



SG/di 543
24 de julio de 2003
2.23.30

**EVALUACIÓN DE LAS NEGOCIACIONES DEL ALCA EN
MATERIA DE INVERSIONES: POSIBLES RESULTADOS E
IMPLICANCIAS EN LA CONFORMACIÓN DEL MERCADO
COMÚN ANDINO**

INDICE DE CONTENIDOS

Introducción	1
Sección I. Las Negociaciones sobre Inversiones en el ALCA: Evaluación de su estado actual y posición de los países en áreas relevantes al mercado andino	2
I.1. La naturaleza jurídica del capítulo de inversiones de ALCA: Estándares sobre entrada, establecimiento y protección de inversiones	2
Formulación combinada del Trato Nacional y Trato de la Nación Más Favorecida y listas negativas	3
Estándares de tratamiento en las etapas de pre y post Inversión	4
Coexistencia del ALCA con tratados subregionales	9
Los Requisitos de Desempeño	12
Personal de Directorio, Alta Gerencia y Conocimiento Especializado	18
Solución de controversias	19
I.2. Las ofertas presentadas	26
Estados Unidos	26
Canadá	29
México	35
Chile	36
Sección II. Posibles escenarios de resultados de las negociaciones sobre inversiones en el ALCA: Eventuales implicancias en el mercado andino	39
II.1 Marco para la aproximación a los escenarios de resultados y sus efectos de cara a la conformación del mercado común	39
II.2 Escenarios sobre posibles resultados	40

II.2.1 Escenarios sobre acceso y establecimiento de Inversiones	40
II.2.2 Escenarios sobre Requisitos de Desempeño	45
Sección III. Las Negociaciones sobre Inversiones en el ALCA: Posibles <i>trade off</i> de los Países Miembros de la CAN, en áreas relevantes para mejorar el resultado global de las negociaciones	48
Conclusiones	52
Anexo: Consideraciones relativas a la oferta inicial de la CAN sobre reservas al Capítulo de Inversiones del ALCA	54
Referencias bibliográficas	63

EVALUACIÓN DE LAS NEGOCIACIONES DEL ALCA EN MATERIA DE INVERSIONES: POSIBLES RESULTADOS E IMPLICANCIAS EN LA CONFORMACIÓN DEL MERCADO COMÚN ANDINO *

Introducción

El presente Estudio, encomendado al autor por la Secretaría General de la Comunidad Andina (CAN), tiene por objeto evaluar las negociaciones en inversiones que adelantan los Países Miembros de la CAN en el ámbito del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA), buscando prever el resultado de las mismas y las posibles implicancias que tendría este acuerdo en las conformación del Mercado Común andino.

Para la elaboración del Estudio, el consultor complementó su conocimiento sobre el tema con su consideración y análisis de bibliografía especializada relevante, documentos fundamentales surgidos o presentados a las negociaciones en marcha, así como a través de su interacción con funcionarios negociadores de los Países Miembros y técnicos de la Secretaría General de la CAN.

El Estudio se divide en tres (3) Secciones que refieren, respectivamente, a los resultados esperados de acuerdo a los Términos de Referencia preparados para la elaboración del mismo. De esta forma, la Sección I. Evalúa las negociaciones sobre inversiones en el ALCA y las posiciones de los países bajo estudio en áreas relevantes al mercado andino. La Sección II. Describe los posibles escenarios de resultados de las negociaciones y considera los riesgos, pérdidas y ganancias de dichos escenarios en la perspectiva del mercado común andino. Por último, la Sección III. Aborda los posibles términos de *trade off*, ante las posibles pérdidas que el proceso de conformación del mercado andino pudiera padecer en virtud de la elaboración del capítulo de inversiones del ALCA.

En este orden de ideas, se plantean como objetivos específicos del estudio responder a las cuestiones sobre: i) el impacto del otorgamiento de derechos de Trato Nacional y Trato de la Nación más favorecida en las etapas de “pre” y “post” inversión; ii) la conveniencia de insistir en la preservación de los espacios de políticas relativos a los requisitos sobre desempeño en materia de industrias y servicios, de acuerdo las disciplinas de la OMC; iii) la conveniencia de establecer normas y procedimientos especiales en materia de solución de controversias en el Capítulo de inversiones del ALCA; y iv) las implicancias de los mecanismos de solución de controversias en materia de inversiones entre los estados miembros de ALCA (estado-estado) y entre un inversionista de un país parte y otro país parte receptor de su inversión (inversionista-estado).

Al final del estudio se expresan las principales conclusiones a que llegamos en el desarrollo de cada sección y, particularmente, sobre las cuestiones relativas a los objetivos específicos mencionados.

* DOCUMENTO ELABORADO POR EL CONSULTOR ALBERTO JOSÉ MESTAS.- CARACAS, VENEZUELA, JUNIO 2003. SUS OPINIONES NO COMPROMETEN A LA SECRETARIA GENERAL.

Sección I. Las Negociaciones sobre Inversiones en el ALCA: Evaluación de su estado actual y posición de los principales países en áreas relevantes al mercado andino

Las negociaciones sobre inversiones en el ALCA, tienen lugar en el marco de la elaboración del Capítulo sobre Inversiones de dicho acuerdo. La reciente versión del texto consolidado del proyecto de Acuerdo, contiene un Capítulo sobre inversiones consistente en un texto normativo que combina garantías o estándares de *acceso* y *protección* de inversionistas e inversiones cubiertas, y originarios o controlados por agentes económicos de cada País Miembro, en el territorio de cualquier otro país miembro del posible acuerdo.

La presente sección, se orienta a definir la naturaleza jurídica del referido capítulo sobre la base del tipo de garantías de trato concedidas a los referidos inversionistas y sus inversiones. De igual manera, evalúa el estado actual de las negociaciones y las posiciones y ofertas presentadas por los países estudiados en los temas claves del capítulo.

I.1. La naturaleza jurídica del capítulo de inversiones de ALCA: Estándares sobre entrada, establecimiento y protección de inversiones

La definición del alcance de las garantías o estándares de entrada, establecimiento y protección de inversionistas e inversiones cubiertas, es un aspecto de vital importancia para aproximarnos a los efectos que el Capítulo de inversiones del ALCA pueda generar sobre el régimen común andino de tratamientos de capitales extranjeros y, naturalmente, la conformación del mercado común. En realidad, el diseño estratégico andino para la construcción del mercado común en su componente de inversiones, debe prever de manera precisa los impactos de un modelo orientado a establecer un régimen liberal para la entrada y establecimiento en un marco hemisférico para inversiones.

Al considerar la más reciente versión del texto consolidado¹ es evidente que las diversas propuestas presentadas por las delegaciones coinciden en la construcción de un texto normativo de regulación de inversiones intrahemisféricas, sobre la base de concesiones de garantías de acceso, establecimiento y protección² a los inversionistas e inversiones cubiertas, en el territorio de cada país miembros de ALCA. No obstante, y como se verá en el desarrollo del Estudio, los países bajo estudio podrían preservar amplios controles en relación a la entrada, establecimiento y previsión de requisitos especiales para el desempeño de las inversiones en relación a sectores de actividad económica sensibles a sus economías.

¹ Segundo Borrador del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas. Capítulo sobre Inversión, de fecha 04 de Julio de 2002.

² En este estudio nos referiremos tangencialmente a las garantías de protección, en tanto no conforman el conjunto de disciplinas de mayor relevancia en la perspectiva de la construcción del mercado común. Estas disciplinas refieren a garantías de seguridad jurídica y libertad para la gestión de los negocios por parte del inversionista. Estas disciplinas adquieren expresión objetiva en normas sobre trato justo y equitativo, transparencia, estabilidad y previsibilidad de políticas, garantías de defensa y libre disposición del patrimonio en materia de expropiaciones y medidas análogas, y acceso a mecanismos justos y transparentes de solución de controversias.

Formulación combinada de trato nacional y trato de la nación más favorecida y lista negativas

La formulación combinada de las disciplinas sobre Trato Nacional (TN) y Trato de la Nación más Favorecida (TNMF), prevé el otorgamiento de plenos derechos de entrada y establecimiento de inversiones basado sobre el mejor tratamiento que surja de la aplicación de ambos principios. Dicho supuesto está contenido en el artículo 5 del capítulo, siendo conocido como nivel de trato. El modelo está sujeto solo a “listas negativas” de reservas de sectores de actividad económica en relación a los cuales dichos derechos no son aplicados.

La adopción del sistema de listas negativas por parte del Grupo de Negociaciones de Inversiones (GNIN), como base metodológica para el inicio de las negociaciones sobre acceso a mercados en materia de inversiones, sin duda imprime un claro sesgo liberalizador al movimiento de capitales en el contexto hemisférico, por cuanto sólo por vía de excepción pueden establecerse reservas en relación a sectores de inversión y normas domésticas que quedan sustraídos del marco regulatorio que se pretende implementar. En otras palabras, este enfoque se opone al de “listas positivas” que parte de un enfoque de liberalización selectiva a través de la asunción de compromisos específicos en relación a sectores de inversión y excepciones a los estándares generales de trato³. Sin embargo, ambos enfoques dejan lugar al mantenimiento de espacios para la formulación de políticas orientadas al fomento de sectores e inversiones sensibles al desarrollo nacional o para profundizar en modalidades de integración comunitaria. Pensemos, por ejemplo, en la excepción al TNMF en relación a ciertas ventajas, programas o beneficios diseñados, o que lleguen a diseñarse en materia de facilitación y promoción de empresas intracomunitarias y las disciplinas que lleguen a adoptarse en materia de libre establecimiento laboral de ciudadanos comunitarios, en dichas empresas o, sencillamente, en el territorio del mercado común⁴.

Como hemos expresado, las regulaciones del Capítulo objeto de estudio en materia de entrada y establecimiento de inversiones, de acuerdo a las diversas propuestas presentadas por las delegaciones y a pesar del enfoque de liberalización “total” o “automática”⁵ que imprime el modelo sujeto a “listas negativas”, deja espacio a los países receptores de inversión para mantener cierto control sobre el inversionista o las inversiones, con base en las regulaciones domésticas. Normalmente, dichos controles no son incompatibles con los derechos de entrada y establecimiento, sino que coexisten con tales derechos⁶, amén de las excepciones y reservas que en relación a los mismos los países pueden establecer y que no desvirtúen el elemento finalista o teleológico del régimen de tratamiento de capitales extranjeros adoptado.

³ En el caso del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, el resultado final para cada país se concretó en dos elementos fundamentales: las listas de compromisos específicos y las listas de excepciones a la Cláusula de la Nación Más Favorecida. Este Acuerdo es reconocido como el marco modelo de liberalización progresiva o selectiva.

⁴ Cierta debate puede tejerse al considerar los alcances de las instituciones sobre libre circulación del factor *trabajo* como elemento fundamental del mercado común y su relación con las políticas de tratamiento del capital intracomunitario y la inversión extranjera directa. Dicho debate es objeto de amplio análisis en el presente documento, buscando definir el debido lugar que las regulaciones sobre inversión tienen en el mercado común, en su relación con las políticas de establecimiento laboral.

⁵ Utilizamos los términos relativos a “automaticidad” o “totalidad” como calidades características de un enfoque opuesto a la “gradualidad” o progresividad en los procesos de apertura económica.

⁶ United Nations Conference on Trade and Development (1999), *Admission and Establishment*. Unctad Series on issues in international investment agreements, p.11. New York and Geneva.

En este momento cabe hacer una diferenciación entre los derechos relativos admisión y aquellos relativos al establecimiento. Los derechos de admisión tienen que ver con el derecho de entrada o presencia, mientras que los de establecimiento se relacionan con el tipo de presencia que puede ser permitida. Los derechos de admisión pueden ser temporales o permanentes. La admisión temporal podría ser suficiente para propósitos de una discreta transacción, pero sería insuficiente para propósitos de lograr una relación regular de negocios en el país receptor. Si el gobierno del país receptor desea fomentar este tipo de asociación, un derecho permanente de acceso a mercado debe ser otorgado. Los derechos de acceso a mercado pueden ser suficientes cuando una empresa extranjera desarrolla transacciones regulares de comercio de bienes o servicios, o cuando los negocios son llevados a cabo a través de transacciones electrónicas, obviando la necesidad de una presencia permanente en el país receptor⁷.

Por su parte, los derechos de establecimiento implican no sólo el derecho de llevar a cabo transacciones de negocios en el país receptor, sino también lograr una presencia permanente allí. Por supuesto, estos derechos son grandemente valorados por inversionistas que persiguen una relación de inversión en el largo plazo.

Estos aspectos deben tenerse siempre presentes, al momento de medir los impactos, por ejemplo, de este tipo de regímenes sobre los planes de integración y fomento industrial en la subregión andina y las políticas de tratamiento de capitales privados a los fines integradores. Dicho de otra manera, constituyen la base para el análisis del impacto e implicancias relativas el mercado común.

Ahora bien, el derecho de los Estados para controlar la entrada y establecimiento de inversiones e inversionistas, se ve contrastado con las presiones recientes por un mayor acceso a mercados y derechos de establecimiento que surgen de los procesos de globalización. Dado el carácter absoluto del derecho de los Estados de controlar la entrada y establecimiento de los extranjeros y sus inversiones, no existe obligatoriedad legal de otorgarles dichos derechos. Sin embargo, los países que buscan fomentar la inversión extranjera directa (IED), pueden restringir su amplia gama de discreción tanto a través de la liberalización unilateral de las condiciones de entrada y establecimiento establecida por regulaciones nacionales, como por medio de acuerdos internacionales que incluyan cláusulas que consagren derechos de entrada y establecimiento en favor de inversionistas extranjeros⁸, como probablemente sea el caso del Capítulo de inversiones de ALCA.

El texto consolidado del Capítulo evidencia el camino a la elaboración de un código sobre tratamiento de capitales extranjeros provenientes de los países miembros al territorio de otros países miembros. Se trata, entonces, de una expresión de multilateralismo regional en el ámbito de las políticas de tratamiento de inversiones extranjeras directas a lo interno del hemisferio. El texto prevé propuestas divergentes en materia de admisión y establecimiento de las inversiones a los territorios de los países receptores de las inversiones.

Estándares de tratamiento en las etapas de “pre” y “post” inversión

Las consideraciones sobre acceso en el Capítulo de inversiones parten de la base normativa relativa al ámbito de aplicación del Capítulo y en lo que se conoce con el término genérico de admisión de inversiones; apreciándose divergencias de criterio no

⁷ *Ob. Cit*, p.12.

⁸ *Ob. cit.* p.11

sólo en este aspecto específico, sino también en relación al momento a partir del cual los estándares de TN y de TNMF, así como las garantías de protección, son exigibles o deben ser otorgados.

El Artículo 1, relativo al ámbito de aplicación del Capítulo, prevé la aplicación del mismo a las regulaciones de fuente doméstica que los países miembros adopten o mantengan en relación a los inversionistas y las inversiones de cualquier parte en su territorio. Otra manera de expresar cuál es el ámbito de aplicación del capítulo, refiere directamente a las inversiones admitidas o efectuadas antes o después de la entrada en vigor del acuerdo, por inversionistas de un país miembro en el territorio de otro, conforme al ordenamiento jurídico interno del país miembro receptor de la inversión.

Ahora bien, el texto consolidado del proyecto de Capítulo no consagra, hasta este momento, la definición de lo que ha de entenderse por inversión, lo que refleja las diversas apreciaciones de las delegaciones negociadoras al respecto, o una mayor concentración de esfuerzos de negociación en otros temas. Por ejemplo, en el caso de la CAN, su definición de inversión parte del criterio de entenderla como todo recurso proveniente del exterior, que constituyan activos destinados a la generación de una renta, exceptuando la propiedad que no se vincule a una inversión productiva, las operaciones de endeudamiento y los flujos relacionados con una transacción comercial⁹. De similar criterio parte MERCOSUR, al considerarla todo tipo de activo invertido directa o indirectamente por inversores de una parte en el territorio de otra parte¹⁰. Chile la entiende como toda clase de bienes o derechos de cualquier naturaleza, que no sean créditos extranjeros, adquiridos o utilizados para establecer o participar en una empresa, excluyendo flujos meramente financieros¹¹; y para EEUU la inversión significa todo activo que posea o controle directa o indirectamente un inversionista, que tenga las características de una inversión¹².

El régimen común andino de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, expresado en la Decisión 291 de la CAN, define la inversión extranjera directa (IED) como los aportes provenientes del exterior de personas naturales o jurídicas extranjeras al capital de una empresa, en moneda libremente convertible o en bienes físicos o tangibles, inversiones en moneda nacional provenientes de recursos con derecho a ser remitidos al exterior, y las reinversiones

⁹ Documento FTAA.ngin/w/40 del 15 de mayo de 2000. Cabe observar que, si bien, la definición de inversión de la CAN no incluye a los flujos estrictamente relacionados con una transacción comercial, el Acuerdo sobre las MICs de la OMC prohíbe la adopción de medidas sobre inversiones que puedan constituirse en una restricción a las importaciones y exportaciones. Las disciplinas normativas de dicho Acuerdo constituyen la base de la propuesta de la CAN en materia de requisitos de desempeño en el Capítulo de inversiones del ALCA.

¹⁰ Posición expresada por MERCOSUR en plena consistencia con el artículo 1 sobre definiciones del Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección de Inversiones en el MERCOSUR (Intrazona).

¹¹ Documento FTAA.ngin/w/81 del 14 de noviembre de 2000. En el modelo de TBPPI de Chile se recoge, igualmente, una definición amplia de inversión basada en cualquier tipo de activos, una vez que la inversión ha sido admitido en conformación con las leyes y regulaciones de otra parte contratante. Similar contiene el artículo 2.1 del TBPPI suscrito entre Perú y Venezuela. En realidad, en la mayoría de los TBPPI suscritos por los países andinos, siguen la tendencia de los TBPPI de establecer los estándares de tratamiento a partir de la admisión de la inversión, conforme a las normas y regulación domésticas.

¹² Documento FTAA.ngin/w/43 del 16 de mayo de 2000. En el TBPPI suscrito entre Bolivia y EEUU, se entiende por inversión significa todo tipo de inversión que posea o controle directa o indirectamente ese nacional o sociedad de la otra Parte. Esta definición general comprende, aunque no exclusivamente, los derechos en sociedades; los derechos contractuales; la propiedad tangible (bienes raíces) e intangible (derechos como arriendos, hipotecas, privilegios de acreedor y prendas); derechos de propiedad intelectual; y derechos conferidos por ley, como las licencias y los permisos. (Artículo I (d)).

que se efectúen de conformidad con el régimen previsto en la mencionada Decisión. También pueden ser considerados como aportes de capital, las contribuciones tecnológicas intangibles que puedan presentarse bajo la forma de bienes físicos, documentos técnicos e instrucciones.

Como hemos visto, la tendencia de los países es a aceptar definiciones amplias de inversión. Estas definiciones, que podríamos llamar de “alto estándar”, abarcan toda clase de activos, en especial bienes muebles e inmuebles, intereses en empresas (incluidas inversiones en empresas y en cartera), derechos contractuales, derechos de propiedad intelectual y concesiones de empresas.

La definición de inversión tiene consecuencias sustanciales, toda vez que determina el ámbito de aplicación de las normas de tratamiento y protección- o cualquier otra disciplina operativa- consagradas en el marco de un régimen de inversiones¹³.

Las percepciones expresadas por los países miembros coinciden en reconocer el derecho de cada uno de ellos de regular las inversiones extranjeras en sus territorios. Esto no es otra cosa que el reconocimiento tradicional que el Derecho Internacional hace de los derechos absolutos de cada Estado sobre dicha materia. Sin embargo, se aprecia en ALCA, a partir de las propuestas expresadas en el referido artículo 1, junto a las disciplinas sobre TN (artículo 2) y TNMF (artículo 3), requisitos de desempeño (artículo 7) y, en particular, el modelo de “listas negativas”, la ya mencionada tendencia a establecer un régimen de apertura “total” y liberalización en el tratamiento de la IED.

El alcance de la formulación combinada del TN y TNMF puede extenderse a las etapas de “pre” y/ o “post” establecimiento de la IED; lo que ha sido objeto de un arduo debate en el foro de negociaciones en virtud de sus efectos sobre la preservación de espacios de políticas de desarrollo productivo, sobre todo en relación a países miembros en vías de desarrollo.

La extensión del modelo de formulación combinada del TN y TNMF a la etapa de pre-establecimiento –o de pre-inversión-, junto a la elaboración de “listas negativas” para propósitos de una mayor apertura en el acceso de la IED a los mercados de los países miembros, supone el relajamiento de las potestades de control de las autoridades administrativas de los países receptores sobre el ingreso de la IED a su territorio. Este sistema se traduce en la no discriminación en el trato conferido a potenciales inversionistas foráneos antes de establecer o efectuar una inversión, lo que en la práctica – y en esencia – se orienta a eliminar la posibilidad de formular políticas para el exclusivo fomento de la industrialización nacional o comunitario, o para acometer objetivos específicos de desarrollo.

Cabe reiterar que el otorgamiento del TN antes del establecimiento del inversionista en el país receptor, es decir, a inversionistas potenciales, significa que cualquier impedimento o condición impuesta a su establecimiento es, *per se*, violatoria del TN. Ello implica, asimismo, la imposibilidad del estado receptor de hacer uso de algunos instrumentos de política para promover la transferencia de tecnología sobre bases comerciales hacia actores nacionales, como sería, por ejemplo, la promoción de joint ventures entre el inversionista foráneo y empresas nacionales a través de la concesión de una ventaja¹⁴.

¹³ Corrales Leal, Werner y Rivera, Marta (2000), *La OMC Como Espacio Normativo*, Ediciones VELEA, p.174, Caracas

¹⁴. *Ob cit.*, p.p. 177-178

El modelo de la formulación combinada del TN y TNMF desde la etapa de pre-establecimiento, se originó en la práctica evidenciada por los Estados Unidos de América (EEUU) en la negociación de sus Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones (TBPPI)¹⁵; circunstancia reiterada por ese país en sus propuestas relativas a los aspectos sobre entrada y establecimiento de inversiones, así como en materia de requisitos de desempeño, en el Capítulo de inversiones del ALCA. Este modelo es apoyado por las delegaciones de Chile, Panamá, El Salvador, Nicaragua, Guatemala, Honduras y Costa Rica.

El modelo no es ajeno al conocimiento y práctica de los países andinos, en tanto dos de sus miembros han suscrito y puesto en vigencia tratados de este tipo con dicho país y el resto negocia o ha expresado su interés en hacerlo¹⁶.

Esto puede ser entendido como una expresión de inconsistencia con las propuestas andinas en materia de admisión y establecimiento de inversiones en las negociaciones bajo estudio, en tanto la posición expresada por la CAN en dicho foro no contempla la formulación combinada del TN y TNMF, y propone la extensión de dichos derechos a partir de la etapa de post-establecimiento de la inversión, o una vez las inversiones han sido admitidas en su territorio. La posición andina ha sido compartida por las delegaciones del CARICOM, República Dominicana y el MERCOSUR.

Como cabe inferir con base en lo comentado, frente al modelo de formulación combinada de TN y TNMF extendidos desde la etapa de pre-inversión, se ha formulado el modelo de extensión de dichos derechos desde la etapa de post-establecimiento. En este caso, los países buscan asegurarse que la decisión original de admitir un inversionista no se traduzca en una concesión inoperante en términos comerciales, sujetando al inversionista a prácticas discriminatorias que perjudiquen sus intereses empresariales¹⁷. No obstante, el otorgamiento de los derechos de TN y TNMF a partir de la etapa de post-establecimiento, también se analiza desde la perspectiva de la preservación de espacios de políticas para acometer objetivos específicos de desarrollo, evitando igualar las condiciones de acceso de inversionistas potenciales al mercado del país receptor, en relación a los inversionistas nacionales.

