inversión en su territorio. La utilización del condicional (“debería”) configura el contenido de esta cláusula no como una obligación, sino como una mera recomendación⁵⁸. Sin embargo, si una Parte estima que otra ha alentado una inversión de tal manera, podrá solicitarle consultas con el fin de evitar incentivos de esa índole. La iniciativa en la solicitud de consultas tiene pues un carácter potestativo, lo que somete el control de la aplicación de la cláusula a criterios y consideraciones de mera oportunidad. Se ha destacado, además, que en este artículo no se hace referencia alguna a los cauces procedimentales concretos a seguir en las consultas que puedan solicitarse sobre este particular⁵⁹. No obstante, a nuestro entender, esta omisión debe interpretarse como una remisión genérica al Capítulo XX TLCAN, el cual contempla y describe los procedimientos de solución de controversias interestatales. Específicamente, se prevé en el art. 2006 TLCAN la realización de consultas entre las Partes, con la intermediación de la Comisión y el Secretariado del TLCAN, respecto de cualquier medida adoptada que pudiese afectar al funcionamiento del Tratado.

5. Transferencias

⁵⁶ MIGLIORINO, L., "La promozione...", cit., p. 227

⁵⁷ BELLO, J.H. y HOLMER, A.M., "The North American...", cit., p. 597

⁵⁸ BRICEÑO BERRÚ, J. E., "Commercio e Investimenti Esteri nel NAFTA- Il regime comune degli investimenti esteri nell'Accordo Nord-Americano di Libero Scambio", *Diritto Comunitario e Degli Scambi Internazionali*, 1996, 4, pp. 823-833, (pp. 831-832)

⁵⁹ MIGLIORINO, L., "La promozione...", cit., p. 235

En el modelo de economía liberal de mercado, al cual el TLCAN pretende dar un respaldo normativo, los operadores económicos deben ver reconocida la posibilidad de tomar sus decisiones de establecimiento y administración sin ningún tipo de condicionamiento gubernamental. Ya hemos visto, así, que el TLCAN elimina todos los obstáculos a la entrada de las inversiones extranjeras de los Estados parte, y que, a través de los principios de trato que consagra, asegura a los inversores un amplio margen decisorio en la conducción de sus inversiones. En coherencia con todo ello, debe asegurarse a los inversores la posibilidad de repatriar los beneficios obtenidos gracias a sus actividades económicas. A esta inquietud pretende dar respuesta el TLCAN en su art. 1109. En torno a la regulación de las transferencias de beneficios, dos intereses parecen contraponerse. Por un lado, el del inversor, que legítimamente aspira a que las restricciones en este aspecto, que afecta a la misma viabilidad de su proyecto, sean mínimas o inexistentes. Por el otro, el del Estado receptor, que está obligado a velar por el equilibrio de su balanza de pagos y la existencia en su país de liquidez en divisas⁶⁰, y que, por imperativos de la ordenación macroeconómica, querrá efectuar un mínimo de supervisión o control.

El TLCAN adopta una perspectiva muy liberal para la regulación de las transferencias, ya que dispone que se hagan “libremente, (...), sin demora (...) [y] en divisa de libre uso al tipo de cambio vigente en la fecha de la transferencia”. La exigencia de una transferencia “sin demora” debe interpretarse en el sentido de que se realice dentro del período de tiempo requerido normalmente para completar las formalidades administrativas o burocráticas que la hacen posible⁶¹. Por otra parte, la previsión de que la transferencia pueda realizarse “en divisa de libre uso al tipo de cambio vigente en la fecha de la transferencia” pretende asegurar la aplicación de un tipo idéntico y no discriminatorio a todo los tipos de pagos transferibles⁶². De igual modo, la libertad de transferencia que se reconoce a los inversores bajo la protección del TLCAN presenta una vertiente que se formula en términos negativos en su art. 1109. 2, impidiéndose a los Estados parte el exigir a sus inversores la realización de transferencias de los ingresos o ganancias atribuibles a inversiones llevadas a cabo en el territorio de otra Parte.

Un dato a poner de relieve es que el ámbito objetivo de aplicación de esta cláusula es superior y más amplio que el mismo concepto de inversión que maneja el TLCAN en su Capítulo XI y, más concretamente, en su art. 1139. En efecto, la libertad de transferencia no es predicable únicamente de las ganancias, intereses, etc. derivados de la inversión, o de los productos derivados de la venta o liquidación de la misma, sino que se extiende a las compensaciones recibidas en caso de expropiación o nacionalización (de acuerdo con el art. 1110 TLCAN), a las indemnizaciones que recaigan a raíz de un procedimiento de solución de controversias mixtas y, finalmente, a los pagos realizados conforme a un contrato

⁶⁰ DOLZER, R. y STEVENS, M., *Bilateral ...*, cit., p. 85

⁶¹ DOLZER, R. y STEVENS, M., *Bilateral ...*, cit., p. 96

⁶² DOLZER, R. y STEVENS, M., *Bilateral ...*, cit., p. 95

del que sea parte un inversor o su inversión⁶³, esto es, los pagos corrientes derivados de transacciones comerciales en que participe el inversor en el ejercicio su actividad.

Por último, la necesidad de proteger los intereses públicos o de terceros legitima al Estado receptor para excepcionar, en una serie de circunstancias enumeradas en términos de *numerus clausus*, la libertad general de transferencia. Los Estados parte pueden impedir la realización de transferencias mediante una aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes, lo cual no es más que un recordatorio de los niveles de trato a la inversión que ya conocemos.

De cualquier modo, las situaciones que constituyen los presupuestos habilitantes para la exclusión de la regla común de libertad de transferencia pueden agruparse en dos grandes tipos de casos: a) los que pretenden tutelar intereses públicos, o asegurar el cumplimiento de normas de naturaleza jurídico-pública (infracciones penales o administrativas, informes de transferencias de divisas u otros instrumentos monetarios y garantía del cumplimiento de fallos en procedimientos contenciosos); y b) los que quieren proteger los legítimos intereses de terceros (quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores y emisión, comercio y operaciones de valores).

6. Expropiación y Compensación

Al hablar *supra* del nivel mínimo de trato, hicimos referencia al desencuentro secular entre los Estados Unidos y los países latinoamericanos, defensores antagónicos de dos posturas opuestas, respectivamente: la del estándar mínimo internacional, por un lado, y la del trato nacional (Doctrina Calvo), por el otro. Pues bien, este desacuerdo presenta en las expropiaciones, que son tal vez el riesgo político y no comercial por antonomasia, una manifestación de carácter paradigmático. Los países latinoamericanos utilizaron este tipo de medidas públicas para poner de relieve su actitud hostil para con las inversiones extranjeras, y su voluntad de alcanzar la plena independencia económica a través de la ausencia total de capital foráneo dentro de sus fronteras. La Historia del Derecho internacional económico nos remite a una serie de acontecimientos que ilustran estas discrepancias que acabamos de describir, resueltas sólo muy recientemente, en el caso de las relaciones entre México y los Estados Unidos, en el art. 1110 TLCAN. Entre estos eventos a que nos referimos se encuentra, por ejemplo, la nacionalización mexicana del petróleo en 1938, consecuencia de los principios ideológicos que inspiraron la Revolución Mexicana de 1910 y que condujo al Secretario de Estado de los Estados Unidos, el Sr. Cordell Hull, a formular la hoy clásica exigencia de una compensación “pronta, adecuada y efectiva”⁶⁴. Más tarde,

⁶³ Esta última expresión que realiza el TLCAN nos recuerda a la referencia que él mismo efectúa (art. 1139. 9), en relación a las reclamaciones pecuniarias derivadas de contratos comerciales para la venta de bienes o servicios, precisamente, como hemos visto al analizar el ámbito de aplicación del Capítulo XI TLCAN, para excluirlas (!) de su definición de “inversión”.

⁶⁴ SANDRINO, G.L., “The Nafta Investment...”, cit., p. 291

en las décadas de los años 60 y 70, la estrategia de los países del Tercer Mundo por la instauración de un Nuevo Orden Económico Internacional, lucha política en la que México jugó un papel de liderazgo destacado, condujo a la promulgación de varias Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas⁶⁵ en la que se realizaron pronunciamientos, a veces contradictorios o no completamente coincidentes entre sí, sobre el contenido del derecho de los Estados a realizar expropiaciones de propiedades nacionales y extranjeras en sus respectivos territorios.

Según Dolzer y Stevens, pertenece al Derecho internacional general la norma por la que el Estado receptor de una inversión puede expropiar las inversiones extranjeras que se hallen en su territorio, aunque el cumplimiento de una serie de requisitos se configura como la *conditio sine qua non* de su licitud: causa de utilidad pública, respeto al principio de legalidad y pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva⁶⁶. A esta norma se refiere el TLCAN en su art. 1110. 1, y la completa mediante la exigencia de que la expropiación se realice sobre bases no discriminatorias y con apego a los principios de trato justo y equitativo consagrados en el art. 1105. 1.

Varias precisiones terminológicas deben efectuarse para comprender el alcance de la cláusula específica que estamos analizando. El art. 1110.1 TLCAN se mueve en dos niveles conceptuales diferenciados: el primero engloba el binomio expropiación-nacionalización; el segundo hace referencia a la distinción entre expropiación directa y expropiación indirecta.

En primer lugar, la expropiación y la nacionalización se distinguen por su alcance. Así, mientras aquella consiste en la apropiación coercitiva por parte del Estado de la propiedad privada mediante actos administrativos individuales, ésta tiene directamente una base legal y una dimensión de amplia escala, de modo que afecta a una pluralidad de propietarios⁶⁷. Ambas gozan de una carga teleológica que consiste en una causa de utilidad pública, la cual a su vez permite distinguirlas de la confiscación, esto es, la apropiación arbitraria de la propiedad privada para enriquecimiento exclusivo e individual de la élite dominante⁶⁸. El significado jurídico de la confiscación se remite, por tanto, al concepto de expropiación o nacionalización ilícitas.

