

RÉGIMEN ARGENTINO DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES EN LOS ALBORES DEL NUEVO MILENIO: DE LOS TRATADOS BILATERALES, MERCOSUR MEDIANTE, AL ALCA Y LA OMC

Mariana Herz*

SUMARIO: I. PRESUPUESTOS PARA LA FORMACIÓN DE UN DERECHO DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS. II. SISTEMA ACTUAL DE REGULACIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS. III. PRINCIPALES CARACTERES DE LOS TPPI. IV. OBLIGACIONES ASUMIDAS POR LOS ESTADOS EN LOS TPPI. V. RESPONSABILIDAD POR VIOLACIÓN DE LAS OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN EL TPPI. VI. LAS NEGOCIACIONES EN EL ALCA. VII. LAS NEGOCIACIONES EN LA OMC. VIII. CONCLUSIONES.

I. PRESUPUESTOS PARA LA FORMACIÓN DE UN DERECHO DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS

El fenómeno de la inversión extranjera en América Latina no constituye un instituto novedoso. En Argentina, desde el siglo XIX ha habido empresas foráneas operando en diversos sectores de la actividad económica, sujetas en cada momento histórico, al modelo de Estado pergeñado por la dirigencia de turno. Así, han operado en contextos de “laissez-faire” tanto como en contextos proteccionistas y se han beneficiado mediante concesiones de obras y servicios públicos y han sufrido nacionalizaciones.

Los Estados han regulado esa actividad en sus legislaciones nacionales y en Tratados de Amistad y Comercio, muchos de ellos datados en el siglo XIX.

* Master en Derecho de la Integración por la Universidad Complutense de Madrid. Profesora de Derecho Internacional Privado en la Universidad Nacional del Litoral, Argentina. Miembro del Instituto de Derecho Internacional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL y del Instituto de Derecho Internacional del Colegio de Abogados de Santa Fe. E-mail: marianaherz@yahoo.com

Los problemas aparecidos en consecuencia generaron doctrinas iuspublicistas de trascendencia internacional, como la doctrina “Calvo” o la doctrina “Drago”, que fueron incorporadas a los instrumentos jurídicos mediante cláusulas designadas comúnmente con el nombre de sus mentores.

Los contratos entre Estados receptores de inversión e inversores suscitaron controversias dirimidas ante Tribunales Internacionales conforme con los principios que informan el Derecho Internacional Público Clásico.

En este contexto, parecería injustificada la trascendencia que han cobrado los regímenes de Promoción y Protección de Inversiones tanto en el ámbito nacional, como regional y aún multilateral.

La explicación puede hallarse en la profunda transformación que se ha operado en el campo de las inversiones, principalmente, en la última década. Los excedentes de capital de las mayores economías del mundo han producido un incremento espectacular de los flujos de inversión que, ya sea bajo la forma de inversión extranjera directa o bajo la forma de inversiones de portfolio, se han canalizado hacia aquellas regiones que les ofrecen mayor rentabilidad.

A este presupuesto económico se une otro de carácter institucional que lo complementa. Los organismos multinacionales encargados de diseñar las políticas económicas de los países del área uniformemente apuntan las relaciones entre desarrollo sostenible e inversión extranjera y señalan que la misma contribuye favorablemente al crecimiento en los países en desarrollo por dos tipos de canales: a) macroeconómicos (financiamiento del balance de pagos; aumento de las exportaciones; mejora de la productividad y de la eficiencia en la asignación de recursos; contribución al incremento del stock de capital en las naciones receptoras) y b) microeconómicos (introducción al país receptor de nuevas tecnologías, cercanas a la frontera internacional, de producto y de proceso; *spillovers* positivos -por vía de la capacitación de recursos humanos, la transferencia de tecnología, prácticas organizacionales y capacidades de *management* y la introducción de mayor competencia en los mercados locales- que deberían traducirse en una mayor productividad de las firmas de capital nacional; acceso a mercados externos; efecto "*crowding in*" -la inversión extranjera induciría a las firmas nacionales, para poder competir en condiciones adecuadas, a responder a ese desafío con nuevas inversiones-).¹

Las recetas del Consenso de Washington desembocaron, a finales de los ochenta y principios de los noventa, en la transformación política y económica de los Estados de Latinoamérica caracterizada por la liberalización de la economía, la reforma del Estado, la desregulación y las privatizaciones.

¹ CHUDNOVSKY, D. Y LOPEZ, A. “ El Boom de Inversión Extranjera Directa en el MERCOSUR en los años 1990: Características, determinantes e impactos” D.S, CENIT, noviembre 2000.-

Esa apertura fue acompañada del diseño de instrumentos jurídicos acordes a los objetivos perseguidos y, particularmente en materia de inversiones, se caracterizó por un abandono de la función ordenadora del Estado y su sustitución por una política de atracción casi siempre indiscriminada de capitales extranjeros.

Siguiendo las recetas institucionales internacionales, el término “inversión extranjera” se transformó en sinónimo de crecimiento económico y desarrollo y para conseguirlo los Estados recurrieron a soluciones unilaterales y bilaterales, ora modificando la legislación nacional, ora suscribiendo Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras (TPPI).

La competencia de los Estados entre sí para atraer capitales los condujo a la suscripción de un sinnúmero de acuerdos que, merced a las cláusulas contenidas en cada uno de ellos, ha formado una red de tratados que supera las viejas dicotomías Norte-Sur y Este-Oeste.

Tales acuerdos abandonan el esquema del Derecho Internacional Público Clásico, con su sistema de solución de controversias a través de la Protección Diplomática y adoptan mecanismos de resolución de conflictos entre inversores y Estados que admiten *ius standi* a favor de los inversores. También descartan de plano la doctrina Calvo y liberan al justiciable del requisito del agotamiento de los recursos internos para acceder a la jurisdicción internacional.

De esta manera, el régimen de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras se constituye en un sistema autónomo, con su mecanismo de solución de controversias a través de Tribunales Arbitrales Internacionales; con su propio derecho aplicable merced a la interrelación de las normas de los diferentes TPPI por la vía de las cláusulas de Trato Nacional y Nación Más Favorecida; y con su propio sistema de reconocimiento y ejecución de laudos, bien sea por aplicación del mecanismo del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el Convenio de Washington de 1965 o del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958.

El inicio del nuevo milenio plantea, en la materia, la sustitución de las negociaciones bilaterales por fórmulas regionales ampliadas y multilaterales.

La protección de los derechos de los inversores que operan transnacionalmente se ha transformado en un eje temático condicionante para la evolución de las negociaciones tanto en el ALCA² como en la OMC³.

² El 15 de mayo de 2002 comenzaron las negociaciones que conducirán a la adopción del acuerdo definitivo, a más tardar en enero de 2005, según lo acordado en la Primera Cumbre de las Américas.

