

ASPECTOS REGULATORIO-INSTITUCIONALES DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA (IED)

Jorge WITKER*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Conceptos jurídicos sobre la inversión extranjera directa (IED)*. III. *Importancia y evolución reciente de la IED*. IV. *Regulaciones multilaterales de la IED*. V. *Regulaciones regionales de la IED*. VI. *Los tratados bilaterales de inversión*. VII. *Hacia un tratado latinoamericano para la promoción y protección de la inversión (ALPI)*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La economía atraviesa por un proceso de cambios radicales sin paralelo en la historia, en la cual la tecnología juega un papel determinante. Las innovaciones tecnológicas han servido de sustrato para facilitar el proceso de transformación mundial hacia una economía más global e interdependiente, en la que los países se enfrentan a nuevas tensiones y problemas externos que determinan no sólo su actuación internacional sino también sus políticas públicas. Al mismo tiempo, lo que sucede al interior de un país repercute, de manera positiva o negativa, en el ámbito internacional, en función de su riqueza, de su particular peso específico en la sociedad internacional y de la habilidad del respectivo grupo gobernante para adaptarse a los fenómenos de globalización e interdependencia característicos de nuestros días.¹

El impacto tecnológico ha sido decisivo y fundamental en la economía. Los avances en la ciencia aplicada han propiciado una verdadera revolución en el sector de las telecomunicaciones. Los movimientos del ca-

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

1 Ianni, Octavio, *La sociedad global*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1998, pp. 139 y ss., y véase Kaplan, Marcos, *Revolución tecnológica, Estado y derecho*, México, UNAM-PEMEX, t. IV, 1993.

pital y el acceso instantáneo a bancos de información y conocimientos, han alterado la estructura tradicional de los procesos productivos. La disponibilidad de información es hoy una importante ventaja comparativa para alentar el crecimiento económico.²

La facilidad de penetración del conocimiento y de todo tipo de información, rebasa el concepto tradicional de frontera y territorio, por la dificultad que implica para los países su regulación. Basta citar el caso de las transacciones financieras, donde sólo se requiere presionar la tecla de una computadora para realizar una operación de capital de grandes dimensiones, e incluso, de manera casi imperceptible para efectos de control.

Por otro lado, el colapso del modelo socialista, modelo que sirvió durante décadas de contrapeso o alternativa a la expansión del capitalismo después de la Segunda Guerra Mundial, ha contribuido significativamente, entre otros factores, a la propagación del modelo neoliberal, con la consecuente consolidación de las economías de mercado, con plena orientación al sector externo. Estos cambios han sido alimentados política e ideológicamente por las naciones industrializadas, particularmente Estados Unidos, así como por los organismos multilaterales, entre ellos el Fondo Monetario Internacional, a través de las recomendaciones que dan a los países miembros para “superar” sus problemas económicos.³

El desarrollo de las telecomunicaciones ha facilitado; también, las transacciones comerciales, las cuales constituyen junto con los flujos de capital, el motor del crecimiento en el sistema económico de nuestros tiempos y elementos centrales del esquema neoliberal.

En un mundo cada vez más competitivo e interdependiente, en el que los espacios para acceder a un mayor número de consumidores son más estrechos, se requiere de nuevas fórmulas para conquistar otros mercados. Esto ha propiciado cambios significativos en la producción y en la división internacional del trabajo. De ahí el reto que representa la competitividad para cada país, a fin de poder hacer frente a una demanda cada vez más diferenciada, compleja y exigente de parte de los consumidores. Se

2 Correa, Eugenia, *Crisis y desregulación financiera*, México, UNAM, 1999, p. 137.

3 El esquema neoliberal fue impulsado desde mediados de los ochenta por los gobiernos de Ronald Reagan en Estados Unidos y Margaret Thatcher en Gran Bretaña. Sin embargo, su difusión a nivel mundial, o mejor dicho su globalización se da en los noventa, luego de la caída del bloque socialista, el cual sirvió durante la época de la posguerra como contrapeso de la penetración capitalista.

explica también, en este contexto, el interés de los países por conformar áreas regionales de libre comercio.⁴

La regionalización, como lo denomina León Bendesky⁵ tiene como propósito acrecentar las ventajas de mercado frente a terceros países que no pertenecen al área. Implícitamente se produce una situación de diferenciación y proteccionismo hacia las naciones que no participan en el esquema regional.

A simple vista existiría una contradicción de fondo entre la consolidación de un sistema económico global y el surgimiento de nuevas agrupaciones regionales de carácter comercial; sin embargo, no existe contradicción sino complementación entre ambos procesos. Sin profundizar en el tema conviene enfatizar algunos aspectos.

El temor de un retroceso en materia de apertura económica a nivel global, que se percibió durante la desgastante y prolongada negociación de la Ronda Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), dio pie a una fundada incertidumbre respecto al futuro de la liberalización comercial. Esta situación llevó a los países a buscar alternativas, no sólo para la colocación de sus productos, sino incluso para asegurar el movimiento de capitales o el acceso a recursos externos necesarios para su desarrollo. Proliferan así las iniciativas por conformar zonas regionales de libre comercio. El TLCAN, el Mercosur, la Comunidad Andina y el ALCA, surgen como esquemas para asegurar, por lo menos en un espacio natural geográfico, el acceso de mercancías y servicios sobre bases preferenciales. Desde esta perspectiva se puede hablar de regionalismo abierto, no contrario diametralmente al proceso de globalización, en el cual incluso se busca la cooperación intrabloques o entre distintas zonas comerciales.⁶

Además del comercio exterior, la inversión extranjera constituye otra importante fuente de ingresos para llevar a cabo los procesos de desarrollo e industrialización requeridos. Ahora bien, en la era de la globaliza-

4 Ramacciotti, Beatriz *et al.*, *Derecho internacional económico*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.

5 Véase Bendesky, L., "Economía regional en la era de la globalización", *Comercio Exterior*, México, vol. 44, núm. 11, noviembre de 1994, p. 985.

6 No deben olvidarse las negociaciones para la incorporación de Chile al TLCAN; la Iniciativa de las Américas; la posibilidad de concebir un acuerdo transatlántico entre la Unión Europea y Estados Unidos en un primer paso para luego incluir el área del TLCAN, la negociación entre la Unión Europea y el Mercosur para establecer un acuerdo marco de cooperación y la última Junta Americana-Europea de Río de Janeiro del 28 al 30 de junio de 1999.

ción económica, la inversión extranjera juega un doble papel. Por un lado, se ha convertido en fuente alterna de financiamiento para el sector público; por el otro, constituye una significativa transferencia de capital para el sector privado, que requiere de recursos frescos para adquirir tecnología de punta y producir artículos de mayor calidad con el menor costo posible.

Una característica peculiar del sistema internacional actual es la competencia en la que se ven inmersos los países para captar inversión privada. Estos flujos, sin embargo, son cada vez más escasos. Las economías de las naciones industrializadas enfrentaron en los últimos años algunos problemas de recesión, con la consecuente desaceleración del crecimiento económico y de una disminución en los niveles de ahorro interno y, por ende, de capital excedente. A lo anterior se debe sumar el desvío de recursos que ha significado para las naciones receptoras de capital en América Latina y otras regiones, la reconstrucción de Europa del Este, donde ha sido prioritario inyectar importantes sumas de capital para apoyar el proceso de transformación de las economías centralizadas a las de mercado en los países ex comunistas.⁷

Si bien en principio los capitales extranjeros arriban a los mercados que más ventajas y ganancias les proporcionan, existen también condicionantes de otra naturaleza, a saber: aspectos políticos, expectativas sociales, ya sean optimistas o negativas, condiciones de mercado, posición geográfica y facilidades de acceso a otros mercados, facilidades para la repatriación de utilidades, incentivos fiscales y productivos, etcétera.

Por tanto, a efecto de atraer flujos de capital extranjero, la mayoría de los países han realizado importantes reformas económicas y jurídicas, para adecuar sus legislaciones nacionales al nuevo entorno internacional. Casi todos los países del orden han procedido en este sentido, no obstante, existe siempre un alto riesgo de vulnerabilidad para sus economías, frente al flujo excesivo de capitales extranjeros volátiles, como lo llegan a ser los capitales en cartera. Paralelamente, las reformas emprendidas en este sentido, han contribuido a la consolidación del sistema capitalista neoliberal.⁸

7 Peter Martin, Hans y otro, *La trampa de la globalización*, Madrid, Taurus, 1998, p. 123, y véase Yip, Georges S., *Globalización: estrategias para obtener una ventaja competitiva internacional*, Colombia, Grupo Editorial Norma, 1997.

8 Soros, George, *Crisis del capitalismo global*, México, FCE, 1999.

Además de la influencia que el factor tecnológico ha tenido para la conformación del sistema económico internacional actual, ha sido también determinante el papel de Estados Unidos, de otras naciones industrializadas y de los organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización Mundial de Comercio, la OCDE; para acentuar los principios económicos neoliberales. La posición de estos organismos en determinar y “recomendar” esquemas de política económica son prueba de ello.

En este contexto, se puede decir hasta cierto punto que los esquemas neoliberales prevalecientes, a escala mundial, han sido en parte impulsados deliberadamente por las naciones industrializadas que los promueven, con el propósito de encontrar un entorno propicio para la colocación de sus productos y para la exportación de sus excedentes de capital, asegurándose el máximo de ganancia, con el menor riesgo posible.⁹

Desde el punto de vista jurídico, los elementos descritos se inscriben en una dicotomía de múltiples efectos. En efecto, la economía internacional, centrada en las economías nacionales, comienza a ser erosionada por la globalización o mundialización que se centra en una integración de empresas, mercados y finanzas que adquieren autonomía respecto de los propios estados nacionales.¹⁰

En este entorno debe inscribirse la facultad regulatoria de los Estados respecto a la inversión extranjera directa, sector que hoy día se inscribe en los flujos financieros que como impulsores han dinamizado a la sociedad global de fin de siglo.

Este documento comprende un análisis de las regulaciones de la inversión extranjera directa en el mundo actual en sus vertientes multilaterales y regionales, concluyendo en aprovechar tales esfuerzos en la posibilidad de suscribir o proyectar un tratado latinoamericano para la promoción y protección de la inversión directa latinoamericana como un paso previo para insertar a la región en los esfuerzos globales que a niveles de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico y la Organización Mundial de Comercio se realizan.

9 OCDE, documentos “Towards Multilateral Investment Rules”, París, 1996.

10 Varios autores, *El papel de derecho internacional en América*, México, UNAM, The American Society of International Law, 1997.

II. CONCEPTOS JURÍDICOS SOBRE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA (IED)

Para precisar lo que entendemos en este documento por inversión extranjera, nos parece jurídicamente pertinente convenir en los siguientes elementos:

1. *Inversión extranjera*

Son aquellas inversiones¹¹ realizadas en un país o región específicos a través de las vías que señalen las leyes que impliquen transferencia de capital desde el exterior, sea que el proyecto se efectúe directamente por el inversionista¹² extranjero o mediante su asociación con un inversionista nacional.

Al analizar el tema de inversión extranjera hay que distinguir la inversión extranjera directa (IED), que es el capital productivo invertido a largo plazo de la inversión extranjera en cartera (mercado de dinero y mercado de capitales), que es una inversión de corto plazo básicamente especulativa, porque busca —atraída por la alta rentabilidad ofrecida en los mercados emergentes— la mayor ganancia en el menor tiempo posible. Para efectos metodológicos,

por inversión extranjera directa entendemos los flujos internacionales de capital en los que una empresa de un país crea o amplía una filial en otro país. La característica distintiva de la inversión extranjera directa es que no sólo implica una transferencia de recursos, sino también la adquisición del control. Es decir, la filial no solamente tiene una obligación financiera hacia la empresa materna, es parte de la misma organización estructural.¹³

En otras palabras,

la IED (Inversión Extranjera Directa) es aquella que tiene características de permanencia y se materializa principalmente instalando una empresa nueva o ampliando una existente; mientras que la inversión de cartera o de porta-

11 La inversión es cualquier clase de activo como inversiones en la creación, expansión o participación de una empresa y que puede asumir distintas modalidades en los países huéspedes.

12 Inversionista. Persona natural o jurídica de un país que actúa como sujeto que transfiere capitales con el carácter de inversión extranjera.

13 A. Barrera, Carlos *et al.*, *El impacto de la globalización, la encrucijada de la economía del siglo XXI*, Buenos Aires, Ediciones Letra Buena, 1994, p. 29.

folio, se orienta fundamentalmente a operaciones bursátiles en todas sus variantes y, preponderantemente, hacia diferentes actividades financieras y cambiarias.¹⁴

2. Formas de transferencia de capital o modalidad de los aportes

- Moneda extranjera
- Bienes físicos
- Tecnología
- Créditos
- Capitalizaciones
- Títulos de deuda externa.

