

ANALISIS COMPARATIVO DE LOS SISTEMAS DE PROTECCION Y PROMOCION DE LAS INVERSIONES EN LOS ACUERDOS DE INTEGRACION REGIONAL: EL CASO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO Y DEL MERCOSUR

Natalia Sandoval *

INTRODUCCION

El presente estudio tiene por finalidad analizar las características esenciales de los modelos de protección y promoción de las inversiones del Tratado de Libre Comercio (TLC)¹ y del MERCOSUR². La evaluación del contexto jurídico que rige el tema de las inversiones en el contexto de ambos acuerdos regionales es de gran importancia para la comprensión de las perspectivas de liberalización del comercio y de la inversión en el contexto hemisférico. Esta evaluación nos permitirá igualmente determinar cual de los dos modelos de protección y promoción de la inversión propuestos por ambos acuerdos es el más conveniente para la elaboración de un acuerdo hemisférico sobre la materia.

El análisis jurídico de los sistemas de protección y promoción de la inversión en los acuerdos regionales que analizaremos a continuación, tiene su justificación primera en el hecho que el incremento del flujo de la inversión no depende exclusivamente de la existencia de una voluntad política favorable a la inversión sino de la existencia de reglas de juego claras y transparentes que los juristas denominamos seguridad jurídica. Es precisamente en este sentido, que numerosos estudios indican que una perspectiva no bien definida en materia de comercio e integración puede afectar de manera considerable y a largo plazo el mantenimiento e incremento del flujo de las inversiones³ dentro de un territorio dado. Es así por ejemplo la ausencia de una política aduanera adecuada que facilite la apertura de la

* Abogada de la Universidad de Lima. Magister en Derecho Internacional Económico Universidad Laval (Québec- Canada), Candidata al Doctorado en Derecho Internacional Económico Universidad Laval (Québec-Canada).

1 Siglas que identifican al Tratado de Libre comercio suscrito entre los gobiernos de Estados Unidos, Canada y Mexico en el año 1992.

2 Siglas que identifican al Mercado Comun del Sur creado en virtud del Tratado de Asunción en 1991.

3 Basamos nuestra afirmación en el hecho que la evaluación de los recursos económicos (naturales, de infraestructura, humanos u otros) por parte de un inversionista se traduce generalmente, desde un punto de vista comercial, en el incremento de las exportaciones del país en el que pre-

economía al mercado internacional puede crear un clima desfavorable para la integración económica y para el incremento del flujo de inversiones en ciertos sectores productivos.

En este orden de ideas, pasaremos a analizar las reglas aplicables en materia de inversiones en el MERCOSUR y el TLC. En vista de tratarse de dos modelos de integración económica diferentes hemos considerado oportuno estudiar, en primer termino, las características de cada uno de los dos esquemas de integración regional y posteriormente analizar las características que cada uno de los sistemas de protección y promoción de las inversiones presenta.

EL TRATADO DEL LIBRE COMERCIO⁴

El *Tratado de libre comercio norteamericano* (TLC)⁵ se demarca claramente en el contexto hemisférico e internacional por la importancia que acuerda al tema de las inversiones dentro del conjunto de disposiciones comerciales. Algunos autores⁶ incluso consideran que el modelo establecido por el TLC formará parte posiblemente del orden del día de las negociaciones multilaterales en materia de inversiones⁷.

Gracias a su estructura, el TLC se ha constituido en el modelo de integración más avanzado que se haya concluido hasta la fecha. El modelo que este propone brinda así una mayor protección al comercio de bienes y servicios en diferentes sectores de producción, una mayor movilidad de los factores de producción, un incremento del número de transacciones y negocios realizados, una seguridad de la propiedad intelectual, de las inversiones, de los servicios financieros, etc. Tales características han sido incluso resaltadas por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) quien ha señalado la importancia del TLC en los siguientes términos: «... regional agreements have become more important

tende invertir. Cf F. PEÑA, **Posibilidad y eficacia**, World Economic Forum, september 1997, p.7.

- 4 Cabe destacar que el TLC ha abierto un un nuevo capítulo en el sistema continental de cooperación económica en la medida que la participación de Mexico supuso un cambio en la dirección de la política comercial norteamericana. Cf. S. LOIZIDES et M. GRANT, **NAFTA extension in the Americas, The business case**, Report 131-94, Toronto , The Conference Broad of Canada, p. 1-2.
- 5 Accord de libre-échange nord-américain entre le Gouvernement du Canada, le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement des États-Unis du Mexique, 1993.
- 6 Sobre este punto, consultar la siguiente bibliografía: EDEN, L. **Deep Integration: the emerging North American Investment Regime**, Department of Management, College of Business Administration, Texas A&M University, april 1996; DEBLOCK, C. «L'Accord de libre- échange nord-américain, l'Union Européenne : deux modèles de régionalisme dans D. BRUNELLE et C. DEBLOCK, **l'Amérique du Nord et l'Europe Communautaire : intégration économique, intégration sociale?**, coll. Études d'économie, Québec, Presses Universitaires de Québec, 1994; LUSTIG, N. Et BOUZAS, R. **Liberalización comercial e integración regional de NAFTA a MERCOSUR**, Grupo Editor Latino-americano, Coleccion Estudios Internacionales, Buenos Aires, EMECE Editores, 1992.
- 7 Cf RUGMAN, A.M. et GESTRIN, M. «*A conceptual framework for a multilateral agreement on investment learning from NAFTA* en la obra de SCHWANEN, D. **Investment rules for the global economy. Enhancing access to markets**, Toronto, CD. Howe Institute, september 1996, p.149.

particularly after the United States initiative to enter a free trade agreement with Canada extended to Mexico under the North American Agreement (NAFTA)...».⁸

Sin lugar a dudas la principal ventaja del modelo propuesto por el TLC es la de dar mayor libertad a los países miembros al momento de determinar su política económica y fiscal puesto que se trata de un modelo que se orienta hacia la creación de una zona de libre comercio. No obstante de tratarse de una zona de libre comercio, el TLC presenta una serie de características particulares toda vez que combina ciertos elementos presentes en las zonas de libre comercio tradicionales y los mercados comunes sin suponer por ello la aplicación de un arancel externo común frente a terceros tal como se presenta en el caso de los mercados comunes. Estas características antes mencionadas hacen del TLC, según Lorraine Eden «...a hybrid: neither fish (FTA, customs union) nor fowl (common market)...»⁹. De esta manera, el TLC presenta las ventajas de la zona de libre comercio sin las dificultades que una coordinación de políticas macro-económicas que la creación de un mercado común supone.

Basado sobre el principio del tratamiento nacional y de la nación más favorecida, el TLC regula aspectos no solamente ligados al comercio de bienes y servicios sino al tema de las inversiones, siendo de esta manera más exhaustivo que el propio acuerdo de la Organización Mundial de Comercio (OMC) que dejó el tema de las inversiones para las negociaciones futuras. El tratamiento nacional previsto de manera general en el artículo 301 del TLC supone la aplicación de las mismas leyes a los Estados miembros y brinda la seguridad que la nacionalidad de las personas morales y físicas no tendrá ninguna influencia en el tratamiento establecido por las políticas gubernamentales y las diversas actividades económicas. El tratamiento de la nación más favorecida supone, por su parte la aplicación de los beneficios otorgados a un tercer estado.

Considerando estas características el TLC se presenta como un modelo innovador frente a los tradicionales esquemas de integración y cada una de sus disposiciones refleja la orientación adoptada por cada una de las partes durante las negociaciones, las mismas que se caracterizan por su claridad. En el caso del capítulo de las inversiones por ejemplo, el TLC estableció una lista precisando aquellas actividades que los estados partes habían decidido reservar y/o exceptuar de la aplicación de las reglas de base. Es precisamente en este sentido que algunos autores¹⁰, señalan que las negociaciones para la liberalización de las reglas aplicables en materia de inversiones se basaron en el principio de equilibrio de los compromisos adoptados por cada una de las partes.

Las disposiciones innovadoras introducidas por el TLC tuvieron un importante impacto no sólo sobre el flujo de las inversiones y del comercio entre los tres países miembros sino en las relaciones norte-sur. Ello se refleja por ejemplo, en el hecho que muchos

8 COMMISSION ECONOMIQUE POUR L'AMERIQUE LATINE (CEPAL), **Open regionalism in Latin America and the Caribbean, Economic integration as contribution to changing production patterns with social equity**, Santiago de Chile, United Nations Organization, 1994, p.22.

9 L. EDEN, **Op.Cit** note 6 , p.23.

10 ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE, **Vers des règles multilatérales sur l'investissement**, Paris, OCDE, 1996, p. 23.

de los grupos regionales de América Latina han ido incorporando progresivamente las reglas aplicadas por el TLC dentro de su ordenamiento jurídico. Esta situación nos obliga a analizar las reglas establecidas en esta materia por el Tratado de libre comercio entre el Canadá y los Estados Unidos suscrito algunos años antes del TLC.

DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE EL CANADÁ Y LOS ESTADOS UNIDOS AL TRATADO DE LIBRE COMERCIO: LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS

El antecedente más próximo a las reglas introducidas por el TLC se encuentra en el Tratado de libre comercio entre el Canadá y los Estados Unidos que introdujo por vez primera un mecanismo para el incremento del comercio entre las dos más importantes economías del hemisferio y en consecuencia un aporte importante en el incremento de las inversiones en esta parte del hemisferio norte. Es así, que por vez primera, se incorporó de manera sistemática dentro de un acuerdo regional las normas que habrían de regir la inversión. Sobre el particular, la doctora Patricia Gudiño¹¹ indica que el capítulo 16 de dicho tratado facilitó *únicamente* la aplicación de un mismo tratamiento a los inversionistas locales y extranjeras sin suponer ello un progreso en el tratamiento de la inversión en el ámbito multilateral. El capítulo 16 reflejó, según su punto de vista, únicamente un compromiso adquirido entre dos Estados con los consecuentes derechos y obligaciones que dicho tratado suponía. Nosotros por el contrario, consideramos que pese a que los principios contenidos en el capítulo 16 del Tratado de libre comercio Canada-Estados Unidos no supusieron la aplicación de nuevas reglas de protección y promoción de la inversión, sus disposiciones facilitaron mejor que otros acuerdos bilaterales existentes en la materia la libre circulación de capitales y la creación de condiciones más equitativas para la inversión dentro de la región integrada.

Siguiendo nuestro análisis, pasaremos a precisar las diferencias que estos dos tratados presentan. Diferencias que al decir de Bruno Hale hacen del capítulo 11 del TLC un sistema más innovador y agresivo que el impuesto por el capítulo 16 de su predecesor¹².

Dentro de las diferencias existentes entre ambos capítulos, Lipsey, Schwanen y Wonnacott indican que «...There are also significant differences, however, between the FTA's and the NAFTA's investment chapters. The FTA's national treatment provisions applied only to new measures affecting investment; it did not apply to service sectors that were not explicitly covered by the agreement. In contrast, following the model applied to services, the NAFTA's liberalization is granted to all investors and their investments, existing and new, except in the sectors and policies explicitly excluded in annexes to the agreement.»¹³.

11 GUDIÑO, P. *Norteamérica y su proceso de integración*, San José de Costa Rica, Editorial Fundacion UNA Heredia, 1994, pp.54-55.

12 HAMEL, B. *Les politiques nord-américaines en matière d'investissement direct international, Cahier de recherche 94-6, Groupe de Recherche sur la continentalisation des économies canadienne et mexicaine*, Montréal, Université de Québec à Montréal, septembre 1994, pp. 15-16.

13 LIPSEY, R. SCHWANEN, D. et WONNACOTT, R.J. « Services, investment and related

Por su parte, Alan Rugman y Michael Gestrin identifican cinco puntos esenciales que marcan la diferencia entre los dos acuerdos y que según nuestro parecer resumen las diferencias existentes entre estos dos acuerdos. Los cinco puntos a los que dichos autores hacen mención son los siguientes: a) la definición de la inversión, b) el sistema de protección y promoción de las inversiones, c) la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, d) la aplicación de una lista de excepciones, e) la modificación de las normas que exigían la obtención de una serie de resultados para que el inversionista extranjero goce del mismo tratamiento otorgado a un inversionista nacional¹⁴.

En lo referente a la definición de la inversión observamos que el Tratado de libre comercio entre el Canadá y los Estados Unidos en su capítulo 16 cubría únicamente las inversiones extranjeras directas hecho que no motivó el crecimiento del flujo de las inversiones como se había previsto ya que la libre circulación de las inversiones dentro del territorio no se encontraba bien protegida. A diferencia de su antecesor, el TLC al considerar la inversión como un flujo de capital¹⁵ e incluir toda forma de inversión regula la inversión como un movimiento financiero que merece ser definido por su naturaleza económica¹⁶.

En lo que se refiere al sistema de protección y promoción de la inversión, la división del capítulo 11 del TLC en dos secciones: 1) el de las reglas de base aplicables a la inversión (sección A) y 2) la de los procedimientos aplicables en caso de diferencias entre un estado parte y un inversionista de otro estado parte (sección B), permitió una mejora del sistema de protección existente. Es precisamente gracias al sistema establecido por la sección B, que el TLC introdujo una importante modificación al sistema de protección y promoción de las inversiones a nivel no sólo regional y hemisférico sino multilateral. Ello en la medida que este introdujo un mecanismo de solución de controversias basado en el procedimiento arbitral. Gracias a este sistema se pudo otorgar una mejor protección a las inversiones canadienses y americanas establecidas en el territorio de México en la medida en que todos los inversionistas contaban con la vía arbitral para solucionar los conflictos sobrevenidos con un estado parte. No obstante establecerse el arbitraje como vía para la solución de las diferencias, el TLC prevé la posibilidad de solucionar dichos conflictos por la vía procedimental interna que cada país miembro posee. Este mecanismo permitió, según la Organización de los Estados Americanos (EOA) «...Article 1115 is to establish a mechanism for the settlement of investment disputes that assures both equal treatment among investors of the parties in accordance with the principle of international reciprocity and due process before an impartial tribunal...»¹⁷.

matters », dans LIPSEY, R. SCHWANEN D. et R. WONNACOTT (dir.), *The NAFTA : what's in, what's out, what's it*, coll. **Policy studies No.21**, Toronto, C.D. Howe Institute, 1994, p. 79.