³ La Conferencia Ministerial de Cancún, desarrollada en septiembre de 2003 tuvo en su agenda el establecimiento mediante consenso, del modo en que habrían de conducirse las negociaciones en esta materia, las que deberían concluir a más tardar para enero de 2005. (Punto 20 de la Declaración de la Conferencia Ministerial de Doha [WT/Min01/DEC/1])

II. SISTEMA ACTUAL DE REGULACIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

La década de los '90 significó para la Argentina el inicio de un período de apertura indiscriminada hacia la inversión foránea. La ausencia de políticas de desarrollo de la actividad económica fue determinante para que el tipo de inversiones registradas no fueran precisamente aquellas que mayores beneficios podían reportarle. El Estado no dirigió las inversiones hacia los sectores económicos estratégicos ni exigió para autorizar el establecimiento que se constituyeran nuevas empresas en el país, que aumentaran la demanda de mano de obra nacional e incrementaran y optimizaran los productos y servicios de origen nacional con miras a conquistar el mercado internacional.

A diferencia de lo ocurrido en otras regiones del planeta, en Argentina la mayor parte de la inversión extranjera directa se concretó por la vía de fusiones y adquisiciones de modo que se sustituyeron las empresas de capitales locales por otras de capitales extranjeros. El proceso de privatización de las empresas prestatarias de servicios públicos, que actualmente se encuentra en fase de revisión, fue uno de los principales atractivos argentinos para decidir a los inversores extranjeros a invertir en el país.

Para otorgar un marco de mayor seguridad jurídica el Estado argentino procedió a suscribir, en una primera etapa con las grandes economías mundiales pero luego con Estados de todos los continentes y en todos los estadios de desarrollo posibles, alrededor de cincuenta TPPI con lo que se transformó en el Estado Parte del MERCOSUR que más tratados de esta naturaleza ha firmado⁴.

Paralelamente, los restantes Estados Parte del MERCOSUR firmaron TPPI con Estados terceros pero resulta curioso que entre ellos no hayan suscripto este tipo de instrumento.

Esa carencia de convenio bilateral *ad intra* vino a ser suplida por el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR⁵, que tiene la estructura de un TPPI⁶ pero con cláusulas especialmente adaptadas para el ámbito subregional y los objetivos que persigue el Tratado de Asunción y sus

⁴ Uruguay ha ratificado los TPPI firmados con Panamá (Ley 17.446); México (Ley 17.501); Canadá (Ley 17.102); Alemania (Ley 16.110); Suiza (Ley 16.176); Países Bajos (16.183); Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Ley 16.819); China (Ley 16.881); Portugal (Ley 17.210); Suecia (17.211); Argentina ha ratificado 54 TPPI firmados con Estados Unidos, Francia, Canadá, España, Italia, Alemania, Portugal, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Helénica, India, China, Senegal, Corea, Malasia, Túnez, Marruecos, Egipto, Israel, México, Argelia, Armenia, Australia, Austria, Bolivia, Bulgaria, Chile, Suiza, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Filipinas, Finlandia, Guatemala, Hungría, Croacia, Polonia, Indonesia, Jamaica, Luxemburgo, Nicaragua, Nueva Zelanda, Países Bajos, Vietnam, Sudáfrica, Suecia, Dinamarca, República Checa, Panamá, Perú, Venezuela, Rumania, Turquía. Brasil no ha ratificado ninguno de los TPPI firmados. Paraguay solo ratificó los TPPI firmados con Ecuador, Francia, Hungría, Corea, Países Bajos, Perú, Rumania, Suiza y Reino Unido.

⁵ MERCOSUR/CMC/DEC N° 11/93.

⁶ Lo que no genera conflicto puesto que los Estados Parte no han firmado entre sí TPPI.-

protocolos modificatorios. Curiosamente, a la fecha, no ha entrado en vigor por falta de ratificaciones.

Para las inversiones extrazona, los Estados Partes han firmado el Protocolo de Buenos Aires sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados No Partes del MERCOSUR⁷. Este último dice en su art. 1 que los Estados Partes se comprometen a otorgar a las inversiones realizadas por inversores de Terceros Estados un tratamiento no más favorable que el que allí se establece. Se trata pues de un Tratado Bilateral modelo que establece los estándares máximos de tratamiento admitidos y tolerados para las inversiones y los inversores extrazona a partir de su entrada en vigor, lo que aún no ha ocurrido.

La firma de TPPI que otorguen mayores privilegios colocarían al Estado signatario ante la posibilidad de ser demandado internacionalmente puesto que, habiendo firmado un TPPI que no se ajusta a lo prescripto en el Protocolo de Buenos Aires, el Estado estaría incumpliendo una obligación internacional lo que lo haría pasible de incurrir en responsabilidad internacional por la comisión de un ilícito internacional al contrariar la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados o en su caso, principios de *ius cogens* como el de *pacta sunt servanda* y buena fe. Quizás esta es una de las razones por las que no ha entrado en vigor.

En el ámbito regional por el momento no existen normas que regulen la materia, pero se están llevando a cabo negociaciones en torno a la redacción del capítulo sobre inversiones que formará parte del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA) las que deberán concluir para enero de 2005⁸.

En el ámbito multilateral, se encuentra vigente el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (TRIM's) que tiene un ámbito de aplicación material restringido puesto que sólo rige para el comercio de mercancías pero no se extiende a los otros acuerdos multilaterales alcanzados en la Ronda Uruguay, razón por la cual no rige en materia de servicios ni de propiedad intelectual.

La Conferencia Ministerial de Cancún que tuvo lugar entre el 10 y el 14 de septiembre de 2003, debía consensuar las modalidades de negociación en la materia, las que, conforme el Programa de Doha, deberán finalizar a más tardar en enero de 2005.⁹ Sin

⁷ MERCOSUR/CMC/DEC N° 11/94.

⁸ Según el principio general e) enunciado en el Anexo I de la Declaración Ministerial Conjunta de la Cuarta Reunión Ministerial de Comercio celebrada en San José de Costa Rica en 1998, el inicio, la conducción y el resultado de las negociaciones del ALCA se deberán tratar como partes de un compromiso único (single undertaking) que incluya los derechos y obligaciones mutuamente acordadas.

⁹ El punto 20 de la Declaración Ministerial de Doha. dispone que "... reconociendo las razones en favor de un marco multilateral destinado a asegurar condiciones transparentes, estables y previsibles para las inversiones transfronterizas a largo plazo, en particular las inversiones extranjeras directas, que contribuirá a la expansión del comercio, y la necesidad de potenciar la asistencia técnica y la creación de capacidad en esta esfera, como se indica en el párrafo 21, convenimos en que después del quinto período de sesiones de la Conferencia Ministerial se celebrarán negociaciones sobre la base de una

embargo, fue precisamente la falta de acuerdo en los llamados “temas de Singapur”, entre ellos inversiones, lo que hizo fracasar dicha Conferencia.