Por su parte, con la diferenciación entre expropiación directa y expropiación indirecta (*creeping expropriation*) quiere significarse la existencia de medidas administrativas que *de jure* no siguen el procedimiento expropiatorio,

⁶⁵ Nos referimos a las célebres Resoluciones 1803 (XVII) de 14 de diciembre de 1962: soberanía permanente sobre los recursos naturales; 3201 (S-VI) de 1 de mayo de 1974: declaración sobre el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional y 3281 (XXIX) de 12 de diciembre de 1974: carta de derechos y deberes económicos de los Estados

⁶⁶ DOLZER, R. y STEVENS, M., *Bilateral ...*, cit., p. 97

⁶⁷ SACERDOTI, G., "Bilateral Treaties...", cit., p. 379

⁶⁸ SORNARAJAH, M., *The International Law...*, cit., p. 278

pero que tienen el efecto equivalente de suponer un menoscabo de las facultades que caracterizan al derecho de propiedad privada. Entre estas medidas, la doctrina ha señalado a título de ejemplo: la venta forzosa de propiedades o de acciones, las decisiones administrativas que cancelan las licencias y los permisos necesarios para el ejercicio de la actividad económica de que se trate, las medidas fiscales exorbitantes o confiscatorias, el impedimento de ejercicio de las facultades de administración y control sobre la inversión, la congelación de cuentas bancarias, la promoción de huelgas, etc.⁶⁹

Pues bien, a todo este amplio abanico conceptual se refiere el art. 1110. 1 TLCAN, al englobar bajo el concepto de potestad expropiatoria todas las figuras jurídicas a las que acabamos de referirnos: expropiación directa, expropiación indirecta y nacionalización. De entre los requisitos formales y sustantivos que deben cumplir todas ellas destaca la pormenorizada regulación que el TLCAN realiza de la compensación.

La expropiación no puede comportar un correlativo empobrecimiento del inversor a quien se ha despojado de su propiedad, ya que ello supondría un enriquecimiento injusto del Estado receptor. Es este un principio nuclear de la potestad expropiatoria en el ámbito del Derecho internacional general. Por ello se habilita el instituto de la compensación tendente a reparar el daño patrimonial causado al inversor. Los problemas que plantea la compensación son: i) los daños indemnizables; ii) los criterios de valoración; iii) el momento de pago

i) *Los daños indemnizables: la adecuación*

Algunos autores consideran que la adecuación de la indemnización de que habla la “fórmula Hull” debe medirse con un cálculo del daño emergente, el lucro cesante y las pérdidas indirectas sufridas por el inversor⁷⁰. No obstante, el texto literal del art. 1110 .2 TLCAN, al tratar el tema de la adecuación, no menciona expresamente el lucro cesante, esto es, los beneficios futuros dejados de percibir por el inversor a raíz de la expropiación, sino que únicamente contempla “el valor (...) que tenga la inversión expropiada en la fecha de la expropiación”, en lo que a primera vista parece una mera referencia al daño emergente. Nos asalta la duda de si en esta lacónica expresión utilizada por el TLCAN deben entenderse incluidos también el lucro cesante y las pérdidas indirectas, o bien si la fijación del momento temporal en que el cálculo del montante global de la indemnización debe realizarse (“en la fecha de la expropiación”), impide tomar en consideración la pérdida de los beneficios futuros, que son precisamente los que, con la figura del lucro cesante, se pretende compensar.

ii) *Los criterios de valoración*

Tan importante como la determinación de los daños a indemnizar es acordar los criterios de valoración de los mismos. El TLCAN establece que la

⁶⁹ SORNARAJAH, M., *The International Law...*, cit., p. 284

⁷⁰ V. SACERDOTI, G., "Bilateral Treaties...", cit., p. 389 y SORNARAJAH, M., *The International Law...*, cit., p. 359 (en su nota a pie de página nº 1)

indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión en la fecha de expropiación, es decir, inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo. Según las Directrices del Banco Mundial relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa (IV, 5)⁷¹, el valor justo de mercado corresponde con la suma que un comprador interesado en la inversión normalmente estaría dispuesto a pagar a un vendedor interesado en venderla, después de haber tomado en cuenta la naturaleza de la inversión, las circunstancias en que funcionaría en el futuro y sus características específicas, incluido el tiempo que lleve en operaciones, la proporción de activos físicos en la inversión total y otros factores de importancia pertinentes a las circunstancias específicas de cada caso. No existe, por consiguiente, un método único e infalible para determinar el valor justo de mercado, operación que está sometida a un buen número de circunstancias casuísticas y susceptibles de variación. El TLCAN enumera, sin ánimo exhaustivo, el criterio del valor corriente y el valor del activo, incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles.

iii) *El momento de pago*

El art. 1110. 3 TLCAN establece que el pago de la indemnización se hará sin demora⁷², además de ser completamente liquidable (esto es, en moneda plenamente convertible) y libremente transferible. Ni el Secretario de Estado Hull, en su exigencia de que la compensación fuese “pronta”, ni hoy los Estados parte del TLCAN consideran necesario para la legalidad de la medida expropiatoria que el pago se realice con anterioridad a la expropiación misma. No se trata, por tanto, de una condición precedente a la legalidad de la expropiación⁷³. Es más, se articula, en el art. 1110. 4 y 5 TLCAN un mecanismo de pago de intereses de naturaleza moratoria que la indemnización deberá incluir, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago, mediante una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, siempre que la misma lo sea de un país miembro del Grupo de los Siete⁷⁴. No hay duda de que la complejidad de las estructuras de los tipos de interés en los mercados financieros del mundo tiende a dificultar la dilucidación de lo que deba entenderse por “razonable”, y en qué mercado, para un tipo de interés⁷⁵.

Una interpretación *a contrario* del art. 1110. 4 TLCAN permitiría concluir que, en el caso de que la compensación no fuese pagada en una moneda de un país

⁷¹ V. SHIHATA, I.F.I., *Legal Treatment of Foreign Investment*, Dordrecht, Martinus Nijhoff,, 1993, pp. 179-192

⁷² Es decir, como hemos visto en el ámbito de las transferencias, que deberá efectuarse en el período de tiempo requerido normalmente para completar las formalidades administrativas que la hacen posible.

⁷³ SORNARAJAH, M., *The International Law...*, cit., p. 380. Lo contrario se prevé en el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR, de 17-1-1994, en cuyo art. 4. 1 se prescribe que la compensación en caso de expropiación será, no ya pronta, adecuada y efectiva, sino “*previa, adecuada y efectiva*”

⁷⁴ El Grupo de los Siete países más industrializados del mundo (G-7) está compuesto por: Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Italia y Japón

⁷⁵ DOLZER, R. y STEVENS, M., *Bilateral ...*, cit., p. 114

miembro del Grupo de los Siete, tampoco la compensación devengaría interés de naturaleza moratoria alguno. Ello efectivamente es así, pero el art. 1110. 5 TLCAN se encarga de aclarar que, en este caso, la compensación a pagar no será inferior a la que se hubiese pagado en la divisa de alguno de los países del Grupo de los Siete más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable hasta la fecha de pago.

7. Solución de Controversias

a) Consideraciones introductorias

La Doctrina Calvo propugnó una interpretación del principio de igualdad entre nacionales y extranjeros que suponía el sometimiento exclusivo de las inversiones extranjeras a las leyes y a la jurisdicción de los tribunales del país receptor. Con la inclusión de una "cláusula bifurcada" (cuyo significado precisaremos más adelante) en el sistema de solución de controversias mixtas establecido por el TLCAN, se posibilita la "huida" del sistema jurisdiccional de los recursos internos y el sometimiento de una reclamación al arbitraje internacional, en coherencia con la práctica convencional bilateral anterior a la firma del TLCAN y con la doctrina hoy imperante del estándar mínimo internacional.

Por otra parte, los procedimientos de solución de controversias deben responder convenientemente a una problemática que hemos intentado esbozar al estudiar los aspectos institucionales de nuestro Acuerdo: la necesidad de que la integración económica vaya de la mano del mayor grado posible de uniformidad normativa.

En la doctrina española, Alonso García ha hablado de la necesaria "operatividad de la norma común" para señalar esta cuestión: "a partir de dicha operatividad pueden surgir conflictos que, de dejarse en manos de cada parte del todo, pueden desembocar en una desintegración de lo integrado. (...) [Se trata, pues, de] examinar en qué medida los sistemas de solución de tales conflictos resultan satisfactorios a los efectos de mantener en el estadio aplicativo la uniformidad lograda en el estadio de producción normativa"⁷⁶.

En efecto, el sistema de integración establecido por el TLCAN se juega toda su credibilidad, es decir, su capacidad para ofrecer certidumbre jurídica a los operadores, en el ámbito de la solución de controversias, pues es preciso asegurar la homogeneidad en la interpretación y aplicación de los parámetros de "justicia" establecidos para resolver los conflictos que puedan surgir. Si ello es cierto con rango casi de imperativo categórico para cualquier orden jurídico, tanto más lo es cuando de lo que se trata es de asegurar el funcionamiento eficiente de una zona de integración económica. De lo contrario, se corre el riesgo de "desandar lo andado", o como dice Alonso García, de "desintegrar lo integrado".

⁷⁶ ALONSO GARCÍA, R. *Tratado de Libre Comercio, MERCOSUR y Comunidad Europea: solución de controversias e interpretación uniforme*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 5

En un salto cualitativo, cabría afirmar que la integración económica no puede alcanzarse tan sólo con un mecanismo único de producción de normas: es preciso, además, que esta unidad se proyecte sobre el sistema de aplicación de estas normas. Sólo así será posible cerrar el círculo virtuoso del binomio "integración económica-uniformidad normativa".

b) Régimen jurídico

La Sección B es quizá la parte más rica del Capítulo XI en términos de detalle y de amplitud en la regulación. La Sección se ocupa de regular la solución de controversias mixtas, es decir, aquéllas diferencias surgidas entre un Estado parte de nuestro Acuerdo y un inversor sometido al ámbito de aplicación del mismo.

El sistema de solución de controversias mixtas en materia de inversiones se plantea una serie de objetivos enumerados en el art. 1115 TLCAN. Puede considerarse que estos objetivos constituyen las garantías que los Estados parte quieren respetar al establecer el mecanismo de solución de controversias que ahora nos ocupa. Estas garantías son de una doble naturaleza, lo cual, aunque estén estrechamente interconectadas, las hace conceptualmente distintas.

En primer lugar, las garantías de carácter formal o procedimental pretenden asegurar un "debido proceso legal ante un tribunal imparcial" (*due process*). Por su parte, las garantías de carácter material pretenden hacer realidad un "trato igual entre inversores de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional", lo cual constituye un nuevo recordatorio de los niveles de trato que ya conocemos y que informan todo el régimen jurídico de las inversiones extranjeras en el marco del TLCAN.