Jurídicamente estas modalidades de aporte pueden significar:

- a) Transferencia de recursos de participación en la estructura de la propiedad de las empresas.
- b) Transferencia de recursos sin participación en la estructura de la propiedad de las empresas.
- c) Participación en la estructura de la propiedad de las empresas con transferencia de recursos.
- d) No participación en la estructura de propiedad de las empresas sin transferencia de recursos (alianza estratégica y redes estratégicas).¹⁵

En este contexto y en los supuestos de no existir transferencia de capital, existiendo flujos de inversión que pueden presentarse en especie y en capital bajo contratos específicos. Los contratos más usuales son los siguientes.

A. *El contrato de Know-How*

Se formaliza por escrito, de carácter comercial por el cual se transmite el uso, disfrute y explotación de un conocimiento técnico-comercial, científico o industrial, usualmente secreto y cuyo beneficiario se obliga a

14 C. Korten, David, *Cuando las transnacionales gobiernan el mundo*, Chile, Ed. Cuatro Vientos, 1998.

15 Véase Witker, Jorge, *Introducción al derecho económico*, 3a. ed., México, Editorial Harla-Oxford, p. 48.

no develarlo a terceros y a un pago obligatorio que puede ser fijo o en un porcentaje sobre las ventas del usuario.

En el caso de México, este tipo de contratos, sin ser el único caso en que se use la figura del Know-How, son ampliamente utilizables en la industria maquiladora,¹⁶ ya que los inversores extranjeros, al decidirse crear procesos de producción, normalmente, deben permitir el uso de las técnicas desarrolladas en sus instalaciones principales a fin de lograr un producto homogéneo, de similares características y calidad que los pudieran producir en su planta matriz.

B. *Licencias*

Es un contrato cuyo objetivo es: “...permitir la ejecución de ciertos actos protegidos por los derechos exclusivos que faculta la ley en lo que se refiere a una patente de invención, a un diseño industrial, modelo, variedad vegetal, marca o nombre comercial”.

Como contraprestación el propietario de la licencia obtiene además del pago de regalías, ciertas ventajas, que lo distinguen del Know-How, como el hecho de que el licenciado se obliga a mantener una protección jurídica de la licencia, al registrarla y defender su uso. Otra diferencia es el hecho de que se tiene la obligación de utilizarla.¹⁷

C. *Franquicias*

La franquicia es el contrato de “...compraventa mercantil donde el vendedor no sólo quiere vender las mercancías, quiere seguirlas hasta su reventa al consumidor final...”, obviamente esto conlleva una relación entre el dueño de la franquicia y su adquirente, ya que a diferencia de los dos contratos anteriores, en que se dan pagos en función de su uso, en este contrato se compra un derecho de uso, que es anticipado a su utilización.

16 La industria maquiladora, no necesariamente es un ejemplo exclusivo de contratos de Know-How, también es ampliamente usada la figura para los contratos conocidos como “Joint Venture”, entre otros.

17 Se afirma que este contrato da una mayor integración, en virtud de que además de la licencia, con su proceso de elaboración se da incluido el Know-How, ya que el propietario desea mantener un nombre comercial con su reputación, a fin de mantener su valor.

D. *Joint Venture*

La *Joint Venture* que es: “...una empresa en la cual dos o más partes comparten los riesgos financieros y la toma de decisiones por medio de una participación conjunta de capitales en una empresa común...”, tuvo un auge amplio en América Latina en los grandes proyectos de desarrollo de los años sesenta, fundamentalmente, y que con posterioridad se ha utilizado como una forma alternativa para fomentar el desarrollo de proyectos productivos, compartiendo los riesgos y utilizando la ventaja de tener socios locales, concededores del medio en donde va a desarrollarse, es una forma que en la actualidad es una práctica en la realidad económica mundial.

En la práctica, este esfuerzo de asociación puede resultar en la creación de una persona jurídica, pero no necesariamente es el objeto del contrato, ya que la finalidad de éste es lograr un objetivo para el cual se unen las partes, por lo que la creación de persona jurídica, como menciona Beatriz Ramacciotti, es un elemento alternativo como medio de alcanzar un objetivo, permitiendo la participación activa de las partes, que de intentar actuar en forma aislada, les sería difícil el alcanzarlo.¹⁸

3. *Tópicos a regular en la inversión extranjera directa (IED)*

- a) Tratamiento similar al inversionista y a la inversión.
- b) Expropiación.
- c) Protección de los derechos del inversor originados en tratados y contratos.
- d) Compensación.
- e) Protección contra riesgos políticos y bélicos.
- f) Subrogación.
- g) Transferencia de fondos.
- h) Propiedad intelectual.
- i) Tratamiento tributario.
- j) Resolución de disputas.

De los tópicos anteriores, los esfuerzos multilaterales y regionales han privilegiado dos vertientes estratégicas: compensaciones o indemnizaciones y resolución de controversias, dejando el resto a las legislacio-

¹⁸ Ramacciotti, Beatriz, *Derecho internacional económico*, Lima, Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1993.

nes internas o a los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones (APRI o BIT).

III. IMPORTANCIA Y EVOLUCIÓN RECIENTE DE LA IED

La inversión extranjera constituye, sin duda, uno de los signos más elocuentes de la globalización, la cual podría definirse como un creciente e irreversible proceso de internacionalización de la producción, las finanzas, el comercio, las comunicaciones, los problemas, etcétera.¹⁹ En el amplio entorno de la globalización, lo nacional es global y lo global es nacional. Las fronteras entre ambos aspectos tenderían a diluirse.

Como señala Michael Camdessus, director general del Fondo Monetario Internacional:

El proceso de mundialización es un fenómeno en desarrollo. Observemos los hechos:

El proceso comenzó hace ya algún tiempo, pero la aceleración del fenómeno es precisamente la característica de este fin de siglo. El proceso se acelera por la conjunción de diversos aspectos:

- El fin de los controles de cambio, las innovaciones financieras y el progreso alcanzado en la transmisión de la información hacen que se establezca un mercado financiero mundial que funciona en tiempo real.
- La organización de grandes empresas conforme a estructuras de redes mundiales que ignoran cada vez más las fronteras nacionales.
- En el campo de la información, la transmisión universal e instantánea de las informaciones (por ejemplo, CNN, internet).
- En la esfera política, el fin del ‘gran cisma’ y el triunfo —por lo menos parcial— de la alianza entre la democracia y el mercado.
- Finalmente la toma de conciencia por la opinión pública mundial de que ciertos problemas fundamentales de nuestro tiempo son esencialmente transnacionales. La protección del medio ambiente es el ejemplo más evidente...²⁰

19 La globalización representa un serio desafío a la concepción tradicional de soberanía que, dicho sea de paso, ha venido cediendo terrenos ante los cada vez más numerosos temas globales (que conforman la nueva agenda internacional).

20 Camdessus, Michael, *Vivir en la gran ciudad*, capítulos (globalización, comercio e integración), Caracas, Sistema Económico Latinoamericano, núm. 45, enero-marzo de 1996, pp. 10 y 11.

La globalización es un hecho ineludible que está cobrando cada vez mayor impulso, pero estamos lejos de poder afirmar que este proceso (sintetizado en el controvertido término de la llamada “aldea global”), conduciría al “fin de la historia”. Como todos los grandes fenómenos de la historia, la globalización es portadora de oportunidades y riesgos. La globalidad, solía decir Fernando Solana, es como una ola, si no se sube uno a ella lo arrastra. En este entorno, la litis de fondo parecería ser no si subirse o no a la globalidad, sino en qué términos y bajo qué condiciones habría que montarse a ella.²¹

Con la desregulación financiera en Estados Unidos en la década de los setenta, nuevos e influyentes actores financieros privados han emergido en años recientes, como los llamados fondos de pensiones institucionales, que por múltiples razones colocaron sumas sin precedentes en los últimos años en los llamados *mercados emergentes*.²²

En la opinión de Paul Krugman, “como capitalismo emergentes se identifica a los países periféricos que adquieren un nuevo y destacado papel en la globalización mundial en virtud de su dinamismo comercial, crecimiento económico interno, atracción de capital extranjero y capacidad de articulación regional”.²³ Destacan, entre otras economías emergentes, México, Argentina, Brasil, Chile, Singapur, Corea y China.

En el amplio entorno de la globalización, las empresas transnacionales (ETs) son —junto con los llamados inversionistas institucionales— uno de los actores clave que mueven y determinan los flujos de inversión extranjera,²⁴ máxime hoy en día en que estas corporaciones realizan un

21 El aislacionismo y la marginación frente a la globalización no sólo ya no es opción, sino que en el largo plazo implicaría mayores costos para las sociedades de los países que tomaran esta ciudad. En el lado extremo la apertura total, sin considerar las peculiaridades nacionales, tampoco sería el mejor camino.

22 Aún no hay una clara definición de este concepto de reciente acuñación en la literatura económica. Pero hace referencia a un conjunto de países en desarrollo —aproximadamente treinta— que más allá de sus singularidades históricas, sociales, políticas, económicas y culturales —y sin el afán de hacer una categorización simplista—, comparten una serie de características como un rango o nivel común de desarrollo socioeconómico —que encierra elementos de modernidad coexistiendo con serios rezagos—; condiciones económicas de integración al proceso globalizador mundial —que les permiten aprovechar ciertas ventajas competitivas nacionales frente a los viejos países industrializados—, y finalmente, la convergencia estructural e institucional en un conjunto de reformas capitalistas liberales de adaptación a los requerimientos de la globalización, las nuevas tecnologías y la competencia internacional. Dabat, Alejandro, “La coyuntura mundial de los noventa y los capitalismo emergentes”, *Comercio Exterior*, México, vol. 44, núm. 11, noviembre de 1994, p. 943.

23 Krugman, Paul, *Economía internacional*, México, McGraw-Hill, 1990, p. 188.

24 La importancia creciente de las empresas transnacionales en la composición de los flujos de IED, puede ser precisada, por una parte, a través del crecimiento que han tenido éstos flujos en las úl-

proceso de relocalización de inversiones y plantas, buscando mejores condiciones para incrementar sus márgenes de ganancia, a través del pago de bajos salarios y, sobre todo, del uso de intensos procesos tecnológicos que, hoy por hoy, constituyen el elemento primordial para lograr una mayor competitividad internacional.

La expansión cada vez más amplia a escala mundial de las empresas transnacionales (ETs.) y los diferentes aportes que ellas motorizan, tales como las corrientes de inversiones de capital (directas y de cartera), el incremento del comercio internacional como consecuencia de la dinámica actividad de las ETs., en especial el denominado comercio intrafirmas (intercambio comercial entre diferentes empresas pertenecientes a una misma corporación), y la utilización de tecnología avanzada para responder a las necesidades de competencia exacerbada, han sido los factores de la concentración del poderío económico en manos de las ETs. y, consecuentemente, en promover la tendencia hacia la globalización y transnacionalización de la economía.²⁵

Así pues, las ETs son vehículos dinamizadores de los flujos internacionales de capital, particularmente de la inversión extranjera directa, pero también —para diversificar sus riesgos o aumentar sus ganancias— suelen colocar inversión en cartera (aunque en menor proporción).²⁶

A partir de lo expuesto, pregunta obligada es ¿qué papel debe y puede jugar la inversión extranjera en las estrategias nacionales de desarrollo? Mucho se ha dicho y escrito sobre las bondades y desventajas de la inversión extranjera, pero lo cierto es que actualmente prevalece el punto de vista de que la inversión extranjera —básicamente la directa— es una herramienta financiera muy útil en materia de política económica y en muchos otros campos. Prueba de ello es la aguda competencia internacional por flujos de inversión extranjera. Tradicionalmente, la inversión extranjera ha sido vista como complemento del históricamente escaso ahorro inter-

timas décadas, por otra, por la expansión de dichas empresas en años recientes. Las ETs muestran un alto nivel de concentración. Se estima que sólo el 1% de las corporaciones matrices de las ETs son propietarias de más de la mitad del *stock* de la IED proveniente de sus países de origen.