14 RUGMAN, A. et GESTRIN, M. « The investment provisions of NAFTA » dans S. GLOBERMAN et M. WALKER (dir), **Assesing NAFTA, A trinational analysis**, Vancouver, The Fraser Institute, 1993, p. 273.

15 Sobre este punto, el TLC constituye un ejemplo de acuerdo de carácter regional concluído entre Estados con niveles de crecimiento económico semejante. Esta situación hace que se trate de un acuerdo que busca el establecimiento de solidaridades económicas con el fin de asegurar la libre circulación de los medios de producción, en primer lugar, y posteriormente asegurar su promoción.

16 RUGMAN, A. et GESTRIN, M. **Op.Cit.** note 14, p.275.

17 ORGANISATION OF AMERICAN STATES, *Overview of the North American Free Trade Agreement*, NAFTA Summary, Chapter 11 Section B. [http:// www.sice.oas.org/summary/nafta/naftallb.stm](http://www.sice.oas.org/summary/nafta/naftallb.stm)

Otro aspecto ligado al tema de la protección y la promoción de las inversiones en el TLC se encuentra en el tema de la expropiación y la compensación consecuente en caso de considerarse la expropiación pertinente. El artículo 1110 del TLC establece reglas claras sobre dicho tema al indicar que el mismo se presenta únicamente en caso de necesidad pública comprobada y que la compensación consecuente deberá efectuarse siguiendo las reglas previstas por el TLC¹⁸.

En cuanto al tema de la nación más favorecida, el TLC y su antecesor regulan la materia casi de la misma manera. Sin embargo, en torno a las excepciones que dicho tratamiento presenta vale la pena resaltar ciertos aspectos. Así, por ejemplo en el caso de las reservas y excepciones el TLC presenta una lista negativa que supone que todo aquello que no se encuentra comprendido en materia de inversión se encuentra excluido mientras que su antecesor utiliza aún el modelo tradicional. Pese a las ventajas que el sistema del TLC presenta, algunos autores¹⁹ estiman que al ser tan numerosas esas excepciones en la práctica el campo de aplicación del TLC no se encuentra bien definido²⁰. Gracias a la estructura establecida por el TLC, cada una de las partes puede escoger cuales son los sectores protegidos e incluirlos en una lista que preverá la no aplicación de ciertas reglas en determinados sectores (artículo 1108.2), siendo de esta manera el mecanismo aplicable más claro y transparente. Así, al decir de Alan Rugman y Michael Gestrin «...negative list facilitate the accession to the trade agreement of countries whose investment regimes are below NAFTA standards because such lists serve to establish transparency and precise liberalization commitments in the form of «phase outs»...»²¹.

El tema de las cláusulas de desempeño prohibidas (artículo 1106) es otro punto que permite resaltar los grandes avances introducidos por el TLC. Entre las disposiciones que conviene resaltar encontramos aquellas que hacen referencia a la transferencia de tecnología (artículo 1106.1 (f)) y a la exigencia de constituirse en proveedor exclusivo del producto de las inversiones dentro de un mercado regional o mundial (artículo 1106.1(g)).

Como último punto en torno a las modificaciones introducidas por el TLC en materia de inversiones, encontramos la disposición prevista en el artículo 1114 (1) que autoriza a las partes del acuerdo a adoptar ciertas medidas en aras de proteger medio ambiente y la salud o la seguridad de las personas.

EL SISTEMA DE PROTECCION DE LAS INVERSIONES EN EL TLC, LAS REGLAS APLICABLES

El régimen de protección y de promoción de las inversiones en América del Norte fue creado por los Estados partes del TLC con miras a mejorar su competitividad indivi-

18 La indemnización debe ser vertida en una de las divisas del Grupo de los 7 y debe ser establecida entre la fecha de la expropiación et el pago de la indemnización.

19 RUGMAN, A. et GESTRIN, M. *Op.Cit.* note 7, p. 156.

20 La lista negativa del TLC consiste en una serie de 7 anexos para el caso de Mexico, 6 para los Estados Unidos y el Canada. Estas listas contienen especificaciones precisas en torno a su aplicación en el caso de diferentes sectores.

21 RUGMAN, A. et GESTRIN, M. *Op.Cit.* note 7, p. 157.

dual. Sobre este punto, conviene señalar que mucho antes de la firma del TLC, las partes contaban ya con una serie de lazos de orden comercial pero gracias a los nuevos mecanismos de cooperación introducidos este vínculo se fue robusteciendo progresivamente. La nueva estructura establecida en virtud del TLC permitió en consecuencia estrechar los lazos ya existentes, facilitando de este modo el crecimiento considerable del volumen de la inversión y del comercio. En este sentido, Clyde, Hufbauer y Schott precisan que «...the three countries of North America are already linked by an extensive network of cross-border investment : bilateral US-Canada investments are predominant, but US direct investment in Mexico has grown significantly...»²².

Gracias al TLC, los tres Estados miembros empezarían a cooperar estrechamente con miras a establecer ciertas normas, principios, reglamentos y reglas de procedimiento para asegurar una amplia protección a las inversiones dentro de la zona y de esta manera permitir un crecimiento económico estable y armonioso para los tres Estados partes. Con miras a esta armonización, México tuvo que realizar una importante reforma de su marco jurídico. Así, según Clyde, Hufbauer et Schott « ...The NAFTA provisions has required substantial revisions of Mexico's law on Foreign investment but little change in current US law and regulations. In particular, the United States wil be able to continue to implement Exon-Florio law to screen acquisitions of US. Firms by foreign investors that raise national security concerns... »²³.

El nuevo grado de cooperación establecido entre los Estados miembros supuso según Northon y Bloodworth, que «...NAFTA along with the domestic legal reform, essentially reverses the once nationalistic and protectionist approach espoused by Mexico as a leader of the third world block... »²⁴. A nuestro parecer, dicha reforma influyó incluso notablemente sobre las reformas introducidas en diferentes países con miras a abrir las puertas de sus mercados hacia la mundialización. El capítulo 11 del TLC se constituye por lo tanto en la más importante modificación del marco jurídico de las inversiones. Esta modificación refleja así, el nuevo rol que la inversión ha adquirido en las relaciones comerciales entre los países miembros del TLC y justifica en cierta medida el hecho que el capítulo 11 se encuentre en el centro del tratado²⁵.

A) Campo de aplicación del TLC

La estrategia adoptada por los países miembros con miras a incrementar el volumen de las inversiones dentro de la zona de libre comercio creada en virtud del TLC se encuentra precisada en las disposiciones de los artículos 1101 y 1139.

En este orden de ideas, el artículo 1101 del TLC estipula que las reglas del capítulo

22 CLYDE, G. HUFBAUEUR, G. et SCHOTT, J.J. *NAFTA An Assesment*, Revised edition., Washington D.C, Institute for International Economics, octubre 1993, p.79.

23 Id., p.84.

24 NORTON, J. et BLOODWORTH, T.L. *NAFTA and beyond. A new framework for doing business in the Americas*, vol. 1, coll. International economic development law serie, London, Center for commercial law studies, 1995, p.89.

25 APPLETON, B. *Navigating NAFTA. A counsice user's to the NAFTA*, Toronto, Lawyers Cooperative Publishing & Carswell Thomson Professional Publishing, 1994, p. 79.

11 son aplicables «. to measures adopted or maintained by a party relating to a) investors of another party, b) investments of investors of another party in the territory of the party ; and with respect to articles 1106 and 114, all investments in the territory of the party... »²⁶. El contenido de esta disposición nos permite constatar que las reglas del capítulo 11 son aplicables a todos los inversionistas nacionales de los Estados partes al acuerdo, ya se trate de las sociedades madres o de particulares de origen norteamericano, canadiense o mexicano, las filiales o los activos situados en el territorio de una de las tres partes. Este principio presenta una serie de excepciones y reservas. Así, por ejemplo, el artículo 1101(2) indica que « ..A party has the right to perform exclusively the economic activities set out in Annex III and to refuse to permit the establishment of investment in such activities.. »²⁷. Dicha disposición es aplicable al caso de México, quien ha establecido una serie de reservas en los siguientes sectores: petróleo, hidrocarburos, productos petroquímicos básicos, electricidad energía nuclear y tratamiento de minerales radioactivos, comunicación por satélite, servicios telegráficos, servicios radiotelegráficos, servicios postales, ferrocarriles, emisión del papel moneda y de moneda, control, inspección y vigilancia de los puertos marítimos y terrestres, inspección y vigilancia de aeropuertos y helipuertos²⁸. Estos sectores son de carácter público en virtud de la constitución mexicana. Sin embargo, conviene precisar que la inversión en ciertos sectores es autorizada por las autoridades mexicanas en el caso de las compras públicas, joint-ventures y otras disposiciones previstas en el mismo TLC²⁹.

Otras excepciones a la aplicación de las reglas previstas por el capítulo 11 se encuentran precisadas en los artículos 1101(3) y 1101 (4). El artículo 1101 (3) señala en este sentido que « ...this chapter does not apply to measures adopted or maintained by a party to the extent that they covered by Chapter Fourteen (Financial Services)... »³⁰. Mientras que el artículo 1101 (4) precisa por su parte que «Nothing in this chapter shall be construed to prevent a party from providing a service or performing a function such as law enforcement, correctional services, income security or insurance, social security or insurance, social, welfare, public education, public training, health, and child care, in a manner that is not inconsistent with this chapter. »³¹ Estas disposiciones nos permiten constatar que las partes han reservado ciertos sectores considerados de exclusiva competencia de los Estados.

Otro punto interesante que nos permite constatar la estrategia adoptada con miras al incremento de la inversión en la región es el de la definición que el TLC da en torno a la inversión. La inversión es definida por el TLC en su artículo 1139 en los siguientes términos:

- « Investment means
 (a) an enterprise;
 (b) an equity security of an enterprise;

26 NAFTA, C.11, art. 1101.

27 NAFTA, C.11, art. 1101 (2).

28 NAFTA, Annexe III Activités réservées à l'État. Liste du Mexique, III-M-1.

29 Accord de libre-échange nord-américain, (1994) 128 Gaz. Can. I, p.148.

30 NAFTA, C.11, art. 1101 (3).

31 NAFTA, C.11, art.1101 (4).

- (c) a debt security of an enterprise
 - (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or
 - (ii) where the original maturity of the debt security is at least three years, but does not include a debt security, regardless of original maturity, of a state enterprise;
- (d) a loan to an enterprise
 - (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or
 - (ii) where the original maturity of the loan is at least three years, but does not include a loan, regardless of original maturity, to a state enterprise;
- (e) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in income or profits of the enterprise;
- (f) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in the assets of that enterprise on dissolution, other than a debt security or a loan excluded from subparagraph (c) or (d);
- (g) real estate or other property, tangible or intangible, acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes; and
- (h) interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory, such as under
 - (i) contracts involving the presence of an investor's property in the territory of the Party, including turnkey or construction contracts, or concessions, or
 - (ii) contracts where remuneration depends substantially on the production, revenues or profits of an enterprise; but investment does not mean,
- (i) claims to money that arise solely from
- (j) commercial contracts for the sale of goods or services by a national or enterprise in the territory of a Party to an enterprise in the territory of another Party, or
- (k) the extension of credit in connection with a commercial transaction, such as trade financing, other than a loan covered by subparagraph (d); or
- (l) any other claims to money, that do not involve the kinds of interests set out in subparagraphs (a) through (h); »³²

Analizando el texto del artículo 1139, podemos observar que la inversión³³ ha sido identificada como toda forma de capital invertido en un estado miembro. Esta definición permite así que las reglas sean aplicables tanto en el caso de los inversionistas ciudadanos o residentes en los Estados partes, lo que supone que las disposiciones del capítulo 11 pueden ser aplicables en el caso de inversionistas originarios de terceros Estados³⁴.

32 NAFTA, C.11. art 1139.

33 Sobre este punto, conviene precisar que el termino inversión, utilizado en el artículo 1139 del TLC, hace referencia a las participaciones minoritarias, las inversiones monetarias y los bienes inmuebles en el mismo rango que los fondos que otorgan un interés mayoritario, sea su titular canadiense, norteamericano o mexicano, *Cf. Accord de libre-échange nord-américain*, (1994) 128 Gaz. Can. I, p. 147.

34 Lipsey, Schwanen et Wonnacott subrayan el hecho que la protección otorgada a la inversión en el capítulo 11 se extiende a las inversiones realizadas por inversionistas extranjeros a la zona de

Otro elemento que nos permite determinar la precisión en el tratamiento establecido por el capítulo II del TLC se encuentra en la definición que dicho artículo hace en torno al inversionista que es definido en los siguientes términos «...investment of an investor of a Party means an investment owned or controlled directly or indirectly by an investor of such Party; ...»³⁵.

Como podemos constatar gracias a la definición económica de la inversión, el TLC permite otorgar una mayor protección de la inversión. Es precisamente, esta idea la que será retomada por el MERCOSUR en su Protocolo de Colonia de manera a brindar una mayor garantía y protección a la inversión.

B) Las obligaciones de base

Los artículos 1102 (trato nacional), 1103 (tratamiento de la nación más favorecida), 1104 (norma de tratamiento), 1105 (norma mínima de tratamiento), 1106 (requisitos de desempeño), 1107 (dirigentes y consejo de administración), 1109 (transferencias) y 1110 (expropiación e indemnización) constituyen las reglas de base que los países miembros deben respetar a fin de proteger y promover las inversiones en la zona de libre comercio establecida en virtud de este tratado. Por razones de orden metodológico y con la finalidad de una mejor comprensión del sistema de protección y de promoción de la inversión, hemos considerado conveniente exponer uno a uno cada una de dichas obligaciones.