Desde el punto de vista del abandono de la Doctrina Calvo, el art. 1121 TLCAN, bajo el epígrafe general de "condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral" configura, como avanzábamos, una "cláusula bifurcada" relativa a la elección del medio, arbitral o jurisdiccional, de solución de la controversia, cuando la reclamación se refiera a la pérdida o el daño de una participación en una empresa nacional de otro Estado parte y propiedad o bajo el control del inversor. Esta elección de medio o procedimiento queda en manos del inversor contendiente, ya que los Estados parte consienten "en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado" (art. 1122.1 TLCAN).

El sentido de la cláusula bifurcada no es otro que el de facultar al inversor para someter la diferencia a un procedimiento arbitral internacional, pero para ello debe previamente y por escrito renunciar "a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes (...), salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o

extraordinario"⁷⁷. El abandono de la Doctrina Calvo no es, por consiguiente, absoluto y se ve modulado por las previsiones del TLCAN. Fiel a su perspectiva neoliberal de enfoque de las relaciones económicas, se confiere al particular la posibilidad de buscar la tutela de sus intereses donde más y mejor le convenga. No obstante, del contenido concreto de la Sección B se desprende que los Estados parte atribuyen mucho mayor protagonismo al procedimiento arbitral, regulándolo más pormenorizadamente dando por supuesto implícitamente que éste es el medio "natural" de solución de controversias relativas a inversiones.

Con ánimo de ofrecer una visión general de la Sección B del Capítulo XI, podemos describir el procedimiento arbitral de solución de controversias mixtas del siguiente modo:

a. *Legitimación activa del inversor*: tiene lugar con la concurrencia de tres circunstancias objetivas: la violación, por un Estado parte, de una obligación contenida en la Sección A del Capítulo XI; la existencia de pérdidas o daños sufridos por un inversor; y una relación de causalidad entre la violación y la pérdida o el daño. Además, existe un plazo de caducidad de 3 años para presentar la reclamación, desde que el inversor tuvo o debió tener conocimiento de la violación y de la pérdida o daño.

b. *Consultas o negociaciones previas*: las partes contendientes intentarán primero dirimir la controversia por vía de consulta o negociación. Si estos esfuerzos resultan infructuosos, el inversor debe notificar por escrito al Estado parte contendiente su intención de someter una reclamación a arbitraje, cuando menos noventa días antes de que presente formalmente la reclamación. En su caso, deberá además renunciar a seguir la vía de la reclamación judicial o administrativa.

c. *Sumisión de la controversia a un procedimiento arbitral*: transcurridos al menos seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, el inversor contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con: el Convenio del CIADI, siempre que tanto el Estado parte contendiente como el Estado parte del que sea nacional el inversor lo hayan concluido⁷⁸; las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando el Estado parte contendiente o el Estado del que sea nacional el inversor, pero no ambos, hayan concluido el Convenio del CIADI; o, finalmente, las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las

⁷⁷ En el ámbito comunitario europeo, la posibilidad de solicitar medidas cautelares ante un tribunal judicial o administrativo aunque conozca del fondo del asunto con carácter exclusivo un tribunal arbitral es una cuestión tratada y admitida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1998, Asunto C-391/95 *Van Uden vs. Deco-Line*. En efecto, resolviendo una cuestión prejudicial, el TJCE admite que la competencia del juez de medidas provisionales pueda fundamentarse en el art. 24 del Convenio de Bruselas de 1968, incluso si ya se ha iniciado o puede iniciarse un procedimiento arbitral privado sobre el fondo, a pesar, por ejemplo, de la oposición de los Gobiernos que habían comparecido en el proceso.

⁷⁸ En el marco del TLCAN, sólo los Estados Unidos son parte, en la actualidad, del Convenio del CIADI. V. VIVES CHILLIDA, J. A., *El Centro ...*, cit.

Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, en sus siglas en inglés).

d. *Derecho aplicable*: Corolario de la asunción de la doctrina del estándar mínimo internacional, con la consiguiente renuncia a someter el régimen jurídico de las inversiones extranjeras a los ordenamientos jurídicos internos, es la cláusula relativa al derecho aplicable a la solución de la controversia (art. 1131 TLCAN), que será el propio TLCAN y "las reglas aplicables del derecho internacional". Sometiendo la controversia a un procedimiento arbitral, el inversor puede evitar automáticamente la aplicación del derecho interno del Estado parte en que lleva a cabo sus operaciones económicas.

Conviene ahora analizar la continuación del procedimiento bajo el punto de vista, esbozado anteriormente a modo introductorio, de la importancia de lo que hemos denominado "uniformidad normativa" en el fenómeno de la integración económica y que, en el ámbito de la solución de controversias mixtas, se proyecta sobre la interpretación del derecho aplicable y los medios para obtener la ejecución del laudo arbitral.

e. *La cuestión del incidente interpretativo*: lograr uniformidad y coherencia en la interpretación del Acuerdo es proporcionar seguridad a los operadores económicos y asegurar el funcionamiento adecuado de la zona de integración. En términos generales, el TLCAN no dispone de mecanismos institucionales que puedan contribuir a alcanzar este objetivo, y así lo ha constatado y juzgado desfavorablemente la misma doctrina estadounidense⁷⁹. No obstante, en el ámbito de la solución de controversias, se encuentra una excepción y un correctivo de esta situación general: el incidente interpretativo contemplado en el art. 1132. Sumariamente descrito, este incidente implica que cuando uno de los Estados parte, contendiente en la diferencia de que se trate, alegue como defensa que una medida presuntamente contraria a las normas del TLCAN cae en el ámbito de una reserva o excepción consignada en los Anexos al mismo, el tribunal arbitral solicitará a la Comisión una interpretación sobre el asunto. En un plazo de 60 días, la Comisión presentará al tribunal su interpretación. Si no lo hace, el tribunal decidirá sobre el asunto.

Para juzgar este precepto con amplitud de miras, hay que tomar en consideración tres datos que estimamos fundamentales: en primer lugar, el contenido mismo de los Anexos al TLCAN⁸⁰; a continuación, la composición de la

⁷⁹ V. ABBOTT, F. M., ABBOTT, F. M., "Integration Without Institutions...", cit., y FITZPATRICK, J.P., "The Future...", cit.

⁸⁰ En los Anexos I y II, nos encontramos ante reservas en relación con medidas existentes y compromisos de liberalización, así como de reservas en relación con medidas futuras. Por su parte, en los Anexos III y IV se enumera la lista de las actividades reservadas al Estado, así como de las excepciones al trato de nación más favorecida. En definitiva, se trata de un contenido que afecta al núcleo mismo de los intereses vitales de los Estados parte, en materias donde los mismos se resisten todavía a ejercer cesiones (*lato sensu*) de soberanía.

Comisión⁸¹; finalmente, el carácter *inter partes* de la obligatoriedad del laudo arbitral que en su momento recaiga, con inclusión del resultado de la tarea interpretativa de la Comisión. Por estos motivos, más que coadyuvar a alcanzar los objetivos de armonización o uniformidad normativas en el momento de la interpretación de la norma común, tan necesarios en una zona de integración, como hemos afirmado insistentemente, cabe concluir que el incidente interpretativo en el marco de un procedimiento arbitral de solución de controversias mixtas en materia de inversiones pretende salvaguardar principalmente los intereses soberanos de los Estados parte, preservando aquellos ámbitos que se encuentran fuera del alcance de sus obligaciones internacionales.

f. *Firmeza y ejecución del laudo*: en un aspecto que forma parte del contenido esencial del procedimiento de solución de controversias, el art. 1136. 4 establece con carácter general que "cada una de los Estados parte dispondrá la debida ejecución de un laudo en su territorio". Además, el art. 1136. 6 y 7 prevé la solicitud de ejecución del laudo, por parte de un inversor, conforme a la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras y a la Convención Interamericana de 1975 sobre arbitraje comercial internacional. No obstante, el art. 1136. 5 contempla el supuesto de que un Estado parte contendiente no acate o incumpla un laudo definitivo. Esta eventualidad puede dar pie a la incoación de un procedimiento arbitral interestatal de solución de controversias, previsto en el Capítulo XX (arts. 2008 *et seq.* TLCAN), a requerimiento del Estado parte del que es nacional el inversor contendiente afectado por el desacato o el incumplimiento del laudo definitivo, en una prolongación, que tan sólo debería producirse en casos extremos, de la técnica de la más tradicional protección diplomática. Si en su informe final un panel arbitral resuelve que el desacato o el incumplimiento son contrarios a las obligaciones que se derivan del TLCAN, el Estado parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente al Estado parte demandado. Pero el panel también puede formular una mera recomendación en el sentido de que el Estado parte demandado se ajuste y observe el laudo definitivo, en cuyo caso no procede suspensión alguna de beneficios. Como hemos señalado con anterioridad al estudiar los aspectos institucionales establecidos por el TLCAN, la posibilidad de suspensión de beneficios resulta insuficiente desde el punto de vista del aseguramiento de la ejecución y de la aplicación uniforme y armónica de las obligaciones internacionales derivadas del Acuerdo. Suspensión, que, además, reviste un carácter meramente potestativo.

IV. TERCERA PARTE: EL MERCADO COMÚN DEL SUR

A. Capítulo Quinto: el régimen jurídico de las inversiones extranjeras

1. El MERCOSUR: Breve presentación de conjunto

⁸¹ Como sabemos, el art. 2001 TLCAN la configura como un órgano de composición intergubernamental, integrada por representantes de cada parte a nivel ministerial.

a) Orígenes y objetivos

En términos generales, son reproducibles para el objeto del estudio que ahora nos ocupa las constataciones anteriormente realizadas sobre las circunstancias históricas, políticas y económicas que dieron lugar, a mediados de la década de los ochenta, a un cambio en la estrategia de integración y desarrollo de los países de América Latina.

Baste recordar ahora el reemplazo de las políticas tradicionales de sustitución de las importaciones y de cierre a los mercados exteriores por otras de corte neoliberal, como consecuencia de la necesidad de solucionar la crisis de la deuda externa. De este modo, se propugnó de manera decidida la apertura a la competitividad internacional, la liberalización y la privatización de las economías. Al contrario de lo ocurrido en el seno de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), a la que sucedió en 1980 la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), concebidas como un modo de alcanzar la casi-autarquía económica, pasó a entenderse el fenómeno de integración regional como un medio de dotar a los países latinoamericanos de un mayor peso negociador a nivel internacional frente a la Unión Europea, los Estados Unidos y los países del Sureste asiático.