¹⁵ El artículo II del modelo de TBPPI de los Estados Unidos de América, dispone que "Con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones en su territorio, cada parte otorgará un tratamiento no menos favorable que el que otorga, en situaciones similares, a las inversiones de sus propios nacionales o compañías en su territorio, o a inversiones en su territorio de nacionales o compañías de un tercer país, cualquiera sea el más favorable". En el TBPPI suscrito en EEUU y Ecuador se expresa, en su artículo II, la aplicación del trato nacional o, si este último fuera más favorable, el trato de la nación más favorecida con respecto a las inversiones anteriores y posteriores al establecimiento. Igualmente, establece que cada Parte permitirá y tratará las inversiones y sus actividades afines de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales o sociedades, o las de los nacionales o sociedades de cualquier tercer país, cualquiera que sea las más favorable, sin perjuicio del derecho de cada Parte a hacer o mantener excepciones que correspondan a alguno de los sectores o asuntos que figuran en el Protocolo del presente Tratado. Cada Parte se compromete a notificar a la otra Parte, con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del presente Tratado o en dicha fecha, todo ordenamiento interno del cual tenga conocimiento referente a los sectores o asuntos que figuran en el Protocolo. De similar tenor es el artículo II del TBPPI suscrito en Bolivia y EEUU.

¹⁶ Como hemos visto, las Repúblicas de Bolivia y Ecuador mantienen TBPPI con EE.UU. Por su parte, Perú negocia un tratado de este tipo con dicho país, Colombia se encuentra en discusión a dicho fin y Venezuela suspendió negociaciones del mismo tenor.

¹⁷ United Nations Conference on Trade and Development, *op.cit.* p.p. 33-34

En el ámbito de la CAN, la ya referida Decisión 291 consagra la potestad de control de la admisión de inversiones, al prever, en relación a la IED o de inversionistas subregionales, el cumplimiento de las condiciones establecidas en dicha Decisión y en las respectivas legislaciones nacionales de los países miembros; procediendo de igual manera el registro de dichas inversiones ante los organismos nacionales competentes de cada país¹⁸. La Decisión establece como principio el otorgamiento de los derechos de TN, dejando a salvo lo dispuesto en las legislaciones de cada país miembro¹⁹.

Este modelo, en virtud del cual el Estado receptor se reserva el derecho de admisión de la inversión extranjera, concediéndole TN y TNMF al inversionista una vez establecido en su territorio, es seguido en la mayoría de los TBPPI, salvo los recientemente concluidos por Estados Unidos²⁰ y Canadá²¹. De esta forma opera el Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Proveniente de Estados no Partes del MERCOSUR²².

No obstante su orientación de corte liberal, los modelos comentados aceptan la posibilidad que los países tienen de establecer excepciones y reservas a las disciplinas sobre entrada y establecimiento. En realidad, ningún tratado sobre inversiones existente ofrece derechos incondicionales y absolutos de entrada y establecimiento. Estas excepciones y reservas pueden variar en un amplio rango sobre bases de seguridad nacional, salud pública y políticas públicas relativas y para industrias o actividades específicas. De la misma forma, reservas temporales para la protección de la balanza de pagos han sido aceptadas en este tipo de acuerdos²³.

El artículo 4 del proyecto de Capítulo de inversiones del ALCA, prevé excepciones al TN y TNMF. En este sentido, EEUU ha propuesto que las partes identifiquen, donde sea apropiado, disposiciones especiales para sectores específicos y discutir cómo deberán estructurarse los Anexos que contengan las excepciones a las obligaciones de TN y TNMF, así como la protección que se deberá dar a las inversiones cubiertas bajo dichos Anexos con respecto a otras obligaciones bajo el Capítulo sobre inversión.

¹⁸ Artículo 3 de la Decisión 291 de la CAN

¹⁹ Una expresión contundente de los derechos de control sobre la admisión de la IED, la constituye la norma contenida en la Disposición Transitoria Segunda de la Decisión 291: Cuando se trate de proyectos que correspondan a productos reservados o asignados en forma exclusiva a Ecuador, los cuatro países restantes se comprometen a no registrar IED en sus territorios.

²⁰ En efecto, el artículo II del modelo de TBPPI de EEUU, se establece el otorgamiento del trato más favorable que resulte entre el TN y TNMF en relación al establecimiento, adquisición, expansión, gerencia, conducción, operación, venta u otro acto de disposición de las inversiones cubiertas por el tratado.

²¹ Sin embargo, en el Acuerdo entre los Gobiernos de Venezuela y Canadá para la promoción y protección de inversiones, del 20 de enero de 1998, el otorgamiento de los derechos de TN y TNMF es exigible una vez establecida la inversión.

²² Las secciones B y C del artículo 2 de dicho Protocolo prevén, respectivamente, la admisión de las inversiones de inversores de Terceros Estados conforme a las leyes y reglamentaciones de los países miembros de MERCOSUR, y el otorgamiento de los derechos de TN, TNMF y Trato Justo y Equitativo en sus actividades de gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición. Se exceptúan de este régimen los privilegios o preferencias resultantes de su participación en las diversas modalidades de integración económica, así como en acuerdos internacionales relativos a cuestiones impositivas.

²³ El artículo 17-07.a. del Acuerdo del G3, prevé la posibilidad que, en circunstancias de dificultades excepcionales o graves de balanza de pagos, las partes puedan limitar las transferencias relacionadas con las inversiones, temporalmente y en forma equitativa y no discriminatoria, de conformidad con los criterios internacionales aceptados. Estos criterios parten de la base normativa del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional.

Por su parte, la CAN coincide con la propuesta de EEUU al proponer que las reservas al TN y TNMF sobre las materias o sectores específicos, deben ser incluidos en un Anexo del referido Capítulo. No obstante, indica expresamente que los derechos de TNMF no se extenderán a:

- a) los privilegios, ventajas o beneficios que una parte contratante conceda a los inversionistas de otra parte contratante en virtud de acuerdos de integración económica, incluidos de zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común o unión económica o monetaria;
- b) los privilegios, ventajas o beneficios que se deriven de acuerdos destinados a facilitar las relaciones fronterizas;
- c) los derechos y obligaciones emanados de acuerdos destinados a evitar la doble tributación y, en general, cualquier asunto relacionado con materia tributaria.

En lo que concierne al MERCOSUR, su posición sobre las excepciones al TN y TNMF redundante –en términos generales- sobre los mismos aspectos indicados en la propuesta de la CAN. No obstante, a diferencia de ésta, propone que las partes no estén obligadas a extender el TN y TNMF a las otras partes del acuerdo que no formen parte de las modalidades de integración económica señaladas, los acuerdos internacionales relativos a cuestiones tributarias y los convenios para evitar la doble tributación. Es decir, no establece de pleno derecho la excepción, sino que propone el reconocimiento de la facultad, graciosa, de los países para hacerlo.

Precisa, igualmente, que el ALCA puede coexistir con Acuerdos bilaterales y subregionales, en la medida que los derechos y obligaciones bajo tales acuerdos no estén cubiertos o excedan los derechos y obligaciones del ALCA. En realidad, está es una determinación adoptada en la Declaración Ministerial de San José y, en tal virtud, pareciera no estar sujeta a negociación. No obstante, ciertas consideraciones en la perspectiva del logro del mercado común deben ser hechas al respecto.

Coexistencia del ALCA con tratados subregionales

La reiteración que hace MERCOSUR en relación a la coexistencia del ALCA con tratados subregionales de integración económica como la CAN, bajo la condición que los derechos y obligaciones previstos en tales acuerdos no cubran ni excedan los consagrados en el ALCA, nos introduce en el abordaje de acciones comunitarias para alcanzar los objetivos previstos en los textos fundacionales o constitutivos de dichos sistemas de integración económica. Este es un tema “transversal” en las negociaciones que, sin embargo, puede generar ciertos efectos sobre las normas y políticas andinas en materia de tratamiento de la IED.

Condicionar la coexistencia de dichos tratados a la falta de cobertura o excedencia de derechos y obligaciones del ALCA, significa, en términos prácticos, la aceptación de una ficción jurídica de similares efectos al sistema de atribución de competencias soberanas de los países partes de la comunidad de integración a las instituciones comunitarias. Es decir, sin evidenciar los elementos integradores de los sistemas supranacionales, los resultados del proceso de concertación de disciplinas mediante un acuerdo intergubernamental como ALCA suponen los efectos de un sistema de competencias recurrentes que sólo admite la formulación de políticas de desarrollo comunitario que contengan diferentes derechos y obligaciones, o que no sean objeto de su cobertura.

En la práctica, la CAN cedería espacios de políticas comunitarias para la elevación de los niveles de desarrollo y las capacidades competitivas de las economías andinas, en favor de un esquema de integración hemisférica en el que participarán economías industrializadas y de mayor desarrollo comparado.

No obstante lo anterior, también se ha expresado la viabilidad de la coexistencia de los derechos y obligaciones acordados en el ALCA, y las reservas y excepciones a ellos referidas. Son éstas últimas, junto a las acciones comunitarias de liberalización del tránsito de bienes, servicios, capitales y de establecimiento laboral intrasubregional, las opciones de diferenciación entre el sistema hemisférico en el cual los países andinos desean participar y el mercado común que aspiran lograr.

En este orden de ideas, podemos mencionar que de acuerdo a los postulados de coexistencia aludidos las determinaciones sobre TN; derechos de transferencia de capitales invertidos y beneficios obtenidos de la inversión; y solución de controversias, contenidas en la Decisión 291 de la CAN, perderían vigencia tanto práctica como formal, en la medida que no excedan las disciplinas que sobre tales aspectos están siendo negociadas en ALCA. Imaginemos, por ejemplo, la adopción de un enfoque de lista negativa con garantías de preestablecimiento. El TN consagrado en la Decisión referida no marcaría una diferencia en relación a lo adoptado en el ALCA en materia de inversiones, por cuanto ya ha sido previsto en la norma andina la salvedad de lo dispuesto en las legislaciones nacionales. Dichas salvedades, naturalmente, constarán en la lista negativa de cada país miembro de la CAN, junto a las posibilidades de inversión y derechos de inversionistas subregionales en empresas calificadas como nacionales por los organismos competentes de cada país miembro de la CAN.

De la misma forma, en materia de derechos de transferencia la norma comunitaria sólo establece el derecho de transferir al exterior los capitales invertidos, junto a los beneficios o ganancias derivados de la inversión. En el ALCA, es posible que dichos derechos se vean aumentados para incorporar las transferencias para cualquier pago relativo a una inversión, con lo que, en la práctica, es justo mencionar que se responde a una demanda o aspiración empresarial. Pensemos, por ejemplo, en salarios y otras remuneraciones adeudadas a un extranjero autorizado para trabajar en el territorio de una parte del ALCA donde se lleva a cabo una inversión; o también el caso de pagos que deben efectuarse al exterior conforme a un contrato de préstamo, o fondos para el reembolso de los préstamos que estén directamente vinculados a una inversión. Es evidente que, en estos casos, los derechos consagrados en el ALCA excederían a aquellos previstos en la normativa andina y, por tanto, estos últimos pierden sentido y vigencia. En realidad, una mayor amplitud de los derechos de transferencia ya ha sido prevista en TBPPI suscritos por países andinos²⁴ y en el G-3.

La misma relación de coexistencia y consiguiente pérdida de vigencia práctica puede ser identificada en materia de solución de controversias. La Decisión 291 no establece un procedimiento de solución de diferencias entre los inversionistas y el país andino receptor de su inversión, sino que deja a la legislación de éste último establecer lo

²⁴ Las disposiciones sobre transferencia en los TBPPI suscritos entre Venezuela y Perú; al igual que los de Ecuador y Bolivia con los EE.UU., consagran el derecho de transferencia para pagos de amortizaciones de préstamos, así como en relación a las compensaciones e indemnizaciones que tuvieran lugar en virtud de procedimientos de solución de controversias y expropiaciones. De la misma forma se expresa el Capítulo XVII sobre inversiones del G-3.

pertinente²⁵. Como veremos en este estudio, las negociaciones del ALCA en materia de inversiones prevén establecer disciplinas en materias de procedimientos especiales para la solución de controversias entre el inversionista y el país receptor de la inversión, con lo cual los procedimientos de solución de controversias de acuerdo a las legislaciones nacionales son sólo opciones a las cuales puede recurrirse, junto a procedimientos arbitrales institucionales y normas para la administración de dichos procedimientos contenidos en el futuro Acuerdo de libre comercio. De igual manera, procedimientos especiales para la solución de estas controversias ya han sido previstos en todos los TBPPI suscritos por los países andinos.

Ahora bien, no puede decirse que la totalidad de disposiciones conformantes del régimen común sobre tratamiento de capitales extranjeros devenga en innecesario o pierda su vigencia práctica. En efecto, la obligatoriedad del registro de IED o de inversionistas subregionales²⁶; las disposiciones sobre conformación del capital registrado; la obligatoriedad del pago previo de impuestos para ejercer el derecho de transferencia de sumas obtenidas de la venta de acciones, participaciones o derechos o por reducción de capital o liquidación de la empresa receptora de la inversión; las disposiciones sobre reinversión; el aprovechamiento de las ventajas del programa de liberación de la CAN por parte de las empresas receptoras de la inversión²⁷; y las normas relativas a la importación de tecnología y el tratamiento de las inversiones de la Corporación Andina de Fomento, permanecen como nichos de diferenciación o elementos de mayor amplitud en relación al escenario sobre ALCA mencionado. No obstante, no constituyen el marco principal o de mayor trascendencia de una política comunitaria relativa al tratamiento de la IED, como puede inferirse.

Del mismo modo, como podremos entender de la lectura de la materia contenida en el subepígrafe sobre personal clave y de alta gerencia de esta Parte, la Decisión 292 de la CAN establece las obligaciones de los países miembros de: i) facilitar la contratación de personal subregional por las empresas multinacionales andinas y ii) considerar como nacional al personal calificado de origen subregional de las empresas multinacionales andinas, a efectos de la aplicación de las disposiciones sobre cupos de trabajadores extranjeros. Este también es un elemento de diferenciación o de mayor profundización comunitaria en materia de empleo de personal extranjero, evidentemente limitado al caso de las empresas multinacionales andinas.

De acuerdo a lo expresado, las referencias que hemos realizado en el marco del concepto de coexistencia de las instituciones sobre inversiones de ALCA y la CAN arrojan, como conclusión, la pérdida de vigencia práctica del marco básico de políticas sobre tratamiento de capitales extranjeros en la subregión, dadas su falta de actualización y menor amplitud, no sólo en materia de las disciplinas que se negocian

²⁵ El Artículo 10 de la Decisión 291 dispone que en la solución de controversias o conflictos derivados de las inversiones extranjeras directas o de inversionistas subregionales o de la transferencia de tecnología extranjera, los Países Miembros aplicarán lo dispuesto en las legislaciones internas.

²⁶ Debe hacerse la observación que el disfrute de las ventajas derivadas del Programa de Liberación de la CAN, requiere que los productos producidos por las empresas receptoras de la inversión cumplan con las firmas especiales o requisitos específicos de origen fijados por la CAN. Evidentemente, éste es otro aspecto donde puede analizarse la relación de coexistencia de ALCA con la CAN, toda vez que la naturaleza del ALCA es la de un acuerdo de libre comercio en el cual se establecerán normas de origen relativos a los productos comercializados por los países miembros del posible acuerdo. En nuestra opinión, el derecho de aprovechamiento consagrado en el Artículo 8 de la Decisión 291 de la CAN representa una expresión de mayor amplitud o diferenciación de derechos contenidos en dicha Decisión, en relación a un hipotético Capítulo de inversiones en el ALCA, ya que en éste –hasta el momento- no ha sido prevista una norma similar.

en el ALCA, sino también en relación a las normas que conforman los vigentes TBPPi suscritos por los países andinos. Como hemos indicado, corresponderá a la inventiva o innovación comunitaria enmarcada en los elementos del mercado común, establecer los aspectos de mayor amplitud y diferenciación de los derechos consagrados en un nuevo marco común de tratamiento de capitales extranjeros, en relación a aquéllos contenidos en el respectivo Capítulo del ALCA.

Los Requisitos de Desempeño

Otro aspecto vinculado a la regulación de la entrada y establecimiento de inversiones lo constituyen los llamados Requisitos de Desempeño (RDD). Estos expresan el término genérico para designar las normas de fuente doméstica que prescriban condiciones o requerimientos a ser cumplidos por los inversionistas para establecer u operar su inversión, bien sean de carácter obligatorio o como condición para el disfrute de un determinado beneficio o incentivo. Se plantea la conveniencia, o no, de limitar el alcance de la normativa sobre RDD del Capítulo de inversiones del ALCA a la cobertura prevista en el Tratado sobre la OMC.

La relación entre los aspectos vinculados a la admisión y establecimiento de inversiones, y los requisitos de desempeño, surge de las potestades de regulación a la entrada, establecimiento y operación de inversiones, pudiendo evidenciar una variada gama de formas, entre las que podemos destacar:

- ❑ requerimientos obligatorios de constitución de joint ventures tanto con inversionistas locales privados, como con participación del Estado receptor;
- ❑ admisión en procesos licitatorios restringidos a nacionales;
- ❑ condiciones generales de admisión que prevean el aporte obligatorio de las inversiones al logro de objetivos específicos de desarrollo;
- ❑ condiciones de acceso basadas en requerimientos de capital mínimo a invertir, subsecuentes requerimientos de inversión o reinversión, y restricciones sobre la importación de bienes de capital necesarios para establecer una inversión (maquinaria, software), posiblemente combinados con requisitos de contenido local.
- ❑ regulaciones especiales para ciertas modalidades de IED, como el licenciamiento de tecnologías foráneas
- ❑ requerimientos de contenido local
- ❑ requerimientos y restricciones de exportación
- ❑ requerimientos y restricciones de importación

Es en el ámbito de la reflexión sobre los esfuerzos de liberalización del comercio y su vinculación con las regulaciones sobre inversiones, donde surge el interés por acometer, seriamente, la elaboración de disciplinas que regulen o limiten la potestad de los estados receptores de establecer RDD en relación a la IED. Durante la Ronda Uruguay del GATT, una modalidad de RDD fue objeto de la elaboración de disciplinas encaminadas a evitar las distorsiones al comercio internacional que generaban ciertas políticas domésticas en materia de tratamiento de la IED: Las medidas sobre inversiones vinculadas al comercio (MICs).

Las MICs incorporan requerimientos comerciales o incentivos a la inversión anexos a proyectos de IED, generalmente como parte del proceso de admisión de la inversión²⁸. El interés por salvaguardar la plena vigencia de los principios de Trato Nacional (artículo

²⁸ *Op cit.* p.3

III del GATT) y Prohibición de Restricciones Cuantitativas a las Importaciones y Exportaciones (artículo XI del GATT), relativos al comercio de bienes, dio origen al Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (Acuerdo MICs), concebido como acuerdo multilateral anexo al Acuerdo de Marrakech por el que se estableció la Organización Mundial del Comercio (OMC)²⁹.

Durante el proceso de negociación del Acuerdo MICs, el grupo de trabajo creado para analizar las medidas con potenciales efectos restrictivos sobre el comercio elaboró una lista de prescripciones que, *per se*, no fueron consideradas como restricciones a los flujos de inversión, sino que afectaban a empresas intervenidas por capitales extranjeros con efectos perjudiciales sobre los flujos comerciales. Entre dichas medidas, fueron listadas las siguientes:

- ❑ Prescripciones en materia de ventas en el mercado interno: obligación de vender en el mercado del país receptor de la inversión, una determinada proporción de la producción.
- ❑ Restricciones cambiarias: límite del acceso del inversionista a las divisas, o vinculación de este acceso a sus ingresos por exportación.
- ❑ Prescripciones en materia de exportación: requisitos de exportar una proporción determinada de la producción, como mínimo.
- ❑ Prescripciones en materia de contenido nacional: el producto ha de contener una proporción determinada de origen nacional, o compra a proveedores locales.
- ❑ Prescripciones en materia de fabricación: exigencia a la empresa que fabrique en el país ciertos productos o partes de productos que la empresa utiliza o vende.
- ❑ Prescripciones en materia de exclusividad de los productos: obligación de exportar cierta cantidad a un mercado determinado.
- ❑ Prescripciones en materia de equilibrio del saldo comercial: obligación de exportar una determinada proporción de la producción, o vinculación de la importación de componentes a la cantidad exportada del producto final.

La conformación de esta lista sirvió de base para la elaboración del Anexo único del Acuerdo MICs en el que consta una ilustrativa de las prescripciones en materia de inversiones, de carácter obligatorio o exigibles para la obtención de un beneficio, contrarias a los referidos principios contenidos en los artículos III y XI del GATT de 1994. Sin embargo, no fueron incluidas prescripciones relativas al resto de espacios de políticas sobre regulación de la IED que, de manera directa, afectaran el acceso, establecimiento y operación de las inversiones.

La obligación principal de los países miembros de la OMC, en virtud de la aplicación de este Acuerdo, consiste en prohibir a estos países aplicar las MICs inconsistentes con ambos artículos, procediendo su eliminación en un determinado período de tiempo, dependiendo de su nivel de desarrollo relativo³⁰.

Estando orientado el Acuerdo a preservar la plena vigencia del Trato Nacional y la prohibición general de restricciones cuantitativas a las importaciones y exportaciones,

²⁹ Para analizar, en perspectiva histórica, este acuerdo ver: Mestas, Alberto José (2000) *El Acuerdo sobre Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio* en la OMC Como Espacio Normativo. p.p. 327-352. Ediciones Velea, Caracas.

³⁰ El período para el cumplimiento de la obligación de eliminación de las MICs prohibidas es de dos años en el caso de los países desarrollados; de cinco en relación a los países en desarrollo miembros; y de siete en lo que respecta a los países menos adelantados miembros; contados a partir de la entrada en vigencia del Acuerdo sobre la OMC; es decir, el primero de enero de 1995.

frente a las MICs inconsistentes en relación a ellas, resulta lógico que las excepciones a dichos principios puedan ser invocadas por los países miembros. En el caso del Trato Nacional opera la excepción contenida en el artículo III.8 del GATT, relativa a compras gubernamentales³¹ y las excepciones generales contenidas en el artículo XX del GATT, sobre medidas para salvaguardar la salud, la seguridad y aspectos similares³².

En materia del artículo XI del GATT, sobre prohibición de restricciones cuantitativas a las importaciones y exportaciones, existe un conjunto de excepciones significativas. En primer lugar, el artículo XI.2 permite el uso de prohibiciones o restricciones a la exportación aplicadas temporalmente para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales para la parte exportadora. De igual manera se permite el uso de medidas similares para la aplicación de estándares de mercado como la clasificación o el control de calidad de productos destinados al comercio internacional; así como de productos agrícolas o pesquero cuando sea necesario para la ejecución de ciertos programas gubernamentales³³.

No obstante lo anterior, el desarrollo reciente de los TBPPI en el hemisferio, en particular a través de los modelos de EE.UU y Canadá³⁴, la normativa sobre inversiones del Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) y el Capítulo sobre

³¹ De acuerdo al artículo III.8 del GATT de 1994, la disposiciones relativas al trato nacional de mercancías importadas no se aplicarán a las leyes, reglamentos y prescripciones que rijan la adquisición, por organismos gubernamentales, de productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos y no para ser destinados a la reventa comercial ni para servir a la producción de mercancías destinadas a la venta comercial.