25 Requejo, Jaime, *Economía mundial*, España, McGraw-Hill, 1995.

26 En este entorno, se estima que el mayor proteccionismo en los países desarrollados —que ha resurgido a partir de los últimos años—, *versus* la mayor apertura en los países en desarrollo, ha conducido a las empresas transnacionales a adoptar estrategias agresivas de expansión, aprovechando las oportunidades que ofrecen estos últimos y neutralizando el impacto negativo de las restricciones existentes en los primeros.

no en los países en desarrollo. Ciertamente, sin magnificar la importancia de este tipo de capital, puede decirse que la IED tiene ventajas sobre otros tipos de financiamiento como el de la deuda externa que ha significado una pesada carga para las economías de los países en desarrollo.²⁷

IV. REGULACIONES MULTILATERALES DE LA IED

1. *Proyectos de la OCDE*

La OCDE tiene una larga trayectoria en el campo de IED. Como fruto de su trabajo ha logrado la adopción de algunos instrumentos muy valiosos para promover la liberalización de los flujos de inversión, particularmente el Código de Liberalización de Movimientos de Capital y el Código de Liberalización de Transacciones Corrientes Invisibles, ambos de 1961, y la Declaración sobre Inversión Extranjera y Empresas Multinacionales, con sus cuatro elementos: el instrumento de Trato Nacional, la Guía de Empresas Multinacionales, el instrumento sobre Incentivos y Desincentivos a la Inversión y el instrumento sobre Requerimientos Conflictivos. Ninguno de ellos, sin embargo, es un acuerdo comprensivo en la materia, y aun cuando algunos fueron adoptados a través de decisiones jurídicamente vinculantes del Consejo de la OCDE, como no tienen mecanismos jurídicos o casi-jurídicos de solución de controversias “no está claro lo que esto —su carácter de obligatoriedad— significa”.²⁸

El Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) aspira a ser un acuerdo de altos niveles de disciplina, tanto en materia de liberalización, como de protección. Actualmente, la OCDE negocia su clausulado, mismo que pasamos a resumir.

27 La inversión extranjera se tornaría en un círculo virtuoso en la medida en que se introduzca en mayores flujos de reservas internacionales, fortalecimiento de la capacidad de generar superávit comerciales —vía el impulso de la capacidad exportadora—, pues las inversiones extranjeras tienden a elevar la competitividad hacia el mercado internacional. En contraste, la experiencia reciente en México y en otros mercados emergentes demuestra el serio riesgo y alto costo de recurrir a la inversión extranjera de corto plazo como instrumento central para financiar desequilibrios en cuenta corriente y acumular reservas. Con ello no se pretende afirmar que este tipo de flujo de capital resulte totalmente negativo, sino que es necesario buscar los elementos de mercado o regulatorios para controlar sus montos.

28 *Sistema económico latinoamericano. Las negociaciones internacionales sobre la investigación extranjera*, Secretaría Permanente, Caracas, Venezuela, 1997, p. 36.

A. *Ámbito de aplicación*

El AMI define al inversionista como la personal natural o jurídica de una parte contratante. En el caso de la persona natural, se trata de nacionales o residentes permanentes, mientras que en el caso de la persona jurídica, se hace referencia a personas jurídicas u otras entidades constituidas u organizadas bajo la legislación respectiva de la parte contratante.

Por su parte, la inversión es cualquier clase de activo, incluyendo inversiones directas (como la creación, expansión o participación en una empresa), pero también inversión en portafolio (a través de deuda u otros), bienes raíces, derechos de propiedad intelectual, derechos derivados de un contrato o de autorizaciones o permisos. El AMI incluye una lista de activos cubiertos por la definición de inversión, que tiene únicamente carácter ilustrativo.

B. *Derecho de establecimiento*

El AMI establece la protección del inversionista en la fase de pre-establecimiento, garantizándole así el acceso al mercado.

C. *Trato de inversionistas y de inversiones*

1) Trato nacional y de nación más favorecida: el AMI obliga a toda parte contratante a otorgar al inversionista y a la inversión trato nacional y de nación más favorecida, cubriendo no sólo discriminación *de jure*, sino también *de facto*.

2) Transparencia: el AMI obliga a las partes contratantes a publicar toda medida que afecte la operación del acuerdo. Si bien no existe una disposición específica relacionada con el establecimiento de puntos de contacto, sí existe la obligación de responder con prontitud a cualquier consulta que se efectúa sobre las medidas de una parte contratante.

3) Temas especiales

— Personal de alta gerencia (y juntas directivas): el AMI dispone que ninguna parte podrá exigir que una empresa de otra parte designe a individuos de alguna nacionalidad en particular para ocupar puestos de alta dirección en esa empresa (o integrar una junta directiva).

— Requisitos de empleo: el AMI indica que una parte contratante deberá permitir a los inversionistas de otras partes y a sus inversio-

nes emplear al personal de su exigencia, independientemente de la nacionalidad, siempre que ese personal cuente con la autorización de trabajo respectiva emitida por las autoridades de la parte contratante y se ajuste a los términos, condiciones y límites temporales establecidos en el permiso en cuestión.

- Requisitos de desempeño e incentivos de inversión: el AMI incorpora una prohibición expresa de aplicar una serie específica de requisitos de desempeño enlistados, relacionados tanto con bienes, como con servicios.
- Privatización y monopolios: el AMI contiene disciplinas en materia de privatización. En tal sentido, reconoce que el derecho de privatizar reside en las manos de cada Estado y que nada en el acuerdo impone una obligación de proceder en ese sentido. Sin embargo, tomada la decisión de privatizar, las partes contratantes deberán aplicar los principios de trato nacional y de nación más favorecida, lo cual es relevante en la fase de pre-establecimiento.

D. *Protección de la inversión*

1) Tratamiento justo y equitativo, protección y seguridad plenas y constantes, efectos en la operación de la inversión. De conformidad con el AMI, los inversionistas recibirán trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas y constantes. Asimismo, las partes contratantes se abstendrán de afectar la operación de la inversión, para lo cual está por definirse si el parámetro de este criterio se relacionará con medidas injustificadas o discriminatorias.

2) Expropiación e indemnización: una expropiación o una medida con efecto equivalente sólo está permitida si se conforma con los requisitos de interés público, no discriminación, debido proceso legal y pago de indemnización pronta, adecuada y efectiva. Por otra parte, la indemnización deberá pagarse sin demora y deberá ser equivalente al valor justo de mercado de la inversión, plenamente realizable y libremente transferible.

3) Protección en caso de conmoción: el AMI dispone que las partes contratantes estarán obligadas a aplicar el trato nacional o de nación más favorecida, cualquiera que sea más favorable al inversionista, en caso de restitución, indemnización, compensación u otros casos similares por pérdidas debidas a guerras o conflictos armados, estado de emergencia, revolución, insurrección y otros.

4) Transferencias: el AMI establece que todo pago relacionado con una inversión será libremente transferible sin demora e incluye una lista ilustrativa de transferencias, incluyendo capital inicial y montos adicionales para mantener o incrementar una inversión, ganancias, pagos realizados bajo un contrato, inclusive uno de préstamo, productos derivados de la venta o liquidación de una inversión, pagos derivados de indemnizaciones por concepto de expropiación, pagos que provengan de las disposiciones relativas al sistema de solución de controversias, ganancias y otras remuneraciones del personal extranjero relacionadas con una inversión. Dichas transferencias deberán realizarse en una divisa de libre convertibilidad.

E. Solución de controversias

a. Entre partes contratantes

El proceso de solución de diferencias Estado-Estado se inicia con consultas entre las partes para tratar de resolver la cuestión amigablemente. Si ello no se logra, las partes podrían, de mutuo acuerdo, solicitar la intervención del Grupo de las Partes para que considere el asunto y formule recomendaciones. Podrían, asimismo, solicitar la mediación o conciliación, según las reglas y procedimientos que acuerden. De lo contrario, cualquiera de las partes puede someter la disputa a un tribunal arbitral, integrado por 3 o 5 miembros, en este último caso si una parte así lo prefiere.

El AMI establecerá reglas y procedimientos básicos para este arbitraje, aunque para una diferencia específica, las partes podrían acordar aplicar reglas modificadas. En materia del derecho sustantivo, las normas a aplicar son las disposiciones del AMI, pero otras reglas de derecho internacional podrían ser relevantes en la interpretación y aplicación del tratado.

El laudo arbitral será final y vinculante para las partes en la controversia. Las medidas que el tribunal podría ordenar incluyen una declaración de que la acción contraviene el AMI, el otorgamiento de daños pecuniarios, la recomendación de que una parte ponga su medida en conformidad con el acuerdo, o cualquier otro remedio que la parte demandante acepte, como podría ser la restitución en especie.

b. Una parte contratante y un inversionista

En el procedimiento de solución de controversias inversionista-Estado, el primero puede decidir someter el conflicto para su resolución a los tribunales judiciales o administrativos del Estado anfitrión, a un mecanismo de solución de controversias acordado con anterioridad al conflicto o a los procedimientos establecidos en el AMI. Con la adopción del acuerdo, las partes contratantes estarán brindando su consentimiento incondicional a que todo conflicto cubierto por el mismo pueda ser resuelto de conformidad con las reglas de CIADI o del Mecanismo Adicional de CIADI, de CNUDMI o de la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio. En caso de una disputa que ha sido sometida a los tribunales nacionales o a arbitraje internacional de conformidad con otro mecanismo de solución de controversias, se autoriza a las partes contratantes a abstenerse de dar su consentimiento.²⁹

2. La Organización Mundial de Comercio y las inversiones directas³⁰

A. Acuerdo sobre Medidas de Inversión Relacionadas con el Comercio (TRIMs, Trade Related Investment Measures)

El Acuerdo sobre el TRIMs empieza por reconocer que ciertas medidas en materia de inversiones pueden causar efectos de restricción y distorsión del comercio. Sin embargo, su ámbito de aplicación se limita exclusivamente a las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio de mercancías (“MICs”) —no de servicios—.

La esencia del Acuerdo consiste en prohibir a los miembros aplicar ninguna MIC que sea incompatible con las obligaciones de trato nacional y de eliminación de restricciones cuantitativas, previstas en los artículos II y XI del GATT de 1994.³¹ Por otra parte, el Acuerdo establece un Co-

29 Vives Chillida, Julio A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, España, McGraw-Hill, 1998.

30 Véase Acuerdos de Marrakech de la Ronda Uruguay del GATT.

31 El anexo al Acuerdo incorpora una lista ilustrativa de MICs incompatibles con estas obligaciones, ya sea porque son obligatorias o porque su cumplimiento es necesario para obtener una ventaja: las que demanda la compra o utilización de productos nacionales; las que restringen el volumen o valor de productos importados que una empresa puede comprar o utilizar al volumen o valor de los productos que exporte; las que restringen el volumen de las importaciones a una cantidad de divisas relacionada con las entradas de divisas atribuibles a esa empresa; y las que restringen las exportaciones de una empresa, ya sea en términos de productos determinados, de volumen o valor de los productos o como proporción del volumen o valor de su producción local. En cuanto a las MICs que estu-

mité de Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio, encargado de vigilar el funcionamiento y la aplicación del Acuerdo.

Finalmente, el Acuerdo dispone que a más tardar cinco años después de su entrada en vigor, el Consejo del Comercio de Mercancías de la OMC examinará su funcionamiento, a efectos de proponer, cuando proceda, modificaciones a su texto y de estudiar si el mismo debe complementarse con disposiciones relativas a la política de inversiones y competencia.

B. AGCS (*Acuerdo General sobre Comercio de Servicios-General Agreement on Trade in Services, GATS*)

El GATS es el acuerdo de la OMC que contiene la mayor cantidad de disposiciones relevantes para el tema del trato de la IED, tanto en materia de protección, como de liberalización. Ello obedece al reconocimiento de que la naturaleza propia del comercio de servicios requiere, en muchos casos, de la presencia física de largo plazo del proveedor del servicio en el mercado, lo que se materializa a través de la IED.³²

El GATS consta de tres partes fundamentales: un marco de normas y disciplinas generales aplicable a todas las medidas que afecten el comercio de servicios, compromisos específicos de trato nacional y acceso a mercados, aplicables únicamente a los sectores y subsectores incluidos en las listas de compromisos de cada país, y una serie de anexos específicos que detallan la manera en que las reglas se aplican a ciertos sectores en particular.

El GATS define el comercio de servicios en atención a los denominados cuatro “modos de prestación” o “modos de suministro” de un servicio: comercio transfronterizo, que no requiere el movimiento ni del prestador, ni del consumidor del servicio; movimiento del consumidor al territorio del prestador del servicio; establecimiento comercial de empresas extranjeras en el mercado a servir, y movimiento temporal de personas físicas. Aún cuando el GATS no menciona el término de IED, es claro que ésta se encuentra comprendida dentro del tercer modo de prestación de los

viera aplicando, los miembros tienen la obligación de notificarlas dentro de los noventa días siguientes a la entrada en vigor del Acuerdo y de eliminarlas en dos, cinco o siete años, según se trate de países desarrollados, en vías de desarrollo o menos adelantados.