En el caso específico de los países del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), a todo ello vino a añadirse la caída de regímenes dictatoriales y la correlativa instauración de sistemas políticos democráticos, lo cual contribuyó a un acercamiento de posiciones entre Brasil y Argentina. En 1985 estos dos países firmaron un Programa de Integración y Cooperación Económica, embrión del Tratado de Asunción de 1991, al que se añadieron Uruguay y Paraguay. Se trataba, en definitiva, de desideologizar el fenómeno de la integración y seguir vías más pragmáticas para lograr la inserción de estos países en los corrientes de intercambio económico internacionales⁸².

Así pues, mediante el Tratado de Asunción, los Estados parte deciden constituir un mercado común, sin duda una de las modalidades más avanzadas de la integración económica, por detrás tan sólo de la unión económica y monetaria. Concretamente, este mercado común consiste en la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, el establecimiento de un arancel externo común, la adopción de una política comercial común en relación con terceros Estados, la coordinación de políticas macroeconómicas y la armonización de legislaciones en las materias pertinentes. Al mismo tiempo, los Estados parte se comprometen a preservar los compromisos asumidos hasta la fecha de la celebración del Tratado de Asunción, particularmente los acuerdos firmados en el ámbito de la ALADI, visto que, al fin y al cabo, el MERCOSUR pretende ser un nuevo avance en el esfuerzo tendente al desarrollo progresivo de la integración en toda América Latina, de acuerdo con los objetivos del Tratado de Montevideo de 1980.

⁸² STEVENS, W., "MERCOSUR: A Latin American Integration of the Second Generation", *Studia Diplomatica*, (pp.49-63), pp. 58-59

b) Configuración orgánica y medios jurídicos de acción normativa externa: una Organización internacional de coopeación

Mediante el Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR, firmado en Ouro Preto en diciembre de 1994, los Estados parte dotan al MERCOSUR de personalidad jurídica internacional (art. 34) configuran su estructura institucional y establecen las fuentes de su ordenamiento jurídico. De la lectura de este Protocolo Adicional se desprende que el MERCOSUR goza de los rasgos que caracterizan a una Organización internacional de cooperación: su funcionamiento es estrictamente interestatal y la técnica de negociación y adopción de decisiones, conferida a unos órganos comunes y permanentes, es respetuosa con la soberanía de sus Estados miembros⁸³.

En efecto, las tres instituciones con potestades normativas (el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio) tienen una composición intergubernamental y toman sus decisiones por consenso y con la presencia de todos los Estados parte. Además, las fuentes o modos de manifestación jurídica de la acción normativa externa son obligatorios para los Estados miembros, los cuales son los encargados de incorporar en sus respectivos ordenamientos internos las resoluciones obligatorias emanadas de los órganos del MERCOSUR⁸⁴. Sobre este particular, y para evitar los inconvenientes que plantea la falta de aplicabilidad inmediata de las normas del MERCOSUR, el Capítulo IV del Protocolo, bajo la denominación genérica de "aplicación interna de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR", articula un sistema de medidas, centralizado por la Secretaría General del MERCOSUR, con la finalidad de garantizar la vigencia y entrada en vigor simultáneas en los Estados parte de las normas del MERCOSUR.

Finalmente, en base al art. 38 del Protocolo, los Estados parte se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR. De este modo, los Estados parte deberán desarrollar normativamente aquellas normas del MERCOSUR que, por su propia naturaleza, tengan un carácter *non self-executing*, en aras de posibilitar su oponibilidad e invocabilidad ante los respectivos órganos jurisdiccionales internos.

Desde un punto de vista valorativo, cabe señalar que el carácter intergubernamental del MERCOSUR constituye un serio impedimento para alcanzar los objetivos propugnados por sus Estados parte de construir un mercado común. Si la integración económica consiste en la eliminación de los obstáculos de

⁸³ SOBRINO HEREDIA, J. M., "Las organizaciones internacionales: generalidades", en DIEZ de VELASCO, M. *et al.*, *Las organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 31-48, (p. 46)

⁸⁴ Estas resoluciones obligatorias pueden adoptar la forma de Decisiones, Resoluciones y Directivas.

todo tipo a la libre circulación de los factores de producción, es claro que las normas que pretenden regularla deben tener asegurada su aplicación e interpretación homogéneas. En este sentido, el carácter ambicioso y complejo de los objetivos del MERCOSUR se ve agravado por la falta de una auténtica transferencia de competencias soberanas a la Organización internacional: puede afirmarse, sin caer en la exageración, que el mercado común sólo puede ser logrado si se dispone de los mecanismos que aseguren que la uniformidad en la producción de las normas tenga lugar también en el momento de su aplicación e interpretación. Así, la inexistencia de un órgano destinado a defender exclusivamente los intereses del MERCOSUR frente a los de sus Estados miembros y la previsión de que las controversias interestatales sean confiadas a un sistema arbitral *ad hoc*⁸⁵, ponen en peligro la posibilidad de crear seguridad jurídica entre los operadores económicos y de generar confianza en que la construcción del espacio de integración no sea alterada por avatares de discrecionalidad política o administrativa.

2. El "Protocolo de Colonia" para la promoción y protección recíproca de inversiones en el MERCOSUR y el "Protocolo de Buenos Aires" sobre promoción y protección de inversiones provenientes de Estados no partes del MERCOSUR

a) Observaciones en torno a su naturaleza jurídica

El Protocolo de Colonia y el de Buenos Aires constituyen las fuentes de la regulación jurídica de las inversiones extranjeras en el MERCOSUR. Aunque ambos fueron adoptados en forma de Decisión del Consejo del Mercado Común (Decisiones 11/93 y 11/94, respectivamente), la cuestión sobre su naturaleza jurídica merece ser tratada de modo separado para cada uno de ellos, ya que su contenido respectivo y, por extensión, su virtualidad jurídica, son distintos.

En una primera aproximación, cabe afirmar que, tanto el uno como el otro, al haber sido adoptados con anterioridad a la entrada en vigor del Protocolo de Ouro Preto, tienen la naturaleza jurídica de un tratado internacional y no de una resolución obligatoria de una Organización internacional, a pesar de presentar la forma de una Decisión del Consejo del Mercado Común. Ello es así porque, durante el llamado período de transición y hasta la existencia del Protocolo de Ouro Preto, los órganos e instituciones del MERCOSUR carecían de potestades normativas susceptibles de crear derechos y obligaciones para los Estados parte⁸⁶.

⁸⁵ Con base jurídica en el Capítulo V del Protocolo de Brasilia de 1991.

⁸⁶ El art. 16 del Tratado de Asunción, hoy derogado pero en vigor en el momento de conclusión de los referidos Protocolos, afirma que "durante el período de transición [hasta el 31 de diciembre de 1994], las Decisiones del Consejo del Mercado Común y del Grupo Mercado Común serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados parte". No se pronuncia, por tanto, sobre los efectos obligatorios para los Estados parte de las Decisiones, en contraposición al art. 42 Protocolo Ouro Preto, en concordancia con los arts. 9, 15 y 20 del mismo, de diciembre de 1994, de cuyo contenido puede concluirse en una lectura sistemática que las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR tienen, ahora sí, carácter obligatorio para los Estados parte.

Los propios Protocolos de Colonia y de Buenos Aires se encargan de especificar esta circunstancia en sus arts. 12 y 4, respectivamente, al afirmar, para cada uno de ellos, que son "parte integrante del Tratado de Asunción", de modo que "la adhesión por parte de un Estado al Tratado de Asunción implicará *ipso jure* la adhesión a [los] Protocolo[s]", lo cual confirma su vocación de Derecho originario y, por consiguiente, su naturaleza eminentemente convencional.

No obstante, el estudio sobre su naturaleza jurídica no puede terminar aquí, pues hay que determinar ahora sus respectivos efectos. Para el Protocolo de Colonia, hay que tener en cuenta, simplemente, que desplegará toda su eficacia en la medida en que haya sido ratificado, publicado y desarrollado normativamente en los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales. Pero la conclusión no puede ser tan precipitada para el caso del Protocolo de Buenos Aires para la promoción y protección de inversiones provenientes de Estados no partes del MERCOSUR. Ello es así porque, en definitiva, el Protocolo de Buenos Aires establece los parámetros generales de tratamiento a las inversiones provenientes de terceros Estados, lo que, de algún modo, hace generar a los terceros Estados, y no tan sólo a los inversores de terceros Estados, una serie de expectativas legítimas. Se trata, pues, de dilucidar el modo en que estas expectativas pueden concretarse.

En esta medida, Sacerdoti considera la posibilidad de que el Protocolo de Buenos Aires sea un tratado creador de derechos a terceros Estados, de conformidad con lo previsto en los arts. 36 y 37 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados⁸⁷. Para explorar más a fondo esta vía de determinación de la virtualidad jurídica del Protocolo de Buenos Aires, hay que considerar las condiciones fijadas por la citada Convención para que un tratado internacional pueda innovar positivamente la esfera jurídica de terceros Estados. Estas condiciones son: 1ª) que exista una disposición expresa en el sentido de crear estipulaciones en favor de terceros; 2ª) que los Estados parte hayan tenido intención de conferir un derecho a un tercer Estado; 3ª) que el tercer o terceros Estados asientan al beneficio concedido, sea de forma expresa o tácita; 4ª) que el tercer Estado cumpla las condiciones que se estipulen en el tratado para el ejercicio del derecho⁸⁸.

La lectura del Protocolo de Buenos Aires permite considerar que las condiciones enumeradas no se cumplen en el caso que nos ocupa, visto que no puede afirmarse concluyentemente que los Estados parte hayan tenido la intención de crear derechos para terceros Estados, voluntad que, en cualquier caso, no consta expresamente en el texto del Protocolo.