Del mismo modo, el artículo III.10 del GATT de 1994 reconoce el derecho de los países miembros de establecer o mantener una regulación cuantitativa interior sobre las películas cinematográficas impresionadas.

³² El artículo XX del GATT de 1994, es normalmente referido como la cláusula de excepciones generales.

³³ Estos programas gubernamentales deben tener por efecto la restricción de la cantidad del producto nacional similar que pueda ser comercializada o producida; o la eliminación de un sobrante temporal del producto nacional similar; o restringir la cantidad que pueda ser producida de cualquier producto de origen animal, cuya producción dependa directamente del producto importado, cuando la producción nacional de este último sea relativamente desdeñable.

³⁴ De acuerdo al TBPPI suscrito entre Bolivia y EEUU, ninguna de las Partes establecerá ni hará cumplir, como condición para la fundación, la adquisición, la expansión, la dirección, la explotación o el funcionamiento de una inversión abarcada, ningún requisito (comprendidos los compromisos o promesas que se relacionen con la concesión de permisos o autorizaciones oficiales) que obligue a:

- a. alcanzar un cierto nivel o proporción de contenido nacional, o a comprar, utilizar o de cualquier forma preferir los productos o servicios de origen nacional o de cualquier procedencia interna.
- b. restringir las importaciones de productos o servicios que efectúe la inversión, conforme a un volumen o valor determinado de la producción, la exportación o las ganancias en divisas.
- c. exportar un cierto tipo, nivel o proporción de productos o servicios, en términos generales o en términos del mercado de una región en particular.
- d. restringir las ventas de productos o servicios que efectúe la inversión en el territorio de la Parte, conforme a un volumen o valor determinado de la producción, la exportación o las ganancias en divisas.
- e. transferir tecnología, procedimientos de producción u otros conocimientos patrimoniales a un nacional o sociedad en el territorio de la Parte, salvo con arreglo a un mandamiento, compromiso o promesa que haga cumplir alguna autoridad judicial, administrativa o de regulación de la competencia con el fin de remediar una contravención supuesta o decidida de las leyes relativas a la competencia.
- f. llevar a cabo cierta clase, nivel o proporción de la investigación y el desarrollo en el territorio de la Parte.

Los mencionados requisitos no incluyen las condiciones para la concesión de alguna ventaja o para la continuidad de ésta (Artículo VI).

Inversiones del Acuerdo del G3³⁵, ha contemplado el establecimiento de disciplinas específicas orientadas a regular la potestad de los estados no sólo en materia de RDD generadores de distorsiones al comercio, sino también aquéllos traducidos en restricciones a los flujos de IED, incluso en la etapa de pre-establecimiento. Con ello, sin lugar a dudas, busca generarse una tendencia en el ámbito hemisférico sobre el tratamiento de los RDD en tratados de libre comercio.

El artículo 7 del proyecto de Capítulo de inversiones del ALCA, contiene el conjunto de propuestas de los países negociadores en materia de RDD. Los modelos de tratamiento de los RDD, de acuerdo a las propuestas expresadas por los países, varían con relación a tres categorías diferenciadas:

1. La prohibición a las partes del acuerdo de imponer ni hacer cumplir, cualquiera de un conjunto de requisitos a partir de la etapa de pre-establecimiento de una inversión de un inversionista de una parte, o de un país no parte, en su territorio para:

- ❑ exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios
- ❑ alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido local
- ❑ adquirir, utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos o adquirir bienes o servicios de personas en su territorio
- ❑ relacionar el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con esa inversión
- ❑ restringir la venta en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produzca o preste, relacionando dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a ganancias que generen en divisas.
- ❑ transferir a una persona en su territorio tecnología, salvo cuando el requisito se imponga por un tribunal judicial o autoridad administrativa para reparar una supuesta violación a las leyes en materia de competencia o para actuar de una manera que no sea incompatible con otras disposiciones de ALCA.
- ❑ actuar como el proveedor exclusivo de los bienes que produzca o los servicios que preste para un mercado específico regional o para el mercado mundial

Junto a la enumeración de estos tipos de RDD de carácter obligatorio, esta categoría prevé la prohibición de RDD establecidos como condición para el disfrute de un incentivo o ventaja, o que se continúe recibiendo éstos, a partir de la etapa de pre-establecimiento de un inversión en su territorio por un inversionista de una parte o un país no parte, que establezcan:

- ❑ adquirir, utilizar u otorgar preferencias a bienes producidos en su territorio
- ❑ alcanzar un determinado porcentaje de contenido local
- ❑ relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el valor de las exportaciones, o con el monto de entrada en divisas asociadas con dicha inversión
- ❑ restringir las ventas de los bienes o servicios que tal inversión produzca o preste, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas

³⁵ Artículo 17-04 del G-3

El modelo comentado no sólo permite, sino que también establece la adopción de excepciones a las prescripciones que conforman su objeto. De esta manera, se excluyen los requisitos obligatorios para:

- ❑ la calificación de los bienes y servicios, con respecto a programas de promoción de a las exportaciones y de ayudas internas y externas;
- ❑ las compras realizadas por una parte o una empresa del Estado
- ❑ los bienes que, en virtud de su contenido, califiquen para aranceles o cuotas preferenciales

De igual modo, se preservan espacios de políticas domésticas sobre la base del establecimiento de requisitos vinculados al disfrute de un beneficio, para que los inversionistas:

- ❑ ubiquen su producción en el territorio del país receptor
- ❑ presten servicios en dicho territorio
- ❑ capaciten o empleen trabajadores
- ❑ construyan o amplíen instalaciones particulares
- ❑ lleven a cabo investigación o desarrollo en el mencionado territorio

Puede observarse que la preservación de instrumentos de políticas como los aludidos, se compadece con las disciplinas sobre subvenciones no recurribles del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de la OMC. En tal virtud, se parte del criterio que dichos instrumentos de política económica no generan una distorsión a la libre competencia ni modifican las relaciones comerciales entre los países. De aquí surge la relación entre las disciplinas relativas a políticas sobre inversiones y aquellas sobre el uso de subvenciones ³⁶.

Por último, se permite a los países adoptar medidas necesarias para salvaguardar el cumplimiento de leyes y reglamentaciones que no sean incompatibles con las disposiciones de ALCA, proteger la vida humana, animal o vegetal o relacionadas con la preservación de recursos naturales no renovables. Dichas medidas deben ser aplicadas sobre bases no arbitrarias o injustificadas y no deben constituir una restricción encubierta al comercio.

Esta clasificación responde a las propuestas presentadas por los Estados Unidos de América, Chile, Costa Rica, Guatemala, Honduras y Panamá. Cabe precisar, sin embargo, que salvo los Estados Unidos, estos países coinciden en dar carácter taxativo a las listas de prescripciones aludidas, lo que le diferencia del carácter enunciativo y limitado a la preservación del Trato Nacional y la prohibición de restricciones cuantitativas al comercio de bienes en el marco del Acuerdo MICs, amén de operar tanto para el comercio de bienes como de servicios.

En la revisión posterior que haremos de su lista de ofertas sobre acceso, veremos que Canadá se reserva el derecho de poder imponer RDD desde la etapa de

³⁶ El uso de los incentivos como instrumentos de política económica se inserta, igualmente, en el campo de opciones sobre tratamiento de la IED. De acuerdo al texto del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de la OMC, los instrumentos legítimos con que cuentan los gobiernos para acometer objetivos de política económica son aquellos concebidos como una medida general encaminada a estimular la actividad económica en su conjunto y no los que tengan efectos perniciosos sobre el comercio internacional.

establecimiento de una inversión, para la transferencia tecnológica, procesos productivos o conocimientos reservados en favor de una empresa o un nacional en relación a las inversiones sujetas a revisión conforme a la Ley sobre Inversiones del Canadá³⁷.

2. La prohibición unilateral de establecer RDD como condición para el establecimiento, la expansión o el mantenimiento de las inversiones, que requieren o exijan compromisos de exportar mercancías o especifiquen que ciertas mercancías o servicios se adquieren localmente o impongan cualesquiera otros compromisos similares.

Esta segunda categoría reconoce el derecho de los países a mantener o adoptar las medidas necesarias para asegurar, entre otros objetivos, el cumplimiento de leyes y reglamentaciones que no sean incompatibles con las disciplinas de ALCA; la disminución de los desequilibrios regionales; y la realización de actividades en materia de investigación, desarrollo y absorción de nuevas tecnologías.

Como puede inferirse, este modelo, concebido sobre la base de la propuesta presentada por los países miembros del MERCOSUR, coincide con la categoría 1 en el sentido de prever la prohibición de RDD desde la fase de pre-inversión, al tiempo de preservar espacios de política en materia de investigación, desarrollo y transferencia tecnológica, así como para el fomento de los equilibrios regionales. Sin embargo, la lista de prescripciones prohibidas es enunciativa y se limita al ámbito de exigencias de compromisos de equilibrios comerciales y contenido local.

La propuesta relativa a esta categoría busca reconciliar, en la medida de lo posible, el componente sobre RDD del modelo de formulación combinada de TN y TNMF con el modelo de control sobre las inversiones; lo que la hace atractiva, en términos de los planteamiento de *trade off* para un mejor resultado de las negociaciones que consideramos.

3. Prohibición de establecer requisitos de desempeño mediante la adopción de medidas en materia de inversión incompatibles con las disciplinas vigentes del Acuerdo MICs de la OMC y sus eventuales desarrollos.

Esta categoría está conformada por las propuesta de la CAN y CARICOM en materia de RDD, y redunda sobre los alcances ya comentados del Acuerdo MICs de la OMC. En otras palabras, limita la cobertura del artículo 7 del ALCA a las disciplinas en materia de medidas sobre inversiones que generen distorsiones a los flujos comerciales de bienes, en el sentido de contravenir los artículos III y XI del GATT de 1994. Evidentemente, deja despejado el camino para ejercer potestades o formular políticas de inducción de inversiones para contribuir con objetivos nacionales de desarrollo productivo, amén de la posibilidad de invocar las excepciones específicas y generales ya referidas, relativas a ambos artículos.

La focalización de las estrategias para acometer el logro del mercado común no puede obviar la preservación de los espacios de políticas domésticas que los países han logrado en el ámbito del sistema multilateral de comercio. Los sistemas de regionalismo abierto tampoco deben ser óbice para alcanzar las aspiraciones finalistas o fundamento del sistema jurídico comunitario. Como veremos al considerar las ofertas de

³⁷ Investment Canada Act, R.S.C. 1985, c.28

negociación -listas negativas- presentadas por los países bajo estudio, sus ordenamientos domésticos prevén varias prescripciones en materia de RDD que se traducen en excepciones y/o reservas a la aplicación de las disciplinas propuestas en este ámbito, incluso en relación a la categoría I de propuestas que hemos comentado. Es decir, no abandonan el criterio que originalmente asumieron al prever la utilidad de los RDD a efectos de acometer objetivos específicos económicos.

Personal de directorio, alta gerencia y conocimiento especializado

Junto a los aspectos relativos a las disciplinas de entrada, establecimiento y RDD sobre inversiones y flujos comerciales, otra materia objeto de regulación en el ALCA con probables impactos sobre el logro del mercado común, la constituye el grupo de propuestas sobre personal de alta gerencia y de conocimiento especializado extranjero que los inversionistas requieran emplear para el normal desarrollo de su inversión. Esta materia no sólo se analiza en el marco de la contratación de dicho personal y las potestades soberanas, sino también en lo relativo a la preservación del control del inversionista sobre su inversión.

En el marco de la CAN, la Decisión 292 sobre el régimen uniforme de tratamiento de las empresas multinacionales andinas establece un mandato dirigido a los países miembros de facilitar la contratación de personal subregional por dichas empresas, para que laboren en el país miembro de su domicilio principal o en los países miembros de sus sucursales. A los efectos de la aplicación de las disposiciones sobre cupos de trabajadores extranjeros, el personal subregional será considerado como nacional³⁸.

Como puede inferirse, los mandatos de la Decisión 292 se orientan a regular el empleo de personal de origen subregional como un factor integrador, en el marco de las políticas sobre tratamiento de las empresas multinacionales andinas. Esto puede ser entendido como una relación de complementariedad entre dichas políticas y las relativas a la integración social, elementos claves conformantes de un mercado común. No obstante, la atribución de competencias soberanas de los países miembros al órgano supranacional preserva para las legislaciones domésticas lo relativo a los ordenamientos laborales internos; es sólo en el ámbito de las disposiciones nacionales sobre cupos de trabajadores extranjeros – de acuerdo a lo comentado – en que se ha producido una expresión de derecho comunitario derivado. No refiere la Decisión 292 a personal directivo ni personal clave, sino a personal calificado de origen subregional.

Ahora bien, el artículo 8 del texto consolidado del Capítulo de inversiones, contiene el conjunto de propuestas de las delegaciones negociadoras en materia de disciplinas sobre el personal extranjero requerido para el desempeño de determinadas funciones. En este ámbito, también se presenta una diversidad de criterios entre las delegaciones sobre cuál es el alcance de las disciplinas en términos del personal objeto de regulación y de la sujeción a la normativa doméstica.

Un primer criterio, propone la prohibición de exigir la designación de individuos de alguna nacionalidad en particular para ocupar puestos de alta dirección, sin perjuicio de lo establecido en la legislación del país receptor. Participan de esta posición Chile, Costa Rica, Panamá, El Salvador, Guatemala y Honduras³⁹.

³⁸ Artículo 21 de la Decisión 292 de la CAN

³⁹ Documento FTAA.ngin/w/90/Add.1. p.10

Una segunda propuesta establece la sujeción a la normativa doméstica del número o la proporción del personal extranjero que pueda trabajar en una empresa o desempeñar funciones directivas, de administración o gerenciales, no pudiéndose impedir u obstaculizar el ejercicio por un inversionista del control de su inversión. Este criterio responde a la posición de la CAN en la materia⁴⁰.

Una tercera opción ha sido expresada por el CARICOM, al proponer la posibilidad que los inversionistas soliciten al país receptor la admisión en su territorio y conforme a su normativa nacional, a personal de alta gerencia, personal de conocimiento técnico especializado u otro personal clave por consentimiento mutuo, requerido para garantizar la seguridad, el control o la administración ordenada de una inversión⁴¹.

Un cuarto criterio, correspondiente a las propuestas presentadas por EE.UU. y República Dominicana, establece la obligación de los países receptores de permitir que las inversiones comprendidas o abarcadas en el Capítulo de inversiones contraten el personal administrativo, gerencial y técnico que deseen, sin importar su nacionalidad, en conformidad con su legislación doméstica. La obligación se extiende aún en etapa de pre-inversión, cuando un inversionista haya comprometido o esté a punto de comprometer una cantidad importante de capital u otros recursos⁴².

Un quinto y último criterio ha sido expuesto por el MERCOSUR; en él, el objeto de regulación lo constituye el personal clave, entendido por tal el personal de alta dirección o de personal técnico especializado considerado indispensable para garantizar el control, la administración y la operación adecuada de una inversión. La obligación de las partes consiste en no exigir a los inversionistas la designación de personal clave de una nacionalidad específica, debiendo otorgar permiso entrada temporal a dicho personal con sujeción a su normativa doméstica.

Es evidente, entonces, que las propuestas referidas se orientan a preservar las facultades de control soberanas sobre el ingreso de personal extranjero, al tiempo de reconocer la demanda empresarial de poder emplear, si así es requerido por el negocio, personal necesario extranjero para la preservación del control directivo, gerencial u operativo de su inversión, y, de igual manera, aquél necesario para el normal desarrollo de la inversión, dado el conocimiento especializado o técnico que detenta. Este fue el criterio acogido por Colombia, México y Venezuela en el marco del Acuerdo del G-3⁴³.

Solución de controversias

El sistema de solución de controversias es un elemento central del ALCA, en tanto se orienta a establecer criterios uniformes que permitan la debida aplicación,

⁴⁰ Documento citado

⁴¹ Documento citado

⁴² Documento citado. A manera de ejemplo, el TBPPI suscrito entre EE.UU. y Ecuador, prevé que, sin perjuicio de las leyes a la entrada y permanencia de extranjeros, se permitirá a los nacionales de cada Parte la entrada y permanencia en el territorio de la otra Parte a fines de establecer, fomentar o administrar una inversión, o de asesorar en la explotación de la misma, en la cual ellos, o una sociedad de la primera Parte que los emplee, hayan comprometido, o estén en curso de comprometer, una cantidad importante de capital u otros recursos (Artículo II (4)). A las sociedades que estén legalmente constituidas conforme al ordenamiento interno de una Parte, y que constituyan inversiones, se les permitirá emplear al personal administrativo superior que deseen, sea cual fuere la nacionalidad de dicho personal (Artículo II (5)).

Similar norma está contenida en el artículo VII.1. del TBPPI suscrito entre EE.UU. y Bolivia.

⁴³ Artículo 17-05 del Acuerdo del G-3, sobre empleo y dirección empresarial.

funcionamiento y coordinación del entramado normativo del sistema comercial a instituir. Es, a su vez, un factor fundamental de la seguridad jurídica que debe caracterizar al clima de negocios en el ámbito hemisférico, amén de actuar como guía de la implementación de las disciplinas negociadas, en el territorio de los países miembros.

De acuerdo a la última versión del tratado del ALCA, las delegaciones de los países negociadores han propuesto el establecimiento de un proceso unificado para la solución de todas las controversias que surjan entre las partes relativas a la interpretación o aplicación del acuerdo.

Los supuestos de legitimación de las partes para poner en movimiento el sistema de solución de controversias, recaen en supuestos similares en relación a aquéllos reconocidos en el artículo XXII del GATT de 1994, desarrollados por el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la OMC. Estos son:

- interpretación o aplicación del acuerdo del ALCA
- incompatibilidad de una medida con las obligaciones del acuerdo del ALCA
- cuando no existiendo incompatibilidad, la medida pudiera causar anulación o menoscabo de los beneficios que razonablemente pudo haber esperado recibir de su aplicación⁴⁴

Puede decirse que el procedimiento de solución de controversias propuesto en el marco de las negociaciones de ALCA, también reitera los criterios del sistema GATT-OMC de no concebir el procedimiento como contenciones típicas de jurisdicción ordinaria. Se ha establecido de manera unánime que las partes en conflicto procuren mediante la cooperación el arreglo pronto de cualquier controversia, esforzándose de buena fe por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria para cualquier asunto que pudiese afectar el funcionamiento de ALCA.⁴⁵ Es por ésto que se prevén instancias de consulta, junto a procedimientos alternativos de solución de diferencias como la mediación, conciliación y buenos oficios que pueden operar en cualquier estado del procedimiento, antes de recurrir al establecimiento de un grupo neutral quien examinará el asunto sometido a su consideración y emitirá las conclusiones, determinaciones y recomendaciones a que hubiere lugar.

Se debate en el grupo de negociación de este Capítulo la participación no gubernamental en el sistema de solución de controversias. En términos generales, las delegaciones se han mostrado de acuerdo en relación a limitar el procedimiento a la resolución de disputas entre estados, a pesar de los esfuerzos de ciertos países industrializados en el seno de la OMC, de preservar cierto espacio para una mayor participación de las entidades no gubernamentales en los asuntos del sistema multilateral del comercio y las diversas modalidades de integración económica.

Por otro lado, un aspecto central dentro del Capítulo lo constituyen las normas relativas a elección del foro para la solución de controversias, dada la complejidad que supone la participación de los países negociadores en otros acuerdos o modalidades de integración económica. En este sentido, puede evidenciarse una yuxtaposición de sistemas de solución de controversias cuando las mismas recaen sobre materias

⁴⁴ Artículo 2, relativo al ámbito de aplicación del capítulo sobre solución de controversias

⁴⁵ Artículo 3, relativo a la cooperación en el capítulo sobre solución de controversias

reguladas por el Acuerdo de la OMC, el ALCA y acuerdos de libre comercio subregionales.

Dos propuestas han sido presentadas en este sentido; la primera parte del criterio que, en estos casos, la parte reclamante podrá elegir resolverla en uno u otro foro mientras que la segunda propone que las controversias que surjan entre partes de un acuerdo de integración subregional, sobre materias reguladas en ALCA, se someterán al sistema de solución de controversias del acuerdo de integración subregional del que forman parte. Esta segunda opción ha sido presentada por los países de la CAN.

La elección del foro es excluyente de cualquier otro. Sin embargo, se ha propuesto la desaplicación de esta determinación cuando, respecto del mismo asunto, una parte invoque un fundamento distinto conforme al acuerdo sobre la OMC o un acuerdo regional, al que pudiera invocar en virtud del acuerdo del ALCA.

Es evidente que, cara a la conformación del mercado común andino, las disciplinas bajo negociación en este capítulo revisten gran importancia, dada la existencia de un sistema jurídico para la solución de diferencias regulado por la normativa del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la CAN, en particular las que refieren a la acción de incumplimiento o por violación por parte de un país miembro de obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico de esta comunidad de integración económica. Cabe observar que, en dicho procedimiento, las personas naturales y jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un país miembro, podrán recurrir ante la Secretaría General y el Tribunal de Justicia de la CAN a objeto del ejercicio de la acción.

Ahora bien, se ha previsto en el ALCA la creación de un órgano encargado de administrar las reglas y procedimientos sobre solución de controversias previstas en el Capítulo a ésto referido. A semejanza del Organismo de Solución de Diferencias de la OMC, dicho órgano administraría la solución de controversias relativas a los diversos Capítulos que conformen el texto final del ALCA aunque, en el marco de algunos Capítulos, ciertas normas y procedimientos deben ser aplicables dada la naturaleza particular de las materias objeto de disciplinas, así como de las controversias a ellas referidas.

Dicha circunstancia representa la unificación de los procedimientos de arreglo de disputas en el ámbito del ALCA, sistema orientado a evitar la perjudicial práctica de *forum shopping* que caracterizó, a manera de ejemplo, la implementación de los compromisos surgidos de la Ronda Tokyo del GATT, por cuanto muchos acuerdos surgidos de dicha Ronda establecían sus propios mecanismos de solución de controversias y quedaban bajo el control del respectivo órgano supervisor de cada acuerdo⁴⁶. Esto generó muchos problemas, en términos del logro de una interpretación uniforme y consistente sobre las disciplinas sectoriales del sistema multilateral de comercio.

Lo precedente permite introducirnos en la relación entre el sistema general de solución de controversias previsto en el Capítulo sobre dicha materia del ALCA y los procedimientos especiales previstos en el Capítulo sobre inversiones de dicho acuerdo, como han sido propuestos por las delegaciones negociadoras. Se plantea la conveniencia, o no, del establecimiento de procedimientos especiales sobre solución de controversias en el capítulo de inversiones del ALCA, a semejanza de los previstos en

⁴⁶ Jackson, John; Davey, William; y Sykes, Alan (1995) *Legal Problems of International Economics Relations*, p.340, West Publishing Co., St. Paul.

los TBPPI de indudable proliferación en el ámbito hemisférico, o recurrir al procedimiento unificado de solución de controversias del ALCA.