1.- El trato nacional

Siguiendo la lógica de numerosos convenios sobre inversiones, el TLC basa su sistema de protección y promoción de las inversiones sobre la base del trato nacional. Es así que el TLC estipula en su artículo 1102³⁶ la aplicación del principio conocido por los especialistas bajo el denominativo de «mi casa es su casa» o «my house is your house». La aplicación del trato nacional supone que las actividades extranjeras realizadas por los inversionistas extranjeros sobre el territorio de una de las partes recibirán el mismo tratamiento que el otorgado a las inversiones realizadas por los inversionistas locales. Gracias a este principio el TLC garantiza un trato no discriminatorio dentro del mercado interno de cada una de las partes y garantiza a las empresas multinacionales establecidas dentro del territorio de la zona de libre comercio que éstas recibirán el mismo trato que las empresas locales.

De conformidad con la lógica del capítulo II que distingue al inversionista de la inversión que este detiene, el artículo 1102 precisa en sus párrafos (1), (2) y (3) los diversos supuestos en los cuales el trato nacional será aplicable. De esta manera, el párrafo (1) regula el supuesto de las inversiones constituidas conforme el artículo 1139 ya sea por un estado parte o una empresa de este estado parte en tanto que el párrafo (2) de este artículo regula el supuesto de las inversiones de un inversionista de un estado parte. Este supuesto

libre comercio en la medida que la lógica establecida por el TLC y sus capítulos lo permitan Cf. R. LIPSEY, D. SCHWANEN et WONNACOTT. R. *Op.Cit.* note 13, pp. 73-75.

35 NAFTA, C.11, art.1139.

36 El artículo 1102 del TLC establece el trato nacional en cuanto al establecimiento, adquisición, expansión, dirección, gestión, explotación y venta u otro tipo de alienación de la inversión.

hace referencia al caso del control directo o indirecto sobre una inversión realizada por un inversionista originario de uno de los países miembros del TLC. Las disposiciones antes señaladas hacen referencia a la aplicación del trato nacional a nivel federal. De manera complementaria, el tercer párrafo del artículo 1102 regula el supuesto de la aplicación del trato nacional a nivel provincial.

2.- Trato de la nación más favorecida

La cláusula de la nación más favorecida se encuentra prevista en el artículo 1103. En virtud a dicho artículo, cada una de las partes acordará, en circunstancias análogas, el mismo tratamiento aplicable a los inversionistas³⁷ e inversiones³⁸ de la otra parte o de un país no-miembro del TLC. Tal y como lo hace el artículo 1102, este artículo distingue claramente en sus dos párrafos la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a las inversiones e inversionistas de los Estados miembros del TLC.

3.- Nivel de trato

En cuanto al nivel de trato aplicable a una situación concreta, el artículo 1104 precisa que las partes deberán aplicar el tratamiento más favorable entre el trato nacional y la cláusula de la nación más favorecida³⁹. Esta disposición revela el gran interés de las partes de promover las inversiones en la zona de libre comercio creada, garantizando de esta manera una auténtica protección de las inversiones.

4.- La norma mínima de tratamiento

En cuanto a lo que se refiere a la norma mínima de tratamiento⁴⁰, el TLC asegura un trato justo y equitativo de las inversiones al precisar en el primer párrafo del artículo 1105 que: « Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security...»⁴¹. Este mismo artículo precisa al mismo tiempo que «Without prejudice to paragraph 1 and notwithstanding Article 1108(7)(b), each Party shall accord to

37 NAFTA C.11, art. 1103 (1).

38 NAFTA, C.11, art. 1103 (2).

39 El trato nacional es otorgado algunas veces de manera conjunta con el tratamiento de la nación más favorecida. En este caso, según Sauvignon, la tendencia es que sea el tratamiento más favorable entre los dos el que se aplique. Según dicho autor la mayoría de veces se tiende a aplicar el trato nacional como regla y el tratamiento de la nación más favorecida como segunda opción. En el caso del TLC, el principio que se tiende a aplicar es el de la nación más favorecida en la medida que dicho tratamiento otorga más ventajas a las Estados partes del acuerdo. Cf la obra de SAUVIGNON, E. **La clause de la nation la plus favorisée**, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1972.

40 La idea de una norma mínima de protección encuentra su fuente en el derecho internacional consuetudinario. Siendo de origen convencional reciente, dicho principio supone la aplicación de ciertas normas sobre la materia así como una determinada conducta por parte del estado receptor de la inversión. El artículo 1105 del TLC ha puesto en valor dicho principio. Para un análisis sobre el tema consultar la obra de SCHWARZENBERGER, G. **Foreign Investment and International Law**. London, Stevens, 1996, p.114.

41 NAFTA, C.11, art.1105 (1).

investors of another Party, and to investments of investors of another Party, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife...»⁴².

Según las disposiciones del tercer párrafo de este mismo artículo las medidas previstas por el segundo párrafo no serán aplicables a las medidas existentes relacionadas con subsidios o ventajas que pudieran ser incompatibles con el artículo 1102, salvo por lo dispuesto en el artículo 1108(7)(b) que regula el supuesto de las subvenciones y contribuciones otorgadas por una parte o por una empresa de Estado dentro de las cuales deben comprenderse las garantías y los seguros que gozan de una subvención gubernamental⁴³.

5.- Requisitos de desempeño

En lo que se refiere a los requisitos de desempeño, el artículo 1106 del TLC establece que ningún estado parte podrá imponer requisitos de desempeño en lo que se refiere al establecimiento, adquisición, expansión, gestión, dirección o explotación de una inversión de un inversionista oriundo de uno de los Estados partes. Los requisitos de desempeño prohibidos por este artículo se encuentran precisados en el primer párrafo del mencionado artículo que precisa lo siguiente:

- « ...a) to export a given level or percentage of goods or services;
- (b) to achieve a given level or percentage of domestic content;
- (c) to purchase, use or accord a preference to goods produced or services provided in its territory, or to purchase goods or services from persons in its territory;
- (d) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment;
- (e) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or provides by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings;
- (f) to transfer technology, a production process or other proprietary knowledge to a person in its territory, except when the requirement is imposed or the commitment or undertaking is enforced by a court, administrative tribunal or competition authority to remedy an alleged violation of competition laws or to act in a manner not inconsistent with other provisions of this Agreement;
- or
- (g) to act as the exclusive supplier of the goods it produces or services it provides to a specific region or world market. »⁴⁴

Este mismo artículo establece que ninguna de las Partes podrá condicionar la recepción de una ventaja o que se continúe recibiendo la misma, en relación con una inversión en su territorio por parte de un inversionista de un país miembro o no, al cumplimiento de los siguientes requisitos de desempeño:

42 NAFTA, C.11, art. 1105 (2).

43 NAFTA, C.11, art. 1105 (3).

44 NAFTA, C. 11, art. 1106 (1).

- «.. (a) to achieve a given level or percentage of domestic content;
 (b) to purchase, use or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from producers in its territory;
 (c) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment; or
 (d) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or provides by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings... »⁴⁵

Estas prohibiciones de no subordinar el otorgamiento o mantenimiento de ventajas a estos requisitos de desempeño cuentan con excepciones precisas⁴⁶ tales como aquellas referidas a la protección de la vida y la salud de las personas y animales y la preservación de los vegetales y plantas.

Sobre este punto, creemos conveniente señalar la opinión de Daniel M. Price y Bryan Christy, quienes indican que las disposiciones del artículo 1106 han tenido un doble impacto : « First it eliminates trade distortions that arise from the imposition of performance requirements. Hence, a Party is prohibited from imposing such requirement on its own investors and even on investors of non-NAFTA parties, an advance over the CFTA. Second, it ensures a degree of entrepreneurial autonomy; sourcing and sales decisions are based on the investor's judgement, not by the dictates of the host government. In addition, with respect to performance requirements, there is a prohibition on certain requirements, there is a prohibition on certain requirements linked to incentives. »⁴⁷

Sobre la base de lo señalado líneas atrás, podemos concluir que el artículo 1106 del TLC constituye una auténtica prohibición de condicionar las inversiones a cualquier requisito de desempeño. Ello supone en alguna medida una disminución voluntaria del poder del Estado de determinar ciertas medidas de orden económico por ser estas contrarias a la liberalización del comercio y de la inversión en la zona integrada.

6.- Dirigentes y Consejo de Administración

En lo que se refiere a este punto, el artículo 1107 prescribe que ninguna de las partes podrá obligar a una empresa de un Estado parte establecida en su territorio a nombrar como dirigente de dicha empresa a una persona de una nacionalidad determinada. En otros terminos, los inversionistas no estan sujetos a ninguna obligación de esta naturaleza, siendo libres de contratar como dirigentes a las personas que ellos consideren convenientes. En cuanto al caso de los miembros del Consejo de administración, el artículo 1107 autoriza a

45 NAFTA, C. 11, art. 1106 (3)

46 NAFTA, C.11, art. 1106 (4).

47 PRICE, D.M. et CHRISTY, P.B. III. « An overview of the NAFTA Investment Chapter Substantive rules and investor-state dispute settlement », dans BELLO, J.H. HOLMER, A.F. et NORTON, J.J. **The North American Free Trade Agreement. A new frontier in international trade and investment in the Americas**, Section of International Law and Practice, Washington D.C, The American Bar Association and the International Lawyer, 1994, p. 175.

las partes a exigir que la mayoría del Consejo de administración o de los Comités de dicho Consejo sea nacional o residente en su territorio⁴⁸, en la medida que dicha medida no comprometa de manera importante la capacidad del inversionista de controlar su inversión. La lógica de este artículo se basa en la confianza que el inversionista tiene sobre la persona a la cual nombra como responsable de la gestión y administración de su empresa⁴⁹.

7.- La libre transferencia de las inversiones

En cuanto a la libertad de transferir la inversión y las ganancias derivadas de esta, el artículo 1109 establece algunas reglas que los países deben de tener en consideración. De esta manera, el artículo 1109 estipula que cada una de las partes deberá permitir que las inversiones sean transferidas libremente y sin demora. Por tal motivo queda terminantemente prohibido que los gobiernos obliguen a repatriar el capital invertido. La única salvedad se encuentra precisada en el párrafo 4) del artículo en cuestión⁵⁰ y las disposiciones del artículo 2104 que se refiere al caso de existir problemas en cuanto a la balanza de pagos⁵¹.

El artículo 1109 garantiza de este modo, según Hope H. Camp y Andrius R. Kontrimas, que: «...that investors can obtain currency at a market rate of exchange for the purpose of making payments associated with their investments...»⁵².

48 NAFTA, C.11, art. 1107.

49 Un análisis interesante sobre el tema puede ser consultado en OGARRIO, A. «The impact of NAFTA on Foreign Investment in Mexico», trad. par S.A. Adelo, dans KOZOLCHYK, B. et THE NATIONAL LAW CENTER FOR INTER-AMERICAN TRADE. **Making free trade work in the Americas**, coll. «Toward seamless borders» v. 1, Tucson-Arizona, National Law Center for Inter-american trade, 1993, p.158.

50 Las excepciones a la libre transferencia de capitales previstas en este artículo se refieren al caso de la quiebra, la insolvencia o la protección del derecho de los acreedores, la emisión, el negocio o el comercio de valores inmobiliarios, las infracciones criminales o penales, las transferencias relacionadas a la transferencia de divisas u otros instrumentos monetarios así como a la ejecución de decisiones resultantes de un procedimiento judicial.

51 Sobre este punto, conviene precisar que el impacto de la inversión sobre la balanza de pagos es un tema central pues en el caso de ser considerable el flujo de inversiones directas, ello puede significar el pago de beneficios exorbitantes resultantes de una transferencia de tecnología costosa. Igualmente, en el caso en el que la inversión ha sido realizada para contornear una serie de políticas proteccionistas en uno de los países, sin que ello suponga ningún aporte. En este caso, la exportación de capitales se traducirá evidentemente de manera negativa en el resultado de la balanza de pagos. Cf. P. SCHAUFELBERGER, La protection juridique des investissements internationaux dans les pays en développement. «Étude de la garantie contre les risques de l'investissement en particulier de l'Agence Multilatéral de Garantie des investissements», **Études Suisses de Droit international**, vol. 83, Zurich, p.133. Para un análisis de la ratio iuris de cada una de las previsiones del TLC leer el texto. Accord de libre-échange nord-américain, (1994) 128 Gaz.Can. I, pp.147-159.

52 CAMP, H.H. Jr. et KONTRIMAS, A.R. «Direct investments issues (including competition and US/Mexico taxation treaty)», dans NORTON, J.J. et BLOODWORTH, T.L. **NAFTA and beyond. A new framework for doing business in the Americas**, col. International economic development law series, Center for commercial law, London, 1995, p. 93.

8.- Reglas aplicables en caso de expropiación

En lo que se refiere al supuesto de la expropiación, el artículo 1110 del TLC⁵³ señala que cualquiera de las partes podrá expropiar o nacionalizar una inversión extranjera únicamente por razones de interés público, sobre una base no discriminatoria y previo pago de una compensación económica justa. Según los párrafos 2) a 6) de dicho artículo dicha compensación deberá hacerse al valor del mercado. De esta manera, las disposiciones del artículo 1110, se encuentran conformes a las exigencias del derecho internacional clásico relativo a la compensación rápida, justa y eficaz. La aplicación de este tipo de regla supuso según Taly Levy que: « In NAFTA, Mexico has finally accepted what is essentially the «prompt, adequate and effective» standard of compensation for expropriated foreign properties. Although NAFTA does not specially mention the words «prompt», «adequate» or «effective», NAFTA's expropriation provision requires compensation on the terms traditionally demanded by United States. This standard has been asserted by the United States and refuted (sic) by Mexico, since 1938 exchange of diplomatic notes in response to mexican expropriation of US-owned property...»⁵⁴.