Sin embargo, la intención de los Estados parte puede determinarse en base a otras frases y afirmaciones expresas recogidas a lo largo de los preceptos del Protocolo. Así, en el Preámbulo del Protocolo, los Estados parte reconocen que

⁸⁷ SACERDOTI, G., "Bilateral Treaties...", cit., p. 428

⁸⁸ DÍEZ de VELASCO, M., en DIEZ de VELASCO, M., *et alt.*, *Instituciones de Derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 178-179

"la promoción y la protección de inversiones *sobre la base de acuerdos con terceros Estados*⁸⁹ (...) incrementará la prosperidad de los cuatro países miembros". Además, en el art. 2, se dispone que "el tratamiento general *a convenir por cada Estado parte con terceros Estados*..."⁹⁰. De todo ello puede concluirse que la intención de los Estados parte fue la de configurar el Protocolo de Buenos Aires como un Acuerdo marco para la celebración de acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones entre los Estados del MERCOSUR individualmente considerados y terceros Estados. De este modo, puede afirmarse que, en puridad, el Protocolo de Buenos Aires se diferencia del de Colonia en que, en contraposición a éste, no pretende innovar el *status* jurídico de los inversores extranjeros, sino que enumera una serie de obligaciones de resultado que los Estados parte deben alcanzar con libertad de medios, en sentido sustantivo, pero mediante el cauce formal de la conclusión con terceros Estados de tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones. En concreto, las obligaciones de resultado consisten en no otorgar, a las inversiones realizadas por inversores de terceros Estados, un trato más favorable al establecido en el Protocolo: los parámetros y criterios de tratamiento a los inversores extranjeros adoptan el carácter, en términos del art. 2 del Protocolo, de "bases normativas" más allá de las cuales los Estados parte se comprometen a no reconocer a los inversores ni beneficios ni derechos mayores. Todo lo cual nos lleva a la conclusión de que el Protocolo de Buenos Aires no es más que un punto de partida para un ulterior desarrollo normativo de rango convencional.

b) Ámbito de aplicación

Ambos Protocolos adoptan un ámbito de aplicación en lo esencial prácticamente idéntico.

Desde el punto de vista objetivo, realizan una definición del concepto jurídico de inversión que destaca por su amplitud. Abarca tanto a la *inversión extranjera directa*, (es decir, la transferencia de activos de un país a otro con la intención de generar un beneficio bajo el control total o parcial del propietario de los mismos), como a la *inversión extranjera indirecta* (esto es, los movimientos de capital destinados a adquirir acciones de una empresa en otro país, sin que exista correlación alguna entre la propiedad de las acciones y la dirección de la empresa). Además, incluye tanto a *bienes materiales muebles e inmuebles* (derechos reales mobiliarios e inmobiliarios), como a *bienes inmateriales* (tecnología o derechos de propiedad intelectual o industrial, tales como patentes, marcas, diseños industriales, nombres comerciales, procedimientos técnicos, secretos industriales, etc.). El elenco se completa con la inclusión en el concepto de inversión de los títulos de crédito, los préstamos directamente vinculados a una inversión específica y las concesiones económicas de derecho público. El estudio del ámbito objetivo de aplicación de los Protocolos no puede concluir sin la advertencia que ambos

⁸⁹ Cursiva añadida

⁹⁰ Cursiva añadida

realizan de que la enumeración que incluyen es meramente ejemplificativa o *numerus apertus*.

Desde el punto de vista subjetivo, un estudio en paralelo de ambos Protocolos nos lleva a la conclusión de que la nacionalidad de las personas físicas y jurídicas no es el criterio de relevancia para entenderlas sometidas al Protocolo de Colonia, (el cual, recordémoslo, regula las inversiones provenientes del MERCOSUR), sino que también se sigue, a estos efectos, el criterio de la residencia permanente. Para las personas físicas, ello equivale a decir que se entenderán incluidas en el ámbito de aplicación del Protocolo de Colonia, no tan sólo a los nacionales de uno de los Estados parte, sino también los nacionales de terceros Estados que tengan su domicilio en uno de los Estados parte. Respecto a las personas jurídicas, estarán sometidas al Protocolo de Colonia las que tengan su sede en uno de los Estados del MERCOSUR, aunque hayan sido constituidas conforme a la legislación de un tercer Estado. Este "punto de conexión" de carácter subjetivo es particularmente interesante, ya que los Estados parte no adoptan una postura proteccionista o nacionalista, sino que, al seguir el criterio de la residencia permanente, pretenden establecer una orientación más pragmática y atender a las necesidades de la realidad económica. Además, esta actitud de política legislativa es coherente con la pretensión de someter a un mismo régimen jurídico a todos los factores de producción que efectivamente se encuentren en el espacio territorial de la integración, visto que de lo que se trata es de instaurar un mercado común, el cual tiene una lógica propia que no entiende de nacionalidades sino de asegurar unas mismas de condiciones de igualdad para todos los operadores económicos⁹¹. De esta manera, estarán sometidas al ámbito de aplicación subjetivo de los tratados bilaterales concluidos en base al Protocolo de Buenos Aires aquéllas personas que, no teniendo la nacionalidad de uno de los Estados parte del MERCOSUR, tampoco tengan su residencia permanente (domicilio o sede, según se trate de una persona física o jurídica) en uno de ellos.

c) Una desigual proyección de los principios de la promoción, la admisión, la protección y el trato

Por un lado, ambos Protocolos enumeran unos mismos principios relativos a la promoción y la protección de las inversiones extranjeras. Los Estados parte se obligan a otorgar a las inversiones realizadas en su territorio el mejor de los dos niveles siguientes: el de trato nacional o el de nación más favorecida⁹². Además, los Estados parte coinciden, en ambos Protocolos, en obligarse a asegurar a las

⁹¹ Diferente es la cuestión en el TLCAN, el cual no sigue el criterio de la residencia permanente sino únicamente el de la nacionalidad. Al fin y al cabo, ese Tratado pretende tan sólo instaurar una zona de libre comercio, objetivo de integración menos ambicioso y con unos principios que se diferencian con claridad de los de un mercado común.

⁹² En el caso del Protocolo de Buenos Aires, el nivel de trato de nación más favorecida no incluye, como por otra parte es evidente, a los beneficios que los Estados parte extiendan a los inversores de terceros Estados resultantes de la participación en zonas de integración económica (como el mismo MERCOSUR o la ALADI) o de acuerdos internacionales para evitar la doble imposición internacional.

inversiones de los inversores sometidos a sus respectivos ámbitos de aplicación un trato justo y equitativo, a no perjudicar su gestión, uso y disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias y a concederles plena protección legal. Pero, por otro lado, las diferencias entre ambos Protocolos sobre este particular existen, sólo que son más sutiles y se sitúan en el modo de dotar de efectividad a estos principios.

En efecto, el Protocolo de Colonia sigue la práctica de los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones extranjeras concluidos por los Estados Unidos. En este sentido, el Protocolo de Colonia no contiene una cláusula separada que prevea los principios rectores de la promoción y la admisión de las inversiones provenientes del MERCOSUR, sino que este extremo se ve regulado de manera simultánea y conjunta con los demás principios de protección y trato. La técnica legislativa es avispada y supone extender los niveles de trato al momento inicial de establecimiento de la inversión: de este modo, los criterios de trato nacional o de nación más favorecida son operativos en el momento mismo de acceso al mercado del país receptor (es decir, con la admisión y el establecimiento de la inversión), y no tan sólo a partir del período posterior al mismo (esto es, la administración y venta o liquidación de la inversión). Si los niveles de trato suponen la prohibición de discriminación, su activación en el momento mismo de la admisión y su mantenimiento a lo largo de toda la vida de la inversión supone conceder a las inversiones provenientes de los Estados del MERCOSUR unas condiciones muy favorables que permiten hablar de una auténtica liberalización de su régimen jurídico, de una virtual eliminación de los obstáculos a la circulación de capitales intra-MERCOSUR. Esta conclusión se ve confirmada por el tenor literal del art. 2 del Protocolo de Colonia, el cual preceptúa que "cada Parte contratante promoverá las inversiones de inversores de las otras Partes y *las admitirá*⁹³ de manera no menos favorable que a las inversiones de sus propios inversores o de terceros Estados".

En cambio, el Protocolo de Buenos Aires establece una modalidad de aplicación de los principios rectores de la promoción y la protección de las inversiones provenientes de terceros Estados que discrimina a éstas últimas respecto a las provenientes de países del MERCOSUR. En otras palabras, los Estados parte en el Protocolo de Buenos Aires se obligan a promover la existencia de unas condiciones favorables a las inversiones de inversores de terceros Estados, pero no a admitirlas incondicionalmente en base a los principios de trato nacional o nación más favorecida. Existe una regulación separada de las obligaciones referentes a la promoción, por un lado, y a la admisión y protección, por el otro. El art. 2 B) 1. del Protocolo afirma que "cada Estado parte promoverá en su territorio las inversiones de inversores de terceros Estados, y *admitirá dichas inversiones conforme a sus leyes y reglamentaciones*⁹⁴". Es decir, la admisión y establecimiento de inversiones provenientes de terceros Estados no se ven regidos por los principios de trato nacional o nación más favorecida, sino que se someten a

⁹³ Cursiva añadida

⁹⁴ Cursiva añadida

las prioridades y condicionamientos establecidos unilateralmente por las legislaciones nacionales. Es claro que el potencial liberalizador de esta cláusula es reducido comparado con su equivalente del Protocolo de Colonia, lo que redundará en perjuicio de la eliminación de obstáculos a la importación de capitales provenientes de terceros Estados.

d) La cuestión de los llamados “requisitos de desempeño” (performance requirements)

Los requisitos de desempeño son las obligaciones impuestas a los inversores como condición para el disfrute de la protección del Estado receptor. Afectan al modo en que el inversor toma las decisiones fundamentales sobre el establecimiento y la administración de su inversión. En la medida en que suponen una injerencia pública en la conducción de las actividades económicas y que pueden afectar a los flujos comerciales, están vetados en el seno de los acuerdos de la Ronda Uruguay del GATT (bajo el nombre de Trade-Related Investment Measures).

Una observación sobre los requisitos de desempeño viene sugerida por el hecho de que son prohibidos terminantemente por el Protocolo de Colonia en su art. 3. 4, el cual preceptúa que "ninguna de las partes establecerá requisitos de desempeño como condición para el establecimiento, la expansión o el mantenimiento de las inversiones que requieran o exijan compromisos de exportar mercancías, o especifiquen que ciertas mercancías o servicios se adquieran localmente, o impongan cualesquiera otros requisitos similares". No obstante, esta prohibición genérica no consta en el Protocolo de Buenos Aires y, por consiguiente, surge la duda de si la inserción de una cláusula relativa a la prohibición de requisitos de desempeño en un tratado bilateral entre un Estado del MERCOSUR y un tercer Estado constituiría una violación del Protocolo de Buenos Aires.