Las complejas operaciones de las empresas durante sus procesos de inversión, dan nacimiento a un considerable número de posibles problemas legales. Naturalmente, una debida planificación legal combinada con una buena gerencia, pudiera ser exitosa en la resolución de muchos de ellos, sin llegar a la fase en que se tornen disputas legales. Pero es probable que muchas disputas no puedan ser resueltas a través de negociaciones u otros mecanismos alternativos similares de arreglo. Con respecto a las operaciones de una filial extranjera en el país receptor de la inversión, y dependiendo de las partes involucradas, tres tipos de disputas pueden ser distinguidas: disputas entre estados (estado-estado), disputas entre un inversionista y el país receptor de su inversión (estado-inversionista), y disputas entre un inversionista y otra empresa o persona natural⁴⁷.

El arbitraje estado-estado es, por supuesto, un procedimiento principal en el derecho internacional público clásico. En el ámbito de nuestro interés, las normas relativas a estas disputas son de particular relevancia, por cuanto suponen, igualmente, la posibilidad que los estados de origen de los inversionistas puedan ejercer la representación de las reclamaciones de éstos con base en las normas y principios de la responsabilidad estatal en materia de tratamiento de extranjeros⁴⁸. Es, precisamente, por la razón de evitar la elevación de una disputa sobre inversiones al rango de un problema interestatal, que se ha previsto el mecanismo de solución de controversias estado-inversionista, tal como ha sido previsto en la mayoría de los TBPPI, y en los Capítulos de inversiones de recientes tratados de libre comercio, en los que dicho procedimiento coexiste en relación al procedimiento general de solución de controversias relativo a la interpretación y aplicación de las normas del respectivo acuerdo⁴⁹ y en el que las controversias estado-estado son resueltas de acuerdo al mencionado procedimiento general.

⁴⁷ United Nations Conference on Trade and Development (1996) *International Investment Instruments: A Compendium*, Volume I on Multilateral Instruments. p. xxxvii New York and Geneva.

⁴⁸ Un ejemplo de expresión positiva de este fundamento está contenido en la norma del Artículo 24 de la Constitución Política de Bolivia: "Las empresas y súbditos extranjeros están sometidos a las leyes bolivianas, sin que en ningún caso puedan invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas".

⁴⁹ El Capítulo XII del TLCAN, relativo a inversiones, contiene un conjunto normativo sobre disputas entre una de las partes y un inversionista de cualquier de las otras partes. En esencia, ésto permite a un inversionista de Canadá, México o los Estados Unidos, resolver sus disputas con arreglo a un procedimiento arbitral. Las disputas cubiertas son aquéllas que surjan de la violación de las normas sobre inversiones del TLCAN, así como ciertas normas del Capítulo XV sobre monopolios y empresas del estado.

En el caso del Tratado de libre comercio del G3, la segunda sección sobre del Capítulo XVII sobre inversiones se refiere a la solución de controversias entre una parte y un inversionista de otra parte. A esos efectos, si la parte y el inversionista de la otra parte no logran dirimir sus diferencias mediante consultas o negociaciones, el inversionista podrá someter la misma a arbitraje, si se trata de una reclamación donde se alegue la violación de las obligaciones establecidas en el Tratado y el inversionista afirma haber sufrido pérdidas o daños como consecuencia de la violación o en virtud de la misma.

De igual manera, el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR (Intrazona), prevé la opción al arbitraje internacional administrado por el CIADI o a un tribunal de arbitraje "ad hoc" establecido de acuerdo a las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); o, lo que es muy importante, al sistema permanente de solución de controversias con particulares que, eventualmente, se establezca en el marco del Tratado de Asunción.

Los TBPPI generalmente prevén, en detalle, tanto el recurso al arbitraje estado-estado, como al estado-inversionista. En realidad, estos tratados se orientan a generar “microclimas” de seguridad jurídica para las inversiones y los inversionistas originarios de cualquiera de las partes signatarias en el territorio de la otra. La coexistencia de ambos sistemas surge del carácter especial, autónomo y limitado a las políticas sobre tratamiento de inversiones que ambos países deciden acordar en términos mutuos y en relación a sus inversionistas y territorios soberanos. Por tanto, resulta lógico y conveniente establecer un mecanismo de solución de disputas entre ambos estados, en el marco de la regulación que ambos acuerdan de su relación bilateral sobre inversiones; procediendo, en consecuencia, el recurso para asegurar la debida interpretación y aplicación que ambos estados deben hacer sobre los alcances del tratado.

Dado el carácter bilateral y limitado sólo al ámbito de disciplinas sobre normas domésticas relativas a inversiones, no se evidencia en los TBPPI la relación de especialidad-generalidad característica de los tratados de libre comercio u otras modalidades de integración económica en materia de solución de controversias, que incorporan disciplinas sobre inversiones. Se trata de un aspecto relativo al ámbito de aplicación del tratado y a su único objeto de regulación; es decir, las inversiones. A manera de ejemplo, el artículo 8 sobre solución de controversias entre las partes contratantes del Protocolo de Colonia sobre Promoción y Protección de Inversiones (Intrazonas) de MERCOSUR, establece que las controversias que surjan entre las partes contratantes (estado-estado) relativas a la interpretación o aplicación de dicho Protocolo, serán sometidas a los procedimientos de solución de controversias establecidos por el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias del 17 diciembre de 1991, o al sistema que eventualmente se establezca en su reemplazo en el marco del Tratado de Asunción.

No obstante lo anterior, el artículo 9 del Protocolo de Colonia consagra la aplicación del sistema especial en él previsto para la solución de controversias inversionista-estado; mecanismo que establece la posibilidad que el inversionista recurra a los tribunales competentes del país receptor de la inversión, al arbitraje internacional llevado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) o un tribunal de arbitraje “ad hoc” establecido de acuerdo a las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); o al sistema permanente de solución de controversias con particulares que, eventualmente, se establezca en el marco del Tratado de Asunción.

En el Capítulo XVII del Acuerdo del G-3 sobre inversión, sólo se prevé la solución de controversias entre una parte y un inversionista de otra parte, aplicándose a las reclamaciones que en materia de inversión formule un inversionista de una parte respecto de una obligación establecida en dicho Capítulo, a partir de la entrada en vigencia del Acuerdo del acuerdo.

En la solución de controversias inversionista-estado, así como los procedimientos relativos a estado-estado, ambos acuerdos prevén la posibilidad de recurrir a las vías de consulta o negociación como mecanismos alternativos válidos para resolver las disputas planteadas: Esto se adecua a la tendencia ya expresada en relación a la orientación no contenciosa en la solución de controversias relativas al sistema multilateral de comercio.

En este orden de ideas, el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la OMC (ESD) contempla, igualmente, la relación especialidad-generalidad que se da entre el procedimiento general por el previsto y los procedimientos relativos a determinadas materias reguladas por el órgano multilateral. De esta forma, el artículo 1 del ESD establece la aplicación de sus normas y procedimientos, sin perjuicio de las normas y procedimientos especiales adicionales que en materia de solución de controversias contienen los acuerdos abarcados especificados en el Apéndice 2 del Entendimiento⁵⁰. Dispone también dicho artículo que en la medida que exista una discrepancia entre las normas y procedimientos del ESD y las normas o procedimientos especiales enunciados en el referido Apéndice, prevalecerán las normas y procedimientos contenidos en este último.

Sin embargo, en el Acuerdo MICs no se contemplan normas ni procedimientos especiales sobre solución de controversias; remitiendo su artículo 8, sobre consultas y solución de diferencias, al procedimiento general contemplado en el ESD.

El elemento finalista de la remisión que el Acuerdo MICs hace al procedimiento general de solución de controversias referido en el ESD, se traduce en la naturaleza de la controversias que puedan surgir de la interpretación y aplicación del referido Acuerdo, así como del alcance limitado de éste a políticas gubernamentales relacionadas a inversiones que pudieran producir distorsiones al comercio. Estas son controversias estado-estado. Como hemos observado, el Acuerdo MICs refiere a prescripciones en materia de inversiones que puedan violar las disciplinas sobre Trato Nacional y prohibición general de restricciones cuantitativas a las inversiones que son pilares fundamentales del GATT. La plena vigencia de ambos principios constituye su objeto de protección, para lo cual es procedente el procedimiento general administrado por el OSD.

El referido objeto de protección no es disciplinar la adopción de políticas de derecho interno sobre tratamiento de IED, a lo que si se orienta el ALCA en adición a la reiteración de las prescripciones que puedan generar distorsiones a los flujos comerciales intrahemisféricos.

El artículo 14 del proyecto de Capítulo sobre inversiones del ALCA prevé que las controversias estado-estado, en materia de la aplicación del capítulo de inversiones de este acuerdo, serán solucionadas por vías diplomática en la medida de lo posible. Si no fuese posible solucionar la controversia de esa forma dentro de un plazo razonable, será sometida al mecanismo horizontal de solución de controversias a ser establecido en el ámbito del ALCA.

De igual manera, el mencionado artículo establece normas y procedimientos especiales para la solución de controversias inversionista-estado. Es decir, se reproduce aquí la relación generalidad-especialidad que debe decantarse, en nuestra opinión, en favor de la especialidad, característica de las instituciones sobre tratamiento de inversiones foráneas en el Capítulo que venimos comentando.

⁵⁰ Los acuerdos de la OMC que prevén normas y procedimientos especiales sobre solución de controversias son aquéllos relativos a: La aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias; Textiles y Vestido; Obstáculos Técnicos al Comercio, Aplicación del Artículo VI del GATT; Aplicación del Artículo VII del GATT; Subvenciones y Medidas Compensatorias; y el Acuerdo GATS en lo que respecta a servicios financieros y de transporte aéreo.

Fundamentamos nuestro criterio en los siguientes razonamientos:

- Como ha sido la práctica constante en los TBPI y en acuerdos de comercio recientes como el G-3 y la estructura de textos fundacionales del MERCOSUR – en particular el Protocolo de Colonia o Intrazonas, se busca evitar la elevación de una disputa sobre inversiones al rango de un problema interestatal. Es por esta razón, en términos precisos, que se ha previsto el mecanismo de solución de controversias estado-inversionista.

Lo mencionado es de particular importancia. Notemos que, aún en el mecanismo de solución de controversias administrado por la OMC, se evidencia la generación de enormes costos políticos y económicos en virtud de los años que toma la declaración del derecho en una disputa entre estados partes y la debilidad de las disciplinas relativas a acceso individual a los tribunales nacionales. Observemos que, precisamente, las diversas modalidades de solución de controversias en el Capítulo de nuestro interés abren un abanico para la mejora del acceso de los inversionistas a la justicia, pudiendo recurrir al arbitraje internacional o a los tribunales competentes del país receptor, pero es necesario que los sistemas jurisdiccionales nacionales actúen en pleno conocimiento de los alcances de la responsabilidad internacional del país en el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del acuerdo internacional.

El caso del banano es emblemático en este contexto y no desvirtúa el orden lógico de argumentación que venimos expresando.

Los más de seis años de experiencia en procedimientos de solución de controversias en el GATT y la OMC sobre el régimen del banano y su enorme costo económico y político, podrían haberse evitado si la Corte de Justicia de la CE y los tribunales nacionales de los países miembros- se hubieran ceñido a la legalidad y conformando sus decisiones a las obligaciones de la CE en el GATT y la OMC. Las normas de la OMC contienen garantías de acceso individual a los tribunales nacionales. Fortalecer estas normas – permitiendo que los ciudadanos afectados invoquen y apliquen a través de los tribunales nacionales, las garantías precisas e incondicionales de libertad y no discriminación – continúa siendo el mecanismo más efectivo y democrático de aplicación de las normas y para responsabilizar a los gobiernos si ignoran las reglas ratificadas por los parlamentos nacionales⁵¹.

- De igual forma, el establecimiento de normas y procedimientos especiales sobre solución de diferencias evitará aumentar el número de casos de disputas que sean administrados por el sistema unificado de solución de controversias del ALCA, cuyo objeto de conocimiento son, fundamentalmente, controversias de naturaleza estado-estado.
- El mecanismo especial, debe ser una expresión de consistencia con el procedimiento general y los objetivos finalistas del ALCA, al tiempo de responder a las legítimas aspiraciones de los inversionistas de acceder a sistemas de declaración de derechos dotados de la mayor celeridad posible.

⁵¹ Erns-Ulrich Petersmann (1999) *¿Cómo proteger el sistema de la OMC de las infracciones persistentes?* en Puentes, p.p.11-12, citado por Delich, Valentina (2000) *Latinoamérica y el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio*, en La Nueva Agenda del Comercio de la OMC. Marcelo Olarreaga y Ricardo Rocha, Compiladores. Instituto del Banco Mundial. Centro Editorial Universidad del Rosario. Bogotá.

- La interacción constante del inversionista, durante las diversas etapas, fases o actos de disposición de una inversión, con autoridades administrativas del país receptor, puede generar una amplia gama de controversias de diversa naturaleza jurídica, incluso en relación a materias de orden público. Por ejemplo, esta vinculación puede darse en el marco de contratos administrativos o contratos de la administración, en cuyo caso, proceden diversas modalidades de solución de controversias; pudiendo estar incluidas en el respectivo contrato, como la sujeción a la jurisdicción contenciosa administrativa o mecanismos arbitrales.
- La experticia recabada por los árbitros en este tipo de controversias, asegura una mejor calidad en la decisión final adoptada en las causas objeto de su conocimiento. Es en tal virtud que en los TBPPI suele favorecerse la opción del arbitraje institucional administrado ante el CIADI⁵² o el arbitraje *ad hoc* realizado conforme a las normas de UNCITRAL⁵³.

I.2 Las ofertas presentadas

Junto a la negociación de las disciplinas a las que hemos venido refiriendo, la elaboración del Capítulo de inversiones del ALCA contempla la presentación de ofertas en materia de acceso de inversiones al territorio de los países partes.

Durante la Vigésima reunión del Grupo de Negociación sobre Inversiones (GNIN) los países bajo estudio presentaron sus ofertas iniciales en materia de acceso a mercados, iniciándose Durante la Vigésimo Primera reunión el inicio el proceso de revisión de las dichas ofertas.

El proceso de presentación y revisión de dichas ofertas de acuerdo al mencionado documento, evidencia la asunción del enfoque de “listas negativas” en relación a sectores de actividad económica que quedan exceptuados de la aplicación de los derechos de entrada y establecimiento. Procede considerar el alcance de las listas ofertadas por los países bajo estudio, lo que permitirá definir con precisión los niveles de apertura de estos países a la IED, así como los criterios aplicados en estos países en materia de preservación de espacios de políticas domésticas sobre inversiones.

Estados Unidos

La lista presentada por EEUU⁵⁴ consta en dos Anexos. En el Anexo I se mencionan las materias y sectores específicos de actividad económica en relación a los cuales este país formula excepciones al TN y TNMF, así como a las disciplinas en materia de presencia local; personal de alta gerencia y directivo; y RDD. En el Anexo II se expresa la reserva del derecho de EEUU para adoptar o mantener medidas sobre ciertos sectores y materias, inconsistentes con las referidas disciplinas. Ambos Anexos, indican cuáles son las obligaciones afectadas, el nivel de gobierno de la adopción de la medida y la descripción de ésta.

En materia de TN, los sectores y materias objetos de excepción son los siguientes:

⁵² Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, abierto a la firma en Washington, el 18 de marzo de 1965.

⁵³ Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional

⁵⁴ Documento del 07 de febrero de 2003, Anexo I

1. Instalaciones para la utilización o producción de energía atómica
2. Instalaciones para la utilización o producción para ser utilizadas en terapias o para actividades de investigación y desarrollo en el área médica.
3. Servicios transfronterizos de conducción de exportaciones
4. Servicios transfronterizos de exportaciones y reexportaciones de commodities, software y tecnología
5. Derechos de paso para tuberías de petróleo o gas, o tuberías para el transporte de productos refinados del petróleo o gas, a través de terrenos federales.
6. Adquisición de derechos sobre minerales, tales como el petróleo o el carbón, en terrenos federales.
7. Acceso a créditos federales vinculados a reservas petroleras navales
8. Acceso a garantías sobre préstamos y seguros de OPIC (Overseas Private Investment Corporation)
9. Servicios de transporte aéreo doméstico (cabotaje)
10. Servicios especializados de transporte aéreo civil a través de aeronaves registradas que sean poseídas, controladas u operadas por extranjeros
11. Servicios transfronterizos de transporte automotor para propiedades y pasajeros en los Estados Unidos
12. Agentes aduanales
13. Oferta pública de valores y registro de pequeñas empresas
14. Licencias de radiocomunicaciones
15. Servicios de transmisión por radio y televisión
16. Servicios profesionales de abogados o agentes de la propiedad industrial
17. Todas las medidas inconsistentes con el ALCA de fuente estatal, del Distrito de Columbia y Puerto Rico

En relación al TNMF los sectores y materias objeto de excepción son los siguientes:

1. Derechos de paso para tuberías de petróleo o gas, o tuberías para el transporte de productos refinados del petróleo o gas, a través de terrenos federales.
2. Adquisición de derechos sobre minerales, tales como el petróleo o el carbón, en terrenos federales.
3. Acceso a créditos federales vinculados a reservas petroleras navales
4. Acceso a garantías sobre préstamos y seguros de OPIC (Overseas Private Investment Corporation)
5. Reparación de aeronaves
6. Servicios de transporte aéreo doméstico (cabotaje)
7. Servicios especializados de transporte aéreo civil a través de aeronaves registradas que sean poseídas, controladas u operadas por extranjeros
8. Servicios transfronterizos de transporte automotor para propiedades y pasajeros en los Estados Unidos
9. Oferta pública de valores y registro de pequeñas empresas
10. Servicios profesionales de abogados o agentes de la propiedad industrial
11. Todas las medidas inconsistentes con el ALCA de fuente estatal, del Distrito de Columbia y Puerto Rico

Por otro lado, el Anexo I contiene una lista de restricciones relativas a presencia local en servicios de negocios sobre conducción de exportaciones; exportaciones y reexportaciones de commodities, software y tecnología; servicios aéreos

especializados; transporte de servicio automotor de propiedades y personas en EEUU; agentes aduanales; transmisión por radio y televisión; servicios profesionales de agentes y abogados en propiedad industrial; y cualquier medida inconsistente con el ALCA de fuente estatal, del Distrito de Columbia y Puerto Rico.

En materia de RDD, el Anexo I sólo consagra la excepción relativa a todas las medidas inconsistentes con el ALCA de fuente estatal, del distrito de Columbia y Puerto Rico.

En relación al Anexo II, los sectores o materias objeto de las reservas expresadas en materia de TN son las siguientes:

1. Medidas de tratamiento equivalente a personas de cualquier país que limite la propiedad de personas de EEUU en una empresa inmersa en la operación de sistemas de televisión por cable en ese país.
2. Servicios sociales establecidos o mantenidos para propósitos públicos como: servicios correccionales, seguridad de rentas o seguros, seguridad social o seguros, beneficios sociales, educación pública, capacitación pública, salud, y cuidado infantil.
3. Derechos o preferencias de minorías en situación social o económica desventajosa
4. Servicios de transporte marítimo y la operación de navíos de bandera de Estados Unidos

En cuanto al TNMF, EEUU se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue un tratamiento diferencial a personas de otros países debido a:

1. Aplicación de medidas de reciprocidad o a través de acuerdos internacionales relativos a la participación en el espectro radial
2. Medidas de tratamiento equivalente a personas de cualquier país que limite la propiedad de personas de EEUU en una empresa inmersa en la operación de sistemas de televisión por cable en ese país
3. Servicios sociales establecidos o mantenidos para propósitos públicos como: servicios correccionales, seguridad de rentas o seguros, seguridad social o seguros, beneficios sociales, educación pública, capacitación pública, salud, y cuidado infantil
4. Servicios de transporte marítimo y la operación de navíos de bandera de Estados Unidos
5. Acuerdos internacionales multilaterales o bilaterales en vigencia o suscritos antes de la entrada en vigencia del ALCA
6. Acuerdos internacionales relativos a aviación, pesca o asuntos marítimos, incluido el salvamento.

En relación a las reservas de presencia local y RDD:

1. Medidas de tratamiento equivalente a personas de cualquier país que limite la propiedad de personas de EEUU en una empresa inmersa en la operación de sistemas de televisión por cable en ese país
2. Servicios sociales establecidos o mantenidos para propósitos públicos como: servicios correccionales, seguridad de rentas o seguros,

- seguridad social o seguros, beneficios sociales, educación pública, capacitación pública, salud, y cuidado infantil
3. Derechos o preferencias de minorías en situación social o económica desventajosa
 4. Servicios de transporte marítimo y la operación de navíos de bandera de Estados Unidos

En lo que refiere a la Alta Gerencia y Directorios:

1. Servicios sociales establecidos o mantenidos para propósitos públicos como: servicios correccionales, seguridad de rentas o seguros, seguridad social o seguros, beneficios sociales, educación pública, capacitación pública, salud, y cuidado infantil
2. Derechos o preferencias de minorías en situación social o económica desventajosa
3. Servicios de transporte marítimo y la operación de navíos de bandera de Estados Unidos

Valoración

La oferta inicial de EEUU es de carácter taxativo, es decir, se limita a los sectores y materias específicas contenidos en ambos Anexos, fiel a su tradición en las reservas listadas en sus TBPPI.

Por otro lado, cabe observar que en las reservas de TNMF relativas a los derechos conferidos a personas de otros países, sólo se contemplan aquellos otorgados en virtud de Acuerdos internacionales multilaterales o bilaterales en vigencia o suscritos antes de la entrada en vigencia del ALCA. En nuestra opinión, ésto es una referencia tácita a la no inclusión de las ventajas contenidas en los acuerdos subregionales, que se adiciona a los términos de la propuesta sobre coexistencia del ALCA con dichos acuerdos que hemos considerado.

Llama la atención dicha referencia, en la perspectiva del conjunto de sectores y materias de actividad económica sobre los cuales EE.UU. formula reservas; sobre todo al comparar el tamaño y desarrollo de la economía del mencionado país con los de los países andinos. Dicha circunstancia puede ser utilizada como una opción de *trade off*, cara a la obtención de un mejor resultado de las negociaciones.

Canadá

Canadá presenta su lista de negociación, bajo la forma de tres anexos. El Anexo I refiere a las medidas disconformes con las obligaciones impuestas en virtud de las disciplinas del Capítulo de inversiones y sobre comercio transfronterizo de servicios en materias de TN, TNMF, Presencia Local, RDD y altos ejecutivos y directorios. Este país prevé el establecimiento de compromisos de reducción de medidas inconsistentes.

El Anexo II contiene las reservas de sectores específicos sobre la base de medidas vigentes que se apliquen a ciertos sectores y materias.

Por último, el Anexo III exceptúa de la aplicación del TNMF al trato otorgado en virtud de los acuerdos internacionales bilaterales o multilaterales en vigor o firmados antes de la fecha de entrada en vigencia del ALCA. De la misma forma, y en materia de TNMF del Capítulo de inversiones, se exceptúan aquéllos relativos a aviación, pesca, asuntos

marítimos, incluyendo el salvamento, o redes de transporte de telecomunicaciones y servicios de transporte de telecomunicaciones. Tampoco se aplica este trato a los programas actuales o futuros de ayuda exterior para promover el desarrollo económico.