Estas disposiciones cuentan así mismo con una serie de reservas y excepciones establecidas en los artículos y anexos del TLC que pasaremos a analizar a continuación.

9.- Reservas y excepciones

Sobre este punto, el artículo 1108 enumera en su primer párrafo las reservas y excepciones admitidas en torno a las obligaciones relativas al trato nacional, a la cláusula de la nación más favorecida, los requisitos de desempeño y la nominación de los dirigentes y miembros del consejo de administración⁵⁵. Las reservas y excepciones en cuestión se encuentran establecidas esencialmente en los anexos I, II, III y IV del TLC. El anexo I establece una lista de medidas en vigor a partir del 1^{ero} de enero de 1994 y a las cuales no se les aplicará las exigencias de los artículos 1102 (trato nacional), 1103 (trato de la nación más favorecida), 1106 (requisitos de desempeño) y 1107 (dirigentes y consejo de administración). Estas medidas deberán e para tal efecto encontrarse inscritas en una lista establecida desde la entrada en vigor del acuerdo. Se trata en este caso de disposiciones de carácter federal. En el caso de medidas de carácter provincial o estatal el plazo es de dos años. Las medidas que sean incorporadas en dicha lista no podrán ser más exigentes que las ya inscritas en los anexos.

53 Las previsiones establecidas en torno a las inversiones y la protección frente a los posibles riesgos políticos pueden adoptar 4 diferentes formas: 1) ya sea mediante el establecimiento de reglas que prevén el caso de la expropiación, 2) la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, 3) la libre transferencia de capitales y sus ganancias y finalmente 4) el establecimiento de reglas en materia de solución de controversias Cf. CAMEAUX, P.E. et KINSELLA, N.S. **Protection Foreign Investment under International Law. Legal Aspects of Political Risk**, London, Oceana Publication Inc. 1997, p. 117.

54 LÉVY, T. « NAFTA's provision for compensation in the event of expropriation: a reassessment of the «Prompt, adequate and effective », (1995) 31 Stanford Journal of International Law, 423. Ver igualmente en este mismo sentido, el análisis de OGARRIO, Alejandro. **Op. Cit.** note 49, p. 159.

55 NAFTA, C. 11, art. 1108 (1).

El anexo II establece por su parte cuales son los sectores y actividades a los que no se les aplica las medidas establecidas en los artículos 1102, 1103, 1106 y 1107⁵⁶. El anexo III precisa, por su parte, la lista de los sectores reservados al dominio público en virtud a la constitución mexicana. Toda vez que hemos hecho mención a dichas disposiciones líneas arriba, pasaremos a precisar cuales son las disposiciones establecidas en el anexo IV. Sobre dicho punto, debe precisarse que las partes han establecido que el trato nacional no será aplicable en determinados supuestos sobre todo en los siguientes sectores de la actividad económica: la pesca, la aviación, las telecomunicaciones y los asuntos marítimos.

Un último aspecto que merece la pena resaltar en torno a las excepciones y reservas que el capítulo 11 del TLC presenta es el concerniente a las disposiciones establecidas en el artículo 1108 (8). Dicho artículo establece ciertas excepciones a las disposiciones establecidas en el artículo 1106. Así, este artículo precisa que se podrán aplicar ciertos requisitos de desempeño en lo que concierne a la ayuda al extranjero y la promoción de las exportaciones⁵⁷, las compras públicas⁵⁸ y las contingencias y preferencias tarifarias⁵⁹.

En este orden de ideas, podemos señalar que el criterio utilizado por los Estados partes en el artículo 1108 ha sido de reservar ciertos sectores y actividades estatales por razones de orden público tales como la protección de ciertas industrias nacionales. De esta manera, las partes han preferido hacer prevalecer la defensa de los bienes públicos tales como la cultura, los programas sociales y de protección del medio ambiente. Estas disposiciones son tan innovadoras, según algunos autores, que dan un paso más allá de las disposiciones establecidas durante la Ronda de negociaciones de Uruguay⁶⁰.

Este sistema de protección y promoción de las inversiones establecido en virtud a las disposiciones que hemos analizado es completado por las disposiciones de la sección B del capítulo 11 que establecen las reglas aplicables para la solución de controversias, el mismo que pasaremos a analizar a continuación.

C.- La solución de controversias en materia de inversiones

El texto del TLC sobre esta materia establece un procedimiento claro y transparente, otorgando una efectiva protección a las inversiones dentro de la zona de libre comercio. La adopción de este nuevo régimen, previsto en las disposiciones de la sección B del capítulo 11 del TLC, se caracteriza por la renuncia de la cláusula Calvo⁶¹, defendida por México.

Antes de pasar a analizar, las disposiciones sobre esta materia hemos considerado oportuno precisar la evolución presentada por el TLC en materia de solución de diferencias. En tal sentido, es conveniente comprender previamente en que consiste la doctrina

56 NAFTA, C.11, art. 1108 (3).

57 NAFTA, C. 11, art. 1108 (8) a).

58 NAFTA, C. 11, art.1108 (8) b).

59 NAFTA, C. 11, art. 1108 (8) c).

60 Sobre este tema consultar los comentarios de HUFBAUER et SCHOTT, J.J. *Op.Cit.* note22, p.80 et de RUGMAN, A.M. et GESTRIN, M. *Op.Cit* note 14, pp. 276-277.

61 MANNING-CABROL, D. « The imminent death of the Calvo Clause and the rebirth of the Calvo principle: equality of foreign and national investors » , (1995) Symposium the United States and transition economies: legal and business strategies for public and private success, Law and Police in International Business, p. 9.

Calvo. Esta doctrina puede ser explicada, según Doral Shea, mediante las siguientes premisas: «Firth, that sovereign states, being free and independent, enjoy the right, on the basis of equality, to freedom from interference of any sort... by others states, whether it be by force or diplomacy, and second that alliens are not entitled to rights and privileges not accorded to nacionales, and that therefore they may seek redress for grievances only before the local authorities...»⁶²

La aplicación de la doctrina Calvo en la solución de conflictos suponía que las diferencias surgidas en materia de inversiones debían ser resueltas únicamente por los tribunales locales del país receptor de la inversión y no por intermedio de mecanismos jurídicos e institucionales de carácter internacional. Según Denise Manning Cabrol, la aplicación de la Cláusula Calvo fue dejada de lado por el TLC a causa de las siguientes razones: «... ineffective and will eventually become obsolete in a new order based on international organizations and individuals, but paradoxically, one of the primary principles of the Calvo doctrine will be vindicated: equality of foreign and national investors...»⁶³.

La reforma introducida por el TLC en materia de solución de controversias ha tenido una fuerte influencia no sólo en la legislación mexicana sino en la de otros países en América Latina, quienes han comenzado a considerar al arbitraje como medio más eficaz para la solución de las controversias.

La aplicación de la tradicional cláusula Calvo dentro del TLC permitió brindar mayor seguridad a los inversionistas por cuanto impedía que el Estado se convirtiera necesariamente en juez y parte dentro de la solución de las controversias originadas entre éste y un inversionista extranjero. La innovación introducida por las disposiciones del TLC constituye así la más importante reforma dentro del marco hemisférico, razón por la cual es muy probable que sea considerada como regla de base dentro del acuerdo que creará la zona de libre comercio de las Américas adoptará y se decidan a adherirse al TLC⁶⁴

Analizando las reglas aplicables en materia de solución de controversias observamos que estas presentan igualmente una serie de excepciones tales como la del supuesto de existir razones de seguridad nacional y de presentarse los supuestos del anexo 1138.2. Dicho anexo establece en que casos el Canadá y México no aplicaran las disposiciones de la sección B. En el caso del Canadá, la exclusión de las reglas del capítulo 11 de esta sección se aplica en el caso que sean aplicables las disposiciones de la Ley de inversiones de Canadá. En el caso de México, dichas reglas no serán aplicables cuando la Comisión Nacional sobre Inversiones extranjeras se encuentre realizando una evaluación en virtud de lo dispuesto por el anexo I (I-M-4) a fin de determinar si tal inversión estará sujeta a un examen.

62 MANNING-CABROL, D. *loc.cit.* note 61, p.1.

63 *Ibid.* p. 1. Consultar igualmente el trabajo de MORGAN SUMMERS, L. «The Calvo Clause», (1982) 19 *Virginia Law Review*, p. 461

64 El artículo 1110 del TLC y las disposiciones concernientes al arbitraje contradicen el principio CALVO que fue incluido dentro del sistema jurídico mexicano y en casi todas las leyes y constituciones de América Latina. A efectos de adherirse al TLC, Mexico tuvo que reformar su sistema jurídico y volverlo compatible con las disposiciones del TLC. Un estudio interesante sobre el tema puede ser consultado en el artículo de S. AUERBACH, « U.S Canada and México Agree to form trade bloc », *Washington Post* (August 13, 1992) A.1.

La lógica aplicada por el TLC en lo que se refiere a materia arbitral se basa en el supuesto en el que el inversionista considera que un estado parte ha lesionado sus derechos mediante el incumplimiento de las obligaciones establecidas por el acuerdo. En tal sentido, el inversionista puede reclamar la compensación de una pérdida financiera y los daños sufridos. Así, según la lógica de la sección B del capítulo 11, debe existir un perjuicio como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones adquiridas en virtud de la sección A del capítulo 11.

La aplicación del arbitraje busca evitar así que el Estado sea juez y parte en las causas interpuestas por los inversionistas y otorga de esta manera a los inversionistas la posibilidad de contar con un mecanismo de solución de sus diferencias neutral⁶⁵. La solución de las diferencias mediante arbitraje supone, igualmente, que estas diferencias no han podido ser resueltas mediante negociaciones.

Considerando la lógica sobre la cual subyace la sección B de este capítulo, analizaremos las disposiciones relativas al derecho del inversionista a someter una demanda en arbitraje.

En este orden de ideas, el artículo 1116 establece en primer termino que los supuestos en los cuales el inversionista puede hacer uso del arbitraje⁶⁶. Según estas disposiciones, únicamente los naturales de cualquiera de los países miembros del TLC⁶⁷ podrán hacer uso del mecanismo arbitral previsto en la sección B del TLC. Según este artículo, este derecho prescribe al cabo de los tres años de haber sido el inversionista víctima de un daño. Por otro lado, el artículo 1117 prescribe que el inversionista de un Estado parte, en representación de una empresa de otro Estado parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá someter a arbitraje, de conformidad con esta sección, una reclamación en el sentido de que la otra Parte ha violado una obligación establecida ya sea en la Sección Así; el artículo 1503(2) «Empresas del Estado» o el artículo 1502(3)(a) «Monopolios y empresas del Estado», cuando dicho monopolio haya actuado de manera incompatible con las obligaciones impuestas al estado parte en virtud de la sección A.

Desde un punto de vista jurídico, la incorporación de este artículo dentro de las reglas en materia arbitral supuso que los problemas surgidos en torno al derecho de un inversionista (persona natural) de someter a arbitraje el litigio sobrevenido a causa de un

65 FOLSOM, R. GORDON, W. SPAGNOLE, J. et MINN, P. **International Trade and investment**, West Publishing Co., USA, 1996, p.410.

66 Este mismo artículo prescribe igualmente que las disposiciones de la sección B serán aplicadas igualmente en el caso de monopolio de empresas previsto en los párrafos (2) y (3.a) del artículo 1502, cuando dicho monopolio de manera tal que ha contravenido las obligaciones impuestas por la sección A.

67 Sobre este tema, debemos considerar las definiciones de los artículos 1139 y 201 del TLC. El artículo 1139 define así que es lo que debemos entender por inversionista de un estado parte e indica que se trata de un Estado parte, de una empresa de dicho estado, un nacional o una empresa de dicho Estado que ha invertido, invierte o busca invertir en la zona de libre comercio. Por su parte, el artículo 201 define al nacional como la persona física ciudadana o residente permanente de uno de los Estados partes y cualquier otra persona física a que se refiera el Anexo 201.1

daño que le ha sido causado en tanto accionista por uno de los Estados partes sean solucionados igualmente mediante el procedimiento arbitral.

Este artículo supuso por lo tanto que los problemas sobrevenidos en ocasión del caso del *Barcelona Traction*⁶⁸ fueran solucionados. En el caso *Barcelona Traction*, el tema que se puso sobre la mesa fue el del caso de unos accionistas belgas que sufrieron un perjuicio económico a causa de la decisión adoptada por el gobierno español. Estos accionistas decidieron someter a arbitraje su causa, basándose en el hecho de haber sido víctimas de un daño y solicitaron al país de donde eran originarios a representarlos en virtud al principio de protección diplomática. En dicho caso, la Corte Internacional de Justicia decidió negar el derecho al gobierno belga de actuar en defensa de los intereses de los accionistas mayoritarios de la compañía *Barcelona Traction Light and Power Company Ltd* porque dicha compañía había sido constituida sobre la base del derecho canadiense⁶⁹, siendo por tanto el Canadá el único estado autorizado a perseguir a España ante la Corte Internacional. El razonamiento del tribunal se basaba en el hecho que el daño había sido causado a la compañía de origen canadiense y no a sus accionistas.

Como muy bien señalan Daniel M. Price y Bryan Christy III, el artículo 117 se constituyó en la mejor solución frente al problema surgido en dicho caso. Al decir de estos autores, «...Article 117 is intended to resolve the *Barcelona Traction* problem by permitting the investor to assert a claim for injury to its investment even where the investor itself does not suffer loss or damage independent from that of the injury to its investment...».⁷⁰

Por otro lado, siguiendo con nuestro análisis observamos que este mismo artículo prevé entre otras disposiciones el cúmulo de acciones que otorgan una mayor seguridad a los inversionistas al aplicar el principio de celeridad procesal en la solución de los conflictos sometidos a arbitraje⁷¹. La única excepción a la acumulación de acciones es el caso de que dichas acciones supongan intereses afectados de distinto carácter. En dicho supuesto, las causas serán solucionadas individualmente por el Tribunal arbitral.