Parece que es posible fundamentar una respuesta negativa a la cuestión. En primer lugar porque los terceros Estados están protegidos por el Acta de Marrakech de 1994, la cual vincula a todos los países miembros de la OMC en su regulación de los TRIMs. Y en segundo lugar porque la imposición de requisitos de desempeño puede dar lugar a un perjuicio a la gestión, uso y goce de la inversión en base a una medida injustificada o discriminatoria (sobre todo si para los capitales intra-MERCOSUR la regla general es la prohibición de *performance requirements*) y, por extensión, vulneratoria de los principios de protección a las inversiones, basados en el trato justo y equitativo.

e) Expropiaciones y nacionalizaciones: observaciones sobre la cuestión de la compensación

Ambos Protocolos recogen los requisitos que, para su licitud, debe cumplir el ejercicio de la potestad expropiatoria. Las medidas de privación de la propiedad del inversor sólo pueden llevarse a cabo por razones de utilidad pública, sobre una

base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal. Esta cláusula contiene una extensión del principio de legalidad insuficiente, que sólo se refiere, desde un punto de vista formal, al proceso legal, pero no adopta perspectiva sustantiva alguna al referirse a las razones de utilidad pública o la prohibición de discriminación, las cuales, para dotar de mayores garantías al estatuto jurídico del inversor, también deberían estar sometidas a la exigencia de legalidad.

Respecto a la compensación o indemnización en caso de expropiación, conviene poner de relieve las diferencias entre ambos Protocolos. Así, el Protocolo de Colonia, establece el siguiente régimen jurídico:

1º) En una reformulación más ventajosa para el inversor de la "fórmula Hull", establece que la compensación sea previa (a la expropiación *stricto sensu*, se entiende), adecuada (correspondiente al valor real de la propiedad expropiada) y efectiva (en moneda convertible);

2º) Precizando el sentido que deba atribuirse al concepto de adecuación de la compensación, establece que el monto de la misma corresponderá al valor real que tenía la inversión expropiada inmediatamente antes del momento de que la decisión de expropiar haya sido hecha pública; además, precisa que la compensación generará intereses o se actualizará su valor hasta la fecha del pago. Esta precisa regulación de la institución compensatoria está indudablemente destinada a evitar un enriquecimiento injusto del Estado receptor y expropiante, siquiera sea por el mero paso del tiempo.

El régimen jurídico de la compensación es diferente y menos favorable para el inversor de un tercer Estado según los términos que utiliza el Protocolo de Buenos Aires. Éste Protocolo establece, como parece pertinente recordar, unas bases normativas más allá de las cuales los Estados parte se comprometen a no conceder beneficios mayores en los tratados bilaterales que concluyan con terceros Estados. Con este recordatorio previo en mente, la regulación de la compensación se establece en estos términos:

1º) La reformulación de la "fórmula Hull" es esta vez bastante más peculiar que en el caso del Protocolo de Colonia, pues se establece que la compensación sea justa, adecuada y pronta u oportuna. Es una labor interpretativa particularmente compleja la dilucidación de lo que deba entenderse por "justa" para una compensación, sobre todo porque parece un concepto muy cercano al de "adecuada". En cualquier caso, ya no se preceptúa que la compensación sea "previa", sino que se utilizan los términos "pronta u oportuna". El carácter expresamente previo del pago que se contempla en el Protocolo de Colonia es claramente más beneficioso para el inversor que una mera referencia a la prontitud o la oportunidad, aunque tampoco puede concluirse que la regulación del momento temporal del pago que se establece en uno y otro Protocolo sean incompatibles, ya que una modalidad de la oportunidad del pago es, precisamente, su carácter previo.

2º) En contraposición a lo que se establece en el Protocolo de Colonia, el de Buenos Aires no establece cláusula alguna para el pago de intereses o la actualización de la compensación hasta la fecha de pago, sino que se limita a disponer que el pago de intereses corresponda al valor de la inversión expropiada.

Ello supone una merma en las garantías del inversor de un tercer Estado en comparación con las que rodea a las inversiones provenientes del MERCOSUR.

En definitiva, esta falta de equiparación entre inversores en atención meramente a su Estado de origen es discriminatoria y criticable, sobre todo la institución expropiatoria es una materia

"sensible" en el marco del Derecho de las inversiones.

f) Transferencias. Solución de controversias entre el inversor y el Estado receptor

Sobre estos extremos la regulación de ambos Protocolos es equiparable en lo esencial. Además, los dos se hacen eco de los parámetros que se están estandarizando en la práctica normativa internacional sobre la materia.

a. Respecto a las transferencias, ambos Protocolos adoptan una perspectiva generosamente liberalizadora, permitiendo la repatriación prácticamente ilimitada de los beneficios y otros activos líquidos, descritos de manera meramente ejemplificativa en unos términos muy amplios. En efecto, objeto de la libertad de transferencia son los capitales necesarios para el mantenimiento de la inversión; los beneficios, dividendos, utilidades, etc.; los fondos para el reembolso de los préstamos vinculados directamente a una inversión; las regalías o pagos relativos a los derechos de propiedad industrial; las compensaciones en caso de expropiación; y los salarios obtenidos del trabajo personal en relación a una inversión. Además, el ejercicio del derecho de transferencia debe realizarse sin demora y en moneda libremente convertible. El Protocolo de Colonia añade que la transferencia debe realizarse "al tipo de cambio vigente en el mercado a la fecha de la transferencia", previsión que el Protocolo de Buenos Aires omite. Esta laguna u omisión puede dar lugar a discriminaciones sobre una cuestión que reviste importancia desde el punto de vista de la necesidad de evitar el desmerecimiento del valor del activo líquido transferible.

b. Por cuanto respecta a la solución de controversias que surjan entre el inversor y el Estado receptor relativas a la interpretación o aplicación del régimen jurídico de la inversión (controversias mixtas), ambos Protocolos establecen una cláusula bifurcada por la que inversor puede elegir entre someter la controversia a los órganos jurisdiccionales del Estado receptor o bien a un tribunal arbitral internacional. El recurso al arbitraje internacional puede realizarse ante un tribunal *ad hoc* de acuerdo con las reglas de la UNCITRAL o una institución internacional de arbitraje. Solamente el Protocolo de Colonia especifica las instituciones de arbitraje que pueden conocer de la controversia: ante el CIADI (cuando todos los Estados parte en el Protocolo se hayan adherido a él), o el Mecanismo Complementario del mismo. Retomando los términos del art. 42. 1 del Convenio de Washington de 1965, ambos Protocolos establecen que el Derecho aplicable a la controversia será el Derecho del Estado implicado en la controversia (incluidas las normas relativas a conflictos de leyes) y, paralelamente, normas de Derecho internacional público como el Protocolo de Colonia (si el Estado implicado en la controversia es parte en él), el convenio celebrado en base al Protocolo de Buenos

Aires y los principios generales del Derecho internacional en materia de inversiones. En suma, la importancia de la regulación de la solución de controversias mixtas en base al arbitraje consiste en suponer (como hizo México en el TLCAN) el abandono (o, al menos, la atenuación) de la Doctrina Calvo que propugnaba el sometimiento exclusivo del inversor a los órganos jurisdiccionales del Estado receptor.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Del estudio que hemos realizado en las páginas que preceden se desprende con nitidez la considerable heterogeneidad existente entre las tres zonas de integración económica que han sido objeto de estudio, tanto desde el punto de vista de sus respectivas estructuras institucionales como del enfoque político-normativo adoptado para la regulación de las inversiones extranjeras. Al finalizar el recorrido de esta investigación, parece oportuno realizar una recapitulación y unas últimas consideraciones.

Los principales cometidos de toda estructura institucional de apoyo a un Acuerdo de integración económica deben ser, por un lado, velar por la defensa de los intereses de la zona de integración (no siempre necesariamente coincidentes con los de los Estados miembros) y, por el otro, asegurar la uniformidad tanto en la fase de producción como, y muy especialmente, en la de aplicación e interpretación normativas. Ninguno de los modelos institucionales analizados, a pesar de la manifiesta disparidad existente entre ellos, parece responder satisfactoriamente a estas expectativas. Centrándonos particularmente en el segundo de los aspectos mencionados, en el caso del TLCAN y del MERCOSUR el principal problema viene planteado por la adopción del arbitraje *ad hoc* como medio fundamental para la solución de controversias mixtas. Ello conlleva una criticable exacerbación del casuismo en el tratamiento de la interpretación y la aplicación de las normas comunes e impide la existencia de un *corpus* jurisprudencial que fije unos parámetros hermenéuticos susceptibles de conferir seguridad jurídica a los operadores económicos. Por su parte, la Comunidad Andina, aun contando con un Tribunal de Justicia inspirado en el modelo europeo, tampoco consigue resolver adecuadamente la cuestión de la homogeneidad en la aplicación e interpretación de la normativa común, ya que el insuficiente desarrollo de los principios de aplicabilidad inmediata y de aplicabilidad directa del Derecho comunitario andino permite todavía a los Estados conservar un amplio margen en relación con la entrada en vigor, el desarrollo y la interpretación de las normas comunitarias. La creación de sendos Tribunales de Apelación en el seno del TLCAN y del MERCOSUR, por un lado, y la potenciación o consolidación de los principios de aplicabilidad inmediata y de aplicabilidad directa en el caso de la Comunidad Andina, por el otro, se presentan como las vías recomendables para la solución de estas dificultades.

En cuanto al contenido del régimen jurídico de las inversiones extranjeras, una primera constatación es necesaria en el sentido de que se trata de un instrumento para el ejercicio de una nueva estrategia de desarrollo basada en la

desregulación y la liberalización de los mercados, en contraposición a la política de sustitución de las importaciones (y su corolario jurídico, la Doctrina Calvo) que habían seguido los países latinoamericanos desde su independencia hasta la década de los setenta de nuestro siglo. El Derecho internacional de las inversiones extranjeras sigue en la actualidad una incipiente tendencia hacia su multilateralización y la estandarización o generalización de sus parámetros. En este sentido, el eje en torno al cual gravitan las recientes regulaciones es el principio general de prohibición de discriminación del inversor extranjero (modalizado ya sea a través del principio de trato nacional o del de nación más favorecida), que se proyecta sobre todos los institutos reguladores de la actividad inversora (particularmente sobre la cuestión de la expropiación y la compensación). También se pone un énfasis particular en asegurar los principios de libertad de empresa y de competencia. Por todo ello, las cláusulas sobre inversiones del TLCAN se erigen como el modelo jurídico para la evolución y el desarrollo del Derecho internacional de las inversiones extranjeras, habiendo ejercido una influencia considerable sobre los Protocolos del MERCOSUR, del mismo modo en que muy probablemente lo harán en la anunciada (y necesaria) reforma de las normas sobre inversiones en la Comunidad Andina.