En cuanto a las medidas disconformes con la obligación de TN contenidas en el Anexo I, la propuesta de Canadá refiere a:

1. Créditos agrícolas proveídos por la Corporación de Crédito Agrícola de Canadá
2. Todas las adquisiciones directas e indirectas de negocios canadienses con activos superiores a C\$50 millones o más
3. Adquisiciones indirectas de negocios canadienses con activos entre C\$5 Millones y C\$ 50 Millones que representen más del 50% del valor de los activos de todas las entidades, cuyo control esté siendo adquirido en la transacción en cuestión.
4. Adquisiciones o nuevos negocios relacionados con la herencia cultural o identidad nacional del Canadá⁵⁵.
5. Venta o disposición de la participación en el capital, o los activos de una empresa del Estado o de una entidad gubernamental existentes.
6. Emisión, transferencias y participación de acciones en sociedades constituidas a nivel federal.
7. Participación en la propiedad de tierra controlada en Alberta, que no consista en más de dos parcelas con una extensión no mayor a 20 acres.
8. Porcentaje específico de las acciones con derecho a voto en la empresas Air Canada, Petro-Canada, Canadian Arsenal Limited, Cameco Limited, Nordion International Inc y Theratronics International Limited
9. Agentes y agencias aduaneras
10. Tiendas libres de aranceles aduaneros
11. Agentes de la propiedad industrial
12. Licencias para la producción de petróleo y gas natural en tierras fronterizas y áreas de mar adentro
13. Propiedad Minera de Uranio
14. Ingreso de barcos extranjeros a la Zona Económica Exclusiva de Canadá
15. Actividades de embarcaciones extranjeras en la Zona Exclusiva de Canadá
16. Servicios de auditoría en el sector financiero
17. Servicios de transporte automotor entre puntos
18. Prestación de servicios en naves registradas en Canadá
19. Servicios de pilotaje en aguas de pilotaje obligatorio

En materia de TNMF:

1. Todas las adquisiciones directas e indirectas de negocios canadienses con activos superiores a C\$50 millones o más

⁵⁵ Todas las adquisiciones a que hemos hecho referencia, están sujetas a revisión conforme a la Ley sobre Inversiones de Canadá. De acuerdo a ésto, una inversión sujeta a revisión no podrá ser llevada a cabo a menos de la autoridad correspondiente advierta al solicitante que la inversión reportará un beneficio neto para Canadá.

2. Adquisiciones indirectas de negocios canadienses con activos entre C\$5 Millones y C\$ 50 Millones que representen más del 50% del valor de los activos de todas las entidades, cuyo control esté siendo adquirido en la transacción en cuestión.
3. Adquisiciones o nuevos negocios relacionados con la herencia cultural o identidad nacional del Canadá
4. Propiedad minera de uranio
5. Ingreso de barcos extranjeros a la Zona Económica Exclusiva de Canadá
6. Actividades de embarcaciones extranjeras en la Zona Exclusiva de Canadá

En lo que respecta a Presencia Local:

1. Expedición de permisos de exportación e importación o certificados de autorización de tránsito para bienes y servicios sujetos a control
2. Agentes y agencias aduaneras
3. Tiendas libres de aranceles aduaneros
4. Agentes de la propiedad industrial
5. Operaciones de petróleo crudo y gas natural
6. Servicios de auditoría en el sector financiero
7. Naves para transporte de carga y pasajeros; transbordadores y remolques marinos (en cabotaje)
8. Prestación de servicios en naves registradas en Canadá
Servicios de pilotaje en aguas de pilotaje obligatorio
9. Conferencias marítimas o asociaciones de empresas para la regulación de fletes y condiciones de transporte por agua
10. Servicios de transporte automotor entre puntos

En relación a los RDD:

1. Imposición de requisitos o el cumplimiento de compromisos o acuerdos en relación al establecimiento, adquisición, expansión, conducción y operación de una inversión, en materia de transferencia de tecnología, procesos productivos o conocimientos reservados en favor de una empresa o un nacional.
2. Imposición de requisitos sobre el plan de beneficios que debe ser presentado por los inversionistas, para el desarrollo de proyectos de petróleo crudo y gas natural, y para realizar actividades de aprovechamiento de recursos petroleros en el área de mar adentro (Canadá – Nueva Escocia y Canadá – Terranova).

Sobre Altos Ejecutivos y Directorios:

1. Inversiones sujetas a revisión en virtud de la Ley de Inversiones de Canadá
2. Venta o disposición de la participación en el capital, o los activos de una empresa del Estado o de una entidad gubernamental existentes
3. La mayoría de las sociedades anónimas constituidas bajo el régimen de la Ley sobre Sociedades Anónimas Mercantiles de Canadá, debe evidenciar que 25% de los directores sean canadienses residentes.

Los sectores de inversión incluyen: minería de uranio, publicación o distribución de libros, distribución de películas y videos.

4. Sociedades anónimas de servicios o agencias de aduanas

Por su parte, el Anexo II, contenido de los derechos que se reserva Canadá de adopción o mantenimiento de medidas inconsistentes con las obligaciones de TN, TNMF, RDD, Alta Gerencia y Directorio, y Presencial Local, expresa:

En relación al TN:

1. Requisitos de residencia para la participación de inversionistas en la franja costera.
2. Medidas que permitan las inversiones extranjeras en proveedores de servicios de telecomunicaciones con infraestructura propia hasta un total de 46,7% de las acciones con derecho a voto; que exijan que los proveedores de servicios de telecomunicaciones con infraestructura propia estén controlados de hecho por canadienses; que exijan que por lo menos 80% de los miembros del directorio de los proveedores de servicios de telecomunicaciones con infraestructura propia sean canadienses; o que sometan a restricciones a aquellos proveedores de servicios de telecomunicaciones con infraestructura propia que excedieren el nivel de inversión extranjera acumulativa autorizado el 22 de julio de 1987 y continúen excediéndolo.
3. Medidas relativas a la provisión de servicios de telecomunicaciones, excepto servicios móviles.
4. Medidas destinadas a limitar la competencia en la provisión de servicios de teléfono entre circuitos en zonas atendidas por Northwestel Inc.; Onatrio Northland Transportation Commission, y Prince Rupert City Telephones y otras compañías independientes incluidas en el Anuncio Público de Telecomunicaciones 95-15 de la CRTC.
5. Medidas sobre la adquisición, venta u otra forma de disposición, por parte de nacionales de una parte contratante, de bonos, valores de tesorería u otro tipo de instrumento de deuda emitidos por el Gobierno de Canadá, una provincia o un gobierno local.
6. Medidas respecto a los derechos o preferencias otorgados a las minorías social o económicamente en desventaja.
7. Medidas con respecto a la aplicación del derecho público y a la prestación de servicios correccionales, así como los siguientes servicios que se establezcan por razones de interés público: seguro o seguridad de ingresos, servicios de seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud, y atención infantil.
8. Medidas relativas a la provisión de servicios comerciales aéreos
9. Medidas relativas a actividades de reparación, revisión o mantenimiento de aeronaves y otros productos aeronáuticos
10. Medidas relativas a la inversión o prestación de servicios marítimos de cabotaje
11. Medidas relacionadas con el registro o listado de barcos en Canadá.
12. Adopción o mantenimiento de cualquier medida que deniegue cualquier derecho o preferencia otorgado a poblaciones autónomas

En relación al TNMF:

1. Adopción o mantenimiento de cualquier medida que deniegue cualquier derecho o preferencia otorgado a poblaciones autónomas.
2. Medidas con respecto a la aplicación del derecho público y a la prestación de servicios correccionales, así como los siguientes servicios que se establezcan por razones de interés público: seguro o seguridad de ingresos, servicios de seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud, y atención infantil.
3. Medidas relativas a la provisión de servicios comerciales aéreos.
4. Medidas relativas a actividades de reparación, revisión o mantenimiento de aeronaves y otros productos aeronáuticos.
5. Medidas relativas a la inversión o prestación de servicios marítimos de cabotaje.
6. Medidas relacionadas con la instrumentación de acuerdos, arreglos u otra forma de compromiso formal o informal con otros países relacionados con las actividades marítimas en aguas de mutuo interés, en áreas como el control de la contaminación, navegación segura, inspección de barcas, calidad del agua, pilotaje, salvamento, control del abuso de drogas y comunicaciones marítimas
7. Medidas relacionadas con el registro o listado de barcos en Canadá.

Sobre Presencia Local:

1. Adopción o mantenimiento de cualquier medida que deniegue cualquier derecho o preferencia otorgado a poblaciones autónomas
2. Medidas relativas a la provisión de servicios de telecomunicaciones, excepto servicios móviles
3. Medidas respecto a los derechos o preferencias otorgados a las minorías social o económicamente en desventaja
4. Medidas con respecto a la aplicación del derecho público y a la prestación de servicios correccionales, así como los siguientes servicios que se establezcan por razones de interés público: seguro o seguridad de ingresos, servicios de seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud, y atención infantil.
8. Medidas relativas a la provisión de servicios comerciales aéreos
9. Medidas relativas a actividades de reparación, revisión o mantenimiento de aeronaves y otros productos aeronáuticos
10. Medidas relativas a la inversión o prestación de servicios marítimos de cabotaje
11. Medidas relacionadas con el registro o listado de barcos en Canadá

En relación a los RDD:

1. Adopción o mantenimiento de cualquier medida que deniegue cualquier derecho o preferencia otorgado a poblaciones autónomas
2. Medidas respecto a los derechos o preferencias otorgados a las minorías social o económicamente en desventaja
3. Medidas relativas a la inversión o prestación de servicios marítimos de cabotaje

Por último, sobre Altos Ejecutivos y Directorios

1. Adopción o mantenimiento de cualquier medida que deniegue cualquier derecho o preferencia otorgado a poblaciones autónomas
2. Medidas que permitan las inversiones extranjeras en proveedores de servicios de telecomunicaciones con infraestructura propia hasta un total de 46,7% de las acciones con derecho a voto; que exijan que los proveedores de servicios de telecomunicaciones con infraestructura propia estén controlados de hecho por canadienses; que exijan que por lo menos 80% de los miembros del directorio de los proveedores de servicios de telecomunicaciones con infraestructura propia sean canadienses; o que sometan a restricciones a aquellos proveedores de servicios de telecomunicaciones con infraestructura propia que excedieren el nivel de inversión extranjera acumulativa autorizado el 22 de julio de 1987 y continúen excediéndolo.
3. Medidas relativas a la provisión de servicios de telecomunicaciones, excepto servicios móviles
4. Medidas respecto a los derechos o preferencias otorgados a las minorías social o económicamente en desventaja
5. Medidas con respecto a la aplicación del derecho público y a la prestación de servicios correccionales, así como los siguientes servicios que se establezcan por razones de interés público: seguro o seguridad de ingresos, servicios de seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud, y atención infantil.
6. Medidas relativas a la provisión de servicios comerciales aéreos
7. Medidas relativas a actividades de reparación, revisión o mantenimiento de aeronaves y otros productos aeronáuticos
8. Medidas relativas a la inversión o prestación de servicios marítimos de cabotaje
9. Medidas relacionadas con el registro o listado de barcos en Canadá

Valoración

Como es obvio observar, la oferta inicial de Canadá es de carácter taxativo, es decir, se limita a los sectores y materias específicas contenidos en los Anexos aludidos. Esto no obsta para destacar el amplio margen de discreción del poder público de ese país en la administración de las reservas listadas. Sobre todo en lo que atañe a las disposiciones sobre inversiones objeto de revisión conforme a la Ley de Inversiones de Canadá, al igual que la imposición de RDD en relación al establecimiento, adquisición, expansión, conducción y operación de una inversión, en materia de transferencia de tecnología, procesos productivos o conocimientos reservados en favor de una empresa o un nacional.

Por otro lado, cabe observar que en las reservas de TNMF relativas a los derechos conferidos a personas de otros países, sólo se contemplan aquellos conferidos en virtud de Acuerdos internacionales multilaterales o bilaterales en vigencia o suscritos antes de la entrada en vigencia del ALCA y aquéllos sobre cooperación para el desarrollo. En nuestra opinión, esto también es una referencia tácita a la no inclusión de las ventajas contenidas en los acuerdos subregionales, que se adiciona a los términos de la propuesta sobre coexistencia del ALCA con dichos acuerdos.

México

México ha presentado cuatro Listas, identificadas como “Lista A”, “Lista B”, “Lista C” y “Lista D”⁵⁶. Estas listas comprenden una oferta conjunta para el GNIN de Inversión y Servicios (GNSV). Para el GNIN, las listas sólo aplican a la fase de post-establecimiento. Las listas incluyen sectores y actividades económicas a nivel federal, por lo que no tienen aplicación a niveles estatales y municipales.

La Lista A, comprende un amplio conjunto ilustrativo de sectores y subsectores respecto de los cuales este país podría negociar la aplicación del TN y TNMF, de acuerdo con lo estipulado en los Capítulos relativos a inversión y servicios aplicables a las diversas modalidades de prestación de servicios.

La lista B enumera un amplio conjunto de sectores y subsectores económicos en los cuales existen limitaciones legales y se consideran sensibles para México. Para el caso del Capítulo sobre inversiones, se aplican a la referida lista las disposiciones constitucionales y demás legislación aplicable en materia de:

1. Adquisición del dominio directo sobre tierras y aguas dentro del territorio nacional y sus zonas aledañas, así como bienes inmuebles ubicados en las zonas restringidas y de frontera
2. Todas las resoluciones emitidas por la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras
3. Sociedades cooperativas de producción; y
4. Empresas microindustriales.

La Lista C abarca las actividades reservadas al Estado Mexicano, en las cuales este país se reserva el derecho exclusivo de desempeñar y de negarse a autorizar el establecimiento de inversiones de acuerdo a la legislación nacional. Estas son:

1. Minería y extracción de petróleo
2. Extracción de petróleo y gas natural
3. Impresión o emisión de billetes y títulos financieros
4. Extracción y/o beneficio de uranio y minerales radioactivos
5. Industria manufacturera maquiladora de importación y exportación; quedando excluidos los establecimientos cuya actividad exclusiva es la reparación de maquinarias y equipos, aparatos domésticos, automóviles y otros bienes de consumo clasificados en el sector 9.
6. Fabricación de productos petroquímicos básicos
7. Refinación de petróleo
8. Tratamiento de uranio y combustibles nucleares beneficiados
9. Acuñación de monedas
10. Industrias de electricidad y agua
11. Generación y transmisión de energía eléctrica
12. Suministro de energía eléctrica
13. Construcción de obras de urbanización
14. Transporte y Comunicaciones, comprendiendo los servicios de comunicaciones proporcionados al público, como son: correo, mensajería, telégrafo, teléfono y radio
15. Transporte de petróleo y gas natural

⁵⁶ Documento ALCA GNIN/GNSV del 15 de febrero de 2003

16. Servicios financieros de administración y alquiler de bienes muebles e inmuebles
17. Servicios de Banca Central, Banca de Desarrollo, Fondos y Fideicomisos Financieros, instituciones no bancarias de captación de ahorro y de otorgamiento de préstamos, servicios de bolsas de valores, servicios de cajas de pensiones independientes (excepto servicios de asesoría en pensiones y servicios administrativos de los organismos de seguridad social).
18. Administración de puertos marítimos, lacustres y fluviales
19. Servicios de administración de puertos y helipuertos

En la Lista D, México exceptúa la aplicación del TNMF para los Capítulos de inversión y servicios, al tratamiento otorgado en virtud de los acuerdos internacionales bilaterales o multilaterales en vigor o firmados antes de la fecha de entrada en vigencia del ALCA. De la misma forma, se exceptúa la aplicación del TNMF aquéllos acuerdos relativos a transporte aéreo, transporte por carretera, asuntos marítimos, incluyendo el salvamento; redes de telecomunicaciones y servicios de telecomunicaciones excepto la producción, venta o derechos de programación de radio o televisión; asuntos migratorios; y los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones.

Valoración

De semejante forma a los casos de EE.UU. y Canadá, el carácter taxativo de las excepciones y reservas presentadas por México no obsta para destacar el amplio margen de discreción del poder público de ese país en la administración de dichas excepciones y reservas. Debe notarse, además, que a pesar de la amplitud de la lista de sectores en relación a los cuales este país puede negociar el otorgamiento de TN y TNMF, en esencia la propuesta mexicana evidencia un carácter de liberalización selectiva.

Cabe destacar el conjunto de actividades reservadas al Estado mexicano, en las cuales este país no sólo se reserva el derecho exclusivo de desempeñar, sino también a no conceder derechos de establecimiento de inversiones de acuerdo a la legislación nacional.

Las referidas circunstancias pueden valer a los efectos de plantear posibles opciones de *trade off* por parte de los países andinos.

Chile

La oferta inicial de Chile en las negociaciones de acceso a mercados de inversiones y servicios transfronterizos en ALCA, se presenta, sobre la base de una lista contentiva de las medidas existentes no conformes con las obligaciones contenidas en las disciplinas negociadas y las medidas futuras inconsistentes en sectores específicos.

El Anexo I, incluye las medidas existentes inconsistentes con las obligaciones indicadas en cada reserva, expresando:

En relación al TN:

1. Disposición de la propiedad o cualquier derecho sobre tierras estatales.

2. El 85% de los empleados que trabajen para el mismo patrono chileno, deben ser personas naturales chilenas. Esta norma es aplicable a empresas con más de 25 empleados que gocen de un contrato laboral.
3. Concesiones para la explotación y tratamiento de hidrocarburos gaseosos o líquidos, y depósitos de cualquier tipo que se encuentren en aguas marinas sujetas a jurisdicción nacional.
4. Recolección y captura de especies hidrobiológicas en aguas interiores.
5. Utilización de navíos para pesca en aguas interiores.
6. Registro de navíos para transporte
7. Propiedad inmobiliaria corporal localizada en las zonas fronterizas, de acuerdo al Decreto Ley 4 de 1967.
8. Concesiones, decisiones oficiales y permisos para la instalación, operación y explotación de servicios públicos e intermedios de telecomunicaciones; servicios de telecomunicaciones suplementarios; servicios limitados de telecomunicaciones.
9. Concesiones para la exploración, explotación y tratamiento de litio, depósitos minerales de cualquier tipo existentes en aguas marinas ubicadas en la jurisdicción nacional, y depósitos minerales de cualquier tipo localizados total o parcialmente en áreas clasificadas como importantes para la seguridad nacional.
10. Concesiones o autorizaciones para actividades de acuicultura
11. Propiedad de barcos pesqueros registrados en Chile a partir del 30 de junio de 1991. Sin embargo, opera la reciprocidad establecida con otros países
12. Registro de pesca artesanal
13. Agentes aduanales
14. Servicios de Investigación en la zona marítima de 200 millas de Chile
15. Servicios de Investigación antropológicas, arqueológicas y paleontológicas.
16. Registro de embarcaciones de transporte marítimo
17. Operaciones multimodales
18. Servicios de transporte marítimo y de cabotaje
19. Representantes navieros
20. Registro de proveedores de servicios de transporte por carretera
21. Descarga, transbordo y utilización continental o insular de puertos chilenos
22. Servicios de vigilancia privada
23. Registro de aeronaves para transporte aéreo

En lo que respecta al TNMF:

1. Registro de embarcaciones de transporte marítimo
2. Transporte de carga marítima. Se admite la reciprocidad internacional
3. Recolección y captura de especies hidrobiológicas en aguas interiores.
4. Registro de aeronaves para transporte aéreo
5. Registro de navíos para transporte
6. Registro de proveedores de servicios de transporte por carretera

En materia de Presencial Local:

1. El 85% de los empleados que trabajen para el mismo patrono chileno, deben ser personas naturales chilenas. Esta norma es aplicable a empresas con más de 25 empleados que gocen de un contrato laboral.
2. Registro de pesca artesanal
3. Agentes aduanales
4. Recolección y captura de especies hidrobiológicas en aguas interiores.
5. Caza y pesca industrial, y servicios recreacionales

6. Registro de aeronaves para transporte aéreo
7. Registro de navíos para transporte
8. Representantes navieros
9. Registro de proveedores de servicios de transporte por carretera

En lo que respecta a RDD:

1. Concesiones para la explotación y tratamiento de hidrocarburos gaseosos o líquidos, y depósitos de cualquier tipo que se encuentren en aguas marinas sujetas a jurisdicción nacional
2. Concesiones para la exploración, explotación y tratamiento de litio, depósitos minerales de cualquier tipo existentes en aguas marinas ubicadas en la jurisdicción nacional, y depósitos minerales de cualquier tipo localizados total o parcialmente en áreas clasificadas como importantes para la seguridad nacional.

Por último, sobre personal de Alta Gerencia y Directorios:

1. Recolección y captura de especies hidrobiológicas en aguas interiores
2. Registro de aeronaves para transporte aéreo
3. Registro de navíos para transporte

El Anexo II, sobre medidas futuras inconsistentes en sectores específicos, sólo menciona la siguiente lista:

1. Industria cultural, lo que incluye servicios audiovisuales, publicidad y televisión
2. Servicios educativos
3. Servicios ambientales
4. Servicios sociales
5. Servicios de construcción y servicios de ingeniería
6. Servicios de distribución
7. Servicios de telecomunicación local
8. Privatizaciones

Valoración

En relación a las ofertas precedentes, la oferta inicial de Chile evidencia, claramente, un mayor grado de apertura y menores niveles de arbitrariedad en la administración de las normas sobre tratamiento de la IED. Su oferta de negociación puede ser apreciada como una expresión de compromiso de liberalización opuesto a los modelos de gradualidad y selectividad, adoptado sobre la base de la identificación de sectores específicos objetos de políticas económicas y una debida ponderación de las necesidades de atracción de IED.

Un aspecto de suma importancia lo constituye la presentación de la lista de medidas futuras inconformes en relación a sectores específicos de servicios. Ello denota el interés de este país en preservar, a futuro, espacios e instrumentos de política nacional relacionados al desarrollo de dichos sectores. Esta reserva, y el objetivo finalista que le da razón de ser, puede servir de modelo a la CAN para asegurar la viabilidad de las previsiones relativas al desarrollo de los programas de industrialización e integración industrial previstos o que lleguen a preverse en el marco de políticas subregionales.

Sección II. Posibles escenarios de resultados de las negociaciones sobre inversiones en el ALCA: Eventuales implicancias en el mercado andino.

Con base en las propuestas de disciplinas conformantes del texto consolidado, así como las ofertas de negociación presentadas por las delegaciones negociadoras de ALCA, a las que hemos aludido, pueden inferirse posibles escenarios con diversos efectos sobre la conformación y funcionamiento del mercado común andino.

Esta sección considera esos posibles escenarios. Nuestra base para la aproximación a los mismos se fundamenta en los modelos relativos a acceso y establecimiento de inversiones en sus relaciones con los aspectos de “pre” y “post” inversión; la formulación de RDD orientados a evitar las distorsiones al comercio o como forma de preservación de espacios de políticas para acometer objetivos específicos de desarrollo. La formulación de los escenarios se realizará en atención a la normativa de la CAN en materia de tratamiento de capitales extranjeros, empresas multinacionales andinas y en relación a las acciones comunitarias asociadas al logro del mercado común andino.

II.1 Marco para la aproximación a los escenarios de resultados y sus efectos de cara a la conformación del mercado común

En el mercado común, a la libre circulación de bienes y servicios y a la unión aduanera, se agrega la libre circulación de los factores de la producción, fundamentalmente la mano de obra y el capital proveniente de cualquiera de los países miembros del mismo⁵⁷. Es decir, el instrumento normativo de carácter fundacional que norme los alcances del mercado común, deberá garantizar que en el espacio intrasubregional circulen libremente mercaderías, personas, servicios y capitales, estableciéndose una fusión de mercados nacionales en un sólo mercado con caracteres de diferenciación frente a terceros Estados.