El artículo 1118 establece que las partes deberán esforzarse en solucionar sus diferencias mediante la consulta y negociación. Sólo en el caso en el que dichas negociaciones no arribaran a buen termino las partes adoptaran por el arbitraje. Según el artículo 1119 el inversionista que ha sufrido el daño deberá comunicar a la parte que considera que ha lesionado su derecho su intención de someter la causa ante el tribunal arbitral.

Siguiendo este orden de ideas, el esquema establecido por la sección B del capítulo 11 del TLC se erige como un esquema exhaustivo y complejo en la medida en que la sección B prevé un mecanismo arbitral para solucionar las controversias surgidas, procedimiento con reglas claramente definidas⁷². El modelo de arbitraje presenta los

68 BARCELONA TRACTION CASE (Belgium v. Spain) (1970) I.C.J. Rep. 3 (Preliminary Objections).

69 Para un resumen y análisis de dicho caso consultar la obra de PEISEMANN, P.M. COUSSIRAT-COUSTERE, V. et HUR, P. *Petit Manuel de la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice*, 3e éd., Paris, Éditions A.Pedone, 1980, pp.95-105.

70 PRICE, D.M. CHRISTY, P.B. III. *Op.Cit* 47, p. 177.

71 NAFTA, C. 11, art. 1117 (3).

72 SCHAUFELBERGER, P. *Op.Cit.* note 51, p.131.

siguientes de procedimientos: el del Centro de Solución de diferencias en materia de inversiones del Banco Mundial⁷³ y el de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional. Según las exigencias del TLC⁷⁴, las partes podrán aplicar el primer procedimiento en el caso en la medida que ambas partes formen parte de dicha convención. En caso en que una de las partes no sea parte de dicho convenio, las partes podrán recurrir al Reglamento suplementario al mecanismo establecido por el Banco Mundial. En la actualidad, únicamente los Estados Unidos forman parte de la *Convención de Washington* de tal manera que sólo los inversionistas norteamericanos pueden tener recurso a este sistema. Por su parte, México y el Canadá pueden utilizar los otros dos procedimientos

El sometimiento de la causa a arbitraje deberá realizarse luego de los seis meses de haberse producido el hecho o los hechos que generaron el daño. La aplicación de tal plazo refleja el interés de las partes de solucionar sus diferencias mediante negociación. Únicamente en caso de no hallarse una solución mediante negociación las partes podrán someter dicho conflicto ante un tribunal arbitral. La intención de dar solución al conflicto mediante arbitraje deberá ser expresado por escrito⁷⁵ de manera que la voluntad de las partes sea respetada al momento de proceder a resolverse la causa.

Las disposiciones del artículo 1120, presentan una excepción para el caso de México. En tal sentido, las disposiciones del anexo 1120.1 señalan que un inversionista no puede someter a arbitraje la solución de un conflicto sobrevenido en el caso en el que haya previamente optado por seguir el mismo por vía judicial ante un tribunal mexicano. Este anexo prevé igualmente que una persona moral de origen mexicano bajo control de un inversionista originario de uno de los Estados partes no podrá alegar el incumplimiento de las obligaciones previstas en la sección A del capítulo 11, si dicho procedimiento ha sido presentado ante un tribunal mexicano.

Una vez solucionado el conflicto por la vía arbitral, el tribunal podrá acordar el pago de intereses pecuniarios como consecuencia de los daños sufridos así como la restitución de los bienes materia de conflicto. Dicha posibilidad se encuentra prevista en el artículo 1135 que describe de manera detallada cuales son los tipos de reparaciones a las cuales tiene acceso la parte demandante. La sentencia arbitral tiene fuerza obligatoria únicamente entre las partes demandante y demandada y respecto a la especie materia de conflicto⁷⁶. Bajo reserva de los casos previstos en el párrafo tercer de dicho artículo, la parte demandada deberá resarcir el daño causado y conformarse a la sentencia final. Un inversionista podrá solicitar la ejecución de la sentencia final únicamente en el supuesto previsto por dicho artículo.

73 El *Centro Internacional para la Solución de diferencias relativas a las Inversiones* es una institución internacional autónoma creada gracias a la Convención de Washington firmada en el año 1965 y puesta en vigor al año siguiente. Dicha institución busca favorecer la expansión de las inversiones mediante el otorgamiento de medios de conciliación y de arbitraje en caso de sobrevenir diferencias entre los Estados y los inversionistas extranjeros. Para un análisis de la estructura y funcionamiento de dicha institución consultar la obra de SCHAUFELBERGER, P. *Op.Cit.* note 51, pp.111-118.

74 *NAFTA*, C.11, art.1120.

75 *NAFTA*, C.11, art. 1122 (a).

76 *NAFTA*, C.11, art. 1136.

En el supuesto que la sentencia final haya sido rendida de conformidad con las reglas de la *Convención de Washington*, el inversionista demandante deberá esperar que transcurra un plazo de 120 días luego de la sentencia final para solicitar la revisión o la anulación de la misma. Si se tratase del supuesto de una sentencia final rendida conforme a los procedimientos establecidos por el Reglamento Suplementario de la Convención de Washington o bien a aquellos de la Comisión de las Naciones Unidas, la parte demandante deberá esperar un lapso de tres meses luego de la adopción de la sentencia final, de la revocación o revisión de la misma, y que todos los recursos existentes hayan sido agotados.

Por otro lado, cada país miembro del TLC deberá, al mismo tiempo, asegurar la ejecución de la sentencia dentro de su territorio. Si la sentencia final no es respetada por las partes o si la parte demandada no respeta la decisión arbitral, dicha cuestión podrá ser sometida ante la Comisión del TLC, quien analizará si dicha conducta no constituye un incumplimiento de las obligaciones adquiridas en virtud del TLC.

Una vez analizado las características existentes dentro del modelo del TLC en lo que se refiere a la promoción y protección de las inversiones pasaremos a analizar el contexto que se presenta en el caso del MERCOSUR, a efectos de precisar en la parte final del presente estudio las características comunes y las tendencias existentes dentro del contexto hemisférico en este sentido.

EL CASO DEL MERCOSUR

Antes de pasar a analizar la situación que presenta el MERCOSUR en materia de inversiones, es necesario considerar ciertos supuestos de manera a comprender en toda su complejidad la dinámica que presenta la liberalización de la inversión y en consecuencia el comercio dentro de dicho grupo de integración regional. En tal sentido, hemos considerado interesante considerar la metodología de análisis realizada por el profesor Roberto Bouzas⁷⁷ quien estudia la dinámica del MERCOSUR no únicamente sobre la base económica. Según dicho autor, la dinámica del MERCOSUR debe ser analizada sobre la base de tres hipótesis importantes:

- 1) La existencia de una sociedad natural que une a los países miembros y que constituye la base del sistema de integración mismo en la medida que reduce los riesgos comerciales y incrementa las posibilidades de un acuerdo preferencial que permita el mejoramiento de la situación de los países miembros,
- 2) La existencia de una fuerte interdependencia económica creciente entre los países miembros, sobre todo en el caso del Brasil y de la Argentina. Conviene precisar que dicha situación se hace evidente en el área de la cooperación empresarial y el flujo de información que circula dentro de la zona integrada, y
- 3) El hecho que las políticas de integración del MERCOSUR no han podido ir más lejos en la liberalización comercial a causa de las políticas nacionales aplicables que

77 BOUZAS, R. «*La agenda económica del MERCOSUR : Desafíos de política a corto y mediano plazo, Integración y Comercio*» en Instituto para la integración de América Latina y el Caribe (INTAL), enero/abril 1996, pp. 65.

han tendido a incrementar las diferencias existentes no solo en el plano económico pero jurídico.

Es precisamente, gracias al análisis de estos supuestos que comprenderemos cual ha sido la evolución que el MERCOSUR ha presentado en estos últimos tiempos así como la serie de desafíos de orden político que se presentan a mediano y corto plazo a efectos de liberalizar el comercio y las inversiones dentro de la región. Considerando dichos supuestos pasaremos a analizar la dinámica que caracteriza la liberalización comercial dentro del MERCOSUR.

Creado en 1991 gracias a la firma del *Tratado de Asunción*, el MERCOSUR busca la creación de un mercado común luego de haber pasado el período de transición que debía culminar el 31 de diciembre de 1994. Aún lejos de su objetivo, el MERCOSUR presenta en la actualidad las características de una unión aduanera en perfeccionamiento continuo. En tal sentido, resulta de sumo interés observar la evolución de las medidas adoptadas para el establecimiento de la misma así como su aplicación con miras a liberalizar el régimen jurídico que regula el comercio y la inversión intra-zona y extra-zona.

Entre las medidas adoptadas en tal sentido podemos distinguir las siguientes: 1) aquellas medidas que buscan el perfeccionamiento de la unión aduanera propiamente dicha y 2) aquellas que se orientan hacia el desarrollo e incremento de los lazos existentes con los terceros países⁷⁸. Estos dos tipos de medidas están ligadas íntimamente a la evolución que el MERCOSUR adoptará en el contexto hemisférico.

La primera de las reglas orientadas al perfeccionamiento de la unión aduanera, constituye sin lugar a dudas el requisito previo para la integración económica del MERCOSUR, en tanto que el tema ligado a las medidas adoptadas frente a los terceros países constituye un tema de gran importancia para la liberalización del comercio y de la inversión hemisférica. Dicha meta de liberalización del comercio y de la inversión en el orden hemisférico responde a la lógica establecida por el MERCOSUR, la misma que se deduce de las disposiciones en torno a la adhesión de otros países al Tratado de Asunción⁷⁹.

En virtud a su compleja estructura y las reglas que lo componen, el MERCOSUR ha sido calificado por algunos especialistas⁸⁰ como uno de los acuerdos de liberalización del comercio y de la inversión más exitoso que haya sido concluido en América Latina. En tal sentido, Thomas Andrew O'Keefe señala que «A MERCOSUR free trade zone by

78 El artículo 1 del Tratado de Asunción precisa que «Los países miembros han decidido de crear un mercado común, el mismo que debiera ser establecido al 31 de diciembre de 1994. Dicho mercado será denominado Mercado Común del Sur (MERCOSUR)». Por su parte, el artículo 4 precisa la orientación de la política extranjera del MERCOSUR. Consultar el texto de UZAL, M.E. «Derecho de la Integración: La integración en América. El Mercado Común del Cono Sur (MERCOSUR)», (1992) 145-150 Revista de Derecho Comercial, pp. 207-220.

79 El artículo 20 del Tratado de Asunción precisa que dicho tratado se encuentra abierto a la adhesión, mediante negociación, a todos los países miembros del ALADI que así lo solicitan. La solicitud debe ser aprobada por unanimidad. Cfr. UZAL, M.E. *Op.Cit* note 78, p. 211.

80 WILSON, S. *Ensemble ou séparation, l'Argentine, le Brésil et l'ALENA*, Policy Staff Paper, Department of Foreign Affairs and International Trade, août, 1995, p.4.

1995,...would be a huge success in view of Latin America's previous dismal track record at economic integration. Such a free trade zone would provide both regional and extraregional investors with a wealth of new opportunities.⁸¹

Gracias a la serie de transformaciones sobrevenidas al MERCOSUR durante y después del periodo de transición, este presenta una nueva estructura, distinta a la establecida originariamente en el Tratado de Asunción. Entre la serie de transformaciones que debemos resaltar se encuentran aquellas fruto de la adopción de los Protocolos de Buenos Aires y de Ouro Preto, ocurridos en agosto y diciembre de 1994. Estas transformaciones permitieron la constitución de un nuevo marco normativo en lo que concierne al aspecto comercial. La adopción de estos dos Protocolos hace que el MERCOSUR sea calificado como un proyecto de integración situado entre el TLC (que creo una zona de libre comercio dinámica) y la Unión Europea (cuyo modelo importa la adopción de políticas comunes frente a los terceros Estados)⁸².

El estudio de las características que el MERCOSUR posee así como las instituciones que lo conforman facilitan, sin lugar a dudas, la nueva dinámica de integración del grupo. Dicha dinámica nos permitirá verificar la complejidad de las obligaciones que los Estados que buscan acceder a este deberán adoptar.

EL MODELO ESTABLECIDO POR EL MERCOSUR

Con la finalidad de alcanzar los fines establecidos por el Tratado de Asunción, los países miembros adoptaron una serie de instrumentos, entre los cuales conviene señalar el programa de implementado para la liberalización comercial, la reducción progresiva de las tarifas aduaneras⁸³, la suscripción de acuerdos sectoriales con miras a maximizar la utilización de los medios de producción y el establecimiento de un tratamiento común en materia fiscal⁸⁴ para los productos considerados originarios de la región. A dichos instrumentos, conviene sumar el sistema de protección y promoción de las inversiones establecido para la inversión intra-zona y extra-zona. Pese a esta estructura compleja, la integración económica del MERCOSUR se encuentra lejos de ser una realidad. Según Ramos, Agudelo y Gudiño la causa sería «... la inexistencia en la práctica de una compatibilidad de las estra-

81 .O'KEEFE, T.A. «An analysis of the MERCOSUR economic integration project from a legal perspective», (1994) *International Lawyer*, American Bar Association Journal, p.17.

82 LEPOUTRE, E. «Amérique Latine: de nouvelles perspectives pour les entreprises françaises dans le cadre du MERCOSUR », (1997) 48 *Droit et Patrimoine*, Paris, pp. 26-32.