³² Hoekman, Bernard, *Assessing the General Agreement on Trade in Services*, Martin and Winters (eds.), *op. cit.*, p. 89.

servicios, denominado presencia comercial, la cual es definida por el mismo acuerdo como “todo tipo de establecimiento comercial o profesional, a través, entre otros medios de: i) la constitución, adquisición o mantenimiento de una persona jurídica o ii) la creación o mantenimiento de una sucursal o una oficina de representación, dentro del territorio de un miembro con el fin de suministrar un servicio”.³³

Al no ser un acuerdo de inversión propiamente, el GATS no contiene el tipo de disciplinas usuales en éstos.³⁴ No obstante, sí comprende una serie de normas relevantes para la IED. Dentro de éstas, una de las más importantes es la obligación de brindar el trato de nación más favorecida a los servicios y proveedores de servicios de los países miembros en todos los sectores, la cual, sin embargo, se ve calificada por la posibilidad que tuvieron los países de incluir excepciones —en principio, temporales— a dicha obligación. Se incluyen también normas de aplicación general en las áreas de transparencia, divulgación de la información confidencial, participación creciente de los países en desarrollo, integración económica, acuerdos de integración de los mercados de trabajo, reconocimiento, excepciones y otros aspectos.

De gran relevancia son también las obligaciones de acceso a los mercados y trato nacional, las cuales, a diferencia de las anteriores, se aplican únicamente a los sectores incluidos en las listas de compromisos de cada país y con las condiciones, términos y salvedades especificadas en ellas.³⁵

33 Artículo XXVIII d.

Obsérvese que se trata de una definición que, si bien comprende aspectos relacionados con el pre y post establecimiento y que se aplica a las nuevas inversiones y a las existentes, su ámbito de aplicación es sustancialmente más limitado que el de aquellos acuerdos que utilizan una definición de la inversión basada en el concepto de activo. Sauvé, *op. cit.*, p. 9.

También son relevantes para la IED las disposiciones relacionadas con el movimiento de personas físicas, en tanto ellas afectan la posibilidad de los funcionarios de empresas transnacionales de moverse libremente entre la casa matriz y las empresas afiliadas en distintos países. Brewer y Young (1994), *op. cit.*, p. 73.

34 WTO, *op. cit.*, p. 71.

35 El GATS utiliza un sistema de “lista positiva” para identificar los sectores y subsectores en los que se asumen estos compromisos, pero un sistema de “lista negativa” para calificar con medidas disconformes —las cuales no hay obligación alguna de eliminar— esas obligaciones en cada sector o subsector. La obligación de brindar acceso a los mercados implica el compromiso de abstenerse de imponer una serie de limitaciones a los servicios y proveedores de servicios de los demás miembros, mientras que la obligación de trato nacional hace referencia a un trato no menos favorable que debe dispensarse a dichos servicios y proveedores de servicios. Otras normas aplicables únicamente a los sectores y subsectores comprendidos en las listas son relativas a reglamentación nacional, monopolios y proveedores exclusivos de servicios, pagos y transferencias y restricciones para proteger la balanza de pagos.

El GATS contiene ocho anexos, uno de ellos que incorpora las excepciones a la obligación de nación más favorecida, otro que se refiere al movimiento de personas físicas proveedoras de servicios y los seis restantes relacionados con sectores específicos, a saber, transporte aéreo, dos sobre servicios financieros, transporte marítimo, telecomunicaciones y negociaciones sobre telecomunicaciones básicas. Al amparo de varios de estos anexos, se han mantenido negociaciones desde que concluyó la Ronda Uruguay en una serie de sectores.³⁶

El GATS establece un Consejo del Comercio de Servicios en la OMC que velará por el funcionamiento del acuerdo, señala que los miembros entablarán sucesivas rondas de negociaciones, la primera de ellas a más tardar cinco años después de la entrada en vigor del mismo (1999), y periódicamente después, con objeto de alcanzar mayores niveles de liberalización en el comercio de servicios a nivel multilateral.

C. Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio ADPIC (TRIPs)

El Acuerdo sobre TRIPs no contiene disciplinas de inversión propiamente dichas. Sin embargo, es relevante en esta materia porque sus disposiciones en materia de protección, procedimientos domésticos de observancia y solución de controversias se relacionan directamente con el clima legal de la IED, en tanto la definición de inversión incluye, en muchos acuerdos internacionales —particularmente, los TBI—, la propiedad intelectual.³⁷ Dentro de este razonamiento, se considera que dicho Acuerdo generará una serie de externalidades positivas en relación con la protección de la inversión.³⁸

36 Véase “El irreversible auge del comercio de servicios”, *SELA, Notas Estratégicas*, núm. 34, septiembre de 1997, y “El Comercio de Servicios. Las Negociaciones Post-Ronda Uruguay”, *SELA*, Montevideo, Uruguay, 21 de octubre de 1996 (ALADI/CEPAL/III/RGPC/DT Núm. 3).

37 WTO, *op. cit.*, p. 71, véase “Inventores o plagarios: las aristas de la propiedad intelectual”, *SELA, Notas Estratégicas*, núm. 17, septiembre de 1995; también *Nuevas políticas de propiedad intelectual ¿arma de negociación o instrumento de desarrollo?*, 1995 y SELA, “Informe Final del Taller de Expertos en Derecho de Autor y Derechos Conexos en el Contexto de la Aplicación del Acuerdo TRIPs en Centroamérica”, San José, Costa Rica, 5-7 de mayo de 1997 (SP/TRIPs/Di Núm. 1).

38 Sauvé, *op. cit.*, p. 13.

V. REGULACIONES REGIONALES DE LA IED

1. *El TLC y las inversiones*

A. *Ámbito de aplicación del TLC*

Las disposiciones del TLC se aplican a las inversiones que realicen los inversionistas de un país miembro en territorio de otro, o las realizadas con anterioridad a la entrada en vigor del tratado. Se excluyen del ámbito de aplicación aquellas actividades económicas que expresamente se reservan los Estados firmantes.³⁹ Si las leyes mexicanas o sus reglamentos fueran reformados para permitir inversiones de capital privado en las actividades reservadas al Estado, se ha establecido que México puede imponer restricciones en la participación de inversiones extranjeras.

B. *Trato nacional y nivel mínimo de trato*

El capítulo XI del tratado establece que cada país otorgará a los inversionistas del TLC y a las inversiones que ellos realicen, trato no menos favorable que el que otorga a sus propios inversionistas (trato nacional) o a los inversionistas de otros países (trato de nación más favorecida). En lo que respecta a las disposiciones estatales, provinciales o municipales, el trato nacional será no menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios inversionistas.⁴⁰

Una reserva muy importante al principio general de trato nacional consiste en que los extranjeros, las empresas extranjeras o las sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros, no podrán adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas en una franja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 kilómetros en las costas (la zona prohibida).

39 México se reservó, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 25, 27 y 28 de su Constitución Política, el derecho de propiedad, para desempeñar con exclusividad y sin permitir inversiones en las siguientes actividades: a) petróleo y otros hidrocarburos; b) petroquímica básica; c) electricidad; d) energía nuclear; e) tratamiento de minerales radioactivos; f) comunicaciones vía satélite; g) servicio postal; j) ferrocarriles; k) emisión de billetes; l) acuñación de moneda; m) control, inspección y vigilancia de puertos marítimos y terrestres, así como aeropuertos y helipuertos. Véase Seymour J., Rubin y Dean C., Alexander, *NAFTA and Investment*, Estados Unidos, Kluwer Law International, 1995.

40 Cabe señalar que México formuló varias reservas al principio de trato nacional, especificando que para ciertas actividades económicas aún seguirá habiendo limitaciones a la inversión extranjera, la que no podrá participar en las actividades económicas reservadas de manera exclusiva a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros.

Sin embargo, podrán adquirir “certificados de participación inmobiliarios” (CPI) que otorgan al beneficiario el derecho de uso y goce sobre la propiedad.⁴¹

De igual forma, cada país se compromete a otorgar a las inversiones de países del TLC, trato justo y equitativo, así como plena seguridad y protección acordes con el derecho internacional.

C. Requisitos de desempeño

El TLC establece que ningún país miembro podrá imponer requisitos de desempeño a las inversiones en su territorio, tales como niveles de exportación, contenido nacional mínimo, trato preferencial a proveedores nacionales, importaciones sujetas a los ingresos por exportaciones, transferencia de tecnología y requisitos de fabricación de productos de una región determinada.⁴²

El TLC establece que se incrementará paulatinamente la autorización a las empresas maquiladoras para vender sus productos en el mercado doméstico mexicano, comenzando con el 55% del valor total de sus exportaciones al entrar en vigor el TLC, cantidad que se verá incrementada 5% cada año hasta llegar al 85% durante el séptimo año de la entrada en vigor del tratado. A partir del octavo año las maquiladoras no tendrán restricción alguna en lo que se refiere a su posibilidad de ventas en el mercado interno mexicano.⁴³

D. Transferencias

Los inversionistas de un país miembro del TLC pueden convertir la moneda en curso legal en divisas al tipo de cambio que prevalezca en el

41 Asimismo, México podrá revisar la adquisición directa o indirecta que realice un inversionista de Estados Unidos o de Canadá de más del 49% de la participación en una empresa establecida en México, cuando el valor de sus activos brutos sea superior a los umbrales aplicables a la entrada en vigor del tratado y subsecuentemente ajustados anualmente. La base para el cálculo de los umbrales será de 25 millones de dólares en los primeros tres años a partir de la entrada en vigor del TLC; 50 millones de dólares por el siguiente periodo de tres años; 75 millones de dólares por el siguiente periodo de tres años y 150 millones de dólares a partir del décimo año de entrada en vigor del TLC.

42 Sin embargo, México formuló distintas reservas a este apartado del TLC en relación con algunos casos concretos. Entre dichas reservas destaca el caso de la industria maquiladora de exportación, ya que se exige a dichas empresas que exporten la mayor parte de su producción, puesto que no pueden vender en el mercado interno mexicano más del 50% del total del valor de las exportaciones que hayan realizado en el año anterior.

43 TLC, anexo, lista de México.

mercado, de sus ganancias, ingresos derivados de una venta, pago de préstamos, u otras transacciones relacionadas con su inversión. Cada país miembro del TLC asegurará que esas divisas puedan transferirse libremente.

E. *Expropiación*

El TLC establece que ningún país miembro podrá nacionalizar o expropiar, de manera directa o indirecta, inversiones que realicen los empresarios de los países miembros del TLC, salvo por causas de utilidad pública, con base en el principio de no discriminación y de acuerdo con las formalidades que establece la ley. Los inversionistas afectados deberán recibir una indemnización cuyo monto será determinado conforme al valor justo de mercado de las inversiones expropiadas. Como podrá observarse dichas disposiciones se apegan a los mismos conceptos establecidos en el artículo 27 de la Constitución mexicana.

F. *Medio ambiente*

El tratado establece que ningún país deberá reducir sus normas ambientales como medio para atraer, expandir o conservar inversiones en su territorio. La violación de esta obligación podrá dar origen al inicio de consultas entre las partes con el fin de que se eviten incentivos de esta naturaleza.

G. *Solución de controversias*

El capítulo de inversiones del TLC establece que los inversionistas de los países miembros podrán reclamar el pago de daños pecuniarios por violaciones a las disposiciones de este apartado por parte del país receptor de la inversión, mediante procedimientos de arbitraje entre el inversionista y el Estado, o ejercitar los recursos disponibles ante los tribunales nacionales de ese país. Antes de llegar al proceso de arbitraje, las partes deberán de dirimir la controversia por medio de consultas o negociación.⁴⁴

Las reglas que deberán regir el procedimiento arbitral, y que deberán tenerse en cuenta antes de entablar una demanda, pueden ser cualquiera de las tres siguientes alternativas:

44 TLC, artículo 1118.

1. El Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965 (Convenio de CIADI), siempre que tanto el Estado al cual pertenece el inversionista reclamante como el Estado demandado, hayan suscrito y sean partes de dicho Convenio.
2. Las Reglas del Mecanismo Complementario del Convenio arriba citado (Reglas Complementarias del CIADI), cuando el Estado del inversionista reclamante o el Estado demandado, pero no ambos, sea parte del Convenio del CIADI.
3. Las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), que fueron aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de septiembre de 1976.⁴⁵

Cabe señalar que México todavía no firma el Convenio de CIADI.

Existen únicamente dos tipos de resoluciones que un tribunal arbitral puede dictar en contra de un Estado firmante del TLC: a) pago de daños pecuniarios e intereses o b) la restitución de la propiedad, o en sustitución, el pago de daños pecuniarios más intereses.

Asimismo establecen exclusiones de la aplicación del procedimiento arbitral, entre otros en los siguientes casos: cuando se involucran aspectos de seguridad nacional, o en las cuestiones que cada Estado haya señalado en lo particular en el anexo 1138.2. En el caso particular de México las decisiones de la CNIE que resulten de someter a su revisión una inversión para la adquisición o establecimiento en las actividades restringidas señaladas en el anexo 1, así como para la adquisición de más del 49% en actividades no restringidas cuando el monto de la inversión sea superior a los umbrales aplicables.