Surge entonces en los países miembros y las instituciones comunitarias, la necesidad estratégica de desarrollar acciones encaminadas para blindar el camino al libre tránsito de personas y capitales provenientes de los países miembros en la subregión, así como todas aquellas orientadas a preservar o fortalecer la identidad comunitaria, como hemos aludido en el subepígrafe relativo a las relaciones de coexistencia del ALCA con acuerdos de integración.

Un ámbito u objeto de la acción comunitaria, cara a la conformación del mercado común, es, precisamente, el establecimiento de la política común sobre tratamiento de las inversiones intracomunitarias y frente a inversiones provenientes de Estados que no sean partes del sistema de integración económica⁵⁸. Es así evidente el sesgo diferenciador de la comunidad, como mercado, en relación a inversiones provenientes de otros mercados; y se abre, de esta manera, la opción de aprovechamiento de las políticas sobre inversiones intracomunitarias como herramientas para la liberalización del factor trabajo y de capitales a invertir, amén del diseño de políticas de cooperación para el fomento de la calidad y productividad de las empresas subregionales.

⁵⁷ Dromi, Roberto; Ekmekdjian, Miguel y Rivera, Julio (1995) *Derecho Comunitario*, p.115

⁵⁸ A manera de ejemplo, en MERCOSUR coexisten el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR y el Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no partes del MERCOSUR, de 1993 y 1994, en forma respectiva.

El fomento de las referidas acciones no sólo es inherente al proceso de consecución del mercado común, sino también es un imperativo del propio interés comunitario.

En materia de los apoyos al aumento de los flujos de inversiones del territorio de la comunidad, la acción estratégica comunitaria debe estar focalizada en un régimen de tratamiento de facilitación de operaciones empresariales a lo largo de su territorio, la pertinente asistencia comercial y administrativa y el total aprovechamiento de espacios de políticas de desarrollo productivo intracomunitario.

II.2 Escenarios de posibles resultados

Las diversas disciplinas objeto de negociación, la presentación de ofertas de acceso bajo el enfoque de listas negativas, y las formulación de reservas y excepciones a los derechos previstos, nos llevan a inferir la generación de escenarios de posibles resultados con ciertas implicancias sobre el mercado común andino.

En esta parte nos referimos a esos posibles escenarios e implicancias, sobre la base de las ganancias, pérdidas y riesgos que suponen al mercado comunitario. Se identifican escenarios sobre acceso y establecimiento de inversiones; y requisitos de desempeño.

Por otro lado, nuestro análisis se realiza con plena atención a los alcances del modelo de programa de regionalización industrial en su componente de admisión y establecimiento de inversiones, previsto en el artículo 3 del Acuerdo de Cartagena y desarrollado mediante la Decisión 292 de la Comisión, relativa a empresas multinacionales andinas, y la Decisión 291 sobre régimen común de tratamiento de capitales extranjeros, marcas, patentes y regalías.

II.2.1 Escenarios sobre acceso y establecimiento de inversiones

Escenario I: Lista Negativa y Pre – Establecimiento

Caracterización

- ❑ Otorgamiento a los inversionistas de las partes miembros del mejor tratamiento que surja de la aplicación del TN y el TNMF, desde la etapa del establecimiento de las inversiones.
- ❑ Apertura a la entrada y presencia de inversionistas y sus inversiones
- ❑ Como principio general, todo tipo de presencia puede ser admitida; sin embargo se admiten excepciones y reservas a los derechos y disciplinas consagrados sobre bases de seguridad nacional, salud y seguridad públicas, y otras materias objeto de políticas públicas.
- ❑ El derecho de establecimiento no sólo asegura a un inversionista extranjero ingresar al país para llevar a cabo transacciones de negocios en el país receptor, sino también el derecho a lograr una presencia permanente en dicho lugar.
- ❑ El país receptor acepta limitar su poder soberano para regular la entrada de inversionistas extranjeros en su territorio.
- ❑ Se prohíbe la imposición de requisitos de desempeño como condición para el establecimiento, expansión o mantenimiento de inversiones.
- ❑ Las disposiciones sobre solución de controversias realzan o confieren un mayor valor a los derechos de entrada y establecimiento, al ofrecer medios efectivos para canalizar las reclamaciones de los inversionistas que estiman que el país receptor

de la inversión ha actuado de manera inconsistente en relación a las disciplinas sobre ambos derechos. Por tanto, se ve acrecentada o ampliada la responsabilidad internacional del estado receptor.

Ganancias

- ❑ El modelo ofrece un mejor acceso a mercados, recursos y oportunidades para empresas subregionales en el ámbito hemisférico.
- ❑ Amplia el marco de opciones de financiamiento interno y externo de inversiones necesarias para el proceso de industrialización comunitaria
- ❑ Permite que, a través de las listas negativas, se exceptúen actividades e industrias sensibles a la industrialización comunitaria. En realidad, el modelo reconoce que ciertas industrias estratégicas deben estar fuera del alcance de los procesos y medidas de liberalización.

Pérdidas

- ❑ Limitación del poder soberano de los países andinos para regular la entrada de inversionistas extranjeros en el territorio comunitario
- ❑ El otorgamiento de TN en fase de pre-inversión implica una renuncia voluntaria de los estados andinos al derecho de determinar cuáles inversiones entran al territorio comunitario y bajo qué condiciones. Sin embargo cabe la posibilidad de establecer reservas en materias objeto de políticas comunitarias sobre desarrollo industrial y fomento de empresas subregionales.
- ❑ Al eliminar la posibilidad de imponer requisitos de desempeño como condición para establecer, extender o mantener inversiones, se descarta, igualmente, las opciones de hacer uso de instrumentos de política para promover la transferencia de tecnología sobre bases comerciales hacia actores comunitarios, como sería, por ejemplo, la promoción de joint ventures entre el inversionista foráneo y empresas subregionales a través de la concesión de una ventaja.

Riesgos

- ❑ Puede afectar los planes de desarrollo específico de sectores, en ausencia de acciones comunitarias planificadas
- ❑ La apertura a las inversiones foráneas hemisféricas, supone una fuerte competencia a las empresas subregionales, en ausencia de acciones comunitarias de apoyo a la productividad en sectores industriales sensibles
- ❑ Las listas pueden ser muy difíciles de negociar y compilar de manera coordinada al interior de la CAN
- ❑ Las pequeñas y medianas empresas, e *industrias infantiles* subregionales, pueden verse sometidas a un caudal sobrevenido de competencia por parte de industrias del hemisferio; de allí que las reservas que se establezcan son de particular importancia.
- ❑ Las medidas y disciplinas que conforman este modelo, no deben ser utilizadas para proteger monopolios domésticos ineficientes, contra una competencia que parte de bases de una mayor eficiencia en la utilización de los recursos y en el mejoramiento del bienestar de los consumidores.
- ❑ Aumenta las oportunidades de *crowding out*⁵⁹ que pueden darse en perjuicio de inversionistas subregionales. Por ejemplo, en casos de iliquidez, producidos como

⁵⁹ El término, utilizado en jerga, alude la exclusión o captura de un mercado relevante para determinadas industrias.

consecuencia de restricciones monetarias, la banca comercial suele reducir las operaciones de crédito, lo que afecta en mayor grado a la inversión nacional en los países andinos que por lo general no puede ofrecer las mismas garantías que la extranjera⁶⁰.

Escenario II: **Lista Negativa y Post – Establecimiento**

Caracterización

- ❑ El TN y el TNMF son exigibles una vez el inversionista ha cumplido los procedimientos relativos a su admisión en el territorio del país receptor de la inversión.
- ❑ No se produce una limitación a la potestad soberana del estado receptor para regular la entrada de inversionistas extranjeros en su territorio.
- ❑ Las listas de oferta bajo un enfoque negativo, imprimen un sello liberalizador opuesto a la liberalización gradual.
- ❑ Se preserva la posibilidad de imponer requisitos de desempeño como condición para el establecimiento, expansión o mantenimiento de inversiones.
- ❑ La responsabilidad internacional del estado receptor se ve comprometida en las etapas posteriores al establecimiento de la inversión.

Ganancias

- ❑ Asegura a los inversionistas que la decisión original sobre la admisión de su inversión, no sea otorgada sobre bases de ineficiencia comercial, sujetando al inversionista a prácticas discriminatorias perjudiciales a los intereses de sus negocios.
- ❑ Permite expresar con claridad las estrategias particulares de desarrollo comunitario, en relación con el control de sectores de inversión por parte de inversionistas foráneos.
- ❑ Permite expresar las reservas de sectores de actividad económica a la sola participación de inversionistas subregionales.
- ❑ Abre espacios para la complementariedad entre actores comunitarios y foráneos; es decir, deja abiertos los espacios necesarios para la utilización de políticas que permitan promover y orientar la IED hacia sectores y objetivos específicos de la estrategia de desarrollo industrial comunitario.
- ❑ Disminuye los riesgos de *crowding out* que pudieran darse en perjuicio de inversionistas subregionales.
- ❑ Al prever la posibilidad de imponer requisitos de desempeño como condición para establecer, extender o mantener inversiones, se preservan, igualmente, las opciones de hacer uso de instrumentos de política para promover la transferencia de tecnología sobre bases comerciales hacia actores comunitarios, como sería, por ejemplo, la promoción de joint ventures entre el inversionista foráneo y empresas subregionales a través de la concesión de una ventaja.

Pérdidas

- ❑ No se evidencian pérdidas significativas. Sin embargo, debe recordarse que en los TBPPI a que hemos aludido, así como en el G3, se ha ampliado el marco de derechos consagrados en la Decisión 291 en relación a los inversionistas cubiertos

⁶⁰ South Center (1997) *Foreign Direct Investment, development and the new global economic order: a policy brief for the South*. Geneva, citado por Corrales y Rivera en su obra citada, p.171.

por dichos instrumentos. El enfoque de listas negativas que reservan de manera explícita ciertos sectores a la inversión nacional, es, *per se* opuesto a una liberalización de tipo gradual, dejando al ingenio comunitario el debido y coordinado aprovechamiento de los espacios reservados a los fines de sus planes de desarrollo industrial, o las políticas comunitarias sobre tratamiento de capitales subregionales que lleguen a adoptarse.

Riesgos

- Falta de previsión – e incluso precaución – en la definición de medidas o acciones comunitarias futuras para el desarrollo de la complementariedad e integración industrial.
- Puede generar deformaciones de mercado, en ausencia de una correcta asignación de recursos sobre bases de eficiencia económica.

Escenario III: Enfoque híbrido de los anteriores escenarios

Dados los extremos que ambos enfoques suponen, podemos pensar en un escenario híbrido que permita la conclusión de un texto definitivo en materia de derechos de entrada y establecimiento de los inversionistas y sus inversiones.

En otras palabras, se plantea un enfoque intermedio entre un modelo de control de inversiones, al que se adiciona un enfoque de listas negativas de reservas de sectores, y un modelo de formulación combinada de derechos de TN y TNMF, al que igualmente se añade dicho enfoque.

La caracterización de un modelo híbrido es de extrema importancia para la CAN, en tanto las normas contenidas en la Decisión 292 de la Comisión, conformantes de un régimen uniforme para empresas multinacionales andinas, es, precisamente, un modelo específico para abordar los derechos de entrada y establecimiento de inversiones. Este modelo, o categoría, es el de industrialización regional; en él no se incluye un derecho expreso de establecimiento, aunque sí se hace de manera implícita en los programas de industrialización u otros medios de integración industrial⁶¹. Las empresas multinacionales andinas son corporaciones establecidas en un país miembro de la CAN, constituida por inversionistas de dos o más países miembros, a las que se les otorgan derechos de entrada sobre bases de trato nacional en dichos países.

En tal virtud, el modelo híbrido que puede resultar de las negociaciones es, ante todo, una expresión de *trade off* o compensación por los efectos que pueda generar la cesión de espacios para el desarrollo de políticas de industrialización e integración industrial al seno de la CAN. Insistimos en estos programas por cuanto están previstos en los instrumentos fundacionales de la CAN. Pensamos que no es nuestra misión entrar a juzgar la conveniencia en su mantenimiento o su pertinencia en términos de las aspiraciones empresariales. Corresponderá al diseño de estrategias andinas cara al mercado común preservar su vigencia o adecuación a los planes comunitarios.

Una opción puede ser la combinación del modelo de control de la admisión y establecimiento de inversiones con el modelo de industrialización regional, para producir una política de admisión de inversiones con una amplia liberalización sectorial y con programas de desarrollo industrial subregional preservados, en presencia de sectores de inversión bien definidos. Sin embargo, este enfoque híbrido es improbable,

⁶¹ United Nations Conference on Trade and Development, *Ob. Cit*, p.21.

en tanto no responde al interés de los principales exportadores de capital del hemisferio, así como al importante grupo de países centroamericanos que los secundan.

Una segunda opción es la combinación del modelo de desarrollo industrial y el de formulación combinada de TN y TNMF desde el pre-establecimiento. Sin embargo, la combinación de ambos modelos es poco probable, pues el modelo de industrialización regional no se aplica fuera del contexto de la integración económica regional, salvo en el marco de las reservas de sectores específicos y materias sensibles a los programas de industrialización que puedan ser negociadas. En la práctica, implicaría la aceptación, como principio, del modelo de formulación combinada de TN y TNM con listas negativas de ofertas, pero con amplísimas facultades de establecer reservas y excepciones en favor de todos los programas de industrialización e integración industrial. En este caso, la conformación de la propuesta definitiva de la CAN debe corresponderse a un hilado tan fino como complejo, identificando cada sector, materia, tipo de medidas de preservación de espacios de políticas, y etapa o fase de inversión en el cual los derechos de TN y TNMF son exigibles, lo que puede ser contraproducente en términos del aprovechamiento de la IED a los fines del financiamiento de las inversiones necesarias para el proceso de integración.

Una tercera opción se compadece con el intento de conciliación del modelo de formulación combinada de TN y TNMF en etapa de pre-establecimiento, y el modelo del control a la entrada y establecimiento de inversiones. Esta aproximación puede hacerse en seguimiento al modelo adoptado por el MERCOSUR para el tratamiento de sus propios inversionistas y de aquellos originarios de países no partes del MERCOSUR. En este sentido, el Protocolo de Colonia (Intrazonas) para la promoción y protección de inversiones originarias de estados partes del MERCOSUR, prevé el otorgamiento de un trato a las inversiones originarias de inversores de las otras partes contratantes, no menos favorable que el otorgado a los nacionales y a las inversiones realizadas por inversores de terceros estados, sin perjuicio de mantener transitoriamente excepciones limitadas a sectores⁶².

Dichas excepciones constan en el Anexo único del Protocolo y su formulación corresponde a los sectores específicos que cada país de MERCOSUR considera objeto de reserva temporal. En otras palabras, el establecimiento de las excepciones se sujeta a la condición de su temporalidad con lo cual se marca un claro sesgo liberalizador en el tratamiento de la IED al interior del MERCOSUR.

El modelo establecido por MERCOSUR contempla la prohibición de 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 mercaderías o servicios se adquieran localmente, o impongan cualquier otro requisito similar⁶³. Es decir, deja abiertos amplios espacios para la utilización de instrumentos de política para el desarrollo productivo doméstico, pero prohíbe la adopción de requisitos de desempeño sobre contenido local y equilibrio comercial desde la etapa de establecimiento de la inversión.

⁶² Artículo 2 del Protocolo de Colonia

⁶³ Artículo 3 del Protocolo de Colonia

II.2.2 Escenarios sobre Requisitos de Desempeño

Escenario I: **OMC**

Caracterización

- Las MICs no son consideradas, *per se*, como factores de restricción de la IED, pero sí generan distorsiones a los flujos comerciales.
- Su ámbito de aplicación está limitado a las medidas inconsistentes con las obligaciones de trato nacional y prohibición general de restricciones cuantitativas, previstas en el GATT de 1994, bien sean formuladas como requisitos obligatorios o como condiciones para el disfrute de un beneficio o incentivo. En otras palabras, no prevé disciplinas en materia de prescripciones relativas al resto de los espacios de políticas sobre regulación de la IED, que directamente afecten la admisión, establecimiento y operación de inversiones.
- La prohibición de este tipo de medidas opera sólo para el comercio de bienes; es decir, se excluye el comercio de servicios. Sin embargo, cabe esperar la elaboración de disciplinas en materia de prestación de servicios bajo la modalidad de presencia comercial.
- Sólo operan las excepciones relativas a los artículos sobre trato nacional y la prohibición general de restricciones a las importaciones y exportaciones de acuerdo al GATT de 1994.

Ganancias

El escenario representa una expresión de consistencia en relación a los compromisos asumidos en el marco del sistema multilateral de comercio, a pesar que, en dicho ámbito, las disciplinas sobre subsidios contenidas en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC restringen la utilización de las subvenciones como instrumentos legítimos para acometer objetivos específicos de política económica.

Pérdidas

En realidad, no podemos hablar de pérdidas, dada la preservación de compromisos ya asumidos en el espacio multilateral.

Riesgos

La probable inclusión de las regulaciones sobre el comercio de servicios bajo la modalidad de presencia comercial en el Capítulo de inversiones, lo que pareciera consistente con criterios pronunciados en el marco del grupo de trabajo sobre comercio e inversión de la OMC ⁶⁴.

⁶⁴ Sobre la mesa de discusión en el ámbito multilateral, se discute la conveniencia de respaldar un acuerdo multilateral en materia de inversiones. A pesar de que existen algunas razones persuasivas para ello en principio, parece no haber justificación para negociaciones multilaterales en este momento; sobre todo visto el fallido intento por concluir un Tratado Multilateral de Inversiones entre países de mayor desarrollo comparado. Es obvio que todavía existe un amplio espacio para seguir la liberalización a través de los acuerdos multilaterales existentes. El comercio de servicios bajo modalidad de presencia comercial, representa un sector en el que la IED resulta crítica como una forma de disputa de los mercados. Ver: Hoekman, Bernard y Saggi, Kamal (2000) *¿Disciplinas multilaterales para políticas relacionadas con inversión?* en La Nueva Agenda del Comercio de la OMC, Marcelo Olarreaga y Ricardo Rocha, compiladores. p.107 Instituto del Banco Mundial. Centro Editorial Universidad del Rosario. Bogotá

Escenario II: OMC-Plus

Caracterización

- ❑ Focalización en cualquier restricción a la IED y a los flujos comerciales de bienes y servicios
- ❑ Su ámbito de aplicación está referido a cualquier medida que establezca el cumplimiento de requisitos obligatorios o exigibles para el disfrute de un beneficio o incentivo, formulada a partir de la etapa de pre – establecimiento de las inversiones.
- ❑ Es posible adoptar ciertas excepciones o reservas en el marco de las ofertas de negociación sobre acceso y de acuerdo al enfoque de lista negativa.
- ❑ A manera de principio, y en relación a los RDD obligatorios, operan las excepciones sobre calificación de los bienes y servicios, con respecto a programas de promoción de a las exportaciones y de ayudas internas y externas; las compras realizadas por una parte o una empresa del Estado; y los bienes que, en virtud de su contenido, califiquen para aranceles o cuotas preferenciales.
- ❑ En relación a los RDD exigibles para el disfrute de un beneficio, operan las excepciones consistentes con los incentivos no recurribles previstos en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC.
- ❑ Coarta el uso de instrumentos de política económica.

Ganancias

- ❑ Más allá del debate sobre la justificación de la adopción de políticas que restrinjan la IED, sobre la base de la existencia de distorsiones de política o fallas en el mercado⁶⁵, es evidente que el escenario mejora el clima de inversión subregional y sobre IED proveniente de terceros estados. Con ésto, el modelo responde a exigencias o demandas empresariales deseosos de llevar a cabo inversiones.

Pérdidas

El escenario coarta la posibilidad de utilizar instrumentos de política para orientar la IED hacia objetivos específicos de desarrollo productivo. Por ejemplo, la formación de alianzas con inversionistas subregionales; promoción de joint ventures de sus proveedores internacionales con proveedores subregionales; y transferencia tecnológica sobre bases comerciales razonables a actores subregionales de la cadena de proveedores⁶⁶.

⁶⁵ En la medida que las firmas multinacionales típicamente surgen al interior de industrias oligopólicas, la presencia de competencia imperfecta en la economía anfitriona es probable. Ver: Olarreaga y Rocha, *Ob. Cit.*, p.p.110-111

⁶⁶ Es el interés comunitario estimular que la IED se vea acompañada de transferencia de tecnología, sobre todo en ramas de actividad cuya competitividad global se basa en la innovación tecnológica. Para ello, es justificable haber adquirido compromisos sobre la protección de derechos intelectuales en el Acuerdo sobre aspectos de los derechos de la propiedad intelectual vinculados al comercio de la OMC; los convenios administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; y en las Decisiones 486 y 351 de la CAN. No obstante, la protección de la propiedad intelectual no debe ser un objetivo último de los regímenes sobre tratamiento de IED. La Construcción de capacidades tecnológicas no se logra con la simple garantía de los derechos de propiedad intelectual, como se deduce de la experiencia de un gran número de países, los cuales han empleado con éxito una amplia gama de incentivos y RDD para contrarrestar las prácticas anticompetitivas de las empresas transnacionales. Ver Corrales y Rivera, *Ob.cit.* p.p. 193-194

Riesgos

El escenario desconoce el carácter estratégico de sectores industriales, lo que, *per se*, es inconsistente con la lista de reserva de sectores, y genera un alto riesgo en términos de la viabilidad de los programas de industrialización e integración industrial andinos.

Escenario III. **Modelo híbrido**

Este modelo puede responder a requerimientos de *trade off*, en la búsqueda de un resultado aceptable a las partes negociadoras, vistos los extremos que evidencian los escenarios comentados.

Caracterización

- Se prohíbe la imposición de RDD como condición para el establecimiento, la expansión o el mantenimiento de las inversiones, que requieren o exijan compromisos de exportar mercancías o especifiquen que ciertas mercancías o servicios se adquieran localmente o impongan compromisos similares.
- Se reconoce el derecho de los países a mantener o adoptar las medidas necesarias para asegurar, entre otros objetivos, el cumplimiento de leyes y reglamentaciones que no sean incompatibles con las disciplinas de ALCA; la disminución de los desequilibrios regionales; y la realización de actividades en materia de investigación, desarrollo y absorción de nuevas tecnologías.

Ganancias

Responde a demandas empresariales en materia de prohibición de RDD antes del establecimiento, en las materias a que alude, al tiempo de permitir la utilización de RDD para el logro de objetivos específicos de desarrollo.

Pérdidas

Supone un relajamiento de las potestades de control sobre el acceso de las inversiones en fase de preinversión, en relación a RDD de contenido local y equilibrio comercial

Riesgos

En realidad, debe ser observado como una opción de *trade off* en la búsqueda de un “paquete balanceado” sobre los derechos y obligaciones resultantes. No obstante, se advierte la posible inviabilidad de reservas construidas sobre el derecho de acometer cualquier tipo de objetivo de políticas, más allá de los expresados. Es decir, puede generar costos asociados a incertidumbre para el logro de “cualquier otro objetivo”.

Sección III. Las Negociaciones sobre Inversiones en el ALCA: Posibles *trade off* de los Países Miembros de la CAN en áreas relevantes para mejorar el resultado global de las negociaciones

El término de *trade off* es utilizado por nosotros como opciones de negociación o las oportunidades de compensación frente a la cesión de espacios para la formulación de políticas comunitarias, cara a la conformación del mercado común, a ser propuestas por la CAN, en la búsqueda de un mejor resultado de las negociaciones.