VI. BIBLIOGRAFÍA

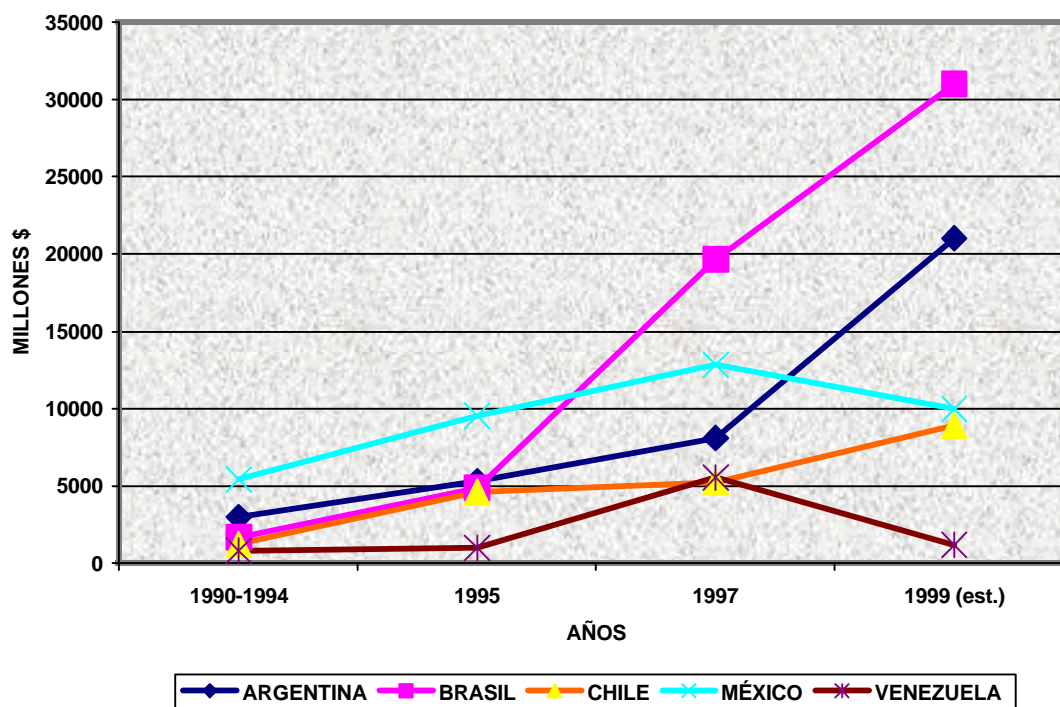
- ABBOTT, F. M., "Integration Without Institutions: The NAFTA Mutation of the EC Model and the Future of the GATT Regime", *American Journal of Comparative Law*, vol. 40, n° 4, 1992
- ALDECOA LUZARRAGA, F., "Hacia la formalización de la «integración silenciosa» de México en los Estados Unidos: el Tratado de Libre Comercio de América del Norte", en PÉREZ GONZÁLEZ, M. *et alt.* (eds.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo- Estudios en homenaje al Profesor Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993
- ALONSO GARCÍA, R., *Tratado de Libre Comercio, MERCOSUR y Comunidad Europea: solución de controversias e interpretación uniforme*, Madrid, McGraw-Hill, 1997
- BELLO, J. H., y HOLMER, A. M., "The North American Free Trade Agreement: Its Overarching Implications", *The International Lawyer*, vol. 27, n° 3, 1993
- BRICEÑO BERRÚ, J. E., "Commercio ed Investimenti Esteri nel NAFTA- Il regime comune degli investimenti nell'Accordo Nord-Americano di Libero Scambio", *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 1996, n° 4
- CALVO CARAVACA, A. L., *et alt.*, *Derecho internacional privado*, Granada, Editorial Comares, 1998
- DA CRUZ VILAÇA, J. L. y SOBRINO HEREDIA, J. M., "Del Pacto a la Comunidad Andina: El Protocolo de Trujillo de 10 de marzo de 1996, ¿simple reforma institucional o profundización en la integración subregional?", *Gaceta Jurídica de la C.E.*, n° 26
- DIEZ de VELASCO, M. *et alt.*, *Instituciones de Derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1996
- DOLZER, R., y STEVENS, M., *Bilateral Investment Treaties*, Dordrecht, Kluwer, 1995
- ESQUIROL, J. L., "Foreign Investment: The Revision of the Andean Foreign Investment Code- Decision 220 of the Commission of the Cartagena Agreement", *Harvard International Law Journal*, vol. 29, 1988
- FITZPATRICK, J. P., "The Future of the North American Free Trade Agreement: A Comparative Role of the Regional Economic Institutions and the Harmonization of Law in North America and Western Europe", *Houston Journal of International Law*, vol. 19, n° 1, 1996
- GARAU SOBRINO, F. F., *Régimen legal de las inversiones comunitarias en España y de las españolas en países comunitarios*, Madrid, Tecnos, 1990
- GARAY SALAMANCA, L. J., *América Latina ante el reordenamiento económico internacional*, Santafé de Bogotá, Editorial Universidad Nacional, 1994
- GARCÍA AMADOR, F. W., "Calvo Doctrine, Calvo Clause", en BERNHARDT, R., (ed.), *Encyclopedia od Public International Law*, Max-Planck-Institut, Amsterdam, 1985
- HAKIM, P., "La Iniciativa para la Américas: ¿Qué quiere Washington?", en BOUZAS, R. y LUSTIG, N. (eds.), *Liberalización comercial e integración regional: de NAFTA a MERCOSUR*, Buenos Aires, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 1992

- HUMMER, W. y PRAGER, D., "La pertenencia a varios modelos de integración: el caso de América Latina", *Comercio Exterior*, vol. 48, n° 3, marzo de 1998
- MIGLIORINO, L., "La promozione e la protezione degli investimenti nell'Accordo Nord-Americano di Libero Commercio del 1992 (NAFTA)", *Diritto del Commercio Internazionale*, 1994, 1
- O'KEEFE, T. A., "How the Andean Pact Transformed Itself into a Friend of Foreign Enterprise" *The International Lawyer*, vol. 30, n° 4, 1996
- PELKMANS, J., "The Institutional Economics of European Integration", en CAPPELLETTI, M. *et alt.* (eds.), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, Berlin- New York, Walter de Gruyter, 1986
- PETERS, P. y SCHRIJVER, N., *Latin American and International Regulation of Foreign Investment: Changing Perceptions*, Netherlands International Law Review, vol. XXXIX, n° 3, 1992
- PRICE, D. M., "An Overview of The NAFTA Investment Chapter: Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement", *The International Lawyer*, vol. 27, n° 3
- RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *Las resoluciones obligatorias de las organizaciones internacionales de cooperación*, Madrid, Tecnos, 1997
- SACERDOTI, G., "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *RCADI*, vol. 269, 1997
- SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. A., *et alt.*, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Eurolex, Colección Estudios Internacionales, 1996
- SANDRINO, G. L., "The NAFTA Investment Chapter and Foreign Direct Investment: A Third World Perspective", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 27, n° 2, 1994
- SOBRINO HEREDIA, J. M., "Las organizaciones internacionales: generalidades", en DIEZ de VELASCO, M., *et alt.*, *Las organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 1995
- SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Grotius Publications, 1994
- VIVES CHILLIDA, J. A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, McGraw-hill, 1998

VII. ANEXO ESTADÍSTICO

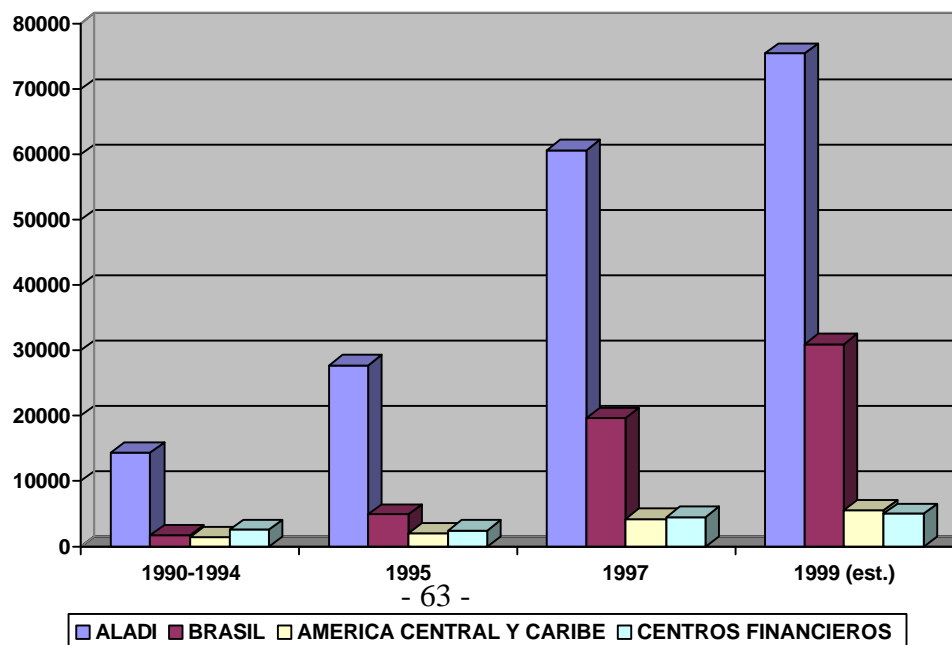
1. Ingresos netos de inversión extranjera directa en los principales países de la ALADI

Fuente: Comisión Económica para América Latina de las Naciones Unidas



2. Ingresos netos de inversión extranjera directa (1990-1999)

Fuente: Comisión Económica para América Latina de las Naciones Unidas



VIII. DOCUMENTACIÓN: TEXTOS JURÍDICOS

1. TLCAN o NAFTA (<URL:<http://www.sice.oas.org/trades.stm#TLCAN>>)

Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 1992

Tratado de Cooperación Medioambiental de América del Norte, 1992

Tratado de Cooperación Laboral de América del Norte, 1992

2. MERCOSUR (<URL:<http://www.mercosur.org.uy>>)

Tratado de Asunción, 1991

Protocolo de Colonia para la promoción y protección recíproca de las inversiones en el MERCOSUR, 1994