Las excepciones son necesarias, pues la cláusula Calvo requiere que los inversionistas extranjeros en México se consideren como nacionales con respecto a su inversión y convienen en no invocar la protección de su gobierno en relación con dicha inversión. En consecuencia, únicamente tienen a su alcance los dos recursos que se han mencionado.

No obstante lo anterior, es probable que México modifique sus bases constitucionales y legales que impone la cláusula Calvo en sus tratados con inversionistas extranjeros, en vista de que por el momento se puede

45 TLC, artículo 1120.

interpretar como un impedimento para someterse al arbitraje para la solución de controversias con inversionistas extranjeros.

Bajo estas circunstancias, es probable que México se vea en la necesidad de modificar su postura frente a instituciones tales como el CIADI, el MIGA y la propia cláusula Calvo, aceptando el arbitraje internacional como un medio de solución a posibles conflictos, con lo cual se incrementaría notablemente la confianza del inversionista extranjero, y no únicamente del estadounidense y canadiense, para invertir en México.⁴⁶

2. El Mercosur y las inversiones directas⁴⁷

Mercosur, convenio de mercado común entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, fue creado en 1991 por el Tratado de Asunción, el que aboga por: a) la eliminación gradual de todos los aranceles al comercio entre los países signatarios, y b) el establecimiento de un arancel externo común.⁴⁸

Se espera que para el 2006 se haya alcanzado la total integración del mercado común, y con ese fin se ha puesto en marcha un proceso de armonización de las políticas que incluye las medidas económicas, de infraestructura, ambientales, tecnológicas y normativas. El Protocolo de Ouro Preto, firmado en diciembre de 1994, confirmó la eficacia de la zona de libre comercio y la unión aduanera y representó un paso de avance en el proceso de creación de la organización institucional del Mercosur.⁴⁹

Han habido importantes adelantos en materia de reglamentación de las inversiones extranjeras directas. Los países miembros han firmado los dos instrumentos siguientes, concebidos para promover las inversiones extranjeras directas:

46 La entrada en vigor del Tratado Trilateral de América del Norte, ha permitido a México alcanzar un récord en términos de flujo de inversión extranjera, en vista de que en el periodo enero-noviembre de 1993 ascendió a 11,500 millones de dólares. El TLC de América del Norte se ha convertido en un imán para los inversionistas extranjeros, de tal suerte que el saldo de la inversión extranjera en México ascendió a 50,211 millones de dólares en diciembre de 1992.

47 OECD Proceedings. Políticas de Inversiones en América Latina y Reglas Multilaterales de Inversiones.

48 Con la entrada en vigor de la Unión Aduanera del Mercosur el 1o. de enero de 1995, quedaron abolidos los derechos de aduana para el comercio dentro de la jurisdicción del Mercosur de 8,000 categorías de productos, que representan un 80% de los intercambios comerciales entre los países signatarios. Las excepciones a ese régimen incluyen los automóviles, los productos petroquímicos, el acero y los textiles, que continúan protegidos por aranceles transitorios hasta 1999. Desde la entrada en vigor del acuerdo, el comercio entre los países miembros ha experimentado un aumento del 400%.

49 Con una población de 200 millones de habitantes, un PIB total que se eleva aproximadamente a 1 billón de dólares y un territorio caracterizado por su riqueza en recursos naturales, Mercosur es una de las regiones más promisorias en términos de actividad económica, tanto real como potencial.

- El Protocolo del Mercosur para las inversiones extranjeras directas originarias de la intrazona, firmado el 17 de enero de 1994 (el Protocolo Intrazona) y
- El Protocolo del Mercosur para las inversiones extranjeras directas originarias de la extrazona, del 5 de agosto de 1995 (el Protocolo Extrazona).

La estructura y los principios básicos de ambos protocolos son similares. En este documento se destacarán los principios fundamentales, las similitudes y las diferencias fundamentales entre ambos instrumentos analizados. Para ello, las principales cuestiones se examinarán siguiendo el orden en que se abordan en los protocolos.

A. *Finalidades de los protocolos*

El propósito fundamental del Protocolo Intrazona consiste en la creación de condiciones favorables para los inversionistas de los países del Mercosur, estimulando así la cooperación y la integración económica entre ellos.

Una de las finalidades más importantes del Protocolo Extrazona (además de lo ya señalado) es prevenir la existencia de reglamentos contradictorios en materia de inversiones extranjeras directas en los países miembros receptores de esas inversiones, por lo que respecta a las inversiones provenientes de terceros países.

B. *Definición de inversión*

La definición de inversión en ambos protocolos es idéntica e incluye.

- Bienes muebles e inmuebles, incluidas hipotecas y garantías;
- Acciones, cuotas sociales y todo tipo de propiedad sobre personas jurídicas;
- Instrumentos de crédito y derechos que impliquen contenido económico, préstamos directamente relacionados con las inversiones;
- Propiedad intelectual, derechos de autor, propiedad industrial, patentes, diseños industriales, marcas registradas, nombres comerciales y conocimientos técnicos;
- Concesiones otorgadas públicamente, incluidas las concedidas para la exploración y explotación de recursos naturales.

Esta definición, que forma parte de ambos protocolos, es un elemento fundamental para otras cuestiones que son pertinentes para las inversio-

nes extranjeras directas. Reposa sobre la base de un criterio amplio que se traduce en una extensa protección jurídica para las inversiones extranjeras, en total acuerdo con el objetivo declarado en el informe de CIME y CMIT de 1995 a los ministros.⁵⁰

C. *Definición de inversionista*

El Protocolo Intrazona da la siguiente definición de los inversionistas:

- Ciudadanos de los países signatarios, residentes permanentes y personas domiciliadas en esos países, con arreglo a los reglamentos respectivos;
- Personas jurídicas registradas y domiciliadas en los países signatarios;
- Personas jurídicas registradas en los países receptores de inversiones, que sean propiedad o estén controladas por personas mencionadas en i) y ii).

El Protocolo Extrazona da la siguiente definición de los inversionistas:

- Ciudadanos de países signatarios, y de terceros países, residentes permanentes y personas domiciliadas en esos países, con arreglo a los reglamentos respectivos;
- Personas jurídicas registradas y domiciliadas en los países signatarios y en terceros países;
- Personas jurídicas registradas en otros países, que son propiedad o están controladas por personas mencionadas en i) y ii).

D. *Definición de ingreso*

En ambos protocolos, la definición de ingreso incluye todas las sumas generadas por una inversión, incluidos los ingresos, beneficios, dividendos, intereses, regalías y otros ingresos corrientes.

50 Los criterios mencionados están en armonía con varios documentos multilaterales, incluidas las directrices del Banco Mundial relativas al marco jurídico para el trato de la inversión extranjera, el Convenio Constitutivo del OMGI (artículo 12) y el Convenio del CIADI (artículo 25).

E. Trato en la fase previa al establecimiento de las inversiones

En virtud del Protocolo Intrazona, los países miembros del Mercosur estimularán las inversiones que se originen en otros países miembros y admitirán esas inversiones otorgándoles un trato no menos favorable que el acordado a sus propios inversionistas o a las inversiones de inversionistas de terceros países. Se permite a las partes que se reserven el derecho de mantener excepciones transitorias, como se indica en el anexo del Protocolo.

Los países miembros del Mercosur, en calidad de signatarios del Protocolo Intrazona, se comprometen a trabajar con denuedo para eliminar las restricciones de que se tenga noticia. Están previstas reuniones periódicas con el fin de tomar medidas complementarias para la eliminación gradual de esas restricciones.

Al tenor del Protocolo Extrazona, los Estados miembros del Mercosur estimularán las inversiones provenientes de terceros países admitiendo esas inversiones con arreglo a lo dispuesto en sus respectivos reglamentos nacionales.

F. Trato nacional

En el Protocolo Intrazona se afirma que los Estados miembros del Mercosur otorgarán trato justo y equitativo a las inversiones de inversionistas de otros Estados miembros. Queda prohibido el trato discriminatorio. Se garantiza protección jurídica plena a esas inversiones, así como un trato no menos favorable que el acordado a los inversionistas nacionales o a los de terceros países. Están también prohibidos los requisitos de desempeño consistentes en condiciones de exportación, contenido local o similares.

En el Protocolo Extrazona se declara que los países signatarios concederán trato justo y equitativo a las inversiones de los inversionistas de terceros países. Está prohibido el trato discriminatorio. Cada país signatario concederá protección jurídica total y puede otorgar trato no menos favorable que el concedido a los inversionistas nacionales o a las inversiones de inversionistas de terceros países. Los países signatarios no concederán a terceros países los beneficios o el trato preferencial que se deriven de: a) su participación en zonas de libre comercio, uniones aduaneras, o acuerdos regionales similares y b) acuerdos fiscales internacionales.

Como se describe en ese documento, ambos protocolos establecen el trato nacional para los inversionistas extranjeros. Sin embargo, existe una ligera diferencia entre ellos, ya que en el Protocolo Intrazona se afirma que los Estados miembros del Mercosur deberán otorgar ese trato a las inversiones que se originen en otros países miembros del acuerdo regional, mientras que en el Protocolo Extrazona se admite la posibilidad de que los países signatarios otorguen trato nacional a las inversiones que se originan en terceros países.⁵¹

Los protocolos del Mercosur, en su calidad de instrumentos basados en el principio del trato nacional, demuestran estar en clara armonía con la sección relativa al trato nacional en la Declaración de la OCDE sobre Inversiones Internacionales y Empresas Transnacionales y en los Códigos de la OCDE de Liberalización de los Movimientos de Capital y las operaciones invisibles corrientes.⁵²

G. Expropiación-interés público

De acuerdo con el Protocolo Intrazona, los países miembros del Mercosur no podrán aplicar medidas de nacionalización ni de expropiación contra inversiones situadas en sus territorios que pertenezcan a inversionistas de otros países miembros del Mercosur. En casos excepcionales, puede haber expropiación por razones de utilidad pública sobre una base no discriminatoria y después del debido proceso judicial. La compensación debe ser adecuada, eficaz y previa a la incautación de los bienes. Deberá determinarse sobre la base del valor real antes del anuncio público de la expropiación. Todo aplazamiento del pago devengará intereses.

En virtud del Protocolo Extrazona, la expropiación por parte de los países miembros del Mercosur de inversiones pertenecientes a inversionistas de terceros países estará permitida solamente cuando existan razones de utilidad pública o interés social que lo justifiquen, sobre una base

51 En este caso, así como en los que se mencionan más adelante, debe tenerse en cuenta que, a pesar de las diferencias señaladas entre los protocolos, los países signatarios pueden conceder trato idéntico a las inversiones que se originan en los países del Mercosur y en otros países, con arreglo a sus respectivos reglamentos internos.

52 Por otra parte, los protocolos del Mercosur, en calidad de regímenes orientados al trato nacional, están en consonancia con imperantes precedentes, incluidos el Código Internacional de Trato Justo para la Inversión Extranjera de 1949 (artículos 3o. y 5o.), el Proyecto de Código de Conducta de las Naciones Unidas sobre las Empresas Transnacionales de 1990, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (artículo III sobre comercio internacional), y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (artículo 1102).

no discriminatoria y después del debido proceso judicial. La compensación será justa, adecuada y en los plazos previstos. El monto de la compensación se determinará atendiendo al valor real.

El Protocolo Intrazona establece la reglamentación más pormenorizada para las expropiaciones, que se presenta a continuación:

- Deberá pagarse compensación con anterioridad a la incautación;
- Todo aplazamiento de los pagos devengará interés; y
- Los pagos deberán efectuarse atendiendo al valor real de los bienes en cuestión antes del anuncio de su expropiación, con el fin de evitar la reducción del valor causada por la posible incautación.⁵³

H. *Conflictos civiles, emergencia nacional, insurrección*

Ambos Protocolos incluyen cobertura para riesgos políticos. En casos de daños y pérdidas ocasionadas por guerras, emergencias nacionales e insurrecciones, se pagará indemnización y compensación basadas en un trato no menos favorable que el acordado a los inversionistas nacionales o a los de terceros países.

I. *Transferencias*

Ambos Protocolos permiten la libre transferencia de fondos, incluidos:

- El capital y las sumas adicionales para el mantenimiento y explotación de la inversión;
- Los beneficios, utilidades, intereses, dividendos y otros tipos de ingreso corriente;
- Los fondos para el reembolso de préstamos, cuando se trate de préstamos relacionados con inversiones extranjeras;
- Las regalías, derechos y otros pagos relacionados con propiedad intelectual, derechos de autor, patentes, diseños industriales, marcas registradas, nombres comerciales y conocimientos técnicos;
- Los fondos provenientes de la liquidación o venta de bienes;
- Compensación, indemnización y salarios pagados en caso de expropiación y daños causados por guerra, rebeliones, etcétera.