En síntesis, los únicos instrumentos vinculantes en materia de Promoción y Protección de Inversiones para la Argentina y los demás miembros del MERCOSUR, por el momento, son los TPPI que cada uno de ellos ha ratificado sin olvidar que todos ellos, con excepción de Brasil, son parte integrante del Convenio para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones de Washington de 1965 (CIADI)¹⁰ y que los cuatro son parte del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958.

III. PRINCIPALES CARACTERES DE LOS TPPI

Los TPPI son suscriptos entre Estados y en su articulado reflejan las renunciaciones y concesiones que acuerdan los mismos y que se traducen en derechos y prerrogativas que benefician a particulares que no participan en su formación¹¹.

La red de TPPI suscriptos por un Estado genera un sistema cuasi-autónomo de regulación del régimen de inversiones extranjeras ya que enuncia los derechos mínimos que se confieren a los inversores y que son la contracara de las obligaciones del Estado, establece un sistema de solución de controversias entre el Estado y el Inversor, determina el derecho aplicable y prevé las modalidades para el reconocimiento y ejecución del laudo.

En general, se estructuran en cinco partes bien identificables, que no necesariamente se dan en este orden pero son las que siguen 1.- calificación de inversión, inversor y ámbito de aplicación; 2.- Derechos otorgados a los inversores sobre sus inversiones. 3.- Sistema de solución de controversias entre los signatarios; 4.- Sistema de solución de controversias entre un Estado Parte receptor de la inversión y el inversor nacional del otro Estado Parte; 5.- Disposiciones finales: vigencia, remanencia, denuncia, etc..

Esta composición casi simétrica es la razón por la que la doctrina suele hablar de “tratados de adhesión” o de “modelización convencional”¹² debido a la gran semejanza que existe en las disposiciones de estos tratados.

decisión que se ha de adoptar, por consenso explícito, en ese período de sesiones respecto de las modalidades de las negociaciones”. [WT/MIN(01)/DEC/1]

¹⁰ En vigor para: Argentina: 18 de noviembre de 1994; Paraguay: 6 de febrero de 1983; Uruguay: 8 de septiembre de 2000.-

¹¹ Particulares que obtienen importantes nuevos derechos sin la imposición de obligaciones. Todos los instrumentos, sin excepción, que regulan el comportamiento de las multinacionales forman parte del denominado soft-law, es decir que carecen de efecto vinculante.

¹² VIVES CHILLIDA, J. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Madrid, Mc Graw-Hill, 1998, p. 46.-

Esa circunstancia ha conducido a algunos autores a sostener que se está en presencia de normas consuetudinarias¹³ por lo que un inversor podría pretender protección internacional de su inversión aún cuando ésta no estuviera cubierta por ningún tratado, sobre la base de que existe un Standard mínimo de protección internacionalmente reconocido y aceptado por los sujetos del derecho internacional.

La postura adoptada por los Estados en diversos foros, como el ALCA o la OMC y el que no haya consenso en las disposiciones que debe incluir un acuerdo multilateral o regional de inversiones sirve para descartar la naturaleza consuetudinaria de estas normas, por lo que habrá que estar al texto del TPPI correspondiente para determinar las obligaciones asumidas por el Estado.

Pero esto no supone que los TPPI constituyan un sistema cerrado e independiente del resto del ordenamiento jurídico¹⁴ y la inclusión en todos ellos de la cláusula de Trato Nacional y de Nación Más Favorecida obliga al estudio comparativo de todas las normas que componen el sistema jurídico de un Estado, puesto que en definitiva estas cláusulas no son más que remisiones.

Las definiciones de “inversión cubierta por el tratado” e “inversor” deben buscarse en su mismo texto. En general se provee de definiciones amplias de inversión que cubren la inversión extranjera directa y de portfolio, puesto que las enumeraciones son solo ejemplificativas.

Se admiten como inversores las personas físicas así como las personas jurídicas sin que se exija que tengan fines de lucro. Respecto de éstas el alcance varía según el tratado admitiéndose inversiones que carecen de personería jurídica¹⁵ y exigiéndose en algunos casos incorporación en uno de los Estados Parte solamente o bien registro y sede acumulativamente.

Los problemas de interpretación y aplicación del TPPI se resuelven conforme el sistema de solución de controversias entre los Estados Parte que el propio tratado establece y que generalmente, luego del agotamiento de la negociación diplomática, prevé el recurso a un tribunal arbitral ad-hoc.

IV. OBLIGACIONES ASUMIDAS POR LOS ESTADOS EN LOS TPPI

La mayoría de los TPPI¹⁶ no cubren la etapa previa al establecimiento y sólo protegen inversiones ya establecidas con lo que admiten que el Estado diseñe su política de

¹³ SORNARAJAH, M. “State Responsibility and Bilateral Investment Treaties” *JWTL*, vol. 20, p.80.

¹⁴ Así lo ha sostenido el Tribunal Arbitral del CIADI constituido para resolver el caso de AAPL c/ Sri Lanka., *ILM*, vol. XXX, 1991, 3, p.587.

¹⁵ P.e. art. 1.4 TPPI argentino-alemán.

¹⁶ No es el caso de los arts. II y III del TPPI argentino-norteamericano y III del TPPI-uruguayo-canadiense; que combinan el Trato Nacional a todos los sectores y etapas de la inversión con un sistema

desarrollo económico seleccionando los sectores de la economía que quiere reservar para las inversiones locales o inversores provenientes de terceros países.

Una vez cumplidas las formalidades que la ley local imponga y establecida la inversión son de aplicación las disposiciones del TPPI durante las restantes fases de la inversión incluida la etapa de liquidación.

a) Standard Mínimo: Trato Justo y equitativo y Plena protección y seguridad:

Los TPPI establecen un Standard Mínimo de Protección de la inversión extranjera por debajo del cual el tratamiento se considera inaceptable.¹⁷ Al ser un Standard Mínimo se admite un tratamiento preferente y así lo establecen los tratados en las denominadas cláusulas de “preservación de derechos” que en términos generales disponen que las normas contenidas en el derecho interno del Estado Receptor o en normas de derecho internacional o en los convenios generales o específicos que suscriba el Estado con el inversor prevalecen sobre las disposiciones del TPPI si son más favorables al inversor.¹⁸

Esta cláusula es la que permite denominar a estos acuerdos “umbrella agreements” queriendo significar que en todo caso se dará el trato más favorable a la inversión, independientemente del origen de la norma que acuerde mejores condiciones la que, sin embargo, queda amparada por el tratado de modo que funciona como si el TPPI recepcionara la disposición. De esta manera, aún cuando esas condiciones más ventajosas no surgen del tratado se integran a él y su incumplimiento genera responsabilidad internacional reclamable por la vías que el mismo TPPI prevé.