83 Según las disposiciones del Tratado de Asunción su objetivo es la constitución del mercado común. Con miras a la realización de dicho objetivo, los países miembros adoptaron un programa de liberalización comercial. Después de Ouro Preto en 1994, los Estados partes establecieron la aplicación de un arancel externo común situado entre de 0% a 20%. Dicho arancel presenta una lista de excepciones que deberán ser eliminadas progresivamente en un lapso no mayor de 5 años en el caso del Argentina, Brasil y Uruguay mientras que en el caso del Paraguay dicho plazo es de 10 años. Para estos primeros países la lista de productos exceptuados es de cerca de 300 productos en tanto que para el Paraguay dicha lista comprende únicamente 399 productos.

84 Este tratamiento común fue establecido por los artículos 61 a 67 del Tratado de Asunción así como por la Decisión 5/94 del Grupo del Mercado Común que estableció el arancel externo común así como los requisitos mínimos para el funcionamiento de la unión aduanera.

tegas nacionales con miras a la conducción económica del grupo y las reglas fijadas por el MERCOSUR ...»⁸⁵. La falta de estrategia nacional compatible entre los países miembros del MERCOSUR ha impedido la coordinación de las políticas económicas y ha orientado el interés sobre todo hacia la liberalización del comercio que se ha erigido como el instrumento para la integración de los países miembros.

Entre los aspectos en los cuales la liberalización comercial se presenta aún imperfecta encontramos el de la adopción de medidas orientadas hacia la apertura de algunos sectores del mercado regional y la puesta en marcha de una estrategia internacional frente a la integración y el desarrollo económico del grupo. Esta liberalización insuficiente del comercio regional es consecuencia de que la integración requiere de varias etapas para concretarse. De esta manera, podemos decir que en el caso del MERCOSUR, la integración esta lejos de ser un hecho y se encuentra más bien en avance continuo⁸⁶.

En lo que se refiere a la dimensión netamente jurídica del MERCOSUR debemos señalar que este ha sido establecido con la finalidad de determinar la libre circulación del comercio y de la inversión en la región de manera progresiva. Así, el Tratado de Asunción, acuerdo multilateral regido por el derecho internacional público, presenta un carácter netamente evolutivo. Por esta razón, algunos autores⁸⁷ han considerado que el MERCOSUR es más bien un tratado que precisa las reglas de un sistema de integración en formación y transformación continua. Así, por ejemplo, Santiago Pérez del Castillo señala que «Dès son début, le Traité a été conçu comme un accord ouvrant un processus d'intégration économique et non comme le pacte constitutif d'un marché commun immédiat. Raison pour laquelle le traité original ne contenait ni clauses ni caractère proprement social ni dispositions en vue de l'intégration sociale. Cette omission fut remédiée à la suite de la création d'un organe chargé de négocier en matière sociale et de travail. L'absence dans le document de chapitre sur ces questions s'explique également par la genèse même de ce texte, issu d'un ensemble d'accords commerciaux bilatéraux entre l'Argentine et le Brésil qui ont rapidement évolué...»⁸⁸.

Este carácter evolutivo del que hablamos se encuentra precisado incluso dentro de las disposiciones mismas del Tratado de Asunción⁸⁹, según el cual las partes estaban en obligación de convocar a una reunión extraordinaria para poner en pie la estructura institucional del MERCOSUR así como las medidas que serían aplicables para la liberalización del comercio y de la inversión. Esta precisión, nos permite observar que se trata de un acuerdo-marco que contiene una serie de líneas directrices que se irán desarrollando mediante convenciones especiales. Se trata en otros términos, de un esquema

85 Opinión extraída del análisis de RAMOS; E. AGUDELO, H. et GUDINO, F. « Viabilidad y potencialidad del MERCOSUR: Una interpretación de escenarios de futuro », (1994) 14 **Revista Integração Latinoamericana**, p.2. (*trad. libre*).

86 VASQUEZ, C. «Análisis de algunos aspectos de la integración en el MERCOSUR desde el punto de vista del derecho administrativo» en FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA (1995) **Estudios Multidisciplinarios sobre el MERCOSUR**, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, p.28.

87 Analizar el texto de VASQUEZ, C. **Op. Cit.** note 86, p.13.

88 PEREZ DEL CASTILLO, S. « Le MERCOSUR, histoire et espoirs », (1993) 132 **Revue Internationale du Travail**, No.5-6, p.715.

89 Artículo 18 del Tratado de Asunción.

normativo ubicado entre el derecho directivo, que establece una serie de directivas de orden jurídico de carácter definitivo, y un derecho operativo, constituido por la serie de compromisos que deberán adoptarse conforme lo estipulan los anexos del Tratado de Asunción.

Una vez analizada la compleja estructura del Tratado de Asunción, pasaremos a analizar las disposiciones concernientes a la liberalización comercial para en último término abordar aquellas que hacen referencia a las inversiones dentro del territorio del MERCOSUR.

Según el programa de liberalización establecido por el Tratado de Asunción, la liberalización comercial tendrá lugar mediante la aplicación de un programa de reducción arancelaria lineal y automática con miras a eliminar las restricciones a las importaciones⁹⁰ y la adopción del compromiso de eliminar todas las restricciones no arancelarias al comercio dentro de la región. De esta manera, los únicos instrumentos aplicables con miras a disminuir los peligros propios de una liberalización de gran velocidad serían la aplicación de cláusulas de salvaguardia⁹¹ que protegen ciertos sectores de la industria nacional en cada uno de los países miembros. La aplicación de dichas reglas tuvo como principal obstáculo la existencia de una gran diversidad de políticas macro-económicas, de reglas jurídicas en materia comercial (incluidos los derechos antidumping y las medidas en materia contractual)⁹² y la voluntad de los Estados partes de proteger ciertos sectores de su economía. Otro problema adicional a los ya mencionados es el de la eliminación de las restricciones pararancelarias⁹³ que tienen un fuerte impacto en la dinámica de la liberalización comercial.

En lo que se refiere a la puesta en marcha de programas sectoriales, podemos indicar que el objetivo central de las partes es el de la armonización de las políticas estructurales con miras a eliminar las restricciones a la concurrencia originadas por la aplicación de las políticas públicas orientadas a otorgar una serie de ventajas competitivas a ciertos sectores de la economía nacional. Esta situación generaría un verdadero freno a la dinámica de la liberalización comercial y se constituiría en un verdadero obstáculo a la libre circulación de las inversiones dentro de la región.

Otro punto que merece la pena señalar en torno a las políticas aplicadas para la liberalización comercial dentro del MERCOSUR es el del establecimiento de un tratamiento común en materia fiscal con miras a la apertura de la región a los otros grupos regionales. Dicha armonización ha sido hasta la fecha difícil de alcanzar a causa de la existencia de

90 Según el programa de reducción tarifaria, la eliminación de las restricciones a las importaciones debía de culminar el 31 de diciembre de 1994.

91 Según el punto de vista de Lepoutre, la existencia de una cláusula de salvaguardia dentro del Tratado permite a los Estados partes beneficiar de una exención tarifaria sobre trescientos productos. Cfr LEPOUTRE, p.28.

92 Una unión aduanera requiere un trato único para las importaciones provenientes de otros países, no solamente en materia tarifaria sino en lo que se refiere a la aplicación de medidas de protección contra las prácticas desleales al comercio. Por tal motivo, los países miembros del MERCOSUR han establecido un reglamento común sobre las prácticas desleales contra el comercio y otro sobre la protección del comercio dentro de la zona. Dichas disposiciones son acordes a lo establecido por la OMC en la materia

93 BOUZAS, R. *Op. Cit.* note 77, p. 71.

políticas macro económicas particulares y la diferencia de desarrollo económico de los Estados partes.

Estas características han hecho del MERCOSUR una unión aduanera imperfecta que aplica un arancel externo común escalonado⁹⁴. Este arancel supone la aplicación de once niveles arancelarios situados entre el 0% y el 20%. El arancel promedio se encuentra situado alrededor del 11%⁹⁵ en el caso de la gran mayoría de productos, mientras que sólo un 12% de los productos originarios aplican un arancel particular. La Decisión que regula el tema del arancel externo común precisa que este será aplicable a todas las importaciones⁹⁶ mientras que cada estado parte podrá aplicar un arancel nacional en el caso de productos provenientes de las zonas aduaneras de régimen especial, de los puertos libres o de las zonas francas. De esta manera, la aplicación del arancel externo común presenta como única excepción el caso de los bienes fabricados en las zonas aduaneras de Manaos y Tierra del Fuego.

Un último aspecto referente a la liberalización del mercado regional es el de las negociaciones con miras a la apertura del mercado regional a otros países o grupo de países según el modelo de negociación «4+1»⁹⁷. Dicha fórmula permitió la firma de acuerdos de complementación económica entre el MERCOSUR, Chile y Bolivia⁹⁸, quienes pasaron a ser asociados y no miembros del MERCOSUR. Jurídicamente esta situación tiene su explicación en el hecho que la cláusula de adhesión prevista por el MERCOSUR precisa que la adhesión al Tratado es restringida⁹⁹. Otro modelo de negociación utilizado por el MERCOSUR es el de la integración bloque a bloque. Dicho sistema es actualmente utilizado por ejemplo en las negociaciones con el Grupo Andino¹⁰⁰. Sobre este punto, conside-

94 El arancel externo común fue establecido en virtud de lo dispuesto por el artículo XXIV del GATT que señala que «...the duties..in respect of the trade with (non members)...shall not on the whole be higher than ...the duties...prior to the formation of (the) union...».

95 Este fue el motivo por el cual Chile no encontró mayores limitaciones al libre comercio con el MERCOSUR. La adhesión de Chile al MERCOSUR bajo esta fórmula, luego de un largo periodo de negociaciones entre los gobiernos, permitió que Chile pudiera mantener su propia política comercial frente al extranjero, no obligando de esta manera a Chile a adoptar medidas orientadas a armonizar su política económica y comercial con aquella aplicada por los países del MERCOSUR, Cfr. «Chile entro en el MERCOSUR», Diario *El Mercurio*, Santiago de Chile (11 septiembre 1996) p.A-1.

96 La aplicación del arancel externo común es parcial al decir de Roberto Bouzas debido a la existencia de una enorme lista de excepción que vino a proteger a una serie de sectores productivos considerados sensibles Ver, BOUZAS, R. *Op. Cit.* note 77, .pp. 73-74

97 El modelo de negociación establecido por el MERCOSUR se encuentra basado en las disposiciones establecidas por el ALADI.

98 Conviene precisar que en el caso de Chile y Bolivia, dichos países formularon su solicitud para asociarse al MERCOSUR en el año 1994, siendo los acuerdos firmados en tal sentido únicamente hasta las siguientes fechas : 1ero de octubre de 1996 en el caso de Chile y 1ero de marzo 1997 en el caso de Bolivia.

99 Consultar el artículo 20 del Tratado de Asunción.

100 En lo que se refiere a las relaciones entre el MERCOSUR y el Grupo Andino, consideramos interesante el estudio de Bouzas quien considera que las negociaciones entre ambos grupos se caracterizan por su complejidad debido a la gran variedad de acuerdos que el Grupo Andino ha firmado con miras a acercar las economías del Grupo Andino y reforzar de este modo la unión aduanera. Consultar BOUZAS, R. *Op. Cit.*, p.69.

ramos conveniente precisar que una negociación de esta naturaleza corre el riesgo de una sobrecarga institucional del MERCOSUR que podría generar serios problemas en las negociaciones hemisféricas.

En último termino, conviene precisar que aún cuando el MERCOSUR presente ciertos aspectos que requieren ser solucionados, los mecanismos hasta la fecha han permitido un crecimiento considerable de flujo del comercio y de las inversiones en la región¹⁰¹. A título de ejemplo, tenemos el hecho que la liberalización comercial ocurrida por intermedio de las reformas aplicadas en virtud al MERCOSUR permitió la apertura de diversos sectores de la economía antes protegidos, tal es el caso de las telecomunicaciones, los productos químicos, el papel y las industrias de bebidas¹⁰², a la inversión extranjera.

Habiendo descrito a *grosso modo* las características que el modelo MERCOSUR presenta pasaremos a analizar las instituciones que lo componen de manera a estudiar posteriormente las normas aplicables en materia de inversiones.

LAS INSTITUCIONES DEL MERCOSUR Y SUS ROLES

A diferencia de otros grupos regionales, el MERCOSUR presenta un carácter estrictamente intergubernamental lo que supone que no cuenta con organismos de carácter supranacional encargados de la puesta en marcha del proceso de integración dentro de la región. Todas las negociaciones, según el modelo del MERCOSUR, deberán de realizarse por intermedio de las administraciones públicas encargadas de coordinar las acciones necesarias para la liberalización comercial y la integración del mercado.

De conformidad con las disposiciones del *Protocolo de Ouro Preto*, todas las decisiones adoptadas por el MERCOSUR deberán realizarse mediante consenso y la participación de todos los países miembros. En este sentido, Sam Laird indica que «...MERCOSUR is an international treaty subscribed by the member states and the basis established under the treaty are inter-gouvernemental, rather than note-national..»¹⁰³.

Este carácter intergubernamental determina que en el ámbito interno, todas sus decisiones, resoluciones y directivas requieran de medidas nacionales para su aplicación y obligatoriedad¹⁰⁴. De esta manera, una vez aprobadas las normas, reglamentos y directivas

101 Una opinión contraria a la nuestra se encuentra en el estudio de Roberto Bouzas que considera que la existencia de una serie de excepciones de tipo sectorial relativiza el sistema de protección y promoción de las inversiones dentro del territorio del MERCOSUR. Voir. BOUZAS, R. **Op. Cit.** note 77, p. 80.

102 INSTITUTO DE RELACIONES EUROPEO-LATINOAMERICANOS, *El MERCOSUR : perspectivas de un bloque emergente*, Dossier No.61, Madrid, IRELA, agosto 1997, p. 19.

103 LAIRD, S. «*MERCOSUR: Objectives and Achievements*, World Trade Organisation Trade», **Policy Review Division**, Staff Working Paper TPRD-97-002, June 1997, p.5.