53 Los puntos mencionados no están contemplados específicamente en el Protocolo Extrazona, que permite a los países signatarios aplicar su legislación nacional respectiva.

Conforme a lo dispuesto en los dos protocolos, las transferencias deberán llevarse a cabo sin dilación y en moneda libremente convertible. El Protocolo Intrazona añade que las transferencias deberán hacerse a las tasas vigentes en el mercado. Desde ese punto de vista, el Protocolo Intrazona presenta un reglamento más pormenorizado. Sin embargo, en el Protocolo Extrazona no se hace referencia a los tipos de cambio extranjero, lo que permite a los países signatarios aplicar su legislación nacional respectiva.⁵⁴

J. Subrogación

Ambos protocolos reconocen procedimientos de subrogación a favor de entidades y/o países que ofrezcan cobertura contra riesgos no comerciales al amparo de convenios de garantía.

Además, el Protocolo Intrazona establece que en los casos en que se efectúe subrogación, el inversionista no podrá entablar reclamación a menos que esté autorizado especialmente por el país u organismo respectivo. Esa disposición complementaria no está incluida en el Protocolo Extrazona, los países signatarios pueden aplicar su legislación nacional respectiva.

K. Aplicación de la legislación más favorable

En virtud del Protocolo Intrazona, los reglamentos más favorables contenidos en las legislaciones de los países signatarios así como las obligaciones que prescribe el derecho internacional, tanto existentes como las que se promulguen en un futuro, y los acuerdos especiales entre países signatarios e inversionistas tendrán precedencia sobre las disposiciones de este protocolo.

Esa cláusula otorga flexibilidad al régimen establecido en el Protocolo Intrazona, permitiendo a los países signatarios otorgar trato más favorable a los inversionistas extranjeros.

L. Solución de controversias

De conformidad con el Protocolo Intrazona, las diferencias entre Estados contratantes acerca de la interpretación o aplicación de ese instru-

54 Los protocolos del Mercosur, como se describen en este documento, están en consonancia con los principios del Código de la OCDE de Liberalización de Movimientos de Capital, y están acordes también con el Código de la ICC (artículo 9o.), el Acuerdo de la ASEAN (artículo VII), y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (artículos XI y XII).

mento se tratarán de resolver atendiendo a lo dispuesto en el Protocolo de Brasilia sobre el Sistema Transitorio de Solución de Controversias del 17 de diciembre de 1991.⁵⁵

Las controversias entre inversionistas y Estados contratantes cubiertas por el Protocolo Intrazona serán tratadas como sigue, atendiendo siempre con la preferencia del inversionista:

- Intervención de los cortes locales del país receptor de la inversión;
- Arbitraje internacional *ad hoc* (reglas de la UNCITRAL) o institucional (CIADI);
- Sometimiento al Régimen Permanente de Solución de Controversias del Mercosur que se promulgará dentro del contexto del Tratado de Asunción por el que se constituyó el Mercosur.

En el Protocolo Extrazona, las diferencias entre Estados se tratarán de resolver por vía diplomática y mediante arbitraje internacional alternativo; las controversias entre inversionistas y el Estado se tratarán de acuerdo con el siguiente sistema de procedimiento:

- Las controversias deberán ser objeto primeramente de consultas amigables;
- Si no se encuentra solución a la controversia dentro de un periodo de tiempo razonable, el inversionista puede solicitar la intervención de los tribunales del país receptor de la inversión; otra posibilidad sería someter el caso a arbitraje internacional *ad hoc* o institucional. Una vez que se ha optado por una de las opciones, la decisión será definitiva;
- El arbitraje internacional aplicará las disposiciones del protocolo respectivo, los reglamentos en vigor en el país receptor de la inversión, los acuerdos específicos relacionados con la inversión afectada, y los principios generales del derecho internacional.

55 El Protocolo de Brasilia crea un sistema transitorio de solución de controversias que continuará teniendo validez hasta que se cree un Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común. Incluye varias etapas de procedimiento para la solución de controversias, a saber:

- Negociaciones directas (plazo de 15 días);
- Elevación de la controversia al Grupo Mercado Común (autoridad regional), adopción de recomendaciones por el Grupo Mercado Común (plazo de 30 días);
- Arbitraje *ad hoc* por parte de expertos propuestos por los países signatarios.

En ambos protocolos, las decisiones arbitrales serán excluyentes y obligatorias para las partes de la controversia. El país receptor de la inversión hará que se cumplan esas decisiones de conformidad con la legislación local.⁵⁶

VI. LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN⁵⁷

1. *Ámbito de aplicación*

Todos los TBI determinan su ámbito de aplicación definiendo a las inversiones y a los inversionistas cubiertos por sus disposiciones y que por ende goza de la protección que ellos acuerdan. Los TBI más recientes tienen un ámbito de aplicación más amplio que los acuerdos clásicos sobre inversiones.⁵⁸

2. *Formas de inversión*

Al definir las formas de inversiones cubiertas por el acuerdo, la mayor parte de los TBI se refieren a “todo tipo de activos”. Los TBI suscritos por Estados Unidos utilizan la expresión “cualquier clase de inversión”. Esta fórmula general es ilustrada comúnmente en todos los TBI con una lista no taxativa de ejemplos.⁵⁹

56 Las disposiciones en materia de solución de controversias contenidas en los protocolos del Mercosur están en consonancia con el artículo X del acuerdo de la ASEAN, por el que se pone en marcha el arbitraje internacional después de una etapa inicial de negociaciones amigables. El sistema de solución de controversias de los protocolos prevé un mecanismo análogo al adoptado en el capítulo XI del TLC, en el sentido de que reconoce al inversionista la posibilidad de acceder al arbitraje internacional si así lo desea.

57 Trebilcock, Michael J. y Howse, Robert, *The Regulation of the International Trade*, Londres, Edit. Londres y Nueva York, 1997.

58 Estos nuevos instrumentos han ampliado su definición de inversiones cubiertas a modo de incluir nuevas formas de transacciones, y se aplican a un grupo de inversionistas más diversificado. Existe un importante grado de uniformidad en el tipo de lenguaje usado a esos efectos. Los TBI que han sido firmados entre países de la región en los últimos cinco años siguen esta misma tendencia.

59 Típicamente, esa lista incluye: bienes muebles e inmuebles así como los otros derechos reales relacionados, tales como: hipotecas o derechos de prenda; acciones, cuotas sindicales, obligaciones comerciales y toda otra forma de participación en una compañía, empresa o joint venture; dinero, títulos de crédito y todo otro derecho o prestación contractual que tengan un valor financiero y préstamos directamente relacionados con una inversión específica; derechos de propiedad intelectual, incluyendo derechos relacionados con derechos de autor, patentes, marcas como así también nombres comerciales, diseños industriales, valor llave, secretos comerciales y transferencia de conocimientos tecnológicos; derechos otorgados por ley o por contratos para llevar a cabo cualquier actividad económica y comercial, incluyendo cualquier derecho para la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales.

3. *Inversionistas*

En general, los TBI definen a los “inversionistas” o “nacionales” que han de recibir los beneficios de la protección que concede el Acuerdo. Típicamente, la definición abarca: a) personas naturales y b) personas jurídicas u otras entidades legales.

Personas naturales: casi todos los TBI exigen que las personas naturales sean nacionales de una parte contratante para que puedan considerarse “inversionistas” conforme a sus disposiciones. Normalmente, la definición de nacional está sujeta a la legislación interna sobre nacionalidad de cada parte. En muy raros casos, no sólo los ciudadanos, sino también residentes permanentes se consideran nacionales conforme al tratado.⁶⁰

Personas jurídicas: en general, puede afirmarse que se usa la combinación de diferentes criterios en los casos en que los Estados tienen interés en restringir los beneficios del Acuerdo a las entidades legales que efectivamente mantienen vínculos con el país de origen. Por el contrario, cuando el objetivo consiste en ampliar el campo de aplicación, los TBI ofrecen la posibilidad de aplicar diferentes criterios en forma alternativa.⁶¹

4. *Aplicación en el tiempo*

Normalmente, los TBI incluyen disposiciones relativas a la entrada en vigor del tratado, así como a su duración. Con algunas variaciones, la fórmula más común consiste en prever que el tratado entre en vigor un mes después de la fecha de intercambio de instrumentos de ratificación y

60 En la mayor parte de los TBI firmados por Argentina dentro del hemisferio, así como en los casos de los TBI Chile-Ecuador y Ecuador-El Salvador el tratado no se aplica a inversiones efectuadas por personas naturales del país de origen si han estado domiciliadas en el país anfitrión por más de dos años, a menos que se pruebe que las inversiones han sido administradas desde el exterior.

61 En los TBI se usan diferentes criterios para definir la nacionalidad de una compañía o entidad legal para concederle los beneficios propios de un “inversionista” conforme al acuerdo:

- Constitución: los países con tradición de derecho consuetudinario utilizan el lugar de constitución de una compañía para determinar su nacionalidad.
- Asiento: los países de derecho civil tradicionalmente se basan en el lugar en que está instalada la administración o en el que tiene asiento la compañía. En el caso de los TBI suscritos entre países latinoamericanos, este criterio se combina con el del lugar de constitución y, en algunos casos, con el requisito de que la compañía realmente realice actividades económicas efectivas en el país de origen.
- Control: en algunos casos, los TBI usan el control de la compañía por parte de nacionales como único criterio para determinar su nacionalidad. Así sucede con el TBI suscrito entre Colombia y Perú. En otros casos se usa como posible alternativa a los criterios del asiento o la constitución.

se mantenga en vigor por un periodo inicial de diez años, generalmente renovable conforme a procedimientos establecidos en el Acuerdo.⁶²

5. Cláusulas de admisión

En los tratados bilaterales de inversiones, la sección sobre admisión se refiere a la entrada de inversiones e inversionistas de una parte contratante en el territorio de la otra parte contratante. En general, el tema de la admisión se trata en la disposición sobre promoción de inversiones, o en la referente a promoción y protección de las inversiones. La cláusula más representativa tiene el texto siguiente: *Cada una de las partes contratantes promoverá, en su territorio, inversiones de inversionistas de la otra parte contratante y admitirá esas inversiones conforme a sus leyes y reglamentos. No existe referencia expresa a leyes o requisitos internos.*⁶³

6. Cláusulas de tratamiento

Con la excepción de los TBI de Estados Unidos, “tratamiento es un término amplio, que... se refiere al régimen jurídico que se aplica a las inversiones una vez que han sido admitidas por el Estado anfitrión”. El caso de los TBI de Estados Unidos es diferente en la medida en que las disposiciones sobre tratamiento se aplican a los procedimientos de admisión y a las inversiones posteriores al establecimiento. En la mayoría de los TBI se exigen los cinco principios siguientes: tratamiento justo y equitativo; alguna forma de protección; no discriminación; trato nacional y cláusula de la nación más favorecida.

Tratamiento justo y equitativo y protección y seguridad plenas: todos los tratados incluyen una cláusula de tratamiento justo y equitativo sin definir ese concepto. No obstante, algunos tratados hacen referencia al derecho internacional estableciendo que el tratamiento justo y equitativo

62 Frecuentemente y apartándose de lo que era común en acuerdos anteriores, los TBI establecen que sus disposiciones se aplican no sólo a inversiones efectuadas después de la entrada en vigor del tratado sino también a los anteriores a esa fecha. Si bien en algunos casos ello forma parte de la definición de las inversiones cubiertas, en otros se incluye una disposición separada a esos efectos en la sección referente a la aplicación en el tiempo del tratado. Este último enfoque se usa en todos los TBI firmados por Estados Unidos con países de la región.

63 No obstante, los TBI Argentina-Canadá y Canadá-Uruguay establecen que ninguna disposición de esos acuerdos impedirá a cualquiera de las partes contratantes dictar leyes y reglamentaciones relativas al establecimiento de una nueva empresa o la adquisición de una empresa en su territorio, siempre que las leyes y regulaciones se apliquen igualmente a todos los inversionistas extranjeros (cláusula de la nación más favorecida).

deberá ser congruente con los principios del derecho internacional. En los TBI de Estados Unidos, la disposición sobre tratamiento justo y equitativo se combina con la referente a protección y seguridad plenas.