Ese Standard Mínimo internacionalmente reconocido se traduce en las cláusulas que imponen al Estado receptor un trato justo y equitativo, plena protección y seguridad o ambas cosas a la vez.

El significado de estos términos debe precisarse en cada caso. Como se ha señalado en el asunto *Mondev* la determinación de cuándo el accionar del Estado es justo y equitativo o conforme con el principio de la plena seguridad y protección no puede formularse en abstracto y depende de los hechos en que se funda cada caso particular, lo que no significa que el Tribunal pueda fallar arbitrariamente, según su idiosincrasia, sino que debe basarse en las fuentes de derecho internacional.¹⁹

b) No discriminación

de lista negra. Puede pensarse que de acuerdo al acápite del art.VII del TPPI argentino-norteamericano las controversias que giren sobre la fase pre-establecimiento no estarían cubiertas puesto que se requiere contar con autorización otorgada por la autoridad nacional encargada de la inversión; piénsese empero en el asunto “*Metalclad*” donde la carencia de autorización municipal impidió el establecimiento pero desencadenó la responsabilidad de México.

¹⁷ VIVES CHILLIDA, Op. Cit., pág. 55.-

¹⁸ Como ejemplo puede verse el art. 9 del convenio suizo –uruguayo, 10 del convenio uruguayo-portugués; art. 7 del convenio argentino-alemán; 4 del acuerdo argentino-australiano.

¹⁹ CIADI ARB/AF/99/2 “ *Mondev Int. Ltd. c/ Estados Unidos*”, de 11.10.02, F.118.

Los TPPI obligan a los Estados a respetar el principio de no discriminación que se materializa en dos cláusulas, la de Trato Nacional y la Cláusula de Nación Más Favorecida.

Por la cláusula de Trato Nacional toda ventaja otorgada a los inversores y las inversiones nacionales debe hacerse extensiva a los inversores y las inversiones extranjeras²⁰. Esto impide ayudas del Estado a las empresas locales en cualquier forma que ellas se manifiesten.

La cláusula de Nación Más Favorecida extiende las ventajas concedidas a las inversiones de un Tercer Estado a la inversión proveniente del otro Estado Parte en el TPPI aún cuando tales ventajas no se otorguen al inversor local, con excepción de las concesiones otorgadas en el marco de un acuerdo de integración o de un tratado bilateral en materia fiscal, que uniformemente se repite en todos los TPPI.

La combinación de ambas cláusulas puede generar una discriminación inversa, en desmedro de los inversores locales que en teoría, pueden recibir un trato inferior al que se concede al inversor extranjero, sin que tal circunstancia habilite la instancia jurisdiccional; y que en la práctica se traduce al menos, en la imposibilidad de acudir a instancias arbitrales internacionales lo que si se admite para los extranjeros.

c) Requisitos de desempeño

Los requisitos de desempeño son condiciones a las que los Estados someten una inversión y que están vinculadas directamente con el diseño de política económica y de desarrollo. Atienden a las exigencias impuestas a los inversores, de tener un determinado contenido nacional, o de exportar parte de producción local como medio de incrementar el ingreso de divisas, de limitar las importaciones de bienes aplicados a la producción para regular el equilibrio de la balanza de pagos, etc.

En general, los TPPI no contienen normas sobre requisitos de desempeño (performance requirements).

Sin embargo, la obligatoriedad del TRIM's (Acuerdo sobre Medidas de Inversiones relacionadas con el Comercio) impide que un Estado someta la concesión de ventajas o exija en su legislación nacional o reglamentación administrativa requisitos de desempeño si vulneran los arts. III (trato nacional) u XI (eliminación general de restricciones cuantitativas) del GATT 94, esto es, respecto del comercio de bienes.

En los casos en que los TPPI traen cláusulas que prohíben los requisitos de desempeño, como el TPPI suscripto entre Canadá y Uruguay o el argentino-norteamericano, las obligaciones asumidas por el Estado son más gravosas porque mientras que el TRIM's sólo rige en materia de mercancías, las cláusulas mencionadas, especialmente la

²⁰ Lo que no significa que las ventajas y beneficios concedidos a los inversores extranjeros estén cubiertas por una cláusula semejante, respecto al inversor nacional, por lo que puede originarse una discriminación inversa.

contenida en el tratado uruguayo-canadiense, se extienden a los servicios y a la transferencia de tecnología.²¹

Esto significa en la práctica una prohibición para el Estado receptor de la inversión de condicionarla a que el inversor transfiera a sus socios locales, a empresas nacionales o a los trabajadores el know how, patentes o cualquier otro conocimiento que permita el desarrollo de la industria local o la especialización de la mano de obra, impidiendo así los *spillovers positivos* que se querían conseguir con la introducción de inversiones.

La única excepción a la prohibición es que tal transferencia venga impuesta por autoridad competente en virtud de la aplicación de normas de defensa de la competencia.

d) Expropiación

Todos los TPPI traen cláusulas que prevén los mecanismos y en las condiciones en que el Estado receptor puede proceder a nacionalizar o expropiar una inversión, puesto que este es el origen y la razón de ser de los tratados, que surgieron como una necesidad de garantizar a los inversores la intangibilidad de su inversión.

Los tratados, aún cuando varíe la sintaxis, refieren a nacionalización, expropiación o medidas de efecto equivalente.

La extensión que se le otorgue al concepto de “medidas de efecto equivalente” varía según los autores.

El laudo CIADI “Compañía de Santa Elena c/Costa Rica”²² así como los laudos más recientes dirimidos por el Mecanismo Complementario del CIADI al interpretar el Capítulo XI del TLAN muestran una inclinación hacia un concepto amplio que no exige transferencia de la propiedad bastando la privación del derecho.²³

²¹ Artículo VI: Requisitos de desempeño: “Ninguna de las Partes Contratantes podrá imponer ninguno de los requisitos siguientes con respecto al permiso para el establecimiento o adquisición de una inversión ni exigir cualquiera de los requisitos siguientes con respecto a la reglamentación posterior de esa inversión: (a) exportar un nivel o porcentaje determinado de artículos; (b) alcanzar un nivel o porcentaje determinado de contenido nacional; (c) comprar, utilizar u otorgar preferencia a los bienes producidos o a los servicios provistos en su territorio, o comprar bienes o servicios de personas en su territorio; (d) establecer cualquier tipo de relación entre el volumen o el valor de las importaciones y el volumen o valor de las exportaciones, o con el volumen de los ingresos de divisas extranjeras relacionadas con esas inversiones; o (e) transferir tecnología, un proceso de producción u otro conocimiento del que se es propietario a una persona en su territorio no vinculada al cedente, excepto cuando el requisito, compromiso u obligación es impuesto o exigido por una Corte, Tribunal Administrativo o Autoridad encargada de asegurar la competencia, tanto para subsanar una supuesta violación de las leyes de libre competencia como para actuar de forma que no se esté en desacuerdo con otras disposiciones de este Acuerdo