104 Sobre este punto, conviene señalar que muchas veces las medidas adoptadas a nivel regional deben esperar un tiempo considerable antes de ser adoptadas, pues el sistema supone que cada legislación interna deba incorporar las normas de carácter regional dentro de sus legislaciones para que las mismas tengan fuerza obligatoria. En tal sentido, conviene señalar que las medidas adoptadas en a nivel regional deben muchas veces esperar la ratificación. Sam Laird señala que

del MERCOSUR, estas son incorporadas dentro de los sistemas jurídicos de cada una de las partes¹⁰⁵. La existencia de una estructura intergubernamental evita, según Santiago Pérez del Castillo¹⁰⁶, la existencia de una burocracia excesiva dentro del mercado común. Esta estructura hace del MERCOSUR una organización con espíritu pragmático, favorable para la integración de los países miembros.

Esta estructura esta compuesta por organismos encargados de la integración regional entre los cuales tenemos: el Consejo del Mercado común¹⁰⁷, que juega el rol del poder ejecutivo y es por ende considerado como el órgano máximo del MERCOSUR; el Grupo del Mercado Común que ejerce las funciones administrativas y participa conjuntamente con el poder ejecutivo en la sumisión de las propuestas ante el Consejo de ministros; la Corte Arbitral, responsable de la solución de diferencias y el Secretariado cuya sede se encuentra en Montevideo-Uruguay.

La estructura institucional del MERCOSUR fue establecida por el *Tratado de Asunción* y completada por las disposiciones del Protocolo de Ouro Preto¹⁰⁸, del mes de diciembre de 1995. Dicho Protocolo señala que la estructura institucional definitiva del MERCOSUR estará compuesta por el Consejo del Mercado Común¹⁰⁹, integrado por los presidentes de los cuatro países miembros y cuya voluntad es expresada por medio de decisiones, el Grupo del Mercado Común¹¹⁰, que aprueba las resoluciones y de la cual depende los sub-grupos de trabajo¹¹¹, la Comisión de comercio del MERCOSUR, la

antes de 1997, cerca de 97 Decisiones, 501 Resoluciones y 43 Directivas aprobadas durante el período de 1991 a 1996 tuvieron que esperar la ratificación por parte del gobierno de Argentina y de Brasil, quienes ratificaron únicamente 50% de las medidas adoptadas. Sin lugar a dudas esta situación tiene una fuerte incidencia para la puesta en marcha del proceso de integración regional dentro del MERCOSUR.

- 105 Este grupo de normas jurídicas constituye lo que se conoce como derecho derivado de la integración que tanto el artículo 10 del Reglamento interno del Mercado Común y el artículo 16 del Protocolo de Brasilia hacen referencia. Cfr. C.VASQUEZ, *loc. cit.* note 86, que indica que este derecho derivado es escrito y que hasta la fecha es imposible de hablar de derecho consuetudinario en el MERCOSUR.
- 106 *Id.*, p.714.
- 107 El artículo 9 del Tratado de Asunción señala que tanto este organo como el Grupo para el Mercado Común seran responsables de la administración y la aplicación del Tratado.
- 108 Este Protocolo otorga la personalidad jurídica al MERCOSUR y crea así mismo la estructura orgánica del mismo.
- 109 El artículo 10 del Tratado de Asunción, que habia establecido a *grosso modo* la función de cada uno de estos organos, indicaba que este era el organo máximo del mercado, siendo su rol el de conducir la política de integración económica y adoptar las medidas necesarias para la obtención de los fines del tratado. Los artículos 11 y 12 de esta disposición vienen a precisar las funciones de este organo.
- 110 El artículo 9 del Tratado de Asunción estableció que la administración y la ejecución del Tratado de Asunción durante el periodo de transición estaría a cargo del Grupo del Mercado Común y del Consejo del Mercado Común. El artículo 13, por su parte lo calificó como el organo ejecutivo atribuyendole una serie de facultades para la aplicación del Tratado. El Grupo del Mercado Común, cuyo reglamento fue aprobado por una decisión del Consejo del Mercado Común, es considerado el organo más importante del MERCOSUR.
- 111 En un principio, el tratado creo diez sub-grupos encargados de analizar el tema del comercio, aduanas, normalización técnica, la normalización técnico, el tema fiscal y las cuestiones

Comisión parlamentaria, el Foro de Consultas económicas y sociales y la Secretaría administrativa del MERCOSUR¹¹², responsable de la documentación y apoyo administrativo de los otros organismos del MERCOSUR.

Gracias a esta estructura institucional, el MERCOSUR se propone promover de manera activa el sistema multilateral de libre comercio y de la inversión, mejorando en consecuencia el nivel de vida de los Estados miembros e intensificando las relaciones comerciales entre los socios comerciales¹¹³. Por tal motivo, el hecho que el MERCOSUR no cuente con un sistema burocrático grande y pesado, da mejor eficacia al desarrollo de las actividades económicas entre los mercados de los países miembros. A este sistema debemos sumar igualmente las disposiciones del Protocolo de Brasilia¹¹⁴.

La complejidad y dinámica de cada una de estas instituciones permite el funcionamiento del sistema de protección y promoción de las inversiones que analizaremos a continuación.

CRITERIOS APLICABLES EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS

En lo que se refiere al tema de las inversiones, conviene señalar que el Tratado de Asunción permitió la creación de un sistema favorable a la inversión gracias a la firma de sendos protocolos. Desde su aprobación, diversas iniciativas de carácter privado se fueron desarrollando. Ello como consecuencia del hecho que la economía de los países miembros fue reestructurándose gracias a la aplicación de medidas de privatización en varios sectores antes reservados única y exclusivamente al Estado. Por intermedio de dicho sistema, las inversiones no sólo interna pero de origen extranjero fueron incrementándose de manera tal que incluso las perspectivas de crecimiento se volvieron cada día mas motivadoras¹¹⁵. Este incremento del volumen de las inversiones dentro de la región fue resultado del dinamismo presentado por las relaciones económicas de naturaleza no comercial que fueron adquiriendo una enorme importancia.

monetarias, el transporte, la industria, la energía y la coordinación de las políticas macro-económicas. De esta manera, podemos observar que los temas han sido multiplicados en funcion a las exigencias propias de la dinámica de integración que el MERCOSUR presenta.

112 El artículo 15 señala que la Secretaría tendrá la responsabilidad de vigilar el mantenimiento de la documentación así como la difusión de las actividades realizadas por el MERCOSUR. El artículo 33 de su reglamento interno le confiere otros poderes tales como el de verificar la adopción de las obligaciones adquiridas y el cumplimiento de los plazos por parte de las autoridades del Grupo del Mercado Común.

113 Es preciso indicar que el mercado común creado en virtud del MERCOSUR supone que la libertad de circulación de los medios de producción se encuentra protegido. En tal sentido, los países deberán adoptar las medidas necesarias para la protección de las inversiones

114 El Protocolo de Brasilia firmado el 17 de diciembre de 1991, estableció las reglas aplicables en materia de solución de conflictos sobrevenidos entre los Estados miembros en lo que se refiere a la interpretación, la aplicación o no aplicación de las obligaciones contraídas en virtud al Tratado de Asunción.

115 El incremento del flujo de inversiones dentro del MERCOSUR ha sido considerable sobre todo si observamos los resultados obtenidos durante los primeros meses del año 1997 y los comparamos con el monto acumulado un año atrás. Según previsiones de los especialistas dicho

Dentro de este contexto de progresivo crecimiento económico, las inversiones fueron incrementándose aún más gracias al establecimiento de un marco jurídico favorable gracias a la firma del **Protocolo de Colonia**¹¹⁶ de 1994 que regula las inversiones provenientes de la zona integrada¹¹⁷. La adopción de dicho Protocolo fue resultado del trabajo realizado por la Comisión técnica para la promoción y la protección de las inversiones, creada en virtud de la Resolución 20/90 del Grupo del Mercado Común. En virtud a dicho Protocolo, los países miembros del MERCOSUR resolvieron el establecimiento de un sistema de protección y de promoción de la inversión proveniente de los países miembros.

Este sistema de protección y promoción de la inversión sería finalmente completado por el Protocolo sobre la promoción y la protección de las inversiones extranjeras de los Estados no miembros del MERCOSUR, más conocido como Protocolo de Buenos Aires¹¹⁸ que estableció una serie de principios generales aplicables por los Estados partes a la inversión proveniente fuera de la zona integrada (inversión extra-zona). El objetivo final de este protocolo fue el de limitar la utilización de estímulos nacionales para atraer la inversión extranjera y más bien de armonizar los regímenes existentes, evitando de esta manera la competencia desleal en materia de inversiones.

Estos dos protocolos se encuentran actualmente a la espera de ratificación ante los parlamentos de Brasil y Argentina. Esta ausencia de ratificación generó ciertos comportamientos incompatibles con el espíritu de la integración económica del MERCOSUR. Sobre el particular, Felix Peña¹¹⁹ nos presenta como ejemplo en su estudio la situación que se presenta debido a la conducta del gobierno del Brasil que en junio de 1995 aprobó la medida provisional No. 1532 con la finalidad de atraer las inversiones extranjeras sobre su territorio en lo que se refiere a la industria automotriz.

Toda vez que nuestro análisis comparativo, busca presentar a los lectores las características particulares de los regímenes de inversión del TLC y del MERCOSUR, el análisis que presentaremos a continuación se limitará única y exclusivamente a las reglas establecidas por el Protocolo de Colonia.

A.- El Protocolo de Colonia y la definición de la inversión

La estrategia adoptada por los países miembros del MERCOSUR se infiere de la definición que el Protocolo de Colonia establece en torno al término inversión. El artículo 1

monto se incrementaran considerablemente en el periodo de 1997-2000 en el cual los beneficios obtenidos por la inversión extranjera serán de 13.300 millones de dólares, sobre todo en el sector automotriz, petroquímico y alimentario.

116 El Protocolo de Colonia fue aprobado mediante la Decisión 11/93 del Consejo del Mercado Común el 17 de enero de 1994. Para un análisis del mismo, cfr. UNITED NATIONS, *International Investment Instruments: A compendium*, Coll. Regional instruments, vol. II, New York, UNO, 1996, pp. 513-521.

117 Para un análisis profundo sobre el tema, consultar el estudio presentado por el INSTITUTO DE RELACIONES EUROPEO-LATINOAMERICANAS. op. cit. note 102, pp. 18-19.

118 Este Protocolo fue firmado en la ciudad de Buenos Aires, el 5 de agosto de 1994 y aprobado mediante la Decisión 11/94 del Consejo del Mercado Común. El texto de dicho Protocolo puede ser consultado en el sitio web <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisiones/DEC1194.stm>

119 PEÑA, F. «Reglas de juego e instituciones en el MERCOSUR», (1996) 14 Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, p.405 et ss.

de dicho Protocolo define a la inversión en los siguientes términos «entiéndase por inversión a todo activo invertido directa o indirectamente por los inversionistas de uno de los Estados signatarios en el territorio de otra de las partes conforme a las leyes y reglamentos vigentes en dicho territorio. Esta definición no incluye de manera exclusiva la propiedad de los bienes muebles e inmuebles, ...las hipotecas, las acciones, las cuotas societarias, los títulos de crédito y los derechos o prestaciones de valor económico...., los derechos de propiedad intelectual...las concesiones económicas otorgadas por la ley o por contrato... »¹²⁰.

Como podemos observar, esta definición se asemeja a la definición establecida por el artículo 1139 del TLC en el sentido que al igual que dicho acuerdo, el Protocolo de Colonia considera a la inversión en su sentido económico lo que permite dar mayor seguridad a la inversión.

Otro elemento que nos permite constatar el carácter económico que la inversión tiene dentro del Protocolo de Colonia es la definición que dicho protocolo hace en torno al inversionista. Según las disposiciones del artículo 1 párrafo (2) de dicho protocolo, debe entenderse por inversionista la persona física o moral que invierte dentro del territorio de uno de los Estados miembros. En el caso de las personas físicas, el protocolo hace referencia tanto al criterio de la nacionalidad como el de la residencia para identificar al inversionista. Es así, que el artículo 1 párrafo (2), señala que un inversionista puede ser aquel nacional, residente permanente o residente temporal de uno de los Estados miembros según lo establezcan las leyes pertinentes existentes en cada uno de los Estados partes. En el caso de las personas jurídicas, estas serán sujetas a las disposiciones del Protocolo en la medida en que se encuentren establecidas dentro del territorio donde la inversión ha tenido lugar.¹²¹ Por tal motivo, según el protocolo, una empresa debe reunir todas las condiciones previstas por el Protocolo para hallarse sujeta a las disposiciones previstas sobre la materia.

B.- Promoción y admisión de la inversión dentro de la región

A diferencia del TLC que no contiene ninguna disposición expresa, el Protocolo de Colonia establece la obligación de admitir y de promover la inversión dentro del territorio del MERCOSUR. En tal sentido, el artículo 2 del *Protocolo de Colonia* señala que: «Cada parte contratante deberá promover las inversiones de las otras partes contratantes y admitirlas dentro de su territorio de manera menos favorable que las inversiones de sus propios inversores...sin perjuicio del derecho de cada parte de mantener de manera transitoria ciertas excepciones limitadas que forman parte de los sectores precisados en el anexo del presente Protocolo. »¹²²

120 PROTOCOLO DE COLONIA PARA LA PROMOCION Y PROTECCION DE INVERSIONES EN EL MERCOSUR (INTRAZONA), art. 1(1), [en adelante **Protocolo de Colonia**] en UNITED NATIONS, *International Investment Instruments : A compedium*, Vol. II. Coll. Regional instruments, New York, UNO, 1996, p. 514, traducción libre.

121 El tratamiento establecido por el Protocolo de Colonia difiere de manera sustantiva con el del artículo 1139 del TLC que no exige que la empresa tenga su sede social en el país donde invierte.