No discriminación: casi todos los tratados prohíben la discriminación contra las inversiones de inversionistas de la otra parte contratante. Los TBI de Canadá son los únicos tratados que no contienen una disposición que se refiera específicamente a esta cuestión. Una cláusula representativa de los TBI de países distintos de Estados Unidos establece lo siguiente: ninguna de las partes contratantes podrá impedir con medidas arbitrarias y discriminatorias, la libre administración, utilización, uso, goce o disposición de las inversiones por los nacionales de la otra parte contratante (Bolivia-Perú, artículo 3,1).⁶⁴

Trato nacional y de NMF: en todos los tratados se prevé el trato nacional y de NMF. En la mayoría de los tratados se establece que cada parte contratante deberá conceder un tratamiento no menos favorable que el que concede a las inversiones de sus propios nacionales o compañías o las de terceros Estados,⁶⁵ se destaca que una parte contratante puede conceder el trato de NMF a inversionistas de la otra parte contratante si ese tratamiento es más favorable que el que acuerda a sus propios inversionistas.⁶⁶

Excepciones: en la mayoría de los tratados se prevén excepciones explícitas, especialmente con respecto al trato nacional de la NMF. Las dos excepciones más comunes son las relacionadas con: 1) privilegios que cualquiera de las dos partes contratantes conceda a inversionistas de un tercer Estado debido a que son miembros de, o están asociados con, una zona de libre comercio, una unión aduanera, un mercado común o un acuerdo regional; 2) preferencias o privilegios resultantes de un acuerdo internacional relacionado plena o principalmente con asuntos tributarios.

64 Los TBI de Estados Unidos utilizan un texto similar: ninguna de las partes podrá menoscabar en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias y discriminatorias, la dirección, la explotación, el funcionamiento y la venta u otra disposición de las inversiones protegidas (TBI Honduras-Estados Unidos, artículo ii (3)(a)).

65 Por ejemplo Argentina-Chile, Argentina-Ecuador, Argentina-Jamaica, Barbados-Venezuela, Bolivia-Ecuador, Brasil-Venezuela, Chile-Ecuador, Colombia-Perú, Ecuador-El Salvador, Ecuador-Paraguay y Ecuador-Venezuela. En algunos tratados Bolivia-Chile, Bolivia-Perú, Chile-Paraguay, Chile-Uruguay, Chile-Venezuela y Paraguay-Perú.

66 Como ya se señaló, los TBI de Estados Unidos también requieren la aplicación del trato nacional o, si fuera mejor, el de nación más favorecida. No obstante, el TBI Canadá-Trinidad y Tobago, así como los tratados bilaterales de inversiones de Estados Unidos estipulan que ese tratamiento sólo se aplica en “circunstancias similares” (Canadá-Trinidad y Tobago) o en “situaciones análogas” (TBI de Estados Unidos).

Requisitos de desempeño: los TBI de Estados Unidos disponen que no podrán preceptuarse ni hacerse cumplir requisitos de desempeño (por ejemplo alcanzar determinado nivel o porcentaje de contenido local; limitar importaciones y ventas y transferir tecnología) como condición para el establecimiento, la adquisición, la expansión, la dirección, la explotación o el funcionamiento de una inversión protegida.

Pérdidas debidas a conflictos: en la mayoría de los tratados se dispone que los nacionales o compañías de cualquiera de las dos partes contratantes cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra parte contratante debido a guerras u otros conflictos armados, revoluciones, estados de emergencia nacional, perturbaciones civiles u otros hechos similares, recibirán un tratamiento, en relación con restituciones, indemnizaciones, compensaciones o reparaciones, no menos favorable que el acordado por la otra parte contratante a sus propios inversionistas o a inversionistas de cualquier tercer Estado. En varios tratados se destaca el carácter de transferible de esos pagos.⁶⁷

A. Cláusulas sobre transferencias

Tipos de pagos: todos los tratados bilaterales de inversiones disponen que el país anfitrión debe garantizar a los inversionistas de la otra parte contratante la transferencia de fondos relacionados con inversiones. Aunque casi todos los tratados⁶⁸ definen en detalle qué tipo de pagos deben incluirse en la cláusula sobre transferencias, la mayor parte de los tratados hacen hincapié en que la garantía de la transferencia de fondos no está limitada a esa lista. En general, siempre se incluyen en los tipos de transferencia de fondos que por definición deben garantizarse los siguientes: rentabilidad (ganancias, intereses, dividendos y otros ingresos en moneda); reembolso de préstamos, y el producto de la liquidación total o parcial de una inversión.⁶⁹

Convertibilidad, tipos de cambio y momento de la transferencia: en la mayoría de los tratados se estipula que las transferencias deben reali-

67 Los TBI de Estados Unidos disponen que debe aplicarse el trato nacional o el de nación más favorecida, si este último fuera más favorable.

68 Las excepciones son los tratados Barbados-Venezuela y Panamá-Estados Unidos.

69 Además, suelen mencionarse otros tipos de pagos; por ejemplo: aportes adicionales al capital para el mantenimiento o desarrollo de una inversión; gratificaciones y honorarios; salarios y otra remuneración obtenida por un ciudadano de la otra parte contratante; y compensaciones o indemnizaciones. En los TBI de Estados Unidos se incluyen también los pagos provenientes de controversias sobre inversiones.

zarse en una moneda convertible. En algunos se establece que puede ser la moneda en que se hayan efectuado las inversiones o en cualquier moneda convertible. En casi todos los tratados se destaca que las transferencias deben efectuarse sin demora, siendo las excepciones los tratados bilaterales de inversiones Bolivia-Ecuador y Panamá-Estados Unidos.⁷⁰

B. Expropiación

Siguiendo lo generalmente aceptado en derecho internacional. Los TBI firmados entre países del hemisferio occidental prohíben la expropiación de inversiones, salvo cuando se cumplen ciertas condiciones. Típicamente los TBI requieren que las expropiaciones se realicen con fines de utilidad pública, de conformidad con el debido proceso legal y mediante pago de una indemnización.⁷¹ Las condiciones establecidas generalmente para realizar una expropiación son:

Utilidad pública y no discriminación: todos los tratados incluyen una disposición conforme a la cual sólo se puede efectuar una expropiación por razones de “utilidad pública”. Pese al hecho de que el concepto es difícil de definir en términos precisos, existe consenso general de que un Estado sólo puede adoptar medidas expropiatorias cuando existe un interés colectivo que las justifica, y no una mera motivación personal o individual. En general, los TBI utilizan la expresión “utilidad pública”. Algunos tratados agregan expresiones como “interés nacional”, “uso público”, “beneficio público”, “interés social” o “seguridad nacional”.⁷²

Debido proceso legal y revisión judicial: típicamente, los TBI requieren que la expropiación se realice de conformidad con el debido proceso legal. En algunos casos, los tratados incluyen disposiciones adicionales que estipulan que las expropiaciones estén sujetas a revisión judicial.

70 El tratado Ecuador-El Salvador y los TBI de Chile son los únicos que definen el concepto “sin demora”, que significa el tiempo normal necesario para cumplir las formalidades con respecto a la transferencia. Este “tiempo normal” no debe pasar de treinta días (Bolivia-Chile, Chile-Paraguay, Chile-Uruguay), sesenta días (Chile-Ecuador, Ecuador-El Salvador), dos meses (Argentina-Chile, Chile-Venezuela) o seis meses (Brasil-Chile).

71 Las cláusulas de expropiación generalmente se refieren a la expropiación y nacionalización, cubren, asimismo, las medidas de expropiación indirecta (*creeping expropriation*) cuando utilizan expresiones tales como “medidas indirectas que surten el mismo efecto”. En los tratados no se distingue entre esos conceptos en cuanto a sus consecuencias jurídicas.

72 Prácticamente todos los TBI estipulan que el Estado expropiante no debe discriminar al realizar una expropiación. Esas disposiciones reiteran el principio general de no discriminación que típicamente se incluye en todos los TBI.

Indemnización: en caso de expropiación, todos los TBI requieren el pago de una indemnización. Históricamente, el criterio para determinar el monto de esta indemnización ha constituido, sin embargo, una cuestión polémica. La gran mayoría de los TBI usan como referencia la fórmula Hull, según la cual la indemnización debe ser “pronta, adecuada y efectiva”. Sólo en muy pocos casos (Brasil-Venezuela, Ecuador-Paraguay, Perú-Paraguay) se usa la expresión más general “justa compensación”.⁷³

C. Diferencias entre partes contratantes

En los TBI se dispone que las diferencias entre Estados, referentes a la interpretación o aplicación del tratado, deben ser sometidas, a solicitud de cualquiera de las dos partes, a tribunales arbitrales *ad hoc*. El arbitraje, sin embargo, debe ser precedido por consultas.⁷⁴ Sólo hay diferencias en cuanto al periodo de tiempo que los TBI conceden para que la controversia sea resuelta a través de consultas antes de que sea sometida a procedimientos de arbitraje.⁷⁵

En general, los TBI establecen algunas normas para la constitución del tribunal *ad hoc*.⁷⁶ Los tratados incluyen también procedimientos para los casos en que no puede llegarse a un acuerdo respecto a los nombramientos, o cuando otras circunstancias impiden la constitución del tribunal.

Normalmente, se incluyen en el acuerdo algunos procedimientos generales que debe observar el tribunal arbitral.⁷⁷ En la mayoría de los casos, los TBI no fijan plazos para que el tribunal arbitral dicte su deci-

73 En relación con el valor de las inversiones expropiadas, la mayor parte de los tratados usan la expresión “valor de mercado”, o “justo valor de mercado”, en tanto que otros usan expresiones como “valor genuino”. En general, esos TBI incluyen el requisito de que el pago sea plenamente realizable, libremente transferible y efectuado sin demora.

74 Típicamente, los TBI requieren que las disputas, siempre que sea posible, sean resueltas amistosamente a través de consultas o canales diplomáticos.

75 Ese periodo varía entre tres, seis y doce meses, aunque en algunos casos no se define el límite.

76 Generalmente prevén que cada parte nombre un árbitro, por lo general dentro de un periodo de dos meses. Esos árbitros deben seleccionar al nacional de un tercer Estado para que actúe como presidente del Tribunal dentro de un periodo que oscila, dependiendo del tratado, entre uno, dos, tres o cinco meses, aunque un periodo de dos meses parece la fórmula más usada.

77 Las disposiciones establecen, a este respecto, que las decisiones del tribunal deben ser adoptadas por mayoría de votos, ser definitivas y obligatorias para ambas partes. Aparte de esas indicaciones básicas, los TBI dejan en manos del mismo tribunal determinar sus propios procedimientos. Los TBI celebrados por Estados Unidos refieren a las normas de arbitraje de CNUDMI cuando no puede alcanzarse un acuerdo sobre los procedimientos.

sión.⁷⁸ Finalmente, algunos tratados incluyen una referencia a la ley que deben aplicar los tribunales arbitrales al decidir una controversia. La disposición típica establece que el tribunal arbitral debe decidir conforme a las disposiciones del Acuerdo y a los principios del derecho internacional.

D. *Diferencias entre una parte contratante y un inversionista*

Los TBI generalmente contienen disposiciones separadas referentes a diferencias entre una parte contratante y un inversionista, conocidas generalmente como diferencias sobre inversiones. En todos los tratados se prevé el arbitraje como mecanismo para la solución de este tipo de controversias.⁷⁹

Todos los TBI examinados se refieren al arbitraje enmarcado en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados Nacionales de Otros Estados (CIADI), o conforme al Mecanismo Complementario del CIADI, cuando el Estado anfitrión o el de origen del inversionista extranjero no sea parte contratante de CIADI. Siguiendo lo que constituye cada vez más la práctica en los tratados modernos sobre inversiones, en la mayor parte de los TBI se incluyen formas alternativas de arbitraje.⁸⁰

VII. HACIA UN TRATADO LATINOAMERICANO PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN (ALPI)

Un tratado ALADI de inversiones, que podríamos llamar Acuerdo Latinoamericano de Promoción y Protección de Inversiones (ALPI), permitiría, por su carácter multilateral, superar las diferencias de variada na-

78 En el caso de los tratados de Estados Unidos, se incluyen disposiciones del tipo siguiente que establecen un límite para llegar a una decisión: “Salvo acuerdo en contrario, todos los casos se presentarán y todas las audiencias se completarán en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que se selecciona al tercer árbitro, y el tribunal pronunciará la sentencia dentro de un plazo de dos meses a partir de la fecha de las presentaciones finales o de la fecha de clausura de las audiencias, si ésta fuera posterior”.

79 En general incluyen una referencia a determinados mecanismos específicos institucionales de arbitraje, a diferencia de lo que normalmente se establece en relación con disputas entre partes contratantes en cuyo caso se asignan a tribunales arbitrales *ad hoc* sin procedimientos preestablecidos.