²² CAIDI ARB/96/01 “Compañía de Desarrollo de Santa Elena c/ Costa Rica” de 17.02.00, F.77

²³ El art. 1110 del TLAN trae una disposición muy similar a la de los TPPI, puesto que de hecho la mayor parte de las disposiciones del Capítulo XI son reflejo del TPPI modelo de Estados Unidos. Esto hace que

Se suele citar Jurisprudencia del Tribunal Arbitral Iraní-Norteamericano como antecedente de este enfoque que no exige transferencia del título de propiedad ni beneficio alguno para el Estado, bastando para que se configure la expropiación que se prive al inversor extranjero del valor de su inversión.²⁴

En el laudo *Metalclad c/ México*, el Tribunal Arbitral entendió que la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.²⁵

En el laudo dictado en el caso “*Tecmed c/ México*” se dice que la expropiación indirecta se constituye por cualquier medida adoptada por un Estado, de naturaleza regulatoria o no, si es irreversible y de carácter permanente, y si los bienes o derechos alcanzados por tal medida han sido afectados de forma tal que toda manera de explotarlos ha desaparecido; es decir que el valor económico de la utilización, goce o disposición de los bienes o derechos afectados por el acto o decisión administrativa ha sido neutralizado o destruido. La intención del gobierno y la forma bajo la que se presenta la medida es menos importante que el efecto que produce sobre quién detenta la titularidad o el beneficio de los bienes afectados.²⁶ Este criterio se asienta en sus predecesores “*Myers*” y “*Pope & Talbot*” ambos contra Canadá²⁷, aunque en ellos no se consideró que hubiera expropiación, en el primer caso por tratarse de una medida temporaria y en el segundo porque el perjuicio era insignificante.

En todos los casos de expropiación o nacionalización los TPPI exigen que el acto se funde en una causal de utilidad pública, respete el debido proceso legal, no sea discriminatorio y sea contra el pago de una compensación “pronta, adecuada y efectiva”.

Respecto de este requisito, los TPPI no establecen un plazo de tiempo en el cual debe efectivizarse el pago, con la salvedad del Protocolo de Colonia, que ha mejorado la denominada “cláusula Hull”²⁸ y exige que la indemnización sea previa.

los laudos dictados respecto a esta cuestión sean valiosos precedentes a tener en cuenta si se desea predecir las posibles soluciones de futuros tribunales arbitrales

²⁴ Aldrich, G. "What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of The Iran-United States claims Tribunal" *A.J.I.L.*, 1994, p. 609.

²⁵ Laudo CIADI ARB (AF)/97/01 “*Metalclad Corporation c/ Estados Unidos de Mexicanos*” de 30.08.00, F.103.

²⁶ Laudo CIADI ARB(AF)/00/02 “*Técnicas Medioambientales SA c/ Estados Unidos de Mexicanos*” de 29.05.03, F.116

²⁷ Laudos dictados por tribunales arbitrales ad-hoc sujetos a las reglas sobre arbitraje de CNUDMI que pueden consultarse en www.naftalaw.org.

²⁸ Ese criterio fue formulado por el Secretario de Estado de EE.UU. Cordell Hull, quien señaló en 1938, en correspondencia dirigida al Gobierno de México, que "de acuerdo a todas las normas legales y de

La indemnización es adecuada si respeta el valor real del bien, tomando en cuenta el valor de mercado y no el valor fiscal, generalmente por debajo del primero. Dicho valor debe ser el del bien inmediatamente antes de la expropiación o de que la misma se hiciera pública, lo que suceda primero.

Será efectiva si el pago se hace en moneda libremente transferible.

e) Compensación por pérdidas

Casi todos los TPPI²⁹, junto a la cláusula sobre expropiación traen una cláusula que reafirma el principio de no discriminación pero especialmente para los supuestos de daños sufridos por guerra civil, tumulto, conflicto armado, insurrección, motín, emergencia nacional. Algunos hacen una enumeración taxativa. Otros dejan abierto el listado al incluir expresiones del tipo “situaciones semejantes”.

El TPPI argentino-italiano es interesante porque limita la extensión a casos político-económico similares por lo que se excluyen claramente las catástrofes naturales. En cambio, los TPPI modelo de Canadá expresamente las enumeran³⁰.

En cualquier caso, la función de esta cláusula es garantizar el pago de indemnizaciones cuando el Estado las acuerde a sus propios nacionales o a inversiones de Terceros Estados.

Tratándose de una cláusula especial que desplaza la cláusula general del Trato Nacional y la Nación Más Favorecida habrá que ver especialmente el modo de redacción de las cláusulas de excepción para ver si las indemnizaciones que se acuerden a las inversiones provenientes de Estados Parte en acuerdos de integración se excluyen o no, aunque es probable que esta preocupación no trascienda el plano teórico puesto que en casos de la gravedad de los que se mencionan lo usual será que el Estado otorgue tales ventajas a sus nacionales, con carácter prioritario.

e) Transferencias

En este punto todos los TPPI guardan consonancia al prever la repatriación no sólo del capital sino de sus frutos así como las remuneraciones, regalías, honorarios de consultoría, etc. Las enumeraciones son sólo ejemplificativas. Se garantiza que las transferencias serán irrestrictas, se efectuarán en divisas libremente convertibles y aún cuando se sujeten a la legislación nacional, ésta no puede alterar este derecho sustancialmente.

equidad, ningún gobierno tiene derecho a expropiar bienes privados, sea cual fuere la finalidad, sin que se disponga un pago pronto, adecuado y efectivo por ese concepto”. Dolzer, R. “New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property”, A.J.I.L., 75-1981, p. 553.

²⁹ Excepcionalmente no contienen tal cláusula el TPPI suscripto entre Uruguay-Reino Unido; Argentina-Armenia; Argentina-Austria; Argentina-España; Argentina-México.-

³⁰ Art. VI del TPPI argentino-canadiense y VII del TPPI uruguayo-canadiense.

En algunos tratados³¹ se admiten excepciones en el supuesto de “dificultades excepcionales de balanza de pagos” donde se permiten las restricciones a las transferencias siempre que no sean discriminatorias, se establezcan equitativamente y estén limitadas al lapso previsto.

V.- RESPONSABILIDAD POR VIOLACIÓN DE LAS OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN EL TPPI

Las disposiciones de los TPPI generan un sistema de protección que va más allá del tradicional derecho a ser indemnizado frente a las nacionalizaciones para extenderse a nuevas categorías como la libre transferencia de divisas, los requisitos de comportamiento y las compensaciones por situaciones distintas de la expropiación entre otros.