No obstante lo anterior, debemos insistir, como lo hemos hecho a lo largo del estudio, en destacar la necesidad de lograr un texto normativo que también pueda responder a las demandas empresariales consistentes con un entorno de seguridad jurídica para el desarrollo de sus negocios, al tiempo de favorecerse la emanación de medidas eficientes en términos de lógica económica. Obviamente, ésto no siempre es fácil de acometer, niquiera en el mismo ámbito del Capítulo sobre inversiones, debiendo buscarse otras formas de compensación en otros Capítulos del Tratado proyectado. Por ejemplo, de insistirse en la posición inicial de la CAN de mantener la regulación de los requisitos de desempeño en conformidad con el alcance del Acuerdo sobre las MIC de la OMC, sería lógico argumentar que es necesario compensar la hipotética ineficiencia de dichas medidas con una mayor liberalización del comercio. Esto surge de la circunstancia que el comercio y la inversión son interdependientes, se complementan uno al otro. Basta recordar que una modalidad de inversión tradicional es la que se lleva a cabo a través de la importación de bienes de capital que forman parte de la empresa receptora de la inversión o a través de los cuales se adquiere una participación en el capital de ésta; o que la IED busca aprovechar el mercado doméstico de su inversión bien para aprovechar su demanda interna, o bien para comercializar su producción a mercados aledaños.

Como se evidencia en las secciones antecedentes, ningún sistema o cuerpo de políticas relativos a IED consagra un esquema de liberalización total en el tratamiento de las inversiones, ni implica la renuncia a todas las opciones de política sobre desarrollo productivo o industrial de sectores estratégicos, ello, evidentemente, abre un espacio muy amplio de negociación. Pero también es evidente que cada país involucrado en la negociación del ALCA busca atraer inversiones hacia su territorio; recursos económicos que, como tales, son escasos. De allí la necesidad de balancear el interés entre la preservación de los espacios para formular políticas comunitarias, con aquél relativo a un marco general de promoción y protección de IED sobre la base de estándares internacionales de tratamiento.

Es así que los riesgos que pueden presentarse en virtud de los escenarios de resultados aludidos, provocan la reacción estratégica de la comunidad orientada a paliar o moderar los posibles efectos nocivos sobre el proyectado mercado común, pero también sobre la competitividad de la subregión como espacio para el desarrollo de negocios exitosos en el marco de la economía global. Naturalmente, debe tenerse siempre presente el interés comunitario de favorecer un clima de inversiones que pueda acrecer el interés del inversionista foráneo en la subregión. Veamos, entonces, algunos posibles términos de *trade off*.

Opciones frente a las ofertas de negociación de los EE.UU., Canadá y México

1. Ante todo, el sistema que surja de las negociaciones orientadas a lograr el ALCA debe basarse sobre un balance de derechos y obligaciones, alcanzado a través del intercambio recíproco de compromisos de acceso a mercados. En la actualidad, ALCA se traduce en un foro de negociación; su alcance es de negociaciones hemisféricas que, no obstante, requieren de acercamientos bilaterales y plurilaterales en búsqueda de un consenso sobre el nivel de apertura apropiado.
2. Frente a las ofertas iniciales de EEUU, Canadá y México, en materia de acceso a mercados, debe advertirse el amplio margen de discreción del poder público de dichos países en la administración de las reservas listadas (esencialmente en el caso de Canadá y México), y la marginación que se hace de los acuerdos subregionales en materia de reservas de TNMF.

De igual manera, debe ser advertida la amplitud del conjunto de sectores y materias de actividad económica sobre los cuales dichos países formulan reservas; sobre todo al comparar el tamaño y desarrollo de sus economías con los de los países andinos.

Ahora bien, en la práctica, tarde o temprano dichos países pueden hacer valer la circunstancia que, junto a Brasil, representan los principales exportadores de capitales en el ámbito hemisférico. Esto les dota de una herramienta poderosa al momento de buscar mayores niveles de apertura en los mercados de importación de sus capitales. Ya hemos mencionado el interés compartido por los países de la subregión en atraer dichos capitales, por lo cual cierto nivel de flexibilidad debe ser asumido. En el ámbito de la formulación de las políticas sobre inversión, la flexibilidad orientada a la apertura puede ser entendida como una regla. En nuestra opinión la flexibilidad se traduce en el establecimiento de un marco general de garantías de trato a la IED que coexiste con regulaciones específicas en relación a determinados sectores. De acuerdo a los planes de desarrollo de cada país o grupo de países, la regulación específica de sectores puede oscilar entre planes de apertura y aquéllos de concurrencia al mercado relevante de inversión bajo ciertas condiciones. Nuevamente, un mejor resultado de las negociaciones debe buscarse a partir de la pre-determinación de dichos sectores, junto a la certeza de cuál es la posición jurídica subjetiva de los inversionistas en los mismos, en virtud de lo cuál ellos saben a qué atenerse. En términos coloquiales, la referida circunstancia se resume con la expresión “fijar reglas de juego claras”.

3. Frente a la amplitud y discreción identificada en instrumentos vigentes en las referidas ofertas, como la Ley de Inversiones de Canadá y las reservas constitucionales y legales de sectores para la exclusiva participación del estado mexicano, la CAN debe oponer la base de legitimidad que le confiere la actual vigencia de las normas andinas sobre fomento e integración industrial y aquéllas que se prevean establecer en el marco de las políticas orientadas al establecimiento del mercado común. Los textos fundacionales, en particular el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN, determinan que las normas generadas en el seno de ésta, tienen carácter preponderante y aplicación directa en relación a los ordenamientos jurídicos de los países miembros. Es decir, forman parte de sus ordenamientos jurídicos bien sea a través de su incorporación mediante un acto

legislativo (derecho fundacional) o a través de los principios de aplicación directa, automática y preponderante del derecho derivado.

4. De igual manera, la reserva andina en materia de regímenes preferenciales en favor de las empresas multinacionales andinas, puede ser opuesta a los regímenes de protección que Canadá exceptúa en relación a algunas empresas nacionales (Air Canada, Petro-Canada, Canadian Arsenals Limited, Cameco Limited, Nordion International Inc y Theratronics International Limited), así como aquéllas destinadas a limitar la competencia en la provisión de servicios de teléfono entre circuitos en zonas atendidas por proveedores nacionales. (Northwestel Inc.; Ontario Northland Transportation Commission, y Prince Rupert City Telephones y otras compañías independientes incluidas en el Anuncio Público de Telecomunicaciones 95-15 de la CRTC).
5. Procede también destacar la circunstancia que, en materia de excepciones al trato nacional de acuerdo a lo previsto en la Decisión 291, la restricción de inversiones opera en casos de empresas calificadas como nacionales. Sin embargo, aun en este caso, procede la admisión de IED hasta un monto que no alcance el 80% que debe ser poseído por inversionistas subregionales, quedando a salvo los criterios sobre reflejo de la dirección técnica, administrativa, financiera y comercial a ser ponderados por los organismos nacionales competentes a objeto de la calificación⁶⁷.

La referida advertencia procede también en relación a las empresas multinacionales andinas. En efecto, la Decisión 292 dispone que estas empresas deberán tener aportes de propiedad de inversionistas internacionales de dos o más países miembros, que en conjunto sean superiores al 60% del capital de la empresa. Es decir, procede la admisión de IED para la adquisición de una participación en el capital accionario de una empresa multinacional andina⁶⁸.

Lo mencionado es relevante en la perspectiva de fomentar la complementación a que hemos aludido entre actores internacionales y comunitarios, de tal modo que la preservación de instrumentos de política vinculados al disfrute de un beneficio puede ser beneficioso no sólo para inversionistas subregionales, sino también para foráneos.

Opciones frente a las ofertas de Chile

Un aspecto de suma importancia lo constituye la presentación de la lista de medidas futuras inconformes en relación a sectores específicos de servicios. Ello denota el interés de este país en preservar, a futuro, espacios e instrumentos de política nacional relacionados al desarrollo de dichos sectores. Esta reserva, y el objetivo finalista que le da razón de ser, puede servir de modelo a la CAN para asegurar la viabilidad de las previsiones relativas al desarrollo de los programas de industrialización e integración industrial previstos o que lleguen a preverse en el marco de políticas subregionales. Sin embargo, requiere de un esfuerzo de coordinación interno de la CAN para tratar de establecer cuáles son las materias y sectores específicos sobre los que recaerán, a futuro, políticas y medidas inconsistentes con los derechos de trato otorgados en el Capítulo de inversiones del ALCA.

⁶⁷ Artículo 1 de la Decisión 291 de la CAN

⁶⁸ Artículo 1 de la Decisión 292 de la CAN

La relevancia de lo expresado surge de la circunstancia que los procesos de integración económica llegan a lograrse a través de la consecución de logros parciales o el cumplimiento de los objetivos específicos que dan carácter a cada fase del proceso integrador. Por tanto, en nuestra opinión, procede secundar a Chile en la negociación de este tipo de reserva, a pesar que resulta obvio hacerlo en un esquema de preestablecimiento con lista negativa de reservas.

Opciones frente a las propuestas de disciplinas presentadas por el MERCOSUR

Los escenarios “híbridos” que propone MERCOSUR, en la búsqueda de una conciliación entre los modelos extremos sobre admisión y establecimiento de inversiones y sobre RDD, debe ser ponderados como una opción de *trade off* en la búsqueda de un “paquete balanceado” sobre los derechos y obligaciones resultantes. No obstante, se advierte la posible inviabilidad de reservas construidas sobre el derecho de acometer cualquier tipo de objetivo de políticas, más allá de los expresados, lo que reflejaría una ausencia de dirección o identificación de las materias, sectores e instrumentos de desarrollo para abordar el logro de los objetivos específicos que desean lograrse.

En este sentido, es pertinente reiterar la circunstancia que los procesos de integración económica llegan a lograrse a través de la consecución de logros parciales o el cumplimiento de los objetivos específicos que dan carácter a cada fase del proceso integrador.

Conclusiones

1. Es evidente que las diversas propuestas presentadas por las delegaciones en materia de disciplinas sobre inversiones en el ALCA, coinciden en la construcción de un texto normativo de regulación de inversiones intrahemisféricas, sobre la base de concesiones de garantías de acceso, establecimiento y protección a los inversionistas e inversiones cubiertas, en el territorio de cada país miembros de ALCA. No obstante, y como se ve en el desarrollo del Estudio, los países bajo consideración podrían preservar amplios controles en relación a la entrada, establecimiento y previsión de requisitos especiales para el desempeño de las inversiones en relación a sectores de actividad económica sensibles a sus economías.
2. Las disciplinas del Capítulo objeto de estudio en materia de entrada y establecimiento de inversiones, a pesar del enfoque de liberalización “total” o “automática” que imprime el modelo sujeto a “listas negativas”, deja espacio a los países receptores de inversión para mantener cierto control sobre el inversionista o las inversiones, con base en las regulaciones domésticas. Dichos controles no son incompatibles con los derechos de entrada y establecimiento, sino que coexisten con tales derechos. Esto no desvirtúa el elemento finalista del régimen de tratamiento de capitales extranjeros adoptado.
3. El modelo de formulación combinada de TN y TNMF, sugerido por EE.UU. y respaldado por varios países centroamericanos y Chile, no es ajeno al conocimiento y práctica de los países andinos, en tanto dos de sus miembros han suscrito y puesto en vigencia tratados de este tipo con dicho país y el resto negocia o ha expresado su interés en hacerlo.
4. El otorgamiento del TN y TNMF antes del establecimiento del inversionista en el país receptor, es decir, a inversionistas potenciales, implica la imposibilidad del estado receptor de hacer uso de algunos instrumentos de política para promover la transferencia de tecnología sobre bases comerciales hacia actores nacionales. A manera de ejemplo, se pierde la opción de utilizar RDD vinculados al disfrute de un beneficios para fomentar, y premiar, la complementación entre actores subregionales y foráneos.
5. En nuestra opinión, deben preservarse los compromisos en materia de RDD asumidos en la OMC. Ello evitará coartar los espacios e instrumentos de política con que aún cuentan los países para acometer sus objetivos específicos de desarrollo. Algo que no parece ser muy obvio, es que las disciplinas asumidas en el marco del Acuerdo MICs sólo reiteran, y precisan, los alcances de los principios de trato nacional y prohibición de restricciones cuantitativas del GATT de 1994.

Al contemplar las propuestas sobre solución de controversias en el proyecto de Capítulo de inversiones del ALCA, advertimos la incorporación de normas y procedimientos especiales a ella referidos sólo en el caso de diferencias inversionista-estado. Esto reproduce aquí la relación generalidad-especialidad característica de las normas y procedimientos por los que se rige la solución de controversias en los acuerdos administrados por la OMC.

En el ALCA, dicha relación debe decantarse en favor de la especialidad característica de las instituciones sobre tratamiento de inversiones foráneas en el Capítulo que venimos comentando. De allí nuestra sugerencia de mantener en el ámbito del Capítulo de inversiones los procedimientos y normas especiales para la solución de controversias inversionista-estado. Razones de economía procesal, especialización y de conveniencia de no elevar este tipo de disputas al rango de diferencias entre estados fundamentan también nuestro criterio.

6. En presencia de ofertas de negociación sobre acceso de inversiones que evidencian altos niveles de discrecionalidad y la preservación de amplios espacios objeto de reservas para su desarrollo por parte los estados proponentes – y sus nacionales- los países andinos tienen la clara opción de oponer la base de legitimidad que le confiere la actual vigencia de las normas andinas sobre fomento e integración industrial o las que lleguen a efectuarse de acuerdo a las estrategias de integración subregional. Sus textos fundacionales determinan que las normas generadas en el seno de ésta, tienen carácter preponderante y aplicación directa en relación a los ordenamientos jurídicos de los países miembros.
7. Procede, a nuestro juicio, plantear la reservas de medidas futuras inconsistentes con las disciplinas que lleguen a adoptarse. Ello permitirá preservar espacios de política relativos a los planes de fomento e integración industrial en el ámbito el mercado común. No obstante, dichos planes deben ponderar y tratar de equilibrar los alcances de las potestades soberanas de regulación de la IED y las demandas empresariales de adecuación del clima subregional de negocios. Las garantías de protección deben ser aseguradas, al igual que la consistencia en la formulación de políticas sobre tratamiento de IED y su rol en el mercado común.
8. Las determinaciones de la declaración ministerial de San José sobre coexistencia del ALCA con acuerdos de integración económica subregionales, a pesar de ser un aspecto horizontal en las negociaciones, tiene trascendentes implicancias sobre el marco común de tratamiento de IED de la CAN. En nuestra opinión, dichas determinaciones suponen la pérdida de vigencia práctica del marco básico de políticas sobre tratamiento de capitales extranjeros en la subregión, dadas su falta de actualización y menor amplitud, no sólo en materia de las disciplinas que se negocian en el ALCA, sino también en relación a las normas que conforman los vigentes TBPPi suscritos por los países andinos. Como hemos indicado, corresponderá a la inventiva o innovación comunitaria enmarcada en los elementos del mercado común, establecer los aspectos de mayor amplitud y diferenciación de los derechos consagrados en un nuevo marco común de tratamiento de capitales extranjeros, en relación a aquéllos contenidos en el respectivo Capítulo del ALCA.

Anexo sobre Consideraciones relativas a la oferta inicial de la CAN relativas a reservas al Capítulo de Inversiones del ALCA

Introducción

Este Anexo se orienta a considerar y precisar los alcances de la oferta inicial de la CAN, sobre reservas al Capítulo de inversiones del ALCA. El consultor ha considerado pertinente dedicar, en documento aparte, las consideraciones que estima procedentes sobre esta oferta. Esto permitirá dedicarse con mayor precisión a las propuestas andinas sobre los temas aludidos a lo largo del estudio encomendado.

En tal virtud, dividimos este documento en dos partes que refieren, respectivamente, i) a la metodología aplicada por la CAN para la presentación de la referida oferta, y ii) el análisis de las disciplinas y excepciones presentadas.

I. La metodología para la presentación de la oferta inicial

La oferta inicial presentada por la CAN consta de un texto principal sobre reservas y propuestas de disciplinas en proceso de negociación, y anexos de reservas sobre sectores específicos presentados por Bolivia, Ecuador y Perú, en relación a los cuales los derechos y obligaciones que lleguen a establecerse no serán aplicados.

Esta forma de presentación, naturalmente, obedece a la circunstancia que la CAN trata, por un lado, de actuar con vocación de unidad diferenciada frente al resto de las delegaciones negociadoras, pero también en atención al hecho que sus países miembros, como individualidades, no pueden ser excluidos de la negociación. Esto obedece a fundamentos tanto de tipo práctico, como por razones de fondo, al existir a lo interno de la CAN un marco común sobre tratamiento de inversiones foráneas que coexiste con Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscritos por los países miembros con terceros estados, y normas de derecho doméstico que constituyen salvedades a los principios de trato contenidos en la Decisión 291 relativa a dicho régimen común.

Las potestades soberanas sobre el control de la IED son reconocidas por el Derecho Internacional, y el derecho interno las consagra por vía de disposiciones constitucionales y las normas que se constituyan en desarrollo de éstas. El orden constitucional suele, por ejemplo, reservar sectores de actividad económica al Estado, con lo cual se establecen márgenes de discrecionalidad en la formulación de estrategias para el logro de objetivos específicos nacionales vinculados a dichos sectores⁶⁹.

⁶⁹ Por ejemplo, el Artículo 247 de la Constitución Política de Ecuador, establece que los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, los minerales, y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentran en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial, serán explotados en función de los intereses nacionales. Su exploración y explotación racional podrán ser llevadas a cabo por empresas públicas, mixtas o privadas, de acuerdo con la ley.

En la Constitución venezolana, su artículo 302 reserva al Estado, por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico.

Por su parte, el Artículo 138 de la Constitución de Bolivia expresa que los grupos mineros nacionalizados como una de las bases para el desarrollo y diversificación de la economía del país, no pueden ser transferidos o adjudicados en propiedad a empresas privadas por ningún título. La dirección y

Un antecedente importante en la perspectiva de la presentación de ofertas de negociación, lo constituyó el caso de la Comunidad Europea (CE) y sus estados miembros durante la Ronda Uruguay del GATT y la adopción del Tratado de Marrakech. En este caso, puede decirse que el GATT trató de manera pragmática la existencia de la antigua Comunidad Económica Europea (CEE), sin plantearse problemas de naturaleza jurídica, ni cuestiones sobre su funcionamiento interno⁷⁰.

Sin embargo, la creación de una nueva Organización Mundial del Comercio planteó de manera específica, la cuestión sobre la determinación de las condiciones para que los miembros de una unión aduanera se constituyeran en miembros de la naciente organización. Desde un principio, quedó claro que los países miembros de la CE, no querían ser excluidos al defender la existencia de competencias compartidas o mixtas en las materias relacionadas, por ejemplo, con los servicios y la propiedad intelectual⁷¹. Y fue en tal virtud que la Comisión de la CE, a pesar de mantener la tesis que los acuerdos negociados en la Ronda Uruguay eran de su exclusiva competencia, admitió la necesidad de una fuerte participación de los países miembros, como individualidades, en el seno de las negociaciones. Esto condujo a la fórmula finalmente adoptada que tanto la CE como sus países miembros adquirieron el carácter de miembros iniciales de la OMC⁷².

No es nuestra intención sugerir el debate sobre la pertinencia o no del acceso al ALCA de los países miembros de la CAN como individualidades jurídicas. Esto no forma parte del ámbito de trabajo en este estudio. Sin embargo, sí buscamos llamar la atención sobre el debido entendimiento de las particulares de la cesión de competencias soberanas en materia de tratamiento de capitales extranjeros, como ha sido objeto en la CAN, y su relación con la tantas veces mencionada necesidad de preservar espacios de políticas comunitarias para el logro de objetivos específicos de desarrollo en la subregión. Dicho de otra forma, la presentación de una oferta conjunta comunitaria pasa por la definición de cuáles son los sectores específicos objeto de políticas comunitarias, más allá de las reservas específicas de sectores que los países, en función de su soberanía, preservan para sí. De lo contrario, la presentación de ofertas de la CAN corre el riesgo de constituirse en un agregado de sectores reservados que surge de la sumatoria de todas las reservas específicas que los países expresan.

II. Las propuestas contenidas en la oferta inicial de la CAN

La propuesta inicial de la CAN obedece no sólo a la presentación de los sectores y materias objeto de reservas por parte alguno países miembros, sino también a propuestas de disciplinas que actualmente son objeto de negociación. Analicemos ahora el alcance de la oferta inicial.

administración superiores de la industria minera estatal estarán a cargo de una entidad autárquica con las atribuciones que determina la Ley.

⁷⁰ De hecho, la propia existencia de la CEE como unión aduanera, no fue nunca reconocida oficialmente como conforme a las normas del GATT, dentro de las previsiones del Artículo XXIV, relativas a zonas de libre comercio y uniones aduaneras. Al respecto, puede verse: Carderera Soler, Luis(1994) *La Organización Mundial del Comercio*, en la Ronda Uruguay del GATT, Boletín Económico de ICE, Número Extraordinario. Ministerio de Comercio y Turismo. Madrid.

⁷¹ *Op.cit*, p.17

⁷² Así fue establecido en el Artículo XI del Tratado de Marrakech sobre miembros iniciales de la OMC.

Las propuestas contenidas en la oferta inicial versan sobre excepciones y posiciones sobre la elaboración de disciplinas en las siguientes materias:

Definiciones básicas
Ambito de aplicación
Trato Nacional
Transferencias
Requisitos de desempeño
Expropiaciones
Personal Clave
Solución de controversias

Consideremos cada una de ellas.

Definiciones básicas

La oferta inicial de la CAN en materia de definiciones básicas combina elementos del ámbito de aplicación del Capítulo con criterios relativos a lo que ha de entenderse por inversión cubierta. El fundamento de la inclusión de normas sobre ambos aspectos radica en el interés de precisar hasta donde se extiende la responsabilidad de cada estado y, en tal virtud, qué actividades y personas pueden exigir la protección y estándares de tratamiento contenidos dentro del Capítulo. En realidad, las definiciones básicas responden, en sentido estricto, al interés por determinar cuál es el ámbito de aplicación personal y material de las disciplinadas acordadas. No obstante, la gran mayoría de los TBPPI suscritos por los países andinos y el Capítulo de Inversiones del G-3, incluyen en artículos consecutivos definiciones sobre inversionista, inversión y territorio, por un lado, y los criterios de temporalidad de aplicación o alcance del acuerdo, por el otro.

En dicho sentido, la CAN es del criterio que el Capítulo no se aplique a las inversiones realizadas por personas naturales que tengan de manera simultánea la nacionalidad de la Parte en que se realiza la inversión y la nacionalidad de otra Parte, ni a los activos bajo forma de propiedad tangible o intangible, que no se vincule directamente con la inversión productiva, como las operaciones que impliquen endeudamiento y los flujos relacionados estrictamente con una transacción comercial.

El criterio de no aplicar el Capítulo a las inversiones de dichas personas naturales, obedece a fundamentos de preservar lo que es un objetivo del mismo: el fomento de la transferencia de capitales entre países del hemisferio. La definición de inversor probablemente incluya a toda persona física que sea nacional de una de las partes del ALCA y aquélla que resida en forma permanente o se domicilie en el territorio de ésta. Puede darse el caso que nacionales de un país miembro del ALCA residieren en forma permanente o se domiciliaren en otro país miembro del ALCA y llevaran a cabo una inversión en este último; existiendo la posibilidad que los recursos o activos hayan sido obtenidos al interior del país de la inversión. Salvo prueba en contrario, los recursos no han provenido del exterior y estos inversionistas no se encuentran en una misma posición jurídica subjetiva en relación a aquéllos que si lleven a cabo una transferencia de recursos entre países.