80 Esto resulta particularmente relevante para aquellos casos cuando el arbitraje en el marco del CIADI no es aplicable debido a restricciones de jurisdicción. En su gran mayoría se refieren a las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Sólo en un caso (TBI Estados Unidos-Haití) se hace referencia al arbitraje en el marco de la Cámara Internacional de Comercio (CIC).

turalidad que han impedido a ciertos países, firmar acuerdos de carácter bilateral.⁸¹

El ALPI, al otorgar un marco único de regulación de la inversión en la región, constituirá la mejor señal para incentivar los flujos, simplificará y dará coherencia al marco jurídico existente en esta materia en la región, donde si bien es cierto que las normas internas son similares, los más de 30 tratados firmados entre países de ALADI tienen singularidades propias producto de la época en que se negociaron y de la negociación misma, lo que hace muy compleja la legislación internacional de la región en materia de inversión. El ALPI, por tratarse de normas multilaterales de aplicación general en la región dará transparencia a los procesos de inversión extranjera uniformando los procedimientos.

Un tratado multilateral suscrito por todos los países de ALADI es la mejor manera de concertar voluntades para la negociación de acuerdos de esta naturaleza en otros foros. El ALPI permitirá posicionar a América Latina como una región estable, confiable y con un alto estándar de protección a la inversión extranjera. Hará posible que los países latinoamericanos tengan claras las fronteras hasta donde pueden llegar, teniendo presente el estado de desarrollo de sus economías.

El ALPI, al fijar estándares generales para la región, evitará la pernicioso competencia en el otorgamiento de incentivos y privilegios. El ALPI permitirá que los países de la región se sientan más confiados, más seguros, sin ese aire de allegados al mundo de la globalización con que nos asomamos a las dos grandes negociaciones en curso.

1. Características

Habría que diseñar un tratado que tenga las siguientes características:

Regional: el Acuerdo será negociado por los países latinoamericanos y tendrá como ámbito de aplicación espacial la propia región. Posteriormente se podrá decidir abrirlo a la firma de todos los Estados.

Democrático: podrán participar en la negociación todos los países latinoamericanos, sin exclusiones.

81 Bandera, Juan, "Tratado Multilateral de Inversiones", *Revista de la Asociación de Abogados de Chile*, núm. 25, septiembre de 1998, pp. 28-32. Esta propuesta la hemos compartido con Juan Bandera, reconociendo originalmente el crédito a dicho jurista chileno.

Flexible: si bien el propósito del tratado será fijar un alto estándar de protección a las inversiones, los Estados podrán hacer las reservas que el buen desarrollo de sus economías exijan.

Basado en nuestras normas internacionales: será negociado tomando como base de referencia los más de 30 tratados suscritos entre países de la región y los casi 200 tratados suscritos por países latinoamericanos con Estados de otras regiones. Del mismo modo, la normativa sobre inversiones del Mercosur representa un precedente valioso.

2. Contenido

En cuanto a su contenido, el tratado deberá mejorar y armonizar la normativa existente, fijando un alto estándar de protección de las inversiones, aprovechando la rica experiencia que hoy tenemos. En concreto sugerimos lo siguiente:

Modalidad de los aportes: recoger la norma generalizada en la región en el sentido de aceptar todo tipo de aportes: moneda extranjera, bienes físicos, tecnología, créditos asociados a una inversión extranjera y capitalizaciones tanto de créditos y de deudas externas como de utilidades con derecho a ser remitidas al exterior. En lo que se refiere al crédito sería interesante discutir si éste debe o no guardar cierta proporción con el capital propio.

Sectores reservados: los sectores reservados al Estado o a nacionales se han ido reduciendo paulatinamente en la región. Hoy los más frecuentes son los que se refieren a material nuclear, explotación y producción de petróleo, defensa y seguridad nacional, radio, televisión, prensa y transporte aéreo y marítimo dentro del territorio nacional.

Remisión de utilidades: se recogerá el principio imperante sin excepciones en la región en el sentido que los inversionistas extranjeros puedan remesar las utilidades que producen sus inversiones tan pronto como se produzcan y sin límite de monto.

Reexportación del capital: del mismo modo que las utilidades, el capital podrá reexportarse sin limitación alguna. En caso de existir un tratamiento menos favorable por parte de algún Estado, se hará la reserva correspondiente.

Transferencia efectiva: los capitales protegidos sólo serán aquellos que efectivamente se hayan transferido desde el exterior. No se considerará inversión extranjera los recursos invertidos por extranjeros que ha-

yan sido generados en el país receptor de la inversión, excepto que se trate de utilidades generadas por una inversión extranjera, caso en el cual se podrán reinvertir al amparo del tratado.

El objetivo de esta precisión es justamente evitar que inmigrantes que viven desde hace años en el país receptor amparen sus inversiones hechas con recursos obtenidos en ese país, creando una situación de odiosa discriminación con el resto de la población.⁸²

Este es un tema muy importante y generalmente conflictivo cuando se trata de negociaciones que implican países exportadores de capital y países receptores de capital. Estimamos que lo importante en un tratado de protección de inversiones es que se ampare a la inversión que ya ha ingresado al país de conformidad con las leyes que la regulan en ese país, más que garantizar acceso. En este sentido, el tratado dispondrá que las partes contratantes, con sujeción a su política general en el campo de las inversiones extranjeras, incentivarán en su territorio las inversiones de inversionistas de las otras partes contratantes y las admitirán en conformidad con su legislación y reglamentación.

3. Reclamación por expropiación en juicio ordinario

Uno de los aspectos más importantes de estos tratados es la garantía del derecho de propiedad y en este sentido es importante que se consagre el derecho de reclamar en un juicio ordinario en caso de expropiación. En razón con lo anterior sería conveniente estudiar una disposición que podría ser en el siguiente tenor: “de la legalidad de la nacionalización, expropiación o de cualquiera otra medida que tenga un efecto equivalente y del monto de la compensación se podrá reclamar en procedimiento judicial ordinario”.

4. Solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de otra parte contratante: una nueva opción de jurisdicción

El aspecto relativo a la jurisdicción en caso de conflicto entre un inversionista y el Estado contratante, donde tiene la inversión, es muy relevante. Somos de la opinión que debe respetarse el principio ya tradicional

⁸² La inversión protegida será sólo la que se realiza en conformidad con el tratado y la legislación del país receptor.

de establecer obligatoriamente consultas amistosas. Antes de recurrir al tribunal, las controversias que surjan en el ámbito del ALPI entre una parte contratante y un inversionista de otra parte contratante que haya realizado inversiones en el territorio de la primera, serán, en la medida de lo posible, solucionadas por medio de consultas amistosas. En caso de que mediante dichas consultas no se llegare a una solución dentro de un plazo razonable, de tres a seis meses, el inversionista podrá remitir la controversia:

- a) A los tribunales competentes de la parte contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión o
- b) A arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierto para la firma en Washington el 18 de marzo de 1965.

Con este fin, cada parte contratante da su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda diferencia pueda ser sometida a este arbitraje.

En este punto es necesario detenerse un momento y reflexionar sobre la conveniencia de tener, además del órgano jurisdiccional arbitral ya señalado, otra opción. No proponemos eliminar al CIADI (ICSID) como opción sino, por el contrario, dejarla, agregándole otra alternativa: un órgano jurisdiccional arbitral latinoamericano, el Centro Latinoamericano de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CLADI. Este Centro, cuya creación en el seno de la ALADI sugerimos, tendrá la trascendente tarea de resolver, en la región, las diferencias que se produzcan entre Estados latinoamericanos y nacionales de países de ALADI.

Es perfectamente legítimo que uno se pregunte ¿qué sentido tiene crear un centro de arbitraje latinoamericano si existe ya uno creado por el ya citado Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, más conocido por el nombre de Convención de Washington de 1965? Permítasenos responder con otra pregunta: ¿por qué un inversionista latinoamericano debe ir a resolverlo a un organismo que tiene su sede en Washington?, ¿qué ventaja representa para un inversionista argentino que tiene una controversia con el Estado chileno litigar a miles de kilómetros del lugar del conflicto, a miles de kilómetros del domicilio del demandante y del Estado demandado?, ¿por

qué tener que incurrir en enormes gastos originados por la distancia que deberán recorrer los apoderados de las partes cuando concurren a las audiencias y alegatos, y la distancia que deberán recorrer los jueces cuando se trasladen al país donde se radicó la inversión?, ¿por qué tener que gastar tiempo y dinero en interminables traducciones al inglés para que CIA-DI (ICSID) entienda lo que las partes en litigio entienden perfectamente?, ¿qué necesidad de expresar en inglés una controversia en castellano?, ¿por qué deberá decidirse en Washington quiénes serán los jueces de esta causa donde tanto el Estado como el inversionista implicado son latinoamericanos?, ¿por qué correr el riesgo innecesario de que nos nombren árbitros *common law*, tan alejados de nuestras instituciones jurídicas?, ¿por qué privar a un inversionista latinoamericano de la posibilidad de que su causa sea juzgada por un árbitro latinoamericano, con su idioma, su mentalidad, sus instituciones y su derecho?

Porque conocemos la respuesta y no nos gusta, proponemos agregar a las posibilidades jurisdiccionales del tribunal competente de la parte contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión y a la del arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la posibilidad de optar por la jurisdicción de un Centro Latinoamericano de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CLADI).

5. Solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de otra parte contratante: opción única y definitiva de jurisdicción

Una vez que el inversionista haya remitido la controversia al tribunal competente de la parte contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión o al tribunal arbitral, CIADI o CLADI, la elección de un procedimiento u otro será definitiva. En otras palabras, las divergencias que surjan entre una de las partes contratantes y un nacional de la otra parte contratante en relación con una inversión amparada por el tratado, será sometida, a solicitud del nacional o sociedad afectada, al tribunal competente de la parte contratante en cuyo territorio se haya realizado la inversión o al arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o ICSID) o a la instancia jurisdiccional que hemos propuesto: CLADI. La elección será definitiva.

Creemos que este es un punto importante que debe ser analizado con particular cuidado ya que tiene como finalidad evitar que se comenten injusticias al impedir el cambio de jurisdicción ante la inminencia de un fallo adverso. En efecto, y sin ánimo de entrar en cuestiones jurídicas demasiado específicas, cabe preguntarse lo que podría suceder con las cuestiones incidentales que se hayan resuelto por el tribunal nacional, cuando se recurre a la otra jurisdicción, o cómo impedir que la parte que ha perdido los incidentes, o que simplemente vea que la situación se le está tornando adversa, prolongue el proceso para partir “desde cero” ante otro tribunal.

Es preciso señalar que la opción única y definitiva de jurisdicción es perfectamente coincidente con la normativa del Mercosur actualmente en vigor. En efecto, el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el Mercosur (intrazona), establece categóricamente, en su artículo 9o., la opción única de jurisdicción. La referida disposición señala que “cuando un inversor haya optado por someter la controversia a uno de los procedimientos establecidos... la elección será definitiva”.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- CHUDNOVSKY, Daniel *et al.*, *Las multinacionales latinoamericanas: sus estrategias en un mundo globalizado*, Argentina, FCE, 1999.
- COLAIACOVO, Juan Luis *et al.*, *Joint Venture y otras formas de cooperación empresarial internacional*, Argentina, Ediciones Macchi, 1992.
- COLAIACOVO, Juan Luis, “Trading Companies”, *Experiencia internacional: textos y casos*, Río de Janeiro, Cacicieri Editorial Ltda., 1986.
- COOTER, Robert y ULEN, Tomas, *Law Economics*, 3a. ed., Imprint of Addison Wesley Longman, 1999.
- FLORES, Fernando y WINOGRAD, Terry, *Hacia la comprensión de la información y la cognición*, España, Ed. Hispano Europea, colección ESADE, 1989.
- “Foreign Investment Law Journal”, *Review Icsid*, vol. 13, núm. 1, International Centre for Settlement of Investment Disputes, primavera de 1998.
- GONZÁLEZ, Sara, *Organización económica internacional*, España, McGraw-Hill, 1993.

- GRAY, Douglas A. y FRIEND, Norman S., *The Complete Canadian Franchise Guide*, Montreal, McGraw-Hill Ryerson, 1994.
- MAYORGA L., Roberto y MONTT D., Luis, *Inversión extranjera en Chile*, 2a. ed. actualizada, Chile, Edit. Jurídica Cono Sur Ltda., 1994.
- REQUEIJO, Jaime, *Economía mundial: un análisis entre dos siglos*, España, McGraw-Hill, 1995.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-VALADEZ, Carlos, *México ante el arbitraje comercial internacional*, México, Porrúa, 1999.
- SIQUEIROS, José Luis, *El arbitraje en los negocios internacionales de naturaleza privada*, México, Porrúa, Escuela Libre de Derecho, colección Fondo para la Difusión del Derecho, 1992.