Estos tratados son suscriptos por Estados pero los derechos que acuerdan se confieren a los particulares y para asegurarse de que esto sea así, en los mismos se incluyen disposiciones relativas al mecanismo de solución de las controversias que puedan surgir con motivo de la inversión, entre el inversor nacional de un Estado Parte y el Estado receptor de la inversión distinto del Estado de nacionalidad del inversor.

El incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones asumidas en un TPPI hace surgir la responsabilidad internacional del Estado receptor por los daños ocasionados.³²

La novedad radica en que el procedimiento para hacer cesar tal conducta u obtener un resarcimiento se aparta del sistema clásico de Derecho Internacional.

En el sistema clásico el particular no goza del *ius standi* y por ende es el Estado de su nacionalidad el que hace suyo el reclamo a través de la Protección Diplomática, pero por virtud de la doctrina Calvo esto solo puede suceder una vez que el particular afectado ha agotado los recursos administrativos y judiciales establecidos por en la legislación nacional del Estado que se pretende demandar

En el sistema de los TPPI esto se modifica ya que se admite el acceso directo de los particulares a la instancia arbitral internacional en las condiciones pactadas en el tratado. Se les reconoce así el *ius standi*.

³¹ Art. 6 del Tratado entre Argentina y la Unión belgo-luxemburguesa (Ley Nro. 24.123); Art.4 del Tratado entre Argentina y Suiza (Ley 24.099)

³² Así lo sostiene la jurisprudencia de la CSJNArg. en casos “Café La Virginia” Fallos 317:1282, “Fibraca” Fallos 316:1669; y la doctrina, entre otros: CONDORELLI, L. “Imputation a l’Etat de un fait internationalement illicite”, Rec. des Cours 189-66, BOGGIANO, A. “Introducción al Derecho Internacional”, Bs.AS., La Ley, 1995; PASTOR RIDRUEJO, J. “Curso de D.I.P.”, Madrid, Tecnos, 1996; GONZÁLEZ CAMPOS, J.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ L. Y ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. “Curso de Derecho internacional público”, Madrid, Civitas, 1998, DIEZ DE VELASCO, M. “Instituciones de D:I.P.”, Madrid, Tecnos, 1998.

La protección diplomática, en términos generales, solo aparece una vez dictado el laudo arbitral frente a su incumplimiento. Es como si el TPPI operara un efecto suspensivo sobre el derecho del Estado de la nacionalidad del inversor a protegerlo.

Los TPPI expresamente admiten la autonomía de la voluntad para pactar el modo de solución de controversias.³³

Sus disposiciones se aplican subsidiariamente, para el caso de que el inversor y el Estado receptor de la inversión nada hayan previsto.

Pero los modelos de TPPI varían respecto a las opciones disponibles para el inversor y los modos de ejercerlas. Esas variaciones obedecen a los momentos históricos en que se firmaron (evolución) y a los modelos de los Estados signatarios.

Algunos tratados permiten que el inversor ejerza la opción entre acudir a los tribunales nacionales o a la instancia arbitral en cualquier momento, pero hecha la elección por una vía no se admite que luego se intente la otra. Se habla así de una “bifurcación de caminos”³⁴

En estos casos, la renuncia a la inmunidad de jurisdicción es anticipada y limitada a que la causa se ventile ante un órgano arbitral de los que taxativamente se prevén. Esto se traduce en que el consentimiento al arbitraje dado por el Estado se otorga en el mismo TPPI por lo que la manifestación de voluntad por escrito del inversor, al ejercitar la opción, lo perfecciona.³⁵

En otros TPPI se acuerda que la vía normal de resolución de los conflictos debe buscarse en los tribunales del Estado parte en la controversia y sólo cuando estos fallan en administrar justicia puede acudir al arbitraje internacional.

Esas fallas pueden deberse a la carencia de sentencia por lentitud en administrar justicia (Más de 18 meses sin dictar sentencia) o la denegación lisa y llana de justicia o a que la sentencia obtenida sea notoriamente injusta o vulnere el derecho internacional³⁶. Esta última especificación es preferible a las soluciones de los TPPI argentinos³⁷ y uruguayo-español que habilitan la vía arbitral aún con sentencia firme “si las partes continúan en disputa”, lo que ha ocasionado la crítica de la doctrina por violación del principio de cosa juzgada.³⁸

³³ Excepto el modelo de TPPI norteamericano que en beneficio del inversor parece permitir inclusive la violación de lo pactado. Tal ha sido el criterio seguido en “Lanco c/ Rep. Argentina” CIADI ARB/97/06 en la decisión sobre jurisdicción de 8.12.98 que aplicó este TPPI si bien es cierto que la cláusula de elección del foro local inserta en el contrato era anterior a la entrada en vigor del tratado.

³⁴ Cfr. CIADI ARB/97/07 de 25.01.00, F.63.

³⁵ Art. 25, inc.1 del Convenio de Washington de 1965; Art. 2 del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.

³⁶ Art. 8 del TPPI uruguayo-inglés; Art. 9 del TPPI uruguayo-holandés

³⁷ Arts. X del TPPI argentino-español y argentino-canadiense y 8 del TPPI argentino-inglés;

³⁸ MUÑOZ, G, en NOODT TAQUELA, M.B.” El arbitraje en la Argentina”, p.39

Hay quienes sostienen que esta solución exige el agotamiento de los recursos internos sujeto a las excepciones del tratado³⁹. Para otros el plazo de 18 meses es tan breve que en la práctica no será posible arribar a una sentencia definitiva con lo que siempre se habilitará la vía arbitral. El requisito funcionaría así como mero dilatorio.⁴⁰

En la práctica la opción que en realidad impera es la primera porque el inversor puede, por la cláusula de Nación Más Favorecida, pretender eximirse del cumplimiento del requisito de agotamiento previo de recursos invocando alguno de los TPPI que así lo establecen y acudir directamente al arbitraje. Así lo reconoció el Tribunal Arbitral del CIADI en “Maffezzini”.

Generalmente el consentimiento debe otorgarse a posteriori, cuando el inversor notifica al Estado su decisión de someter la controversia a arbitraje; y si el Estado es remiso en darlo entonces el TPPI prevé el tribunal arbitral que será competente.

Los arbitrajes disponibles son el arbitraje institucional de CIADI ya sea por aplicación del Convenio de Washington de 1965 o de su Mecanismo Complementario, cuando alguno de los Estados Parte no sea Parte del primero, y el arbitraje ad-hoc aunque, en este último caso, en general se someten a las Reglas de Arbitraje de CNUDMI, que guardan similitud con las del CIADI pero se diferencian principalmente en que no prevé vías recursivas como no sea la rectificación del laudo, ni un procedimiento de reconocimiento y ejecución de sentencias autónomo como el de este último.