Protocolo de Buenos Aires sobre promoción y protección de inversiones provenientes de Estados no parte en el MERCOSUR, 1994

Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la estructura institucional del MERCOSUR- Protocolo de Ouro Preto, 1994

Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Solución de Controversias-

Protocolo de Buenos Aires, 1991

3. Comunidad Andina (<URL:<http://www.comunidadandina.org>>)

Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena, modificado por el Protocolo de Trujillo, 1996), 1969

Decisión de la Comisión del Acuerdo de Cartagena n° 291 sobre el régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, 1991

4. Acuerdos de Cooperación Económica y Comercial entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y países de América Latina que incluyen cláusulas sobre inversiones

Estos acuerdos se caracterizan por la inclusión en todos ellos de una cláusula-modelo relativa a las inversiones del siguiente tenor:

" 1. Las Partes Contratantes acuerdan:

- fomentar, dentro de sus competencias, normativas y políticas respectivas, el incremento de las inversiones mutuamente ventajosas,

- intentar mejorar el clima favorable a las inversiones recíprocas, en especial promoviendo acuerdos de fomento y protección de inversiones entre los Estados miembros de la Comunidad y [el/los otro/s Estado/s parte]

2. Con la finalidad de alcanzar estos objetivos, las Partes Contratantes convienen en llevar a cabo acciones de apoyo a la promoción y atracción de inversiones, con vistas a identificar nuevas oportunidades y favorecer su realización. Tales acciones incluirán:

a) seminarios, exposiciones y misiones empresariales;

b) la formación de los agentes económicos para la creación de proyectos de inversión;

c) la asistencia técnica necesaria para la formación de coinversiones;

d) actuaciones en el marco del Programa «European Community Investment Partners» (ECIP)

3. Las formas de cooperación podrán involucrar a entes privados oficiales, nacionales, multilaterales, incluidas las instituciones financieras con vocación regional, tanto [aquí la nacionalidad del/los otro/s Estado/s parte] como comunitarias"

El listado completo de estos Acuerdos es el siguiente:

1. Acuerdo de Cooperación entre el Acuerdo de Cartagena y sus países miembros, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, por una parte, y por otra, la Comunidad Económica Europea- DOCE L 153 de 8 de junio de 1984, adoptado mediante 384R1591, DOCE L 153, de 8 de junio de 1984
2. Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea, por una parte, y, por la otra, los países parte del Tratado General de Integración Económica Centroamericana (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua) y Panamá- DOCE L 172 de 30 de junio de 1986, adoptado mediante 386R2009, DOCE L 172, de 30 de junio de 1986
3. Acuerdo marco de cooperación comercial y económica entre la Comunidad Económica Europea y la República Argentina- DOCE L 295 de 26 de octubre de 1990, adoptado mediante 390D0530, DOCE L 295 de 26 de octubre de 1990
4. Acuerdo marco de cooperación entre la Comunidad Económica Europea y los Estados Unidos Mexicanos- DOCE L 340 de 11 de diciembre de 1991, adoptado mediante 391D0627, DOCE L 340 de 11 de diciembre de 1991
5. Acuerdo marco de cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la República Oriental del Uruguay- DOCE L 094 de 8 de abril de 1992, adoptado mediante 392D0205, DOCE L 094, de 8 de abril de 1992
6. Acuerdo marco de cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la República del Paraguay- DOCE L 313 de 30 de octubre de 1992, adoptado mediante 392D0509, DOCE L 313 de 30 de octubre de 1992
7. Acuerdo marco de cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la República Federativa del Brasil- DOCE L 262 de 1 de noviembre de 1995, adoptado mediante 395D0445, DOCE L 262 de 1 de noviembre de 1995
8. Acuerdo marco interregional de cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Mercado Común del Sur y sus Estados parte, por otra- DOCE L 069 de 19 de marzo de 1996, adoptado mediante 396D0205, DOCE L 069, de 19 de marzo de 1996
9. Acuerdo marco de cooperación entre la Comunidad Económica Europea y el Acuerdo de Cartagena y sus países miembros, la República de Bolivia, la República de Colombia, la República de Ecuador, la República del Perú y la República de Venezuela- DOCE L 127 de 29 de abril de 1998, adoptado mediante 398D0278, DOCE L 127 de 29 de abril de 1998
10. Acuerdo interino sobre comercio y cuestiones relacionadas con el comercio entre la Comunidad Europea, por una parte, y los Estados Unidos Mexicanos, por otra- DOCE L 226 de 13 de agosto de 1998, adoptado mediante 398D0504, DOCE L 226 de 13 de agosto de 1998

11. Acuerdo-marco de cooperación entre la Comunidad Económica Europea y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá- DOCE L 063, de 12 de marzo de 1999

Por su parte, el reciente Acuerdo de cooperación económica, concertación política y cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y los Estados Unidos Mexicanos, por otra, DOCE L 276 de 28 de octubre de 2000, por otra contiene una serie de cláusulas sobre inversiones que literalmente dicen:

“TÍTULO III - INVERSIÓN Y PAGOS RELACIONADOS

Artículo 28 - Definiciones

1. *Para efectos de este título, "inversión realizada de acuerdo con la legislación de las Partes" significa: inversión directa, inversión inmobiliaria, y compra y venta de cualquier clase de valores, tal y como se definen en los Códigos de Liberalización de la OCDE.*
2. *Los pagos amparados por este título serán aquellos relacionados con una inversión.*

Artículo 29 - Pagos relacionados con inversión

1. *Sin perjuicio de los artículos 30 y 31, las restricciones a los pagos relacionados con inversión entre las Partes serán progresivamente eliminadas. Las Partes se comprometen a no introducir nuevas restricciones a los pagos relacionados con una inversión directa a partir de la entrada en vigor de esta Decisión. Las restricciones a los pagos relacionados con inversiones en el sector servicios que han sido liberalizadas de conformidad con el título II de esta Decisión, serán eliminadas conforme al mismo calendario.*

Artículo 30 - Dificultades por políticas cambiaria y monetaria

1. *Cuando, en circunstancias excepcionales, los pagos relacionados con inversión entre las Partes causen, o amenacen con causar, serias dificultades para la operación de las políticas cambiaria o monetaria de una Parte, esa Parte podrá aplicar las medidas de salvaguarda que sean estrictamente necesarias, por un período no mayor a seis meses. La aplicación de las medidas de salvaguarda podrá ser prolongada mediante su nueva introducción formal.*
2. *La Parte que adopte la medida de salvaguardia informará a la otra Parte sin demora y presentará, lo más pronto posible, un calendario para su eliminación.*

Artículo 31 - Dificultades en la balanza de pagos

1. *Cuando México o uno o más Estados Miembros enfrenten dificultades fundamentales de balanza de pagos, o una amenaza inminente de la misma, México, o la Comunidad o el Estado*

Miembro de que se trate, según sea el caso, podrá adoptar medidas restrictivas con respecto a pagos, incluyendo transferencias de montos por concepto de la liquidación total o parcial de la inversión directa. Tales medidas deberán ser equitativas, no discriminatorias, de buena fe, de duración limitada y no irán más allá de lo que sea necesario para remediar la situación de balanza de pagos.

- 2. México, o la Comunidad o el Estado Miembro de que se trate, según sea el caso, informará a la otra Parte sin demora y presentará, lo más pronto posible, un calendario para su eliminación. Dichas medidas deberán ser tomadas de acuerdo con otras obligaciones internacionales de la Parte de que se trate, incluyendo aquellas al amparo del Acuerdo de Marrakesh por el que se establece la OMC y los Artículos Constitutivos del Fondo Monetario Internacional.*

Artículo 32 - Transferencias

La liquidación y transferencia al exterior de cualquier inversión directa realizada en México por residentes de la Comunidad o en la Comunidad por residentes de México, y cualesquier ganancias provenientes de tal inversión, no serán afectadas por las disposiciones del artículo 30.

Artículo 33 - Fomento de la inversión entre las Partes

La Comunidad y sus Estados Miembros, en el ámbito de sus respectivas competencias, y México, buscarán promover un ambiente atractivo y estable para la inversión recíproca. Esta cooperación se traducirá, entre otras cosas, en lo siguiente:

- 1. mecanismos de información de identificación y divulgación de las legislaciones y de las oportunidades de inversión;*
- 2. el desarrollo de un entorno jurídico favorable a la inversión entre las Partes, en caso necesario mediante la celebración entre México y los Estados Miembros de la Comunidad de acuerdos bilaterales de promoción y protección de la inversión y de acuerdos destinados a evitar la doble tributación.*
- 3. el desarrollo de procedimientos administrativos armonizados y simplificados; y*
- 4. el desarrollo de mecanismos de inversión conjunta, en particular, con las pequeñas y medianas empresas de ambas Partes.*

Artículo 34 - Compromisos internacionales sobre inversión

La Comunidad y sus Estados Miembros, en el ámbito de sus respectivas competencias y México, recuerdan sus compromisos internacionales en materia de inversión, y especialmente los Códigos de Liberalización y el Instrumento de Trato Nacional de la OCDE.

Artículo 35 - Cláusula de Revisión

Con el objetivo de la liberalización progresiva de la inversión, México y la Comunidad y sus Estados Miembros, confirman su compromiso de revisar el marco jurídico de inversión, el clima de inversión y los flujos de inversión entre sus territorios, de conformidad con sus compromisos en acuerdos internacionales de inversión, en un tiempo no mayor a tres años posteriores a la entrada en vigor de esta Decisión.”

5. Acuerdos de Libre Comercio entre los países del Hemisferio Americano que adoptan una estructura y un contenido miméticos respecto del TLCAN, incluidas las cláusulas sobre inversiones (“Tratados Clónicos”)

ESTADOS PARTE	ENTRADA EN VIGOR	FECHA DE FIRMA
México-Bolivia	1 de enero de 1995	-
Canadá-Chile Acuerdos Complementarios de Cooperación Ambiental y Laboral	2 de junio de 1997 2 de junio de 1997	5 de diciembre de 1996 6 de diciembre de 1997
Centroamérica (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua) y República Dominicana	1 de enero de 1999	16 de abril de 1998
Chile-México	1 de octubre de 1998	-
Costa Rica-México	1 de enero de 1995	-
México-Nicaragua	1 de julio de 1998	-