La posición andina a este respecto reviste una gran dosis de restricción, si se le compara a otras posiciones vertidas en el ALCA y en tratados de inversiones. Por ejemplo, el Protocolo de Colonia de MERCOSUR, deja abierta la posibilidad de que

residentes permanentes o domiciliados prueben que los recursos han provenido del exterior. No se refiere a nacionales, pero sí a personas físicas en tal situación. En el Capítulo de inversiones del G3 y el del Tratado de Libre Comercio entre Bolivia y México, no se contempla la salvedad propuesta por la CAN. En los TBPPI entre Ecuador y República Dominicana; Perú y Colombia; y Perú y Venezuela, tampoco se consagra.

En nuestra opinión, la propuesta de la CAN pudiera ser reconsiderada a fin incluir la opción del inversionista de probar la transferencia de capitales del exterior.

En relación a la exclusión, en la definición de inversión, de los activos no vinculados a una inversión, préstamos y flujos de transacciones comerciales, ya hemos visto que dicha propuesta es cónsona con las posiciones de MERCOSUR, Chile y, en realidad, la mayoría de las delegaciones negociadoras. En nuestra opinión, la propuesta es absolutamente lógica, toda vez que la posición contraria supondría extender la responsabilidad de protección del país receptor sobre actividades no vinculadas a capitales invertidos, amén de representar un esfuerzo de armonización de criterios en el seno de los países andinos a partir del hecho que, en Colombia, los préstamos no son considerados como inversión. En el Protocolo del TBPPI entre Perú y Colombia dicha circunstancia ha sido establecida expresamente, al igual que en Capítulo de inversiones del G-3. En el Protocolo de Colonia del MERCOSUR se incluyen como inversión los préstamos sólo cuando estén directamente vinculados a una inversión específica⁷³.

En este mismo sentido opera la indicación que cualquier alteración de la forma de inversión no afecta su carácter de tal, siempre que dicha alteración no constituya un préstamo u otra operación que implique endeudamiento y que sea conforme con la legislación de la Parte, como ha sido propuesta por la CAN.

Ambito de Aplicación

La CAN propone que las disposiciones del presente Capítulo no sean aplicables a los actos o hechos que hayan tenido lugar, o a cualquier situación que dejara de existir, antes de la entrada en vigor del ALCA, ni a las controversias surgidas como consecuencia de ellos incluso si sus efectos perduran después de la entrada en vigor de dicho Acuerdo.

Esta propuesta es consistente con las regulaciones sobre ámbito de aplicación de los TBPPI. En efecto, en dichos instrumentos las inversiones abarcadas son, incluso, aquellas efectuadas y existentes al momento de entrar en vigencia el respectivo acuerdo. La tendencia recogida en los Capítulos de inversiones de tratados de libre comercio, como el G3 y el suscrito entre Bolivia y México, es no diferenciar en el momento en que es efectuada la inversión en relación a la entrada en vigencia del acuerdo. No obstante, resulta lógico entender que estos Capítulos no aplican a inversiones, hechos o actos inexistentes en el momento en que dichos instrumentos han iniciado su vigencia. Lo mismo en relación a las disputas planteadas o que tengan fundamento en hechos o actos anteriores a al entrada en vigencia del ALCA; lo que es una expresión del principio de derecho según el cual la aplicación de la ley es irretroactiva.

De igual manera, la CAN propone que nada de lo dispuesto en el Capítulo obligará a proteger inversiones realizadas con capitales de origen ilícito. Esta es una propuesta

⁷³ Artículo 1.C del Protocolo de Colonia.

novedosa, en términos de su concreción. Para nosotros, puede ser reconducida o expresada en el marco de las excepciones generales sobre bases de la necesidad de proteger la moral y orden públicos y preservación de intereses de seguridad nacional, que obedecen a una opinión generalizada en el seno de las delegaciones negociadoras del ALCA y que, igualmente, han sido propuestas por la CAN⁷⁴.

No obstante lo anterior, pensamos que la propuesta referida se compadece con una posición o esfuerzo de coordinación al interior de la CAN, a partir de realidades específicas y de enorme importancia que se verifican en la subregión en relación a los mencionados capitales. De igual manera puede responder a un interés consistente con la emanación, a nivel global, de normas para impedir la legitimación de capitales de origen ilícito.

Trato de la Nación Más Favorecida

La propuesta andina prevé que las disposiciones del Capítulo de inversiones sobre trato de la nación más favorecida no se interpretarán de manera que obliguen a extender, a las inversiones de los inversionistas de otra parte del ALCA, el beneficio de cualquier trato, preferencia o privilegio, resultante de cualquier área de libre comercio, unión aduanera, mercado común, unión económica u otra forma de organización económica regional o de cualquier acuerdo internacional destinado a facilitar las relaciones fronterizas, o de un convenio destinado a evitar la doble tributación, existente o que exista en el futuro, de la cual sea o llegue a ser parte.

En nuestra opinión, esta norma debe representar un posición de principios, cara a preservar los regímenes de diferenciación de la CAN en relación al resto de los países del hemisferio. Debe ser, no obstante, complementada con la indicación de los sectores y materias específicos sobre los cuales recaen las políticas sobre inversiones de la CAN en relación de inversiones originarias de la subregión, así como las relativas a sus planes presentes y futuros de industrialización e integración industrial, si se desea mantenerlos o adecuarlos.

Transferencias

El derecho de transferencias al exterior ha sido reconocido en todos los TBPPI, así como los Capítulos de inversión de tratados de libre comercio que hemos considerado. Esto responde a una legítima demanda de empresarios foráneos de permitírseles hacer libremente y sin demoras las transferencias de capitales relacionadas con su inversión. Esto a su vez implica que las transferencias puedan realizarse en moneda de libre convertibilidad.

⁷⁴ Como hemos mencionado, estas excepciones generales responden a un interés generalizado entre los países de preservar espacios de políticas para acometer objetivos específicos inherentes o consustanciales a cualquier estado. De esta forma, la propuesta de la CAN se orienta a permitir a las partes del acuerdo mantener o adoptar medidas para: proteger la moral pública; preservar y mantener el orden público; proteger o mantener sus intereses de seguridad nacional; proteger la salud y la vida humana, animal y vegetal; proteger los tesoros nacionales que posean un valor artístico, histórico, antropológico, paleontológico, arqueológico y cultural; garantizar el cumplimiento de las leyes o reglamentos relacionados con la prevención de prácticas engañosas y fraudulentas; lograr la observancia de las leyes y reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del Capítulo de inversiones; y proteger a las personas/minorías o regiones que se encuentren en desventaja.

No obstante, en ciertos casos, como ha sido propuesto por la CAN, y es materia normalmente incluida en los TBPPI y Capítulos de inversiones de tratados de libre comercio, el estado receptor de la inversión puede impedir una transferencia, con el objetivo de proteger los derechos emanados de procesos administrativos, judiciales o arbitrales; por ejemplo en casos de quiebra, reestructuración de empresas e insolvencia, o protección de los derechos de los acreedores; cumplimiento de decisiones judiciales, arbitrales o administrativas en firme, y cumplimiento de obligaciones laborales o tributarias. Con ésto busca garantizarse el ejercicio de la responsabilidad patrimonial de los inversionistas en dichos casos, frente a terceros, lo cual es un principio de derechos común.

De la misma forma, la oferta inicial de la CAN prevé otra excepción al derecho de libre transferencia. En este caso, se permite la aplicación, en situaciones de existencia o inminencia de desequilibrios o dificultades graves de balanza de pagos, medidas que limiten temporalmente las transferencias, en forma equitativa, no discriminatoria y de buena fe.

Norma similar la encontramos en el Capítulo de inversión del tratado de libre comercio de Bolivia y México y en el G-3. De igual manera, en recientes TBPPI suscritos por países miembros, lo que se traduce en un mejor trato en relación a aquéllos en los cuales no ha sido previsto. Por aplicación del trato de la nación más favorecida, dicho trato debe extenderse en favor de los inversionistas cubiertos por dichos instrumentos.

En realidad, esta posibilidad de restringir las transferencias de capitales es consistente con las disposiciones del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional y, en tal virtud, puede ser utilizada por todos aquéllos miembros del ALCA que, a su vez, sean miembros de dicho Fondo. De esta forma, el Artículo VII, Sección 3.b relativo a escasez de moneda y el artículo XIV sobre el régimen transitorio para restricciones a los pagos y transferencias por transacciones internacionales corrientes, permiten a los países miembros este tipo de restricción⁷⁵.

Requisitos de desempeño

En materia de requisitos de desempeño sólo serán aplicables las disposiciones contenidas en el Acuerdo sobre Medidas en Materia de Inversión relacionadas con el Comercio de la OMC, y las posteriores modificaciones que, sobre el alcance del mismo, se acuerden en dicha organización.

Esta propuesta no obedece a una excepción. Es una posición sobre la elaboración de una disciplina en esta materia. En nuestra opinión, y como ha sido varias mencionado a lo largo del estudio, la propuesta debe responder a una posición negociadora de la CAN en el marco de las negociaciones relevantes, frente al intento de ir más allá de las obligaciones contenidos en el Acuerdo MICs de la OMC. Evidentemente, existen medidas no comprendidas en el Acuerdo MICS que, *per se*, son inviables e, incluso, contraproducentes a los efectos de mejorar el clima de inversión de un país. Por ejemplo, medidas relativas a una intervención constante del gobierno sobre la operación y curso normal de las inversiones, o aquellas que establezcan, por principio general, una limitación a la participación accionaria de los inversionistas extranjeros en empresas receptoras de su inversión y en una amplitud de sectores. Incluso aquéllas

⁷⁵ Las restricciones deben ser abolidas tan pronto el países miembro tenga la certeza de que, sin necesidad de ellas, puede equilibrar su balanza de pagos, en forma que no dificulte su acceso a los recursos generales del Fondo

que establezcan requisitos mínimos de capital para invertir en una amplitud de sectores. Ello, en la práctica, desvirtúa un régimen de inversiones establecido sobre bases de acometer seriamente demandas empresariales legítimas, al tiempo de perseguir, como objetivo, la generación de un entorno amigable a la IED que contribuya a paliar la escasez de recursos para el desarrollo de inversiones productivas.

De acuerdo a lo expresado, en nuestra opinión es necesario balancear la posibilidad de establecer RDD no contemplados en el Acuerdo MICs con las necesidades de atracción de IED que los países, sobre todo en vías de desarrollo, requieren. La manera de hacerlo es considerar cuáles de dichos RDD pueden ser prohibidos y cuáles deben ser preservados. Esto permitiría, a manera de ejemplo, lograr un resultado sobre la base del mantenimiento de los RDD vinculados a un beneficio.

Fundamentamos nuestra opinión sobre el hecho que la ampliación de las prescripciones prohibidas por imponer RDD vinculados al disfrute de un beneficio, coartan sobremanera la posibilidad de los países de hacer uso de sus instrumentos de política para lograr objetivos específicos de desarrollo, sobre todo en materia de transferencia tecnológica, o para lograr la complementación que pueda desearse o sea conveniente, entre actores internacionales y comunitarios. Un instrumento de política como lo es el diseño de incentivos para el establecimiento de joint ventures para la complementación, o para fomentar transferencia tecnológica sobre bases razonables, no es *per se* inviable en términos de su eficiencia económica; puede funcionar como compensación en escenarios de elevados costos de invertir o de financiamiento limitado en la región.

Son muy pocos los que no advierten que los sectores modernos y exitosos, en términos de su participación en la economía global, se fortalecen a través de cadenas y clusters productivos, cuya capacidad de competir se fundamenta a su vez, en su poder de permanente innovación y en la construcción y aprovechamiento de redes empresariales. Pensamos que los planes de complementación e integración industrial pueden hacer uso de una variedad de instrumentos de políticas no comprendidos en la lista ilustrativa sobre medidas inconsistentes en los términos del Acuerdo MICs de la OMC, si son compensados con elementos de producción de inversiones incluidos en el Capítulo de inversiones del ALCA y demás disciplinas que puedan responder a demandas empresariales.

Expropiación e indemnización

En este sentido, la CAN formula la reserva en relación a no prohibir que de conformidad con la ley, y con fines de interés público o social, se establezcan monopolios como arbitrio rentístico, previa indemnización de los inversionistas que queden privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

La referida propuesta responde a la normativa constitucional colombiana sobre excepción al principio de prohibición de monopolios. El Artículo 336 de la Constitución política de dicho país prevé la posibilidad de establecer monopolios como arbitrio rentístico. Es decir, esta modalidad de monopolio responde a un interés público o social y puede afectar a individuos que realicen una actividad económica en el mercado relevante donde se formula dicha práctica. Las rentas derivadas de dichos monopolios son destinadas a la prestación de un determinado servicio público, como la salud y la educación, de aquí su relación con los temas de expropiación e indemnización.

Se trata, en definitiva, de una propuesta conjunta que ha sido objeto de la armonización de criterios al seno de las coordinaciones andinas y ,en tal virtud, debe ser mantenida, amén que el objetivo de las disciplinas sobre expropiación e indemnización en el ALCA, al igual que en los TBPI y los capítulos de inversiones de tratados de libre comercio a que hemos aludido, consiste en asegurar a los inversionistas el cumplimiento de un debido procedimiento establecido conforme a las leyes del país receptor de la inversión y sobre bases no discriminatorias.

Personal clave

De acuerdo a la postura andina expresada en su oferta inicial, y en total identidad en relación a lo dispuesto en el Capítulo de inversiones del G-3⁷⁶, el personal clave que pueda trabajar en una empresa se sujeta a lo que disponga la legislación interna, la cual no podrá en caso alguno, impedir u obstaculizar el ejercicio por un inversionista del control de su inversión.

Al respecto debe recordarse que en la Decisión 292, sobre el régimen uniforme de tratamiento de las empresas multinacionales andinas, se establece una mandato dirigido a los países miembros de facilitar la contratación de personal subregional por dichas empresas, para que laboren en el país miembro de su domicilio principal o en los países miembros de sus sucursales. A los efectos de la aplicación de las disposiciones sobre cupos de trabajadores extranjeros, el personal subregional será considerado como nacional. Es decir, la atribución de competencias soberanas de los países miembros al órgano supranacional preserva para las legislaciones domésticas lo relativo a los ordenamientos laborales internos; es sólo en el ámbito de las disposiciones nacionales sobre cupos de trabajadores extranjeros – de acuerdo a lo comentado – en que se ha producido una expresión de derecho comunitario derivado. No refiere la Decisión 292 a personal directivo ni personal clave, sino a personal calificado de origen subregional.

En nuestra opinión, la norma propuesta es procedente. Preserva el poder soberano de los países para aplicar restricciones a la entrada de personal extranjero y responde a una demanda empresarial de mantenimiento de su control sobre sus inversiones. Ya hemos visto que, en la práctica, ninguna delegación ha sugerido obviar lo dispuesto en los ordenamientos domésticos relativos al empleo de personal foráneo, sobre todo en virtud del carácter de orden público de las normas laborales. Sin embargo, consideramos apropiado establecer la reserva específica en términos de lo dispuesto por la Decisión 292, como hemos comentado.

Solución de Controversias

Culmina la propuesta andina con un grupo de proposiciones relativas a los procedimientos y normas sobre solución de controversias estado-inversionista. La primera propuesta versa sobre la ejecución del laudo arbitral, debiendo efectuarse en conformidad con la legislación interna del país receptor de la inversión. Esto es consistente con los términos de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales⁷⁷, que dispone la constitución del tribunal y el procedimiento arbitral ,así como el reconocimiento y ejecución del laudo no sean realizados conforme a la ley del país o sean contrarios al orden público del mismo.

Por otro lado, la CAN propone que la elección por parte de un inversionista de cualquiera de los procedimientos sobre solución de controversias previstos en el

⁷⁶ Artículo 17-05 del G-3

⁷⁷ La mayoría de los posibles miembros del ALCA han incorporado a su derecho interno la Convención.

Capítulo de inversiones, será definitiva, por lo que una vez que se halla sometido la controversia a alguna de las instancias, no podrá recurrirse a otra.

La norma propuesta no afecta el principio según el cual el inversionista tiene la posibilidad de escoger entre las opciones solución de controversias previstas en el Capítulo. Una vez que ha ejercido su derecho de elección, es natural que no pueda recurrir a otras instancias diferentes a la que conoce de su reclamación. Esto es entendido como un aporte a la seguridad jurídica no sólo en favor del inversionista, sino también del país receptor de la inversión, quien es su contraparte en la disputa planteada. Dicha circunstancia aporta al objetivo de reducir o precaver costos por declaración del derecho y es consistente con los TBPPI que hemos considerado y asemeja, en relación de identidad, con la norma contenida en el artículo 17-17 del G-3.

La oferta de la CAN también consagra disciplinas en materia de la legitimación activa que debe asistir a los inversionistas para poder presentar una reclamación. De acuerdo a esto, un inversionista podrá plantear su reclamación, si han transcurrido más de tres (03) años a partir de la fecha en la cual se tuvo conocimiento o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación cometida así como de las pérdidas o daños sufridos. Asimismo, sólo podrá someter a arbitraje una reclamación cuando: i) la Parte receptora de su inversión ha violado una obligación establecida en el Capítulo y ii) la inversión ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como consecuencia de ella.

La norma es consistente con los TBPPI a que hemos aludido y presenta identidad en relación a la norma contenida en el mencionado artículo del G-3.

Por último, en el caso de controversias derivadas de un contrato suscrito entre una Parte y un inversionista de otra parte, la controversia no podrá ser sometida al mecanismo de solución de controversias inversionista – Estado previsto en el Capítulo de inversiones del ALCA. Esto obedece, en nuestra opinión, a la circunstancia que estos contratos suelen contener normas especiales relativas a la solución de controversias que puedan surgir de la interpretación y aplicación de los mismos. En adición, estos contratos pueden responder a la forma y sustancia de contrato de interés público nacional, normalmente regidos por regulaciones de derecho y orden público, amén de estar afectados por todo el debate referido al carácter con que la administración puede contratar. De allí se deriva todo un planteamiento sobre las facultades de *imperium* que la administración preserva para sí, de acuerdo a la naturaleza específica de cada contrato⁷⁸. Es por esto que algunos inversionistas optan por contratar pólizas de seguros contra riesgos políticos, una de cuyas manifestaciones es el incumplimiento de contratos por parte de las autoridades públicas del país receptor de sus inversiones⁷⁹.

En nuestra opinión, las normas precedentes son atinadas y, como tales, deben constituirse en objetivos de disciplinas en el capítulo de inversiones del ALCA.

⁷⁸En términos generales, puede decirse que estos contratos persiguen fines de interés público, que tienden a asegurar el funcionamiento de los servicios públicos o las actividades vinculadas al interés general. Son rasgos particulares que justifican las prerrogativas reconocidas a la administración en el período de cumplimiento y ejecución de los contratos. No obstante, también se suele diferenciar de éstos otros contratos administrativos a los que aplican regulaciones de derecho privado. Ver: Lares Martínez, Eloy (1999) *Manual de Derecho Administrativo*, p.p. 247-305, Editorial ExLibris, Caracas.

⁷⁹Ciertas garantías para cubrir riesgos no comerciales, o políticos, son contratadas por instituciones normalmente existentes en países exportadores de capital, como el caso de la Overseas Private Investment Corporation (OPIC) en los Estados Unidos. De igual manera, en el ámbito multilateral son reconocidas las opciones de contratación de pólizas sobre dichas coberturas, a través del Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA), perteneciente al sistema del Banco Mundial.

Referencias Bibliográficas

Textos especializados de consulta

Hoeckman, Bernard y Kostecki, Michael (1995) *The Political Economy of The World Trading System: From GATT to WTO*, Oxford University Press, Oxford

Instituto del Banco Mundial (2000), *La Nueva Agenda del Comercio en la OMC*. Marcelo Olarreaga y Ricardo Rocha, compiladores. Centro Editorial de la Universidad del Rosario. Bogotá.

-Hoeckman, Bernard, *¿Disciplinas Multilaterales para Políticas Relacionadas con Inversión?*

-Delich, Valentina, *Latinoamérica y el Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio*.

Jackson, John; Davey, William y Sykes, Alan (1995) *Legal Problems of International Economic Relations*. Westpublishing Co., St.Paul.

Lares Marínez, Eloy (1999) *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial ExLibris. Caracas.

Legislación Económica (1995), *Normativa que rige el Tratado de Libre Comercio entre México, Colombia y Venezuela*. Lec Ediciones. Caracas

Petersmann, Erns-Ulrich (1999) *¿Cómo Proteger el Sistema de la OMC de las Infracciones Persistentes*, en Delich, Valentina (2000).

United Nations Conference on Trade And Development (1996), New York and Geneva
-*International Investment Instruments: A Compendium*, Vol.I
-*International Investment Instruments: A Compendium*, Vol.II
-*International Investment Instruments: A Compendium*, Vol.III

United Nations Conference on Trade And Development (1999), *Admission And Establishment*. UNCTAD Series on issues in international investment agreements. New York and Geneva

Venezuelan Law & Economics Association (2000), *La OMC como Espacio Normativo: Un reto para Venezuela*. Ediciones Velea, Caracas

- Corrales, Werner y Rivera, Marta, *Algunas Ideas sobre el Nuevo Régimen de Promoción y Protección de Inversiones en Venezuela*
- Mestas, Alberto, *El Acuerdo sobre Medidas de Inversiones Relacionadas con el Comercio de la OMC*

Documentos oficiales

Acuerdo de Cartagena

Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional

Decisión 291 de la Comunidad Andina sobre el régimen común de tratamiento de capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías

Decisión 292 de la Comunidad Andina sobre el régimen uniforme de las empresas multinacionales andinas

Documento FTAA.ngin/w/40 del 15 de mayo de 2000, presentado por la CAN
Segundo Borrador del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas, de fecha 04 de Julio de 2002.

Documento FTAA.ngin/w/81 del 14 de noviembre de 2000, presentado por Chile

Documento FTAA.ngin/w/43 del 16 de mayo de 2000, presentado por los Estados Unidos de América

Documento FTAA.ngin/w/90/Add.1 del 20 de noviembre de 2000, contentivo de las diversas propuestas sobre disciplinas presentadas por las partes negociadoras del Capítulo de inversiones del ALCA

Documento contentivo de la oferta inicial de negociación de Canadá en materia de acceso en inversiones

Documento contentivo de la oferta inicial de negociación de la Comunidad Andina en materia de acceso en inversiones

Documento contentivo de la oferta inicial de negociación de Chile en materia de acceso en inversiones

Documento contentivo de la oferta de negociación de Estados Unidos en materia de acceso en inversiones

Documento contentivo de la oferta de negociación de México en materia de acceso en inversiones

Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR (Intrazona)

Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados No partes del MERCOSUR

Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones:

- Entre Bolivia y los Estados Unidos de América del 17 de abril de 1998
- Entre Ecuador y los Estados Unidos de América, del 27 de agosto de 1993
- Entre Colombia y Perú, del 26 de abril de 1994

- Entre Ecuador y República Dominicana, del 26 de junio de 1998
- Entre Venezuela y Perú, del 12 de enero de 1996
- Modelo de los Estados Unidos de América
- Modelo de Chile

Tratado de Libre Comercio entre México, Colombia y Venezuela

Tratado de Libre Comercio entre Bolivia y México

Tratado de Marrakech por el que se crea la Organización Mundial del Comercio.

* * * * *