En todos los TPPI se establece que el laudo que resulte del procedimiento antes descrito es de cumplimiento obligatorio para las partes a partir de que queda firme. Esto significa que admite recursos pero con limitación.

Si se trata de un laudo dictado en el marco del Convenio de Washington de 1965 solo se admiten los recursos que prevé el convenio, esto es, aclaratoria, revisión y anulación.⁴¹ Si en cambio se dicta en el marco del Mecanismo Complementario o por un tribunal ad-hoc se sujeta a los recursos que admita la legislación del estado sede del tribunal arbitral.⁴²

El proceso de reconocimiento y ejecución del laudo varía según su origen. Si se trata de un laudo emitido por un Tribunal del CIADI es aplicable el art. 54 que manda aplicar el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un Tribunal de ese Estado, bastando al efecto que el interesado acompañe copia certificada por el Secretario General. El Estado condenado siempre podrá alegar inmunidad de ejecución la que estará sujeta a la legislación del Estado que debe ejecutar el laudo.

³⁹ Postura de España en “Eugenio Maffezzini c/ Reino de España” CIADI ARB/97/07 decisión sobre jurisdicción de 25.01.00.

⁴⁰ TAWIL, G. “ Los Tratados de Promoción y Protección de Inversiones”, *La Ley* de 02.08.00, p.1-8

⁴¹ Vid. Sección 5 del Convenio de Washington

⁴² Art. 5.1.e) Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras;

Cuando en cambio el laudo ha sido dictado conforme el Mecanismo Complementario⁴³ o las normas de CNUDMI, la cuestión del Reconocimiento y Ejecución se sujeta a lo que establezca a ese respecto el Estado donde los mismos se pretenden.

El incumplimiento del laudo por el Estado condenado constituye un ilícito internacional y puede reavivar el mecanismo de la Protección Diplomática si de la combinación de las legislaciones en presencia surge que no es posible ejecutarlo.

VI. LAS NEGOCIACIONES EN EL ALCA

Pueden identificarse dos etapas en el proceso de conformación del Area de Libre Comercio de las Américas. La primera, de corte bilateral, que se expresa en la “Iniciativa para las Américas”, lanzada en los inicios de la década de los noventa por G. Bush Padre, que condujo a la conformación del TLAN en 1993, la suscripción de acuerdos bilaterales por parte de Estados Unidos y pluralidad de Estados latinoamericanos – entre ellos Argentina - y el acuerdo de tipo 4 + 1 entre Estados Unidos y el MERCOSUR.

En todos ellos está presente el objetivo de liberalizar las inversiones, su promoción y protección.

La segunda, de carácter plurilateral, regional, se inicia con la Primera Cumbre de las Américas, celebrada en Miami a fines de 1994, por iniciativa de Clinton. Su fin último es la concreción de un acuerdo único⁴⁴ que contemple los múltiples temas que se están negociando, tales como acceso a mercados, agricultura, compras del sector público, inversión, política de competencia, propiedad intelectual, servicios, subsidios, dumping y solución de controversias. Dicho acuerdo deberá haberse alcanzado para enero de 2005.⁴⁵

En la Declaración de Principios de Miami, los presidentes de los 34 Estados participantes ratificaron las pautas del consenso de Washington en materia de inversiones y se comprometieron a crear mecanismos sólidos que promuevan y protejan el flujo de inversiones productivas en el Hemisferio y fomenten el desarrollo y la integración progresiva de los mercados de capital. Esto se concretó con la creación de un Grupo de Trabajo en la materia, encargado del inventario y análisis de la normativa vigente en el área para detectar simetrías y asimetrías⁴⁶ el que posteriormente fue

⁴³ Art.20 del Reglamento del MC exige que la sede del tribunal sea en un Estado Parte de la Convención de Nueva York de 1958; el 21.3 dice que el laudo se entiende dictado en el lugar de la sede el Tribunal. Esto porque la CNY 58, en su art. I.3 permite a los Estados al ratificar la convención, basados en la reciprocidad manifestar que limita las obligaciones que contiene a los laudos que provengan de Estados Partes.

⁴⁴ Cfr. Declaración Ministerial de Belo Horizonte de 16.05.97, pto. 5.2.

⁴⁵ Cfr. Declaración Ministerial de Belo Horizonte de 16.05.97, pto. 5.7 ratificada en la III Cumbre de las Américas, Québec, abril de 2001.

⁴⁶ Cfr. Anexo I de la Declaración Ministerial de Denver de 30.06.95.

transformado en Grupo de Negociación⁴⁷ con el propósito de elaborar un marco jurídico justo y transparente que promueva la inversión a través de la creación de un ambiente estable y previsible que proteja al inversionista, su inversión y los flujos relacionados, sin crear obstáculos a las inversiones provenientes de fuera del Hemisferio.

A la fecha se han presentado dos borradores del capítulo de inversiones; el último de ellos data de noviembre de 2002.⁴⁸ Los mismos se caracterizan porque la mayor parte del texto se encuentra entre corchetes, lo que indica las diversas posturas sostenidas por los Estados y sobre las que no hay acuerdo.

La estructura del futuro capítulo es similar al capítulo XI del TLAN, que sigue a imagen y semejanza el modelo de TPPI norteamericano, lo que ha ocasionado la reacción adversa de la opinión pública. Las posturas de los Estados varían esencialmente en lo referente a la definición de inversión, puesto que para algunos deben incluirse las inversiones de portfolio, trato nacional en la etapa de establecimiento, excepción a dicha cláusula en supuestos de inestabilidad económica, requisitos de desempeño, ya que el modelo TLAN profundiza las prohibiciones del TRIM's, transferencias y excepciones a la libre transferencia de divisas, el alcance de la compensación por pérdidas, y el sistema de solución de controversias entre el inversor y el Estado receptor de la inversión.

VII.- LAS NEGOCIACIONES EN LA OMC

En 1996, la Conferencia Ministerial de la OMC, reunida en Singapur concluyó en la necesidad de profundizar las negociaciones que en el marco de la Ronda Uruguay condujeron a la adopción del TRIM's.

En el punto 20 de la Declaración emitida en esa oportunidad se decidió crear un grupo de trabajo encargado de examinar la relación entre comercio e inversión, lo que no implicaba el inicio de negociaciones.

Debe tenerse presente, que paralelamente los países de la OCDE se hallaban negociando el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), que llegó abruptamente a su fin en 1998 debido a la férrea oposición de la opinión pública mundial luego de que tomara estado público el proyecto de acuerdo y por la diferencia de postura entre Estados Unidos y Europa en varios temas, pero principalmente en lo referido a los bienes culturales, especialmente la industria cinematográfica.