122 Protocolo de Colonia, art. 2

Este artículo señala igualmente que cada parte que admite en su territorio una inversión deberá proporcionar las autorizaciones necesarias para su realización. En tal sentido, no deberán establecerse ningún tipo de limitaciones otras que las aplicables a los inversionistas locales en la ejecución de contratos de licencia, asistencia comercial o administrativa y en los contratos para la contratación de personal. Como podemos observar, esta disposición expresa la intención de las partes de promover la inversión dentro de la región.

Como último punto en cuanto al análisis del presente artículo, consideramos pertinente señalar que debido a su redacción, el artículo 2 del Protocolo pareciera referirse al tratamiento nacional, pero como veremos más adelante ello no resulta del todo claro.

C.- El trato nacional y la cláusula de la nación mas favorecida

Analizando el texto del artículo 2(1) del Protocolo de Colonia, hemos podido resaltar que la obligación que este pareciera imponer se asemeja a aquella del trato nacional que deben aplicarse a las inversiones efectuadas dentro del territorio de los Estados partes. Sin embargo, si continuamos nuestro análisis, observaremos que el artículo 3 en su párrafo segundo hace referencia al trato nacional al precisar que « Cada estado miembro deberá otorgar una plena protección legal a las inversiones aplicando un tratamiento no menos favorable que aquel otorgado a las inversiones de sus propios inversionistas o de inversionistas de terceros países »¹²³.

La precisión establecida en este artículo pareciera otorgar a la vez el tratamiento nacional y el trato de la nación mas favorecida a las inversiones constituidas dentro del territorio del MERCOSUR, dejando entender que en caso de incompatibilidad se deberá aplicarse el mejor de los dos tratamientos. La falta de claridad en la redacción de los artículos en mención puede ser considerada como poco segura para la inversión dentro de la región. Ello si se comparan las disposiciones establecidas en el MERCOSUR y el TLC.

D.- La norma mínima de tratamiento

El trato justo y equitativo sin aplicación de ningún tipo de medida discriminatoria o injusta¹²⁴ se encuentra previsto en el artículo 3 (1) del Protocolo de Colonia. La aplicación de la norma mínima de tratamiento fue establecida por los países miembros con la finalidad de impedir la adopción de cualquier tipo de medida que pudiera impedir la libertad en la gestión, el mantenimiento, la utilización, el goce y la disposición de la inversión constituida en uno de los países miembros.

E.- Los requisitos de desempeño

En cuanto a lo que se refiere a los requisitos de desempeño, el artículo 2 (4) del Protocolo de Colonia indica que «Ninguna de las partes podrá establecer requisitos de desempeño con miras al establecimiento, la expansión o el mantenimiento de la inversión

123 Protocolo de Colonia, art. 3 (2).

124 Protocolo de Colonia, art. 3 (1).

que supongan la exigencia de incrementar el volumen de las mercancías, la compra de bienes y la prestación de servicios locales o cualquier otra exigencia similar»¹²⁵.

Analizando el texto de este artículo, podemos observar que las exigencias ligadas a la libre transferencia de la tecnología, el contenido nacional así como la actuación a título de proveedor exclusivo dentro de un mercado regional o mundial no han sido incluidas como en el caso del TLC. Este hecho determina que en cierta medida el grado de protección brindada por el Protocolo de Colonia a la inversión dentro del territorio del no sea del mismo orden que la establecida por el TLC cuyas disposiciones suponen un verdadero freno al poder de los Estados en el plano económico. No obstante que dicho artículo no contiene dichas precisiones cabe destacar que su incorporación dentro del Protocolo de Colonia constituye en sí un paso en adelante para la creación de un ambiente seguro para los inversionistas de la región.

F- La libre transferencia de la inversión

El tema de la libre transferencia de la inversión dentro del territorio del MERCOSUR ha sido un tema incorporado dentro del Protocolo de Colonia en el artículo 5 cuyo texto precisa lo siguiente :« [c]ada estado parte otorgara a las inversionistas de la otra parte el derecho a la libre transferencia de la inversión y ganancias aunque no exclusivamente de :

- a).- el capital y las sumas adicionales necesarias para el mantenimiento y desarrollo de las inversiones,
- b).- los beneficios, utilidades, rentas, intereses, dividendos y otros ingresos corrientes,
- c).- los fondos para el reembolso de los prestamos...
- d).- las regalías, honorarios y todo otro pago relativo a los derechos previstos en (...)
- e).- el producto de una venta o liquidación total o parcial de una inversión,
- f).- las compensaciones, indemnizaciones u otros pagos previstos en el artículo 4,
- g).- las remuneraciones de los nacionales de una parte que hayan obtenido autorización para trabajar en relación con la inversión...»¹²⁶.

Según las disposiciones de este artículo, la transferencia de la inversión se realizara en moneda libremente convertible y según los procedimientos establecidos por cada una de las partes. La aplicación de este principio ha permitido que todo que toda persona física o moral domiciliada o cuya sede social se encuentra en uno de los Estados miembros pueda invertir libre y directamente sobre los mercados bursátiles de los otros países miembros sin la necesidad de la participación de una sociedad intermediaria local o de un fondo de capital extranjero. A nuestro parecer, esta ultima disposición constituye un verdadero aliciente para el incremento de la inversión dentro de la región en la medida que permite que el inversionista de uno de los Estados miembros goce de un verdadero control y disposición de su inversión.

125 Protocolo de Colonia , art. 3 (4)

126 Cfr el artículo 5 (1) del Protocolo de Colonia

G.- La expropiación y la compensación

El tema de la expropiación y su consecuente compensación es tratado en el artículo 4 del Protocolo de Colonia. Este artículo precisa en sus tres párrafos las reglas aplicables en caso de mediar una expropiación.

La regla básica de este Protocolo es que ninguna de las partes podrá adoptar ningún tipo de medida orientada a nacionalizar o expropiar una inversión. La única excepción se presenta en el caso de interés público

En caso de ser necesaria la expropiación, esta deberá realizarse sobre una base no discriminatoria y de conformidad a las reglas aplicables en tal situación por los Estados partes. En caso de presentarse la expropiación, la compensación consecuente deberá realizarse según el valor de mercado, de manera efectiva y sin demora.

El segundo párrafo del artículo 4 establece la obligatoriedad de la aplicación de un trato no discriminatorio en caso de guerra, conflicto armado, revolución o etc. Según esta disposición toda inversión afectada por cualquiera de estas situaciones deberá ser compensada por el daño sufrido. Sobre este punto, debemos señalar que a diferencia del TLC que incluye dicho dispositivo dentro de las disposiciones concernientes al trato mínimo que las inversiones originarias de los Estados partes deberán recibir, el MERCOSUR incluye dicha disposición dentro de las reglas aplicables en caso de expropiación lo que rompe la lógica del sistema de protección. No obstante esta apreciación conviene resaltar que la inclusión de dicha disposición dentro del texto del *Protocolo de Colonia* constituye en sí un paso para el establecimiento de un sistema de mayor seguridad para la inversión.

Un último punto que consideramos importante precisar en torno a las reglas de base aplicables en virtud al *Protocolo de Colonia* es que las mismas presentan una serie de reservas en virtud a la sensibilidad de los sectores económicos de cada uno de los Estados partes¹²⁷. Entre los sectores que encuentran exentos de la aplicación de ciertas reglas del Protocolo podemos citar los siguientes: el transporte aéreo, la industria naviera, las plantas nucleares, la pesca, las minas de uranio y los seguros en el caso de la Argentina, las minas, la energía hidroeléctrica, los servicios de salud, las telecomunicaciones, la radiodifusión, los servicios financieros, los seguros, la construcción y la navegación en el caso del Brasil; las telecomunicaciones, el transporte aéreo, marítimo y terrestre, la electricidad, la telefonía, los hidrocarburos y los minerales estratégicos, el petróleo y sus derivados así como los servicios postales en el caso del Paraguay y finalmente en el caso del Uruguay el sector de los hidrocarburos, la electricidad, la energía atómica, los minerales estratégicos, ciertos servicios dentro del sector financiero, los trenes, las telecomunicaciones, la radiodifusión, la prensa y los sistemas audiovisuales. Conviene precisar sobre este punto que el establecimiento de estas medidas lejos de constituirse en medidas de carácter

127 En dicho anexo, ciertos sectores se encuentran exceptuados de aplicar el trato nacional en razón al hecho que dichos sujetos son de dominio público. Cfr. ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS-Unidad de Comercio, *Acuerdos sobre Inversión en el Hemisferio Occidental : Un compendio, Area de Libre Comercio de las Americas*. Washington, Grupo de Trabajo sobre Inversión OEA/BID/CEPAL, p. 261.

proteccionista responden estrictamente a las limitaciones de orden público establecidos por el ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados partes.

Luego del breve examen en torno al tratamiento de la inversión dentro del sistema del MERCOSUR, consideramos pertinente señalar que pese a las diferencias existentes entre este modelo y el establecido por el TLC, las reformas introducidas dentro de la región han permitido el establecimiento de un sistema de protección y promoción de las inversiones más efectivo que el existente en otros acuerdos regionales en América Latina. Este sistema que se caracteriza por retomar los principios aplicables en el orden multilateral pero con ciertos matices, lo que hace de este marco jurídico un sistema coherente y promotor del libre comercio dentro de la región

H.- Modelo propuesto para la solución de las diferencias dentro del esquema del MERCOSUR

Un último punto a analizar dentro del conjunto de reglas aplicables a la inversión dentro del MERCOSUR es el referente al de la solución de controversias. Sobre este punto, debemos señalar que al igual que el TLC, el Protocolo de Colonia precisa que las diferencias surgidas entre un inversionista de un estado parte y el estado en el que la inversión tiene lugar, deberán ser solucionadas vía negociaciones entre las partes. Solo en caso en que dichas negociaciones no hayan conducido a la solución del conflicto dentro de un plazo de seis meses, la parte que ha visto lesionado su derecho podrá optar por las vías procedimentales establecidas por el Protocolo. En este orden de ideas, el Protocolo de Colonia establece las siguientes vías en su artículo 9 (2) que precisa: 1) que la diferencia puede ser sometida ante el tribunal competente del territorio en el cual la inversión ha tenido lugar, 2) la solución de la controversia vía arbitraje internacional siguiendo las reglas establecidas por el párrafo 4 del mismo artículo y finalmente 3) bajo el procedimiento establecido por el sistema permanente para la solución de controversias entre particulares establecidas por el Tratado de Asunción. La opción de uno u otro de estos procedimientos tendrá carácter definitivo

En el supuesto en el que el inversionista haya optado por la vía arbitral, podrá decidir entre que se apliquen las reglas establecidas por la Convención de Washington en el supuesto en que tanto el estado de origen del inversionista y el estado receptor de la inversión se hayan adquirido a dicha Convención, el procedimiento adicional establecido por el reglamento adicional al mecanismo de solución de diferencias de dicha Convención o bien el procedimiento arbitral establecido por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional.

En virtud del artículo 9 (5) del Protocolo de Colonia, el tribunal arbitral deberá solucionar las diferencias surgidas entre las partes deberá considerar en primer termino los principios establecidos por el mismo protocolo, el derecho que asiste a cada una de las partes en conflicto, incluyendo las disposiciones aplicables en caso de conflicto y aquellas que hacen referencia a los plazos a ser respetados, los acuerdos vigentes en materia de inversión así como los principios aplicables en el derecho internacional

Un último aspecto que conviene señalar sobre este tema es el referente al de la homologación de las sentencias arbitrales. Según las disposiciones del Protocolo de Colonia, las sentencias arbitrales son de carácter definitivo y deberán ser ejecutadas de confor-

midad con las leyes establecidas por las partes. Sobre este punto debemos señalar que el Protocolo de Colonia retoma los criterios establecidos por el TLC en su artículo 1136 (1).

CONCLUSION

Considerando cada uno de los principios aplicables por cada uno de los modelos analizados y el sistema de protección y promoción de las inversiones establecidos en virtud de dichas disposiciones, creemos que el *Protocolo de Colonia* si bien está lejos de presentar un esquema semejante al previsto por el capítulo 11 del TLC, por cuanto este último se caracteriza por su precisión y claridad al no dejar ninguna duda sobre cuáles son los procedimientos, los plazos y los principios a ser aplicados para brindar mayor seguridad y protección a las inversiones regionales, presenta una serie de disposiciones que brindan una garantía eficaz a la inversión dentro de la región. Esto significa que cuenta con las reglas mínimas para brindar seguridad a la inversión intra-zona. Los resultados macro económicos de diversos estudios realizados por los países miembros del MERCOSUR así lo demuestran.

El análisis del sistema de protección de estos dos acuerdos nos permite observar que dentro del marco hemisférico existe una tendencia creciente al otorgamiento no solo de medidas mínimas de protección a la inversión sino al establecimiento de un sistema eficaz que otorgue una garantía al inversionista extranjero. Sin lugar a dudas, debido a su complejidad y el nivel de las obligaciones presentadas por el Tratado de Libre Comercio, este está aún lejos de constituirse en el modelo a ser adoptado por los países de América Latina. En tal sentido, el Protocolo de Colonia parece erigirse como el modelo intermedio acorde con la realidad latinoamericana que está aún lejos de poder aplicar las reformas necesarias para establecer un régimen tan liberal como el que el TLC exige pues su estructura económica y jurídica aún no se lo permite. Por tal motivo, a nuestro parecer el modelo de protección y de promoción de las inversiones del Protocolo de Colonia podría ser el modelo que los países tenderán a adoptar durante las negociaciones hemisféricas con miras a la constitución de la Zona de Libre Comercio de las Américas. Evidentemente las negociaciones estando en curso y no habiéndose definido de manera precisa cuál será el modelo que los 34 países del hemisferio adoptaran nuestra posición puede ser discutible pero si vemos los acuerdos ya sean bilaterales o regionales existentes en América Latina, el modelo del MERCOSUR contiene normas más cercanas a las metas que la futura Zona de libre comercio de las Américas se propone desde el punto de vista del comercio y de la inversión.