El fracaso del AMI condujo a un reforzamiento de las presiones para incorporar el tema de las inversiones en los acuerdos multilaterales de la OMC. Tanto Estados Unidos como Japón presentaron proyectos y la Conferencia Ministerial reunida en Doha en

⁴⁷ Vid. Declaración Ministerial de San José, de 19.03.98, especialmente anexo II.

⁴⁸⁴⁸ FTAA.TNC/w/133/Rev.2

2001 convino en que después del quinto período de sesiones de la Conferencia Ministerial se celebrarán negociaciones sobre la base de una decisión adoptada por consenso en dicho período, acerca del modo de conducir las negociaciones.

Entre tanto, el Grupo de Trabajo fue elaborando un proyecto de base, que fue incorporado como anexo D del Proyecto de Texto Ministerial de Cancún, sobre el que debían trabajar los Ministros entre el 10 y el 14 de septiembre de 2003. Dicho proyecto plantea que las Negociaciones deberán conducir a la presentación de un proyecto negociado a más tardar el 30 de junio de 2004.⁴⁹

Si bien la Cumbre de Cancún finalizó sin lograrse el requerido consenso al respecto, en recientes declaraciones públicas, el canciller argentino se ha manifestado a favor de proseguir con las negociaciones en el seno de la OMC y ha considerado que, a ese respecto, el proyecto de base presentado oportunamente por el Presidente del Consejo General, Carlos Pérez del Castillo debe ser el punto de arranque de las negociaciones.⁵⁰

Dicho proyecto, como los borradores del ALCA, presenta vastos párrafos entre corchetes, lo que indica las divergencias de postura entre los Estados Parte. Las principales características vienen dadas por el disenso acerca del alcance del acuerdo, esto es, si abarcará las inversiones de portfolio o solamente se aplicará a la IED; la protección a la etapa previa al establecimiento que se basará en un enfoque de listas positivas del tipo previsto en el AGCS; el respeto al principio de no discriminación sujeto a la posibilidad de establecer excepciones y salvaguardias por razones de balanza de pagos; la celebración de consultas y solución de diferencias entre los Miembros pero no entre el inversor y el Estados receptor.

Las principales diferencias con el texto del ALCA radican en que no se prevé la solución de controversias entre el inversor y el Estado receptor de la inversión, no se regula específicamente sobre la libre transferencia de divisas, no se establecen límites a los requisitos de desempeño y se somete a los que fija el TRIM's, no se prevé especialmente el trato en caso de expropiaciones, nacionalizaciones y medidas de efecto equivalente ni de compensación por pérdidas, por lo que se somete al régimen general de TN y NMF. Tampoco fija especificaciones con relación al personal jerárquico.

VIII.- CONCLUSIONES

Los Estados del MERCOSUR se enfrentan en los comienzos del milenio al desafío de regular el régimen de promoción y protección de inversiones, favoreciendo su establecimiento sin perder por ello, las atribuciones de diseñar su política comercial y de desarrollo.

⁴⁹ Vid. pto. 3 del anexo D

⁵⁰ Diario "La Voz del Interior", Córdoba, de 11.10.03.-

La década del 90 estuvo marcada por un enfoque bilateral de la protección de inversiones, lo que condujo a la firma de cerca de un centenar de TPPI en la región. Esos tratados fueron signados con países desarrollados y en vías de desarrollo.

En el caso de los TPPI firmados con Estados desarrollados, respondieron a la necesidad de los Estados de la región de atraer inversiones extranjeras las que principalmente presentaron la forma de adquisiciones y fusiones con empresas del Estado prestadoras de servicios públicos y con empresas locales. En menor medida, la IED fue de creación de nuevos emprendimientos.

Las consecuencias de la existencia de una red de TPPI son variadas. Por una parte obligan por la cláusula de NMF a una interpretación sistemática. Por otro lado, han favorecido la promoción de demandas ante foros internacionales contra Estados de la región, especialmente Argentina, que enfrenta más de treinta demandas por cifras millonarias.

En muchos supuestos, no se trata más que de otro modo de presionar al Estado para que ajuste su política a los intereses de los inversores extranjeros pero aún así obligan a un importante dispendio de recursos por parte del Estado (contratación de personal especializado, reuniones en foros extranjeros, etc.)

La existencia de cláusulas de remanencia en todos los TPPI torna inviable la salida de este esquema por la vía de denuncia de los mismos, ya que sus efectos se extienden aún luego de la denuncia por períodos variables de entre diez y quince años.

En suma, los Estados ya se encuentran limitados en su capacidad de diseñar políticas públicas por vía de estos tratados.

En el plano subregional, Argentina ha ratificado los dos Protocolos, el de Colonia y el Buenos Aires aún cuando la falta de ratificación por Brasil y Paraguay impide su vigencia.

Estos Protocolos no agregan nada nuevo ad-extra. Es solo un modelo de máximos permitidos en las futuras negociaciones de los Miembros con Estados extra zona. Ad-intra se plantean variaciones puesto que no existen TPPI que ligen a los cuatro Estados Parte entre sí.

Los borradores que se están negociando en el ALCA sin dudas son los que más limitaciones establecen, mayores aún que las de los proyectos de OMC, que por otra parte aún no se están negociando y que dependerá del consenso explícito que se logre en el futuro, lo que aparece difícil porque los Estados que negocian en el ámbito multilateral pertenecen a diversas extracciones y sostienen posturas varias, siendo su poder relativamente equilibrado. Para muchos países, la firma de un acuerdo multilateral en la materia no es necesario y se vislumbra con resquemor máxime si se tiene en cuenta el descenso de los flujos de inversión hacia los países en desarrollo que

ha tenido lugar a partir del 2000. Esos flujos han sido redirigidos hacia los países desarrollados por lo que los países en desarrollo no encuentran incentivos a la firma de un acuerdo que cercene sus potestades gubernativas.

En fin, el modelo del ALCA es sin dudas el menos conveniente ya que responde a los intereses norteamericanos, se basa en el modelo del TLAN pero no garantiza que las ventajas que se le atribuyen a la IED sean gozadas por las restantes economías regionales.

Hay un fundado temor en que la apertura irrestricta eliminará a las empresas locales, especialmente a las PYMES, del mercado ya que no podrán competir con las empresas norteamericanas.

Los países del MERCOSUR firmaron en Buenos Aires, el 5 de abril de 2000 ⁵¹ una resolución por la que crearon un subgrupo de trabajo, el número 12, que entre sus funciones debe realizar un seguimiento de las negociaciones sobre Inversiones en el plano internacional, particularmente en los procesos de integración regional y coordinar las posiciones de los Estados Parte del MERCOSUR en los foros internacionales en los que participen.

Hasta el momento esta ha sido la conducta seguida y es la que sería recomendable aún cuando no nos es posible hacer futurología para saber que nos deparan las próximas negociaciones.

⁵¹ MERCOSUR/GMC/RES N° 13/2000